

Gladys Camacho Cepeda *

Discrecionalidad administrativa y tarificación de los Servicios de Telecomunicaciones

I. Introducción

En un sistema de libertad económica como el que propugna la Carta Política de 1980, la intervención del Estado en la economía debe estar especialmente justificada. En ese sentido, regular los precios que las empresas privadas cobran por los servicios de utilidad pública sólo es posible si este mecanismo se hace necesario, a fin de asegurar determinadas garantías que los ciudadanos exigen como contraparte de la privatización de los servicios públicos, otrora en manos del Estado, y hoy privatizados.

En determinadas actividades económicas, que tienden a provocar el surgimiento de monopolios naturales gracias a las economías de escala que pueden componer, la regulación como técnica de intervención administrativa en la economía continúa siendo la respuesta más generalizada con el objeto de asegurar la competencia¹. De este modo, la regulación surge como alternativa a la estatalización de los servicios públicos y como instrumento para asegurar el funcionamiento del mercado en un régimen de libertad económica.

Ahora bien, los postulados justificatorios de la regulación son cada vez más discutidos, especialmente en áreas donde la tecnología ha revolucionado los procesos productivos de los servicios públicos; un ejemplo singular es la telefonía. En este campo, se afirma que el desarrollo tecnológico constituye el principal desafío para el mantenimiento del mercado por parte de las empresas y que por tanto, una empresa más pequeña o con menor participación en el mercado, puede competir eficazmente con otra mayor si cuenta con la tecnología adecuada resultando por consiguiente, obsoleto el tradicio-

1 Más recientemente los economistas de la Escuela Austríaca expresada por KIRZNER han criticado fuertemente la efectividad de la técnica regulatoria como instrumento para preservar el orden competitivo, propugnando que lo que interesa es conseguir que los mercados echen a andar una dinámica sistemática de descubrimiento y corrección: de errores empresariales, que genera oportunidades para que los participantes en el mercado las exploten y logren beneficios. Vid. Bernaldo Quirós, *Liberalización, desregulación y mercado en Derecho Administrativo Económico*, Cuadernos del Derecho Judicial, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 223-238.

Doctora en Derecho, Profesora Derecho Administrativo, Facultad de Derecho-Universidad Chile, Miembro Instituto Chileno Derecho Administrativo

nal parámetro de la participación en el mercado para sujetar a regulación a las empresas de telecomunicaciones². Este mismo criterio básico también ha sido expresado por la Comisión Resolutiva de Defensa de la Libre Competencia³ (en adelante Comisión Resolutiva), organismo recientemente sustituido por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia creado por la Ley N° 19.911 y que se acaba de instalar. Pero su análisis de las condiciones de desafiabilidad del mercado no coincide con las sustentadas por la empresa dominante más importante de nuestro medio⁴.

Con todo, los servicios de telecomunicaciones conllevan gran interés público relevado por la importancia de asegurar el acceso social a las tecnologías; en ese sentido, su masificación y por qué no democratización, están relacionados con el objetivo gubernamental de afrontar los desafíos de la inclusión social, la igualdad de oportunidades y la construcción de una sociedad más justa y cohesionada.

He ahí, pues, la razón por la que estos servicios continúen estando sometidos a una regulación administrativa intensa de su actividad que tiene su máxima expresión en la fijación tarifaria que, eventualmente, se puede producir y que por ahora sigue siendo la tónica de los servicios de telefonía fija, de los cargos de acceso relacionados con la

- 2 En esta línea se expresó don Arturo Vergara, asesor legal de Telefónica-CTC Chile, en el Seminario "Telecomunicaciones: El Desafío De Una Regulación Para La Competencia", organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile el 24 de octubre del 2002. En esta oportunidad afirmaba tajantemente que respecto de la industria de telecomunicaciones:
 - *"Resulta obsoleto el tradicional parámetro de alta participación de mercado en las industrias que requieren una alta investigación y desarrollo tecnológico.*
 - *Se trata de actividades permanentemente amenazadas o desafiadas por el desarrollo de nuevas tecnologías.*
 - *En estas industrias es lógico y legítimo detentar temporalmente altas participaciones de mercado y utilidades proporcionales al riesgo asumido.*
 - *En consecuencia, se abandona en esas industrias el tradicional dogma antimonopólico de la participación porcentual de mercado, ya que lo que importa es si el poder que detenta el líder es o no desafiado por otras empresas.*
 - *En esta industria la mera participación de mercado no debe ser un elemento determinante al momento de decidir si se debe propender a la regulación o a restringir la libertad empresarial".*
- 3 La Comisión Resolutiva creada por el Decreto Ley N° 211 de 1973 constituyó por espacio de tres décadas el máximo organismo del sistema de defensa de la libre competencia. Entre sus facultades estaban la de: supervigilancia sobre la correcta aplicación de la normativa de defensa de la libre competencia; supervisión sobre los demás organismos del sistema; y para dictar instrucciones de carácter general a los mismos. Además sus acuerdos y resoluciones eran obligatorias para las Comisiones Preventivas. En octubre de 2003, fue sustituida por el Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, siendo sólo su sentencia definitiva la que puede ser reclamable ante la Corte Suprema por parte de los afectados como del Fiscal Nacional Económico. Sus amplias atribuciones las ejerce mediante un procedimiento reglado en la ley. Puede conocer a petición de parte o a requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, de cualquier situación que se estime contraria a la libre competencia, y puede practicar cualquier medio probatorio que estime conveniente y adoptar las medidas cautelares que sean necesarias con las más amplias atribuciones, incluida la de requerir el auxilio de la fuerza pública ya que para el cumplimiento de sus resoluciones contará con todas las facultades propias de un tribunal de justicia.
- 4 Así, la Comisión dictaminó en su Resolución N° 686 de 20 de mayo 2003, que:

"Considera importante destacar que el porcentaje de participación de mercado de un actor no es el único factor relevante para analizar las condiciones de competencia en éste. Para llegar a una conclusión fundada sobre esta materia resulta indispensable analizar el grado de desafiabilidad del mercado. En este sentido, los antecedentes reunidos demuestran que el mercado de la telefonía local es uno caracterizado, entre otras cosas, por economías de escala y de densidad que generan importantes barreras de entrada, las que sumadas a la existencia de costos por cambio de portador, a consecuencia de la inexistencia de la portabilidad del número telefónico, se presentan como factores que dificultan su desafiabilidad." (Considerando tercero, inciso 2°).

telefonía móvil y de aquellos que se cobran entre las empresas de telecomunicaciones que brindan el mismo servicio. En este punto, es necesario tener en cuenta que, en la actualidad, es un hecho que el mercado de las telecomunicaciones sigue gravitando principalmente en las economías de escala y que la densidad del tráfico generado en la red fija continúa siendo muy superior al que se genera en la telefonía móvil, lo que produce importantes barreras de entrada y que justifica la regulación tarifaria. Todo ello condiciona que aún no se pueda admitir la desafiability del mercado, no obstante el fuerte desarrollo de las nuevas tecnologías y es así como lo ha expresado la Comisión Resolutiva en su resolución 686 de 20 de mayo de 2003⁵.

II. Marco Regulatorio Tarifario

a) La amplitud del concepto tarifa

La expresión tarifa de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua española⁶ tiene varios significados: "1. *Tabla de precios, derechos o cuotas tributarias.* 2. *Precio unitario fijado por las autoridades para los servicios públicos realizados a su cargo.* 3. *Montante que se paga por este mismo servicio.*"

De los tres significados nos interesa el primero y el segundo de ellos. Por un lado, la primera definición es muy amplia y comprende desde una simple relación de precios que puede ser bien resultado de una libertad de fijación sobre los mismos o bien consecuencia del ejercicio de la potestad de control que se ejerce sobre las actividades privadas reglamentadas que le permite a la Administración fijar la serie de precios que estas actividades pueden cobrar, hasta el listado de cuotas de un impuesto. Por lo que se refiere al control de precios, la atribución por parte del legislador de esta potestad a la Administración se fundamenta en el interés general que revisten estas actividades

- 5 La Resolución 686 de 20 de mayo de 2003 dictada por la Comisión Resolutiva de Defensa de la Libre Competencia, desestima la petición de la Telefónica CTC-Chile para quedar en libertad tarifaria, sobre la base de, entre otros, los siguientes argumentos:
- *El tráfico mensual promedio por línea originado en redes de telefonía fija es aún sustancialmente mayor al tráfico mensual promedio por abonado originado en redes de telefonía móvil. A marzo de 2000, el tráfico generado en la red de telefonía fija era 11 veces superior al tráfico generado en la red de telefonía móvil y en junio de 2002, esta relación telefonía fija/telefonía móvil alcanzó 6,2 veces. Este comportamiento se explicaría principalmente por el mayor costo de las comunicaciones móviles lo que imposibilitaría un mayor grado de sustitución (Considerando Cuarto).*
 - *Por otro lado, en la red fija se generan tráficos del tipo comercial que presentan un grado de sustitución muy bajo respecto al servicio móvil... Desde un terminal fijo se originan, en promedio más del doble de llamadas hacia un terminal móvil que desde uno móvil a uno fijo, y respecto de la recepción, un teléfono fijo recibe aproximadamente un 25% más de llamadas desde un terminal móvil en comparación con lo que recibe un terminal móvil desde uno fijo (Considerando Cuarto).*
 - *Lo anteriormente expresado lleva a concluir que la telefonía móvil no es todavía un sustituto adecuado de la telefonía fija. Evidentemente, en la medida en que los precios, la calidad del servicio y la cantidad de tráfico curvado en la telefonía fija y móvil tiendan a asimilarse, ambos tipos de telefonía podrían llegar a ser considerados buenos sustitutos por el lado de la demanda, lo que no es posible inferir de las estadísticas entregadas y las condiciones existentes (Considerando Quinto).*
- 6 Vigésima Segunda Edición, 2001, T 10, p. 1452.

aunque no hayan sido calificadas como de servicio público y no sean de titularidad de la Administración. En esta situación se encuentran aquellos servicios de telecomunicaciones que sin ser servicio público se sujetan a tarificación por decisión de la Comisión Resolutiva y en lo sucesivo lo serán por decisión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante Tribunal de la Competencia).

Por otro lado, el segundo significado tiene un alcance más reducido y alude a la *potestad tarifaria* que ostenta la Administración como titular de un servicio público con independencia de la forma en que éste se gestione (por ejemplo, a través de concesionarios). Al respecto hay que tener en cuenta que la Ley N° 18.168, Ley General de Telecomunicaciones (en adelante LGT) califica como actividades que se pueden ejercer previa obtención de la preceptiva concesión otorgada por Decreto Supremo (artículo 8 de LGT) a aquella calificada como *servicio público de telecomunicaciones* “cuyo objeto es satisfacer las necesidades de telecomunicaciones de la comunidad en general”; y los denominados *servicios intermedios de telecomunicaciones* “constituidos por los servicios prestados por terceros, a través de instalaciones y redes, destinados a satisfacer las necesidades de transmisión o conmutación de los concesionarios o permisionarios de telecomunicaciones en general, o prestar servicio telefónico de larga distancia a la comunidad en general”.

b) Normativa aplicable

En Chile, uno de los principios generales del marco regulatorio de las Telecomunicaciones es el de la libertad tarifaria para los servicios públicos e intermedios, en cuya virtud los precios por los servicios que se cobran entre las distintas empresas por los servicios que se presten reciprocamente y los que éstas cobran a los usuarios, son libremente fijados⁷.

La Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, es la que preside el marco jurídico regulatorio de los procesos tarifarios y que está complementada por una serie de cuerpos reglamentarios entre los cuales destacan:

- El Decreto Supremo N° 4, de, 16 de enero de 2003 (D. O. 25 de febrero de 2003), de los Ministerios de Transportes y Telecomunicaciones y de Economía, Fomento y Reconstrucción, que aprueba el Reglamento que regula el procedimiento, publicidad y participación del proceso de fijación tarifaria establecido en el Título V de la Ley N°18.168, General de Telecomunicaciones (en adelante lo referiremos sólo como el Decreto Supremo N° 4/SUBTEL/2003).
- El Decreto Supremo N° 742, de 2003 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que regula las condiciones en que pueden ser ofrecidas Tarifas Menores y Planes diversos por los operadores dominantes del servicio público telefónico local, necesarias para proteger los intereses y derechos de los usuarios.

7 La Ley General de Telecomunicaciones en su artículo 29 inciso primero establece: “Los precios o tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones y de los servicios intermedios que contraten entre sí las distintas empresas, entidades o personas que intervengan en su prestación, serán libremente establecidos por los proveedores del servicio respectivo sin perjuicio de los acuerdos que puedan convenirse entre éstos y los usuarios.”

- El Decreto Supremo N° 381, de 29 de julio de 1998, de los Ministerios de Transportes y Telecomunicaciones y de Economía, Fomento y Reconstrucción, que Aprueba el Reglamento para las Comisiones de Peritos Constituidas de Conformidad al Título V de la Ley N° 18.168.
- El Decreto Supremo N° 556, de 1997, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que aprueba el Reglamento sobre Tramitación y Resolución de Reclamos de Servicios de Telecomunicaciones.
- El Decreto Supremo N° 425, de 27 de diciembre de 1996, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que Aprueba el Reglamento del Servicio Público Telefónico.
- El Decreto Supremo N° 189, de 1994 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, y de Economía Fomento y Reconstrucción, que aprueba el Reglamento para el Sistema de Multiportador Discado y Contratado del Servicio Telefónico de Larga Distancia Nacional e Internacional.

III. La Serie Ordenada de Discrecionalidades en Materia de Regulación Tarifaria de las Telecomunicaciones

a) La Discrecionalidad del Legislador

Ahora bien, establecida la libertad tarifaria como regla general, la LGT, sin embargo, contempla determinadas situaciones excepcionales en las que algunos servicios están afectos a fijación tarifaria por ministerio de la ley, situaciones que se encuentran tasadas directamente por la norma legal y en el que no cabe hablar de ámbito discrecional de la Administración en su determinación.

Así, los servicios de telecomunicaciones que por ministerio de la ley están sujetos a fijación tarifaria son los señalados por los artículos 24 bis y 25 de la LGT, en virtud de los cuales se señala que corresponde fijar las tarifas que pueden cobrar los concesionarios de servicio público telefónico por:

- los servicios prestados a las concesionarias de servicios intermedios que prestan servicios de larga distancia, con ocasión del sistema "multiportador discado" (que permite al usuario seleccionar los servicios de larga distancia);
- la medición, tasación, facturación y cobranza de los servicios de larga distancia cuando estos servicios le han sido requeridos por los concesionarios de servicios intermedios;
- por la información relativa a los suscriptores y usuarios y los tráficos cursados que provea a los concesionarios de servicios intermedios;

- Entre los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones y los concesionarios de servicios intermedios por los servicios prestados a través de interconexiones⁸. Estos servicios deben ser fijados para las concesionarias de servicio público telefónico en todas las zonas primarias del país.

Por consiguiente, en el sector de las telecomunicaciones, se ha de distinguir los servicios telefónicos que por ministerio de la ley están sujetos a regulación tarifaria y los servicios de telecomunicaciones que pueden estar afectos a esta regulación por disposición del Órgano de Defensa de la Libre Competencia (la H. Comisión Resolutiva y en lo sucesivo lo será por el Tribunal de la Competencia), tema éste que interesa resaltar para efectos del presente apartado. En esta última hipótesis, se puede hablar que es el propio legislador el que ha atribuido un ámbito de discrecionalidad al organismo defensor de la libre competencia⁹:

La discrecionalidad conferida por el legislador al Tribunal de la Competencia es amplia y se formula empleando términos del lenguaje común y también procedentes de la ciencia económica que no tienen una definición precisa a pesar del lenguaje técnico que esta ciencia supone, por lo que encajan en la definición de conceptos jurídicos indeterminados. El artículo 29 LGT refiere en su texto a que esta discrecionalidad de calificar del Tribunal de la Competencia surge cuando *“las condiciones existentes en el mercado no son suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria”*. Como se puede apreciar el legislador ha renunciado a establecer qué entiende por condiciones que no garantizan un régimen de libertad tarifaria, y ello incide directamente en dos libertades centrales del ordenamiento público económico que son los derechos a desarrollar cualquier actividad económica y a no ser discriminado arbitrariamente en materia económica (artículo 19 n° 21 y 22 de la Constitución), cuya garantía exige un mayor esfuerzo por parte del legislador.

La sola decisión de reconocer este ámbito decisorio al Organismo de Defensa de la Competencia ha constituido manifestación de un poder discrecional fuerte del órgano legislativo en orden a dirigir y configurar los sistemas de control sobre las actividades económicas en el marco de la opción del libre mercado. Ahora bien, la atribución conferida por el legislador podía haber sido realizada empleando una mejor técnica legislativa que concilie la exigencia de normas más flexibles en el ámbito administrativo económico que permitan su mejor adaptación a las circunstancias cambiantes, con

8 Los servicios prestados a través de las interconexiones tienen por objeto que los usuarios y suscriptores de servicios públicos del mismo tipo puedan comunicarse entre sí, dentro y fuera del territorio nacional.

9 El artículo 29 inciso segundo establece que *“No obstante, si en el caso de servicios públicos telefónicos local y de larga distancia nacional e internacional, excluida la telefonía móvil, y en el de servicios de conmutación y/o transmisión de señales provistas como servicio intermedio o bien como circuitos privados, existiere una calificación expresa por parte de la Comisión Resolutiva, creada por el Decreto Ley N° 211 de 1973, en cuanto a que las condiciones existentes en el mercado no son suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria, los precios o tarifas del servicio calificado serán fijados de acuerdo a las bases y procedimientos que se indican en este Título. En todo caso, si las condiciones se modificaren y existiere pronunciamiento en tal sentido por parte de dicha Comisión Resolutiva, el servicio dejará de estar afecto a la fijación de tarifas.”*

una disminución del margen de discrecionalidad otorgado de forma que se reduzca la incertidumbre que genera esta cláusula así formulada. De este modo, el legislador podía haber aparejado alguna explicación sobre el significado de la cláusula o enunciar qué elementos el órgano de Defensa de la Competencia debe considerar para tomar esta determinación. Todo ello, además, tiene la virtud de permitir más elementos para un efectivo control jurisdiccional sobre esta materia.

Finalmente, es de destacar que el control de la atribución otorgada por parte del órgano legislativo, es decir, si el margen de discrecionalidad conferido por el legislador es excesivo o no, debió haber sido realizado en su momento por el Tribunal Constitucional, ya que tratándose de situaciones que pueden limitar el ejercicio de libertades fundamentales se estaría vulnerando el principio de reserva de ley con cláusulas tan amplias. Por lo que ahora respecta este control sólo se puede ejercer en vía jurisdiccional, con validez singular relativa al caso concreto, mediante el recurso de inaplicabilidad ante la Corte Suprema conforme lo establece el artículo 80 de la Constitución.

c) La Discrecionalidad de la Administración Económica

1. Del Órgano de Defensa de la Libre Competencia

En nuestro medio ha sido la jurisprudencia la que se ha encontrado en la tarea de definir la discrecionalidad administrativa, la cual ha perfilado como contrapuesta al concepto de arbitrariedad, por cuanto este último, claramente, supone una falta de proporción entre los motivos y el fin u objetivo que se pretende alcanzar. La conducta arbitraria, por consiguiente, es un actuar que no se encuentra cubierto por la atribución de la discrecionalidad. Así, han expresado los tribunales que: *“Es en la actividad del Estado administrador donde mejor se aprecia la forma como se ejercen los llamados elementos discrecionales de la potestad administrativa, cuando una autoridad ha sido habilitada con un margen de libertad de apreciación para actuar en su función de satisfacer las necesidades públicas. En este contexto surge el deber del órgano administrador consistente en que al momento de ejercer su voluntad lo haga guiado por la razón, eligiendo, escogiendo, deliberando e impetrando medios adecuados y proporcionados al fin del bien común que se desea alcanzar (Considerando 17)”*¹⁰.

Como ya se ha señalado el artículo 29 LGT configura un ámbito de discrecionalidad a favor del Órgano de Defensa de la libre competencia empleando términos del lenguaje común y de la ciencia económica, lo que hace necesario reflexionar sobre si éste se puede caracterizar como un ámbito de discrecionalidad técnica que conduce a un menor control judicial y también a un control político más débil, en virtud del su-

10 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 10 de julio de 2000, confirmada por la Corte Suprema en 28.8.2000, en autos caratulados Sociedad Constructora Echeverría Izquierdo S. A. con Servicio de Salud del Ambiente de la Región Metropolitana (recurso de protección)

puesto de que las decisiones adoptadas en ejercicio de tal discrecionalidad constituyen la aplicación de conocimientos científicos, técnicos o profesionales que garantizan el acierto y eficacia de las mismas, otorgándose una posición relevante a la preparación técnica, como criterio determinante.

La denominada discrecionalidad técnica ha sido puesta en entredicho por la doctrina administrativista atendiendo a que no siempre ello involucra arribar a soluciones exactas y únicas, esto aun en el caso de que se interprete conceptos provenientes de las ciencias experimentales.

Por su parte, lo inadecuado de la expresión discrecionalidad técnica para el caso de la interpretación de conceptos de origen económico ha sido ya puesto de manifiesto más recientemente por Ciriano Vela, por cuanto en muchos casos se trata de “*conceptos de valor*” que confieren a la Administración un importante margen de interpretación, lo que lo distingue de los conceptos de las disciplinas científico-experimentales, así: “*El distinto concepto de verdad científica existente en las Ciencias sociales respecto a las experimentales debe conducirnos de entrada a criticar el empleo del término discrecionalidad técnica en relación con aquellos conceptos*”¹¹.

El uso del lenguaje propio de la ciencia económica nos presenta el problema de su falta de precisión debido a la naturaleza social de esta rama científica que a diferencia de las ciencias naturales no busca la determinación de verdades (en el sentido de constatación de realidades experimentales) sino de aciertos en función de las mejores elecciones adoptadas a partir de diversas opciones que le permiten conseguir un mismo fin y cuya diferencia radica en la eficiencia con la que se logra la satisfacción de dicho interés. Es por esta razón, que la interpretación de los términos económicos siempre plantean la realización de valoraciones de unos hechos generándose un margen de apreciación difícil de controlar, especialmente, por el juez.

Volviendo a la materia que se analiza, la pregunta lógica que surge es *¿cuándo el Tribunal de la Libre Competencia puede determinar que no existen condiciones para garantizar la libertad de precios?* Más que una respuesta lo que surge es la constatación de que el margen de apreciación que tiene el Tribunal de la Competencia es amplísimo y la interpretación que éste haga de las condiciones que no garantizan una efectiva libertad tarifaria es de muy difícil control por parte de los tribunales ordinarios, siendo una consecuencia práctica el hecho de que, no obstante disenter la principal empresa del sector de la apreciación realizada por la Comisión Resolutiva, en definitiva esta divergencia no se ha resuelto en los tribunales; lo más efectivo ha sido intentar, aunque en vano, que sea la propia Comisión Resolutiva la que cambie su opinión¹².

11 Vid. CIRIANO VELA, C., *Administración Económica y Discrecionalidad (un análisis normativo y jurisprudencial)*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 139.

12 El 18 de enero de 2001, CTC hizo una presentación ante la Comisión Resolutiva, solicitando se declare que los servicios a que se refiere el artículo primero de la parte dispositiva de la Resolución No 515, dejen de estar afectos a fijación de tarifas, lo que fue denegado por Resolución N° 611 de 11 de julio de 2001.

Cuando se trata de interpretación de conceptos económicos estamos hablando del margen de apreciación que involucra sopesar criterios de valor apoyados en elementos técnicos (llamada discrecionalidad técnico-administrativa) pero que no involucra la existencia de por sí de una única solución correcta, por ello se ha afirmado que en estos casos lo que en realidad existe es un margen de discrecionalidad política y que es calificada como discrecionalidad fuerte¹³, en donde la sustitución de la solución de la Administración por parte del juez no es posible sin vulnerar la distribución de funciones (juzgar y administrar) que establece la Constitución¹⁴.

El empleo de conceptos jurídicos indeterminados, como ya se ha expresado, es usual en el Derecho Público económico, y, en particular, aquellos que provienen de la ciencia económica, cuyos conceptos, por definición, llevan consigo la existencia de elementos valorativos que implican, en muchas ocasiones, la realización de juicios y ponderaciones entre los diferentes intereses que están involucrados. Tarea en la que entran en juego elementos que van mucho más allá de la técnica de medición de variables¹⁵.

Por todas estas consideraciones la decisión administrativa adoptada por el Órgano de Defensa de la Competencia (sobre si existen o no las condiciones suficientes en el mercado "*para garantizar un régimen de libertad tarifaria*") si bien no se puede afirmar que

- 13 *Desdentado, E.* Discrecionalidad administrativa y Planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 110 y ss. Desde una perspectiva de la Teoría del Derecho, estima que en la interpretación y en la aplicación de los *conceptos jurídicos indeterminados* existe discrecionalidad, pero se trata de una discrecionalidad instrumental o interpretativa, y no de carácter fuerte o política que sí permite un mayor control por parte del juez, que incluso lo puede llevar a sustituir la decisión administrativa. La discrecionalidad débil o instrumental la remite a la interpretación y aplicación del Derecho cuando la decisión no se encuentra totalmente guiada por el ordenamiento y no existe una única solución justa o correcta. Pero cuando se trata de conceptos indeterminados jurídico-políticos en donde se llevan a cabo elecciones de política administrativa sobre lo que es más conveniente para satisfacer el interés general, la Administración puede elegir más ampliamente, valorando entre diferentes fines, objetivos, prioridades, posibilidad que es exigida por el principio de separación de funciones y el pluralismo político. En este caso la sustitución de la decisión administrativa por el juez no sería posible.
- 14 *Parejo Alfonso, L.*, *Administrar y juzgar, dos funciones constitucionales distintas y complementarias: un estudio del alcance y la intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993. Este autor se ha referido ampliamente al desbocamiento del control jurídico del poder público administrativo y el riesgo que ello supone de trastocar el sistema constitucional de equilibrios y contrapesos de los poderes públicos, es decir, del Estado tal cual aparece definido por el orden constitucional. Para Parejo, el control jurídico no es otra cosa que la comprobación (con la extracción de las correspondientes consecuencias jurídicas) de si existe o no contradicción entre la decisión previa administrativa y el ordenamiento jurídico (en sentido lato, es decir, incluyendo las situaciones jurídicas individualizadas existentes al tiempo de la acción administrativa). La legitimación del controlador para adoptar una decisión propia, distinta de la administrativa, depende directa y totalmente de la efectiva comprobación de una tal contradicción, de suerte que le corresponde legalmente la carga de la acreditación de ésta. Si no levanta la expresada carga, la decisión administrativa queda fuera de su disposición.
- El control jurídico puede llegar, pues, allí donde una fundamentación jurídica válida otorgue suficiente soporte a una intervención del controlador, por lo que la ausencia de una tal fundamentación determina de suyo un ámbito libre de control jurídico.
- 15 Ciertamente, en la ciencia económica existen conceptos sobre los cuales hay un amplio consenso, tal es así: inflación, deflación, déficit, competencia perfecta, entre otros, pero son muchos más los conceptos sobre los que no hay una aceptación unánime sobre su significado; este es el caso de: abuso de posición dominante, competencia, precio predatorio, pleno empleo, libertad de empresa, etc.

tiene una neutralidad científica cabal tampoco se la podría calificar como ilegal porque está basada en apreciaciones técnicas discrecionales cuya sustitución en este caso queda vedada al juzgador ya que ello constituiría reemplazar la discrecionalidad de la Administración por la discrecionalidad del juzgador, lo que le haría salir del ámbito de un control estrictamente jurídico de legalidad, cubierto por el Derecho objetivo y, por tanto, escapa del ámbito propio y específico del control jurisdiccional¹⁶.

Finalmente, en uso de esta atribución conferida cuya amplitud se ha comentado, los servicios de telecomunicaciones que la Comisión Resolutiva ha declarado –mediante la Resolución N° 686 de 20 de mayo de 2003– afectos a regulación tarifaria en virtud de lo establecido por el artículo 29 de la LGT son:

- los servicios públicos de telefonía local, señalando 20 conceptos de servicios prestados a los usuarios finales y 4 conceptos de servicios prestados a otros usuarios (proveedores de servicios complementarios u otros concesionarios);
- los servicios públicos de telefonía de larga distancia nacional e internacional sólo respecto de los servicios de transmisión y/o conmutación de señales provistos como servicios intermedios dentro de la zona primaria de Coyhaique y entre la Isla de Pascua y el continente, proporcionados por ENTEL S.A.; y
- los servicios de conmutación y/o transmisión de señales provistas como circuitos privados, respecto de todos los prestadores;
- las facilidades para la aplicación de la portabilidad del número, respecto de todos los proveedores, cuando se determine su viabilidad.

2. Del regulador de las Telecomunicaciones

En este punto, resta analizar la potestad discrecional del regulador tarifario. En este sentido es necesario anotar que las competencias de regulación tarifaria en telecomunicaciones la comparten los Ministerios de Transportes y Telecomunicaciones (a través de la Subsecretaría de Telecomunicaciones) y el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción¹⁷. Pero existe un paso previo al ejercicio de esta competencia bajo determinadas circunstancias y que se cumple ante el organismo anti-monopolio a quien las entidades reguladoras deben consultar y solicitar su pronunciamiento. En realidad se podría decir que en materia tarifaria se reparte la discrecionalidad entre el Órgano de Defensa de la Competencia, quien goza de discrecionalidad para decidir si

16 STOBER, R., *Derecho Administrativo Económico*, MAF, Madrid, 1992, p. 225. Este autor también abunda en este sentido: "El juez no puede suplantar su discrecionalidad por la discrecionalidad de la Administración porque se vulneraría la libertad decisoria del Ejecutivo configurada por la división de poderes. Puede, empero, revisar las resoluciones discrecionales eliminando sus vicios legales." Nótese que enmarca la posibilidad de control a uno estrictamente jurídico que precisa de una norma jurídica que sea su claro soporte.

17 De este modo, está claramente establecido por el artículo 30 LGT que dispone: "La estructura, nivel y mecanismo de indexación de las tarifas de los servicios afectos serán fijados por los Ministerios de Transportes y Telecomunicaciones y de Economía, Fomento y Reconstrucción cada cinco años ..."

determinados servicios de someten o no a fijación de precios, y los órganos reguladores tarifarios a los que se reconoce discrecionalidad para elegir cuáles son las tarifas que van a regir en el próximo período para dichos servicios. Discrecionalidad, esta última, que es ejercida en el marco de un procedimiento formalizado contenido en sus bases en el artículo V LGT y reglamentado por el Decreto Supremo N° 4/SUBTEL/2003).

En otras palabras, quien decide qué otros servicios se tarifican es, como se ha explicado, el Órgano de Defensa de la Competencia, pero este organismo ha tenido un habitual comportamiento de no limitarse estrictamente a la calificación de los servicios sino que en diversas ocasiones ha aprobado resoluciones que contienen instrucciones de carácter general. Por ello interesa reflexionar sobre el carácter que tienen las instrucciones emitidas por este órgano que contienen directivas a los reguladores tarifarios. Tal es el caso, por ejemplo, de la Resolución N° 389 de 16 de abril de 1993, sobre Condiciones o Medidas para la Participación de Compañías Telefónicas Locales en el Mercado de Larga Distancia Nacional e Internacional.

La facultad tarifaria se ejerce con arreglo a lo establecido por el Capítulo V de la LGT; en este capítulo se dan directrices vinculantes a los reguladores tarifarios en orden al procedimiento y elementos que deben considerar para fijar las tarifas. Ahora bien, la mayoría de estos artículos están plagados de conceptos económicos que para el intérprete de la norma califican como conceptos jurídicos indeterminados caracterizados por contener un halo de incertidumbre y que pueden dar lugar a soluciones diversas producto de las valoraciones que se realicen en los casos particulares. Se descarta, pues, de antemano, que la solución a la que se arribe en la aplicación de estas normas sea única, lo que no obsta a que estén convenientemente fundamentadas en los estudios y análisis que se deberán efectuar.

En todo caso, el objetivo del ejercicio de la potestad tarifaria en materia de telecomunicaciones es asegurar la viabilidad económica del servicio, permitir a las empresas obtener rentabilidades razonables y proteger el interés de los usuarios cuando no existan las condiciones para decretar la libertad tarifaria, como es el caso cuando existe un operador dominante que puede incidir determinadamente en el precio de los servicios. Con este objeto el legislador distribuye las competencias entre el Órgano de Defensa de la Competencia y el Regulador Tarifario. Ahora bien, ciertamente, la Comisión Resolutiva en su afán de coadyuvar a que esta situación se alcance lo más prontamente ha introducido en sus Resoluciones directrices a los reguladores. Lo que nos interesa es esclarecer si estas directrices son vinculantes o no para el regulador. Si la respuesta fuera positiva se constituirían en parámetro de legalidad de la decisión del regulador y por tanto, su no cumplimiento sería un defecto que acarrearía la invalidación de la decisión.

Existen diversos ejemplos de estas directrices emanadas del Órgano de Defensa de la Competencia que no solamente se refieren a materia tarifaria sino a las condiciones que se deben reunir para impartir ciertos servicios. Entre estas declaraciones cabe destacar las siguientes:

- Las empresas que prestan telefonía local deben dar la misma clase de accesos o conexiones a todos los portadores de servicios de telecomunicaciones de larga distancia, para suministrarles un servicio de idéntica calidad en cuanto a aspectos tales como el grado de servicio, ruido, respuesta de frecuencia, tiempo de conexión, etc¹⁸.
- La medición, tasación, facturación y cobranza de los servicios de larga distancia serán efectuadas por la empresa local, de acuerdo con tarifas no discriminatorias aprobadas por la autoridad del sector, sin perjuicio de que todas o algunas de las funciones mencionadas puedan ser efectuadas directamente por cada portador¹⁹.
- El cargo de acceso a la empresa local correspondiente, que no será discriminatorio, deberá ser aprobado por la autoridad y soportado por cada empresa de larga distancia. Dicho cargo deberá reflejar el costo directo de este servicio, de modo que esté desprovisto de toda forma de subsidio de la larga distancia a las telecomunicaciones locales²⁰.
- Es fundamental cautelar el cabal cumplimiento de la Resolución No 515, especialmente en lo que se refiere a garantizar la efectiva desagregación de las redes y la tarificación de los servicios que constituyen insumos para otros operadores de telecomunicaciones, según las tarifas eficientes que define el Título V de la Ley General de Telecomunicaciones²¹.
- Con el objeto de profundizar la competencia, se declara que es fundamental garantizar la efectiva desagregación de redes. No obstante que las Resoluciones N° 515 y N° 611 hicieron esta recomendación, el escaso avance que muestra en

18 Condición establecida para la Participación de compañías telefónicas locales en el mercado de larga distancia nacional e internacional por el numeral l, letra a) de la Resolución N° 389 de dieciséis de abril de mil novecientos noventa y tres de la Comisión Resolutiva. Esta disposición se transpuso al artículo 24 bis de la LGT, por la Ley N°19.302 un año después, en 1994, quedando el inciso segundo del artículo 24 como sigue: "El concesionario de servicio público telefónico deberá ofrecer, dar y proporcionar a todo concesionario de servicios intermedios que provea servicios de larga distancia, igual clase de accesos o conexiones a la red telefónica. Asimismo, no podrá discriminar entre otros, en modo alguno, especialmente respecto de la calidad, extensión, plazo, valor y precio de los servicios que les preste con motivo o en razón del acceso o uso del sistema multiportador."

19 Condición establecida para la Participación de compañías telefónicas locales en el mercado de larga distancia nacional e internacional por el numeral l, letra d) de la Resolución N° 389 de dieciséis de abril de mil novecientos noventa y tres de la Comisión Resolutiva. Esta disposición se transpuso al artículo 24 bis de la LGT, por la Ley N°19.302, cuyo inciso quinto preceptúa: "Las funciones de medición, tasación, facturación y cobranza de los servicios de larga distancia las efectuarán las empresas prestadoras de dichos servicios, sin perjuicio de que éstas puedan realizarlas contratando el todo o parte de tales funciones con el concesionario de servicio público telefónico, quien estará obligado a prestar dicho servicio una vez requerido, según tarifas fijadas de acuerdo con lo establecido en los artículos 30 a 30 j, por los Ministerios de Transportes y Telecomunicaciones y de Economía, Fomento y Reconstrucción, en adelante «los Ministerios», los cuales también deberán aprobar o fijar el formato, dimensiones y demás detalles de la cuenta única que recibirá el suscriptor."

20 Condición establecida para la Participación de compañías telefónicas locales en el mercado de larga distancia nacional e internacional por el numeral l, letra h) de la Resolución N° 389 de dieciséis de abril de mil novecientos noventa y tres de la Comisión Resolutiva. Esta disposición se transpuso al artículo 25 de la LGT, por la Ley N°19.302, cuyo inciso quinto preceptúa: "Los precios o tarifas aplicados entre los concesionarios por los servicios prestados a través de las interconexiones, serán fijados de acuerdo a lo establecido en los artículos 30 a 30 j de esta ley."

21 Artículo cuarto de la Resolución N° 611 de once de julio de dos mil uno, de la Comisión Resolutiva.

la práctica la desagregación de redes indicaría la existencia de distorsiones en este mercado, las que deberán ser corregidas por el regulador a la brevedad²².

En todos estos casos, no nos estamos refiriendo a prescripciones vinculantes para los reguladores sino que aun a pesar del lenguaje que se emplea en su formulación ellas constituyen meras recomendaciones y no obligaciones de actuar en un sentido para el regulador.

Abunda en este sentido el que haya sido menester que el legislador transponga estas recomendaciones y las incorpore como disposiciones normativas a la LGT, de este modo se han convertido en elementos conformadores del ordenamiento que regulan los servicios de telecomunicaciones. De otro lado, la propia Comisión Resolutiva así lo ha entendido, al calificar sus declaraciones como “recomendaciones” y no como deberes. Esto ha sido manifestado en la resolución 686 de 20 de mayo de 2003 en donde se refiere a las anteriores disposiciones que había aprobado sobre la misma materia (desagregación de redes) a la cuales califica como recomendaciones, eso sí, importantes y relevantes, pero recomendaciones al fin. En este sentido, debe considerarse que el artículo 4 de la Resolución 686 de 2003 de la Comisión Resolutiva, fue aprobado con los votos en contra del representante de la Corte Suprema y de otro integrante más, quienes fueron de la opinión de “no pronunciarse sobre esta materia (la desagregación de redes), teniendo presente que se trata de una cuestión de carácter administrativo, no existiendo texto legal expreso que autorice a esta Comisión Resolutiva para intervenir en su regulación”.

En lo que a la materia tarifaria propiamente dicha se refiere lo señalado tiene consecuencias en relación con los criterios que en alguna oportunidad la Comisión Resolutiva ha afirmado que deben seguirse para tarificar, por ejemplo los cargos de acceso: según la Comisión “dicho cargo deberá reflejar el costo directo de este servicio”. Determinar que este criterio de tarificación es vinculante para el regulador sería afirmar que la Comisión Resolutiva tiene competencias de regulación tarifaria, lo que no tiene fundamento jurídico alguno. Por ello, el hecho que el regulador no siga los criterios tarifarios que establezca el Órgano de Defensa de la Competencia no puede esgrimirse como un elemento invalidatorio de dicha decisión. Independientemente, que la fórmula empleada por la Comisión de “costo directo” contiene en sí misma una dificultad interpretativa como en la mayoría de los conceptos económicos, en cuyo halo de incertidumbre cabe que la Administración adopte distintas soluciones, refuerza la interpretación que aquí se sostiene: el hecho que el regulador no utilice este término sino el de “costo necesario”²³, en el que para el caso de los cargos de acceso comprende los costes variables en proporción al uso de la red.

22 Declaración cuarta de la Resolución N° 686 de veinte de mayo de dos mil tres, de la Comisión Resolutiva.

23 El Comunicado Oficial del Gobierno, del martes 4 de mayo de 2004, sobre los Decretos Tarifarios, destaca que las tarifas aprobadas reflejan estrictamente los costos necesarios para la prestación de cada servicio. Entendiendo por tales en el caso del Cargo Fijo, “el costo fijo correspondiente a cada cliente, mientras que el cargo de acceso y el SLM (uso en minutos) deben recuperar los costos variables proporcionales al uso de la red.”

Finalmente, tampoco el legislador acogió la *recomendación* tarifaria de la Comisión y no normativizó este criterio en la LGT en la oportunidad en que transpuso la recomendación formulada por la Comisión Resolutiva. Es más, sólo admitió su recomendación en relación con el establecimiento de que los cargos de acceso serían fijados por la autoridad reguladora (artículo 25 LGT, inciso final).

IV. Conclusión

La regulación administrativa económica, y en especial su interpretación jurídica plantean desafíos urgentes para adaptar los principios del sistema del Derecho público. Esta adaptación resulta extremadamente difícil por la cultura administrativista que ha predominado hasta un presente cercano y que es renuente a actualizar las construcciones jurídicas de acuerdo a las necesidades que plantea, muy singularmente, el mundo económico. Así, principios como el de legalidad, seguridad jurídica, libertad económica, eficacia y eficiencia administrativas son necesarios que se concilien y encuentren un equilibrio para garantizar la vigencia del Estado de Derecho y a su vez, el efectivo cumplimiento de la función administrativa acorde con su finalidad de bien común.

El medio administrativista chileno se está tomando su tiempo para realizar estas adecuaciones, sin embargo, esta no sintonía cada vez más grande entre Derecho y Economía, naturales por el dinamismo de la segunda, se torna cada vez más ardua de superar. La reflexión que aquí se presenta en torno a la discrecionalidad administrativa tiene relación con la aplicación a la actuación económica de la Administración de las distintas técnicas de sometimiento al Derecho, pues el principio de legalidad así lo exige, de igual modo como la necesidad de los operadores económicos por contar con certeza respecto del marco en que adoptarán sus decisiones.

El ámbito propicio para hacer este análisis ha sido el de la fijación tarifaria en telecomunicaciones, en donde, como hemos visto, hay una escala de discrecionalidades repartidas. Las telecomunicaciones son uno de los escenarios donde el modelo liberalizador se viene probando, la regulación de esta actividad es más profusa en materia económica, con las dificultades que ya se han planteado, pero deja todavía mucho que desear la regulación de las garantías jurídicas derivadas del principio de legalidad y garantía judicial. La discrecionalidad atribuida por el legislador a los órganos de la Administración económica que en este caso intervienen es amplísima, no aportando muchos elementos que permitan un mejor control sobre las decisiones que en esta materia adopta la Administración.

Es menester que el legislador mejore su técnica legislativa e incorpore una legislación de mayor sustancia ya que es el único modo de acotar la discrecionalidad de la Administración, dándole márgenes más precisos de actuación que finalmente redundarán en una mayor legitimación de las decisiones que ésta adopta.

