

# EL SINUOSO Y EMPINADO CAMINO DE LA CORTE SUPREMA PARA DETERMINAR CAPS SOBRE EL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO

Felipe Irrarrázabal Ph. y Juan Pablo Iglesias M.

# El sinuoso y empinado camino de la Corte Suprema para determinar *caps* sobre el espectro radioeléctrico<sup>1</sup>

Abril 2025



**Felipe Irrazabal Ph.**

Director CeCo UAI.



**Juan Pablo Iglesias M.**

Abogado Universidad de Chile, LL.M University of Amsterdam. Coordinador de investigación de CeCo. Abogado asociado en el grupo de Propiedad Intelectual y Tecnologías de Carey (2015-2022). Diplomado en Derecho y Política de la Competencia (U. de Chile), y en Inteligencia Artificial (UAI).

**Abstract:** Se reexamina la sentencia dictada por la Corte Suprema en el caso *Conadecus contra Telefónica* el 2018, sobre fijación de *caps* de espectro radioeléctrico. Esto, con el fin de reflexionar acerca de la deferencia -o falta de ella- que ha mostrado la Corte Suprema respecto a las decisiones de naturaleza técnica y regulatoria del TDLC, así como también sobre la actual configuración legal del recurso de reclamación en el DL 211.

---

<sup>1</sup> Agradecemos a la abogada Fernanda Muñoz R. por sus comentarios y sugerencias en la fase inicial de este trabajo.

## ÍNDICE

1. Introducción.....	4
2. Contexto: hitos judiciales sobre la asignación de espectro radioeléctrico.....	5
3. El razonamiento de la Sentencia de 2018 y sus complejidades.....	7
3.1. El razonamiento de la Sentencia de 2018.....	7
3.2. El concepto de cosa juzgada y el efecto regulatorio de la Sentencia de 2018.....	9
4. El desafío de la deferencia de la Corte Suprema ante las decisiones de las autoridades de competencia.....	12
5. El desafío de la genuina configuración del recurso de reclamación.....	15
5.1. El recurso de reclamación y la actividad regulatoria en los casos de espectro radioeléctrico.....	15
5.2. ¿Hacia un rediseño del recurso de reclamación?.....	22
6. El escenario actual: la operación de concentración entre VTR y Claro.....	22
7. Conclusión.....	24
Bibliografía.....	27

## I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este artículo es comentar la sentencia dictada por la Corte Suprema en la causa rol 73.923-2016, dictada con fecha 25 de junio de 2018, caratulada *CONADECUS contra Telefónica Móviles Chile S. A. y otros* (en adelante, la “**Sentencia de 2018**”)<sup>2</sup>.

En este marco, el análisis no solo aporta una visión crítica a la Sentencia de 2018, sino que la utiliza para aprovechar de reflexionar sobre dos aspectos desafiantes en el actual diseño institucional de la libre competencia en Chile: la deferencia hacia las decisiones de corte técnico y regulatorio, y la configuración legal del recurso de reclamación en el DL 211<sup>3</sup>. Lo anterior, considerando también otras dos sentencias de la Corte Suprema en esta misma materia: la dictada el 27 de enero de 2009, en la causa rol N°4.797-2008 (en adelante, la “**Sentencia de 2009**”)<sup>4</sup>, y la dictada el 13 de julio de 2020 en la causa rol 181-2020 (en adelante, la “**Sentencia de 2020**”)<sup>5</sup>.

En este marco, la ruta que seguirá este artículo es la siguiente:

1. En la primera sección, se hará una breve referencia a los casos previos de telecomunicaciones que permiten contextualizar la Sentencia de 2018.
2. Luego, se revisará el razonamiento de la Sentencia de 2018, identificando el *efecto regulatorio* que ésta atribuyó a la Sentencia de 2009, sobre la base de una expansión del concepto de cosa juzgada.
3. En relación con este efecto regulatorio que la Sentencia de 2018 atribuye a la Sentencia de 2009, se identificará el desafío de la falta de deferencia de la Corte para con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, “**TDLC**”), teniendo a la vista los resultados de una investigación realizada por el Centro Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez (en adelante, “**CeCo UAI**”) el año 2021<sup>6</sup>.
4. Luego, y considerando la última sentencia de la Corte Suprema en esta materia (la Sentencia de 2020), se argumentará que el problema de la deferencia -y su posible insuficiencia- admite ser explicado en base a la indefinición legal de la naturaleza jurídica del recurso de reclamación del DL 211, proponiendo formas de corregir este problema (tanto en materia de *lege lata* como de *lege ferenda*).
5. Enseguida y para efectos de comprender la operatividad de las reglas actuales en materia de *caps* (es decir, *post* Sentencia de 2020), analizaremos la discusión que se dio en torno al cálculo de *caps* en la operación de concentración entre Claro y VTR<sup>7</sup>.
6. Finalizaremos con las conclusiones de rigor.

---

2 Ver sentencia y ficha-resumen de la misma publicada en CeCo/UAI, en <https://centrocompetencia.com/jurisprudencia/conadecus-c-mo-vistar-claro-entel-exceso-limites-concurso-700mhz-ii-2018/>.

3 Decreto Ley N°211, de conformidad con el Decreto con Fuerza de Ley N°1, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211, de 1973, en [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2010/12/DL\\_211\\_refundido\\_2016.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2010/12/DL_211_refundido_2016.pdf).

4 Ver sentencia y ficha-resumen publicada por CeCo/UAI, en <https://centrocompetencia.com/jurisprudencia/subtel-participacion-concesionarios-concurso-3g/>.

5 Ver sentencia y ficha-resumen publicada por CeCo/UAI, en <https://centrocompetencia.com/jurisprudencia/subtel-limite-espectro-radioelectrico-2020/>.

6 CeCo UAI, “Grado de deferencia de la Corte Suprema con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, *Investigaciones CeCo* (mayo, 2022). Disponible en: <https://centrocompetencia.com/ceco-uai-grado-de-deferencia/>.

7 Ver resolución aprobatoria del Fiscal Nacional Económico, de fecha 5 de octubre de 2022, rol FNE F295-2021, disponible en [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2022/10/aprob57b\\_F295\\_2021.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2022/10/aprob57b_F295_2021.pdf) e informe de aprobación en [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2022/10/inap2\\_F295\\_2021.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2022/10/inap2_F295_2021.pdf).

## II. CONTEXTO: HITOS JUDICIALES SOBRE LA ASIGNACIÓN DE ESPECTRO RADIOELÉCTRICO

Son varios los conflictos en materia de telecomunicaciones que, por distintas razones, han sido discutidos en nuestro país en sede de libre competencia. Para el contexto de este análisis, los precedentes judiciales que interesan son aquellos relacionados con la asignación y distribución de espectro radioeléctrico<sup>8</sup>, particularmente con el uso de sus bandas de frecuencia<sup>9</sup> y el establecimiento de límites máximos de tenencia (o *caps*)<sup>10</sup>.

En términos generales, la política de asignación de *caps* tiene por objeto evitar la concentración del mercado. Dado que el espectro radioeléctrico es un recurso finito, la fijación de límites busca impedir que un solo agente -o un número muy reducido de ellos- concentre todo el espectro o una porción importante del mismo<sup>11</sup>.

Ahora bien, una política de distribución de espectro con *caps* bajos podría reducir los incentivos a la inversión en la infraestructura necesaria para explotarlo (p. ej., antenas, torres y otras instalaciones asociadas a economías de escala)<sup>12-13</sup>. Por otro lado, la fijación de *caps* altos podría favorecer la concentración del mercado y tender al acaparamiento (es decir, al uso estratégico del espectro, ya no para explotarlo en el presente o el futuro, sino que para impedir el desarrollo de los competidores<sup>14</sup>), además que desnivelaría la competencia por el mercado (en tanto los costos de las empresas con menor espectro serían mayores). Adicionalmente, el acaparamiento genera un problema de eficiencia asignativa, pues mediante él se obstaculiza la asignación del espectro a quienes más lo valoran<sup>15</sup>.

8 El espectro radioeléctrico es un bien natural finito y escaso, compuesto por un conjunto de ondas electromagnéticas que se propagan por el espacio. Estas ondas se pueden distinguir entre sí en base a su frecuencia medida en *hercios* (Hz), *kilohercios* (KHz), *megahercios* (MHz) o *gigahercios* (GHz). En su concepción jurídica, el espectro radioeléctrico es un bien nacional de uso público susceptible de ser concesionado temporalmente (artículo 2° inciso 2° de la Ley 18.168, Ley General de Telecomunicaciones).

9 Las frecuencias electromagnéticas que conforman el espectro radioeléctrico pueden agruparse en “bandas”, de acuerdo a sus propiedades físicas. Estas propiedades son su *cobertura* (o propagación), su *capacidad* y su *latencia*. Así, las bandas de frecuencia alta (es decir, aquellas cuya longitud de onda es más corta) tienen menor cobertura y latencia, pero gozan de mayor capacidad para transmitir datos. Por otro lado, las bandas de frecuencia baja (es decir, aquellas cuya longitud de onda es más larga) tienen mayor cobertura (es decir, requieren menos estaciones para funcionar) y penetra mejor en los edificios, pero tienen menor capacidad. Al respecto, ver Resolución TDLC N°59/2019, párr. 128 (ver ficha-resumen publicada por CeCo/UAI, en <https://centrocompetencia.com/jurisprudencia/subtel-limite-espectro-radioelectrico-2020/>). Adicionalmente, ver Butelmann Consultores (2019), *Informe Límites a la tenencia de espectro radioeléctrico*, documento acompañado ante el TDLC en la causa rol NC-448-2018, pp. 31-34.

10 La política fijación de *caps* de espectro radioeléctrico comenzó a aplicarse en el mundo en los años 90. En la actualidad, sin embargo, diversos países han dejado de aplicarla en atención a los cambios que se han producido en la tecnología y posibilidad de aplicación de nuevas bandas de espectro. Ver García Zaballón, A. y Foditsch, N., (2015), *Spectrum Management, the key lever for achieving universality*, Inter-American Development Bank, Nueva York, EE.UU, p. 17. Disponible en <https://publications.iadb.org/en/spectrum-management-key-lever-achievinguniversality>.

11 En Chile se ha discutido latamente acerca de cuál es el número óptimo de actores en ciertas áreas de la industria de telecomunicaciones. Así, por ejemplo, a propósito del proceso reorganización concursal que enfrenta Wom S.A. al momento de redactar este artículo, el subsecretario de telecomunicaciones ha sugerido que “El tamaño de nuestro mercado tal vez haga inviable tener a cuatro actores sólidos en esta industria. Preferimos tener una industria estable y sólida que actores en permanente crisis financiera”. Entrevista La Tercera, publicada el 3 de septiembre de 2024, disponible en: <https://www.latercera.com/pulso-pm/noticia/subtel-ante-el-interes-de-telefonica-y-america-movil-por-activos-de-wom-el-tamano-de-nuestro-mercado-tal-vez-haga-inviable-tener-a-cuatro-actores/C3CPAQTYNJ-FPXGO2XGRNW4NR44/>.

12 Cabello, Oscar (2011). *Promoviendo la Libre Competencia: El Rol de los Organismos Antimonopolios en las Telecomunicaciones Chilenas*, Thomson Reuters, p. 418 (“los límites a la posesión de espectro tienen que ser fijados de modo de cumplir dos condiciones simultáneas: facilitar el ingreso de nuevos operadores, y no entorpecer la expansión de empresas preexistentes”).

13 Se debe notar que este desincentivo es particularmente sensible para Chile, cuya configuración geográfica (larga y angosta) exige un despliegue o escala de infraestructura relevante en términos de estaciones, antenas y cables. De este modo, la participación de un número alto de competidores en la industria puede resultar subóptima. Al respecto, el año 2015 el TDLC señaló que: “el establecimiento de *spectrum caps* absolutos puede incluso producir efectos negativos en la competencia (...) limitar la cantidad de espectro que una empresa pueda utilizar restringiría también la capacidad de ésta para servir a un mayor número de clientes u ofrecer una mejor calidad de servicio con la infraestructura establecida. Asimismo, los límites absolutos a la cantidad de espectro que puede concesionarse a una empresa pueden inhibir la innovación (...)”. Rol TDLC ERN-21-2014, Considerando 96. Ver ficha-resumen CeCo/UAI en <https://centrocompetencia.com/jurisprudencia/ern-sobre-derechos-uso-espectro-radioelectrico-2015/>.

14 La FNE conceptualiza el acaparamiento como “una conducta lesiva para la competencia, en virtud de la cual los operadores detentan Espectro, en cantidades consideradas como muy superiores a las técnicamente necesarias, concentrando el recurso sin utilizarlo actualmente y/o sin tener una intención de hacer un uso activo en el futuro”. Ver Informe de aprobación la FNE (rol FNE F295-2021) de fecha 5 de octubre de 2022, y ficha-resumen publicada por CeCo/UAI, en <https://centrocompetencia.com/jurisprudencia/americanamovil-liberty/>, p. 171).

15 Posner, Eric (2019). *Radical Markets, Uprooting Capitalism and Democracy for a Just Society*, Princeton University Press, p. 71 (“Since

Pues bien, en materia de *caps* y sin considerar los precedentes emanados de las Comisiones<sup>16</sup>, el primer hito judicial que se debe mencionar es la Resolución N°2/2005, dictada por el TDLC el 4 de enero de 2005, mediante la cual se aprobó la operación de concentración entre Movistar y Bellsouth<sup>17</sup>. Esta decisión impuso a Movistar, entre otras condiciones para aprobar la fusión, la de desprenderse de un bloque de frecuencia de 25 MHz (de la banda de 800 MHz) y, además, estableció que en el caso de que el comprador de dicho bloque de frecuencia fuese ya un operador incumbente, éste no podía acumular frecuencias de espectro por más de 60 MHz. Como se verá, este guarismo (60 MHz) será clave para los casos posteriores.

El segundo hito judicial fue la Resolución N°27/2008, dictada el 17 de julio de 2008, a propósito de la consulta formulada por la Subsecretaría de Telecomunicaciones (en adelante, “**Subtel**”) en relación al concurso para asignar espectro radioeléctrico para la red 3G. En síntesis, la Subtel consultó al TDLC si correspondía establecer algún tipo de exclusión o restricción para la participación de los concesionarios de servicio público de telefonía móvil, es decir, para los operadores incumbentes que ya contaban con derechos de uso de espectro radioeléctrico. El TDLC resolvió que, de acuerdo al ordenamiento de libre competencia, no era procedente excluir del concurso a ningún incumbente<sup>18</sup>.

Esta resolución fue reclamada por la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, “**FNE**”) y la Subtel (entre otros intervinientes<sup>19</sup>) ante la Corte Suprema, la que, con fecha 27 de enero de 2009, causa rol N°4.797-2008, revocó la decisión del TDLC y afirmó que sí era necesario establecer un límite a la tenencia de espectro radioeléctrico (esta es la Sentencia de 2009). Sin embargo, la Corte no se limitó a afirmar lo anterior, sino que además fijó derechamente un límite específico de tenencia, a saber, 60 MHz, el cual fue el sugerido por la FNE durante el curso del procedimiento ante el TDLC. Así, el voto de mayoría<sup>20</sup>, redactado por el ministro Héctor Carreño, sostuvo en su último considerando que:

“(…) conforme a los antecedentes técnicos acompañados a estos autos, ha de concluirse **que el límite máximo de cantidad de espectro radioeléctrico que puede tener cada operador móvil, actual o potencial, es de 60 MHz en total**, considerando todas las bandas destinadas actualmente a comunicaciones móviles, debiendo ellos desprenderse en su oportunidad de aquella cantidad que exceda de dicho límite máximo” (Considerando 24°) (ennegrecido agregado).

Por lo que se dirá más adelante acerca del recurso de reclamación y el grado de deferencia de la Corte Suprema hacia el TDLC, desde ya cabe reparar en el voto de minoría de la ministra Sonia Araneda:

“(…) el alcance del recurso de reclamación que instaura el precepto legal antes citado [art. 31 inciso final del DL 211] tiene sólo por objeto revisar las medidas que se hubiesen fijado en el procedimiento no contencioso, de manera que **no resulta posible pronunciarse**

---

the early 1990s, long-term spectrum licenses have been auctioned off by governments around the world. But the monopoly problem has emerged in secondary markets: the companies that acquired the license at auction have been reluctant to sell them to higher-valued users”).

16 Al respecto, se puede mencionar la Resolución N°584, dictada por la Comisión Resolutiva con fecha 20 de diciembre del año 2000, que fijó un límite de 100 MHz para las frecuencias totales susceptibles de ser asignadas a una misma empresa de telefonía fija. También se puede mencionar la Resolución N°588/2000, dictada por la Comisión Resolutiva el 20 de diciembre del año 2000, que fijó un límite de 30 MHz en la banda de 1900 MHz.

17 Ver sentencia y ficha-resumen de la misma publicada por CeCo/UAI, en <https://centrocompetencia.com/jurisprudencia/telefonica-moviles-toma-control-bellsouth-2005/>.

18 En su parte resolutive, el TDLC declaró: “(…) de acuerdo con las normas de defensa de la libre competencia contenidas en el Decreto Ley N° 211, y lo dispuesto en la Ley General de Telecomunicaciones N° 18.168, no es procedente excluir la participación de los actuales concesionarios de servicio público telefónico móvil en el Concurso Consultado, por lo que éstos podrán participar en él cumpliendo con la normativa aplicable y con los demás requisitos de general aplicación que establezcan las bases del concurso público consultado”.

19 Los otros intervinientes que dedujeron reclamación fueron Nextel Chile S.A. y VTR Banda Ancha Chile S.A.

20 En el voto de mayoría concurren los ministros Héctor Carreño, Pedro Pierry y Haroldo Brito. En el voto de minoría estuvieron la ministra Sonia Araneda y Carlos Künsemüller.

**sobre condiciones no impuestas, toda vez que ello excedería el carácter meramente consultivo de este procedimiento”** (párr. 3º, voto de minoría) (ennegrecido agregado).

Finalmente, el tercer hito judicial que sirve de contexto para analizar la Sentencia de 2018 es la Sentencia N°154/16 del TDLC, dictada en el procedimiento contencioso iniciado por CONADECUS en contra de Entel, Claro y Movistar<sup>21</sup> (en este procedimiento no participó la Subtel). De acuerdo a CONADECUS, los tres operadores ya indicados (los incumbentes), al participar en el concurso para la asignación de frecuencias en la banda de 700 MHz, habrían intentado acaparar espectro radioeléctrico vulnerando el límite de 60 MHz que, según CONADECUS, habría fijado la Sentencia de 2009 respecto al concurso para la red 3G.

Pues bien, el TDLC rechazó la demanda de CONADECUS exponiendo, entre otras consideraciones, que:

- i. En relación al elemento estructural<sup>22</sup>, ni Entel, ni Claro y ni Movistar tenían posición de dominio en los dos mercados relevantes analizados (mayorista y minorista);
- ii. En relación al límite de tenencia de espectro radioeléctrico de 60 MHz, fijado por la Sentencia de 2009, éste se refería solo al concurso para la red 3G, no pudiendo sostenerse que tuviese aplicación general para otros casos de telecomunicaciones.
- iii. En relación al elemento conductual, no se habría probado en juicio un uso estratégico-acaparamiento-del espectro radioeléctrico por parte de las demandadas.

La Sentencia N°154/16 fue objeto de un recurso de reclamación, interpuesto por CONADECUS. La Corte Suprema acogió este recurso y, en consecuencia, revocó la decisión del TDLC, dando lugar a la Sentencia de 2018.

### III. EL RAZONAMIENTO DE LA SENTENCIA DE 2018 Y SUS COMPLEJIDADES

A continuación, se revisará el razonamiento utilizado por la Sentencia de 2018 para revocar la Sentencia N°154/16 del TDLC, identificando el “efecto regulatorio” que dicho fallo atribuye a la Sentencia de 2009. Como se verá, este efecto regulatorio se explica -al menos en parte- por una aplicación expansiva de la cosa juzgada. Esta aplicación resulta compleja pues difumina el deslinde entre las potestades regulatorias del TDLC y las facultades netamente jurisdiccionales de la Corte Suprema.

#### 3.1. El razonamiento de la Sentencia de 2018

La Sentencia de 2018 fue redactada por el ministro Sergio Muñoz y en el voto de mayoría concurrieron él, Carlos Cerda y Jorge Dahm. Por el voto de minoría estuvieron María Eugenia Sandoval y Carlos Aránguiz.

---

21 Cabe mencionar que, en un comienzo, el TDLC rechazó la demanda de CONADECUS por estimar que esta entidad carecía de legitimación activa para demandar por actos *exclusorios*, pues estos no afectarían el interés individual, colectivo o difuso de los consumidores (ver Considerando 21º de la sentencia N°146/2015 del TDLC, dictada con fecha 24 de julio de 2015). Esta sentencia fue revocada por la Corte Suprema (rol 11363-2015), la que estimó que la Ley 19.496 otorga una representación amplia a las asociaciones de consumidores para accionar por el interés colectivo y difuso de los consumidores (ver Considerando 9º de la sentencia de la Corte Suprema). Ver fichas-resumen publicadas por CeCo/UAI, en <https://centrocompetencia.com/jurisprudencia/conadecus-c-movistar-claro-entel-exceso-limites-concurso-700mhz-2016/>. En consecuencia, luego de la sentencia de la Corte Suprema, los autos volvieron al TDLC, el cual continuó con la tramitación del procedimiento hasta dictar la Sentencia N°154/16.

22 El derecho de la libre competencia, a diferencia del régimen de competencia desleal establecido en la Ley 20.169, solo concierne a aquellos casos en los cuales se configura tanto un elemento conductual como uno estructural. Este último supone que el agente económico demandado debe tener una posición dominante (o que pueda adquirirla a través de la conducta ejecutada). Ver Ubilla Pareja, Nicolás (2022). *Jurisprudencia chilena sobre ley de competencia desleal*, ediciones DER, Santiago, p. 12.

En lo pertinente para el objeto de este análisis, el voto de mayoría sostuvo tres razones para refutar la Sentencia N°154/16 del TDLC:

- i. En relación al elemento estructural, sí había dominancia (aunque no individual, sino “conjunta”);
- ii. Respecto al límite de 60 MHz fijado por la Corte Suprema en la Sentencia de 2009, este no se refería solo al concurso para la red 3G, sino que tenía aplicación general;
- iii. En relación al elemento conductual, sí hubo una conducta anticompetitiva ejecutada por las demandadas.

Pasemos a revisar estos tres razonamientos. En primer lugar, sobre la cuestión de la dominancia, la Corte estimó que Entel, Claro y Movistar gozaban de una dominancia “conjunta”. Así, la Sentencia de 2018 afirmó que:

“(…) las tres demandadas manejan en forma conjunta el 83% del mercado, circunstancia que determina la existencia de un mercado oligopólico, en que la existencia del poder de mercado no sólo debe analizarse aislando las cifras de participación individual, sino que **debe examinarse el poder de mercado conjunto que tienen las tres empresas a quienes se les imputa incurrir en conductas anticompetitivas, toda vez que la posición de dominio puede pertenecer no sólo a una empresa, sino que la pueden detentar dos o más empresas competidoras**” (Considerando 13°) (ennegrecido agregado).

En segundo lugar, respecto al límite de tenencia de espectro radioeléctrico de 60 MHz (la Sentencia de 2009), la Corte sostuvo que:

“(…) es clarísimo el tenor del fallo dictado en los autos Rol N° 4797 al establecer en el fundamento vigésimo cuarto que **el límite máximo de cantidad de espectro radioeléctrico de 60 MHz se impone a todo operador móvil, actual o potencial, razón por la que sólo cabe concluir que tal restricción constituyó una declaración que iba más allá de la sola consulta de las bases de licitación del concurso 3G, sino que es una medida que se dispuso determinando el margen incluso a futuro**, pues claramente a ello se refiere al establecer que el límite debe ser respetado por los actuales operadores como los que ingresen al mercado a futuro” (Considerando 14°) (ennegrecido agregado).

En tercer y último lugar, respecto al elemento conductual, la Corte estimó que no resultaba relevante determinar si se configuraba o no una estrategia de acaparamiento, pues bastaba con constatar que las demandadas no observaron el *cap* de 60 MHz fijado en la Sentencia de 2009 (revelando así la comprensión de dicho guarismo como una regla precisa y no como un estándar amplio<sup>23</sup>). Así, el máximo tribunal sostuvo que:

“(…) al estar vigente un límite de espectro radioeléctrico como una medida necesaria e imprescindible para la competencia del mercado de que se trata, el **sólo desconocimiento**

---

23 Una “regla” es un precepto normativo que diferencia la conducta lícita de la ilícita de una forma simple y *ex ante*. En cambio, un “estándar” lo hace en base a un criterio abierto, el cual debe ser especificado *ex post* por el juez. Al respecto, ver Kaplow, L. (1992), *Rules versus standards: An economic analysis*, Duke Law Journal, 557-629. En materia de *caps* de espectro, un guarismo nominal (p. ej., 60 MHz) es un claro ejemplo de regla. En cambio, un estándar sería, por ejemplo, una norma que prohibiese tener más espectro radioeléctrico que el que resulta técnicamente necesario para explotar eficientemente un servicio de telecomunicación determinado. Naturalmente, si bien las reglas son más sencillas de aplicar que los estándares, sus costos de diseño son altos (pues para determinar una regla eficiente se requiere mucha información) y su capacidad de adaptación a cambios en las circunstancias es bajo. Por otro lado, y teniendo a la vista que entre una regla y un estándar existe un espectro de alternativas normativas híbridas, cabe señalar que un *cap* fijado como porcentaje constituye una regla más flexible (es decir, más cerca del polo de estándar) que un *cap* fijado como guarismo.

**de aquello por parte de los actores permite configurar la conducta anticompetitiva”**  
(Considerando 18º) (ennegrecido agregado).

### 3.2. El concepto de cosa juzgada y el efecto regulatorio de la Sentencia de 2018

De los tres razonamientos contenidos en la Sentencia de 2018, el que resulta más relevante para este análisis es la afirmación de que el límite de tenencia del espectro radioeléctrico fijado en la Sentencia de 2009 tenía aplicación general y hacia el futuro (es decir, no restringida para el caso particular del concurso de la red 3G).

Como es sabido, el artículo 3º inciso 2º del Código Civil establece que “(...) las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”. Este es el conocido principio del *efecto relativo* de las sentencias judiciales.

Ahora bien, también es sabido que las sentencias judiciales pueden producir efectos jurídicos para terceros absolutos, es decir, personas distintas a las partes y terceros intervinientes que participaron en el proceso. A este fenómeno se le conoce como efecto reflejo de la cosa juzgada y se explica porque la sentencia, al alterar la situación jurídica de una parte, impacta a los terceros absolutos que tienen relaciones jurídicas -contractuales o legales- con dicha parte<sup>24</sup>. Así, por ejemplo, una sentencia que declara la nulidad de un contrato de compraventa sobre una cosa impactará al tercero adquirente, que se podría ver obligado a restituirla<sup>25</sup>.

El análisis que realizó el TDLC para efectos de determinar si el *cap* fijado por la Corte en la Sentencia de 2009 corresponde -correctamente- a uno de *efecto reflejo* de la cosa juzgada. Así, en la Sentencia 154/16, el TDLC razonó que:

“(...) existen casos en los que una sentencia puede producir efectos respecto de cierto tipo de terceros que no fueron parte del proceso **por tener respecto del objeto allí decidido una determinada posición que los vincula con la declaración** contenida en una sentencia firme y ejecutoriada” (Considerando 60º) (ennegrecido agregado).

En este marco de análisis, el TDLC consideró que el tenor literal de la Sentencia de 2009 dejaba claro que ésta se refería específicamente al concurso para la red 3G, sin poder aplicarse a otros concursos para bandas de espectro diferentes. Además, el TDLC estimó que las condiciones de mercado vigentes al momento de dictarse la Sentencia de 2009 habían cambiado significativamente, particularmente por la convergencia tecnológica observada<sup>26</sup> y la apertura del mercado minorista (a través de los contratos entre OMR y OMV<sup>27</sup>), entre otros factores. En base a este análisis, el TDLC concluyó que:

---

24 De manera análoga, en materia de contratos, si bien la regla general es el *efecto relativo* del contrato, ésta tiene como excepción (aparente) el *efecto reflejo*. El efecto reflejo se produce cuando una persona puede invocar en su favor (o se le puede oponer en su contra) un contrato en el cual ella no es parte. Ver López Santa María, Jorge (2005). *Los Contratos Parte General, Tomo II*, 4ta edición, Editorial Jurídica, Santiago, p. 364 (“en cuanto el contrato es un hecho, que como tal existe para todos, en sus efectos reflejos puede alcanzar a terceros absolutos: no para crear directamente un derecho o una obligación en el patrimonio de ellos, sino en cuanto es factible traerlo a colación, o formular una pretensión basada en el contrato ajeno”).

25 Este es el supuesto regulado en los artículos 1490 y 1491 del Código Civil (casos en que la resolución de un contrato puede afectar a un tercero adquirente).

26 En materia de telecomunicaciones, la convergencia tecnológica es el “fenómeno según el cual diversos tipos o servicios de telecomunicaciones pueden prestarse mediante una misma forma y soporte tecnológico”. Sierra, Lucas (2015), *Regulación de las telecomunicaciones en Chile: Potestades normativas, tradición divergente y desafíos de la convergencia*, en Subtel y Facea (eds.) Telecomunicaciones: Convergencia y Nuevos Desafíos (Santiago: Subtel y Facea), p. 15. Este fenómeno, hasta cierto punto, impide que los índices de concentración de espectro sirvan como un *proxy* adecuado para medir los índices de concentración de mercado, pues una misma banda de espectro puede ser utilizada para suministrar distintos servicios (p. ej., telefonía móvil y servicios de telefonía fija). Harrison, Rodrigo y Muñoz, Roberto (2011). *Informe de Estudio: Regulación de uso de espectro en mercados de servicios inalámbricos en Chile*, p. 4.

27 Estos contratos permiten a un OMV (Operador Móvil Virtual) acceder a una red operada por un OMR (Operador Móvil en Red), para así prestar servicios de telecomunicaciones a los consumidores sin tener que adjudicarse una concesión de derechos de uso de espectro radioeléctrico.

“(…) la imposición de un límite permanente **implicaría la atribución por parte de los tribunales de justicia de una función de carácter regulatorio en un proceso contencioso** como el de autos” (Considerando N°70) (ennegrecido agregado).

Pues bien, el entendimiento de la Corte Suprema sobre este punto fue diferente. Alejándose de la lógica del *efecto reflejo* de la cosa juzgada, el máximo tribunal atribuyó a su propio precedente un efecto derechamente regulatorio (y no *reflejo*). Esto significa que la Corte atribuyó al enunciado normativo contenido en la Sentencia de 2009 (i.e., el operador no debe superar el *cap* de 60 MHz), una aplicación general y con operatividad hacia el futuro<sup>28</sup>. En la sección 5 se profundizará acerca de la relación entre la regulación y el derecho de la competencia.

¿Cómo justificó la Corte este desvío del *efecto relativo* de la cosa juzgada (hacia el *efecto regulatorio*)? Si bien la razón no es transparente en la motivación de la Sentencia de 2018, ésta sugiere que el fundamento jurídico del efecto regulatorio que la Corte atribuyó a la Sentencia de 2009 no se encuentra en sus facultades revisoras (que son jurisdiccionales), sino que descansaría en las potestades regulatorias del TDLC. Esto se infiere del Considerando 15° de la Sentencia de 2018:

“Que la evolución del Derecho de la Competencia en nuestro país ha tenido particularidades propias, puesto que **el control del mercado ha quedado al amparo de una jurisdicción contencioso administrativo especial** (...) conforme lo cual no está en lo cierto el tribunal recurrido al pretender restringir los efectos de las determinaciones que se adoptan según lo dispone el artículo 3° del Código Civil, puesto que **las decisiones jurisdiccionales en este caso están dirigidas a tener vigencia en el tiempo y en el mercado específico al que se refieren, en tanto no sean alteradas por una determinación de igual naturaleza**, las que, por consiguiente, corresponde sean observadas por la autoridad sectorial respectiva y los incumbentes en esa actividad económica” (ennegrecido agregado).

De este modo, el razonamiento implícito de la Sentencia de 2018 es el siguiente. Dado que el TDLC tiene potestades regulatorias, sus decisiones no estarían constreñidas por el *efecto relativo* de la cosa juzgada. Por el contrario, sus decisiones gozarían de una suerte de efecto “expansivo” (más amplio que el mero *efecto reflejo*) cuyo único límite sería una nueva decisión del TDLC.

Cabe notar que esta idea -la del efecto expansivo de las decisiones del TDLC- ha sido tematizada por la doctrina a propósito de sus potestades no jurisdiccionales<sup>29</sup>, particularmente la de dictar instrucciones de carácter general<sup>30</sup> y la de resolver asuntos no contenciosos (consultas)<sup>31</sup>. Respecto a la primera, se ha señalado que esta es “una potestad de naturaleza extrajurisdiccional que comprende la dictación de disposiciones externas, generales y permanentes”<sup>32</sup>. Respecto a la segunda, se ha indicado que “aunque

28 Si bien existen materias en que la frontera entre el derecho de la competencia y la regulación económica es difusa, en términos generales se ha señalado que mientras la primera busca reprimir conductas anticompetitivas y de modo *ex post*, la segunda busca solucionar fallas de mercado (p. ej., externalidades), y de modo *ex ante*. En estos términos, la regulación se vuelve necesaria cuando la sola aplicación del derecho de la competencia no es capaz de generar un resultado eficiente. Ver Viscusi, Kip, Harrington, Joseph y Vernon, John (2005). *Economics of Regulation and Antitrust*, 4ta edición, MIT Press, EE.UU., p. 376 (“There is a basis for government intervention in that under certain conditions, unrestrained competition does not work very well. Two common circumstances are that an industry is a natural monopoly or that it is plagued by externalities”).

29 Cabe advertir que, desde el punto de vista del derecho procesal tradicional, la cosa juzgada es un efecto de las sentencias dictadas en un procedimiento jurisdiccional contencioso (en base a lo dispuesto en el artículo 175, 231 y 821 del Código de Procedimiento Civil). En este sentido, las decisiones que adopta el TDLC en virtud de un procedimiento de instrucción de carácter general o de consulta, no producen cosa juzgada. Además, respecto a los procedimientos de consulta, el artículo 32 del DL 211 autoriza al TDLC a modificar su decisión en base a nuevos antecedentes.

30 Esta potestad está consagrada en el artículo 18 N°3 del DL 211.

31 Esta potestad está consagrada en el artículo 18 N°2 del DL 211.

32 Velozo, Javier y González, Daniela (2011). *Reflexiones en torno a algunas facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, en AA.VV. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario, Santiago, pág. 46. Asimismo, ver REGCOM (2013), *Informe en Derecho, Control Jurisdiccional de la Potestad Normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en Materia de Telecomunicaciones*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 8, disponible en: <https://derecho.uchile.cl/dam/jcr:fafcd5a8-622e-4009-82ac-bb9b09baec0a/8.pdf> (“La potestad normativa del TDLC como órgano regulador del comercio es equivalente a la potestad normativa de algunos servicios públicos, más específicamente de las superintendencias”).

estas resoluciones no producen, atendida su naturaleza extrajurisdiccional, un efecto de cosa juzgada propiamente tal, tienen vocación de permanencia en tanto no cambien las circunstancias de hecho que fueron objeto del análisis y fundamentaron la decisión”<sup>33</sup>.

Adicionalmente, cabe notar que la misma Corte Suprema ha tematizado la diferencia entre las potestades no jurisdiccionales y las propiamente jurisdiccionales del TDLC. Así, ha distinguido el alcance de la instrucción de carácter general del de la consulta, señalando que: “no es posible utilizar el procedimiento de la consulta con la finalidad que el TDLC imponga condiciones que regulen de manera abstracta un mercado en general. Para ello el Tribunal podría ejercer su potestad para dictar Instrucciones Generales”<sup>34</sup>. En la misma línea, respecto a la distinción entre las instrucciones generales, consulta y procedimientos contenciosos, ha fallado que: “(...) aquello que se resuelva por la vía de la consulta se encuentra en un punto intermedio entre las instrucciones generales y las medidas sancionatorias que sólo podrían tener efectos para las partes del juicio. De otro modo, la existencia de una potestad consultiva en materia de actos y contratos existentes, no tendría justificación”<sup>35</sup>.

Ahora bien, volviendo a la Sentencia de 2018, lo que es particularmente interesante es que, a juicio de la Corte Suprema, este poder del TDLC de dictar resoluciones con efecto “expansivo” en materias no jurisdiccionales sería del algún modo delegado a la Corte Suprema cuando le toca resolver un recurso de reclamación. Esta delegación resulta problemática pues, cuando la Corte Suprema resuelve un recurso de reclamación, ejerce una potestad jurisdiccional (no regulatoria).

Además, lo que resulta de algún modo contradictorio es que el *cap* 60 MHz no fue fijado por el TDLC a través del ejercicio de sus potestades regulatorias (o no jurisdiccionales), sino que fue fijado por la misma Corte Suprema en la Sentencia de 2009 (en base a un informe de la FNE). De hecho, tal como ya se mencionó al comienzo, en la Resolución N°27/2008 el TDLC, lejos de fijar un límite de espectro, determinó que no debía fijarse restricción alguna a los operadores incumbentes para participar en el concurso en cuestión. Más aún, el mismo TDLC reconoció en su Sentencia N°154/16 que, dada la naturaleza contenciosa del procedimiento iniciado por CONADECUS, no resultaba procedente ejercer una potestad regulatoria (como, en cambio, sí podría hacerlo en virtud de una instrucción de carácter general)<sup>36</sup>.

En otras palabras, la Corte Suprema invocó las potestades regulatorias del TDLC para adoptar, ella misma y ejerciendo sus facultades jurisdiccionales, una decisión regulatoria específica y contraria a las decisiones previas del TDLC (i.e., Resolución N°27/2008 y Sentencia 154/16)<sup>37</sup>. Esta contradicción fue expresamente advertida por el voto de minoría de los ministros María Eugenia Sandoval y Carlos Aránguiz:

---

33 Velozo y González, p. 34. En una línea similar, Domingo Valdés afirma que las resoluciones de término pronunciadas en procedimientos no contenciosos de consulta sí producen cosa juzgada, pero se trata de una cosa juzgada de tipo “material provisional”, a la luz del artículo 32 del DL 211 (que permite un margen de revisión a través de un procedimiento nuevo fundado en la existencia de “nuevos antecedentes”). Ver Valdés Prieto, Domingo (2017). *Informe en Derecho Acerca de la Cosa Juzgada en el Orden Antimonopolístico*, en Informes en Derecho Solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017), Santiago, p. 629 (“Las decisiones del TDLC que refieren a casos particulares -sentencias y resoluciones antimonopólicas- generan cosa juzgada en sentido estricto o propio al amparo del artículo 32”).

34 Sentencia Corte Suprema de fecha 10 de mayo de 2021, rol 138221-2020, Considerando 8°.

35 Sentencia Corte Suprema de fecha 8 de agosto de 2022, rol 85422-2021, Considerando 7°, ficha-resumen de CeCo/UIAI disponible en <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/03/Sentencia-Corte-Suprema-Rol-82422-2021.pdf>. En esta misma línea, ver Campos, Josefina y Corte, Rafel (2021), *El futuro de la potestad consultiva del TDLC*, Investigaciones CeCo/UIAI, disponible en <https://centro-competencia.com/campos-corte-futuro-potestad-consultiva-tdlc/>.

36 Con todo, cabe advertir que la potestad de dictar instrucciones de carácter general encuentra su límite, desde luego, en el espacio regulatorio que compete al legislador y al Presidente de la República. Así, la Corte Suprema ha señalado que: “la potestad reglamentaria del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (...) debe guardar conformidad con lo regulado por el legislador pues lo contrario significaría contravenir la reserva legislativa que el constituyente ha establecido para la regulación de las actividades económicas” (rol 30190-2014, considerando 10°). Respecto a la relación entre las instrucciones de carácter general y la potestad reglamentaria del Presidente de la República, ver REGCOM, p. 22 (“Las instrucciones generales no pueden contradecir las normas que dicta el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria, es decir, son de rango inferior a las que dicta el Presidente, en cuanto la norma habilitante o que da origen a la potestad reglamentaria del Presidente es la Constitución (artículo 32 N° 6), y la norma que da origen a la potestad normativa del TDLC es la ley (artículo 18 N° 3 DL 211)”).

37 Cabe notar que esta interpretación expansiva del ámbito de acción de la Corte Suprema tiene una particularidad en materia de telecomunicaciones. En efecto, a diferencia de otras materias que llegan a la revisión del máximo tribunal (vía acción de protección) y que pueden incidir en mercados sujetos a regulación sectorial, en la industria de telecomunicaciones no es usual que existan derechos constitucionales involucrados (más allá del derecho de propiedad). Así, por ejemplo, en materia de productos farmacéuticos de alto costo, el derecho constitucional a la vida e integridad física (artículo 19 N°1 de la Constitución), le ha permitido a la Corte establecer, vía acción de protección, obligaciones de suministro y financiamiento que recaen sobre la Administración (p. ej., Ministerio de Salud y Servicios de Salud) y que van más allá de la regulación legal y administrativa existente (p. ej., Sentencia Corte Suprema, Rol 129209-2020). Cabe notar que este escenario podría cambiar en caso de incorporarse al catálogo de derechos constitucionales el derecho a la “conectividad digital” y al acceso a las tecnologías de la información, lo que le podría dar a la Corte Suprema una suerte de “resorte constitucional” para pronunciarse sobre aspectos de la industria de telecomunicaciones, de manera más directa.

“(…) la sentencia recaída en los autos rol N° 4797-2008, estableció tal límite exclusivamente para la licitación de la banda 2100 (3G), sin que éste pueda ser considerado como un límite general que rebasó el referido concurso, no sólo por impedirlo el artículo 3° del Código Civil, sino porque además no pueden los tribunales de justicia atribuirse competencias de las que carecen. En efecto, **estimar que el límite de 60 MHz se impuso como una medida general para el mercado de las telecomunicaciones, implica admitir que esta Corte reguló el mercado a través de una sentencia, cuestión que resulta inadmisibles**” (párr. 3°) (ennegrecido agregado).

Sin embargo, como se discutirá en las secciones siguientes, el efecto expansivo de las sentencias de la Corte Suprema no es el único factor que puede introducir incertidumbre en el diseño institucional chileno de libre competencia. En efecto, una cosa es hasta dónde se extiende el efecto de una sentencia pronunciada por la Corte, y otra cosa es hasta dónde se extiende el ámbito de materias que puede decidir dicho órgano revisor.

Es plausible sostener que este segundo problema se genera por la indefinición normativa de la naturaleza jurídica del recurso de reclamación en el DL 211 y la consecuente ambigüedad que dicha circunstancia produce para la determinación del ámbito de revisión que puede ejercer la Corte Suprema. Como se verá, este diseño deficitario del recurso en comento ha dificultado -en este y otros casos de telecomunicaciones- la aplicación de un grado de deferencia óptima en la interacción entre el TDLC y el máximo tribunal.

## IV. EL DESAFÍO DE LA DEFERENCIA DE LA CORTE SUPREMA ANTE LAS DECISIONES DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA

En materia de revisión judicial, la deferencia se refiere a la decisión de un órgano revisor de “rehusar considerar el mérito legal de la interpretación utilizada en la decisión de la instancia previa”<sup>38</sup>. Como explican Tapia y Cordero, la deferencia y la no-deferencia son en realidad dos extremos de un espectro, siendo una cuestión de grado (es decir, en lugar de ser o no deferente, se puede ser “más” o “menos” deferente). En el extremo de la no-deferencia, el órgano revisor simplemente sustituye la decisión del órgano revisado por aquella que el primero considera más correcta, tomando en cuenta todos los aspectos del caso (es decir, tanto los hechos como el derecho)<sup>39</sup>. En el extremo de la deferencia, el órgano revisor simplemente hace suya la decisión del órgano revisado, tanto en su resultado como en sus fundamentos de hecho y derecho.

La no-deferencia constituye un problema para el esquema institucional chileno de libre competencia pues las características orgánicas de la Corte Suprema la constituyen como un revisor de carácter *generalista*, mientras que las características orgánicas del TDLC lo constituyen como un órgano *especializado* en materias de libre competencia (particularmente por su integración mixta, que involucra a tres abogados y a dos economistas)<sup>40</sup>. Además, como apunta Medel, dado que la distribución de las capacidades orgánicas de los tribunales y de las agencias administrativas la realiza el legislador, la no-deferencia adolece de un problema de déficit democrático<sup>41</sup>.

38 Tapia, Javier y Cordero, Luis (2015). *La Revisión Judicial de las Decisiones Regulatorias*, Estudios Públicos 193, p. 31.

39 Ídem. Además, ver Agüero, Francisco (2022). *El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como un contencioso-administrativo, Una forma de control judicial de la intervención estatal en la economía*, ediciones DER, p. 121 (“la Corte Suprema actúa como tribunal de instancia, conociendo tanto cuestiones de hecho como de derecho respecto de las decisiones jurisdiccionales que adopta el TDLC”).

40 Agüero, p. 92 (“Desde una perspectiva comparada, el diseño por el que se optó para el TDLC es el de un tribunal especializado en derecho de la competencia. Es el modelo que implica mayor sofisticación y que se enfrenta a la falta de *expertise* económica de jueces *generalistas*”).

41 Medel, Catalina (2019). *Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema sobre la Banda 700 MHz: Una cuestión de diseño institucional*, Anuario de Derecho Público UDP, p. 312 (“La deferencia es al final el respeto al diseño institucional escogido por el legislador. Así, cuando un revisor es deferente hay un respeto a la forma en que los legisladores han delegado poderes para tomar decisiones de políticas públicas. No es deferente cuando reemplaza las decisiones de las agencias, tomando las cortes las decisiones de políticas públicas que fueron

Por estas razones, es razonable sostener que la interacción óptima entre ambos órganos jurisdiccionales consistiría en una revisión ajustada al ámbito en el cual el órgano revisor (la Corte Suprema) tiene una mayor *expertise*. Esto ocurre, por ejemplo, respecto a cuestiones de debido proceso (p. ej., observancia del derecho de defensa del demandado), conflictos de competencia entre órganos, ciertos aspectos asociados a la calificación del daño indemnizable o asuntos que involucren la constitucionalidad de normas jurídicas<sup>42</sup>. En otras palabras, en estas materias la Corte Suprema bien podría ser menos deferente con el TDLC.

En este sentido, como sugieren Tapia y Cordero: “el estándar de revisión debiera ser diseñado ‘a la medida’ de la naturaleza del órgano revisor, dados los incentivos que genera dicha naturaleza. De este modo, si el revisor es generalista (...) en principio el estándar de revisión no debiera permitirle ir más allá de las cuestiones de derecho, como una forma de restringir la “tentación” de desviarse de dicha deferencia”.<sup>43</sup>

Pues bien, ¿cómo ha sido la interacción efectiva entre la Corte Suprema y el TDLC, desde el punto de vista de la deferencia? En una investigación publicada por CeCo UAI en mayo de 2022<sup>44</sup> (en adelante, la “**Investigación CeCo**”), se ofrece estadística acerca de los casos en que la Corte Suprema no fue deferente con el TDLC, considerando como periodo de estudio el que va desde la instalación del TDLC (2004) hasta diciembre de 2021.

En la investigación se consideraron dos grados de “no-deferencia”. De acuerdo al primer grado, la no-deferencia se midió en base a los casos en que la Corte Suprema revocó las sentencias o resoluciones emanadas del TDLC, sin considerar las razones de dicha decisión. De acuerdo al segundo grado (que es más preciso), la no-deferencia se midió por los casos en que la Corte Suprema revocó las sentencias o resoluciones en base a su propia línea de argumentación, es decir, utilizando razonamientos diferentes a los ofrecidos por la FNE durante el procedimiento ante el TDLC, o bien, diferentes a los contenidos en el voto de minoría de la sentencia o resolución del TDLC revocada.

En estos términos, la Investigación CeCo reveló que, en procedimientos contenciosos, la no-deferencia de primer grado fue de un 17%<sup>45</sup>, mientras que en procedimientos no-contenciosos la no-deferencia de primer grado fue de un 37,5%<sup>46</sup>. Por otro lado, respecto a la no-deferencia de segundo grado, si se considera el universo total de decisiones del TDLC que fueron objeto de reclamación (y no solo los casos que fueron revocados), el porcentaje de no-deferencia en procedimiento contenciosos fue de 9,4%<sup>47</sup> y en procedimientos no-contenciosos fue de 19%<sup>48</sup>. Ahora bien, si la no-deferencia de segundo grado se mide no ya en el universo total de decisiones del TDLC que fueron objeto de reclamación, sino en el sub-conjunto de decisiones revocadas (considerando procedimientos contenciosos y no-contenciosos), el resultado asciende a 56%<sup>49</sup>.

---

delegadas a otros entes”). Con todo, en un contrapunto a la idea anterior, Pardow sugiere que la decisión respecto a las capacidades y autonomía de un agente (órgano administrativo o tribunal especializado) puede perder legitimidad si aquella no es resultado de un consenso mayoritario sino de un atrincheramiento de carácter ideológico. Ver Pardow, Diego (2018). ¿Control o Autonomía? El debate sobre agencias regulatorias independientes, *Revista de Derecho*, Vol. XXXI, N°2, p. 200 (“la pérdida de legitimidad sería pequeña, toda vez que la política implementada es similar al promedio que resultaría de la alternancia en el poder entre las distintas coaliciones en disputa. Por el contrario, la pérdida de legitimidad es importante cuando la independencia es resultado del atrincheramiento. No solamente existe un desacople inicial entre la voluntad mayoritaria y las políticas implementadas por la agencia, sino que la autonomía limita la capacidad del ciclo electoral para corregir ese desacople”).

42 Es plausible sostener que en estas materias la Tercera Sala de la Corte Suprema (Sala Constitucional y Contencioso Administrativa) es más especializada que el TDLC. Agüero, p. 124 (“Luego, a menor especialidad del TDLC, mayor revisión por jueces generalistas especializados en cuestiones de derecho público”).

43 Tapia y Cordero, p. 38.

44 CeCo UAI, “Grado de deferencia de la Corte Suprema con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, *Investigaciones CeCo* (mayo, 2022). Disponible en: <https://centrocompetencia.com/ceco-uai-grado-de-deferencia/>.

45 Este 17% representa 20 sentencias del TDLC (de un universo de 117 sentencias que fueron impugnadas mediante el recurso de reclamación). Investigación CeCo, p. 4.

46 Este 40% representa 6 resoluciones del TDLC (de un universo de 16 resoluciones que fueron impugnadas mediante el recurso de reclamación). Investigación CeCo, p. 4.

47 Este 9,4% representa 11 sentencias del TDLC (de un universo de 117 sentencias que fueron impugnadas mediante el recurso de reclamación). Investigación CeCo, p. 25.

48 Este 19% representa 3 resoluciones del TDLC (de un universo de 16 resoluciones que fueron impugnadas mediante el recurso de reclamación). Investigación CeCo, p. 25.

49 Este 56% representa 14 decisiones del TDLC, de un universo de 26 decisiones que fueron impugnadas mediante el recurso de reclama-

Estas cifras demuestran que, si bien históricamente la Corte Suprema ha sido deferente con el TDLC, si se examina el sub-conjunto de casos revocados, prima más la no-deferencia (de segundo grado) que la deferencia. En otras palabras, cuando la Corte Suprema decide revocar una decisión del TDLC, tiende más a hacerlo por sus propios argumentos que considerando los argumentos de los órganos especializados (es decir, de la FNE o del TDLC en su voto de minoría). Esto también encuentra correlato en los resultados de la Encuesta de Percepción de Autoridades, elaborada por CeCo los años 2024 y 2025<sup>50</sup>, en la cual se muestra que la Corte Suprema fue percibida como el órgano menos deferente de un total de 24 órganos revisores en materia de libre competencia (tanto de naturaleza judicial como administrativa), distribuidos en siete países de Latinoamérica. De un total de 7 puntos, el puntaje obtenido por la Corte el año 2024 fue de apenas 2,53<sup>51</sup>, mientras que el 2025 fue de 2,60.

A mayor abundamiento, la Investigación CeCo destacó que el mercado de telecomunicaciones es el más representativo de los casos de no-deferencia de segundo grado, representando un 17% de las sentencias revocadas en procedimientos contenciosos<sup>52</sup> y un 38% de los casos no-contenciosos<sup>53</sup>. Esta propensión del sector de telecomunicaciones a culminar en revocaciones no-deferentes, ha sido advertido por Medel en los siguientes términos: "(...) si bien el diseño institucional elegido por el legislador determina que sean la Subtel y el TDLC quienes tomen las decisiones en materia de libre competencia, el sistema recursivo y la interpretación que ha realizado la Corte Suprema de dicho sistema, ha definido que sea ésta quien se erija como el tercer regulador en materia de telecomunicaciones"<sup>54</sup>.

Para la materia específica de este artículo, cabe notar que la Investigación CeCo calificó la Sentencia de 2009 (que revocó la Resolución N°27/2008 del TDLC) como un caso de deferencia de segundo grado, pues si bien la Corte revocó la sentencia del TDLC, lo hizo en base a la línea argumental sostenida por la FNE durante el procedimiento (que propuso el límite máximo de tenencia de espectro radioeléctrico de 60 MHz)<sup>55</sup>. Por análogas razones, el estudio calificó la Sentencia de 2018 como un caso de no-deferencia de segundo grado<sup>56</sup>. Esta calificación es correcta pues en este segundo caso la Corte Suprema siguió su propia línea argumental, sin concurrir con la FNE ni tampoco con un voto de minoría del TDLC (la Sentencia N°154/2016 fue dictada de manera unánime).

Esta línea argumental propia de la Corte Suprema se plasmó especialmente en dos razonamientos: **(i)** considerar que sí había dominancia (no individual, pero sí conjunta), y **(ii)** estimar que el límite de 60 MHz fijado por la Corte Suprema en la Sentencia de 2009 tenía aplicación general y hacia el futuro. En efecto, la FNE no sugirió ninguna de estas dos ideas durante el procedimiento.

Teniendo a la vista este diagnóstico, cabe pasar ahora a analizar la configuración procesal del recurso de reclamación de los artículos 31 inciso final y 27 del DL 211, para luego revisar cómo ésta incidió en la Sentencia de 2018, así como también en una sentencia posterior de la misma Corte, dictada el año 2020.

---

ción y, además, revocadas por la Corte Suprema. A su vez, estas 26 corresponden a 20 sentencias en procedimientos contenciosos y 6 resoluciones de procedimientos no-contenciosos. Investigación CeCo, p. 5.

50 En colaboración con el Competition Law Center de la George Washington University y, en particular, con Alejandro Ibarra.

51 CeCo UAI (2024), Estudio de Percepción de Abogados Practicantes Respecto de la Institucionalidad y Autoridades de Libre Competencia, p. 58. Disponible en línea: <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2024/04/Informe-Encuesta-CeCo-2024-1.pdf>

52 Este 17% representa 4 sentencias del TDLC (de un universo de 20 sentencias que fueron impugnadas mediante el recurso de reclamación y, además, revocadas por la Corte Suprema). Investigación CeCo, p. 14.

53 Este 38% representa 2 sentencias del TDLC (de un universo de 6 sentencias que fueron impugnadas mediante el recurso de reclamación y, además, revocadas por la Corte Suprema). Investigación CeCo, p. 18.

54 Medel, p. 305.

55 Investigación CeCo, p. 22.

56 Investigación CeCo, p. 22.

## V. EL DESAFÍO DE LA GENUINA CONFIGURACIÓN DEL RECURSO DE RECLAMACIÓN

En esta sección se argumentará que el problema de la no-deferencia se genera por la indefinición de la naturaleza jurídica del recurso de reclamación del DL 211, proponiendo formas de corregir este problema.

### 5.1. El recurso de reclamación y la actividad regulatoria en los casos de espectro radioeléctrico

Como señalan Rojas y Silva, el DL 211 no establece la esfera de conocimiento que el recurso de reclamación otorga a la Corte Suprema, *qua* órgano revisor de las decisiones del TDLC. Asimismo, la historia fidedigna de la Ley 19.911, que crea al TDLC e incorpora este recurso al ordenamiento, si bien deja constancia de una variedad de opiniones asociadas a la nomenclatura “reclamación”, no aclara su naturaleza jurídica<sup>57</sup>. Es decir, no aclara si se trata de un recurso de doble instancia (como el de apelación) o uno de derecho estricto (como el de casación en la forma o en el fondo, o el de nulidad en materia penal).<sup>58</sup>

Esta indefinición jurídica ha permitido que la Corte Suprema haya utilizado el recurso como base procesal habilitante para asumir distintos roles como revisor, sin dar mayores pistas para predecir el grado de revisión que asumirá. Como sugieren Tapia y Cordero: “(...) en la práctica, el recurso [de reclamación] funciona de manera “plástica”, moldeable a la sola voluntad de la Corte, dependiendo del tipo y características del caso concreto”<sup>59</sup>.

En materia de telecomunicaciones, y particularmente en los casos que fueron referidos en la primera sección de este artículo, la Corte ha afirmado para sí una competencia revisora amplia. En otras palabras, ha asumido que el recurso de reclamación tiene la naturaleza jurídica de un recurso de apelación (pudiendo entonces revisar no solamente el derecho, sino también los hechos), el que, además, conferiría lo que la doctrina procesal denomina como *segundo grado de competencia* (aunque también hay razones para pensar que la Corte aplica el tercer grado de competencia). Como se explicará a continuación, esto no es coherente con la especialización del TDLC.

El grado de competencia del tribunal revisor se refiere a las materias a las cuales éste puede referirse, tanto en relación con la sentencia de primera instancia que se está examinando, como con los asuntos discutidos por las partes ante el órgano de primera instancia. En el primer grado de competencia, el órgano revisor sólo puede pronunciarse sobre las materias que se hubieren discutido en primera instancia y, además, que hayan sido objeto de pronunciamiento en la sentencia de primera instancia<sup>60</sup>. El segundo grado de competencia implica que el órgano revisor puede pronunciarse sobre las materias que se hubieren discutido en primera instancia por las partes, aun a pesar de que éstas no hayan sido objeto de pronunciamiento en la sentencia de primera instancia<sup>61</sup>. Finalmente, el tercer grado

57 Rojas, Camilo y Silva, Antonia (2022). *Un análisis del rol de la Corte Suprema en el sistema chileno de libre competencia a partir del recurso de reclamación*, Revista de Derecho Económico, Vol. 79, N°1, pp. 31-32.

58 A modo de ejemplo, en la historia de la Ley 20.600 (que crea los Tribunales Ambientales), el profesor Raúl Tavolari se refirió a la indefinición jurídica del recurso de reclamación del DL 211 advirtiendo que: “este recurso ha generado muchas dificultades porque la jurisprudencia ni la ley han precisado la naturaleza misma de esa vía de impugnación. Por lo tanto, no se sabe con claridad si se le aplica el estatuto de la apelación u otro, descartándose, obviamente, el de la casación”.

59 Tapia y Cordero, p. 57.

60 Este es el grado de competencia que tiene la Corte de Apelaciones que conoce de un recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia definitiva de primera instancia, pronunciada por un tribunal civil en un juicio ordinario de mayor cuantía (artículos 160 y 208 del Código de Procedimiento Civil).

61 El ejemplo clásico de este grado de competencia es el que tiene la Corte de Apelaciones que conoce de un recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia definitiva de primera instancia pronunciada en un juicio sumario (conforme al artículo 692 del Código de Procedimiento Civil. Ver Hunter, Iván y Lara, Edison (2021). *Recursos Procesales Civiles, Doctrina y Jurisprudencia*, ediciones DER, pp. 253-254.

de competencia implica que el órgano revisor puede pronunciarse sobre cualquier materia que sea pertinente respecto del caso, aun cuando esta no hubiere sido discutida en primera instancia por las partes, ni haya sido objeto de pronunciamiento en la sentencia de primera instancia<sup>62</sup>.

Es importante notar que existe una relación -a lo menos indirecta- entre grado de competencia y deferencia, pues mientras más alto es el grado de competencia, más discrecionalidad tendrá el revisor para no ser deferente con el órgano de primera instancia. En palabras simples, el punto es quién “raya la cancha” de lo que puede ser revisado. En el primer grado de competencia la cancha la raya el tribunal que dicta la sentencia revisada (i.e., el TDLC), de modo que la Corte podrá confirmar o revocar estos puntos, pero sin poder referirse a otros no contemplados en la sentencia impugnada. En el segundo grado de competencia, la cancha la rayan tanto el tribunal como las partes a través de los puntos que estas someten a discusión durante el proceso. Finalmente, en el tercer grado de competencia la cancha sencillamente no tiene rayas de demarcación, o más bien, estas se confunden con el “asunto” sobre el que versa la controversia.

De este modo, un diseño del sistema recursivo coherente con la especialización del órgano cuyas decisiones se revisan sugiere implementar, para la generalidad de los casos, el primer grado de competencia. Esto pues la especialización del órgano permitiría confiar en que los puntos sobre los que este elige pronunciarse son los correctos (es decir, siguiendo el lenguaje coloquial del párrafo anterior, se confía en que el órgano especializado “rayará bien la cancha”).

En contraste, si el órgano de primera instancia es generalista (es decir, no es especializado), será más coherente adoptar el segundo o tercer grado de competencia, al menos respecto a materias que requieran un saber especial en atención a su complejidad técnica. Esto pues, ante su falta de especialización, es probable que el órgano en cuestión no elija los puntos correctos –“no raye bien la cancha”-, por ejemplo, haciendo caso omiso de un punto pertinente levantado por una parte durante el proceso. Bajo este escenario, es imprescindible que el órgano revisor tenga la oportunidad de corregir dicha omisión.

Teniendo a la vista lo anterior, veamos ahora las sentencias relevantes que ha dictado la Corte Suprema en los casos de telecomunicaciones señalados al comienzo. Si bien la Sentencia del 2018 no dedica ninguno de sus considerandos a explicitar su comprensión del recurso de reclamación, sí lo hace, de manera precisa, la Sentencia del 2009. Esta última sentencia parte de la premisa que el artículo 31 del DL 211 “no precisa la naturaleza jurídica” del recurso en cuestión, lo que “trae la necesidad de fijar el alcance de este medio de impugnación para determinar el ámbito de competencia de esta Corte (...)”<sup>63</sup>. Así, en su Considerando 5º, el fallo en comento afirma:

“Que según se desprende de la historia fidedigna del establecimiento del recurso de reclamación -tal como aparece de la discusión producida en las distintas etapas de gestación de la ley- la Corte Suprema puede en virtud de este medio de impugnación **revisar íntegramente los fundamentos que tuvo en cuenta el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para arribar a su decisión, incluyendo el análisis jurídico y económico que ha permitido arribar a la resolución del asunto de que dicho tribunal conoce**” (ennegrecido agregado).

Hasta aquí, pareciera que la Sentencia de 2009 asume que el recurso de reclamación le confiere el primer grado de competencia (el más restringido), pues el centro de gravedad de la revisión se encontraría en los fundamentos que consideró el TDLC “para arribar a su decisión”, sin extenderse a los

---

62 Un ejemplo de esto, aunque ya derogado, es el recurso de apelación dictado en contra de una sentencia de primera instancia bajo el antiguo procedimiento penal (artículo 527 del antiguo Código de Procedimiento Penal: “el tribunal de alzada tomará en consideración y resolverá las cuestiones de hecho y las de derecho que sean pertinentes y se hallen comprendidas en la causa, aunque no haya recaído discusión sobre ellas ni las comprenda la sentencia de primera instancia”).

63 Considerando 5º de la Sentencia de 2009.

puntos discutidos por las partes. Sin embargo, si se observan los considerandos siguientes del fallo, resulta claro que el grado de competencia que operó es el segundo (sino el tercero). Así, en el considerando 7° de la Sentencia de 2009 se indica que:

“(…) la Corte Suprema puede examinar entonces no sólo las condiciones impuestas en el proceso, **sino también la globalidad de la materia del asunto resuelto**, y ello en razón tanto de la estrecha vinculación existente entre dicha materia y las condiciones que se determinen o que puedan determinarse, como de las situaciones de influencia recíproca que pueden producirse entre ellas” (ennegrecido agregado).

A mayor abundamiento, en su considerando 8°, el fallo en comento remata:

“(…) del texto del artículo 31 del Decreto Ley N° 211 **no se advierte la imposición de limitaciones a la actividad jurisdiccional de esta Corte** que ha sido puesta en movimiento a través del recurso de reclamación. El citado precepto legal sólo restringe su procedencia en relación a las resoluciones que son susceptibles del mismo, pero **no establece limitaciones que pudiesen afectar a la Corte Suprema en el conocimiento y decisión del recurso**. De tal manera, requerida su intervención, **ésta puede conocer del asunto en su integridad** (ennegrecido agregado).

Estos últimos considerandos revelan que la revisión de la Corte, a propósito de la reclamación, no se limita a los puntos resueltos por la sentencia de primera instancia, sino que bien puede extenderse al “asunto en su integridad”. Con todo, la Corte no especifica si por “asunto” se refiere a los puntos de hecho y derecho sometidos al proceso por las partes (lo que equivaldría al segundo grado de competencia), o bien, a cualquier punto que sea pertinente, aun no habiendo sido discutido por las partes (en cuyo caso se trataría del tercer grado de competencia). En favor de esta última interpretación se encontraría la afirmación de la Corte de que el artículo 31 del DL 211 “no establece limitaciones”. De forma análoga, en otros casos la Corte ha señalado que el recurso de reclamación “otorga plena competencia a esta Corte para conocer de la materia referida”<sup>64</sup>, lo cual también sugiere que se trataría, según declaración de la propia Corte, del tercer grado de competencia.

Ahora bien, es importante notar que el razonamiento de la Sentencia de 2009 sobre el alcance de la revisión que permite el recurso de reclamación, no corresponde a un criterio aislado en la jurisprudencia de la Corte. En efecto, éste ha sido reiterado y citado explícitamente en causas posteriores y de gran relevancia. En este sentido se pueden mencionar las siguientes: **(i)** sentencia dictada en causa rol 1531-2018, *Requerimiento de la FNE contra CMPC Tissue S.A.* (Considerando 23°); **(ii)** sentencia dictada en causa rol 24828-2018, *Consulta de Farmacias Cruz Verde S.A. sobre Merchant Discount de Transbank S.A.* (Considerando 17°); **(iii)** sentencia dictada en causa rol 125433-2020, *ItauCorpbanca con Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* (Considerando 25°); y **(iv)** sentencia dictada en causa rol 181-2020, *Wom S.A. con Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* (Considerando 20°)<sup>65</sup>.

La última sentencia mencionada es de particular relevancia para este artículo, toda vez que se refiere, al igual que la Sentencia de 2009 y la Sentencia de 2018, a un procedimiento de tenencia de espectro radioeléctrico. Se trata de la Sentencia de 2020, dictada por la Corte Suprema el 13 de julio de 2020 en la causa rol 181-2020, que revocó la Resolución N°59/2019 del TDLC, que a su vez fue dictada con ocasión de una consulta presentada por

---

64 Considerando 23° de sentencia Corte Suprema, rol 1531-2018 (ver ficha-resumen de la misma publicada en CeCo/UAI, en <https://centrocompetencia.com/jurisprudencia/fne-c-cmpc-sca-colusion-tissue-2020/>). Asimismo, ver Considerando 17° de la sentencia dictada en causa rol 24828-2018 (ver ficha-resumen de la misma publicada en CeCo/UAI, en <https://centrocompetencia.com/jurisprudencia/cruz-verde-merchant-discount-transbank-2019/>).

65 En todos estos considerandos se replican los considerandos 6° y 7° de la Sentencia de 2009.

Subtel (procedimiento no-contencioso). Esta consulta precisamente se presentó por dicho órgano administrativo para que el TDLC se pronunciase sobre su propuesta de modificar el límite máximo de espectro radioeléctrico establecido en la Sentencia de 2009 (i.e., 60 MHz) y que puede tener cada operador de servicio de telefonía móvil. Lo anterior, por haber variado las circunstancias -regulatorias, tecnológicas y económicas- de la industria.

Cabe agregar que, en su consulta, la Subtel también pidió al TDLC pronunciarse sobre una serie de condiciones o medidas, de carácter regulatorio, que tenían por objeto complementar los límites de espectro radioeléctrico para mejorar, en general, la libre competencia (en adelante, “Medidas Complementarias”).<sup>66</sup> Ahora bien, la misma Subtel durante el procedimiento manifestó su intención de no perseverar en la consulta de estas medidas (alineándose así con la FNE, que estimaba que la discusión de estas medidas excedía el procedimiento de consulta).

La Resolución N°59/2019 del TDLC acogió en parte la materia consultada por Subtel y fijó nuevos límites de tenencia de espectro radioeléctrico (*caps*). Esos límites se fijaron como porcentuales (es decir, no guarismos nominales) y para diferentes “macro-bandas” (es decir, no de forma genérica para todas las frecuencias)<sup>67</sup>. Por otro lado, el TDLC no se pronunció sobre las Medidas Complementarias, por estimar que éstas, atendido su carácter eminentemente regulatorio (es decir, abstracto y general), excedían la competencia de un procedimiento de consulta (limitado a la revisión de un hecho, acto o convención específico, de acuerdo al artículo 18 N°2 del DL 211). En este punto, el voto unánime del TDLC afirmó que “es el regulador sectorial el encargado de definir los objetivos de política pública”<sup>68</sup>, y que “el límite a las condiciones que se puede fijar en un procedimiento no-contencioso iniciado por una consulta dice relación con que en esta clase de proceso no es posible reglar de manera general un mercado”<sup>69</sup>.

De este modo, el TDLC fue cuidadoso en no pronunciarse respecto de asuntos que, a la vez que excedían el marco de un procedimiento de consulta, se enmarcaban en políticas de regulación sectorial (esto es, políticas orientadas a resolver fallas de mercado o regulatorias que se originan por elementos estructurales de una industria determinada).

Pues bien, la Corte Suprema, conociendo de los recursos de reclamación interpuestos por CONADECUS y Netline Mobile S.A., revocó la sentencia del TDLC. Si bien mantuvo la fijación de límites porcentuales (y no nominales), modificó el límite fijado por el TDLC para la macro-banda baja (de 35% a 32%)<sup>70</sup> y, además, se

---

66 Algunas de estas medidas eran: (i) establecer la obligación de los incumbentes de proveer *roaming* nacional a operadores asignatarios de frecuencia en etapa de despliegue; (ii) establecer la obligación de los incumbentes de tener actualizada una oferta de facilidades y reventa de planes para OMV; (iii) deber de compartición de infraestructura pasiva de los incumbentes; (iv) monitoreo de estas obligaciones por la Subtel y la FNE; (v) en todo concurso se debería exigir un plan de uso efectivo del espectro. Se trataba en consecuencia de medidas ajenas a un “hecho, acto o contrato” específico, refiriéndose en cambio a la generalidad del mercado.

67 Párrafos 156-166 de la Resolución N°59/2019 del TDLC. Cabe notar que, desde una perspectiva técnico-económica, resulta más conveniente fijar *caps* por tipo de banda, y no de forma general para todas las bandas. En efecto, el tipo de banda incide en el grado de sustitución entre (cantidad de) espectro y (cantidad de) infraestructura. En efecto, como regla general, mientras más espectro tenga un operador, menor infraestructura (es decir, estaciones y antenas) requerirá, pues la alta cantidad de espectro le brindará una mayor capacidad de transmisión. Sin embargo, esta regla general debe matizarse en atención a la banda de espectro de que se trate. Esto pues, tal como ya se indicó, las bandas de alta frecuencia tienen menos cobertura que las de baja frecuencia, de modo que requieren de más infraestructura para funcionar. En consecuencia, un operador con alta cantidad de espectro de baja frecuencia tendrá menores costos de infraestructura que un operador que tenga menor cantidad de espectro y bandas de alta frecuencia (que enfrentará altos costos de infraestructura). Al respecto, ver Butelmann Consultores (2019), *Informe Límites a la tenencia de espectro radioeléctrico*, documento acompañado ante el TDLC en la causa rol NC-448-2018, p. 34 (“...el espectro radioeléctrico no sólo es la principal barrera de entrada al mercado de la provisión de servicios de comunicaciones móviles, sino que la cantidad y tipo de espectro de que dispone cada operador -esto es, su portafolio de espectro- determina sus costos de prestar servicios y su calidad. De ahí la importancia de que los límites a la tenencia de espectro sean diferenciados por tipo de banda”).

68 Párrafo 57 de la Resolución N°59/2019 del TDLC. En este mismo párrafo el TDLC agregó que: “Las obligaciones aplicables a una industria cuyo objetivo es corregir eventuales fallas persistentes y generales de un mercado, solo se pueden establecer en virtud del ejercicio de la facultad de dictar instrucciones de carácter general, contemplada en el artículo 18 N° 3 del D.L. N° 211, y no cuando se consulta un hecho, acto o contrato”.

69 Párrafo 58 de la Resolución N°59/2019 del TDLC (ver ficha-resumen publicada por CeCo/UAI, en <https://centrocompetencia.com/jurisprudencia/subtel-limite-espectro-radioelectrico-2020/>).

70 El TDLC había fijado como límite de tenencia de espectro el 35%, y no el 32% (como sugería Subtel) pues dicho límite impedía la participación de los incumbentes con tenencias superiores al 32%, afectando así la competencia “por la cancha”. Ver párrafo 158 de la Resolución

pronunció sobre las Medidas Complementarias. Al respecto, cabe notar que la Corte era consciente de que estas medidas envolvían un efecto regulatorio, razón por la cual ella misma advirtió que:

“(...) esta Corte Suprema se limitará a analizar las propuestas originales de la Subtel (...) **desde una perspectiva estrictamente competitiva, sin inmiscuirse en asuntos técnicos** que no han sido sometidos a la competencia de este tribunal, por lo cual estos últimos quedan entregados a la decisión de la autoridad regulatoria (...)” (en negrecido agregado)<sup>71</sup>.

Sin embargo, a pesar de esta prevención y sobre la base de que los límites de espectro radioeléctricos no resultaban suficientes para asegurar la existencia de un mercado competitivo, el voto de mayoría de la Corte acogió 5 de las 7 Medidas Complementarias<sup>72</sup>. De este modo, la Corte, en el ejercicio de su función jurisdiccional, se inmiscuyó en aspectos regulatorios que tanto la FNE como la Subtel decidieron no someter al conocimiento y fallo del TDLC.

Al respecto, Rojas ha criticado la Sentencia de 2020 señalando que la amplitud de la competencia que la Corte Suprema reclama para sí, en el sentido de que puede referirse a todos los aspectos analizados por el TDLC, malamente puede entenderse como “una competencia para regular en general un mercado”<sup>73</sup>. Además, señaló que “en este caso no se discutía la pertinencia de la revisión de las condiciones establecidas por el TDLC o su reemplazo por otras, sino la competencia específica para conocer de medidas solicitadas por la Subtel, que de acuerdo a ese tribunal excedían el alcance de la consulta presentada”<sup>74</sup>.

El voto de minoría de la Sentencia de 2020 sigue el mismo razonamiento de Rojas, por lo que resulta interesante contrastarlo con el voto de mayoría. En efecto, el voto de minoría, de las ministras María Eugenia Sandoval (quien ya había emitido un voto de minoría en la Sentencia de 2018) y Ángela Vivanco, adoptó un enfoque deferente para con el TDLC, instando a rechazar íntegramente las reclamaciones interpuestas.

Las señaladas ministras partieron razonando que la competencia de la Corte Suprema, al conocer el recurso de reclamación, se encontraba restringida por la competencia del TDLC al conocer de la consulta. Así, en una línea argumental similar al voto de minoría de la ministra Sonia Araneda en la Sentencia de 2009 (ya citado arriba), las ministras Sandoval y Vivanco afirmaron:

“(...) el hecho que esta Corte tenga facultades amplias para conocer en un proceso de consulta de una decisión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia **no significa, a nuestro juicio, que no existan ciertos límites** necesariamente aplicables de acuerdo a la materia consultada. En lo particular, la motivación y fundamento que tuvo el TDLC para dictar su resolución fue lo ordenado por esta Corte acerca de la necesidad de consultar a dicho organismo acerca de la modificación del límite máximo del espectro radioeléctrico que puede tener cada operador (...) En consecuencia, **es ése el ámbito de competencia del TDLC y, por cierto, el de esta Corte al pronunciarse sobre lo resuelto por éste y, a su vez, reclamado**”<sup>75</sup>.

Luego, el voto de minoría se alineó con el TDLC en que no era procedente pronunciarse sobre las Medidas Complementarias. Esto por dos razones: **(i)** estas medidas correspondían a una política regulatoria sectorial, resultando ajenas a un procedimiento de consulta de un hecho o acto específico<sup>76</sup>, y **(ii)** el mismo órgano

N°59/2019.

71 Considerando 20° de la Sentencia de 2020.

72 Considerandos 23°-55°.

73 Rojas, Nicolás (2020). *Telecomunicaciones, Supremo Regulator*. Columna publicada en El Mercurio Legal el día 7 de agosto de 2020.

74 Ídem.

75 Párrafo 10 del voto de minoría de la Sentencia de 2020.

76 Al respecto, cabe notar que este criterio fue el observado en la sentencia dictada por la Corte Suprema el 8 de agosto de 2022, al acoger

sectorial que en un principio propuso al TDLC conocer de estas medidas, luego desistió de dicha pretensión. Al respecto, el voto de minoría explica:

“(…) siendo **SUBTEL un regulador técnico de telecomunicaciones** y no de libre competencia, es a nuestro juicio, suficiente argumento para desechar tanto en el fondo como en la forma tal solicitud adicional [las Medidas Complementarias] pero, en la especie, sucede además que **la propia autoridad interesada retiró fundadamente su petición, por lo cual resulta del todo improcedente revivirla en esta instancia**, únicamente abocada a la materia que la propia Corte Suprema ha determinado como sometida a consulta” (ennegrecido agregado)<sup>77</sup>.

En base a todo lo anterior, el voto de minoría concluyó que: “de ninguna manera es dable regular la actividad económica a que se refiere esta sentencia, a través de la potestad consultiva del Tribunal de Defensa la Libre Competencia ni a través de los fallos de esta Corte referidos a ella”.<sup>78</sup> Esta solución parece acertada pues, tal como lo hicieron ver los ministros Sandoval y Aránguiz en el voto de minoría de la Sentencia de 2018 (analizado *supra*), las sentencias judiciales no son el mecanismo idóneo para regular un mercado (y menos uno tan dinámico y complejo como el de las telecomunicaciones). En efecto, el derecho administrativo (ya sea potestad reglamentaria autónoma o delegada), por su capacidad de adaptación y aplicación general, es la técnica normativa que se adapta mejor a las necesidades regulatorias. A la inversa, el camino para modificar el criterio contenido en una sentencia judicial previa -y en particular una de la Corte Suprema- es largo y reviste significativa impredecibilidad, pues requiere atravesar procedimientos judiciales extensos y en los que el valor del precedente es escaso<sup>79</sup> (circunstancia que, a su vez, dificulta los procesos de innovación tecnológica).

A lo anterior, cabe agregar que el entendimiento expresado en el voto de minoría de las ministras Sandoval y Vivanco es el más coherente con el carácter “residual” del derecho de la competencia respecto de la regulación<sup>80</sup>. Dicho carácter residual implica que esta rama del derecho debe intervenir allí donde no existe una alternativa regulatoria que permita resolver el problema de mercado de forma más eficiente, o bien, de forma complementaria a la regulación (procurando aumentar la intensidad competitiva entre los actores). De hecho, se ha señalado que precisamente esta ha sido la forma de interacción entre regulación y competencia en el sector eléctrico<sup>81-82</sup>.

---

las reclamaciones interpuestas por ODECU y otros en contra de la Resolución 67/2021 (“Consulta de Transbank S.A. sobre el sistema tarifario”), afirmando que: “es la autoridad administrativa correspondiente y no esta sede la llamada a regular el sistema de pagos y determinar concretamente los cobros respectivos integralmente, con prontitud, entregando certeza y estabilidad a todos quienes forman parte del modelo imperante” (rol 82422-2021, Considerando 33°). Ver sentencia y ficha-resumen publicada en CeCo UAI, en <https://centrocompetencia.com/jurisprudencia/transbank-sobre-nuevo-sistema-tarifario-2021/>.

77 Ídem.

78 Ídem.

79 En efecto, para modificar el criterio contenido en una sentencia judicial dictada por la Corte Suprema es a través de la obtención de una nueva sentencia de la misma Corte (lo que supone tramitar nuevamente todas las instancias previas). Nótese que este supuesto es diferente a la modificación, ya no del criterio, sino que de la sentencia misma. Esto último solo se puede realizar a través del recurso (o acción) de revisión, regulado en el artículo 810 del Código de Procedimiento Civil (que, por lo demás, excluye su interposición respecto a las sentencias que hayan sido dictadas por la Corte Suprema conociendo de una casación o una revisión).

80 Hovenkamp, Herbert (2005), *The Antitrust Enterprise, Principle and Execution*, Harvard University Press, Inglaterra, p. 13 (“One good way to think of antitrust is as a “residual” regulator; its purpose is to promote competition to the extent that market choices have not been preempted by some alternative regulatory enterprise. Much of antitrust decision making is concerned with the proper allocation of regulatory power between the antitrust laws and other legal regimes, such as the intellectual property laws, federal telecommunications law, state regulation of public utilities, or municipal regulation of land use”).

81 REGCOM, p. 27 (“la potestad normativa del DL 211 se ha ejercido por los órganos de la competencia ante: (i) ausencia de regulaciones que pudieran afectar la competencia; (ii) existiendo regulaciones sectoriales, las instrucciones preexistentes perviven en todo lo no cubierto por dicha norma reglamentaria, (iii) abarcando aspectos contractuales de quienes son regulados por la instrucción (verbigracia: compra de un insumo y modalidad de adquisición, pese a existir precios regulados, y el traspaso del menor precio en la compra al usuario), y (iv) finalmente, complementando las regulaciones dictadas incluso en cumplimiento de instrucciones previas”).

82 En esta línea de razonamiento, en una operación de concentración en el mercado eléctrico, la FNE señaló que: “el segmento de transmisión eléctrica en el SEN corresponde a un mercado intensamente regulado, en el que las autoridades competentes fijan las principales variables competitivas (...) Lo anterior, limita el margen de actuación de los agentes del mercado, lo que, a su vez, reduce su habilidad de materializar conductas potencialmente anticompetitivas” (Rol FNE F356-2023, Informe de Aprobación, párr. 28). Ver ficha-resumen de CeCo/UAI en <https://centrocompetencia.com/jurisprudencia/sonnedix-enel-arcadia/>. De forma similar, en una operación de concentración en el mercado de isapres, la Corte Suprema aprobó la operación considerando, entre otras cosas, que: “se trata de un sector fuertemente regulado, existiendo límites y mecanismos a seguir para los aumentos de precios de los planes, lo cual atenúa el riesgo de

En este sentido, es plausible suponer que, si el regulador sectorial (la Subtel) hubiese ejercido su rol de un modo diferente respecto a la administración y control del espectro radioeléctrico<sup>83</sup>, las decisiones propiamente regulatorias sobre fijación de *caps* y Medidas Complementarias no habrían terminado recayendo sobre la Corte Suprema. Sin embargo, se debe tener presente que el rol de la Subtel se restringe a las facultades y potestades que por ley le corresponden para gestionar el espectro.

Pues bien, el alcance de las facultades de la Subtel, ya sea por diseño legislativo, o bien, por la textura abierta de toda norma jurídica, ha sido objeto de diversas discusiones (desde luego, la fijación de *caps* de espectro es una de ellas). En efecto, la forma en que la Subtel administra y controla el espectro es a través del otorgamiento de títulos habilitantes para su uso y goce (i.e., permisos, concesiones o licencias de telecomunicaciones)<sup>84</sup>. De esta forma y conforme avanza la tecnología nacional e internacional de telecomunicaciones, esta autoridad puede decidir *disponibilizar* bandas de frecuencia para la explotación de algún servicio de telecomunicaciones (p. ej., servicios de transmisión de datos o de telefonía), ofreciéndolas en concesión. Cuando esta concesión debe realizarse por concurso público<sup>85</sup>, la Subtel debe diseñar bases de licitación que hagan probable que el espectro licitado sea utilizado de forma efectiva y eficiente (lo que requiere que el operador tenga la capacidad económica y técnica para hacerlo) y, a la vez, fomente la competencia entre incumbentes y entrantes<sup>86</sup>.

En este marco, la manera en que se ponderan estos objetivos en licitaciones concretas puede dar lugar a diversos litigios<sup>87</sup>, lo que a su vez puede ralentizar el actuar de Subtel en el manejo del espectro, corriendo así el riesgo de obsolescencia frente a los cambios tecnológicos (que son cada vez más dinámicos). Asimismo, también se ha discutido (litigiosamente) acerca de las facultades que tiene Subtel para autorizar modificaciones a las prestaciones que se le han conferido a un adjudicatario en una concesión (p. ej., incorporar la prestación de transmisión de datos móviles a una concesión de espectro adjudicada para la prestación de servicios de telefonía fija)<sup>88</sup>.

Ahora bien, sin perjuicio de la discusión sobre el alcance de las facultades de la Subtel para gestionar el uso del espectro, y volviendo sobre la Sentencia de 2020, a la luz del diseño institucional del sistema de competencia chileno, la aproximación del voto de minoría parece ser la correcta. Esto pues dicho enfoque: **(i)** es deferente tanto respecto al tribunal especial (el TDLC) como al órgano sectorial (la Subtel); **(ii)** no tiene una pretensión regulatoria, sino propiamente jurisdiccional (siendo coherente con el carácter residual del derecho de la competencia); y **(iii)** si bien, al igual que el voto de mayoría, parece asumir que la reclamación es

---

conductas coordinadas que, de cualquier manera, resultan menos probables" (Rol 91429-2022, Considerando 22°). Ver ficha-resumen de CeCo/UAI en <https://centrocompetencia.com/jurisprudencia/nexus-chile-colmena-c-fne/>.

83 Cabe tener presente que el artículo 6 letra f) de la Ley 18.168, corresponde al Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (a través de la Subtel): "administrar y controlar el espectro radioeléctrico".

84 Artículo 8 de la Ley 18.168: "Para todos los efectos de esta ley, el uso y goce de frecuencias del espectro radioeléctrico será de libre e igualitario acceso por medio de concesiones, permisos o licencias de telecomunicaciones, especialmente temporales, otorgadas por el Estado". Además, ver Valdivia, José Miguel (2018), *Informe en derecho titulado "Legalidad de la Resolución Exenta N° 1.289 de la Subsecretaría de Telecomunicaciones"*, acompañado a fojas 1.308 en la causa rol NC-448-2018, ante el TDLC, p. 7 ("Conviene tener en cuenta que la autoridad administrativa no ejerce derechos de uso o de aprovechamiento respecto del espectro radioeléctrico. La ley sólo confiere a Subtel funciones de "administrar y controlar" el espectro [...] Esta función de administrar el espectro radioeléctrico se ejerce por Subtel precisamente mediante el otorgamiento de los antes mencionados títulos de aprovechamiento").

85 Artículo 13 C de la Ley 18.168: "El Ministerio, además, deberá llamar a concurso público para otorgar concesiones o permisos para servicios de telecomunicaciones en caso que exista una norma técnica, publicada en el Diario Oficial, que sólo permita otorgar un número limitado de concesiones o permisos a su respecto".

86 Estas son, de hecho, algunas de las Medidas Complementarias decretadas en la Sentencia de 2020, ya revisada previamente.

87 Por ejemplo, ver consulta presentada por Telefónica Móviles Chile S.A. ante el TDLC, por las bases de licitación del concurso 5G, rol NC 481-2020. Al respecto, ver nota de CeCo/UAI (de J. Tapia) en: <https://centrocompetencia.com/movistar-y-concurso-5g/>. Ver también la consulta presentada por la misma empresa (Telefónica) sobre la forma y oportunidad para aplicar los *caps* fijados por la Corte Suprema en la Sentencia de 2020, y la determinación de la base para calcularlos (rol NC 523-2023). Cabe señalar que esta segunda consulta fue retirada por el consultante, a causa de la entrada en vigencia de la Ley 21.678 (2024), que a su vez motivaría la dictación de un "Plan Nacional Digital" por parte de la Subtel.

88 Este es la discusión que se suscitó entre la Subtel y Wom S.A. en el marco del caso rol NC-449-2018 (Consulta de Telefónica Móviles Chile S.A. y otro sobre la ejecución de ciertas resoluciones de la Subsecretaría de Telecomunicaciones relativas a la banda de frecuencias 3400-3600 MHz) Al respecto, ver notas de CeCo/UAI (de S. Cañas) en: <https://centrocompetencia.com/subtel-reordenamiento-espectro-5g/y/en> <https://centrocompetencia.com/victoria-wom-corte-suprema-resolucion-consulta-sentencia-dictamen/>.

un recurso que confiere una competencia amplia a la Corte (similar a la de la apelación), al menos opera con un grado de competencia restringido, a saber, el primer grado. Esto último pues, aunque de forma implícita, sugiere que el ámbito de revisión de la Corte debería encontrar su límite en “la motivación y fundamento que tuvo el TDLC para dictar su resolución” (párrafo 10 de la Sentencia de 2020).

Sin perjuicio de que el voto de minoría sostuvo una línea coherente con el diseño institucional chileno, éste fue, como su nombre lo indica, un voto de *minoría*. En este sentido, considerando lo ocurrido en los votos de mayoría de la Corte Suprema en la Sentencia de 2018 y la Sentencia de 2020<sup>89</sup>, parece conveniente reflexionar acerca de la necesidad de propender a una modificación al artículo del DL 211 que consagra el recurso de reclamación (art. 27 inciso 2°).

## 5.2. ¿Hacia un rediseño del recurso de reclamación?

Desde una perspectiva de *lege ferenda*, distintos autores han sugerido que es conveniente modificar la configuración procesal del recurso de reclamación a fin de reducir el rango del escrutinio o revisión judicial que puede realizar la Corte Suprema respecto a las sentencias del TDLC.

Rojas y Silva han sostenido que “Hay buenas razones para, desde una perspectiva sistémica del diseño institucional a la luz del análisis económico del derecho, cuestionar seriamente la amplitud que se ha dado al rol de la Corte Suprema en cuanto al recurso de reclamación, en tanto un sistema eficiente debiera limitar su competencia a las materias en que tiene mayor probabilidad de una adecuada revocación”<sup>90</sup>. Estas buenas razones se refieren principalmente a la especialización del TDLC en tanto órgano jurisdiccional de integración mixta (versus el carácter generalista del TDLC), y sus potestades regulatorias<sup>91</sup> (versus la competencia esencialmente jurisdiccional de la Corte Suprema).

De lo que se trata entonces es de rediseñar legislativamente -o, más bien, diseñar por primera vez- el recurso de reclamación para generar una revisión coherente con el diseño institucional del sistema de libre competencia que inyecte un mayor nivel de deferencia. Así, el recurso de reclamación -con o sin esa nomenclatura- podría adoptar la naturaleza jurídica de una casación en el fondo, o bien, de un recurso de nulidad (ambos recursos extraordinarios y de derecho estricto). Este esfuerzo ya ha sido emprendido en el Congreso con anterioridad<sup>92</sup>, pero sin resultados hasta la fecha de redacción de este artículo. Otra alternativa es mantener el nombre de recurso de reclamación, pero precisar en su articulado sus deslindes específicos.

## VI. EL ESCENARIO ACTUAL: LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN ENTRE VTR Y CLARO

El 5 de octubre de 2022, la FNE aprobó -con condiciones- la operación de concentración entre América Móvil, S.A.B. de C.V. y Liberty Latin America Ltd., consistente en un *joint venture* entre sus respectivas filiales, Claro

89 No se menciona acá la Sentencia de 2009 pues en este fallo la Corte Suprema fue deferente en los términos ya expuestos de la Investigación CeCo, es decir, no fue deferente con el TDLC pero sí con la posición de la FNE.

90 Rojas y Silva, p. 48. En un argumento similar, ver Agüero, p. 125 (“la existencia de conflictos policéntricos parece una razón legítima para acortar el escrutinio que realiza la Corte Suprema por la vía de reclamación”). Asimismo, ver Tapia y Cordero, p. 57 (“producto de un cuestionable diseño del sistema de recursos que no toma en cuenta las características del reviso, impera en el análisis una ausencia de deferencia que, utilizando la terminología introducida anteriormente, bordea la interferencia”).

91 Agüero, p. 97 (“El modelo institucional que se usa en Chile, en el mismo tribunal, una potestad jurisdiccional, adjudicadora de conflictos con autoridad de cosa juzgada, con poderes reguladores. En otras palabras, una represión ex post (en lo judicial) y un esfuerzo preventivo ex ante (en lo regulador)”).

92 A modo de ejemplo, el Boletín N°12286 contempla un proyecto de ley que busca modificar el artículo 27 inciso segundo del DL 211, para implementar un recurso de derecho estricto en los siguientes términos: “Sólo será susceptible de recurso de nulidad, para ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva que imponga medidas que se contemplan en el artículo 26, como también la que absuelva de la aplicación de dichas medidas. Procederá tal recurso de nulidad cuando, en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución y cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del Derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”.

y VTR<sup>93</sup>. Si bien esta operación tiene diversas aristas relevantes para el mercado de telecomunicaciones, en esta sección solo se hará referencia al análisis competitivo que realizó la FNE en materia de *caps* de espectro radioeléctrico<sup>94</sup>. Es interesante repasar este caso pues permite apreciar la operatividad y desafíos que presenta la aplicación de las reglas actuales de *caps*, en el escenario *post* Sentencia de 2020.

En efecto, considerando que al momento en que la FNE debió evaluar la operación ya se había dictado la Sentencia de 2020 (que el informe de la FNE denomina “*Sentencia de caps*”), dicho órgano debió analizar si la cantidad de espectro que concentraría el *joint venture* formado entre VTR y Claro superaba o no los *caps* fijados en dicho fallo.

Si bien los *caps* porcentuales fijados por la Sentencia de 2020 no fueron objeto de controversia (i.e., 30% para las macro-bandas media baja y media), sí lo fue la base sobre la cual calcular dichos porcentajes (siendo esta base el universo de espectro disponible). Así, mientras las partes de la operación estimaron que dicha base de cálculo era de 428 MHz (para la macro-banda media baja) y de 400 MHz (para la macro-banda media), para la FNE el universo de espectro era significativamente menor: 360 MHz (para la macro-banda media baja) y 350 MHz (para la macro-banda media). De este modo, los *caps* calculados por las partes fueron superiores a los de la FNE, tal como se muestra en la siguiente tabla:

Macro-banda	Partes de la operación		FNE	
	Universo de espectro	Cap (30%)	Universo de espectro	Cap (30%)
Media baja	428 MHz	<b>128 MHz</b>	360 MHz	<b>108 MHz</b>
Media	400 MHz	<b>120 MHz</b>	350 MHz	<b>105 MHz</b>

Fuente: Elaboración propia en base a Informe de Aprobación de la FNE (rol FNE F295-2021)

El origen de esta discrepancia en los cálculos radica en la definición de qué se considera como “espectro disponible”. Este incluye: **(i)** la porción de espectro que actualmente se encuentra asignado a un operador; **(ii)** la porción de espectro que aún no ha sido adjudicada a un operador, pero que actualmente se encuentra siendo objeto de un concurso público para su asignación; y **(iii)** la porción de espectro que no se encuentra siendo objeto de un concurso público, pero que sí ha sido atribuida para la prestación de los servicios en cuestión por una norma técnica y que, además, “existe una certeza razonable que será concursado para su asignación en el corto plazo”<sup>95-96</sup>.

Fue precisamente este último tipo de espectro el que causó la discordancia entre la FNE y las partes. En efecto, las partes consideraron que el espectro disponible de las macro-bandas en cuestión debía incorporar porciones de espectro que se *podrían* asignar a los operadores móviles, a pesar de no existir hasta el momento una norma técnica que atribuyera dicha porción espectral a los servicios en cuestión (en este caso, servicios inalámbricos). La FNE, en cambio, solo consideró las porciones espectrales que ya habían sido atribuidas a servicios inalámbricos mediante norma técnica<sup>97</sup>. De este modo y considerando los *caps*

93 Ver Informe de aprobación la FNE (rol FNE F295-2021) y ficha-resumen publicada por CeCo/UAI, en <https://centrocompetencia.com/jurisprudencia/americanovil-liberty/>

94 Acápite XI del Informe de Aprobación de la Jefa de División de Fusiones de la FNE, del 5 de octubre de 2022.

95 Informe de aprobación de la FNE, p. 176.

96 Este mismo asunto (determinación de la base de cálculo de los *caps*) fue la materia consultada por Telefónica Móviles Chile S.A. ante el TDLC, en el rol NC 523-2023. La posición manifestada por la consultante fue que la base de cálculo “solo debe considerar el espectro efectivamente asignado, sin distinción según tipo de servicio, considerando la unidad territorial o zona de las concesiones respectivas” (p. 14).

97 Ver Informe de aprobación de la FNE, p. 181 (“no es posible interpretar que el Espectro disponible y, por ende, la base de cálculo del *cap* en la macro banda media a la fecha pueda extenderse más allá de 350 MHz, puesto que los 150 MHz entre las frecuencias 3.650-3.800 MHz están actualmente atribuidos mediante norma técnica a otros servicios distintos de los servicios públicos de telecomunicaciones (...) Similar razonamiento se extiende a la determinación de la base de cálculo en la macro banda media baja, para la cual debe considerarse

calculados por la FNE, esta autoridad estableció como condición para aprobar la operación de concentración, la desinversión (gratuita) de porciones de espectro (10 MHz) tanto en la macro-banda media como en la media baja, mediante un procedimiento de modificación concesional ante la Subtel<sup>98</sup>.

Como se observa, a diferencia de la fijación de *caps* como guarismos nominales, la fijación de *caps* porcentuales abre un margen de discusión y litigio en torno a la definición de la base de cálculo de espectro disponible. Con todo, este margen de discusión debiese ser apreciado como una ventaja frente a un sistema -rígido- de guarismos nominales (como el fijado en la Sentencia de 2018), pues es la existencia de dicho margen lo que permite adaptar los *caps* a los avances tecnológicos que pueden redefinir el destino técnico de las porciones de espectro<sup>99</sup> (es decir, para uno y otro servicio de telecomunicaciones).

## VII. CONCLUSIÓN

En este artículo se ha analizado la Sentencia de 2018 no solamente para problematizarla en su propio contenido, sino además porque ella representa una buena excusa para reflexionar sobre los desafíos que presenta el actual diseño institucional sobre libre competencia. Como se vio a lo largo de este trabajo, estos desafíos han impactado de particular manera en el mercado de las telecomunicaciones.

Como se vio en las secciones 2 y 3 de este artículo, si bien la fijación de guarismos de *caps* de espectro radioeléctrico encuentra antecedentes en casos resueltos por la Comisión Resolutiva (p. ej., Resolución 584/2000, Resolución N°588/2000) y por el TDLC (Resolución N°2/2005), lo cierto es que la Sentencia de 2018 constituyó un hito particular. Al interpretar el *cap* de 60 MHz fijado por la Sentencia de 2009 (en el contexto del concurso para asignar espectro para la red 3G) como una regla de aplicación general y con eficacia hacia el futuro, le atribuyó un efecto regulatorio que no es coherente con los límites de la cosa juzgada ni con el diseño institucional de libre competencia en Chile.

En este sentido, lo que resulta particularmente controversial en el voto de mayoría de la Sentencia de 2018 es que ella invocó las potestades regulatorias (no jurisdiccionales) del TDLC para justificar el efecto expansivo (es decir, regulatorio) de la Sentencia de 2009, en circunstancias que no fue el TDLC quien fijó el *cap* 60 MHz, sino que fue la misma Corte Suprema, en una sentencia revocatoria y dictada en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales.

Luego, como se analizó en las secciones 4 y 5 de este trabajo, esta especie de “subrogación” regulatoria que asumió la Corte Suprema en la Sentencia de 2018 no solo atenta contra el rol residual que debe tener el derecho de la competencia respecto a de la regulación, sino que además es sintomática de la insuficiente deferencia del máximo tribunal para con el TDLC. En efecto, al examinar los casos en que el máximo tribunal revoca la decisión del TDLC, se observa que ella tiende a hacerlo en base a sus propios argumentos (distintos a los de la FNE o del voto de minoría del TDLC). Esta falta de deferencia juega en contra del diseño institucional

---

que la base actualmente son 360MHz, correspondientes al Espectro actualmente asignado a los operadores. En efecto, no corresponde incorporar en la base de cálculo: (i) 20 MHz de banda AWS 3, al no estar atribuido mediante norma técnica; ni (ii) 48 MHz de la banda 2.6 GHz, destinado a servicio público de transmisión de datos con múltiples asignaciones”).

98 Informe de aprobación de la FNE, pp. 213-226.

99 La conveniencia de fijar *caps* porcentuales en lugar de guarismos fue reconocida por la misma Subtel en el proceso de consulta ante el TDLC rol NC 448-2018, específicamente en el escrito presentado el 22 de marzo de 2019 (fojas 1756 y siguientes), p. 8 (“teniendo en especial consideración, por una parte, la dificultad de poder anticipar los futuros desenvolvimientos del mercado móvil, particularmente en lo que dice relación con las porciones del espectro radioeléctrico que se irán poniendo a disposición para la prestación de estos servicios; y, por otra, los requerimientos de espectro que serán necesarios para la adecuada implementación de la tecnología 5G, es que esta Subsecretaría admite que puede ser conveniente que la fijación de límites máximos de tenencia de espectro sea en términos porcentuales, en lugar de guarismos”).

del sistema de competencia, en el cual el TDLC actúa como órgano especializado (por su conformación y potestades) y la Corte Suprema como revisor generalista.

El problema de la no-deferencia se genera, en gran parte, por la indefinición normativa de la naturaleza jurídica del recurso de reclamación en el DL 211, que genera un ámbito de revisión ambiguo bajo el cual la Corte Suprema puede maniobrar con excesiva plasticidad. En este sentido, pareciera ser conveniente reconfigurar el recurso de reclamación con el fin de recalibrar la interacción entre el TDLC y la Corte Suprema, transformándolo así en un recurso de casación en el fondo, o bien, de un recurso de nulidad (ambos recursos extraordinarios y de derecho estricto).

Por último, sin perjuicio de todo lo anterior y como se señaló en la sección 6, luego de la dictación de la Sentencia de 2020, que mantuvo la modalidad de *caps* fijada por el TDLC en la Resolución 59/2019 como límites porcentuales y no como guarismos nominales, se le ha otorgado cierta flexibilidad al sistema, tal como se aprecia en la reciente aprobación de la operación de concentración entre VTR y Claro.

## BIBLIOGRAFÍA

Agüero, Francisco (2022). *El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como un contencioso-administrativo, Una forma de control judicial de la intervención estatal en la economía*, ediciones DER.

Butelmann Consultores (2019), *Informe Límites a la tenencia de espectro radioeléctrico*, documento acompañado ante el TDLC en la causa rol NC-448-2018.

Cabello, Oscar (2011). *Promoviendo la Libre Competencia: El Rol de los Organismos Antimonopolios en las Telecomunicaciones Chilenas*, Thomson Reuters.

Campos, Josefina y Corte, Rafel (2021), *El futuro de la potestad consultiva del TDLC*, Investigaciones CeCo/UAI, disponible en <https://centrocompetencia.com/campos-corte-futuro-potestad-consultiva-tdlc/>.

CeCo UAI (2022). *Grado de deferencia de la Corte Suprema con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*. Investigaciones CeCo (mayo, 2022). Disponible en: <https://centrocompetencia.com/ceco-uai-grado-de-deferencia/>

CeCo UAI (2024), *Estudio de Percepción de Abogados Practicantes Respecto de la Institucionalidad y Autoridades de Libre Competencia*. Disponible en: <https://centrocompetencia.com/estudio-percepcion-institucionalidad-latam/>

García Zaballos, A. y Foditsch, N., (2015), *Spectrum Management, the key lever for achieving universality*, Inter-American Development Bank, Nueva York, EE.UU. Disponible en <https://publications.iadb.org/en/spectrum-management-key-lever-achievinguniversality>.

Harrison, Rodrigo y Muñoz, Roberto (2011). *Informe de Estudio: Regulación de uso de espectro en mercados de servicios inalámbricos en Chile*.

Hunter, Iván y Lara, Edison (2021). *Recursos Procesales Civiles, Doctrina y Jurisprudencia*, ediciones DER.

Hovenkamp, Herbert (2005), *The Antitrust Enterprise, Principle and Execution*, Harvard University Press, Inglaterra.

Kaplow, L. (1992), *Rules versus standards: An economic analysis*, Duke Law Journal, 557-62.

López Santa María, Jorge (2005). *Los Contratos Parte General, Tomo II*, 4ta edición, Editorial Jurídica, Santiago.

Medel, Catalina (2019). *Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema sobre la Banda 700 MHz: Una cuestión de diseño institucional*, Anuario de Derecho Público UDP.

Pardow, Diego (2018). *¿Control o Autonomía? El debate sobre agencias regulatorias independientes*, Revista de Derecho, Vol. XXXI, N°2.

Posner, Eric (2019). *Radical Markets, Uprooting Capitalism and Democracy for a Just Society*, Princeton University Press.

REGCOM (2013), *Informe en Derecho, Control Jurisdiccional de la Potestad Normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en Materia de Telecomunicaciones*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, disponible en: <https://derecho.uchile.cl/dam/jcr:fafcd5a8-622e-4009-82ac-bb9b09baec0a/8.pdf>.

Rojas, Camilo y Silva, Antonia (2022). *Un análisis del rol de la Corte Suprema en el sistema chileno de libre competencia a partir del recurso de reclamación*, Revista de Derecho Económico, Vol. 79 , N°1.

Rojas, Nicolás (2020). *Telecomunicaciones, Supremo Regulador*. Columna publicada en El Mercurio Legal el día 7 de agosto de 2020





Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:  
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

**Cómo citar este artículo:**

Felipe Irarrázabal Ph. y Juan Pablo Iglesias M., "El sinuoso y empinado camino de la Corte Suprema para determinar *caps* sobre el espectro radioeléctrico", *Investigaciones CeCo* (abril, 2025),  
<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a [info@centrocompetencia.com](mailto:info@centrocompetencia.com)  
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile