



OFICIO N° 61807
INC.: solicitud

Irg/ogv
S.142°/371

VALPARAÍSO, 05 de marzo de 2024

Los Diputados señores JORGE ALESSANDRI VERGARA, JOSÉ MIGUEL CASTRO BASCUÑÁN y RAÚL LEIVA CARVAJAL han requerido oficiar a Ud. para que, al tenor de la solicitud adjunta, si lo tiene a bien, se sirva informar sobre la posibilidad de iniciar un proceso de fiscalización y eventual sanción que conlleve a la caducidad de la concesión adjudicada por la empresa WOM S.A. en el concurso 5G, fiscalizando la oportuna ejecución de boletas de garantía por incumplimiento, en el marco de la entrega de las redes de infraestructura por los adjudicatarios de la licitación para otorgar concesiones de servicio de telecomunicaciones que operen redes inalámbricas de alta velocidad (5g o superior) en las bandas de frecuencias de 3,30 3,40 GHz y 3,60 3,65 GHz, cuyas bases fueron aprobadas por medio de la Resolución Exenta N° 1.367, de 14 de agosto de 2020, en los términos que plantean.

Dios guarde a Ud.

LUIS ROJAS GALLARDO
Prosecretario de la Cámara de Diputados

AL SEÑOR CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA



<https://extranet.camara.cl/verificardoc>

Código de verificación: 7A44E6AAEC2532B0

OFICIO DE FISCALIZACIÓN.

DE: JORGE ALESSANDRI VERGARA.

DIPUTADO DE LA REPÚBLICA

RAÚL LEIVA CARVAJAL

DIPUTADO DE LA REPÚBLICA

JOSÉ MIGUEL CASTRO BASCUÑAN

DIPUTADO DE LA REPÚBLICA.

A: DOROTHY PÉREZ GUTIÉRREZ

CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA (S).

De conformidad con las atribuciones de fiscalización contenidas en el artículo 9 de la Ley 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, y 308 del Reglamento de la Cámara de Diputados, solicito a usted la siguiente información:

De acuerdo a la Resolución N° 10, de 2021 de la Contraloría General de la República (“CGR”) que establece las Normas que Regulan las Auditorías, en especial su artículo 15 que faculta a colaborar con la función de control externo mediante denuncias o sugerencias de fiscalización que aporten información específica, datos u otros antecedentes fidedignos que den cuenta de irregularidades o falencias de control que adviertan en las actuaciones de las entidades o servicios sujetos a su fiscalización, por medio del presente escrito solicito a la señora Contralor General de la República (S) que, en ejercicio de las facultades que la Constitución Política de la República, y la Ley N°10.336 le confieren a la Contraloría General de la República, en especial en sus artículos 5°, 6° y 16°, tener presente las consideraciones que se desarrollan a continuación, en el marco de la entrega de las redes de infraestructura asociadas a la licitación para otorgar concesiones de servicio de



telecomunicaciones que operen redes inalámbricas de alta velocidad (5g o superior) en las bandas de frecuencias de 3,30 – 3,40GHz y 3,60 – 3,65GHz, cuyas bases fueron aprobadas por medio de la Resolución Exenta N° 1.367, de 14 de agosto de 2020 (en adelante, “Las Bases”):

Como es de público conocimiento la concesionaria WOM S.A. adjudicataria del concurso 5G, a la fecha de esta presentación no ha dado cumplimiento al proyecto técnico comprometido al momento de participar en la citada licitación. Al respecto, preocupa a este solicitante, considerando que, en el evento que se generen incumplimientos, las reglas contenidas en las bases, los principios de igualdad ante las bases (artículo 9° de la Ley N° 18.575), y de estricta sujeción a las mismas, (artículo 10, inciso tercero, de la Ley N° 19.886) que informan la contratación pública y los criterios contenidos en dictámenes de esta Contraloría General de la República **exigen iniciar los correspondientes procedimientos sancionatorios que conlleven a la caducidad de la concesión y cobrar el importe total de las garantías asociadas a la correspondiente licitación.**

RESPECTO AL USO DE LAS FACULTADES SANCIONATORIAS POR PARTE DE SUBTEL PARA DECLARAR LA CADUCIDAD DE LA CONCESIÓN OTORGADA

Que conforme lo estipulaba el artículo 41° Las Bases La concesión de servicio de telecomunicaciones que se asigne en virtud del Concurso quedará sometida al procedimiento infraccional y marco sancionatorio establecido en el Título VII de la Ley.

En dicho contexto, el artículo 36 N° 4 letra a) de la Ley General de Telecomunicaciones establece como aquellas conductas infraccionales que conllevan la caducidad de la concesión:

a) incumplimiento del marco técnico aplicable al servicio, siempre que las observaciones que la Subsecretaría haya formulado previamente y por escrito, no se hayan subsanado dentro del plazo que haya fijado al efecto y que se contará desde la fecha de notificación de tales observaciones al afectado.



Ello supone que es deber de la concesionaria WOM haber dado estricto cumplimiento al proyecto técnico en virtud de la cual resultó adjudicataria del concurso 3,5 GHz, ya que, en virtud de este, obtuvo el puntaje necesario para poder ganar dicha licitación.

Es así, que a pesar de que la Subsecretaría de Telecomunicaciones, a través de diversos ordinarios y formulación de procesos de cargos, formuló a WOM observaciones e impartió instrucciones de adecuación inmediata al marco técnico contenido en el proyecto técnico del cual es concesionaria, en razón de la sub-utilización del espectro radioeléctrico que está haciendo en el uso de un bien escaso y cuya administración radica en el Estado, no siendo dichas observaciones atendidas o subsanadas en los plazos y en la forma solicitada por la autoridad.

Cabe hacer presente, que tal como se informó a la comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado, el estado de avance del proceso de recepción de obras de las tres etapas comprometidas en el proyecto técnico presentado por la concesionaria WOM S.A., al 10 de noviembre de 2023 – es decir un mes después de que se venciera el plazo para la segunda etapa y final del proyecto de WOM-, a esa fecha la compañía muestra para la etapa I niveles de aprobación de 82%, 86% y 81%, para las 3 bandas que se adjudicó: 700 MHz, AWS y 3,5 GHz, respectivamente.

En cuanto a la segunda etapa el resultado de aprobación de obras al 10 de noviembre es de 29% para la banda 3,5 GHz, 45% para la AWS y 15% para la 700 MHz.

Es en razón de lo expuesto, que siendo el espectro radioeléctrico un bien nacional de carácter limitado, es deber de la Autoridad Sectorial asegurar su eficiente administración, lo que realiza a través del otorgamiento de diferentes títulos autorizatorios (o revocatorios) que materializan las asignaciones de uso, frecuencia y potencia previamente determinadas por servicio, localidad y función, y que la concesionaria WOM a la fecha de esta presentación sigue sin cumplir, dañando con ello gravemente la fe pública involucrada en la aprobación de su proyecto técnico.

Por lo anterior, resulta procedente que la Subsecretaría de Telecomunicaciones haga usos de sus facultades sancionatorias, y proceda a formular la correspondiente imputación infraccional, debiéndose en atención a la gravedad de la conducta imputada, procederse a la



caducidad de la concesión otorgada sobre la Banda 3,5 GHz, en conformidad con el artículo 36 N°4 letra a) de Ley General de Telecomunicaciones.

A mayor abundamiento, tiene que tenerse presente que al momento de resultar adjudicataria del concurso sobre la Banda 3,5 GHz, la concesionaria WOM, como requisitos obligatorio, tuvo que presentar ante la autoridad un plan de uso efectivo y eficiente del espectro, entendiéndose dicho instrumento como una planificación que efectúa el operador acerca del uso de las bandas de frecuencia que sean adjudicadas por medio de los “concursos públicos 5G”, así como de las frecuencias asociadas a las demás concesiones de que sea titular. Es así, que, al momento de presentar dicho plan, la empresa WOM, comprometió las estimaciones de tráfico de la red, la proyección de cantidad de usuarios a atender, así como el total de estaciones base proyectadas junto con el ancho de banda utilizado. De igual forma, dicho plan indicaba la superficie, expresada en kilómetros cuadrados, que cubriría la red comprometida en los proyectos técnicos, así como la población cubierta y otros antecedentes técnicos necesarios para su comprensión.

Sin embargo, y a pesar de que el Plan de Uso Eficiente del Espectro fue aprobado por la Resolución Exenta N°978, de fecha 12 de mayo de 2021, **la concesionaria WOM no dio cumplimiento en tiempo y forma al citado Plan comprometido ante la autoridad, especialmente en lo que respecta a la real cobertura que está entregando, y que distaba mucho de lo que se había obligado en virtud de su proyecto técnico. Es decir, al no desplegar las antenas, la infraestructura y la cobertura comprometida incumplió el plan de uso del espectro, siendo procedente que se apliquen las sanciones establecidas en el artículo 48 de las Bases.**

Al respecto, el inciso final de artículo 48 de las Bases establece expresamente como sanción al incumplimiento del referido plan:

Se hace presente que el incumplimiento del plan de uso efectivo y eficiente del espectro radioeléctrico comprometido tendrá las consecuencias previstas por el fallo de la Excma. Corte Suprema citado en los considerandos de estas Bases, pudiendo consistir en alguna de tres acciones: a) La cesión de uso a otros operadores móviles reales (OMR) preferentemente entrantes o de menor tamaño, mediante mecanismos no discriminatorios y que le permitan al cedente sólo recuperar costos eficientes, pero no especular; el



*cesionario deberá aceptar y garantizar el cumplimiento de los compromisos del plan de uso efectivo y eficiente de las frecuencias; b) desinversión de activos a terceros; y c) devolución al Estado de las concesiones por incumplimiento del plan de uso efectivo y eficiente. **Lo anterior es sin perjuicio del ejercicio de la potestad fiscalizadora de la Subsecretaría y de la potestad sancionadora del Ministerio conforme al título VII de la Ley.***

Es por ello, que habiendo incumplido flagrantemente la concesionaria WOM el plan de uso del espectro radioeléctrico comprometido y aprobado por la Resolución Exenta N°978, de fecha 12 de mayo de 2021, procede que la Subsecretaría de Telecomunicaciones proceda a sancionar a la citada concesionaria en los términos exigidos por la Excma. Corte Suprema y el inciso final del artículo 48 de las Bases.

Que, los hechos que se vienen describiendo podrían importar el incumplimiento de deberes o infracción de prohibiciones funcionarios, lo que hace imperativo el ejercicio de la potestad sancionatoria, mediante la instrucción de un procedimiento disciplinario. Existiendo un eventual incumplimiento por parte de los funcionarios de la Subsecretaría de sus deberes funcionarios, que implicaron en definitiva una clara falta a la eficiencia y eficacia que debe ser observada por la Administración en el desarrollo de su labor, lo cual, de conformidad a lo establecido en la letra g), del artículo 58, de la ley N° 18.883, que estipula como obligación de cada funcionario el observar estrictamente el principio de probidad administrativa, establecido en la ley N° 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, específicamente en el artículo 64 N° 8, al existir una contravención de los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración.

Atendido que en los hechos la participación en las eventuales responsabilidades administrativas ha correspondido a altos directivos, se solicita a vuestra Contraloría el desarrollo de la investigación de aquellos corresponderá a vuestra Contraloría General de la República, de conformidad a las facultades contempladas en los artículos 133 y ss., de su ley Orgánica y a la resolución N° 510, que Aprueba el Reglamento de Sumarios de esa Entidad de Control.



POR TANTO,

Pido al Sr. Contralor General de la República tener presente estas consideraciones, en relación a la necesidad de iniciar un proceso de fiscalización y eventual sanción que conlleve a la caducidad de la concesión adjudicada por la empresa WOM S.A. en el concurso 5G.

Que sin perjuicio de la solicitud para que se fiscalice el oportuno ejercicio de la aplicación de la sanción de caducidad por parte de la Subsecretaría de Telecomunicaciones en el marco de los concursos 5G, también por medio del presente escrito solicitamos al señor Contralor General de la República que, en ejercicio de las facultades que la Constitución Política de la República, y la Ley N°10.336 le confieren a la Contraloría General de la República, en especial en sus artículos 5°, 6° y 16°, fiscalice la oportuna ejecución de boletas de garantía por incumplimiento, en el marco de la entrega de las redes de infraestructura por los adjudicatarios de la licitación para otorgar concesiones de servicio de telecomunicaciones que operen redes inalámbricas de alta velocidad (5g o superior) en las bandas de frecuencias de 3,30 – 3,40 GHz y 3,60 – 3,65 GHz, cuyas bases fueron aprobadas por medio de la Resolución Exenta N° 1.367, de 14 de agosto de 2020.

RESPECTO DEL DEBER DE EFECTUAR EL COBRO DEL TOTAL DE LAS BOLETAS DE GARANTIAS COMPROMETIDAS EN LA LICITACIÓN

- i. En primer término, debe tenerse presente que las Bases imponen a SUBTEL el deber de requerir la totalidad del monto de las boletas de garantía, de verificarse un incumplimiento durante la ejecución del proyecto o luego de terminada la totalidad de las etapas. Por lo tanto, no resulta lícito abstenerse del cobro hasta el término de las etapas de ejecución del proyecto, por contradecir el tenor literal de las Bases, infringiendo así el principio de igualdad y estricta sujeción a las bases.
- ii. Sin embargo, Senadores de la Comisión Transportes y Telecomunicaciones consultaron al Subsecretario de Telecomunicaciones, don Claudio Araya, sobre



como procedería su repartición para efectos de sancionar dichos incumplimientos. Al respecto, el Subsecretario afirmó que el cobro de las boletas de garantía sería parcial, en proporción al avance de las obras, afirmando como ejemplo que: “Si WOM llega, como dice que va a llegar al 91% de la instalación completa, efectivamente la sanción debe ser por el 9% y no por el 100% de la garantía. Por lo tanto hay una proporcionalidad. Si bien, es cierto que la boleta el banco la cobra completa, debería haber una restitución. Eso es jurisprudencia de la Contraloría”

- iii. Esta circunstancia preocupa a este solicitante, considerando que, en el evento que se generen incumplimientos, las reglas contenidas en las bases, los principios de igualdad ante las bases (artículo 9° de la Ley N° 18.575), y de estricta sujeción a las mismas, (artículo 10, inciso tercero, de la Ley N° 19.886) que informan la contratación pública y los criterios contenidos en dictámenes de esta Contraloría General de la República exigen cobrar el importe total de las referidas garantías.
- iv. En este sentido, no existe ni en las Bases ni en el Informe de Respuestas¹ una norma que sustente una supuesta obligación de SUBTEL de restituir montos de la boleta, una vez cobrada. Por el contrario, las Bases y las respuestas expresas a las consultas formuladas (N°243 numerales 2, 3 y 5, y 245) respaldan la tesis contraria, calificando el cobro de estas boletas como una “sanción” y, por consiguiente, autorizando la retención del monto total sin derecho a restitución alguna en favor del asignatario.
- v. Finalmente, la jurisprudencia administrativa de este Órgano de Control, no resulta contradictoria con esta afirmación, en cuanto esta Contraloría admite expresamente este efecto de cobro íntegro (sin restitución) si la **boleta se ha previsto como una sanción**, tal y como lo hacen las Bases en los artículos 40 y

¹ Nos referimos a la Resolución Exenta N° 1.747, de 28 de septiembre de 2020, que contiene el “Informe de Respuestas a las consultas formuladas al concurso público que tiene por objeto otorgar concesiones de servicio de telecomunicaciones que operen redes inalámbricas de alta velocidad (5G o superior) en las bandas de frecuencias de 3,30-3,40GHz y 3,60-3,65GHz (el “Informe de Respuestas”). En ellas, la SUBTEL siempre respondió que el cobro de las garantías sería “total” o “íntegro” ante cualquier tipo de incumplimiento, tal y como consta, por ejemplo, en la pregunta N° 243.



41 (expresamente referido a “sanciones”) y la respuesta N°245 del Informe de Respuestas, en términos inequívocos.

- vi. De este modo, considerando la normativa establecida en las bases de licitación y en base a criterios previos de este Órgano de Control, aparece que no es jurídicamente admisible una ejecución parcial de las boletas de garantía en caso de incumplimientos.

Estas afirmaciones se desarrollan ordenadamente a continuación.

Disposiciones de las Bases que regulan el cobro de las boletas bancarias de garantía

Las principales disposiciones que regulan a las boletas bancarias de garantía de fiel y oportuno cumplimiento del proyecto técnico son los artículos 38 a 40 de las Bases. Estos establecen las condiciones que estas deben cumplir (monto, plazo, renovación, etc.), así como su devolución al término de las etapas o su eventual cobro ante un incumplimiento.

El artículo 38 indica que la boleta tiene por objeto: *“cautelar la ejecución del proyecto técnico comprometido por el asignatario de la concesión de manera fiel, íntegra y oportuna”*.

En cuanto a su cobro, el artículo 40 dispone que:

*“La garantía de fiel, íntegro y oportuno cumplimiento **será cobrada** administrativamente por SUBTEL, a través de la emisión de la correspondiente resolución fundada y su presentación a cobro ante el emisor bancario o financiero, cuando no se ejecute de manera fiel, íntegra y oportuna el proyecto técnico en la totalidad de sus etapas.*

*Asimismo, la garantía **deberá ser cobrada** por la Subsecretaría **frente a cualquier otra inobservancia de las exigencias previstas en las Bases y que autorice a su cobro.***

Los fundamentos para calificar un hecho como incumplimiento quedarán consignados en la resolución de la Subsecretaría que instruye el cobro de la garantía”.

El artículo 41 de las Bases, referido a las infracciones y sanciones, preceptúa que:



“Las concesiones de servicio de telecomunicaciones que se asignen en virtud del Concurso quedarán sometidas al procedimiento infraccional y marco sancionatorio establecido en el Título VII de la Ley.

*Asimismo, **el incumplimiento de una o más de las exigencias contenidas en las presentes Bases será objeto del cobro de las garantías del Concurso** que corresponda, conforme a lo dispuesto en el Título VIII y en el artículo 32, ambos de estas Bases”.*

Estos preceptos permiten identificar los elementos principales de la configuración de las boletas de garantía en las Bases:

- i) En primer lugar, las Bases imponen el deber de cobrar las boletas bancarias de garantías tanto en el caso en que el proyecto técnico no haya sido ejecutado de forma fiel, íntegra y oportuna, en todas sus etapas, como en el caso de “cualquier otra inobservancia” que autoricen su cobro. El artículo 40 es nítido en este sentido, al consagrar ambas hipótesis utilizando la voz “asimismo”, como sinónimo de “también”.

Esta primera constatación permite concluir, que las Bases no permiten a SUBTEL restringir el cobro de las mencionadas boletas de garantía únicamente a la primera de las hipótesis (de incumplimiento de la “totalidad” de las etapas), **sino que se encuentra obligada a cobrarla ante cualquier otro incumplimiento que así lo autorice, durante la ejecución del proyecto.**

Nótese que lo anterior es especialmente relevante si se tiene en consideración que la SUBTEL, se encuentra sujeta a los principios que rigen la licitación pública, como lo es el de igualdad ante las bases, consagrado en el artículo 9° de la Ley N° 18.575², y el de estricta sujeción a las mismas, con reconocimiento en el artículo 10, inciso tercero, de la Ley N° 19.886³. Es concreto, ambos principios legales impiden a SUBTEL apartarse de lo establecido en las Bases, debiendo regirse rigurosamente por lo ahí dispuesto en la etapa de

²La redacción de esta norma es del siguiente tenor: “Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley. El procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato”.

³Dispone el artículo 10 del citado cuerpo normativo que “(...) Los procedimientos de licitación se realizarán con estricta sujeción, de los participantes y de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que la regulen. Las bases serán siempre aprobadas previamente por la autoridad competente”.



ejecución contractual, quedando obligada a cobrar la boleta si se ha verificado cualquier inobservancia a las exigencias de las mismas, no resultando lícita una abstención del ejercicio de tal potestad hasta la terminación completa⁴.

- ii) En segundo lugar, las Bases no contemplan un deber de restitución de los montos de estas garantías, una vez que fueran cobradas, sobre la base de un supuesto ajuste o cálculo posterior de valoración del incumplimiento. En efecto, no existe referencia alguna a dicho proceso de ajuste o a un supuesto deber de restitución, ni tampoco una conexión expresa entre la boleta y la posibilidad de hacer efectiva en ellas eventuales multas que se vayan imponiendo, como ocurre en otras normativas⁵.

La lectura de los preceptos citados permite identificar en las Bases la configuración del cobro de la boleta como una sanción en sí misma, un efecto jurídico independiente que se detona ante cualquiera de las dos hipótesis de incumplimiento antes señaladas. El tenor literal del artículo 40 así lo indica. Además, el artículo 41, referido expresamente a las “sanciones”, contempla el cobro de la garantía como un mecanismo adicional al régimen sancionatorio general. Ello se desprende de la utilización de la voz “*asimismo*” al comienzo del inciso segundo del precepto, que precisamente se refiere al cobro de la boleta como sanción que “también” puede imponerse ante un evento de incumplimiento.

Esta interpretación es confirmada por la misma SUBTEL en el Informe de Respuestas, al tratar la pregunta N°245, la cual consultaba lo siguiente: “1) *Se solicita confirmar, ¿la única sanción para el caso de no darse cumplimiento íntegro u oportuno a alguna de las etapas del proyecto técnico será el cobro de la garantía respectiva?*”. A dicha consulta, SUBTEL respondió “1) *Efectivamente*”⁶,ratificando así la lectura del cobro de la boleta de

⁴ A mayor abundamiento, el retardo en el cobro de las mencionadas boletas, reservándolo únicamente al término de todas las etapas de ejecución del proyecto técnico, puede acarrear otras consecuencias perniciosas para la Administración. Por ejemplo, en el caso de que el cobro de boletas de garantía de este tipo sea considerado por dicha entidad (u otra) para efectos de evaluar la idoneidad del concursante en futuros procesos, el retraso en su cobro podría implicar que este elemento no sea debidamente advertido por la autoridad, afectando así el cumplimiento de fin mismo de la licitación: que el contrato sea adjudicado al mejor oferente.

⁵ Por ejemplo, el artículo 11 de la Ley N° 19.886 contiene una referencia expresa a la posibilidad de cobrar las multas que se impongan con la boleta: “*Con cargo a estas cauciones podrán hacerse efectivas las multas y demás sanciones que afecten a los contratistas*”.

⁶ Resolución Exenta N° 1745 de 28 de septiembre de 2020, p. 46.



garantía como una sanción. En la misma línea, debe destacarse que, ante tres consultas expresas acerca de la existencia de un supuesto derecho a restitución de montos de la boleta (pregunta N°243, numerales 2, 3 y 5), la respuesta de SUBTEL fue que la garantía se cobraría “íntegramente” o “totalmente”.

En este punto, conviene advertir que la literatura especializada admite la configuración de la boleta de garantía de esta forma, como una cláusula penal o sanción independiente, que autoriza su cobro y retención íntegra ante un evento previamente descrito⁷. También lo admite la jurisprudencia de esta Contraloría General de República, como se verá más adelante. Para ello, explica Corral, basta con que “*se haya expresado que el monto de la boleta importa una cláusula penal (aunque empleen otras denominaciones; por ejemplo, multas, sanciones, penalidades)*”⁸. Como se ve, esto es precisamente lo que ocurre en este caso, en que las Bases (art. 41) y el Informe de Respuestas se refieren a la boleta de garantía y su cobro como una sanción.

En conclusión, se advierte que las Bases han exigido la garantía de fiel, íntegro y oportuno cumplimiento con la naturaleza de una sanción o efecto jurídico inmediato ante el incumplimiento de las exigencias que contempla. Estas últimas pueden comprender, por ejemplo, el incumplimiento de plazos máximos de inicio del servicio, tal y como lo señala expresamente el artículo 52 de las Bases⁹. Luego, no existe en las Bases disposición alguna que permita fundar un supuesto deber de restitución o ajuste posterior, una vez que se haya cobrado la boleta. Ante esta omisión, el Ordinario N° 18.865 de la SUBTEL invoca el

⁷ Corral explica que: “*no se requieren fórmulas sacramentales o formales, sino que del tenor de la estipulación contractual en que se compromete el otorgamiento de esta garantía, se desprenda claramente la voluntad de que el monto de lo garantizado por la boleta quedará definitivamente a beneficio del acreedor. Así, por ejemplo, un fallo de la Corte Suprema determinó que si en unas bases de remate se dice que el valor de la boleta quedará a beneficio de la vendedora si por cualquier motivo el subastador se niega a firmar la escritura pública de compraventa, estamos ante una forma de cláusula penal*”, en; CORRAL TALCIANI, Hernán (2014) “Boleta bancaria de garantía, cláusula penal y mora del deudor”, en Eduardo Jequier (edit.), *Estudios de Derecho Comercial. Cuartas Jornadas Chilenas de Derecho Comercial*, LegalPublishing, Santiago, 2014, p. 489.

⁸CORRAL TALCIANI, Hernán, ob. cit., p. 488.

⁹Artículo 52.- *Observaciones de SUBTEL. La solicitud de recepción de obras del concesionario para cada etapa podrá ser objeto de observaciones por parte de SUBTEL. En tal caso, el plazo fijado para la corrección o adecuación de las obras e instalaciones no superará al plazo de inicio de servicio para cada etapa establecido en el respectivo decreto de otorgamiento de la concesión. De lo contrario, el incumplimiento del plazo de inicio de servicio facultará a la Subsecretaría para hacer efectivo el cobro de la garantía de fiel, íntegro y oportuno cumplimiento.*



principio de proporcionalidad como la fuente del supuesto deber de restitución, citando jurisprudencia de esta Contraloría en tal sentido.

Criterios de la Jurisprudencia Administrativa relevantes para el análisis de la configuración de la boleta de garantía en las Bases.

Dictámenes de esta Contraloría General de la República y condiciones para la aplicación del principio de proporcionalidad.

De acuerdo con la jurisprudencia administrativa de esta Contraloría, dos son los grandes criterios que pueden desprenderse en relación con el cobro de boletas bancarias de garantía del fiel y oportuno cumplimiento de una obligación:

- i) En primer lugar, no obra de forma ilegal el órgano o entidad que cobra la totalidad de la garantía ante un incumplimiento del particular. Así se desprende de los múltiples dictámenes en que este Órgano de Control, enfrentado al análisis de la legalidad en el cobro de las mencionadas boletas ante un incumplimiento, no formula reproche alguno de legalidad por esta circunstancia concreta¹⁰.
- ii) En segundo lugar, esta Contraloría ha sido del parecer que a este tipo de garantías, si se han configurado como cauciones, les es plenamente aplicable el principio de proporcionalidad, por lo que no pudiendo ser más gravosas que la obligación incumplida, procede que la entidad correspondiente restituya el saldo a favor del contratista o concesionario¹¹.

Este último razonamiento ha sido defendido por vuestra entidad fiscalizadora desde el Dictamen N° 26.632 de 19 de octubre de 1997, al resolver que, salvo regla en contrario, la naturaleza de una boleta bancaria de garantía sería la de una caución y no de una sanción, las que son de derecho estricto y no se presumen. En este sentido, este Órgano de Control afirma que *“si no se ha pactado que la boleta de garantía bancaria constituía por sí sola*

¹⁰ Véase, por ejemplo: Dictámenes N°s 25.551-17 de 12 de julio de 2017; 67.918-152015 de 25 de agosto de 2015; 55.318-15 de 10 de julio de 2015; 88.606-14 de 13 de noviembre de 2014; y 12.541-10 de 9 de marzo de 2010.

¹¹ En este sentido: Dictámenes N°s 25.551-17 de 12 de julio de 2017; 67.918-152015 de 25 de agosto de 2015; 55.318-15 de 10 de julio de 2015; 88.606-14 de 13 de noviembre de 2014; y 12.541-10 de 9 de marzo de 2010.; y 26.632-97 de 19 de octubre de 1997.



una cláusula penal que respondía a cualquier incumplimiento y en forma integral, no puede presumirse que tuviera tal carácter, de lo que se deduce que ella fue una mera garantía”.

Como se aprecia, **el razonamiento de vuestra Contraloría admite una excepción a la regla general de restitución del exceso: el que el cobro de la boleta o garantía en cuestión esté formulado como una sanción, de forma tal que proceda su cobro como una cláusula penal ante cualquier incumplimiento y de forma integral.**

Esta idea ha sido refrendada en múltiples dictámenes posteriores, en los cuales este Órgano de Control ha validado el actuar de órganos administrativos que retuvieron la totalidad del importe de la garantía, en circunstancias en que las bases de licitación las calificaban como cláusulas penales¹², o bien, negaban el derecho a indemnización en favor del contratista¹³.

Aplicación de los criterios de esta Contraloría al caso concreto.

Al aplicar los mencionados criterios de esta Contraloría General de la República al caso concreto, es posible advertir lo siguiente:

- i) Vuestra Contraloría ha validado el cobro de la totalidad del monto de la boleta bancaria de garantía ante un incumplimiento. Basta que las bases de licitación contemplen esta posibilidad –como sucede en el caso concreto– para dicho proceder no merezca reproche de legalidad de su parte.
- ii) Este Órgano de Control ha hecho reiterada aplicación del principio de proporcionalidad a las garantías de fiel y oportuno cumplimiento, en la medida en que estas garantías estén contempladas únicamente como caución de las obligaciones del contrato en cuestión, y no como sanciones independientes.

Como hemos explicado, en este caso las Bases parecen alejarse de la consideración de la boleta como mera caución. Si bien no se le califica expresamente como una cláusula penal ni se deja constancia expresa de que SUBTEL puede retener la totalidad de su importe,

¹² Dictámenes N°s 8.566-18 de 29 de marzo de 2018 y 87.615-15 de 4 de noviembre de 2015

¹³ Dictamen N° 37.069-15 de 8 de mayo de 2015.



conforme al artículo 41 de las Bases y la respuesta a la pregunta N°243 contemplada en el Informe de Respuestas de la SUBTEL, ante el incumplimiento de una exigencia técnica se contempla, como “sanción”, el cobro de la garantía de fiel y oportuno cumplimiento. Adicionalmente, no hay referencia alguna a procesos de ajuste o restitución, o que el contratista no tendrá derecho a indemnización.

Luego, en atención a la regulación contenida en las propias bases de licitación y a los criterios contenidos en pronunciamientos anteriores de este Órgano de Control, se concluye que no es jurídicamente admisible una ejecución parcial de las boletas de garantía ante incumplimientos como los descritos en esta presentación, circunstancia que pedimos a esta Contraloría tener presente al responder las consultas de la Subsecretaría de Telecomunicaciones.

Afectación a los vecinos de las comunas rurales producto del incumplimiento.

Como es de público conocimiento, el retraso de WOM en la implementación de sus proyectos ha traído como consecuencia la profundización de la brecha digital en las comunas rurales que se verían beneficiadas producto de las obligaciones establecidas en el concurso 5G que conforme al concurso correspondían a 366 localidades rurales que debían ejecutarse. En efecto, la citada concesionaria únicamente se ha dedicado a desplegarse en aquellas comunas comercialmente atractivas dejando de lado aquellas localidades rurales que con mayor urgencia necesitan contar con conectividad y respecto de las cuales WOM se obligó a ejecutar.

Por último, la falta de cobro de las citadas garantías podría importar responsabilidad pecuniaria, en atención a lo dispuesto en los artículos 60, 61 y 85 de la citada ley N°10.336. Existiendo una inobservancia en materia de custodia y administración en materia de garantías, de determinarse un actuar negligente o descuidado por parte de los funcionarios que no han cumplido las obligaciones que le son propias.

POR TANTO,

Pido a la Sra. Contralora General de la República (S) tener presente estas consideraciones, y ordenar la correcta ejecución de las boletas de garantía por incumplimiento en el marco de la entrega de las redes de infraestructura por los adjudicatarios de la licitación para



otorgar concesiones de servicio de telecomunicaciones que operen redes inalámbricas de alta velocidad (5g o superior) en las bandas de frecuencias de 3,30 – 3,40GHz y 3,60 – 3,65GHz, cuyas bases fueron aprobadas por medio de la Resolución Exenta N° 1.367, de 14 de agosto de 2020..

En este sentido, solicito a usted:

- Iniciar un proceso de fiscalización y eventual sanción que conlleve a la caducidad de la concesión adjudicada por la empresa WOM S.A. en el concurso 5G.
- Fiscalice la oportuna ejecución de boletas de garantía por incumplimiento, en el marco de la entrega de las redes de infraestructura por los adjudicatarios de la licitación para otorgar concesiones de servicio de telecomunicaciones que operen redes inalámbricas de alta velocidad (5g o superior) en las bandas de frecuencias de 3,30 – 3,40 GHz y 3,60 – 3,65 GHz, cuyas bases fueron aprobadas por medio de la Resolución Exenta N° 1.367, de 14 de agosto de 2020.

JORGE ALESSANDRI VERGARA

RAUL LEIVA CARVAJAL

JOSÉ MIGUEL CASTRO BASCUÑAN

DIPUTADOS DE LA REPÚBLICA.


FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. JORGE ALESSANDRI V.


FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. JOSÉ MIGUEL CASTRO B.


FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. RAUL LEIVA C.

