

INFORME EN DERECHO SOBRE ATRIBUCIONES DE LA COMISION RESOLUTIVA ANTIMONOPOLIOS (1997)

Mediante Resolución N° 494 de 14 de Octubre de 1997, la Comisión Resolutiva Antimonopolios establecida por el D.L. 211 de 1973, declaró que “la integración horizontal de las empresas concesionarias de distintos servicios de utilidad pública en una misma área geográfica de concesión, no es conciliable con las normas sobre libre competencia contenidas en el Decreto Ley N° 211 de 1973, por lo que la nueva legislación que se dicte al efecto debiera evitar que las empresas concesionarias de servicios públicos participen y controlen la propiedad, gestión y explotación de las empresas sanitarias que tengan un territorio común de concesión con aquellas”.

En otro informe que se publica en esta revista, el profesor Evans analizó el ámbito de facultades que la legislación reconoce a los órganos que cautelan la libre competencia y la extensión de este bien jurídico.

Ahora, sin perjuicio de la trascendencia social y económica de tales facultades, se señala el límite constitucional de tales atribuciones, pues los órganos antimonopolios están sometidos al principio de juridicidad que emana de los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental y deben, siempre, sustentar sus resoluciones en hechos que no dan margen a decisiones arbitrarias.

INFORME

Se nos ha solicitado un Informe relativo a la Resolución N° 494 de 14 de Octubre de 1997 de la Comisión Resolutiva del D.L. 211, en especial, respecto de los efectos que derivan de la declaración contenida en el N° 2 de la citada resolución.

Este informe se desarrollará en los capítulos siguientes:

1. Descripción del expediente Rol N° 524-96 en el que recayó la resolución N° 494, objeto de este informe.
2. Atribuciones de la Comisión Resolutiva, su naturaleza jurídica y límites constitucionales de su actuación.
3. Conclusiones.

CAPITULO PRIMERO

El proceso Rol N° 524-96 se inició ante la Comisión Resolutiva en virtud de una presentación que para ante ella hicieron los abogados señores Ramón Briones E. y Hernán Bosselin C. La denuncia se sustentaba en el hecho que, a juicio de sus autores, la operación de compra de acciones de la Empresa de Agua Potable Lo Castillo S.A. por Enersis daría origen a una integración horizontal de los mercados eléctrico, sanitario e inmobiliario que sería contrario a las normas del D.L. 211, por lo que solicitaron a esa Comisión que requiriera al Fiscal nacional que investigara los hechos que describen, y en definitiva, que impida o deje sin efecto la señalada compra de acciones.

A la denuncia se acompañaron los documentos que destacamos:

- a) Carta de fecha 16 de octubre de 1996 en que los mismos denunciantes solicitan a S.E. el Presidente de la República declare la caducidad de las concesiones de la Empresa de Agua Potable Lo Castillo S.A.;
- b) Proyecto de Ley iniciado por Mensaje N° 675-330 que modifica normas relativas al marco regulatorio del sector de Servicios Sanitarios;

- c) Entrevista al ex gerente de la Corporación de Fomento de la Producción, señor Eduardo Bitrán Colodro en la que da razones que justifican las restricciones al control de las empresas prestadoras de servicios sanitarios;
- d) F.E.C.U. de la Empresa de Agua Potable Lo Castillo S.A.

Acogida a tramitación la denuncia, la Comisión requirió el informe del Fiscal Nacional Económico, informe evacuado a Fs. 77 del proceso, el que concluye sugiriendo el rechazo de la denuncia pero, al mismo tiempo y por las razones que señala, que se adopten las medidas tendientes a evitar la integración horizontal en los mercados eléctricos, sanitarios e inmobiliarios. Por último, a Fs. 97 aparece la resolución objeto de este Informe.

De lo relacionado aparece que la Comisión Resolutiva estimó como suficientes los antecedentes que le proporcionaran los denunciados y el señor Fiscal Nacional para dictar resolución, sin que decretara ninguna diligencia adicional ni oír testimonios ni recabar informe alguno de los agentes económicos involucrados en los mercados relevantes como tampoco de las entidades públicas que, por ley, deben ejercer funciones de fijación de tarifas máximas, fiscalización y control de las actividades económicas comprometidas en la investigación y afectadas por la decisión contenida en la Resolución N° 494, salvo los informes que el Fiscal solicitara a los ministerios de Economía, de Vivienda y Superintendencia de Servicios Sanitarios, cuyo contenido y conclusiones resultan obvias dado el interés manifestado por el Gobierno en el sentido de evitar el control simultáneo de empresas prestadoras de servicios eléctricos y sanitarios. Es decir, no aparece prueba rendida en un proceso que debió ser contradictorio en que se hubiere acreditado fehacientemente que existan limitaciones o se hubiere eliminado la libre competencia o bien, esta está afectada por hechos concretos que justifiquen la decisión contenida en el N° 2 de la resolución.

CAPITULO SEGUNDO

El Decreto Ley 211 contempla tres tipos de organismos cauteladores de la libre competencia. Un primer grupo lo forman las Comisiones Preventivas, una en cada capital de región y otra, Central, que funciona en Santiago. Un segundo tipo de órgano lo constituye la Fiscalía Nacional Económica, oficina independiente de todo organismo o servicio cuyo jefe supremo es el Fiscal

Nacional, con funcionarios de su dependencia en cada capital de región y cuyas funciones, variadas, pueden condensarse en la facultad de instruir las investigaciones que estime procedentes para fiscalizar las infracciones a las normas legales que regulan la plena existencia de la libre competencia y requerir la actuación de la Comisión Resolutiva, tercer tipo de organismo, cuando lo crea procedente.

La Comisión Resolutiva está integrada por un Ministro de la Corte Suprema, dos Jefes de Servicio de los Ministerios de Economía, Fomento y Reconstrucción y de Hacienda y dos Decanos, uno de Derecho y otro de Ciencias Económicas, de Universidades con sede en Santiago. Las facultades de esta Comisión, contenidas en el artículo 17 del Decreto Ley, ampliadas por el Decreto Ley 2.760 de 1979, de decidora amplitud, para conocer, investigar con las más amplias atribuciones y adoptar una o más de una serie de medidas, entre las cuales cabe destacar, por su carácter básicamente genérico, la de la letra a) del citado artículo 17 que la autoriza para “modificar o poner término a los actos, contratos, sistemas o acuerdos *que sean contrarios* a las disposiciones” que cautelan la libre competencia. Cabe observar que la Comisión puede también, y simultáneamente “ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas” que hubiesen intervenido en toda clase de actos u operaciones de la naturaleza señalada, pudiendo, además, imponer pena de inhabilidad para ocupar cargos directivos en cuerpos intermedios, aplicar multas hasta por el valor de 10.000 Unidades Tributarias, las que pueden, por tanto, ser cuantiosísimas y, sin que esta nómina sea exhaustiva, ordenar al Fiscal Nacional Económico el ejercicio de la acción penal en contra de los responsables de delitos configurados en los artículos 1° y 2° del Decreto Ley 211. Y, reiteramos aquí, lo ya relatado anteriormente y que aparece del texto especializado del ex Fiscal Nacional Económico Waldo Ortúzar en el sentido de que esos artículos son extraordinariamente genéricos ya que sancionan a quien tienda a impedir la libre competencia y a los autores de cualquier arbitrio que tenga por finalidad eliminar, *restringir* o *entorpecer* la libre competencia.

Nos hemos detenido en las atribuciones de la Comisión Resolutiva y en la forma como el legislador concibió las situaciones violatorias de la libre competencia, porque, para penetrar en el alcance de las facultades de la Comisión Resolutiva, es preciso no perder de vista que nuestro ordenamiento jurídico ha encomendado a ese órgano una tarea de gran trascendencia

social, en que la jurisprudencia de la Comisión va complementando, como fuente de Derecho, lo preceptivo de la ley. Recuérdese, una vez más, que la amplitud y la terminología genérica con que se configuraron algunas situaciones punibles en los artículos 1° y 2° del Decreto Ley 211. Las mismas características se observan en las facultades de la comisión Resolutiva en el art. 17 y, muy especialmente, su atribución de apreciar los antecedentes, apreciar la prueba y fallar en conciencia (art. 18, letra K), muestran que el legislador, tutelando el bien jurídico esencial de un mercado transparente y libre en beneficio de los consumidores, aprobó un texto que otorga todos los mecanismos para la represión de cualquier acto contrario a la libre competencia.

Por lo demás, esta remisión a la jurisprudencia, con conceptos de carácter general, no es nueva en nuestro sistema jurídico. Al contrario, se repite con frecuencia extraordinaria. Si se aborda el delicado tema de la ilicitud de actos y contratos, se encuentra que en el fondo la legislación positiva se remite a las fuentes reales del derecho, que es el hombre, su pensamiento y su vida; da a los Tribunales la posibilidad de ir a esas fuentes reales, abriendo toda una gama que va desde el concepto de buenas costumbres hasta el de orden público, todos los cuales no son sino ventanas para que la jurisprudencia vaya creando el derecho, o para que vaya viendo cuál es la fuente real del derecho, ya que la meramente formal es insuficiente. Cuando nuestro ordenamiento jurídico obliga al juez a fallar en equidad, le está diciendo que no puede darle reglas; la legislación positiva confiesa su ineficacia y remite, para la aplicación de una regla, a la recta razón, al sentido de la justicia en el momento en que un caso se produzca.

Esta Comisión Resolutiva, tan notablemente dotada de atribuciones para cumplir su tarea, debe someter la tramitación de los asuntos y controversias que se planteen, a un conjunto de normas y regulaciones contenidas en los artículos 18 y 19 del Decreto Ley N° 211, que constituyen, en esencia, un cuadro de preceptos constitutivos de un debido proceso, en los términos queridos por la Constitución en su artículo 19 N° 3 –inciso quinto, lo que confirma a la Comisión como un tribunal especial de justicia. El Decreto Ley 211, artículo 18, denomina resoluciones a los acuerdos de la Comisión y sentencia a su decisión final, definiendo los casos (art. 19) en que ésta será reclamable ante la Corte Suprema la que deberá resolver con Informe de su Fiscal.

Todos estos elementos definen ya a la Comisión como un tribunal especial de justicia. Pero, si aún cupiere alguna duda, debe recordarse que la Corte Suprema, en innumerables ocasiones, ha tramitado y sentenciado, acogiendo o desechando, Recursos de Queja en contra de las sentencias de la Comisión Resolutiva, lo que supone que ejerce la Superintendencia que le entrega el art. 79 de la Constitución *sobre todos los tribunales de la Nación*.

Establecido que la Comisión Resolutiva es un Tribunal de Justicia, reviste especial interés analizar los límites que la Constitución Política le establece dado su carácter de órgano sometido al principio de jurisdicción que de sus normas resulta.

El artículo 6 del D.L. 211 fija el marco de atribuciones de los órganos creados por este cuerpo legal, atribuciones que para ser coincidentes con lo establecido por los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental, deben ejercerse de modo tal que no excedan el ámbito del mismo artículo 6 del D.L. 211, esto es, existen los órganos antimonopólios para la prevención, corrección y represión de los atentados a la libre competencia o de los abusos en que incurra quien ocupe una situación monopólica. Tal norma, en lo que a la Comisión Resolutiva se refiere, debe complementarse con lo dispuesto por el Artículo 17, el que señala específicamente los deberes y atribuciones del señalado tribunal. Para el ejercicio de las mismas atribuciones, debe seguirse ante ella el procedimiento estatuido en las letras A) a la P) del artículo 18 del D.L. 211, el que como se señaló, fija las normas del debido proceso legal, exigido por el artículo 19 N° 3 de la Constitución.

Tocante a tales atribuciones o facultades, en especial "Requerir la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios a que se refiere el inciso final del artículo 5 (art. 17 letra d, en relación con el inciso final art. 5), son resoluciones que, a más de exigir interpretación restrictiva, dicen en concreto estrecha relación con la esencia de dos derechos constitucionales reconocidos por los Nos. 21 y 23 del artículo 19 de la Ley Fundamental.

En primer término, decimos interpretación restrictiva en cuanto al margen o marco de actuación que al respecto cabe reconocer a la Comisión, por cuanto la ley solo la faculta para requerir modificaciones o derogaciones de preceptos legales o reglamentarios vigentes y no como ocurre en la especie, preceptos incluidos en proyectos de ley no vigentes, cuyo impacto en el orden jurídico y económico se desconoce absolutamente. Hacemos

notar que la Comisión no puede atribuirse potestades de que carece (art. 7 inciso 2 de la Constitución) y que el sustento para resolver como lo ha hecho en la resolución que informamos debió fundarse en que los preceptos vigentes los estimara perjudiciales para el interés común, en cuanto limiten o eliminen la libre competencia, todos elementos que, en la especie, jamás han existido.

Con su recomendación, basada en antecedentes a nuestro juicio incompletos, limita de suyo el ejercicio de las garantías constitucionales que consagran el derecho a desarrollar actividades empresariales y la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes. Aún más, sugiere prohibir el acceso al dominio de bienes (acciones de determinadas empresas) actitud que ni siquiera el constituyente se permitió, lo que no resulta coincidente con el ámbito de facultades que el D.L. 211 le reconoce ni con el bien jurídico que esta normativa pretende cautelar. Nótese, que la sola lectura de la resolución permite concluir que se funda en sospechas, temores y eventualidades, ni siquiera presunciones, lo que denota a todas luces que al tribunal le hicieron falta antecedentes que permitieran sustentar con objetividad el hecho declarado, y no probado, que la integración horizontal no es coincidente con las normas de D.L. 211. Recordamos que la Constitución prohíbe toda clase de distinciones arbitrarias, haciendo especial declaración en tal sentido a propósito de las actividades económicas. Tales prohibiciones pesan con igual intensidad respecto de todo órgano del Estado, incluidos los creados por el D.L.211, razón por la que la Comisión Resolutiva debió haberse provisionado de todos los antecedentes que hubieren permitido no sustentar su resolución en eventos, hechos inciertos de otros conceptos indeterminados a los que recurre con insistencia en su decisión.

CONCLUSIONES

Debe tenerse presente que aunque la Comisión Resolutiva pueda proceder en conciencia, ello no autoriza la "arbitrariedad". Por el contrario, el sentenciador en conciencia exige un proceso intelectual serio, fundado y convincente. En la Resolución que comentamos, no existe un razonamiento, ni pruebas que lo funden, que le brinden sustento jurídico y ético a la Resolución. Como ya lo dijimos, ella se basa, en los supuestos temores y afirmaciones de los requirentes, carecen de todo sustento conceptual. Obsérvese, además, que no se ponderan en forma

alguna otros elementos de juicio como el fenómeno que se está dando en varios Estados de Norteamérica de estimular la integración de empresas de servicios públicos, considerando varias ventajas y entre ellas que la administración conjunta de esas entidades significa rebajas de tarifas para los consumidores —en los gastos de operación técnica y administrativa, así como en las inversiones de desarrollo y mantenimiento. Piénsese en los beneficios que pueden obtenerse unificando servicios generales (legal, ingeniería, finanzas, contabilidad, auditoría, adquisiciones, bodega y maestranza, transporte y otros), reparación de fallas, lectura de medidores, reparto de boletas, comunicaciones, bases de datos computacionales, administración y entrenamiento del personal, lugares de atención al público y pago de cuentas.

Además, las multiempresas de servicio público presentan la ventaja de racionalizar el uso de los bienes nacionales de uso público, mediante el empleo de líneas y ductos variados contruidos para una sola administración.

La importancia de esa integración también ofrece perspectivas de solución a la creciente contaminación visual que implica la proliferación de las líneas y redes de los servicios domiciliarios.

Ninguno de estos elementos de juicio ni otros fueron considerados y menos ponderados, por la Resolución que informamos. Se limitó, caprichosamente, a estimar sin fundamento alguno, que podría producirse una concentración monopólica, incluso en el ámbito inmobiliario, lo que aparece como simplemente absurdo ya que no se entrega argumento o antecedente de ninguna especie que expliquen cómo podría producirse ese fenómeno contrario a la libre competencia.

Pero la Resolución no solo es arbitraria, por lo recién expuesto. La Comisión Resolutiva tiene una atribución especial, reglada, contenida como ya dijimos en los artículos 17 letra d) y 5 del D.L. 211. En virtud de ella, puede requerir la modificación o derogación de preceptos legales y reglamentarios, vigentes y para ello la ley exige dos requisitos:

- a) que esos preceptos estén limitando o eliminando la libre competencia, y
- b) que ello perjudique el interés común, de modo actual y cierto.

En el caso que nos ocupa, la Comisión Resolutiva se refiere a “proyectos de ley”, lo que no está dentro de sus facultades, lo que hace nula de pleno derecho conforme a los artículos 6° y 7° de la Constitución su Resolución. Y además, omite toda prueba de que lo que objeta esté perjudicando, de modo cierto y ahora como lo exige la ley, el interés común.

Estos antecedentes nos habilitan para sostener:

1. Que la Comisión Resolutiva en su Resolución 494 de 14 de Octubre de 1997, obró arbitrariamente;
2. Que se excedió en sus atribuciones legales incurriendo en un acto nulo pues, en concreto, no se dan los requisitos previstos por los artículos 5 y 17 letra d) del D.L. 211; y
3. Que con ello, y sin que se rindiera la prueba necesaria que justificara cautelar los bienes jurídicos que protege el D.L. 211, ha sugerido al legislador prohibir a determinadas personas el desarrollo de actividades empresariales y la libre adquisición del dominio de alguna clase de bienes. (Artículo 19 Nos. 21 y 23 de la Constitución), lo que constituye una amenaza al ejercicio de estos derechos.

Santiago, 21 de Octubre de 1997.

Enrique Evans de la Cuadra

Eugenio Evans Espiñeira