

**OFICIO N° 248-2019**

**INFORME PROYECTO DE LEY N° 49-2019**

**Antecedente: Boletines N° 12.558-15 y 12.828-15.**

**Santiago, veinticinco de octubre de 2019**

Por Oficio N° 139/TT/2019, de fecha 24 de septiembre de 2019, el Presidente y la Abogada Secretaria de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado, respectivamente Sr. Francisco Chahuán Chahuán y Sra. Ana María Jaramillo Fuenzalida, de conformidad a lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 77 de la Constitución Política de la República y el artículo 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, remitieron a esta Corte Suprema el proyecto de ley que “Establece roaming automático nacional” (Boletines N° 12.558-15 y 12.828-15).

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión de 23 de octubre del presente año, presidida por su titular señor Haroldo Brito Cruz, e integrada por los ministros señores Muñoz G., Dolmestch, Künsemüller y Silva G., señoras Maggi, Egnem y Sandoval, señores Fuentes y Cisternas, señoras Chevesich y Muñoz S., señores Valderrama, Dahm y Prado, señora Vivanco, señor Silva C., señora Repetto y suplentes señores Muñoz P. y González, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

**AL PRESIDENTE**

**DE LA COMISIÓN DE TRANSPORTES Y TELECOMUNICACIONES**

**DEL SENADO,**

**SEÑOR FRANCISCO CHAUÁN CHAHUÁN**

**VALPARAÍSO**



“Santiago, veinticinco de octubre de dos mil diecinueve.

**Vistos y teniendo presente:**

**Primero.** Que mediante Oficio N° 139/TT/2019, de fecha 24 de septiembre de 2019, el Presidente y la Abogada Secretaria de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado, respectivamente Sr. Francisco Chahuán Chahuán y Sra. Ana María Jaramillo Fuenzalida, de conformidad a lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 77 de la Constitución Política de la República y el artículo 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, remitieron a esta Corte Suprema el proyecto de ley que “Establece roaming automático nacional”.

El proyecto de ley en cuestión corresponde a los Boletines N° 12.558-15 y 12.828-15 refundidos. El primero de ellos fue iniciado mediante moción parlamentaria en el Senado el 17 de abril de 2019 y el segundo ingresó mediante mensaje presidencial al Senado el 6 de agosto de 2019. Ambos boletines fueron refundidos en esta última fecha.

En atención a que el oficio remitido especifica que las disposiciones respecto de las cuales se solicita la opinión de la Corte son los incisos quinto y sexto del nuevo artículo, que se propone incorporar a la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, el siguiente informe versará sobre dichos preceptos, sin perjuicio que se entregará el contexto normativo necesario para su debido análisis.

**Segundo.** Que el proyecto de ley cuyo análisis se solicita consta de un artículo permanente y uno transitorio, que se ocupan, respectivamente, de modificar la Ley General de Telecomunicaciones y establecer la entrada en vigencia de “las obligaciones” que contempla.

En relación con el objetivo de la iniciativa, el segundo informe de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado da cuenta, que es el de facilitar los servicios de telecomunicaciones de voz, telefonía e internet en el país, en forma automática, sin cargo adicional.

Los ejes en los que se centran las modificaciones propuestas son los siguientes:

1. Obligación de los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones que sean asignatarios de derechos de uso de espectro



- radioeléctrico de permitir el uso y acceso a terceros, para la operación móvil virtual y roaming automático nacional;
2. Regulación mediante reglamento de las condiciones mínimas de los acuerdos que deban adoptar las partes del contrato a que dé lugar lo recién expuesto y,
  3. La resolución de conflictos que se susciten a través de un árbitro arbitrador.

**Tercero.** Que, mediante la propuesta de un nuevo artículo 26 bis, para incorporar a la Ley N°18.168, General de Telecomunicaciones, se pretende regular que los “concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones que sean asignatarios de derechos de uso de espectro radioeléctrico permitan el acceso y uso de sus facilidades a otros concesionarios de servicios públicos o que estén interesados en constituirse como tales, para la operación móvil virtual y de roaming automático nacional” (inciso 1°).

Para ello, deben formular y mantener una oferta de facilidades mayoristas públicas, única por cada grupo empresarial, que debe contemplar todas las bandas de frecuencia que dispongan y que sean utilizadas para la prestación, ya sea por sí mismo o a través de terceros, de servicios de telefónica móvil o de transmisión de datos móviles (inciso 1°).

Un reglamento del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones deberá regular las condiciones mínimas de las ofertas y contratos (inciso 2°); asegurar el equilibrio entre las partes (inciso 3°); establecer los casos de celebración obligatoria de roaming automático nacional en ciertas circunstancias (inciso 3°); y podrá establecer excepciones a la obligación de efectuar ofertas o sujetarlas a determinadas condiciones (inciso 4°).

Por otro lado, el artículo establece que al usuario no se le podrán imponer costos adicionales por el servicio de roaming automático nacional (inciso 4°).

Por último, el único artículo transitorio de la ley, que pospone la entrada en vigencia de las obligaciones al momento en que entre en vigor el reglamento al que se aludió en los párrafos anteriores.

**Cuarto.** Que, tal como ya se adelantó, la Comisión solicitó informe a la Corte Suprema respecto de los incisos quinto y sexto del artículo 26 bis que se pretende incorporar a la Ley General de Telecomunicaciones, los cuales son del siguiente tenor:



*“Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 28 bis, en caso de desacuerdo entre las partes en el proceso de negociación, implementación o ejecución del contrato, sea por motivos técnicos, económicos o de otra índole, las controversias que se susciten serán resueltas por un árbitro arbitrador, el que será designado y ejercerá sus funciones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 232 del Código Orgánico de Tribunales, debiendo resolver la controversia considerando las disposiciones y principios contenidos en la presente ley y en la restante normativa de telecomunicaciones dictada a su amparo, para lo cual podrá solicitar la opinión de la Subsecretaría.*

*El árbitro deberá resolver en favor de una de las proposiciones de las partes, en un plazo máximo de 3 meses, prorrogable de forma justificada por única vez, por 3 meses más, y podrá, en su caso, establecer condiciones para ejecutar su fallo. Sus honorarios serán de cargo de aquel proveedor cuya alegación sea totalmente desestimada. En caso de establecerse condiciones, podrá el árbitro disponer un reparto de la carga de pagar sus honorarios entre los intervinientes en consistencia a su decisión. Sin perjuicio de lo anterior, el reglamento a que hace referencia el presente artículo podrá establecer la existencia de comisiones técnicas integradas por representantes de ambas partes, a través de las cuales éstas harán sus mejores esfuerzos por resolver previamente y de mutuo acuerdo las diferencias que surjan entre ellas.”*

**Quinto.** Que, mediante el Oficio N° 88-2012, Informe de Proyecto de Ley N° 25-2012, de 07 de agosto de 2012, el Tribunal Pleno de la Corte Suprema informó al Presidente de la Comisión de Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones de la Cámara de Diputados su opinión respecto del proyecto de ley que “Modifica ley N° 20.599, que regula la instalación de torres soporte de antenas emisoras” (Boletín N° 8366-15), en específico respecto de la propuesta de lo que actualmente son los incisos sexto y séptimo del artículo 19 bis de la Ley N° 18.168, los cuales fueron incorporados por la Ley N° 20.643.

El artículo que fue materia de informe señalaba que ante un conflicto entre operadores por el monto de los pagos por colocación de antenas o sistemas radiantes de transmisión de telecomunicaciones, el asunto debía ser resuelto un árbitro arbitrador, designado de acuerdo al artículo 232 del Código Orgánico de Tribunales, el que debía resolver a favor de una de las dos proposiciones de las partes y acogerla íntegramente.



Al respecto, esta Corte Suprema se pronunció sobre los tres aspectos que se indican:

1. Afectación de la independencia judicial.

Estimó que obligar al árbitro a dirimir a favor de una de las dos proposiciones de las partes afectaba la independencia del juez y que, incluso, tal situación no sería una verdadera contienda jurisdiccional.

2. Sustracción de materias del conocimiento y fallo de los tribunales ordinarios.

Manifestó que los tribunales que forman parte del Poder Judicial son los primeros llamados a resolver las controversias entre partes y que el establecimiento de tribunales especiales a los que, como en este caso, debe ineludiblemente acudir, debilitan la jurisdicción de manera inaceptable.

3. Orden público y principio de legalidad.

Por último, consideró que las materias del proyecto poseían “cierto sentido de orden público”, en atención a la eventual afectación de intereses de terceros. Por lo anterior, estimó que no resultaba legítimo que el asunto lo resolvieran árbitros arbitradores, por la afectación del principio de legalidad que ello implicaría y que, en consecuencia, los conflictos debiesen ser resueltos de acuerdo al derecho positivo.

**Sexto.** Que, el artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales contiene un listado de asuntos que deben resolverse mediante árbitros, estableciendo del numeral 1) al 4) materias específicas y en el numeral 5) dispone que las leyes podrán determinar otras materias que deberán quedar sujetas a resolución arbitral.

En relación con lo anterior, el artículo 228 del mismo código dispone que, salvo respecto de dichos asuntos, *“nadie puede ser obligado a someter al juicio de árbitros una contienda judicial”*.

El arbitraje descrito en el párrafo anterior ha sido denominado por la doctrina como “arbitraje forzoso” y ha sido caracterizado como aquél en que *“[...] la ley impone el arbitraje como mecanismo de solución de conflictos, restringiendo la voluntad de las partes a la designación del árbitro [...]”*.



El arbitraje que propone el proyecto en comento constituye, precisamente, un arbitraje forzoso, en atención que el inciso 5° del artículo 26 bis dispone que ante cualquier “[...] *desacuerdo entre las partes en el proceso de negociación, implementación o ejecución del contrato, [...] las controversias que se susciten serán resueltas por un árbitro arbitrador*”.

Al respecto, se debe tener presente que la institución del arbitraje forzoso ha sido fuertemente criticada en atención a que afecta la autonomía de la voluntad, la cual es el pilar del sistema de arbitraje, en el cual las partes son libres para decidir tanto si entregan el conocimiento de su conflicto a un árbitro como a la persona misma que ejercerá el cargo. Asimismo, se critica que la institución priva a los sujetos de derecho de la posibilidad de acceder al sistema de justicia que el Estado debe proveer en forma gratuita y con ello se vulnera el derecho de igualdad ante la ley, lo cual constituye una infracción a la Constitución Política de la República.

Por otro lado, con ocasión de la tramitación del proyecto de ley sobre “Jueces árbitros y el procedimiento arbitral” (Boletín N° 857-07), la Corte Suprema señaló que resultaban aplicables las mismas observaciones realizadas al proyecto de ley sobre “Reforma al sistema de administración de justicia” (Boletín N° 331-07), por no existir cambios sustanciales entre ambas propuestas.

En síntesis y en lo relativo al arbitraje, el máximo tribunal expresó que: (i) debe primar la intervención de los órganos jurisdiccionales establecidos en la ley por sobre los jueces árbitros; (ii) la Constitución, en el numeral 3° de su artículo 19, consagra el principio de rango constitucional de igual acceso a la justicia, el cual es vulnerado por la necesidad de pagar honorarios al juez árbitro “porque no todos los chilenos estarán en este aspecto en igualdad ante la ley, rompiéndose de esta manera algunos de los principios formativos del proceso”; (iii) es un derecho de todo ciudadano el poder acudir a los tribunales ordinarios para la solución de sus conflictos; y (iv) la gratuidad de la administración de justicia es un principio básico del ordenamiento procesal.

**Séptimo.** Que, por otro lado, en relación con las facultades del árbitro que deberá resolver el conflicto, el inciso 5° del artículo 26 bis señala que la resolución de aquél será de conocimiento de un árbitro arbitrador.



Al respecto, el inciso 1° del artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales señala que los árbitros pueden ser nombrados en calidad de árbitro de derecho, o de árbitro arbitrador o amigable componedor.

La diferencia entre árbitro de derecho y árbitro arbitrador se encuentra regulada en los incisos 2° y 3° del artículo recién citado: mientras que los primeros tramitan y resuelven de acuerdo a la ley, los segundos resuelven de acuerdo a su prudencia y equidad y tramitan según las reglas que les hayan expreso las partes en el compromiso o, a falta de estas, las establecidas en el Código de Procedimiento Civil. Una tercera categoría de árbitro, se puede encontrar en el inciso 4° del artículo 223, el cual señala que “[...] *en los casos en que la ley lo permita, podrán concederse al árbitro de derecho facultades de arbitrador, en cuanto al procedimiento, y limitarse al pronunciamiento de la sentencia definitiva la aplicación estricta de la ley*”, también denominados árbitros mixtos.

Sobre lo anterior, se debe tener presente que si bien el proyecto utiliza la expresión “*árbitro arbitrador*”, lo cual llevaría a entender que el juez deberá fallar de acuerdo a lo que su prudencia y equidad le dicten, lo cierto es que la parte final del inciso 5° propuesto le ordena que deberá “[...] *resolver la controversia considerando las disposiciones y principios contenidos en la presente ley y en la restante normativa de telecomunicaciones dictada a su amparo [...]*”.

El sentido de la expresión “arbitrador” unida a la orden de resolver la controversia “considerando” cuerpos normativos, lleva ineludiblemente a dudar acerca de la verdadera naturaleza del arbitraje propuesto.

En efecto, es la propia ley la que establece que el árbitro “arbitrador” no resuelve –aunque podría– conforme a derecho, por lo que otorgarle dicha calidad para luego obligarlo a fallar “considerando” derecho positivo parece al menos contradictorio.

Lo anterior nos lleva a la duda acerca de si la propuesta se refiere propiamente a un árbitro arbitrador, pero que de alguna forma debe considerar el derecho sin estar sujeto a éste o, derechamente, se trata de un árbitro mixto y la expresión “arbitrador” resulta sólo una aplicación del inciso 4° del artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales que, como ya vimos, obliga al árbitro a fallar conforme a derecho, pero le permite tramitar como arbitrador.



La dificultad interpretativa arriba indicada debiese ser resuelta, pues la confusión tendrá implicancias en varios niveles. Por ejemplo, si se considera que se trata propiamente de un amigable componedor, no procederá en contra de su sentencia recurso de apelación y recurso de casación en el fondo. Además, cabe destacar que la gran parte de la futura regulación se encontrará contenida en el reglamento que se deberá dictar para la aplicación del artículo 26 bis –que por lo demás tendrá por finalidad proteger aspectos tan relevantes como la equidad de las partes contratantes-, la cual finalmente el juez podría obviar, dado su carácter de arbitrador.

Asimismo, se debe tener presente que el proyecto en comento incidirá en el uso que se podrá hacer del espectro radioeléctrico y en el acceso a servicios de telefonía móvil y servicios de transmisión de datos móviles. En relación con lo anterior el inciso 2° y del artículo 2° de la Ley N° 18.168 disponen que “[...] todos los habitantes de la República tendrán libre e igualitario acceso a las telecomunicaciones”, mientras que el inciso 3° declara al espectro radioeléctrico como bien nacional, cuyo dominio pertenece a la Nación toda.

**Octavo.** Que, en consecuencia, las consideraciones manifestadas por esta Corte Suprema respecto del Boletín N° 8366-15, resultan aplicables a la materia en comento, en atención a que efectivamente existe un interés público comprometido según se desprende de lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley N° 18.168 y, por ello, resultaría recomendable que el juez que conozca del asunto resuelva de acuerdo a derecho, con el fin de velar por el principio de legalidad.

#### **A. Reglas aplicables a las fases de decisión y ejecución**

El inciso 6° del artículo 26° bis ordena al árbitro resolver en favor de una de las proposiciones de las partes y lo faculta para establecer condiciones para ejecutar su fallo, cuestiones que merecen las siguientes observaciones.

##### **a) Sobre la necesidad de resolver favorablemente a favor de una de las proposiciones de las partes.**

En este punto, cabe tener en cuenta que se presenta una situación similar a aquella ya relatada a propósito de la reseña de la opinión de esta Corte Suprema sobre el Boletín N° 8366-15, ya que tanto en este último como en la iniciativa objeto del presente informe se pretende que el árbitro se limite a optar por alguna de las proposiciones de las partes, sin que se le permita rechazar





ambas o acogerlas parcialmente, lo que afectaría la independencia del juez llamado a resolver el conflicto.

b) Sobre la expresión “condiciones para ejecutar su fallo”

Sobre la expresión “*establecer condiciones para ejecutar su fallo*”, no existe claridad sobre su alcance, lo cual resulta de especial importancia en atención a que es una facultad que se le otorga al árbitro y que incidirá en la forma en que se resolverá el conflicto.

El proyecto no contiene información que permita aclarar qué se debe entender por “condiciones”, lo cual resulta necesario para determinar qué podrá, en concreto, ordenar el árbitro.

Así, cabe la duda de si el proyecto permitiría al árbitro establecer hechos futuros e inciertos del cual dependerá si el fallo se ejecuta o no, caso en el cual no estará resolviendo el conflicto plenamente, o si se refiere a que dicho juez podrá alterar el contenido de la proposición que sea acogida.

**B. Plazo para resolver el asunto**

El plazo máximo que se otorga al árbitro para resolver el asunto es de tres meses, prorrogables en forma justificada y única por tres meses adicionales.

Sobre dicha regla se pueden realizar dos observaciones.

1. La primera consiste en que no se establece el momento desde el cual se deben computar los tres meses iniciales, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el inciso 3° del artículo 235 del Código Orgánico de Tribunales, el cual precisa que el plazo con el que cuenta el árbitro para evacuar su encargo se computa desde la aceptación de éste.
2. La segunda observación consiste en que el plazo que se propone es considerablemente menor al plazo legal supletorio de dos años.

De la expresión “deberá resolver en” utilizada por el proyecto, parece desprenderse que las partes no podrán acordar un tiempo mayor, tanto para el plazo inicial de tres meses como para la prórroga de tres meses adicionales, lo que podría tener incidencia en la calidad de la decisión, pues ésta podría verse reducida por la falta de tiempo necesario para resolver en forma adecuada materias que, presumiblemente, serán de carácter técnico, considerando que en dicho lapso de tiempo se deberá producir la discusión, la prueba y la resolución.



Por lo demás, la naturaleza voluntaria del arbitraje demanda reconocer siempre que son las partes en conflicto las mejor llamadas a definir las cuestiones de orden procesal; de ningún modo es recomendable desconocer la posibilidad que ellas adapten el procedimiento al conflicto, sobre todo en un caso de arbitraje forzoso.

### **C. Sobre las comisiones técnicas**

La última parte del inciso sexto abre la posibilidad a que el Reglamento pueda establecer la existencia de “comisiones técnicas integradas por representantes de ambas partes”, con el fin que a través de estas las partes revuelvan en forma previa al arbitraje y de mutuo acuerdo sus diferencias, todo lo cual no incide en la organización o atribuciones de los tribunales.

### **D. Acerca de la entrada en vigencia de la ley**

Un último punto que no se puede soslayar, dice relación con la época de entrada en vigencia de la ley.

El artículo transitorio del proyecto reza:

*“Las obligaciones contempladas en la presente ley empezarán a regir una vez que entre en vigor el reglamento a que se refiere el artículo 26° bis de la ley N° 18.168, el que será dictado en el plazo de ciento veinte días contado desde la publicación de la presente ley.”*

Nótese que aquello que se pospone desde la publicación de la ley, no son sus preceptos o contenido normativo, sino más bien “las obligaciones” que contempla.

En otros términos, la ley entrará en vigencia con su publicación, pero habrá algo distinto que penderá de una condición posterior (las obligaciones de la ley), sin que, entonces, los operadores puedan figurarse con algún grado de precisión qué es lo que regirá desde la publicación de la ley o del reglamento. Por consiguiente, se sugiere aclarar el tenor del artículo transitorio.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 18 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se acuerda informar **en los términos precedentemente expuestos** el proyecto de ley que “Establece roaming automático nacional” (Boletines N° 12.558-15 y 12.828-15).



Ofíciese.

PL 49-2019”

Saluda atentamente a V.S.

