

Concesión de servicio público de telecomunicaciones: debates sobre su regulación

The concessional regime of public telecommunications services: debates on its regulation

Alberto Jara Ahumada¹

El presente trabajo aborda los principales elementos que configuran el régimen concesional de los servicios públicos de telecomunicaciones, con la finalidad de poner de relieve algunos debates que tensionan la regulación chilena sobre la materia. Se entrega un breve repaso sobre el marco normativo que preside la instalación, operación y explotación de un servicio de telefonía, transmisión de datos y acceso a Internet, así como la arquitectura institucional responsable. Asimismo, se precisan las modalidades que puede adoptar el otorgamiento de este tipo de concesiones, los requisitos que debe cumplir el operador, las causales de extinción del título habilitante, así como los principales derechos y obligaciones que incumben al concesionario. A partir de algunos planteamientos formulados por los entornos académico, político-legislativo y judicial, se efectúa un balance crítico respecto al diseño actual de la política regulatoria en este sector de la economía chilena.

This paper addresses the main elements that make up the concessionary regime of public telecommunications services, in order to highlight some debates that stress Chilean regulation on the matter. A brief review is given on the regulatory framework that presides over the installation, operation and exploitation of a telephone service, data transmission and Internet access, as well as the responsible institutional architecture. Likewise, the modalities that the granting of this type of concessions may adopt are specified, the requirements that the operator must meet, the grounds for termination of the enabling title, as well as the main rights and obligations incumbent on the concessionaire. Based on some approaches formulated by the academic, political-legislative and judicial environments, a critical balance is made regarding the current design of regulatory policy in this sector of the Chilean economy.

RESUMEN / ABSTRACT

¹ Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Máster en Economía, Regulación y Competencia de la Universitat de Barcelona. Correo electrónico: lbjara@uc.cl. Dirección Postal: Avenida Apoquindo 3885, piso 18, Las Condes.

Artículo recibido el 5 de octubre de 2021 y aceptado el 6 de abril de 2022.

Palabras clave: régimen concesional; servicio público de telecomunicaciones; telefonía; transmisión de datos; acceso a Internet.

Keywords: concessionary regime; public telecommunications service; telephony; data transmission; Internet access.

Introducción

La pandemia de Covid-19 relevó la importancia de los servicios de telecomunicaciones no solo para la educación a distancia y el trabajo remoto, sino también para las prestaciones médicas, el *retail*, el sistema bancario y financiero, los servicios del Estado, por citar algunos ejemplos. A su vez, el desafío de la transformación digital ha potenciado el incremento de los tendidos de fibra óptica al hogar, así como el despliegue de redes inalámbricas de quinta generación (5G), todo lo cual ofrece conexiones de banda ancha mejorada, ultrafiabilidad de baja latencia y comunicaciones masivas de tipo máquina. Se espera que hacia el año 2030 la tecnología 5G incremente el producto interno bruto mundial en 1,3 trillones de dólares, siendo liderado por la digitalización de la atención médica, el comercio electrónico, la fabricación industrial y los servicios financieros².

El presente trabajo aborda el régimen concesional de los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, que comprende a los prestadores de telefonía, transmisión de datos y de acceso a Internet. En tal sentido, se ofrece una mirada en 360 grados al estatuto jurídico de quienes desarrollan este tipo de actividades, dando cuenta de los requisitos para obtener una concesión, las modalidades de asignación, las causales de extinción del título habilitante, así como los principales derechos y obligaciones que dimanan de esa regulación. Enseguida, y en lo que constituye el foco del estudio, se realiza un mapeo a cinco debates que actualmente tensionan y desafían a este sector de las telecomunicaciones, en cuya discusión ha tomado parte el ámbito académico, judicial y político-legislativo. Finalmente, se ofrecen algunas conclusiones acerca de las fortalezas y retos que exhibe el actual régimen concesional de los servicios públicos de telecomunicaciones y que puede revestir una significativa importancia para el momento constituyente que vive el país.

I. El régimen concesional vigente

1. El marco regulatorio

El bloque regulatorio que disciplina la actividad del concesionario de servicio público de telecomunicaciones se compone de fuentes normativas internas y externas. Las fuentes internas se componen de una jerarquía de cinco tipos de normas: la Constitución Política de la República (principalmente la garantía del art. 19 N° 24), la legislación sectorial (Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, y el Decreto Ley N° 1.762, de 1977, que crea la Subse-

² PriceWaterhouseCoopers 2021.

cretaría de Telecomunicaciones), los reglamentos³, los planes técnicos fundamentales⁴ y las normas técnicas⁵.

Se debe tener presente que la interpretación de las disposiciones legales y reglamentarias se encuentra encomendada a la Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel), quien determina el sentido y alcance de sus términos conforme establece el artículo 6, inciso segundo, de la Ley General de Telecomunicaciones (LGT). En otro orden de ideas, cabe advertir que la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República es una fuente del derecho vinculante⁶ para los funcionarios de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, toda vez que el artículo 19 de la ley N° 10.336 previene expresamente que “los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios. El Contralor dictará las normas del servicio necesarias para hacer expedita esta disposición”.

A su vez, las fuentes normativas externas se componen fundamentalmente de los acuerdos y tratados internacionales sobre telecomunicaciones vigentes en Chile, según dispone expresamente el artículo 4, inciso primero, de la LGT. Entre ellos se pueden mencionar algunos acuerdos de la Organización de Naciones Unidas que prescriben el uso del espacio ultraterrestre con fines pacíficos; el Reglamento de Radiocomunicaciones aprobado por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT); la normativa emanada de la Comisión Interamericana de Telecomunicaciones (CITEL), entre otros⁷.

2. La arquitectura institucional responsable

La principal contraparte administrativa del concesionario de servicio público de telecomunicaciones es la Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel). A

³ A modo de ejemplo, el reglamento sobre mensajería de alerta, resguardo de la infraestructura crítica de telecomunicaciones y comunicación de fallas significativas en los sistemas de telecomunicaciones (DS N° 60/2012 MTT); el reglamento sobre tramitación y resolución de reclamos formulados por los usuarios (DS N° 194/2012 MTT); el que regula las características y condiciones de la neutralidad de la red en el servicio de acceso a Internet (DS N° 368/2011 MTT); el que fija procedimientos de cálculo para el cobro de los derechos por utilización del espectro radioeléctrico (DS N° 281/2001 MTT); entre otros.

⁴ A modo de ejemplo, el plan técnico fundamental sobre encaminamiento telefónico (DS N° 746/1999 MTT); el plan técnico fundamental sobre numeración telefónica (DS N° 747/1999 MTT); y el plan técnico fundamental sobre gestión de redes y retiro de los cables en desuso (pendiente aún de publicación).

⁵ A modo de ejemplo, la norma técnica que destina el uso de la banda de frecuencias 700 MHz para servicios móviles (Res. Ex. N° 265/2013 Subtel); la norma técnica sobre fundamentos generales de ciberseguridad para el diseño, instalación y operación de las redes y sistemas utilizados para la prestación de servicios de telecomunicaciones (Res. Ex. N° 1.318/2020 Subtel); la norma técnica que detalla las tasas de transferencia de datos que debe cumplir un servicio de acceso a Internet para ser comercializado como “banda ancha” (Res. Ex. N° 1.251/2020 Subtel); etc.

⁶ PHILLIPS LETELIER 2020, 150.

⁷ ZEGARRA VALDIVIA 2018, 49-50.

este organismo corresponde administrar el espectro radioeléctrico; dictar las normas técnicas sobre telecomunicaciones; fiscalizar el buen funcionamiento de los servicios y velar por debida protección de los derechos de los usuarios; otorgar permisos y licencias; informar acerca de las solicitudes de concesión que se presenten ante el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones; actuar como secretaría ejecutiva del Consejo de Desarrollo de las Telecomunicaciones en materia de subsidios fiscales; entre otras atribuciones.

El segundo interlocutor es el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTT), que posee tres grandes funciones en la industria de la telefonía, la transmisión de datos y el acceso a Internet: otorgar las concesiones que sean solicitadas –y que haya informado favorablemente la Subtel–; dictar los reglamentos y planes técnicos fundamentales; y aplicar las sanciones administrativas en contra de los infractores del ordenamiento jurídico sectorial.

Adicionalmente, existen algunos organismos públicos de relevancia incidental para estos efectos y que intervienen en asuntos determinados. Así, por ejemplo, el Ministerio del Medio Ambiente tiene la responsabilidad de dictar las normas de calidad ambiental o de emisión relacionadas con las ondas electromagnéticas que pueden emitir las antenas y sistemas radiantes de los operadores móviles (art. 7 inc. primero LGT). A su vez, el Ministerio de Defensa Nacional debe informar acerca de cada solicitud de concesión o permiso que un particular eleve ante el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (art. 17 LGT). Por su parte, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) intervienen con ocasión de una posible conducta que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones y de radiodifusión, o bien tienda a producir dichos efectos.

3. El tipo de servicio

El *servicio público de telecomunicaciones* corresponde al tipo de servicio que distingue a la telefonía, la transmisión de datos y el acceso a Internet respecto de otras tipologías prestacionales que consagra el ordenamiento jurídico sectorial. En efecto, el artículo 3° de la LGT clasifica los servicios de telecomunicaciones en cinco categorías: servicios de telecomunicaciones de libre recepción o de radifusión; servicios públicos de telecomunicaciones; servicios limitados de telecomunicaciones; servicios de aficionados a las radiocomunicaciones; y servicios intermedios de telecomunicaciones.

En esta clasificación los *servicios públicos* son aquellos destinados a “satisfacer las necesidades de telecomunicaciones de la comunidad en general [y que] deberán estar diseñados para interconectarse con otros servicios públicos de telecomunicaciones” (art. 3, letra b, LGT). Si bien la radio y la televisión están destinados a satisfacer necesidades de la comunidad, carecen de la posibilidad de interconexión, por lo que se inscriben dentro de los servicios de telecomunicaciones de libre recepción o de radifusión.

Dentro del tipo de servicio denominado *servicio público de telecomunicaciones* es posible identificar diferentes modalidades prestacionales, siendo las más comunes la telefonía, la transmisión de datos, el acceso a Internet y el *trunking*⁸. En épocas pretéritas existieron otras modalidades de prestación del servicio público, pero que hoy se encuentran tecnológicamente y regulatoriamente obsoletas, tales como la telegrafía pública (telegramas), el télex, el facsímil, el teletex, el videotex y el servicio videofónico, entre otras⁹.

Los servicios públicos de telecomunicaciones se inscriben dentro de la tipología de los “servicios en red”, por tratarse de actividades comerciales prestadas al público en general que dependen de una infraestructura de red. Mengual Henríquez afirma que se caracterizan como esenciales y se remarca la existencia de intereses públicos en virtud de la trascendencia que la garantía de su prestación tiene para el desenvolvimiento de la sociedad y de la economía. La regulación económica en torno a este tipo de servicios obedece a que suelen configurar monopolios naturales y que guardan un inherente carácter de esenciales para la ciudadanía¹⁰.

4. Las modalidades de asignación de la concesión

Los países adoptan distintos métodos o estrategias para la asignación de espectro radioeléctrico cuando la demanda de este bien excede su disponibilidad. Los mecanismos más conocidos para asignar las licencias o concesiones que emplean frecuencias radioeléctricas han sido el sorteo¹¹, la evaluación

⁸ El *trunking* corresponde al servicio móvil de radiocomunicaciones especializado que se encuentra regulado en una norma técnica aprobada mediante resolución exenta N° 95, de 2001, de la Subtel. Conforme a esta normativa, “se entenderá por servicio móvil de radiocomunicaciones especializado el servicio móvil terrestre de radiocomunicaciones, público o limitado de telecomunicaciones, que permite proveer servicios de voz y datos a usuarios, y formar grupos de usuarios que se comunican entre ellos. Lo anterior, mediante el uso de estaciones base de red, que pueden estar asociadas a controladores que permiten automatizar la compartición de frecuencias, estaciones base de usuario y estaciones móviles”. Como se aprecia, el *trunking* puede adoptar la calidad de “servicio público de telecomunicaciones” o bien de un “servicio limitado de telecomunicaciones”, siendo este último la modalidad más recurrente en la práctica autorizatoria de la Subtel.

⁹ El Reglamento General de Telecomunicaciones del año 1985, actualmente derogado, en su artículo 5° clasificaba los servicios públicos de telecomunicaciones en telefonía, telegrafía pública (telegramas), télex, transmisión de datos, facsímil, buscapersona, móvil a través de repetidora comunitaria, teletex, videotex y videofónico.

¹⁰ MENGUAL HENRÍQUEZ 2018, 15-16.

¹¹ En el *sorteo*, el ganador se determina como resultado de aplicar medios fortuitos o casuales, predominando la suerte o el azar. Los sorteos son el método más rápido, económico y transparente para seleccionar al candidato, pero es recomendable que vengán precedidos de un proceso oficial de calificación para seleccionar a los participantes, ya que, de lo contrario podría entorpecer el desarrollo del sector.

comparativa¹² y la subasta¹³, aunque no hay un consenso asentado sobre cuál instrumento es mejor en términos absolutos¹⁴.

El modelo regulatorio chileno contempla dos modalidades de otorgamiento de concesiones a los particulares: la asignación administrativa directa y el concurso público. La regla general es la *asignación administrativa directa* por parte del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (art. 15 LGT). Esto ocurre cuando el interesado presenta una solicitud de concesión, adjuntando un proyecto técnico y un proyecto financiero relativo a la instalación, operación y explotación de la misma.

En cambio, la excepción es la *asignación mediante concurso público* que convoca el referido Ministerio (art. 13 C LGT) cuando existe una norma técnica que permite otorgar un número limitado de concesiones o permisos –v.gr., debido a la escasez de frecuencias–, o bien cuando, no existiendo tal normativa, la Subtel estima que debe emitirse una. El concurso se resuelve asignando la concesión al postulante cuyo proyecto ofrezca las mejores condiciones técnicas que aseguren una óptima transmisión o excelente servicio. Si hubiere dos o más postulantes en igualdad de condiciones, se resolverá la asignación entre estos mediante una “licitación” –en los hechos, una subasta–. Por lo tanto, el proceso de asignación mediante concurso público tiene una fase técnica y una fase económica eventual, la que solo procederá cuando ocurra un empate en la fase técnica.

Ahora bien, la Corte Suprema ha impuesto un cierto límite a la facultad del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones para convocar a concursos públicos que pretendan otorgar derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico. Así, con ocasión del fallo sobre *caps* máximos de espectro, ha dictaminado como una medida complementaria que “antes de un concurso para la adjudicación de concesiones de uso de frecuencias radioeléctricas para la prestación de un nuevo servicio o tecnología, la autoridad deberá

¹² En la *evaluación comparativa* el órgano regulador aplica determinados criterios de calificación y selección para valorar a los participantes, eligiendo como ganador a quien reúna los mejores atributos. Generalmente, los requisitos mínimos de calificación incluyen probar los recursos financieros disponibles y la capacidad técnica del solicitante, así como la viabilidad comercial de una solicitud de espectro. Los criterios de selección pueden incluir tarifas propuestas, cobertura geográfica y de usuarios, metas de expansión de la red, compromisos relativos a la calidad y al alcance del servicio, así como al uso eficiente de las frecuencias. Debido a la discrecionalidad y subjetividad que envuelve la valoración de los participantes, al mecanismo de evaluación comparativa se conoce también como “beauty contest” –concurso de belleza–.

¹³ La *subasta* es el mecanismo predilecto de diversos entornos normativos, ya que es el mercado quien determina finalmente a quien se otorgarán las licencias correspondientes en atención a la cuantía económica de la oferta realizada. Sin embargo, en muchos procedimientos de subasta los postores son precalificados mediante criterios similares a los utilizados en la evaluación comparativa, de modo que la participación se autoriza solo a los postores con capacidad financiera y técnica demostrada. Existen diferentes tipologías de subastas, pero las más comunes giran en torno al número de rondas: subastas simples o de una ronda (pudiendo ser abierta o cerrada); y subastas de múltiples rondas (sucesivas o simultáneas).

¹⁴ INTVEN, OLIVER Y SEPÚLVEDA 2000, 13-14.

analizar si los operadores incumbentes pueden razonablemente ofrecerlo en sus frecuencias preexistentes de un modo inmediato o previa optimización de tales redes en las frecuencias disponibles en un plazo y costos también razonables. En caso de ser así, deberá privilegiarse la adjudicación a entrantes u operadores de menor tamaño”¹⁵.

5. Los requisitos para obtener una concesión

Cualquier persona jurídica puede obtener una concesión de servicio público de telecomunicaciones mientras cumpla con los requisitos fijados en la LGT. Esta característica *pro-privados* de la regulación marca un fuerte contraste con la historia de este sector, donde los servicios de telecomunicaciones solían ser de titularidad estatal y eran generalmente provistos bajo régimen de monopolio¹⁶. Fischer y Serra sostienen que la legislación que norma las telecomunicaciones desde 1982:

establece criterios objetivos y no discriminatorios para el otorgamiento de concesiones, y solo por razones técnicas, como ocurre en la telefonía móvil, puede limitarse el número de operadores. La ley define normas de continuidad y calidad del servicio y los concesionarios están obligados a darlo al interior del área de concesión en un plazo definido. Asimismo, en el marco legal, instaura la libertad de precios, salvo en aquellos servicios públicos de telefonía local fija y larga distancia que la Comisión Resolutiva [hoy TDLC] califica que se prestan en condiciones de insuficiente competencia¹⁷.

Los requisitos comunes aplicables a las solicitudes de concesión, con independencia de si la asignación se hace por vía administrativa directa o mediante concurso público, pueden resumirse en los siguientes:

a) El solicitante no solo debe ser una persona jurídica, sino que además debe encontrarse constituida y domiciliada en Chile (art. 21 inc. primero LGT).

b) Los presidentes, directores, gerentes, administradores y representantes legales del solicitante no deben encontrarse condenados por delito que merezca pena aflictiva (art. 21 inc. primero LGT).

¹⁵ WOM S.A. con Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2020).

¹⁶ De acuerdo a Jordana y Sancho, los Estados durante el siglo XX ofrecieron los servicios de comunicaciones directamente, ya fuera como monopolio público o bien encargándose a una empresa privada en régimen de concesión monopolística. El primer método fue adoptado por la mayor parte de los países europeos: las administraciones públicas ofrecían directamente el servicio, mientras que los productores de la tecnología eran habitualmente empresas privadas con fuertes vínculos con el Estado. En el segundo caso se encontraba Estados Unidos, donde una empresa privada –AT&T– mantenía al mismo tiempo el monopolio como operadora de servicios y ejercía de productora de tecnología. Existía una agencia estatal encargada de regular esa concesión monopolista, aunque a menudo se encontraba bajo el influjo de los intereses privados. Ambos regímenes se mantuvieron a lo largo de casi un siglo, un buen indicio de su eficiencia y funcionalidad, pero empezaron a entrar en crisis durante los años ochenta (cfr. Jacint JORDANA y David SANCHO, 2016).

¹⁷ FISCHER y SERRA 2002, 50.

c) El solicitante debe encontrarse libre de alguna sanción de caducidad respecto de alguna de sus concesiones o permisos preexistentes dentro de los cinco años previos a la actual solicitud (art. 8° inc. quinto LGT).

d) La solicitud no debe contar con un pronunciamiento desfavorable de parte del Ministerio de Defensa Nacional (art. 17 LGT).

e) La solicitud debe encontrarse acompañado de un proyecto técnico y un proyecto financiero relativo a la instalación, operación y explotación de la concesión (art. 15 inc. primero LGT).

En forma adicional a estos requisitos legales, las concesiones que emplean espectro radioeléctrico y que se desarrollen conforme al artículo 13 C de la LGT, deben dar cumplimiento al reglamento aprobado mediante el decreto supremo N° 412, de 1995, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, así como a las exigencias específicas que determinen las bases del respectivo concurso público.

6. El título habilitante

En Chile, los títulos habilitantes en materia de servicios de telecomunicaciones son la concesión, el permiso y la licencia, cuyo otorgamiento por parte del Estado se justifica fundamentalmente en el carácter del espectro radioeléctrico como bien nacional de uso público cuyo dominio pertenece a toda nación (art. 2° inc. segundo LGT). Sin perjuicio de ello, el acto administrativo que en nuestro derecho permite a un particular instalar, operar y explotar un servicio público de telecomunicaciones es el decreto de concesión. Este decreto es dictado por el Presidente de la República, aunque en la práctica se encuentra delegada su firma en el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones.

La naturaleza jurídica de la concesión de servicio público de telecomunicaciones no es la de un contrato administrativo. Por el contrario, lo que hace el decreto de concesión es remover un impedimento jurídico para el ejercicio de un derecho preexistente, y normalmente consagrado constitucionalmente, que permite al particular el desarrollo de una actividad económica lícita¹⁸. En palabras de otro autor, el decreto de concesión es un acto administrativo que "legaliza el ejercicio de un derecho para el titular que cumple las *conditio iuris* exigidas, mientras las cumpla o por el tiempo que el legislador disponga"¹⁹.

El título de concesión se incorpora al patrimonio de su titular, quedando este título protegido por la garantía constitucional del derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales que consagra el artículo 19 N° 24 de la Constitución. Así lo reafirmó el Tribunal Constitucional, quien resolviendo en 2011 un requerimiento de inconstitucionalidad presentado por algunos diputados respecto de un decreto

¹⁸ ROJAS RÍOS 2008, 122.

¹⁹ ARANCIBIA MATTAR 2020, 7.

del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones que autorizaba permisos provisorios para el despliegue de la televisión digital, manifestó que este tipo de autorizaciones tienen un “carácter esencialmente temporal que no dan origen a derecho de propiedad alguno, a diferencia de lo que sucede con las concesiones”²⁰. Cabe puntualizar, en este último caso, que el derecho de propiedad que se confiere al titular es respecto del título concesional, no sobre el espectro radioléctrico (que solo admite derechos de uso).

El decreto de concesión se compone de tres tipos de elementos: elementos de la esencia²¹, elementos no esenciales²² y elementos adicionales²³.

7. Los principales derechos del concesionario

El concesionario de servicio público de telecomunicaciones goza en virtud de su calidad jurídica de un conjunto de derechos:

a) Derecho a instalar, operar y explotar la concesión. La instalación del servicio se refiere a los trabajos y obras que buscan construir la red de comunicaciones sobre la base del proyecto técnico que fue aprobado: ubicación

²⁰ Sentencia TC Rol N° 1849-10 (2010), c. 38°.

²¹ Los *elementos de la esencia* son aquellos componentes inmodificables de la concesión, siendo tan solo dos: el tipo de servicio y el período de la concesión. Sabemos que el tipo de servicio corresponde en este caso al “servicio público de telecomunicaciones” –diferente, por ejemplo, del servicio de radiodifusión de libre recepción, o bien del servicio intermedio de telecomunicaciones–, mientras que el período de la concesión alude a la duración de 30 años que tiene el título de vigencia (art. 8° inc. tercero LGT).

²² Los *elementos no esenciales* –denominados por nosotros de esta forma– son aquellos elementos que, sin ser de la esencia, vienen a completar la fisonomía de la concesión. Algunos de estos elementos pueden faltar en ciertos títulos concesionales –como la frecuencia y la potencia que no se encuentran en las concesiones de servicio público que operen con medios de terceros–, pero la regla general es que se encuentren todos presentes. El artículo 14, numeral segundo, de la LGT enumera taxativamente los elementos no esenciales: el titular, la zona de servicio, las características técnicas de las instalaciones que se especifiquen en los planes técnicos fundamentales correspondientes al tipo de servicio, el plazo para iniciar la construcción de las obras y para su terminación, el plazo para el inicio del servicio, la ubicación de las radioestaciones, excluidas las móviles y portátiles, su potencia, la frecuencia y las características técnicas de los sistemas radiantes. Estos elementos no esenciales son modificables por decreto supremo a solicitud de parte interesada. Sin embargo, y conforme exceptúa el inciso quinto del artículo 14 de la LGT, podrán aprobarse mediante simple resolución de Subtel cuando las modificaciones no importen “una alteración de la zona de servicio, de las frecuencias, del ancho de banda o de las potencias máximas ya autorizadas”, por un lado, y “se instalen sobre infraestructuras ya autorizadas”, por el otro.

²³ Los *elementos adicionales* –denominados por nosotros de esta forma– son aquellos demás elementos, diferentes de los elementos de la esencia y de los elementos no esenciales, que pueden ser agregados al título concesional por la autoridad regulatoria para una mayor precisión de sus términos y alcances. Un ejemplo de esta clase de elementos es la denominación de las emisiones, que se suele incorporar al decreto de concesión para una mejor inteligencia de sus implicancias. Esta clase de elementos se desprende del artículo 14, inciso séptimo, de la LGT, que señala que las “demás peticiones que signifiquen modificación a otros elementos de la concesión [denominados por nosotros como “elementos adicionales”], distintos a los señalados precedentemente, deberán ser informados a la Subsecretaría, en forma previa a su ejecución. No obstante, requerirán aprobación aquéllas respecto de las cuales así lo disponga la normativa técnica, en cuyo caso la autorización se otorgará por simple resolución”.

de las radioestaciones, empleo de determinados sistemas radiantes, plazo de inicio y término de obras, potencia máxima y frecuencia autorizada, etc. A su vez, la operación del servicio dice relación con poner en funcionamiento la red de comunicaciones que ha sido instalada, lo cual se materializará por un período de 30 años, haciendo uso privativo de una frecuencia, emitiendo señales, etc. Por último, la explotación del servicio guarda relación con el uso comercial de la red de comunicaciones que hace el operador, por medio de convenir contratos con clientes, cobrar una tarifa por el servicio a los usuarios, generar nuevos modelos de negocios, etc.

b) Derecho a utilizar una frecuencia radioeléctrica. Hoy en día el insumo más valioso para la operación de una concesión es el espectro radioeléctrico, ya que al transportar las señales sonoras y los datos a través de ondas hertzianas se puede prescindir de las inversiones que suponen los medios físicos –cables, postes, ductos, etc.–. El espectro radioeléctrico es un bien nacional de uso público, cuyas diversas frecuencias de onda poseen propiedades físicas que las hacen variar entre sí en cuanto a su cobertura, capacidad y latencia. Respecto a ciertas características del espectro, se puede afirmar que “desde el punto de vista material se trata de un bien intangible o incorporal. Desde la perspectiva tecnológica estaríamos en presencia de un recurso limitado”²⁴. La Corte Suprema, con ocasión del fallo sobre caps de espectro radioeléctrico, estimó adecuado dividir²⁵ dicho bien nacional en cinco categorías: macrobanda baja (ondas inferiores a 1 GHz), macrobanda media-baja (ondas iguales o superiores a 1 GHz pero inferiores a 3 GHz), macrobanda media (ondas iguales o superiores a 3 GHz pero inferiores a 6 GHz), macrobanda media-alta (ondas iguales o superiores a 6 GHz pero inferiores a 24 GHz) y macrobanda alta (ondas iguales o superiores a 24 GHz)²⁶. Con todo, esa magistratura judicial ha impuesto límites a la tenencia de derechos de uso del espectro por parte de las compañías de servicios de telecomunicaciones móviles, fundado en la necesidad de incentivar el uso eficiente del recurso y garantizar el libre e igualitario acceso a las telecomunicaciones. En tal sentido:

la circunstancia que un operador tenga mayor cantidad de espectro radioeléctrico frente a sus competidores derivará en ventajas de costos para el primero y, por ende, en ventajas competitivas difícilmente remontables para el resto de los operadores que deseen participar en el mercado²⁷.

²⁴ *Telefónica Móviles con Bellsouth*, vistos 4.7.

²⁵ Se debe precisar que la Corte Suprema hace esta división del espectro para efectos de generar una mejor regulación en cuanto a los límites de tenencia, ya que la división propiamente tal de las distintas capas del espectro y la atribución a los diferentes usos posibles (radiocomunicaciones, televisión, navegación marítima, radioastronomía, comunicación satelital, etc.) es competencia de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, de la cual Chile es un Estado miembro y representado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones.

²⁶ *WOM S.A. con Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* (2020), c. 14°.

²⁷ *Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores con Telefónica Móviles Chile S.A., Claro Chile S.A. y Entel PCS Telecomunicaciones S.A.* (2018), c. 14°.

c) Derecho a utilizar bienes nacionales de uso público. Permite al concesionario utilizar en forma gratuita²⁸ –sin perjuicio del pago de ciertos derechos municipales– los caminos, plazas, parques, etc., para tender su red de telecomunicaciones, ya sea instalando una radio estación con sus respectivas antenas o bien desplegar una red cableada por tales inmuebles (art. 18 inc. primero LGT). Con todo, Ovalle precisa a este respecto que:

el establecimiento de servidumbres sobre bienes nacionales de uso público es bastante restringido, por cuanto aquellas solo pueden tener por objeto “tender o cruzar líneas aéreas o subterráneas” y para cumplir con “los fines específicos del servicio respectivo”, no siendo posible en consecuencia establecer estas servidumbres para la instalación de una antena que solo utilice el espectro radioeléctrico u otro tipo de instalaciones de telecomunicaciones que no requieran del tendido de líneas, como sucede, por ejemplo, en el caso de las antenas para el servicio de telefonía móvil²⁹.

d) Derecho a constituir servidumbres legales (forzosas). La regla general para el uso de inmuebles privados por parte de las empresas de telecomunicaciones es la libertad contractual entre el operador y el dueño del terreno (art. 18 inc. final LGT). Sin embargo, hay un caso excepcional en que el legislador estableció una servidumbre forzosa que debe soportar el dueño del terreno en aquellos casos en que, requiriendo el operador instalarse en determinado inmueble, la Subtel declara como imprescindible ese servicio. En estos casos el dueño del terreno se encuentra obligado a negociar un canon con la empresa de telecomunicaciones por el uso del terreno, bajo apercibimiento que ese precio lo termine fijando un tribunal (art. 19 inc. primero LGT).

e) Derecho a utilizar redes y sistemas de terceros. Los operadores de telefonía y transmisión de datos gozan de la facultad de prestar el servicio a los usuarios utilizando sus propias redes y sistemas, pero también pueden hacerlo empleando la infraestructura física y lógica de terceros (art. 26 LGT). Este derecho goza de especial relevancia con la consagración del roaming automático³⁰ y de la figura de los operadores móviles virtuales (OMVs), en donde los operadores con red (OMRs) quedaron obligados a mantener, de manera

²⁸ La Contraloría General de la República ha señalado a este respecto “que la prerrogativa de que gozan los titulares de servicios de telecomunicaciones para ocupar bienes nacionales de uso público, emana directamente del enunciado artículo 18, constituyendo un derecho inherente y consustancial a la concesión. También, que los aludidos titulares tienen derecho, conferido por la ley, a ocupar gratuitamente bienes nacionales de uso público, cuando ese uso tenga por finalidad prestar los respectivos servicios” (Dictamen N° 883, de 2019).

²⁹ OVALLE YRARRÁZVAL 2001, 26.

³⁰ En términos descriptivos, el roaming automático corresponde al servicio que permite a los usuarios de un concesionario de servicio público de telecomunicaciones conectarse automáticamente a la red móvil de otro concesionario de servicio público de telecomunicaciones que sea asignatario de derechos de uso sobre frecuencias del espectro radioeléctrico en aquellas áreas del territorio nacional donde el primero carece de cobertura móvil.

pública y actualizada, una oferta de facilidades³¹ con el detalle de prestaciones mayoristas que puedan contratar otras empresas de telecomunicaciones (art. 26 bis LGT).

f) Derecho a colocalizar antenas y sistemas radiantes. El concesionario de servicio público de telecomunicaciones tiene derecho a solicitar la colocación de las antenas y sistemas radiantes de su red en la infraestructura soportante (torres, monopostes, mástiles, etc.) que posee otro concesionario, a cambio del cobro correspondiente por ese servicio de apoyo (art. 19 bis inc. primero LGT, que fue incorporado al ordenamiento sectorial en virtud de la ley N° 20.599, conocida como "Ley de Antenas"). Esta disposición legal obliga al uso compartido de las infraestructuras de soporte, lo cual desde el punto de vista de un operador entrante constituye un robusto derecho para expandir servicios, ya que no debe incurrir en las altas inversiones de capital que demanda construir un sitio desde cero. Solo debe pagar al propietario de la torre un canon por el arriendo de espacio en ese mástil para colocar sus antenas y sistemas radiantes.

g) Derecho a la libertad tarifaria. El principio general en materia de telecomunicaciones es que el operador del servicio puede convenir con sus clientes los precios de comercialización que libremente acuerden entre ellos (art. 29 inc. primero LGT). Esta libertad incluye la tarifa minorista o a público consumidor, así como una tarifa mayorista o tarifa para la posterior reventa del servicio³². Con todo, este derecho a la libertad tarifaria no es absoluto en la legislación interna, teniendo tres importantes excepciones aplicables a la telefonía, pero siempre que esta sea fija: tarifas del servicio del sistema de multiportador discado (art. 24 bis LGT); tarifas por cargos de acceso o costos de terminación de las llamadas (art. 25 LGT); y tarifas de los mercados de la telefonía local, larga distancia internacional y servicios de conmutación o transmisión de señales cuando así lo determine el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (art. 29 LGT).

h) Derecho a recibir subsidios del Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones. Es un derecho eventual para el concesionario y cualquier otra persona jurídica, quienes podrán acceder a financiamiento fiscal para algunos proyectos de telefonía, acceso a Internet o sistemas de transmisión para televisión digital que la Subtel decida incluir en su programa anual de proyectos subsidiables (art. 28 A y siguientes LGT). Estos fondos se asignan anualmente por vía de la Ley de Presupuestos del Sector Público para su posterior adjudicación mediante concurso público y conforme a los demás requisitos que establezcan las bases respectivas. Una vez asignado un proyecto, el Consejo de Desarrollo de las Telecomunicaciones tiene la obligación de remitir los ante-

³¹ La oferta de facilidades se refiere a la propuesta comercial mayorista pública de un concesionario que contiene el conjunto de condiciones técnicas, económicas, operativas, comerciales y cualquier otra relativa ya sea al roaming automático o bien a la operación móvil virtual.

³² PRADO BERGER 2020.

cedentes respectivos a la Subtel para que tramite las concesiones, permisos o licencias, según corresponda.

8. Las principales obligaciones del concesionario

El concesionario de servicio público de telecomunicaciones se encuentra sometido a un conjunto de obligaciones derivadas de su calidad de tal:

a) Regularidad del servicio público de telecomunicaciones. El servicio público de telecomunicaciones debe prestarse de manera regular, esto es, con sujeción a reglas positivas preestablecidas para esa actividad y con estricta observancia por parte de los agentes a sus dictados y normas³³. El legislador ha decidido erigir en actividad económica reglada a un negocio eminentemente privado, toda vez que en el suministro de la telefonía y la transmisión de datos se encuentran comprometidas importantes dimensiones del interés público. El fundamento normativo del principio de regularidad se extrae de diferentes disposiciones legales, tales como los artículos 4º, 24 y 36 de la LGT.

b) Continuidad del servicio público de telecomunicaciones. La continuidad del servicio público de telecomunicaciones supone que la actividad "no puede interrumpirse o paralizarse porque su función es pública y ha sido establecida en beneficio de la colectividad toda. Esto no quiere decir que el servicio se preste siempre, sino que cada vez que se requiera"³⁴. La continuidad del servicio se encuentra tratada, entre otros, en los artículos 27, 28 y 39 A de la LGT, así como de modo más general en el artículo 3º de la ley N° 18.575 en cuanto a la misión del Estado de promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente.

c) Necesidad de contar con recepción de obras aprobada. Los concesionarios no solo deben obtener el título que les habilita a instalar una red de telecomunicaciones, sino que para proceder a su operación y explotación deben previamente contar con una aprobación de la autoridad sectorial, en el sentido que declare que los trabajos de instalación han dado cumplimiento al proyecto técnico comprometido y a la normativa de obras civiles correspondiente (art. 24 A inc. primero LGT).

d) Establecer y aceptar interconexiones. El concesionario se encuentra obligado a establecer y aceptar interconexiones, según las normas técnicas, procedimientos y plazos que establezca la Subtel (art. 25 inc. Primero LGT). La interconexión tiene por objeto que los suscriptores y usuarios de servicios públicos de un mismo tipo puedan comunicarse entre sí, dentro y fuera del territorio nacional, permitiéndose con ello el acceso a la totalidad de los servicios públicos instalados. La infracción al deber de interconexión acarrea multas entre 100 y 10.000 UTM, además de la suspensión eventual de la

³³ BERMÚDEZ SOTO 2011, 256.

³⁴ *Ídem*.

prestación del servicio o, en su caso, la provisión obligatoria del mismo (art. 36 bis inc. Primero LGT).

e) Cobertura telefónica efectiva dentro de la zona de servicio. El concesionario de servicio público que se encuentra facultado para prestar el servicio de telefonía tiene la obligación de entregar cobertura efectiva dentro de su zona de servicio (art. 24 B inc. primero LGT), a diferencia del operador del servicio de transmisión de datos y del proveedor de acceso a Internet que carecen de tal carga jurídica. Esta obligación posee una profunda raigambre histórica, ya que en la época de dictación de la LGT, en 1982, las redes de telefonía eran el principal servicio público que la política pública buscaba promover entre la población.

f) Retiro de cables y otros elementos en desuso. El retiro de los elementos de telecomunicaciones en desuso que se encuentran en postes y aceras de la vía pública es una reciente obligación incorporada para hacer responsables a las compañías de telecomunicaciones de la contaminación visual que genera el aglomerado de cables en postaciones eléctricas (art. 18 LGT). La legislación se limitó a prohibir los elementos en desuso, pero no al soterramiento de todo el nuevo cableado de telecomunicaciones por las ingentes inversiones que ello requería. Sin embargo, quedó plasmado que el interés del legislador fue avanzar hacia un modelo de minimización del tendido alámbrico aéreo.

g) Garantía de una velocidad promedio de acceso a Internet. Los concesionarios de servicio público que entregan acceso a Internet están obligados a garantizar un porcentaje de las velocidades promedio de acceso publicitadas a sus clientes y usuarios. El regulador legal se abstuvo de exigir una determinada tasa de transferencia de datos mínima, por la imposibilidad que eso supone en redes de telecomunicaciones, pero sí a obligar al proveedor de Internet a sincerar y transparentar lo que realmente puede ofrecer (art. 24 K LGT). Con todo, mediante norma técnica la Subtel definió el umbral mínimo en la tasa de transferencia de datos que deben exhibir los servicios que son comercializados como "Internet de banda ancha"³⁵.

h) Respeto a la neutralidad de la red. La premisa fundamental de la neutralidad de la red es que todos los datos nacen libres e iguales, por lo que el proveedor de Internet no debe privilegiar a unos paquetes de información por sobre otros, impidiéndose de este modo el trato discriminatorio en el tráfico de Internet (art. 24 H LGT). Se ha sostenido que regulación de dicho tráfico involucra los intereses de tres clases de sujetos: los ISP, quienes están obligados a proveer el servicio de internet de forma igualitaria y no discriminatoria, inde-

³⁵ Los valores de este estándar de calidad de servicio están publicados en la página web de la Subtel y se actualizan anualmente, no pudiendo dichos valores "ser inferiores a 25 Mbps de bajada y 5 Mbps de subida para redes alámbricas y 5 Mbps de bajada y 1 Mbps de subida para redes inalámbricas" (artículo 23, inciso segundo, de la resolución exenta N° 1.251, de 2020, de Subtel, que fija norma técnica de la ley N° 21.046, que establece la obligación de una velocidad mínima garantizada de acceso a internet).

pendientemente al origen, propiedad o destino del tráfico; los usuarios finales de internet, a quienes la neutralidad garantiza un acceso y ejercicio libre de sus actividades en línea; y los proveedores de los contenidos en línea (“innovadores”), quienes se verán beneficiados por la no discriminación del tráfico para llegar en igualdad de condiciones a los usuarios finales³⁶.

i) Resguardo de la infraestructura crítica. El plan de resguardo de la infraestructura crítica de telecomunicaciones es la política pública que busca asegurar la continuidad del servicio público de telecomunicaciones en situaciones de emergencia, motivado especialmente por el terremoto y tsunami que en 2010 hicieron colapsar la red pública de comunicaciones. En virtud de este instrumento el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones debe coordinarse con otros organismos públicos y agentes privados para el diseño, implementación, desarrollo y mantenimiento de la política y del plan de resguardo; realizar declaraciones de infraestructura crítica sobre determinadas redes y sistemas; y velar por la adopción de ciertas medidas de resguardo de las instalaciones en el caso de las empresas de telecomunicaciones.

j) Pago de derechos por el uso del espectro radioeléctrico. El uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico se encuentra afecto al pago de una especie de gravamen denominado “derechos”, los cuales se devengan y pagan anualmente (art. 31 LGT). El cálculo del derecho se efectúa conforme procedimiento establecido en el reglamento respectivo –el decreto supremo N° 281, de 2001, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones–, el cual considera factores tales como el número de frecuencia de operación, el ancho de banda de la emisión, el número de estaciones y la potencia de transmisión. Con todo, este derecho no podrá exceder el valor de 4,5 Unidades Tributarias Mensuales (UTM) al año por cada transmisor (art. 32 letra g) LGT).

k) Sujeción a la fiscalización de la Subtel. Los concesionarios de servicio público de telecomunicaciones tienen la obligación de remitir a la Subtel la información que esta requiera para el cumplimiento de sus funciones (art. 37 inc. segundo LGT y art. 6° letra k) del DL 1.762). Por otro lado, los concesionarios se encuentran obligados a permitir el acceso a sus instalaciones por parte de los funcionarios de Subtel, en donde la negativa faculta a ese organismo para solicitar el auxilio de la fuerza pública (art. 20 LGT).

9. La extinción de la concesión

La concesión de servicio público de telecomunicaciones puede terminar por diferentes causales que se encuentran taxativamente enumeradas en la LGT.

a) Renuncia de la concesión. La forma de la renuncia, como acto jurídico unilateral del titular, no se encuentra regulada en la LGT, por lo que a su respecto deben aplicarse las reglas generales del derecho privado relativas a la teoría del acto jurídico. Ovalle manifiesta que:

³⁶ CORREA PÉREZ 2018, 110.

esta causal de extinción es plenamente concordante con la regla general en materia de renuncia de derechos contenida en el artículo 12 del Código Civil, lo que se entiende sin perjuicio de la aplicación de las sanciones que correspondan con motivo de las infracciones que hubieren sido cometidas durante la vigencia de la respectiva concesión o permiso³⁷.

b) Vencimiento del plazo de la concesión. La concesión de servicio público de telecomunicaciones termina por el transcurso del plazo previsto en el título habilitante que legitima su ejercicio: 30 años (art. 8° inc. tercero LGT). Sin embargo, se debe tener presente que como las concesiones son renovables, la solicitud de renovación debe ser presentada ante el Ministerio por el interesado con anterioridad a su vencimiento, y en ningún caso después (art. 9 bis LGT).

c) Disolución o extinción de la persona jurídica que es titular de la concesión. En la disolución suele intervenir la voluntad de las partes, como la decisión de los socios de poner término a la sociedad. En cambio, el caso de la extinción se refiere a la sanción por incumplimiento sobreviniente de un requisito, el transcurso del plazo de la sociedad fijado en los estatutos sociales, u otra razón.

d) Falta de publicación en el Diario Oficial del decreto supremo que otorga la concesión. La concesión de servicio público de telecomunicaciones se extingue, conforme a lo establecido en el artículo 23 numeral 4 la LGT, por “la no publicación en el Diario Oficial del decreto supremo que otorga la concesión, dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la notificación al interesado del decreto. Esta notificación se hará adjuntando copia íntegra de dicho decreto, totalmente tramitado por la Contraloría General de la República” (art. 23 numeral 4 LGT y art. 8° inc. cuarto LGT).

e) Declaración de caducidad de la concesión. Es la sanción más drástica que la LGT contempla como remedio para las infracciones que puede cometer un concesionario, ya que adicionalmente priva al interesado de obtener una nueva concesión o permiso dentro de los 5 años siguientes desde la ejecutoriedad de la sanción (art. 8 inc. Quinto LGT). La caducidad es “una vía anormal de extinción del acto administrativo que opera en aquellos casos en que el acto contiene una modalidad, normalmente un plazo o una condición resolutoria, la que de verificarse acarrea la desaparición o caducidad del acto administrativo”³⁸. Esta sanción es de derecho estricto, por lo que únicamente procede respecto de las conductas que ha previsto de antemano el legislador³⁹.

³⁷ OVALLE YRARRÁZVAL 2001, 166.

³⁸ BERMÚDEZ SOTO 2011, 141.

³⁹ Para el caso del concesionario de servicio público de telecomunicaciones, las hipótesis que legitiman la declaración de caducidad mediante decreto supremo son las siguientes: incumplimiento del marco técnico aplicable al servicio; sanción reiterada de suspensión de transmisiones; no pago de la multa aplicada; alteración de los elementos esenciales de la concesión; atraso superior a 6 meses en el pago de los derechos por el uso del espectro radioeléctrico; y el no uso de la concesión dentro de un año, contado desde su otorgamiento (art. 36 numeral 4 LGT).

La LGT no contempla como causal de extinción de las concesiones la figura de la revocación administrativa, entendida esta como “la extinción anormal de un acto administrativo producto de la dictación de un acto de contrario imperio por parte de la propia Administración Pública que dio lugar al acto original, por razones de mérito, oportunidad o conveniencia”⁴⁰. La revocación administrativa es un instituto regulado en el artículo 61 de la ley N° 19.880, en donde se precisan los límites para su procedencia.

II. Tensiones y desafíos concernientes al régimen concesional

En relación con el estatuto del concesionario de servicio público de telecomunicaciones se han identificado algunos debates provenientes de la reflexión académica, la discusión político-legislativa y de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia. Creemos que ellos abonan el terreno para una mirada crítica respecto del actual régimen concesional que atañe a los servicios de telefonía, transmisión de datos y acceso a Internet.

En consecuencia, se realiza un mapeo a cinco debates inherentes a la política regulatoria del sector de las telecomunicaciones, provenientes del mundo académico, político-legislativo y judicial, que tensionan y desafían a dicho sector hacia la reforma de algunos de sus componentes.

1. La encrucijada del título habilitante

Las concesiones o títulos habilitantes –denominados en otros entornos normativos como licencia, franquicia, permiso u otra forma análoga– resultan un buen instrumento para que los gobiernos y organismos reguladores consigan objetivos de interés público respecto de una determinada actividad económica, para lo cual crean una barrera de entrada a ese mercado. Por ejemplo, reglamentan las condiciones mínimas que debe tener un servicio esencial, permiten obligar a la expansión de una red y su cobertura, sirven para privatizar a un operador público establecido –estableciendo claramente lo que el gobierno espera del inversor privado–, reglamenta la estructura del mercado y el número de operadores autorizados fomentando la competencia, permite la asignación de recursos escasos para la explotación del servicio –frecuencia, numeración y derechos de paso–, genera ingresos para el Estado cuando se subastan nuevas licencias, etcétera⁴¹.

Ahora bien, en muchas legislaciones, como Colombia y España, el título habilitante ha sido abandonado como mecanismo de control de la actividad, sobre todo en la medida que se liberaliza el sector de las comunicaciones electrónicas (telefonía, transmisión de datos y acceso a Internet). En el caso de Colombia, si bien la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones constituye un servicio público bajo la titularidad del Estado, lo cierto es que se consagra una habilitación general mediante la cual se autoriza la

⁴⁰ BERMÚDEZ SOTO 2011, 141.

⁴¹ INTVEN, OLIVER y SEPÚLVEDA 2000, 2-4.

instalación, ampliación, modificación, operación y explotación de redes para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, ya sea que estos se suministren o no al público. Lo anterior es a cambio de una contraprestación periódica a favor del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones⁴². Con todo, si la provisión de tales servicios requiere utilizar frecuencias del espectro radioeléctrico, entonces el interesado debe obtener un permiso previo y expreso que otorga el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones⁴³.

En el caso de España, la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas constituye un sector liberalizado desde el año 1998. De manera que los interesados en desarrollar este negocio solo deben notificar su intención al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, con anterioridad al inicio de la actividad, para que este proceda a inscribirlos en el Registro de Operadores⁴⁴. A contar de ese momento, y sin más trámite, les son aplicables las condiciones previstas para la explotación de redes y provisión de comunicaciones electrónicas. Sin embargo, para el caso que esta actividad requiera emplear frecuencias del dominio público radioeléctrico, los interesados deberán obtener del referido Ministerio un título habilitante que les autorice su uso, pudiendo este consistir en una autorización general, autorización individual o concesión administrativa⁴⁵.

Por lo que la encrucijada del regulador chileno consiste en evaluar si, bajo las condiciones actuales de esta industria, se justifica mantener el título concesional como barrera de entrada para quienes pretendan desarrollar la actividad prestacional de los servicios de telefonía, transmisión de datos y acceso a Internet, a la manera de un control *ex ante facto*. O, en cambio, si pudiera flexibilizarse esta política, como lo han hecho España, Colombia y otros países, al punto de propender hacia una estructura de mercado liberalizado pero con determinados controles *ex post facto*. Eso sí, el uso del espectro radioeléctrico, en cuanto bien nacional de uso público administrado por el Estado, requeriría siempre un acto positivo de la autoridad sectorial.

La discusión no es nueva. Ximena Rojas Prosser propuso en 2004 un modelo alternativo al régimen vigente, el cual consiste en un sistema de autorización única o general que habilita para el suministro de todo tipo de servicios y la explotación de todo tipo de redes (redes fijas, alámbricas o inalámbricas, redes móviles, de televisión por cable y por satélite) que se informen en una solicitud. En caso de que "la prestación del servicio requiere la utilización de frecuencias del espectro radioeléctrico deberá solicitarse una autorización de uso de frecuencias de espectro radioeléctrico que deberá tramitarse ante la autoridad sectorial respectiva"⁴⁶.

⁴² Art. 10 de la Ley N° 1341, de 2009.

⁴³ Art. 11 de la Ley N° 1341, de 2009.

⁴⁴ Art. 6.2 de la Ley 9/2014, de 2014.

⁴⁵ Art. 6.2.2 de la Ley 9/2014, de 2014.

⁴⁶ ROJAS PROSSER 2004, 10.

En la misma línea, Alfonso Silva y Eduardo Martín se mostraron partidarios en 2005 de un sistema de concesión única que suponga abandonar el "sistema tradicional de licencia asociada a un servicio específico, [el cual no permite], al menos desde el punto de vista formal, prestar otros servicios que no sean aquellos específicamente contemplados en la respectiva licencia de telecomunicaciones"⁴⁷. Ponen como ejemplo el caso argentino, donde el titular se encuentra autorizado para ofrecer al público cualquier servicio de telecomunicaciones, siendo irrelevante si dichos servicios son fijos, móviles, alámbricos, inalámbricos, nacionales, internacionales, con infraestructura propia o de terceros, etc. El único requisito es que el licenciatarario notifique al regulador que va a ampliar su parrilla de servicios con 30 días de anticipación al inicio del servicio. La asignación de la licencia es independiente si la operación requiere emplear espectro radioeléctrico, puesto que si lo requiere, entonces debe concursar por él en un proceso separado e independiente⁴⁸.

También es del caso mencionar a los economistas Rodrigo Harrison y Roberto Muñoz, quienes han analizado el mercado de asignación de espectro radioeléctrico en Chile. Entre las posibles mejoras al proceso de asignación de espectro bajo la institucionalidad normativa actual, los autores señalan que es factible reducir al mínimo las restricciones de uso de las frecuencias asignadas a un título concesional. En este sentido, advierten como una fortaleza que "bajo el actual esquema la autoridad dispone de algún grado de discrecionalidad respecto a las limitaciones al uso que un operador puede dar al espectro que recibió. Esto es, por ejemplo, si un operador puede o no adicionar servicios distintos al autorizado originalmente sin ser sancionado por la autoridad. Esta flexibilización puede lograrse, al menos parcialmente, sin necesidad de alterar la institucionalidad vigente"⁴⁹.

Todos estos autores coinciden en que el nuevo sistema propuesto ofrece mayores ventajas que el régimen actual en términos de una mayor simplificación administrativa, propiciar la entrada de nuevos actores al mercado, fomentar el desarrollo de ideas o negocios inéditos, optimizar la asignación del espectro radioeléctrico y levantar barreras a la inversión en telecomunicaciones. Sin embargo, el contrafactual de este modelo es que no podemos determinar si en un entorno regulatorio con mayores grados de liberalización, como el propuesto por los autores, Chile habría podido llegar a ser un caso de éxito en materia de conectividad digital dentro de la región. De hecho, aun cuando el país mantiene un sistema autorizatorio que puede ser considerado rígido y restrictivo de la competencia, en los últimos años ha experimentado un acelerado despliegue de infraestructura digital (capilaridad de antenas y redes de fibra óptica), una baja sostenida en el valor de las tarifas cobradas a los usuarios por los servicios de telefonía, transmisión de datos y acceso a Internet, así como la posibilidad cierta de que un actor

⁴⁷ SILVA y MARTÍN 2005, 379.

⁴⁸ *Ibíd.*, 383.

⁴⁹ HARRISON y MUÑOZ 2008.

entrante –como WOM– haya podido desafiar con éxito el mercado de los incumbentes y fomentar la rivalidad entre ellos.

2. El debate por la duración de las concesiones y el mecanismo de asignación

La concesión de servicio público de telecomunicaciones tiene un plazo de duración de 30 años, conforme establece el artículo 8° inciso tercero de la LGT. Pero hasta el año 1994 las concesiones de servicios de telecomunicaciones tenían una duración indefinida –salvo las de radiodifusión sonora que expiraban en el plazo de 15 años–, de manera que la Ley N° 19.277 puso un límite temporal a la primigenia regulación consagrada en la LGT. Con todo, los economistas Juan Escobar, Rafael Epstein, José Correa y otros, a partir de los aprendizajes obtenidos de la licitación de espectro radioeléctrico para los servicios 5G, ocurrida en febrero de 2021, han planteado que la Ley General de Telecomunicaciones “debería evolucionar para incorporar los cambios tecnológicos propios de esta industria, por ejemplo, asimilar la duración de las concesiones a la de los países desarrollados”⁵⁰. Adicionalmente, en la discusión programática presidencial la candidatura de Gabriel Boric, posteriormente electo como Presidente de la República, propone reducir la duración de las concesiones desde 30 a 15 años, como la mayoría de los países de la OCDE, a fin de que el Estado pueda hacer un uso estratégico del espectro radioeléctrico⁵¹.

Los mismos autores Escobar, Epstein y otros han sostenido que la legislación sectorial debiese permitir mecanismos de licitación más flexibles, a fin de que el ente regulador pueda reflejar adecuadamente los objetivos de política pública y así poder desarrollar de mejor forma una industria estratégica para los tiempos actuales, con empresas que presentan altos niveles de inversión e innovación⁵². Ellos están pensando en el actual modelo híbrido de asignación de concesiones que consagra la LGT, en donde la subasta solo procede en los casos de que se haya superado una fase de evaluación comparativa o “*beauty contest*”, como una forma de dirimir el empate entre diferentes ofertas técnicas, pero no con un propósito decididamente recaudatorio para el Estado. En efecto, la asignación de concesiones que utilicen espectro radioeléctrico se realiza en Chile a través de un mecanismo *sui generis*, en donde se mezcla la evaluación comparativa (denominado coloquialmente también como “*beauty contest*”) y la subasta (que la LGT denomina “*licitación*”).

El problema de este modelo es la rigidez con que está diseñado por el legislador. En los hechos puede ocurrir que participe un único competidor en el proceso de asignación, o bien que no haya empate, de manera que el

⁵⁰ ESCOBAR, EPSTEIN J., CORREA, EPSTEIN N. y MONTENEGRO 2021.

⁵¹ Véase las propuestas programáticas de Gabriel Boric (2021) en materia de transformación digital: https://boricpresidente.cl/propuestas/transformacion_digital.

⁵² ESCOBAR, EPSTEIN J., CORREA, EPSTEIN N. y MONTENEGRO 2021.

ganador se llevará la concesión y el espectro sin ningún pago de por medio. Como esto parece poco deseable, Escobar, Epstein, Correa y otros plantean la importancia de transitar hacia un modelo de subasta puro, con algunos requisitos técnicos mínimos que aseguren la idoneidad del proyecto, como ha sido la tendencia en los últimos 20 años por parte de los países desarrollados, quienes de esta forma han incentivado no solo la innovación y la competencia, sino que también mayor transparencia y generación de recursos fiscales.

Los autores ponen de relieve el último proceso de licitación llevado a cabo por la Subtel, cuyo éxito se logró gracias a un buen diseño técnico, jurídico y económico de la licitación. En este proceso se llevaron a cabo tres licitaciones independientes: un bloque en la banda 700 MHz, un bloque en la banda AWS y 15 bloques en la banda 3.5 GHz. Cada licitación fue del tipo "primer precio sobre cerrado" y en la tercera licitación (banda 3.5 GHz) se permitieron ofertas por "paquetes" de bloques, lo que se conoce como "licitación combinatorial". A juzgar por sus resultados, la licitación cumplió con los objetivos que el regulador se propuso: el Estado recaudó más de 450 millones de dólares (seis veces la suma de todo lo recaudado por asignar espectro en la historia de Chile) y se logró en un proceso competitivo y participativo con la postulación de cinco empresas. Ahora bien, en caso de que no se hubiera producido el empate en la evaluación comparativa de los aspectos técnicos de las ofertas, lo cierto es que la autoridad no habría más opción que adjudicar las concesiones a la única empresa que hubiera logrado el puntaje requerido, sin subasta de por medio y sin recaudación fiscal.

3. La propuesta de reconocer explícitamente el acceso a Internet como un servicio público de telecomunicaciones

La LGT nació en 1982 dentro de un contexto histórico en que la telefonía fija era la prestación por antonomasia de los servicios públicos de telecomunicaciones, quedando las restantes modalidades prestacionales de esta actividad, como la telegrafía pública, la transmisión de datos y el servicio de videotex, como expresiones de menor transcendencia colectiva. Por tal motivo, la legislación sectorial consagró un estatuto jurídico bastante nítido para el operador del servicio público telefónico, fijando con claridad no solo los derechos de que goza, sino que sobre todo las obligaciones a que se encuentra sometido. Una de estas obligaciones, quizá la más relevante en nuestro entendimiento, es la obligatoriedad de cobertura dentro de la zona de servicio concesionada. En efecto, el artículo 24 B de la LGT establece que:

Las empresas concesionarias de servicio público telefónico estarán obligadas a dar servicio a los interesados que lo soliciten dentro de su zona de servicio y a los que estando fuera de ella y de la de otro concesionario, costeen las extensiones o refuerzos necesarios para llegar hasta ella⁵³.

⁵³ Ley N° 18.168, de 1982.

Con el devenir del tiempo y el auge de la digitalización, ocurrió que la telefonía como tal comenzó a ser reemplazada por el servicio de transmisión de datos, el cual permite no solo navegar por diferentes plataformas sino también comunicarse mediante el servicio de voz que es transmitido como datos conmutados. De manera que, al haber nacido la LGT tan “telefonizada”, imponiendo una carga regulatoria intensa al operador telefónico, ha quedado en un evidente desfase respecto a los avances tecnológicos en el campo de las comunicaciones electrónicas, donde la transmisión de datos y el acceso a Internet lideran la demanda de uso por parte de los usuarios.

El problema es que el operador de transmisión de datos, o el proveedor de acceso a Internet, carece de la exigencia de obligatoriedad de cobertura que el operador telefónico tiene dentro de la zona de servicio concesionada. Por ello, se encuentra en trámite en el Congreso Nacional el proyecto de ley que reconoce formal y explícitamente al acceso a Internet como un servicio público de telecomunicaciones (Boletín N° 11.632-15). El mensaje ingresado por la ex Presidenta Michelle Bachelet se fundamenta en la gran cantidad de hogares conectados a ese servicio, llegando para la anualidad de 2018 al 79,3% a nivel nacional, lo que implicó un avance de 9,4% respecto de 2015. Pese a este incremento en las conexiones por hogar, la iniciativa acusa la persistencia de una profunda desigualdad e inequidad en el acceso para lugares que no son comercialmente atractivos.

De prosperar esta propuesta legislativa, la categoría del servicio público de telecomunicaciones quedará formal y explícitamente integrada por las prestaciones de telefonía y de acceso a Internet (forma específica de la transmisión de datos), equiparándose, en ambas facilidades por igual, la obligación de atención obligatoria en la zona de servicio. Adicionalmente, el proyecto de ley en cuestión asume una política de fomento del Internet, para lo cual se permite a la Subtel declarar a un servicio como imprescindible; se fija el plazo en que las compañías, imperativamente, deberán efectuar las prestaciones de acceso a Internet a los usuarios que se encuentren dentro de su zona de servicio; crea la figura de las “comunidades de telecomunicaciones” (como sucesoras de las antiguas comunidades telefónicas del artículo 24° B LGT) y las faculta para operar como permisionarios de servicios limitados de telecomunicaciones (especialmente de Internet); y se autoriza que el Presidente anualmente disponga la destinación al Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones de un subsidio para el pago de las cuentas de servicios de Internet a un determinado porcentaje de los usuarios más vulnerables del país⁵⁴, esto es, se adopta un modelo de subsidio a la demanda.

Ahora bien, cabe puntualizar que el Internet ya ha sido objeto de tratamiento por el legislador a propósito de algunas materias conexas. El servicio de acceso a Internet fue considerado en sus orígenes como un servicio adicional, esto es, una prestación que el operador telefónico podía suministrar como un negocio anexo y desvinculado de la carga regulatoria prevista para

⁵⁴ Senado 2021.

el giro principal –la telefonía–. Por ello, la Ley N° 20.453, que consagra el principio de la neutralidad en la red para los consumidores y usuarios de Internet, incorporó a la LGT una definición de “proveedor de acceso a Internet” (ISP) y sujetó el desarrollo de su actividad a un título habilitante –la concesión de servicio público de telecomunicaciones o bien una concesión de servicio intermedio de telecomunicaciones– (art. 24 H LGT). Esta regulación fue un avance porque permitió exigir al proveedor de acceso a Internet una serie de obligaciones –asegurar la no interrupción del suministro, descontar e indemnizar al usuario frente a cortes prolongados, etc.–, pero también asignarle derechos –utilizar bienes nacionales de uso público para el despliegue de su red, acceder al espectro radioeléctrico, etc.–.

Con todo, el proyecto de ley ha sido objeto de diferentes críticas. Una de ellas es el costo financiero del mismo, ya que el mecanismo de subsidio a la demanda que administrará el Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones incrementa ostensible y sostenidamente el esfuerzo patrimonial del Estado en relación con aquellas personas que no gozan de la solvencia económica para pagar por el servicio de Internet. También ha estado en debate el alcance dado a las “comunidades de telecomunicaciones”, que posteriormente ha evolucionado hacia la denominación de “comunidades de usuarios”, y cuál será el rol de los gobiernos regionales y municipalidades con estos nuevos proveedores de acceso a Internet. Por último, la mejora de la cobertura del servicio de Internet involucra a otras reparticiones públicas, como el Ministerio de Vivienda y Urbanismo o las municipalidades, donde muchos de los problemas para el despliegue de las redes de conectividad se originan en los criterios dispares para otorgar permisos y en los cobros indebidos (fundados en el costo por la revisión de expedientes) que emplean algunas administraciones comunales.

4. La reforma estructural a la Subsecretaría de Telecomunicaciones

La institucionalidad regulatoria del sector de las telecomunicaciones ha sido objeto de debate a causa de la multiplicidad de roles que debe cumplir la Subtel. Actualmente este organismo no solo formula la política regulatoria de telecomunicaciones, sino que también fiscaliza el cumplimiento de la normativa sectorial y formula los cargos ante una infracción para que el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones aplique las sanciones administrativas correspondientes. En este esquema se acusa un conflicto de gestión entre lo que supone impulsar el desarrollo de la industria, por un lado, y efectuar la fiscalización debida para que los servicios se brinden en condiciones aceptables y justas a los usuarios. La Subtel se encuentra tensionada internamente por estos dos “giros de negocio”, a veces contradictorios entre sí, toda vez que concentra las funciones de fomento (subsídios) y regulación, así como las labores de autorización (concesiones, permisos y licencias) y fiscalización.

Debido a esta problemática, se encuentra en tramitación en el Congreso Nacional el proyecto de ley que crea la Superintendencia de Telecomunicaciones (Boletín N° 8.034-15) como un servicio público funcionalmente descentrali-

zado, dotado de personalidad jurídica propia y patrimonio propio, y sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Este nuevo organismo asumirá las funciones autorizatorias, fiscalizadoras y de formulación de cargos que actualmente posee Subtel, mientras que esta conservará las atribuciones de elaborar la política regulatoria y actuar como secretaría ejecutiva del Consejo de Desarrollo de las Telecomunicaciones en materia de asignación de subsidios.

La separación funcional y orgánica de la Subtel en dos servicios obedece a que, entre los sectores económicos que fueron objeto del proceso privatizador de la década de 1980, las telecomunicaciones siguen siendo el único sector que carece de una Superintendencia, a diferencia de los entornos sanitario, de electricidad y combustibles, medio ambiente, pensiones, casinos de juego, entre otros. Adicionalmente, la masificación exponencial de las comunicaciones electrónicas y la utilización por parte de los chilenos de uno o más servicios de conectividad digital requieren una Superintendencia dedicada exclusivamente a resguardar el adecuado funcionamiento de los servicios de telecomunicaciones y proteger los derechos de tales usuarios. Finalmente, el ritmo del avance tecnológico ha sobrepasado el avance normativo y regulatorio, por lo que se requiere que la Subtel en forma exclusiva estudie y diseñe la política pública al ritmo de los desafíos que impone la evolución de la ciencia y la técnica, y oriente la actividad de fomento (subsidios) hacia esas necesidades.

Sierra señala que esta idea ya se encontraba presente en la década del año 2000, época en que el Ministerio de Economía publicó un libro donde su:

preocupación principal respecto de las telecomunicaciones es el hecho de que en el actual regulador se mezclan promiscuamente dos tareas distintas: el diseño de políticas y la regulación propiamente tal. Asimismo, [ese libro] propone radicar en el Ministerio de Economía la regulación de las telecomunicaciones, creando una Superintendencia como "agencia de regulación" y dejando en ese Ministerio la definición de las políticas⁵⁵.

En síntesis, la creación de este nuevo órgano descentralizado supone distribuir las potestades sobre telecomunicaciones que tiene la Administración del Estado en dos organismos públicos diferentes:

a) Una Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel), a cargo de definir la política regulatoria, administrar el espectro radioeléctrico, gestionar los subsidios del Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones (FDT) y elaborar estadísticas y estudios sobre los servicios de telecomunicaciones.

b) Una Superintendencia de Telecomunicaciones (Supertel), a cargo de la fiscalización y la formulación de cargos infraccionales, imponer sanciones administrativas, velar por los derechos de los usuarios, participar en la fijación tarifaria, así como otorgar concesiones, permisos y licencias.

⁵⁵ SIERRA IRIBARREN 2008, 63.

Sin embargo, en la tramitación del proyecto de ley en el Congreso Nacional se alcanzó un importante acuerdo en el mundo político respecto a la necesidad de modificar la estructura unipersonal propuesta para la Supertel, a cargo de un Superintendente, debido a que este genera mayor espacio para la arbitrariedad que un cuerpo colegiado. Por esta razón, se ha preferido repetir la exitosa experiencia de la Comisión para el Mercado Financiero que vino a reemplazar a las antiguas Superintendencias de Valores y Seguros y de Bancos e Instituciones Financieras. Con todo, cabe hacer presente que el proyecto de ley se encuentra detenido ya por varios años en su tramitación y no ha logrado salir despachado del Senado, donde cumple su segundo trámite constitucional, por los ingentes recursos presupuestarios que supone la creación de un nuevo servicio público y, también, por la diferente priorización de temas otorgada a la agenda legislativa.

5. La doble crítica al Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones

El Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones (FDT) es el instrumento de fomento que tiene por objeto promover el aumento de la cobertura de los servicios de telecomunicaciones en el país, aunque de modo preferente en las áreas rurales y urbanas de bajos ingresos (art. 28 A LGT). Creado en el año 1994 mediante la ley N° 19.302, el FDT vino a reemplazar el mecanismo de aportes de financiamiento reembolsables existente en la época por uno destinado a financiar subsidios a proyectos específicos de expansión del servicio público telefónico, en áreas rurales y urbanas de bajos ingresos, con baja densidad telefónica.

El FDT se compone de los recursos que se le asignen anualmente a través de la Ley de Presupuestos del Sector Público y es administrado por un consejo de ministros –el Consejo de Desarrollo de las Telecomunicaciones (CDT)–, cuyo secretario ejecutivo es el Subsecretario de Telecomunicaciones (art. 28 B). A la Subtel le corresponde preparar un programa anual de proyectos subsidiables para la aprobación del CDT, en donde se debe incluir iniciativas vinculadas a teléfonos públicos o centros de llamadas, telecentros comunitarios de información, sistemas de transmisión e infraestructura para promover el aumento de cobertura de radiodifusión televisiva digital de libre recepción y servicios de acceso a Internet, así como cualquier otro servicio de telecomunicaciones que beneficie directamente a la comunidad en la cual habrá de operar (art. 28 D LGT). En este modelo no aparece el Estado subsidiando a la demanda –los usuarios–, ya sea a través de un mecanismo de *voucher* o abonando parte de cuenta telefónica del usuario directamente ante la empresa proveedora. Por el contrario, se aprecia un mecanismo de subsidio a la oferta, en donde se apalanca la inversión en redes o servicios de un operador que es elegido mediante un concurso público⁵⁶ que coordina la Subtel.

⁵⁶ Al concurso público pueden presentarse las personas jurídicas que cumplan con los requisitos legales y reglamentarios para ser titulares de la concesión o permiso del servicio de telecomunicaciones de que se trate. La elección del postulante ganador se determina a partir de quien solicite el menor subsidio por una sola vez. En caso de empate, se asigna el proyecto al postulante que

La institucionalidad del FDT ha sido cuestionada desde dos vertientes diferentes: un argumento de libre competencia y uno de política social. La primera crítica relacionada con materias de libre competencia obedece a que:

el actual sistema de concursos y asignación de subsidios, esto es, la entrega de subsidios de monto fijo a un oferente o a un grupo de oferentes determinados, altera la estructura del mercado en el que se otorga, distorsionando los precios y llevando a una menor competencia, ya sea antes o después de adjudicado el subsidio⁵⁷.

A juicio del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), el diseño de ciertos concursos permite al ganador de un subsidio ofrecer servicios distintos al objeto de la licitación, sin tarifas máximas, y utilizando la infraestructura que es financiada por el subsidio. Con esto la empresa adjudicataria desplaza artificialmente a los incumbentes e impone barreras a la entrada de potenciales competidores, lo cual entraña el riesgo de permitir el mantenimiento de empresas ineficientes o de impedir la entrada de otras eficientes al mercado, lo que en el mediano y largo plazo termina perjudicando el bienestar general.

Por otra parte, el TDLC estima que este tipo de aportes pueden constituir discriminaciones arbitrarias contrarias a la libre competencia en el trato que el Estado brinda a los particulares en materia económica, otorgando beneficios directos para determinados agentes económicos que actúan en mercados específicos. Por lo tanto, se critica que tales aportes no se encuentran establecidos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica como prescribe el artículo 19 N° 22 de la Constitución.

En consecuencia, el TDLC plantea que se modifiquen tales normas en orden a consagrar un sistema de subsidios a la demanda, cuando ello sea viable y eficiente, permitiendo a las empresas competir por las tarifas que cobrarán a los consumidores que serán beneficiados por tal subsidio, lo cual permite incentivar la eficiencia del operador y facilita la entrada futura de nuevos actores a ese mercado. En paralelo, el TDLC propone que los concursos del FDT contemplen la posibilidad de otorgar subsidios a la construcción de infraestructura de redes en aquellas áreas donde resulte improbable que los operadores desarrollen infraestructura incluso bajo subsidios a la demanda, a fin de que dicha infraestructura pueda ser utilizada en forma compartida por cualquier prestador de servicios de telecomunicaciones, bajo condiciones abiertas, transparentes y no discriminatorias.

Estas críticas han sido subsanadas por Subtel a través del tiempo, si bien no por medio de una reforma legal que permita el subsidio a la demanda, pero sí a través de exigir en las bases de licitación unas tarifas máximas y que

ofrezca mayor cantidad de prestaciones adicionales. De subsistir el empate, se adjudica el concurso a quien comprometa un menor plazo para el inicio de los servicios y, de no resolverse la asignación conforme a estas reglas, se define al adjudicatario mediante un sorteo (art. 28 F LGT).

⁵⁷ Proposición de modificación normativa N° 13/2011.

la infraestructura construida se comercialice de manera abierta y no discriminatoria con cualquier interesado en acceder a ella.

La segunda crítica al FDT guarda relación con la ausencia de una política social de servicio universal, como se aprecia en otros entornos regulatorios. Por ejemplo, el derecho europeo de los servicios públicos contiene una obligación de servicio universal, la cual parte de la premisa que existen unos bienes y servicios de carácter esencial que resulta deseable y necesario que puedan llegar a la mayor cantidad de personas en el espacio geográfico de un país y en condiciones económicas adecuadas⁵⁸. Concretamente, la legislación española establece que el servicio universal corresponde al “conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible” (art. 25.1 LGTel). A propósito de esta definición, Matilde Carlón ha concluido que el servicio universal es “un estándar básico, fijado prioritariamente a nivel europeo, de servicios y facilidades de comunicaciones electrónicas, cuya prestación debe ser garantizada a todos los ciudadanos, a un precio asequible y con una calidad determinada, con independencia de sus concretas circunstancias geográficas, económicas y sociales y –aunque no lo haga expreso la definición legal– físicas”⁵⁹.

De modo que el servicio universal tiene como características fundamentales la accesibilidad por parte de los ciudadanos urbanos, rurales o que habitan en orografía complicada; la asequibilidad en el precio, de manera que este no constituya una barrera para los más vulnerables; y la calidad mínima del servicio. En concreto, esta obligación comprende el acceso a la red pública telefónica desde una ubicación fija; guías telefónicas, ya sean impresas o electrónicas; oferta suficiente de teléfonos públicos de pago; atención a discapacitados y usuarios con necesidades sociales especiales; opciones de tarifas *low cost* para que las personas físicas con necesidades sociales especiales (jubilados, rentas bajas, etc.) puedan tener acceso a la red, entre otras.

El operador obligado activamente a prestar el servicio universal corresponde a aquellos específicamente designados al efecto por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo mediante un mecanismo de licitación pública (art. 26.2 LGTel). En cambio, los obligados pasivamente a soportar el costo del servicio universal son los demás operadores del mercado, donde el coste neto de la obligación es financiado por un mecanismo de reparto, en condiciones de transparencia y no discriminación, por aquellos operadores que obtengan por la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas unos ingresos brutos de explotación anuales superiores a 100 millones de euros (art. 27.2 LGTel). Una vez fijado este coste, la CNMC determinará las aportaciones que correspondan a cada uno de los operadores con obligaciones de contribución a la financiación del servicio universal.

⁵⁸ ZEGARRA VALDIVIA, 2012.

⁵⁹ CARLÓN RUIZ 2015, 601.

Las aportaciones recibidas se depositarán en el Fondo nacional del Servicio Universal⁶⁰.

Si bien en Chile no existe una obligación de servicio universal consagrada en la LGT, el Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones apunta en una dirección similar. Con todo, las diferencias son bastante profundas. De hecho, los operadores chilenos no tienen una obligación de estas características exigida por el ordenamiento jurídico, como ocurre en España, siendo más bien el Estado quien asume la obligación de financiar este instrumento a través de la Ley de Presupuestos del Sector Público. Por otra parte, no hay un catálogo de prestaciones específicas que los operadores deben proveer como servicio universal –puntos telefónicos, guías de numeración, atención a personas discapacitadas o de bajos ingresos, entre otros–, sino que se trata de proyectos subsidiables orientados a la inversión en infraestructura y servicios vinculados a teléfonos públicos o centros de llamadas, telecentros comunitarios de información, sistemas de transmisión digital y otros servicios de conectividad que beneficien directamente a la población.

Conclusiones

El régimen concesional del servicio de público de telecomunicaciones constituye un estatuto jurídico que da cuenta no solamente de los derechos y obligaciones que afectan al titular, sino también los requisitos y procedimientos que permiten obtener de la Administración la autorización para suministrar servicios de telefonía, transmisión de datos y acceso a Internet.

Este régimen concesional se encuentra sometido a tensiones y debates que provienen de los entornos académico, político-legislativo y judicial, los que proponen revisar importantes variables de la ecuación. Las reformas más relevantes que se han planteado guardan relación con la pertinencia de contar con un título habilitante para la provisión de servicios de telefonía, transmisión de datos y acceso a Internet; la reducción del plazo de duración de las concesiones; la consagración de un modelo de subasta; la declaración del acceso a Internet como un servicio público de telecomunicaciones; la reforma a la institucionalidad de la Subtel; y las críticas al esquema de subsidios que contempla el Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones.

Con todo, ninguna de las reformas planteadas supone un cambio radical para el modelo de desarrollo del sector de las telecomunicaciones, en el sentido de proponer directamente su reemplazo por otro distinto. Por el contrario, se trata de propuestas que apuntan a modular, actualizar o perfec-

⁶⁰ El Fondo Nacional del Servicio Universal, gestionado por la CNMC, se compone de los activos en metálico (en efectivo) procedentes de los operadores con obligaciones de contribuir a la financiación del servicio universal; así como de las aportaciones que sean realizadas por cualquier persona física o jurídica que desee contribuir, desinteresadamente, a la financiación de cualquier prestación propia del servicio universal (art. 27.4 LGTel). Los operadores sujetos a obligaciones de prestación del servicio universal recibirán de este fondo la cantidad correspondiente al coste neto que les supone dicha obligación, calculado según el procedimiento establecido.

cionar el sistema vigente hacia mayores grados de eficiencia y de equidad en beneficio de los ciudadanos.

Bibliografía citada

- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2020). Las autorizaciones administrativas: bases conceptuales y jurídicas. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (32) (julio-diciembre 2020), 5-36.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011). *Derecho Administrativo General* (2ª ed). Thomson Reuters.
- CARLÓN RUIZ, Matilde (2015). Las obligaciones de servicio público: en especial, el servicio universal de telecomunicaciones. En DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás (Ed.), *Derecho de las Telecomunicaciones* (pp. 593-640). Thomson Reuters.
- CORREA PÉREZ, Marco (2018). Zero-rating y la neutralidad de la red en Chile. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 7(1) (2018), 107-135.
- ESCOBAR, Juan; EPSTEIN NUMHAUSER, Rafael; CORREA, José; EPSTEIN, Natalie y MONTENEGRO, Yerko (4 de mayo de 2021). *Aprendizajes de la licitación del espectro radioeléctrico*. La Tercera. <https://www.latercera.com/opinion/noticia/aprendizajes-de-la-licitacion-del-espectro-radioelectrico/2W7OFXRKXBGHDTFBTDXDQG5T4/>
- FISCHER, Ronald y SERRA, Pablo (2002). Evaluación de la regulación de las telecomunicaciones en Chile. *Revista Perspectivas (Departamento de Ingeniería Industrial de la Universidad de Chile)* 6(1), 45-77.
- HARRISON, Rodrigo y MUÑOZ, Roberto (2008). Políticas de asignación de espectro en Chile: diagnóstico actual y posibilidades futuras. En *Regulación y Convergencia en Telecomunicaciones*. Editado por Universidad de Chile y Subsecretaría de Telecomunicaciones, pp. 105-124.
- INTVEN, Hank; OLIVER, Jeremy y SEPÚLVEDA, Edgardo (2000). *Manual de reglamentación de las telecomunicaciones*. Grupo del Banco Mundial.
- JORDANA CASAJUANA, Jacint y SANCHO, David (2016). La apertura a la competencia de las telecomunicaciones en España. En Ángel Calvo Calvo (Coord.), *Historia de Telefónica: 1976-2000. Las telecomunicaciones en la España democrática* (pp. 55-82). Editorial Ariel y Fundación Telefónica.
- MENGUAL HENRÍQUEZ, Luis Felipe (2018). *Regulación de servicios eléctricos y de telecomunicaciones. La obligación de acceso a terceros, la interconexión y la figura del gestor único independiente*. Editorial Hammurabi.
- OVALLE YRARRÁZAVAL, José Ignacio (2001). *Las telecomunicaciones en Chile*. Editorial Jurídica Cono Sur Ltda.
- PHILLIPS LETELIER, Jaime (2020). La fuerza obligatoria del precedente de la Contraloría General de la República. Una regla chilena de stare decisis. *Revista de Derecho Administrativo Económico* N° 31, pp. 149-176.
- PRADO BERGER, Jaime (2020). Titularidad de los servicios de telecomunicaciones y regulación tarifaria. Límites a las facultades normativas de la Administración. *Revista de Derecho (Coquimbo)* 27.
- PRICEWATERHOUSECOOPERS (2021). *The global economic impact of 5G. Powering your tomorrow*. PWC.
- ROJAS RÍOS, César (2008). *Teoría general del Derecho Público en el ámbito de las concesiones, autorizaciones y permisos. En especial en la Ley General de Pesca y Acuicultura*. Editorial Metropolitana.
- ROJAS PROSSER, Ximena (2004). *Análisis del régimen concesional y del mecanismo de obtención de concesiones de servicios de telecomunicaciones. Análisis para el fortalecimiento del marco regulatorio del sector de las telecomunicaciones. Informe final*. Consultora Aylwin Abogados.
- SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE (15 de abril de 2021). *Internet como servicio público. El desafío del acceso equitativo y la cobertura*. Senado. <https://www.senado.cl/noticias/internet/internet-como-servicio-publico-el-desafio-del-acceso-equitativo-y-la>

- SIERRA IRIBARREN, Lucas (2008). Regulación de las telecomunicaciones en Chile. Potestades normativas, tradición divergente y desafíos de la convergencia. En Subtel y Facea (Eds.), *Telecomunicaciones: convergencia y nuevos desafíos*, pp. 15-74.
- SILVA CUBILLOS, Alfonso y MARTÍN CUADRADO, Eduardo (2005). Sistema de licencia única de telecomunicaciones. *Boletín de Telecomunicaciones* (8), 377-386.
- ZEGARRA VALDIVIA, Diego (2018). *Introducción al Derecho de las Telecomunicaciones*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

Normativa citada

- Constitución Política de la República de Chile [Const]. 17 de septiembre de 2005 (Chile).
- Ley N° 18.168 de 1982. Ley General de Telecomunicaciones. 15 de septiembre de 1982. D.O. N° 31.368.
- Ley 9/2014 de 2014. General de Telecomunicaciones. 9 de mayo de 2014.
- Ley N° 1341 de 2009. Define principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones. 30 de julio de 2009.
- Decreto Ley N° 1.762 de 1977 [Ministerio de Transportes]. Crea la Subsecretaría de Telecomunicaciones. 15 de abril de 1977.
- Ley N° 19.880 de 2003. Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado. 22 de mayo de 2003. D.O. N° 37.570.

Jurisprudencia citada

- Telefónica Móviles con Bellsouth*: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 4 de enero de 2005 (Rol NC N° 01-04).
- Requerimiento de inconstitucionalidad de 36 señores diputados del Decreto Supremo N° 264, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones* (2010): Corte Suprema, 12 de mayo de 2011 (Rol N° 1849-10). Pleno [Requerimiento de inconstitucionalidad].
- WOM S.A. con Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* (2020): Corte Suprema, 13 de julio de 2020 (Rol N° 181-2020). Tercera Sala [reclamación].
- Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores con Telefónica Móviles Chile S.A., Claro Chile S.A. y Entel PCS Telecomunicaciones S.A.* (2018): Corte Suprema, 25 de junio de 2018 (Rol N° 73923-2016). Tercera Sala [casación].
- Proposición de modificación normativa N° 13/2011 [Tribunal de Defensa de la Libre Competencia]. Propone que se modifique tanto la forma como los mecanismos de asignación de subsidios con cargo al Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones. 19 de enero de 2011.