

Trabajo recibido el 23 de septiembre de 2019 y aprobado el 2 de octubre de 2019.

Sobre los efectos de las decisiones de la Corte Suprema en asuntos jurisdiccionales con objeto conexo

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE FECHA 15 DE SEPTIEMBRE DE 2018, DICTADA EN AUTOS ROL N° 73923-2016, EN RECLAMACIÓN INTERPUESTA POR CONADECUS EN CONTRA DE LA SENTENCIA DICTADA POR EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CAUSA CONTENCIOSA SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES EN EL ESPECTRO RADIOLÉCTRICO (CONCURSO 4G)

SOPHÍA ROMERO RODRÍGUEZ*

Introducción

El objeto del proceso es una categoría dogmática que ha empezado a ser utilizada por la doctrina nacional para reflejar diversos fenómenos que se generan en el proceso jurisdiccional, si bien su traslado hacia la jurisprudencia y los operadores del sistema ha sido marginal, aunque no es completamente ajena a nuestra legislación¹.

Si hacemos uso de ella, es posible relacionar distintos actos procesales, del juez y de las partes, o sus efectos, a saber: la pretensión, la acumulación de autos, la litispendencia, la cosa juzgada –positiva y negativa–.

Algunos de estos institutos procesales están vinculados con la sentencia que se comenta, los que se unen en el contexto de la discusión entre la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios (en adelante, Conadecus) y las empresas de telefonía móvil, por el denominado caso “espectro radioléctrico”. Digo “caso”, porque este conflicto entre la asociación de consumidores y las empresas de telefonía data de hace más de diez años, en el cual se han dictado varias sentencias, tanto por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en

* Doctora en Derecho y magíster en Derecho Público por la U. de los Andes. Licenciada en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica del Norte. Profesora de Derecho Procesal de la U. Adolfo Ibáñez. Miembro de la Red Chilena de Investigadores en Derecho Procesal. Dirección postal: Avda. Padre Hurtado N° 750, Viña del Mar, Chile. Dirección electrónica: sophia.romero@uai.cl

¹ En la doctrina, es posible advertir el uso de esta categoría en ROMERO (2002), pp. 68-71; RIVERO (2016), pp. 2-4.

adelante, TDLC) como por la Corte Suprema, utilizando para los fines de este comentario dos de ellas, conforme se pasa a explicar.

Cabe señalar que, dado el enfoque procesal de este comentario, las cuestiones que se comentan suponen presupuestos del fallo, y no constituyen el derecho sustantivo aplicado.

1. Resumen de los hechos de la causa

De la mano del uso del concepto de objeto del proceso, esta causa no se contiene exclusivamente en el juicio en el que se dicta la sentencia que comentamos. Ello, porque precisamente esta categoría es una que permite relacionar lo que se pide concretamente en un juicio con los fundamentos que la esgrimen, y otras potenciales pretensiones que se pueden fundamentar en los mismos enunciados de hecho u otros relacionados. Bajo este supuesto, los hechos pueden estar referidos a los mismos sujetos, o sólo a algunos de ellos, además de justificar peticiones conexas, sucesivas, alternativas².

Bajo esta consideración, “causa” debe entenderse como aquella situación acaecida en el mundo real que justifica el inicio de uno o más procesos judiciales, que pueden tramitarse conjunta o separadamente, sea de forma coetánea o separada por un lapso. Así, los enjuiciamientos previos en una misma causa pueden provocar efectos excluyentes o prejudiciales, sea prohibiendo el nuevo juicio o considerándose lo fallado previamente como antecedente lógico de la sentencia dictada en el juicio tramitado con posterioridad³.

De esta forma, la sentencia que se comenta se vincula con la dictada por la propia Corte Suprema, en el año 2009, en causa rol N° 4727-2008, en donde nuestro máximo tribunal conoció de una reclamación interpuesta en contra de una sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la que es considerada como un supuesto de la presente decisión, considerándose la eficacia prejudicial del fallo dictado con anterioridad, si bien la sentencia que comentamos omite referirse expresamente a esta categoría procesal, sin perjuicio de lo que diremos en un apartado posterior.

Con el objeto de contextualizar, cabe señalar que la sentencia de la Corte Suprema del año 2009 se dictó fallando un reclamo interpuesto en contra de una resolución del TDLC dictada en un procedimiento de carácter consultivo iniciado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones (en adelante, Subtel), conforme lo autoriza el art. 18, N° 2, del Decreto Ley N° 211.

² Sobre estas categorías, véase ROMERO (2000), pp. 73-123.

³ ROMERO (2012), pp. 257-260.

Así, la Corte Suprema conoció en última instancia de un procedimiento de naturaleza consultiva, en que se discutió si era procedente que participaran empresas concesionarias de telefonía móvil –en aquella época, Claro, Movistar y Entel– en un concurso público de espectro radioeléctrico para telefonía móvil digital (3G) y, en caso positivo, bajo qué condiciones, de modo tal de no afectar la competencia en el mercado.

La resolución de instancia estimó que la Subtel no podía limitar de ninguna forma el acceso de las empresas de telefonía al concurso, por constituir ello una barrera ilegítima a la luz de la Constitución y la libertad de realizar cualquier actividad económica conforme el art. 19, N° 23, sin perjuicio de otras consideraciones, a las que no cabe aquí aludir.

Revirtiendo dicha decisión, la Corte Suprema estimó que las empresas sí podían participar; sin embargo, el espacio en el espectro radioeléctrico que podían utilizar era de un máximo de 60 MHz –porque la homogeneidad en la tenencia entre los diversos oferentes del mercado supone una condición mínima para la libre competencia–, cantidad con la cual éstas empresas ya contaban, por lo que si pretendían acceder a nuevas parcialidades del espectro, debían desprenderse de tales concesiones para poder participar en el concurso respecto del cual se hacía la consulta.

Afinado dicho procedimiento judicial, la Subtel inició un procedimiento de licitación para el concurso 4G –distinto respecto del que se había efectuado la consulta en donde la Corte Suprema había resuelto en 2009–. En este procedimiento, las mismas empresas se adjudicaron parte del espectro licitado, aumentando así su participación en el espacio disponible sobre los 60 MHz fijados en la sentencia dictada por la Corte Suprema en relación con el concurso 3G.

Bajo ese supuesto, la Conadecus –en el año 2012– presentó una demanda ante el TDLC en contra de las empresas referidas, para que se les aplicara una multa por infracción a la libre competencia, por contar con un porcentaje superior a los 60 MHz dentro del espectro radioeléctrico, limitación impuesta por la sentencia de la Corte Suprema de 2009, y que se las condenara a enajenar el porcentaje del espectro radioeléctrico con el que cuentan, hasta alcanzar el máximo antedicho.

La sentencia del TDLC rechazó la demanda, la que fue reclamada por la demandante ante la Corte Suprema, sentencia esta última que se analiza en este comentario.

Lo primero que cabe comentar en la sentencia objeto de este trabajo es la utilización del pronunciamiento del año 2009 que efectúa la misma Corte Suprema en el contexto de la reclamación iniciada por la Subtel y que se utiliza como argumento principal.

A propósito de esta cuestión, se abordan dos cuestiones: la naturaleza de la actividad desplegada por la Corte Suprema en el contexto del pronunciamiento del año 2009 y, como consecuencia de tal naturaleza, la posibilidad de traer como argumento en la sentencia que comentamos en esta oportunidad lo resuelto en aquel pronunciamiento.

2. Sobre la naturaleza de la reclamación ante la Corte Suprema respecto de la resolución dictada por el TDLC en el ejercicio de su potestad consultiva

La sentencia que se comenta hizo extensible lo resuelto por la misma Corte Suprema en el año 2009. Si se leen las alegaciones de las demandadas –transcritas en la sentencia en la parte expositiva del fallo, punto I, bajo el título “defensas”–, en todos los casos se señaló, más o menos invariablemente, que la sentencia dictada por la Corte Suprema en el año 2009 sólo producía eficacia relativa, considerando lo previsto en el art. 3º del Código Civil. El mismo argumento para desechar la petición de la demandante en el grado inferior utilizó el TDLC.

En este sentido, considero que resulta pertinente analizar en qué contexto se dictó aquella resolución, que se trae a colación en el fallo en comento. Lo fue en el ejercicio de las potestades consultivas que tiene el TDLC conforme el numeral 2 del art. 18, con relación al art. 31 inciso final, ambos del Decreto Ley Nº 211/1973, conforme su texto actual.

La primera disposición señala que el TDLC tendrá como competencia “Conocer (...) los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos”. Por su lado, el art. 31 inciso final del mismo decreto ley establece que el ejercicio de tal potestad estará sujeto a revisión mediante reclamación ante la Corte Suprema, instrumento que se establece genéricamente como medio de revisión judicial de las resoluciones dictadas por el TDLC, sea en el ejercicio de esta clase de potestades o de las propiamente jurisdiccionales.

En este sentido, tanto la Corte Suprema como la doctrina que es posible encontrar en esta materia está conteste en el hecho de que, en ambos casos, nuestro máximo tribunal ejerce función jurisdiccional⁴. En el caso de conocer de reclamaciones en contra de resoluciones dictadas en el ámbito de las competencias consultivas del tribunal inferior, la Corte Suprema conocería de un contencioso-administrativo en única instancia; en cambio, cuando conoce de la reclamación en contra de una sentencia definitiva dictada por el TDLC en

⁴ Haciendo un análisis jurisprudencial y planteando su opinión, véase FUCHS (2017), pp. 591-596.

un procedimiento contencioso, ésta conocería de un recurso que supone un nuevo grado jurisdiccional seguido del anterior del TDLC⁵.

Si esto es cierto, cualquier sentencia dictada por la Corte Suprema en estos contenciosos administrativos especiales produce eficacia de cosa juzgada, por lo que la aplicación de la sentencia del año 2009 en el pronunciamiento que se comenta sería correcta, aunque no se expresen argumentos técnicos para tal aserto en el fallo⁶.

3. Naturaleza de las competencias consultivas del TDLC

Sin embargo, cabe señalar que la resolución de la Corte Suprema podría tener una naturaleza diferente; ello, en atención al tipo de actividad que ejerce el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y que justificó la decisión del año 2009.

Para poder explicar esta idea, se debe retroceder hasta el origen de las potestades consultivas del TDLC, debiendo fijar nuestra atención en la reforma legal que experimentó en el año 1994 el Decreto Ley N° 211/1973, mediante la Ley N° 19.911, que creó este órgano judicial especial fuera del Poder Judicial.

Si se lee el mensaje enviado al Senado con el proyecto de ley, estas potestades eran de naturaleza administrativa y estaban radicadas originalmente en las comisiones preventivas establecidas en el texto original de la normativa de libre competencia. Se consideró necesaria la eliminación de estas comisiones a través de esta reforma legal, con el objeto de aumentar la predictibilidad, traspasando al nuevo órgano judicial la función de consulta, asegurando una mayor consistencia de pronunciamientos tanto en el ámbito administrativo como jurisdiccional.

Las comisiones preventivas (central y regionales) tenían atribuida esta potestad consultiva, la que permitía a los agentes del mercado y a las autoridades sectoriales solicitar la opinión de dichos órganos, para conocer si una actuación, actual o eventual, atentaba o no contra la libre competencia⁷.

El otorgamiento de este tipo de competencias regulatorias a órganos de la Administración se enlaza con una estructura del derecho distinta del modelo tradicional, en donde la legislación se considera insuficiente debido a la complejidad de los problemas derivados de la actividad de los administrados, lo

⁵ Si bien no es objeto de este trabajo, cabe precisar cuál es la naturaleza de la reclamación en este último caso. Para una opinión en la doctrina, véase FUCHS (2017), pp. 593-596.

⁶ Véanse los considerandos 15° y 16° del fallo comentado.

⁷ FUENZALIDA y VALDERRAMA (2004), p. 182; señalando que esta potestad consultiva tenía una naturaleza normativa “cercana a la jurisdiccional”, véase SIERRA (2008), p. 59.

que se hace patente a mediados del siglo XX. Dado que las normas legales no constituyen instrumentos adecuados para la solución de estos problemas, éstas se construyen con amplios márgenes de discrecionalidad para que la administración establezca parámetros de actuación, considerando inclusive los aspectos técnicos de la actividad⁸.

Bajo el modelo original del Decreto Ley N° 211, las competencias consultivas y las jurisdiccionales siempre estuvieron separadas, circunstancia que cambia tras la creación del TDLC en 2003, cuando se le atribuyen estas competencias regulatorias –administrativas– al órgano llamado a ejercer actividad jurisdiccional.

En contra de esta propuesta, en el contexto del segundo trámite parlamentario en la Cámara de Diputados, constan en el informe de las comisiones unidas (Constitución, Legislación y Reglamento, Economía, Fomento y Reconstrucción) las intervenciones de los profesores Jorge Streeter y Domingo Valdés. Ambos plantearon que resultaba inapropiada la mezcla de estas atribuciones, debiendo existir separadamente un órgano, el tribunal, que resuelva conflictos entre partes y una policía administrativa que investigue las eventuales infracciones y que responda las consultas sobre la interpretación de la ley y su aplicación en situaciones específicas⁹.

Así, el elemento histórico en la interpretación de la ley permite establecer que esta actividad es de naturaleza administrativa; sin embargo, el decreto ley las denomina “no contenciosas”, tomando el nombre de las previstas en el Libro IV del CPC en el ámbito de la actividad administrativa ejercida por los tribunales de justicia¹⁰.

Si se revisa la doctrina procesal que pretende explicar la naturaleza de esta actividad, se ha aludido como primer antecedente al proceso formulario romano, en donde –en algunos casos– la intervención del magistrado está prevista para autenticar o formalizar determinadas actuaciones de partes, sin contienda, en el contexto negocial, o para conceder autorizaciones previa comprobación de

⁸ TAPIA y CORDERO (2015), pp. 19-21.

⁹ Del mismo modo, Tomás Menchaca manifestó, conforme este mismo documento, aunque con matices respecto de la posición de Prieto y Streeter, mantener la Comisión Preventiva central con sus atribuciones consultivas, estableciendo al TDLC como órgano de segunda instancia, y un control de legalidad o casación de parte de la Corte Suprema. Incluso, ya siendo una realidad y analizando los efectos que los procesos de consulta han tenido en materia de fusiones, se ha planteado eventualmente establecer un sistema de consulta obligatoria, bajo ciertas condiciones, pero que esté radicado de forma exclusiva en la Fiscalía Nacional Económica bajo control del TDLC cuando existan riesgos relevantes de afectación de la libre competencia identificados por la Fiscalía. Véase NEHME y MORDOJ (2012), p. 91.

¹⁰ Cabe mencionar que el proyecto original y luego del primer trámite constitucional, no señalaba expresamente la naturaleza de estas cuestiones. Si se examina el oficio remitido por el Senado a la Cámara de Diputados (para el segundo trámite constitucional), el texto del art. 17 C, N° 2, a propósito de las potestades consultivas del TDLC, no las califica como “no contenciosas”.

la legalidad de lo que se pretendía¹¹. Así, la intervención del órgano judicial en estas materias es la persecución de fines constitutivos o la creación de situaciones jurídicas nuevas¹².

Si se analiza sustantivamente la actividad voluntaria de los tribunales, siguiendo a Calamandrei, ésta es de carácter administrativo al contribuir el Estado mediante su ejercicio al cumplimiento de los fines privados¹³. En este sentido, la Corte Suprema ha definido la potestad consultiva como una que “(...) cumple una función preventiva en cuanto precaver que un determinado hecho, acto o convención pueda atentar contra la libre competencia si se llegara a materializar”¹⁴.

La definición de asuntos voluntarios que ha elaborado la doctrina procesal se ajusta a la definición de la actividad realizada por el TDLC, ya que los particulares acuden a solicitar directrices y la opinión de un órgano técnico –y que potencialmente luego deberá enjuiciar las conductas que se efectúen dentro de tal mercado– antes de ejecutar determinada actividad o durante su ejecución.

De este modo, es posible negarle eficacia de cosa juzgada a la decisión dictada por el TDLC en este ámbito. Se ha señalado, por ejemplo, que, variando las circunstancias, la resolución consultiva podría verse alterada, cuestión que no podría ocurrir respecto de un pronunciamiento dictado en el contexto del ejercicio de una potestad jurisdiccional¹⁵. Del mismo modo, se ha dicho que las decisiones de las comisiones preventivas no constituían antecedente vinculante para la comisión resolutive, lo que avalaría el carácter administrativo de la actividad emanada tal órgano, antecedente de la actual potestad consultiva del TDLC¹⁶.

Si bien estoy de acuerdo en que la actividad administrativa no produce cosa juzgada, las razones que se han esgrimido para justificar tal aserto no resultan correctas desde mi perspectiva. El cambio en las circunstancias de hecho en el ámbito jurisdiccional sí permite alterar lo resuelto; ello, porque el cambio en el sustrato fáctico de la demanda supone un cambio en la causa de pedir, por lo que es posible asumir que no hay identidad de la acción original y, por tanto,

¹¹ FERNÁNDEZ (2015), pp. 17 y 20.

¹² PEREIRA (1954), p. 191.

¹³ Lo que llama administración pública del derecho privado comprende todas aquellas actividades con las cuales, en formas múltiples y a través de órganos variados, el Estado interviene para integrar la actividad de los particulares dirigida a la satisfacción de sus intereses mediante el desarrollo de las relaciones jurídicas. CALAMANDREI (1996), p. 192.

¹⁴ Corte Suprema, rol N° 4797- 2008, 27 de enero de 2009, considerando 3°.

¹⁵ FUENZALIDA y VALDERRAMA (2004), p. 188.

¹⁶ FUENZALIDA y VALDERRAMA (2004), pp. 193-194.

el segundo juicio no se excluye en virtud de la sentencia judicial anterior. Esta cuestión se reconoce en nuestro medio a través del concepto de cosa juzgada formal en las causas de alimentos por rebaja, cese o aumento de una pensión ya decretada.

Del mismo modo, en el ámbito administrativo el cambio de circunstancias también permite alterar lo resuelto, ya que, en este caso, los efectos del acto son generales. Si se trata de situaciones que afecten los intereses de particulares, debiera aplicarse lo dispuesto en el art. 53 de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos, N° 19.880, a propósito de la potestad invalidatoria, o incluso lo previsto en el art. 821 del Código de Procedimiento Civil en materia de asuntos voluntarios.

En el ámbito del ejercicio de la actividad jurisdiccional, en un trabajo clásico sobre este tema, Berzosa plantea que el factor tiempo tiene una gran relevancia en la determinación de los aspectos fácticos de la pretensión, dado que permite individualizar la causa de pedir y diferenciarla de cualquier otra con elementos de hecho idénticos¹⁷.

4. Naturaleza de la actividad de la Corte Suprema conociendo de reclamaciones en contra de decisiones consultivas dictadas por el TDLC

Siendo pacíficas las razones por las que la actividad consultiva del TDLC es administrativa, entiendo que tal claridad conceptual no es la misma respecto de la actividad que ejercita la Corte Suprema conociendo de la reclamación en contra del acto que emana de aquella función.

En otras palabras, la pregunta que me hago en este punto es la siguiente: ¿cabe alterar la naturaleza de la actividad administrativa en sede de reclamación sólo porque la Corte Suprema es un órgano judicial ordinario? Añado una segunda pregunta: ¿siempre que la Corte Suprema conoce de la reclamación de una actividad administrativa está conociendo de un contencioso-administrativo, ejerciendo jurisdicción?

Se ha dicho, y con razón en mi entender, que la actividad de la Corte Suprema cuando falla en una reclamación sobre una consulta efectuada ante el TDLC, está efectuando una actividad de igual naturaleza y extensión al órgano anterior¹⁸.

Dado que esta afirmación supondría una investigación mucho más profunda, que excede los márgenes de este comentario, me parece que se pueden esbozar dos ideas que tras una reflexión más acabada pueden dar luces sobre si la sentencia que se comenta efectivamente se encuentra ajustada a derecho

¹⁷ BERZOSA (1984), p. 44.

¹⁸ NEHME y MORDOJ (2012), p. 108.

cuando aplica una declaración contenida en la dictada en 2009, que tiene una naturaleza administrativa según lo que entiendo.

La primera cuestión que cabe mencionar es que las reglas de asuntos no contenciosos previstas en el libro IV del CPC se aplican de forma supletoria a otros procedimientos de esta naturaleza, por lo que, en primer lugar, habrá de estarse a lo regulado en el propio Decreto Ley N° 211 sobre las competencias no contenciosas del TDLC¹⁹.

Así, esta última normativa, en su art. 31, establece que cabe la reclamación ante la Corte Suprema respecto de las resoluciones consultivas dictadas por el TDLC, pero en ninguna disposición señala que ello constituye un contencioso administrativo (o ejercicio de jurisdicción por parte de la Corte Suprema).

Por otro lado, la propia sentencia señala en el considerando 16° que, si la Subtel pretendía generar una alteración en el límite establecido por la Corte Suprema en la sentencia de 2009, debió iniciar un procedimiento consultivo. ¿No resulta extraño, en principio, que una resolución administrativa pueda dejar sin efecto una de carácter jurisdiccional?

Entiendo que la comprensión jurisdiccional de la actividad que despliega la Corte Suprema en sede de reclamación emana del nombre que se le concede al instrumento que se utiliza para que aquélla conozca; sin embargo, esta palabra se utiliza en general –de la misma manera que el concepto de recurso– para graficar la posibilidad de impugnar la decisión, sea por la vía administrativa o por la vía jurisdiccional²⁰.

A falta de disposición en el decreto ley, la única forma en que un procedimiento administrativo tramitado ante un tribunal de justicia se transforme en contencioso –jurisdiccional, mejor dicho– es que exista la figura de un “legítimo contradictor”, según lo prevé el art. 823 del CPC.

Una segunda cuestión dice relación con que la doctrina procesal clásica italiana y la española más reciente han caracterizado funcionalmente la actividad jurisdiccional bajo tres supuestos para diferenciarla de la actividad administrativa, a saber: actividad a petición de parte o fruto del ejercicio de una pretensión; actuación del órgano con desinterés objetivo, y actuación del órgano con carácter irrevocable²¹.

¹⁹ ROMERO (2017), pp. 119-121.

²⁰ Por ejemplo, en el art. 54 de la Ley N° 19.880 se utiliza el concepto de reclamación como mecanismo de impugnación en sede administrativa y el de acción como instrumento para impetrar la actividad jurisdiccional. Para una explicación del uso indistinto de estos conceptos en la doctrina, véase BOCKSANG (2017), p. 537.

²¹ Véase CALAMANDREI (1996), Vol. I, pp. 188-191; MONTERO *et al.* (2013), pp. 96-124; DE LA OLIVA *et al.* (2004), pp. 25-28.

De este modo, sostengo que al menos dos de estas condiciones no se cumplen cuando la Corte Suprema conoce de esta “reclamación”, que no es más que una impugnación administrativa de una actividad de igual naturaleza. Respecto de la primera característica, la consulta no constituye ejercicio de pretensión en el sentido de la petición fundada sobre una concreta declaración respecto de una situación a la que el juez debe determinar eficacia jurídica, sino un pedimento en donde no hay partes propiamente, sino interesados que potencialmente, si se concreta la actividad respecto de la cual se consulta, podrán iniciar los procedimientos contenciosos que sean necesarios, en donde sí está prevista actividad jurisdiccional por parte del TDLC y de la Corte Suprema.

Esta comprensión me llama poderosamente la atención. Si bien entiendo que es posible que un órgano judicial ejerza actividad administrativa como lo hace en este caso el TDLC, lo cierto es que, si dicha actuación es objeto de control mediante un recurso, eso no significa que la actividad ejercida en sede de revisión –en este caso por la Corte Suprema– no siga siendo administrativa.

Más allá del nombre con que la ley califique el recurso que procede respecto de la actividad consultiva del TDLC, lo cierto es que éste es tan amplio como el que procede en los asuntos voluntarios previstos en el Libro IV del CPC respecto de las resoluciones dictadas por tribunales ordinarios en asuntos voluntarios, por lo que no se entiende que dicha actividad cambie de naturaleza, cuando incluso quien reclamó es precisamente el mismo solicitante (la Subtel) y terceros que esgrimían igual interés, en donde no había formalmente oposición.

Precisado lo anterior, la pregunta que cabe es si la resolución administrativa de la Corte Suprema de 2009 tiene carácter prejudicial en la sentencia dictada en 2018.

5. Sobre la eficacia de la decisión de 2009 en el fallo comentado

La doctrina plantea que las resoluciones administrativas no producen eficacia negativa de cosa juzgada; ello, porque esta clase de decisiones siempre pueden ser objeto de control jurisdiccional²². Esto quiere decir que la aplicación de las normas jurídicas que efectúen los órganos administrativos siempre queda sujeta a la determinación que los tribunales puedan efectuar si se promueve el control de la misma por algún sujeto afectado por ella.

Sin embargo, se ha sostenido que sí cabría la aplicación de la categoría de la prejudicialidad administrativa en sede jurisdiccional, o función positiva de cosa juzgada, justificado en la complejidad actual de la administración estatal y la

²² Lo que denomina principio de control jurisdiccional de las potestades administrativas, por su ejercicio o la omisión de la función, cuando jurídicamente ello sea procedente. ROJAS (2014), p. 48.

atribución de múltiples potestades a estos órganos, cuestión que se extiende a los posibles conflictos de interés que pueden ser competencia de los tribunales de justicia²³. Así, la decisión administrativa contribuiría en la determinación del objeto del proceso suscitado en sede jurisdiccional²⁴.

Esta función de la cosa juzgada ya ha sido explicada como relevante por la doctrina administrativista en el contexto de los procesos contencioso-administrativos²⁵. Sin embargo, se ha reiterado la impertinencia de aplicarla a aquellos casos en que la actividad efectuada por el órgano judicial supone un control jurisdiccional de la actividad administrativa; así, no cabría aplicarla en este caso, considerando que la actividad desplegada por la Corte Suprema en 2009 sería jurisdiccional²⁶.

Teniendo esta explicación presente, cabe analizar el último argumento del fallo que motiva este comentario: la extensión y efectos de las decisiones administrativas dictadas en el ámbito de la libre competencia, en la actividad jurisdiccional posterior.

En el considerando 15° de la sentencia es donde se desecha el argumento elaborado por el TDLC para rechazar la demanda de la actora, señalando que las determinaciones de la sentencia de 2009, al estar destinadas a modelar la conducta de los distintos actores del mercado, no pueden estar restringidas conforme el art. 3° del Código Civil, sino que están llamadas a tener vigencia en el tiempo y en el mercado específico al que se refieren, siempre que no sean alteradas por una de decisión de igual naturaleza.

Entiendo que el argumento es contradictorio, ya que, si no se atribuye eficacia relativa al fallo, sino que un efecto general, se debió haber esgrimido alguna categoría jurídica que permitiera extender tales efectos incluso a sujetos que no participaron como partes en ese proceso (incluida la Subtel, conforme los considerandos 16° y 17° de la sentencia comentada).

En la doctrina, se han elaborado las categorías de la eficacia *erga omnes* (como por ejemplo la que altera el estado civil de una persona por su carácter constitutivo) y la de *ultra partes* o denominada eficacia refleja de la sentencia en tanto hecho y no acto jurídico²⁷. Sin embargo, pareciera ser que la Corte Suprema implícitamente niega hacer estas declaraciones, porque entiende que respecto

²³ ROMERO (2014), pp. 378-379.

²⁴ ROMERO (2014), p. 379.

²⁵ FERRADA (2013), p. 229.

²⁶ ROMERO (2014), p. 382.

²⁷ Se ha señalado que la razón última de este fenómeno es la interrelación de las distintas relaciones en la realidad jurídica. ROSENDE (2001), p. 489.

del fallo de 2009 no es posible asumir, de forma pacífica, la eficacia positiva de cosa juzgada, por tener ésta realmente una naturaleza administrativa.

Así, esta categoría contribuiría de mejor manera a explicar cómo una sentencia dictada en un contencioso-administrativo –la sentencia de 2009, según lo sostenido por la Corte Suprema– afecta a sujetos que no fueron partes en el juicio.

Pienso que tendría más sentido considerar que aquella resolución surte efectos en este proceso porque constituye el ejercicio de una potestad normativa de tipo consultiva, de efectos generales, como las instrucciones, dictámenes y otras manifestaciones de la actividad normativa que tienen aplicación general²⁸.

Así, la argumentación utilizada resulta débil, pudiendo haberse robustecido mediante un análisis de la conexión objetiva o subjetiva entre las dos sentencias (la de 2009 y la comentada), lo que hubiese permitido una justificación técnica de por qué es posible utilizar la declaración previa en la sentencia dictada en 2018.

Objetivamente, si se analiza la primera sentencia, es posible observar que el objeto de la declaración era establecer cuáles eran las condiciones que se debían satisfacer para permitir que todos los eventuales interesados en participar de un concurso que licitara parte del espectro radioeléctrico lo hicieran sin afectar la libre competencia. El solicitante de tal declaración fue la Subtel.

En el segundo proceso, el objeto era sancionar a determinados actores del mercado de las telecomunicaciones por haber infringido tales condiciones. Los sujetos de este proceso judicial fueron, activamente, la Conadecus, y, pasivamente, Entel, Claro y Movistar.

Cabe señalar que el objeto procesal también está calificado por los sujetos que intervienen (identidad legal de partes en los términos del art. 177 del CPC), por lo que, cuando el fallo señala que resulta irrelevante para la fijación de condiciones, la falta de emplazamiento de la Subtel sólo porque ésta intervino informando, yerra, ya que incluso con relación a un órgano público, la constitución válida de la relación procesal es un presupuesto básico, el que incluso pudo ser controlado de forma oficiosa por el tribunal inferior, ya que se trataba de una figura de litisconsorcio necesario en consideración a las peticiones que la demandante esgrimía y que decían relación con la conducta de la Subtel al licitar parte del espectro radioeléctrico²⁹.

²⁸ Lo que se ha llamado “eficacia normativa de la sentencia”, con el que se pretende poner de relieve un contenido de la decisión que no se limita a regular el caso específico, sino un conjunto de relaciones, por lo que asume un carácter subjetivamente más amplio. CARPI (2007), p. 16.

²⁹ ROMERO (1998), pp. 420-421; incluso, cabe señalar que dentro de las alegaciones que efectuaron los demandados fue esta cuestión por vía de excepción, la que fue desechada por el tribunal inferior, erróneamente a nuestro juicio, y la que no fue objeto de reclamación.

Sin duda alguna, el fallo del año 2009, al establecer condiciones específicas para el funcionamiento del mercado, debía ser considerado en el fallo comentado. Sin embargo, ello es así porque, si se hubiera fallado de forma diversa, se habría generado una contradicción entre las dos decisiones judiciales.

Subjetivamente, es claro que un procedimiento administrativo en donde existe sólo un peticionario (más allá de que hubo otros sujetos que participaron como informantes o aludiendo al mismo interés que el peticionario) no se puede identificar de forma plena con los sujetos afectados con el fallo de 2018 por haber sido partes del proceso judicial. Derivada de la naturaleza de los actos impugnados y el tipo de conflicto jurídico que se impugna, la regulación de los procedimientos seguidos ante tribunales superiores carece de mecanismos claros de protección respecto de aquellos que no participaron en el proceso y los resultados igualmente les afecten³⁰.

Por otro lado, si se sostiene, como nosotros, que la decisión de 2009 tiene un carácter administrativo, lo cierto es que el efecto general del fallo no se explica por la cosa juzgada, sino por la naturaleza normativa de la decisión, que se considera dentro de las denominadas decisiones regulatorias.

Al emanar de un ente especializado en la normativa sectorial, su contenido permite de mejor manera establecer lineamientos y directrices sobre las conductas dentro del mercado regulado³¹. Sin embargo, este objetivo no se satisface cuando la revisión judicial proviene de un órgano ordinario del Poder Judicial como la Corte Suprema, debido a la escasa deferencia técnica que plantea tal órgano frente al fallo del TDLC³².

6. Conclusiones

Tras la revisión de la sentencia comentada, podemos advertir las dificultades que se presentan para conceptualizar la naturaleza jurídica de las decisiones de la Corte Suprema al conocer de las reclamaciones impetradas en contra de las decisiones del TDLC.

Dicha cuestión se produce por la unión de las competencias administrativas y jurisdiccionales en un mismo órgano, cuestión que se estimó útil para mantener la coherencia de los pronunciamientos, sin embargo, omitió considerar

³⁰ FERRADA (2013), p. 232.

³¹ La mantención del control de la libre competencia en manos de un órgano técnico—sea administrativo o no— es algo repetitivo en sistemas jurídicos de tradición jurídica similar. Por ejemplo, en España, véase BELLIDO (1998), p. 14.

³² Sobre el concepto de deferencia técnica en la revisión de decisiones regulatorias, véase TAPIA y CORDERO (2015), pp. 30-35.

la participación de un tribunal ordinario como la Corte Suprema como último interventor en la decisión.

Bajo el entendido del fallo de que cualquier intervención de la Corte Suprema supone actividad jurisdiccional, ésta no ha explicado coherentemente la eficacia extensiva del fallo dictado en una reclamación de una resolución consultiva del TDLC en una resolución dictada en un proceso contencioso.

A pesar de que se esgrimió como defensa el efecto relativo de las sentencias previsto en el art. 3º del Código Civil, la Corte Suprema rechaza tal alegación, lo que no es consistente con la calificación de jurisdiccional de tal actividad. Si así fuera, era posible una argumentación más coherente para explicar tal eficacia, mediante la conexión objetiva o subjetiva de tales fallos o la extensión *ultra partes* de la decisión de 2009.

Sin embargo, el fallo opta por aludir a la extensión normativa de la sentencia, siendo más coherente con la explicación que se ha dado en este trabajo, de la naturaleza administrativa de tal actividad.

Se debiera estudiar con mayor detención la naturaleza de tales actividades de la Corte Suprema, no sólo bajo un criterio orgánico, sino mediante un análisis sustantivo de la función que se ejerce en cada caso.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BELLIDO PENADÉS, Rafael (1998): *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil* (Granada, Comares).
- BERZOSA FRANCOS, Victoria (1984): *Demanda, "causa petendi" y objeto del proceso* (Córdoba, El Almendro).
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (S/F): "Historia de la ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, boletín 2944-03(S)". Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5814/> [visitado el 22 de septiembre de 2019].
- BOCKSANG HOLA, Gabriel (2017) "Siete distorsiones categoriales en el regimen recursivo del derecho administrativo chileno", en: Palomo, Diego (Dir.), *Recursos procesales. Problemas actuales* (Santiago, DER Ediciones, U. de Talca), pp. 537-566.
- CALAMANDREI, Piero (1996): *Instituciones de Derecho procesal civil* (Traducc. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, El Foro), vol. I.
- CARPI, Federico (2007): *La eficacia "ultra partes" de la sentencia civil* (Traducc. Juan José Monroy Palacios, Lima, Palestra).
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, y VEGAS TORRE, Jaime (2004): *Derecho procesal. Introducción, 3ª edición* (Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces).

- FERNÁNDEZ EGEA, María Ángeles (2015): “La jurisdicción voluntaria notarial. Su especial relevancia en el ámbito sucesorio, Tesis doctoral, Universidad del País Vasco”. Disponible en https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/17939/TESIS_FERNANDEZ_EGEA_MARIA%20ANGELES.pdf?sequence=1&isAllowed=y [visitado el 26 de agosto de 2019].
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2013): “La cosa juzgada en la justicia administrativa”, en: Arancibia, Jaime; Romero, Alejandro, y Martínez, José Ignacio (coords.). *Precedente, cosa juzgada y equivalentes jurisdiccionales en la litigación pública*, (Santiago, Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, Thomson Reuters, U. de los Andes), pp. 221-245.
- FUCHS NISSIM, Andrés (2017) “Sistema recursivo en materia de libre competencia. Análisis dogmático y jurisprudencial del recurso de reclamación”, en: Palomo, Diego (dir.), *Recursos procesales. Problemas actuales* (Santiago, DER Ediciones, U. de Talca), pp. 567-600.
- FUENZALIDA, Pablo, y VALDERRAMA, Mario (2004): “La potestad consultiva del tribunal de defensa de la libre competencia: ¿Jurisdiccional o administrativa?”, en: *Revista de Derecho Administrativo Económico* (Nº 13), pp. 181-198.
- MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, y BARAONA VILAR, Silvia (2013): *Derecho jurisdiccional I, Parte General*, 24ª edición (Valencia, Tirant lo Blanch).
- NEHME, Nicole, y MORDOJ, Benjamín (2012): “Diseños institucionales de control de concentraciones. Análisis y propuestas”, en: *Estudios Públicos* (Nº 125, verano), pp. 87-138.
- PEREIRA ANABALÓN, Hugo (1954): *La cosa juzgada formal en el procedimiento civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RIVERO HURTADO, Renée (2016): *La prejudicialidad en el proceso civil chileno. Medios procesales para la coherencia de las sentencias dictadas en procesos con objetos conexos* (Santiago, Thomson Reuters).
- ROJAS CALDERÓN, Christian (2014): *Las potestades administrativas en el Derecho chileno* (Santiago, Thomson Reuters, La Ley).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (1998): “El litisconsorcio necesario en el derecho procesal chileno. Doctrina y jurisprudencia”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 25, Nº 2), pp. 387-422.
- _____ (2000): *La acumulación inicial de acciones* (artículos 17 y 18 del Código de Procedimiento Civil) (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur).
- _____ (2002): *La cosa juzgada en el proceso civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

- _____ (2012): “La sentencia judicial como medio de prueba”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 39, N° 2), pp. 251-276.
- _____ (2014): “Proceso civil y prejudicialidad administrativa”, en: *Revista de Derecho*, U. Católica del Norte (Año 21, N° 2), pp. 377-400.
- _____ (2017) “El carácter vinculante de los actos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que fija condiciones para la realización de actos o contratos por los agentes económicos”, en: *Revista Jurídica Digital Uandes* (N° 1), pp. 118-125.
- ROSENDE, Cecilia (2001): “Efectos directos y reflejos de la sentencia”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 28, N° 3), pp. 489-507.
- SIERRA, Lucas (2008): “Regulación de la telecomunicaciones en Chile: Potestades normativas, tradición divergente y desafíos de la convergencia”, en: Subsecretaría de Telecomunicaciones y Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la U. de Chile (editores), *Telecomunicaciones: Convergencia y Nuevos Desafíos* (Santiago: autoedición), pp. 15-74.
- TAPIA, Javier, y CORDERO, Luis (2015): “La revisión judicial de las decisiones regulatorias”, en: *Estudios Públicos* (139, invierno), pp. 7-65.