

Telecomunicaciones: Superintendencia “en Construcción”

El proyecto de ley que crea la Superintendencia de Telecomunicaciones es perfectible. Tratándose de una industria altamente competitiva y con vertiginosos cambios tecnológicos, resulta necesario establecer un diseño institucional adecuado que permita mejorar el desempeño del mercado, evitando imponer restricciones o limitaciones a la innovación y desarrollo sectorial, que afectarán no sólo a los actores sino que también a los usuarios que se busca proteger.

En noviembre de 2011 ingresó a tramitación al Congreso el proyecto de ley que crea la Superintendencia de Telecomunicaciones, el que actualmente se encuentra en primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados¹. El objetivo del proyecto es perfeccionar la institucionalidad de un mercado que no sólo se ha masificado en corto tiempo, convirtiéndose en un servicio esencial para la población, sino que además ha mostrado una acelerada evolución tecnológica. En este contexto, el proyecto busca velar por el cumplimiento de las normas que rigen al sector a través de una modernización de la estructura institucional y de un perfeccionamiento de las atribuciones fiscalizadoras y sancionatorias de la autoridad. Lo anterior parece razonable pero, como se verá, podría resultar inconveniente desde el punto de vista del desarrollo del sector, lo que amerita introducir algunas mejoras al proyecto ingresado.

Como sabemos, en la actualidad la Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel), concentra los roles regulatorios, la fijación de las políticas del sector y las potestades normativas, fiscalizadoras, y sancionatorias. En este contexto, uno de los principales objetivos del proyecto de ley es separar las funciones de la Subtel, que incluyen tareas de diseño de política, regulatorias, de fiscalización y sancionatorias. Lo que se propone es la creación de un órgano especializado y altamente calificado -la Superintendencia de Telecomunicaciones- que concentre las tareas fiscalizadoras, sancionatorias, de autorización y aquellas vinculadas a la fijación de tarifas, dejando en la Subtel la tarea de definir la política sectorial y dictar la normativa pertinente.

Disposiciones del proyecto de ley

El proyecto de ley plantea que la Superintendencia sea un servicio público funcionalmente centralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio y que el Superintendente sea nombrado a través del Sistema de Alta Dirección Pública. Las funciones principales de la Superintendencia serían la fiscalización del cumplimiento de la normativa sectorial y, en caso de incumplimiento, la aplicación de sanciones administrativas. También formarían parte de sus atribuciones la participación en el otorgamiento y el término de las autorizaciones para entrar al mercado de las telecomunicaciones, velar por el correcto uso del espectro radioeléctrico según la normativa sectorial y conducir los procedimientos para la fijación de las tarifas en los servicios de telecomunicaciones que aún están afectos a ellas. Por último, cumpliría también un rol importante en la recolección de la información relevante del sector telecomunicaciones.

En materia de sanciones, el proyecto modifica el régimen establecido en la Ley 18.168 por ser éste, de acuerdo al mensaje del proyecto, un régimen poco sistemático, carente de suficiente proporcionalidad en relación a la gravedad de las infracciones y falta de un sistema de graduación de sanciones. En este contexto, el proyecto propone una clasificación sistemática de infracciones en gravísimas, graves y leves, y les asigna las correspondientes sanciones. Se incluye además un sistema de agravantes y atenuantes que permitiría calibrar la sanción y se aumentan sustancialmente los montos de las multas. Paralelamente, junto con permitir la adopción de medidas provisionales, se establece un plazo de caducidad para éstas y se regula la prescripción de las infracciones y de las sanciones impuestas (tres años).

En cuanto al procedimiento administrativo, se propone la separación de las unidades de fiscalización e instrucción de aquella de sanción, creándose la figura del instructor, lo que busca reducir los riesgos de prejuzgamiento. A su vez, se refuerza el derecho a defensa y se establece un mecanismo de autodenuncia que permite reducir las sanciones.

Finalmente, el proyecto de ley faculta la Superintendencia para atender y resolver los reclamos y denuncias que los usuarios formulen en contra de los operadores y se le permite elaborar estudio sobre las materias propias de su competencia.

Comentario general al proyecto

La masificación de los servicios de telecomunicaciones y su impacto en el bienestar de las personas y el desarrollo de la actividad económica, sin duda, amerita un marco regulatorio moderno y un sistema fiscalizador y sancionatorio que garantice su cumplimiento. No obstante lo anterior, es

importante destacar que el mercado de las telecomunicaciones tiene características particulares distintas a la de otros sectores regulados, lo que amerita una arquitectura institucional que recoja estas diferencias.

En efecto, los sectores que requieren de regulación habitualmente son aquellos donde no existe presión competitiva suficiente que permita alcanzar el equilibrio socialmente deseado o donde no es posible limitar comportamientos inconvenientes. Es así como existe mayor regulación en sectores donde la estructura de mercado conduce a equilibrios eventualmente subóptimos (monopolios naturales, como la distribución eléctrica o los servicios sanitarios) o donde existen riesgos sistémicos (como en la industria bancaria) que requieren el establecimiento de mecanismos que resguarden la seguridad del sistema. Igualmente, debe existir regulación en aquellos sectores donde se pone en riesgo la salud de las personas y del medio ambiente. En todos estos casos, se ha desarrollado no solo una fuerte regulación, sino además se han creado superintendencias para fiscalizar el cumplimiento de las normas establecidas.

El mercado de las telecomunicaciones tiene características distintas a las descritas. Se trata de una industria altamente competitiva y en continua transformación producto de una permanente evolución tecnológica, lo que involucra fuertes inversiones y cortos períodos de retorno. No existen riesgos sistémicos ni daños significativos a la salud humana ni ambiental derivados de la actividad sectorial.

La pregunta, entonces, es si el sector de telecomunicaciones amerita una arquitectura institucional como la propuesta en el proyecto de ley. En términos regulatorios, el tema es complejo, puesto que no es fácil precisar condiciones de calidad en un mercado donde irrumpen continuamente nuevas tecnologías y donde un sistema muy sancionatorio frente a errores de calidad puede terminar inhibiendo las necesarias inversiones en innovaciones tecnológicas. El desafío, por tanto, es alentar la introducción de tecnología nueva que permita seguir introduciendo dinamismo y competencia al sector.

Bajo estas circunstancias, la creación de una Superintendencia no parece estrictamente necesaria, salvo para efectos de adecuar la institucionalidad vigente que concentra muchas de las funciones en un solo organismo. Ello exige pensar en un diseño institucional adecuado que perfeccione el sistema actual, pero que a la vez evite interferir en el proceso de innovación y desarrollo de la industria de telecomunicaciones. En particular, la necesidad de separar tareas en órganos independientes -para definir políticas y normas vs. fiscalización y sanción- parece una medida razonable, toda vez que introduce la debida neutralidad que requiere la autoridad en el ejercicio de funciones diversas pero relacionadas y

promueve la especialización en sus respectivas tareas. Sin embargo, ello no debe convertirse en un obstáculo al desarrollo del sector, lo que requiere que esta Superintendencia tenga una estructura moderna, flexible en la regulación de la calidad para promover el desarrollo de proyectos innovadores y, tema muy importante, independiente del ciclo político.

El proyecto de ley no se condice del todo con estas características, ya que concentra fuertes atribuciones en un órgano unipersonal -en vez de propiciar una entidad colegiada- e introduce sanciones extremadamente altas, como si se tratara de un mercado donde los actores pudieran obtener, por la vía de conductas no competitivas que contravienen la normativa, rentas sobre normales, o como si el daño que pudieran generar estas conductas en la salud o el medio ambiente fuera de proporciones. Un régimen que, como se verá más adelante, cuenta con altos grados de incertidumbre en materia de infracciones, elevadas sanciones y excesiva empoderamiento del regulador frente al regulado podría poner en riesgo el principal activo de este mercado: su capacidad de innovación.

Perfeccionamientos necesarios

A continuación se comentará brevemente algunos aspectos particulares del proyecto de ley, considerando la discusión que se ha llevado a cabo durante su tramitación hasta la fecha. En particular, algunos de los aspectos que aquí se analizan han sido debatidos y se han propuestos mejoras, pero habrá de evaluarse el resultado una vez concluido el proceso de tramitación legislativa.

El aumento de las multas es excesivo: en el proyecto original, las multas máximas aumentan de 10.000 UTM (unidad tributaria mensual) a 10.000 UTA (Unidad Tributaria Anual), lo que representa un alza de 1.100%. Una multa de esta magnitud no tiene relación alguna con el eventual daño que pudiere causar una infracción, por grave que esta sea, por cuanto no está en juego ni la salud de las personas o del medio ambiente, ni es posible una extracción de rentas tal en un mercado competitivo. A ello se suma que existe una alta ocurrencia de infracciones que según este proyecto de ley serían consideradas graves- como el incumplimiento de circulares, instrucciones y resoluciones dictadas por la Superintendencia -lo que redundaría en una significativa contingencia. Si a ello se suma que las infracciones no están bien precisadas en el texto del proyecto de ley y que existe cierto grado de discrecionalidad en su interpretación, lo que podría agravar la falta, la contingencia antes señalada podría alcanzar niveles desproporcionadamente altos.

Es por lo anterior que, durante la discusión legislativa, un grupo de parlamentarios introdujo indicaciones para modificar la nominación de las multas desde UTA a UTM, lo que habría tenido buena acogida por parte

del Ejecutivo. Sin embargo, existe la posibilidad que este cambio se vuelva a revertir en instancias posteriores.

Cabe señalar que reponer multas tan elevadas tendría un impacto mayor para el desarrollo del mercado, sobre todo para posibles nuevos entrantes o actores de menos escala. Parece, por tanto, conveniente no sólo mantener la modificación incorporada vía indicación parlamentaria, sino además mejorar la graduación de la multa. En particular, debieran existir rangos expresos y claros en la ley para las multas, los que deberían a lo menos considerar la magnitud del daño causado, el número de afectados y la duración del mismo entre otras variables objetivas, limitando así lo más posible, arbitrariedades o interpretaciones subjetivas del sancionador. Adicionalmente, debiera eliminarse la facultad del Superintendente de aplicar hasta el doble del máximo de la multa con que se sanciona una infracción, habida cuenta de la desproporción del castigo pecuniario que ello importa para el sancionado.

Excesivo empoderamiento del órgano fiscalizador: el proyecto promueve un ente fiscalizador unipersonal con fuertes atribuciones, pudiendo haber optado por un órgano colegiado o mecanismos alternativos de solución de controversias que tienden a ser más balanceados. A su vez, existe una evidente interrelación entre quien dirige el proceso investigativo (fiscalizador) y quien sanciona (Superintendente), lo que reduce la imparcialidad que se ha querido imprimir al proceso. A ello se suma la potestad que tendría el Superintendente para, sobre la base de su propia apreciación de las atenuantes y agravantes, elevar hasta el doble el máximo de la multa con que se sanciona la infracción.

Toda creación de una autoridad con excesivo poder monopólico y escasos contrapesos institucionales debe mirarse con cautela, debiendo aminorarse los riesgos de una excesiva discrecionalidad ya sea mediante modificaciones orgánicas y/o la separación del rol de "juez y parte" que poseen.

Desde el punto de vista de las modificaciones orgánicas, sería prudente avanzar desde el actual sistema de Superintendencias -órganos unipersonales sujetos a fácil influencia del gobierno y de la opinión pública- a un órgano de dirección superior colegiada, con una orgánica, sistemas de nombramiento de sus miembros, presupuesto y sistema de rendición de cuentas de sus actos que aseguren la independencia y especialización técnica al momento de tomar las decisiones que se encuentran dentro de la esfera de su competencia.

Desde la perspectiva de la separación del rol de juez y parte, podría avanzarse en la implementación de paneles de expertos con ciertas funciones jurisdiccionales, el establecimiento de la consulta vinculante a

estas instancias, o mediante la creación de tribunales contencioso administrativos, como se ha apreciado en otras áreas (tribunales ambientales o tribunales tributarios).

En esta última figura se ha buscado avanzar por parte de la Cámara de Diputados, proponiéndose mediante una indicación que los reclamos por resoluciones de la Superintendencia no se realicen ante la Corte de Apelaciones sino que ante tribunales ordinarios, cuyo fallo podría ser apelable ante la Corte de Apelaciones. Sin embargo, y en caso de no haber consenso político para la creación de tribunales contencioso administrativos *ad hoc*, debiera avanzarse más en la reclamación ante tribunales ordinarios al establecer que dichas reclamaciones sean resueltas por determinados tribunales ordinarios que tengan capacitaciones técnicas en la materia con objeto que sus fallos posean fundamentos técnicos y no sólo jurídicos.

Debido a la ausencia de contrapesos como los de la propuesta presentada por el Ejecutivo, se hace imprescindible revisar las atribuciones de la Superintendencia, al apreciar que tiene una serie de facultades y funciones que le otorga un excesivo nivel de discrecionalidad sin, como ya se señaló, un adecuado sistema de controles y equilibrios que limite dichas facultades. Así, por ejemplo, puede "suspender total o parcialmente la instalación de determinados sistemas técnicos para la provisión de los servicios, que provoquen o amenacen con provocar interferencias perjudiciales o generar daños a las personas o cosas" (art. 16 letra b), lo que tendría graves efectos en los regulados. Se requiere, por tanto, analizar si tales facultades podrían afectar la seguridad jurídica necesaria para incentivar inversiones en un mercado en el que son imprescindibles, así como fortalecer los mecanismos, no solo de reclamación, sino que también internos, previos a la sanción, con objeto de evitar un poder excesivamente desbalanceado del fiscalizador frente al fiscalizado, dejando a este último en indefensión frente a imputaciones del Estado.

Por su parte, el proyecto de ley otorga al Superintendente la posibilidad de dictar medidas provisionales con fines cautelares, que incluyen la suspensión de la instalación de sistemas técnicos, la suspensión de la operación del servicio entre otros. Ello puede poner en riesgo la continuidad de algunos actores en el mercado. Las medidas cautelares debieran ser, por tanto, fundadas, de modo que exista la necesidad de la autoridad de justificar tal medida. Sin embargo, el proyecto no lo exige y además no impone costo alguno para la Superintendencia en caso de revertirse la medida por no haber sido debidamente justificada. Resulta pues indispensable incorporar exigencias legales, comprobar los hechos que la justifiquen y establecer garantías de modo de evitar que se dicten estas medidas de forma irresponsable.

Altas exigencias y costos para los regulados: el proyecto establece la facultad de la Superintendencia de requerir auditorías (hasta una vez por año) para verificar la información entregada. Estas deberán pedirse cuando exista presunción fundada que dicha información no es suficiente o del todo veraz. Dado que los costos de dichas auditorías serán financiados por los operadores, en caso que ellas no resulten justificadas, debiera existir la posibilidad de restituir los recursos destinados a dichas auditorías en forma de crédito contra multas u otro mecanismo, además de establecer la responsabilidad funcionaria en caso de reiterarse las solicitudes sin fundamento. Por su parte, el proyecto establece que las infracciones prescribirán a los tres años, lo que prolonga innecesariamente el plazo en que la Superintendencia puede formular cargos, elevando el riesgo de la actividad. Esto debiera graduarse a la baja dependiendo de la gravedad de las infracciones. Por último, no existe la necesaria neutralidad a la hora de establecer multas que, como se ha dicho, son elevadísimas. Ello se resolvería si hubiese un mejor diseño en el órgano a cargo de imponer las sanciones por las infracciones cometidas (por ejemplo, creando un panel de expertos, sistemas de mediación u otros), lo que evitaría politizar las decisiones y sopesar debidamente los daños provocados.

Superposición de competencias: el proyecto de ley tiende a aumentar la superposición de competencias que hoy existe entre Sernac y Subtel al facultar a la Superintendencia para atender y resolver los reclamos y denuncias que los usuarios formulen en contra de los operadores. Esto genera una duplicidad en la investigación y, eventualmente, en la multa, lo que se traduce en una alta ineficiencia y en un atentado contra la certeza jurídica. Cabe señalar que en un mercado como el de telecomunicaciones, la mejor manera de favorecer a los usuarios es generando las condiciones para una sana competencia reduciendo barreras de entrada y no ahogar con regulaciones excesivas que no pocas veces inhiben el emprendimiento y la innovación.

Aún más, en derecho existe un principio básico que establece que nadie puede ser sancionado dos veces por la misma conducta. Pues bien, el proyecto en discusión establece que entre las facultades de la Superintendencia se encuentra la de velar por el respeto de los derechos de los usuarios, entre los que se encuentran los derechos y obligaciones derivados de los contratos de suministro, pero a su vez establece que esta facultad es sin perjuicio de las acciones administrativas que dichos usuarios puedan ejercer. A su vez, que las sanciones impuestas por la Superintendencia, no obsta que se generen sanciones ante otros órganos administrativos por los mismos hechos ya penalizados. La norma así propuesta no establece una delimitación clara de dónde terminan las facultades fiscalizadoras de la Superintendencia y dónde comienzan las facultades de otros órganos de la administración, permitiéndose incluso duplicidad de multas por un mismo hecho.

El más claro e importante caso es el del Sernac, ya que entre las funciones de dicho servicio se encuentra la de velar por el cumplimiento de las normas relacionadas con la protección de los derechos de los consumidores, siendo una de las obligaciones correlativas del proveedor el cumplimiento de lo establecido en el contrato. Dada la forma propuesta por el Ejecutivo, en cuanto a que la Superintendencia deberá velar por el cumplimiento "de las obligaciones emanadas del contrato de suministro", se estaría facultando expresamente no solo sancionar dos veces por un mismo hecho, sino que invocar la misma causal. En consecuencia, se hace necesario el perfeccionamiento de las normas para prohibir de forma categórica la doble sanción de distintos órganos por los mismos hechos.

Finalmente, no debe quedar en manos de la autoridad de turno la interpretación de la aplicación supletoria de las normas -como el caso del artículo 2º de la Ley de Protección al Consumidor que establece que dicha ley no será aplicable a actividades reguladas por leyes especiales, salvo excepciones- lo que claramente deja un área gris de interpretación. Esto es aún más peligroso en consideración a que nos encontramos frente a un mercado con más de 20 millones de usuarios o consumidores, por lo que el incentivo a sancionar y fiscalizar a los operadores puede ser muy alto, a un costo casi nulo para una autoridad esencialmente política y sin independencia del gobierno de turno.

Conclusiones

El proyecto de ley que crea la Superintendencia de Telecomunicaciones es claramente perfectible. Tratándose de una industria altamente competitiva y caracterizada por vertiginosos cambios tecnológicos, resulta necesario establecer un diseño institucional adecuado que permita mejorar el desempeño del mercado, evitando imponer restricciones o limitaciones a la innovación y desarrollo sectorial, que afectarán no solo a los actores sino que también a los mismos usuarios que se busca proteger.

Las principales dudas que surgen del proyecto de ley que actualmente se encuentra en primer trámite constitucional, dicen relación con el excesivo empoderamiento del órgano fiscalizador, instancias de reclamación inadecuadas e insuficientes, problemas de claridad y restricción en la tipicidad de infracciones, establecimiento de multas desproporcionadas y superposición de atribuciones entre organismos públicos. Es de esperar que durante su tramitación estos aspectos sean mejorados para contar con una institucionalidad que fortalezca y no debilite el mercado de telecomunicaciones en el país.

En breve...

PERFECCIONAMIENTOS NECESARIOS:

- El aumento de multas que establece es excesivo (alza de 1.100% con respecto al proyecto original).
- El proyecto promueve un ente fiscalizador unipersonal con fuertes atribuciones, pudiendo haber optado por un órgano colegiado o mecanismos alternativos de solución de controversias que tienden a ser más balanceados.
- Presenta altas exigencias y costos para los regulados.
- Tiende a aumentar la superposición de competencias que hoy existe entre Sernac y Subtel al facultar a la Superintendencia para atender y resolver los reclamos y denuncias que los usuarios formulen contra los operadores.

¹ El proyecto fue despachado por la Comisión de Ciencias y Tecnología y por la Comisión de Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones, debiendo pasar ahora a la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados.