

INFORME EN DERECHO SOBRE NATURALEZA JURIDICA Y FACULTADES DE LOS ORGANOS ANTIMONOPOLIOS CREADOS POR EL D.L. 211, DE 1973 (1991)

Se analizan aquí las facultades de los organismos antimonopolios contemplados por el Decreto Ley N° 211 de 1973. En lo medular, se estudia la naturaleza jurídica de la Comisión Resolutiva, sus potestades legales, la forma en que ejerce su jurisdicción y la amplitud decisoria que puedan tener sus resoluciones. Destacamos la profundidad con que se examinan los bienes jurídicos que se cautelan con *la normativa protectora de la libre competencia*, como ésta constituye un complemento indispensable de los principios de *orden público económico que consagran diversos preceptos de la Constitución Política* y, como resulta válido frente a esta última que se disponga la venta forzada de bienes en caso que su adquisición vulnere o atropelle alguno de los señalados bienes jurídicos.

Este Informe fue considerado y se citó por la Comisión Resolutiva Antimonopolios en su resolución N° 368 dictada el 7 de abril de 1992.

INFORME

Se me ha pedido un Informe acerca de las siguientes materias:

Si la Comisión Resolutiva del Decreto Ley 211 de 1973 tiene atribuciones para ordenar a un propietario de acciones de una o más sociedades anónimas, la venta de esos títulos, en forma obligatoria o forzada, y

Si una resolución de esa naturaleza podría afectar garantías constitucionales de que goza ese propietario, especialmente en materia de libertad de trabajo (art. 19 N° 16 de la Constitución); del derecho a desarrollar cualquier actividad económica (art. 19 N°21); de la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes (art. 19 N° 23) y de derecho de propiedades (art. 19 N°24).

Para el desarrollo de este Informe utilizaré el siguiente esquema:

Capítulo I:

LOS ORGANOS DE LA LIBRE COMPETENCIA Y LA COMISIÓN RESOLUTIVA DEL DECRETO LEY 211 DE 1973.

- I-A: La Libre Competencia y la Estructura del D.L. 211.
- I-B: Naturaleza Jurídica de la Comisión Resolutiva del D.L. 211.
- I-C: Atribuciones de la Comisión Resolutiva y, específicamente, la Potestad de Ordenar la Venta de Bienes.

Capítulo II:

LA OBLIGACIÓN DE VENDER BIENES FRENTE A ALGUNAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

- II-A: Frente al N° 16 del Art. 19.
- II-B: Frente al N° 21 del Art. 19.
- II-C: Frente al N° 23 del Art. 19.
- II-D: Frente al N° 24 del Art. 19.

CAPITULO I

Los Organos de la Libre Competencia y la Comisión Resolutiva del Decreto Ley 211 de 1973.

I-A: La Libre Competencia y la Estructura del D.L. N° 211 de 1973.

El 22 de Diciembre de 1973 se publicó en el Diario Oficial el texto del Decreto Ley N° 211 que fijó normas para la Defensa de la Libre Competencia. Este texto fue modificado por el Decreto Ley 2.760 de 3 de Julio de 1979. Interesa destacar los fundamentos que tuvo presente el legislador al aprobar esta preceptiva, los que se encuentran en los siguientes considerandos del Decreto Ley N° 211 y en los considerandos del Decreto Ley 2.760.:

“N° 211. Teniendo presente:

1° Que el monopolio y las prácticas monopólicas son contrarios a una sana y efectiva competencia en el abastecimiento de los mercados ya que mediante el control de la oferta o demanda es posible fijar precios artificiales y lesivos al interés del consumidor;

2° Que tales actividades, por otra parte, no incentivan la producción; protegen al productor o distribuidor ineficiente; tienden a la concentración del poder económico y distorsionan el mercado en perjuicio de la colectividad;

3° Que por tanto, resulta necesario garantizar la libre concurrencia previniendo la existencia del monopolio y de las prácticas monopólicas y sancionando drásticamente su ejecución;

4° Que, sin embargo, cierta producción de bienes y servicios puede o debe, en determinadas circunstancias, realizarse a través de organizaciones de estructura monopólica estatal, siempre que los fines perseguidos redunden en beneficio de la comunidad y su creación, funcionamiento y resguardos se prevean mediante una ley expresa;

5° Que las normas destinadas a fomentar la libre competencia industrial y comercial que prevé el título V de la Ley N° 13.305, modificado por la Ley N° 15.142, si bien tienen mérito conceptual, no contemplan una estructura orgánico-funcional que las haga operativas y eficaces en todo el país;

6° Que en esta tarea de prevención de las actividades monopólicas para garantizar la libre y sana competencia es necesario incorporar al sector docente de la Universidad, a los productores y comerciantes y a la comunidad a través de sus representantes más calificados para estos fines;

“N° 2.760. Considerando:

1° La necesidad de fortalecer la acción antimonopólica en resguardo del interés de los consumidores;

2° La conveniencia de adecuar la legislación sobre defensa de la libre competencia a la realidad económica del país y a la aplicación que en la práctica han tenido las normas en vigencia, en particular, dejándose constancia expresa del espíritu de estas disposiciones en cuanto a que el tipo penal que ellas establecen se extiende a los actos o convenciones tendientes a mantener una situación monopólica, y

3° Que la nueva institucionalidad laboral hace necesario incluir disposiciones sobre esta materia para la defensa de la libre competencia”.

La Constitución de 1980, en un conjunto de preceptos contenidos en su artículo 19, principalmente, y que constituyen lo que se ha denominado el Orden Público Económico, consagró para nuestro país un sistema de amplia libertad para los agentes económicos y la actividad empresarial. Naturalmente, la Constitución no estableció, porque no es su tarea, la vigencia de un régimen económico determinado. La estructura de una “economía social de mercado” fue surgiendo en nuestro país mediante la adopción de diversos mecanismos en que fue básica la acción del Estado y la incorporación activa de empresarios y trabajadores a una nueva mentalidad en la producción y comercialización de bienes y servicios, todo ello al amparo de la libertad económica que asegura la Constitución de 1980.

El Orden Público Económico de nuestro régimen constitucional no constituye sólo un cuadro de derechos para los agentes productores. Supone y especifica, también, una importante enumeración de restricciones, prohibiciones, tutelas de derechos de los trabajadores, e imperio y regulación de la actividad del Estado. Es, en resumen, una normativa compleja y equilibrada que busca tanto la protección adecuada, y necesaria, para los intereses legítimos de todos los actores económicos como la cautela del bien común definido en el artículo 1° de la

Constitución como elemento indispensable para ponderar, en cada caso, el sentido y alcance reales de cada precepto constitucional.

José Luis Cea en su Tratado de la Constitución de 1980, Editorial Jurídica, 1988, pág. 157, resume en algunos párrafos la densidad de la normativa sobre Orden Público Económico: “Son numerosos los principios y normas de la Constitución de 1980 con incidencia directa o indirecta en aspectos económicos, lo que prueba su conexión con los asuntos sociopolíticos considerados en ella. Preparando el análisis que pronto emprenderé, voy a reunir los aludidos principios y normas en grupos resultando así y en sumario recuento, el catálogo siguiente;

En primer lugar, la sede en que generalmente se encuentra la propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes, la libertad para adquirirlos, las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social, así como los casos de bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deben pertenecer a la nación toda.

En segundo lugar, el marco jurídico básico en que se desenvuelve la gestión económica de los individuos, los grupos intermedios y el Estado para el bien común, con igualdad de oportunidades reconocida a los sujetos de la economía. En esta categoría incluyo, además, el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica, la libertad de trabajo y su protección, el derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución, la negociación colectiva y la huelga. En fin, comprensiva es esta categoría del derecho a la protección de la salud y a la seguridad social, en ambos casos con posibilidad de que la ley establezca cotizaciones obligatorias.

En tercer lugar, el catálogo se refiere al rol, las potestades, obligaciones y prohibiciones del Estado en la economía. Incluyó aquí la igual repartición de los tributos, la no discriminación arbitraria en el trato en materia económica, el régimen de beneficios, franquicias y gravámenes, la expropiación, la indemnización, la concesión, la requisición y las restricciones al ejercicio de determinados derechos para proteger el medio ambiente. Igualmente abarca esta categoría la prohibición del monopolio estatal sobre los medios de comunicación social, la emergencia económica y las consecuencias patrimoniales de los estados de excepción constitucional”.

Pero, tanto en un régimen constitucional de libertad económica, como en un sistema específico de economía social de mercado, hay un valor superior de fundamental trascendencia social cuya plena vigencia resulta indispensable para el normal juego de los agentes económicos en beneficio directo del consumidor final, cuyos derechos a un nivel de vida digno constituyen el bien jurídico que se quiere proteger. Ese valor, superior porque se impone a intereses particulares; ético, porque expresa principios trascendentes de bien social y jurídicos, porque el ordenamiento lo debe recoger en plenitud, es la prohibición de la existencia y acción de toda forma de monopolio y la cautela de la más amplia y efectiva libre competencia, todo ello para tutelar la existencia de un mercado abierto y transparente. En esta materia no hay dos opiniones de economistas o de juristas. Así lo expresan los considerandos de la legislación vigente y lo resume, interpretando la opinión unánime de los tratadistas chilenos, el Profesor Waldo Ortúzar, en su obra "La Ley Antimonopolios", Editorial Jurídica, 1978, págs. 7, 8 y 9, de las que extracto:

Tanto la nueva ley como la anterior describen el acto o delito de monopolio como todo y cualquier atentado a la libre competencia. Aun más, para que exista esta figura no es necesario que el daño o atentado llegue a consumarse o realizarse, sino que basta que el acto ejecutado tenga la virtud o capacidad de producir el daño o entorpecimiento de la libre competencia. Así, el artículo 2° del Decreto Ley N° 211 finaliza la descripción de las figuras punibles de monopolio, que comienza en el artículo 1°, señalando en su letra e), que lo es "en general, cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia".

En consecuencia, el delito o conducta reprochable de monopolio no es únicamente lo que la ciencia económica entiende, en sentido técnico, como monopolio, y que es la existencia o concentración de la oferta o producción de un determinado bien o servicio en una sola mano, sino que, como ya se ha dicho, lo constituye todo atentado a la libre competencia.

Los atentados a la libre competencia pueden revestir múltiples formas, por lo que la ley, según se ha visto, describe sólo algunas, las más frecuentes o notorias, y trata de abarcar todas las demás hipótesis posibles, en el "cualquier otro arbitrio", a que se refiere la letra e) el artículo 2°, ya citado.

Es conveniente aclarar que no es indispensable afirmar la existencia de un delito de monopolio, en cuanto delito penal, en

toda su configuración jurídico-penal, para que puedan intervenir y tomar medidas de corrección y aún de sanción administrativa, los organismos creados por el Decreto Ley N° 211. En efecto, este cuerpo legal contempla una serie de atribuciones y potestades de los referidos organismos, destinados a prevenir y a corregir maniobras o conductas monopólicas, sin que sea necesario afirmar la existencia de delito penal de monopolio ni de instar por su represión ante la justicia ordinaria del crimen. Así, el Decreto Ley N° 211 establece las llamadas Comisiones Preventivas Provinciales y Central, cuya función es, precisamente, preventiva y correctora; y establece también la llamada Comisión Resolutiva que tiene el carácter que indica su nombre, la que, también, tiene potestades correctoras de tipo administrativo y, discrecionalmente, puede ordenar el ejercicio de la acción penal.

En toda la instancia preventiva y de corrección administrativa, basta que los organismos creados por la ley funden su acción en una apariencia de delito o en la existencia *de un hecho cualquiera que sea capaz de producir una alteración, entorpecimiento o impedimento* de la libre competencia. Para ello será suficiente que, a priori, asimilen un hecho o acto a alguna de las conductas punibles descritas por la ley, sin que pretendan juzgarla como delito ni pronunciarse sobre todos los extremos que lleva envueltos un juicio de esta naturaleza. Así, entonces, las Comisiones Preventivas y la Comisión Resolutiva ejercen sus funciones sin necesidad de pronunciarse sobre un posible delito ni de declarar responsabilidad penal de ninguna especie.

La Comisión Resolutiva, que es el organismo máximo del sistema, es una sola y tiene su sede en Santiago. La preside un Ministro de la Excma. Corte Suprema, y forman parte de ella distintos Jefes de Servicios del sector público económico. Sus funciones son de carácter decisorio, pudiendo imponer sanciones y correctivos en forma imperativa. En el ejercicio de tales atribuciones, puede dejar sin efecto actos y contratos, cancelar o disolver personas jurídicas, establecer ciertas inhabilidades temporales e imponer multas. Asimismo, esta Comisión tiene atribuciones para dictar instrucciones de carácter general a las cuales deban ajustarse los particulares en la celebración de ciertos actos o contratos, para informar a los Poderes Públicos sobre materias relacionadas con la libre competencia y para requerir, de los mismos, las modificaciones legales y reglamentarias que estime pertinentes en dichas materias. Finalmente, esta Comisión puede ordenar el ejercicio de la acción penal para la persecución

del delito de monopolio, esto es, para que se instruya proceso criminal por la justicia ordinaria”.

I-B: Naturaleza Jurídica de la Comisión Resolutiva.

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 la 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, ampliados por el Decreto Ley 2.760 de 1979, de decidora amplitud, para conocer, investigar con las más amplias atribuciones y adoptar, prácticamente sin limitaciones, uno 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 reitero, 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.

Me he 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 que 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 (artículo 18, letra K), muestran que el legislador, tutelando el bien jurídico esencial de un mercado transparente y libre en beneficio de los consumidores, es decir, de todos, aprobó un texto que otorga todos los mecanismos para represión de cualquier acto, intento de acto, atisbo de acto, que sea o pueda ser 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 le planteen, a un conjunto de normas y regulaciones contenidas en los arts. 18 y 19 del Decreto Ley 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 ya perfila 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, Recurso 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*.

De todo ello resulta, como primera conclusión de este Informe, que se verá reforzada por la opinión reiterada de la Contraloría General de la República que recordaré a continuación, que la Comisión Resolutiva del Decreto Ley 211 es un tribunal de justicia y que sus *resoluciones* que deciden requerimientos del Fiscal Nacional Económico o controversias entre éste y otras personas o entre partes interesadas y en que se ejercen las atribuciones que la ley le otorga, constituyen *sentencias judiciales*.

Repárese en las siguientes opiniones de la Contraloría General de la República, elegidas entre muchas similares:

**1) “CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA,
DEPARTAMENTO JURIDICO. SOBRE CONSULTA
FORMULADA POR LA OFICINA REGIONAL DE TALCA.
Santiago, 21 de Julio de 1975 * 047999.**

En lo que dice relación con la naturaleza jurídica del organismo creado por el decreto ley ya citado, es menester considerar que el propio cuerpo legal, se encarga de fijar normas mínimas de procedimiento a las cuales debe ceñirse la Comisión Resolutiva al adoptar sus acuerdos, - es así como, aprecia la prueba y decide en conciencia, toma sus resoluciones por mayoría de votos, y en caso de empate, lo dirime el voto de quien presida, sesiona con cuatro de sus

miembros, siempre que concurra el Ministro de la Corte Suprema.

Las resoluciones de la Comisión a las que el artículo 24 letra d) del decreto ley, de nómina "fallos", deben notificarse a las personas afectadas o al denunciante si lo hubiere, por el secretario de la Comisión u otro ministro de fe o mediante aviso en el Diario Oficial, por una sola vez.

Todas las disposiciones que se han mencionado precedentemente tienen como objetivo regular el proceder de la Comisión para que actúe como un Tribunal al cual se ha otorgado competencia, se le han fijado normas de procedimiento y se le ha dado imperio para hacer cumplir lo resuelto a través de la Justicia Criminal, en caso de desobedecimiento. Saluda atentamente a Ud. Waldo Vila Suárez. Héctor Humeres M."

2) "CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. DEPARTAMENTO JURIDICO. SANTIAGO. 19 de Octubre de 1977 * 064648

En tal virtud, revistiendo la Comisión aludida el carácter de un Tribunal Especial de Justicia, esta Contraloría General debe abstenerse de emitir un pronunciamiento sobre el particular, en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 6°, inciso 3°, de la ley 10.336. Héctor Humeres M. Contralor General de la República".

3) "CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. DIVISIÓN JURIDICA. SANTIAGO. 02 de Febrero de 1984 * 003594.

Mediante las presentaciones del rubro, la empresa Complejo Manufacturero de Equipos Telefónicos S.A.C.I. deduce reclamo en contra de la decisión de Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones de no dar lugar a las solicitudes de concesión de servicio público telefónico que indica.

La entidad recurrente acompaña copia de escritos por medio de los cuales ha sometido a conocimiento de la Comisión Resolutiva creada por el decreto ley N° 211, de 1973, las materias a que se refieren los reclamos de la especie.

En consecuencia, considerado que la aludida Comisión Resolutiva, según lo ha manifestado la jurisprudencia administrativa, tiene el carácter de tribunal especial de justicia, este Organismo Fiscalizador debe abstenerse de emitir un pronunciamiento al respecto, acorde con lo prescrito en el artículo 6°, inciso tercero, de la ley N° 10.336, que le impide intervenir o informar asuntos que por su naturaleza sean litigiosos o que están sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia. Miguel Solar Mandiola. Contralor General. Subrogante”.

I-C: Atribuciones de la Comisión Resolutiva y, específicamente, la Potestad de Ordenar la Venta de Bienes.

El examen de este tema me obliga a resumir, a modo de conclusiones preliminares las características y naturaleza de la Legislación antimonopolios y cauteladora de la libre competencia que he reseñado.

- a) La ley no supone la existencia de mercados en los que existe “competencia perfecta”. Supone que existe algún grado de competencia, y bajo ese supuesto, adopta dos primeras y relevantes medidas:
- Por una parte delimita los campos de acción de las conductas, distinguiendo las lícitas y las ilícitas; para estas últimas contempla represiones y sanciones penales y administrativas.

Con el supuesto que se ha indicado y con la más estricta lógica, declara que será ilícito y sancionable cualquier “hecho, acto o convención” que “tienda a impedir la libre competencia” (Artículo 1°), y se consideran que lo son, “cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia” (Artículo 2°, letra f).

- Por otra parte, crea una serie de organismos a los cuales ya me referí y a los que encomienda la “prevención, investigación, corrección y represión de los atentados a la libre competencia o de los abusos en que incurra quien ocupe una situación monopólica, aún cuando no fueren constitutivos de delito” (Artículo 6°).

Debe destacarse cómo estos dos primeros elementos han servido para que la Comisión Resolutiva forme en ejercicio de

la función jurisprudencial recordada, una clara doctrina en torno a las siguientes ideas:

- No es necesario que exista intención de producir una restricción o entorpecimiento de la libre competencia; basta que *pueda producirse ese efecto*, como resultado o consecuencia del acto o contrato que se impugna.
- No es necesario que el efecto lesivo se haya producido; basta que “tienda” a producirse; basta que se trate de un acto o contrato que “pueda” producir la restricción o entorpecimiento, y por eso se investiga si se trata de actos “idóneos”, capaces de producir una alteración de la competencia.
- Como no es necesario que se haya producido el efecto negativo, tienen gran importancia los organismos y funciones preventivos.
- Si se llegan a ejecutar actos o celebrar contratos contrarios a la libre competencia, frustrada la función preventiva, cobra relevancia la función correctiva o represiva.
- Resulta pertinente transcribir aquí las siguientes doctrinas:

“...si bien es cierto que el fin último del mencionado decreto ley (N° 211) es la protección de los intereses del consumidor, cabe presumir que en todos los actos descritos por dichas normas como atentados a la libre competencia, el legislador advierte un peligro real o potencial para dichos intereses y, por ello, los sanciona”. (Resolución N° 41, del 11 de Enero de 1978).

“...los acuerdos de precios, las imposiciones de los mismos, o cualquier otro arbitrio semejante, distorsionan un mercado aún imperfecto, yendo en beneficio inmediato de algunos comerciantes o del fabricante, y en perjuicio del consumidor, mediante precios excesivos que compensan una menor venta del producto. Precisamente, para que pueda operar la libre competencia, la ley sanciona toda conducta que pueda eliminarla entorpecerla o restringirla”. (Resolución N° 47, del 27 de Septiembre de 1978).

“Los organismos antimonopólicos pueden corregir y sancionar, administrativamente, cualquier conducta que sea apta para

producir un resultado lesivo de la competencia, aún independientemente de que así ocurra, porque hay acciones que, en forma natural y obvia, tienden a restar fluidez al mercado y resulta muy difícil cuantificar el perjuicio que irrogan a terceros”. (Resolución N° 60, del 16 de mayo de 1979).

- b) Cuando existe monopolio, o un mercado oligopólico fuertemente controlado por empresas que tienen una participación significativa en él, ya sea del lado de la oferta, ya sea de la demanda de bienes y servicios, la ley se encarga de sancionar los abusos en que pueda incurrir esa persona o empresa privilegiada.

Como señala el Profesor de Derecho Económico de la Universidad Católica de Valparaíso, Enrique Aimone en su monografía “sobre Libre Competencia” debe reprimirse y sancionarse no sólo la “restricción competitiva”, sino también su contrario, cual es “la exageración”, el “abuso competitivo”. Agrega que “la competencia exagerada implica en sí extremo riesgo. La rivalidad es tan exacerbada, que hay peligro de que uno o más partícipes no puedan seguir en la lucha. Si la competencia es rivalidad, debe haber varios partícipes. No se puede ser rival de sí mismo. Una regla fundamental para toda competencia es garantizar el número de partícipes para que pueda haber juego. A la empresa en monopolio debe prohibírsele todo exceso en competencia. *No tiene derecho a eliminar, por eliminación del rival, la libre competencia*”.

Debo, entonces, concluir que mediante esta legislación no sólo se intenta preservar la competencia, sino que se trata de evitar los abusos de quienes tienen una posición más fuerte en el mercado. Se trata, pues, de la regulación legal del “proceso competitivo”, que no es estático, sino dinámico y cambiante.

La doctrina que ha sentado la Comisión Resolutiva en este ámbito ha permitido destacar, a lo menos, los siguientes conceptos esenciales:

- Las disposiciones del Decreto Ley 211 son de orden público.
- La competencia entre los agentes económicos supone el ejercicio de una amplia libertad económica y de iniciativa, que no puede ser coartada, ni por disposiciones legales o

reglamentarias, ni por actos o decisiones de terceros, ni por acuerdos o convenios.

- La Comisión Resolutiva es el único tribunal de justicia competente para calificar si hechos, actos, o contratos son o no contrarios a la libre competencia.
- En un régimen de competencia no es permisible la discriminación, que trata de favorecer a unos competidores en perjuicio de otros.
- Las normas vigentes cuya finalidad principal es proteger la libre competencia, tienen un alcance muy amplio y una jerarquía especial, debido a la trascendental función que desempeña esa competencia en un régimen jurídico-económico de libertad de empresa y de economía social de mercado.

A título ilustrativo, cito algunos párrafos de Resoluciones dictadas en los últimos años por la Comisión Resolutiva:

“...importa una seria traba a la libertad que el Decreto Ley N° 211, de 1973, garantiza, sin más excepciones que las establecidas en las leyes. Esta libertad está consagrada por disposiciones de orden público, sin que pueda ser restringida por un particular, porque a este respecto la autonomía de la voluntad está limitada por esas disposiciones de orden público”. (Resolución N° 58, del 18 de Abril de 1979).

“Esta Comisión estima que si el otorgamiento de una concesión importa una discriminación que afecta a la libre competencia, el Decreto Ley N° 211, de 1973, cobra aplicación preferente sobre toda otra norma legal, a menos que dicha aplicación esté también legalmente exceptuada”. (Resolución N° 183, del 6 de Diciembre de 1984).

“Que la calificación del interés nacional comprometido y de la conveniencia u oportunidad de autorizar el mantenimiento de dichos actos o contratos, corresponde a la autoridad encargada de tutelar el bien común económico por cuanto sólo ella está en situación de apreciar los efectos que una alteración o restricción de la competencia puede producir en el mercado y de disponer, en su caso, las medidas de excepción que sean necesarias para que esa restricción no afecte el bien común comprometido”. (Resolución N° 24, del 17 de Marzo de 1976).

“Que, como puede apreciarse, la tantas veces mencionada exigencia de agremiación obligatoria no importa un título que se justifique en razón de la moral, la seguridad o la salud pública ni lo exige tampoco el interés nacional. En consecuencia, el requisito referido, aunque legal, se opone a la libertad que deben tener los ciudadanos para el acceso a una actividad o trabajo en el régimen de libre competencia y no encuentra su origen en valores superiores a ésta”. (Resolución N° 27, del 29 de Diciembre de 1976).

“Es condición indispensable de la libre competencia que los participantes en una misma operación del mercado tengan igualdad de tratamiento o de oportunidades”. (Resolución N° 31, del 14 de Julio de 1977).

“Tratándose de precios libres, esto es, no sujetos a régimen de fijación oficial, a nadie es lícito intervenir, directa ni indirectamente, en la fijación de precios en transacciones de terceros, pues dicho poder no está atribuido ni siquiera a la autoridad económica.

“En tales condiciones, los particulares no pueden, por sí y ante sí, asumir un *poder de regulación del mercado*, que no les ha sido consentido y que interfiere la autonomía de la voluntad que la ley quiere que sea la rectora en las transacciones de los productos o artículos no sujetos a la fijación oficial de precio”. (Resolución N° 46, del 27 de Septiembre de 1978).

“Así, considera esta Comisión que, no obstante que la autoridad municipal disponga de atribuciones para adoptar decisiones en materia de ordenamiento del comercio comunal, dichas decisiones deben fundarse en motivos de interés general relacionados con aspectos que están dentro de la competencia del Gobierno Municipal, tales como ornato, higiene, urbanismo, etc., pero sin que ellas impliquen contravenir las normas generales dictadas para asegurar la libre competencia comercial e industrial, pues en tales casos su calificación compete a los organismos creados especialmente por el Decreto Ley N° 211, de 1973”. (Resolución N° 59, del 25 de Abril de 1979).

“Por ello, y para la debida transparencia del mercado, indispensable en el régimen de libre competencia”. (Resolución N° 71, del 31 de Enero de 1980).

“...esta Comisión estima, al igual que la H. Comisión Preventiva Central, que, al menos, desde la dictación del Decreto Ley N° 211, en el año 1973, y salvo texto expreso en contrario, la aplicación y la *interpretación* de toda la legislación económica, incluida, por cierto, la de los seguros, han debido tender al restablecimiento de la libre competencia, de manera que la legislación exceptuada, por no avenirse con dicho principio económico, ha debido tener un alcance restrictivo en cuanto a la exégesis de sus normas”. (Resolución N° 78, del 11 de Junio de 1980).

Desde otro punto de vista, la legislación de defensa de la libre competencia tiene, sin duda, un rol fundamental que cumplir.

En efecto, la protección de los intereses generales, la protección de los intereses de los consumidores, se verifica en alguna medida a través de la impugnación y represión de acuerdos, convenios y conductas relativas a la fijación de precios, asignación de mercados, control de sociedades competidoras, fusión de empresas, y tantas otras.

En todas estas materias, aparte de la existencia de sanciones penales, que por sí solas tendrán un efecto previsible de ordenación de las conductas, cobran importancia las medidas preventivas, correctivas y de represión.

Desde luego, existe para los agentes económicos la obligación legal de consultar los actos que pretenden ejecutar, y los contratos que proyectan celebrar, razonablemente, que contengan elementos o cláusulas susceptibles de ser calificadas como contrarias al Decreto Ley N° 211.

Quien falta a esa obligación legal, se expone, por su propio acto o decisión, a la aplicación de sanciones administrativas y penales que contempla la ley.

Por otra parte, quien espera, desea o necesita ejecutar o celebrar ciertos actos y contratos, por razones justificadas legalmente, tiene necesariamente que someterse a las formalidades y exigencias que establece la ley en el Artículo 4°.

Como se ha dicho, la ley contempla situaciones de excepción. Pero, para que esas situaciones sean reconocidas y amparadas legalmente, el interesado debe someterse a las formalidades que la misma ley ha fijado.

Si no fuera así, se desvirtuarían los objetivos de la ley y quedarían sólo en el papel las funciones y facultades que se han reconocido u otorgado a los organismos que ella consagra.

Con los antecedentes relacionados, entro a dilucidar si puede la Comisión Resolutiva ordenar la venta de bienes cuando estima que en su adquisición o dominio actual existe riesgo de vulnerar la libre competencia.

La consulta planteada lleva implícitos los siguientes supuestos:

- a) Que ha habido una transacción (compraventa, permuta u otras) conforme a la cual una persona pasó a ser accionista de una sociedad anónima;
- b) Que por el hecho de pasar a ser accionista, el titular de estas acciones podría plantear una amenaza de restricción, supresión o entorpecimiento de la competencia;
- c) Que la adquisición de las acciones no fue previamente consultada a la Comisión Preventiva;
- d) Que de alguna manera prevista en el Decreto Ley 211, la adquisición de las acciones ha llegado a conocimiento de la Comisión Resolutiva, y está siendo impugnada como contraria a las normas de defensa de la libre competencia.

Pienso que, después del análisis que antecede, el orden de las cosas que es lógico y se ajusta a las disposiciones de la ley, es el siguiente:

Primeramente es responsabilidad de los interesados (contratantes), el calificar los actos o contratos como ajustados al Decreto Ley 211 o contrarios a éste.

Ante cualquier duda, es responsabilidad y obligación de esas mismas personas, formular la consulta ante la Comisión Preventiva que corresponda.

Si los interesados omiten la consulta (faltando de esta manera a lo que es una obligación legal), están expuestos a que la Comisión Preventiva califique los actos o contratos como contrarios al Decreto Ley 211; enseguida, están expuestos a que la Comisión Resolutiva, de oficio o por requerimiento de

la Fiscalía Nacional Económica, conozca del asunto y emita su propio pronunciamiento.

La Comisión Resolutiva es, para estos efectos, un Tribunal de Justicia y la resolución que dicta es una sentencia.

La ley contempla en forma expresa que la Comisión Resolutiva puede ordenar “modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a la presente ley” (Artículo 17 letra a) N° 1). Debe estamparse aquí, con total claridad, que al reprimir los actos contrarios a la libre competencia, la Comisión Resolutiva está resolviendo que existe en el acto impugnado un objeto ilícito ya que se produjo una situación que contraviene el derecho público chileno (Artículo 1462 del Código Civil). La sanción dispuesta por el legislador no es la nulidad del acto sino la represión del mismo, hasta llegar a su inexistencia ante el Derecho, conforme a lo que disponga la Comisión en uso de sus atribuciones genéricas del N° 1 del art. 17 del Decreto Ley 211.

Cito otras sentencias de la Comisión:

“Bajo el imperio de ambas leyes (N° 13.305 y D.L. 211) citadas tal fusión requiere de un decreto supremo fundado y de informe previo favorable de esta Comisión. Por tal motivo, dicho convenio debe ser dejado sin efecto, ...” (Resolución N° 53, del 8 de Noviembre de 1978).

El caso que dio motivo para la dictación de esta Resolución se refiere a un sector económico (un mercado) fuertemente concentrado desde el punto de vista de la “oferta”: se trata de telecomunicaciones y una de las partes involucradas era la Empresa Nacional de Telecomunicaciones – ENTEL.

No se respetaron ni el Artículo 8 letra b), ni el Artículo 4° del Decreto Ley 211, es decir, la fusión no fue consultada previamente, ni se requirió el Informe favorable de la Comisión Resolutiva, para solicitar la autorización mediante decreto supremo fundado.

En otra ocasión, la Comisión Resolutiva tuvo la oportunidad de sostener lo siguiente:

“Que las defensas... de las denunciadas, han cuestionado, por estimarla inconstitucional, la medida solicitada por la Fiscalía en orden a que esta Comisión disponga que cada una de ellas enajene las acciones que posee en las otras, y al efecto argumentan que tal medida no está contemplada en el Decreto Ley N° 211, y además, sería contraria a la garantía del derecho de propiedad consagrada en el N° 16 del artículo 1° del Acta Constitucional N° 3, pues constituiría una *enajenación forzada y por ende una forma de expropiación*, y ésta sólo resulta procedente cuando media la existencia de una ley expropiatoria, dictada cumpliendo con todas las exigencias constitucionales del caso”.

“Que no corresponde a esta Comisión pronunciarse sobre la cuestión planteada en la consideración precedente, toda vez que la inaplicabilidad de una ley por ser contraria a la Constitución es una materia entregada al exclusivo conocimiento de la Exma. Corte Suprema”.

“No ocurre lo mismo con la alegación consistente en que esta Comisión no podría acoger la petición de la Fiscalía, relativa a la enajenación de las acciones, por no otorgarle tal facultad el Decreto Ley N° 211, de 1973, *alegación que deberá ser desestimada, pues el artículo 17, letra a) N°1, del citado cuerpo legal se la otorga expresamente al disponer que es atribución y deber de la Comisión “modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones del presente Decreto Ley”*”.

“Pues bien, resulta inconcluso que los actos, conforme a los cuales las sociedades denunciadas se transformaron en recíprocas accionistas, son precisamente contratos y, por ende, puede este Tribunal disponer su término o extinción”. (Resolución N° 75, del 28 de Mayo de 1980).

Comparto plenamente el criterio de la Comisión Resolutiva en lo que dice relación con la facultad de “dejar sin efecto” los actos que se ejecuten, o los contratos que se celebren y que sean contrarios al Decreto Ley 211.

No sólo es claro el texto legal vigente. Además, esa facultad está concebida como una de las principales herramientas de que dispone la Comisión, para el efectivo cumplimiento de sus funciones correctivas y de represión de las conductas reprochables.

No debe perderse de vista el hecho que la Comisión Resolutiva tiene y ejerce las funciones correctivas y sancionadoras, y que desde el punto de vista del interés general, las primeras han de mirarse como las más importantes. Las segundas, en cambio, son sólo complementarias y tienen importancia desde una perspectiva más particular sólo para el infractor, a quien afectan las sanciones.

Como conclusión final de este párrafo, puedo afirmar que la Comisión Resolutiva del Decreto Ley 211 puede ordenar la venta forzosa de bienes, de cualquier naturaleza, que una persona haya adquirido infringiendo con ello las reglas legales sobre libre competencia y puede, además, señalar los medios o sistemas para que esta venta se realice.

CAPITULO II

La Obligación Impuesta por un Tribunal de Justicia de vender Bienes frente a algunas Garantías Constitucionales.

II-A: Frente al N° 16 del Artículo 19.

Este precepto consagra la libertad de trabajo y una compleja normativa que, en lo fundamental, está destinada a regular los derechos del sector laboral de la vida económica.

La Constitución de 1980 innovó en el contenido de esta garantía.

Recordaremos, primero, los preceptos del N°14 del artículo 10 de la Constitución de 1925, luego de la reforma de 9 de Enero de 1971:

Artículo 10:

Asimismo, la Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

“14° La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de éste, a una remuneración

suficiente que asegure a ella y su familia un bienestar acorde con la dignidad humana y a una justa participación en los beneficios que de su actividad provengan.

El derecho a sindicarse en el orden de sus actividades o en la respectiva industria o faena, y el derecho de huelga, todo ello en conformidad a la ley.

Los sindicatos y las federaciones y confederaciones sindicales, gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley.

Los sindicatos son libres para cumplir sus propios fines.

Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salud públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así”.

Luego, el *Acta Constitucional N° 3 de 1976* aseguró en el artículo 1°.

“20. La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho al trabajo. Se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena en los casos que ella determine.

Toda persona tiene, asimismo, derecho a la libre elección del trabajo y a una justa retribución que asegure a ella y su familia, a lo menos, un bienestar acorde con la dignidad humana.

La ley establecerá mecanismos que contemplen formas de participación del trabajador en la comunidad humana de trabajo que constituye la empresa.

Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salud públicas o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.

La ley determinará las profesiones que requieren título y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas.

La colegiación será obligatoria en los casos expresamente exigidos por la ley, la cual sólo podrá imponerla para el ejercicio de una profesión universitaria.

No se podrá exigir la afiliación a una organización sindical como requisito para desarrollar un determinado trabajo.

La ley establecerá los mecanismos adecuados para lograr una solución equitativa y pacífica de los conflictos del trabajo, los que deberán contemplar formulas de conciliación y de arbitraje obligatorio.

La decisión del conflicto, en caso de arbitraje, corresponderá a tribunales especiales de expertos, cuyas resoluciones tendrán pleno imperio, y velarán por la justicia entre las partes y el interés de la comunidad.

En ningún caso podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado o de las municipalidades, como tampoco las personas que trabajen en empresas que atienden servicios de utilidad pública, o cuya paralización cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional”.

Y, por último, la Constitución de 1980 preceptúa:

Artículo 19:

La Constitución asegura a todas las personas:

“16° La libertad de trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.

Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para

desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos. La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas.

La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella.

No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso”.

Me correspondió participar en el estudio y redacción de esta normativa constitucional como integrante de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. Por ello puedo afirmar que su preceptiva, como ya anticipé, está esencialmente destinada a cautelar un cuadro de garantías para los trabajadores, específicamente los del sector laboral.

Confirman esta aseveración los siguientes antecedentes:

- 1) En las Sesiones 194 – 195 – 196 – 198 – 199 – 200 – 209 y 210 de la Comisión se invitó a participar a las siguientes personas:

Hernol Flores, vicepresidente de la Asociación Nacional de Empleados Fiscales; Moisés Guzmán, presidente de la Confederación de Artesanos y Pequeños Industriales; Guillermo Medina, presidente de la Zonal de El Teniente de los Trabajadores del Cobre; Federico Mujica, presidente de la Confederación de Empleados Particulares; Guillermo Santana, presidente de la Confederación de Trabajadores del Cobre:

León Vilarín, presidente de la Confederación de Dueños de Camiones, y Ernesto Vogel, presidente de la Confederación Industrial Ferroviaria, todos ellos dirigentes de los trabajadores chilenos.

- 2) Los derechos que consagra esta garantía son, en esencia, la libertad de trabajo y la cautela de su protección como elementos que habilitan a toda persona a buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficio lícitos, vale decir, no prohibidos por la ley. Esta garantía implica, además, el derecho a la libre contratación, ya que no son admisibles, serían discriminatorios y serían nulos, las exigencias o requisitos que no se basen en la idoneidad de los trabajadores, salvo que la ley exija cierta edad mínima o la nacionalidad chilena, como sería el caso del Estatuto Administrativo para funcionarios del estado. Luego, la garantía culmina con el derecho de elegir trabajo con entera libertad y con acceso a una justa retribución.

Todo este cuadro de derechos de las personas busca poner a cubierto a los trabajadores de discriminaciones que favorezcan a algunos o perjudiquen a otros, en el acceso a cargos laborales, por razones políticas, religiosas, ideológicas y de características personales que no digan relación con la capacidad o idoneidad para esta tarea específica. La Constitución ha querido impedir que se exija la concurrencia de requisitos de afiliación a cualquier entidad o asociación o de no afiliación o desafiliación o que se planteen de ellas exigencias arbitrarias, como no haber sido dirigente sindical, no haber participado en conflictos colectivos u otras similares. En su esencia, este derecho asegura que a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador; que a nadie le será negado un trabajo por razones arbitrarias y que quien trabaje lo haga con su justa retribución. (Comisión. Sesión 199, de 7 de Abril de 1976, págs. 13 a 17).

Este derecho, con las variadas expresiones relatadas, no juega sólo entre empleadores y trabajadores. Además, corresponde al Estado crear las condiciones para que el acceso al trabajo y el derecho al trabajo se cumplan efectivamente en el medio social, como a proposición nuestra lo acordó la Comisión en su Sesión 199, de 7 de Abril de 1976 (pág. 18 del Acta respectiva).

Este deber del Estado no es jurídicamente exigible; pero de su cumplimiento deben responder las autoridades estatales ante la opinión pública.

La Constitución autoriza a la ley para señalar las profesiones que requieren grado o título universitario y para fijar los requisitos de su ejercicio, entre los cuales, no puede estar la afiliación obligatoria a un colegio profesional o a otra entidad gremial.

Finalmente, todo trabajo es permitido. La Constitución habilita a la autoridad para que *prohiba los trabajos que se opongan a la moral o a la seguridad o salubridad públicas*. Además, la ley puede declarar que determinadas actividades quedan prohibidas por exigirlo el interés nacional. Cuando la autoridad pública prohíba determinados trabajos asilándose en esta preceptiva, su resolución debe ser fundada, no discriminatoria ni arbitraria.

- 3) Aunque parece evidente que este texto constitucional no ampara las “inversiones de capital”, por no constituir naturalmente un “trabajo” y porque no aparecen ni lejanamente vinculadas a una preceptiva de carácter social-laboral, es preciso destacar que la legislación antimonopolios prohíbe determinadas conductas, que si se consideran “trabajos”, quedan en la esfera de su normativa, ya que por exigirlo el interés nacional esa legislación reprime todo atentado a la libre competencia. La naturaleza jurídica de preceptos de “interés nacional” que reviste la normativa cauteladora de la libre competencia emana con extrema claridad de los considerandos en que dijo haberse fundado el legislador al dictarla, que he recordado, y de la significación colectiva de sus disposiciones. Por consiguiente, nada hay en el texto del N° 16 del artículo 19 de la Constitución que pueda impedir la dictación y ejecución de resoluciones judiciales que ordenen la enajenación forzada de bienes con cuyo dominio se configura un atentado a la libre competencia. Porque, además, no puede perderse de vista que *al adquirir* esos bienes el afectado infringió regulaciones legales preexistentes a cuyo imperio debió someterse. El ser sancionado por ello, por lo menos con la obligación de desprenderse de lo que adquirió, es un imperativo jurídico de la esencia de un Estado de Derecho.

II-B: Frente al N° 21 del Artículo 19.

Esta garantía constitucional, conocida como el derecho a la libre actividad económica, fue consagrada en la Constitución de 1980 en los siguientes términos:

La Constitución asegura a todas las personas:

“21° El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”.

El precepto surgió en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución en las Sesiones 388, 389 y 398 de 1978 cuando ya se había promulgado en 1976 el Acta Constitucional N° 3 de la cual, por tanto no formó parte. Fue propuesto porque, como ya se anticipó en el párrafo anterior, se estimó que la garantía de la libertad de trabajo cumplía otros objetivos diferentes del amparo a la libre iniciativa empresarial. Se pensó que éste bien jurídico tenía preceptiva especial. Fue así como se aprobó y se incorporó al texto de la Constitución de 1980 este derecho de desarrollar cualquier actividad económica, con las limitaciones que luego veré. Para estudiar la significación jurídica y la trascendencia práctica de este precepto, debe establecerse, primero, que las personas que ejerzan una actividad económica deben someterse a las leyes que la regulan. Pues bien, “regular” una actividad es someterla al imperio de una regimentación que indique cómo puede realizarse; pero en caso alguno, bajo pretexto de “regular” un accionar privado en la economía, el legislador puede llegar hasta obstaculizar o impedir, a través de facultades excesivas a organismos fiscalizadores, por ejemplo, la ejecución de actos lícitos amparados por esta garantía constitucional o crear las condiciones para que, de hecho, sea el Estado o la autoridad pública la que termine asumiendo el ejercicio de actividades que, legítimamente, pueden desarrollar los particulares. Una legislación que procure o produzca estos efectos sería abiertamente inconstitucional.

Si la Constitución asegura a todas las personas el derecho de desarrollar libremente cualquier actividad económica, personalmente o en sociedad, organizadas en empresas, en cooperativas o en cualquier otra forma de asociación *lícita con el único requisito de respetar las normas que regulan la respectiva actividad, y con limitaciones*, la obligación de no atentar en contra de esta garantía no solo se extiende al legislador, al Estado y a toda autoridad, sino también a otros particulares que actúen en el ámbito de la economía nacional. Una persona, natural o jurídica, que desarrolla una actividad económica dentro de la ley, sólo puede salir de ella voluntariamente o por ineficiencia empresarial que la lleve al cierre o a la quiebra. Pero es contrario a esta libertad, y la vulnera, el empleo por otros empresarios de arbitrios, como pactos, acuerdos, acciones y toda clase de operaciones que tengan por objeto o den o puedan dar como resultado, dejar al margen de la vida de los negocios a quien esté cumpliendo legalmente una tarea en la economía del país.

Esto es particularmente importante cuando al amparo de esta u otras garantías constitucionales se pretende o se llega, en una conjunción de intereses legal y éticamente reprochable, a tener control de una empresa que sirve una tarea que de hecho constituye monopolio y, además, a participar en el control de la empresa que presta a aquella y a otras empresas un servicio fundamental para su operación productiva. Máxime cuándo esta segunda empresa también tenga o pueda tener, de hecho, carácter monopólico. Piénsese, tan sólo, en como en esa conjunción o concurrencia de intereses empresariales, una empresa puede, o está en condiciones, a través de su control aunque sea parcial en la prestadora de servicios, conocer la capacidad operacional, las cuantías de ciertas ventas o de ciertas compras y otros antecedentes de sus competidoras a las que, paulatinamente, en forma deliberada o por simple aplicación de ciertas políticas de precios o tarifas, puede ir debilitando hasta, en definitiva, separarlas del mercado.

Si se estudia la ley se advierte, de inmediato, que ella no está encaminada ni única ni principalmente a la represión del delito de monopolio y que, por el contrario, busca antes que nada, prevenir los hechos o actos que contraríen o puedan contrariar las normas de libre competencia y también a corregir los ya producidos, sin utilizar en este último caso la represión penal sino por excepción y cuando esa H. Comisión Resolutiva ordena al señor Fiscal Nacional Económico el ejercicio de la acción penal, la que debe sujetarse al procedimiento señalado en el Título V del Decreto Ley

N° 211, y ser conocida por un Ministro de la Corte de Apelaciones respectiva, como tribunal unipersonal.

Todo ello permite la aplicación de la ley y la acción de los órganos creados por ella a un sinnúmero de casos o hipótesis de atentados o entorpecimientos a la libre competencia.

En virtud de estos elementos de juicio, en mi obra “Los Derechos Constitucionales”, Editorial Jurídica, 1986, Tomo II, página 318, debí sostener, justamente al referirme a esta garantía constitucional, que “por ello existe una legislación protectora de la libre competencia que sanciona esos actos y protege el pleno ejercicio de la libertad que estamos analizando. Es el Decreto Ley 211, de 1973, cuyo texto definitivo lo fijó el Decreto 511 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 27 de Octubre de 1980 que traté en el Capítulo I de este Informe”.

Esta aseveración, formulada en 1986, que ha sido debatida y analizada y nunca rebatida, supone que existe una normativa de orden público, constituida por la legislación antimonopolios, que regula la libertad empresarial y que la restringe cuando, en su ejercicio, se incurre en actos o conductas antijurídicas.

Es que, como lo dice expresamente el texto, ésta garantía ampara cualquier actividad económica que no contraríe la moral, el orden público o la seguridad nacional. Por consiguiente, las limitaciones, restricciones u obligaciones que imponga una sentencia de la Comisión Resolutiva fundada en la legislación cauteladora de la libre competencia, no puede jamás estimarse atentatoria de la garantía constitucional del N° 21 del art. 19.

II-C: Frente al N° 23 del Artículo 19

La Constitución de 1980 preceptúa:

Artículo 19

La Constitución asegura a todas las personas:

“23° La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo

declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución.

Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”.

Esta libertad había sido ya consagrada en el N° 15 del artículo 1° del Acta Constitucional N° 3 de 1976, casi en los mismos términos que el texto de 1980. La Normativa del Acta Constitucional N° 3 consistía en asegurar a todas las personas:

“15° La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que por su naturaleza son comunes a todos los hombres o deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así.

La ley, en casos calificados y cuando así lo exija el interés nacional, puede reservar al Estado determinados bienes que carecen de dueño y, también, limitar o establecer requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes.

Para promover el acceso de un mayor número de personas al dominio privado, la ley propenderá a una conveniente distribución de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar”.

Este inciso final fue suprimido en el Texto de 1980 sometido a plebiscito.

En un breve análisis de esta garantía, diré, en primer término, que la Constitución garantiza la libertad para adquirir, a cualquier título lícito, y de hacer ingresar al dominio privado de las personas toda clase de bienes, muebles e inmuebles, corporales o incorporales y todas las cosas susceptibles de ser incorporadas a un patrimonio personal. La adquisición del dominio supone la protección constitucional del derecho de propiedad sobre los bienes. Esta libertad protege a las personas de *actos legislativos o de autoridad administrativa* que entreguen o reserven al Estado o a otras personas el dominio exclusivo y excluyente de terceros, de alguna categoría de bienes, o que, sencillamente, prohíban a todos los particulares o a algunos de ellos el acceso al dominio de ciertos bienes.

En seguida, debe tenerse presente que no son susceptibles de apropiación y de dominio privado:

- a) Los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como el aire, la atmósfera;
- b) Los que una ley declare que deban pertenecer a la nación, como calles, caminos...
- c) Los que tengan dueño fijado en la Constitución, como las minas que pertenecen al Estado (art. 19 N° 24, inc. 60).

En mi obra citada, dije ya en 1986:

“Una ley de quórum calificado, sólo cuando lo exija el interés nacional, podría (en el futuro), establecer requisitos o limitaciones para la adquisición del dominio de algunos bienes. En consecuencia, esta libertad no puede ser coartada por una ley común; el mismo derecho no puede ser impedido; sólo puede ser condicionado o limitado, sin que ello suponga afectar al derecho mismo. Las condiciones pueden consistir en imponer requisitos, racionales, no discriminatorios, para la adquisición de ciertos bienes. Las limitaciones pueden referirse al monto, ubicación o características de los bienes (por ejemplo: no más de tantas acciones de tales entidades; inversión no superior a tanto; tal especie de bienes situados en tal lugar no pueden ser adquiridos por extranjeros); pero con la exigencia ya señalada de no discriminación y siempre que esté comprometido efectivamente el interés de la nación entera. Puede apreciarse que el constituyente fue extraordinariamente acucioso al establecer esta garantía, ya que quiso evitar que los excesos legislativos y los abusos de autoridad pudieran vulnerar una libertad que considera parte integrante del conjunto de derechos asegurados al patrimonio personal e incorporados al concepto de orden público económico. Sin embargo, es útil tener presente que la C.E.N.C. en la Sesión 203, se dejó constancia de que el interés social quedaba comprendido en el interés nacional”.

“Incide también aquí una referencia a la legislación antimonopolios contenida en el Decreto Ley 211.

El derecho de adquirir toda clase de bienes está restringido por esa legislación, de efectivo interés nacional, y de orden público, ya que la libertad que me ocupa no puede llevar a la constitución de monopolios o de empresas que, por su *poderío* o *influencia*, estén en condiciones de atentar en contra de las normas de la libre competencia. Recuérdese que el bien jurídico cautelado esencialmente por la legislación antimonopolios es el interés de los

consumidores, o sea de la generalidad de los habitantes, y ello está estrechamente vinculado al interés nacional. Por todo ello concluyo que el citado Decreto Ley 211 es un texto que reúne los requisitos para ser considerado como una normativa justificada por el inciso final de este N° 23 del artículo 19”.

Por lo demás, el constituyente procuró que esta garantía y la del N° 21 del art. 19 a que me referí anteriormente, no pudieren ser conculcadas por acto de potestades legislativas o de gobierno. Pero, naturalmente, ese interés de la Constitución no puede impedir que una sentencia judicial, repito, que por razones de interés general fundadas en preceptos de orden público, limite o restrinja el ejercicio de las garantías del Orden Público Económico. Porque no puede perderse de vista, en la única interpretación racional y armónica del contenido del Orden Público Económico Chileno, que la legislación antimonopolios forma parte integrante, muy fundamental de el.

Similares conclusiones obtiene José Luis Cea, en su obra citada, páginas 363 y 364, cuando se refiere a los objetivos del Orden Público Económico Chileno:

“A través del Orden Público se busca el desarrollo de la comunidad nacional, su bienestar con seguridad a la vez que la justicia individual, protectiva y social. Sin embargo, para cumplir tales objetivos algunos ordenamientos constitucionales otorgan categórica primacía a las potestades estatales, a las que suponen siempre orientadas a proteger los intereses sociales y que lo hacen en lucha con el egoísmo de los individuos. Opuestos en extremo son los ordenamientos fundamentales que asumen la consumación del bienestar general como resultado de la suma de las iniciativas individuales, libres de la intervención de las autoridades públicas, obligadas siempre a inhibirse y nunca actuar para la “procura existencial”. Es decir, la realización práctica de los objetivos referidos provoca conflictos entre la aspiración a la libertad y la aspiración a la distribución justa de los bienes, siendo éste el fundamento del litigio político-social entre el liberalismo y el socialismo de todos los matices.

Pero desde el polo del socialismo al del liberalismo y al revés han ido surgiendo posiciones intermedias que aspiran a corregir los excesos de aquéllos, conciliando la libertad de la persona y los grupos con el orden que la autoridad debe preservar para el bien común. Ese es el caso de la economía social de mercado, fundada en que la iniciativa y competencia libres *tienen su límite* y

motivo de restricción en la seguridad, justicia y progreso *general*. Porque tal economía no puede hacer ni conservarse mediante el simple *laissez faire*, desde que presupone una estructura jurídica determinada para hacer frente, por ejemplo, a la formación de monopolios o concentración, a las maniobras especulativas, a los fraudes al Fisco y a las nuevas figuras punibles que en el Derecho Penal Económico son típicas de los delincuentes de “cuello blanco”.

La conclusión final, luego del análisis que antecede, es que una sentencia de la Comisión Resolutiva del Decreto Ley que ordene la venta de determinados bienes, no infringe en forma alguna la garantía del N°23 del artículo 19 de la Constitución.

II-D: Frente al N° 24 del Artículo 19

La Constitución de 1925 garantizaba el Derecho de propiedad en su artículo 10, número 10, con la siguiente redacción: “La Constitución asegura a todos los habitantes de la República”:
“10 La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna.

Nadie puede ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial o de expropiación por razón de utilidad pública, calificada por una ley. En este caso, se dará previamente al dueño la indemnización que se ajuste con él o que se determine en el juicio correspondiente.

El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública a favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública”.

Durante la vigencia de este precepto, surgieron variadas críticas al hecho de que la Constitución considerase que la “sentencia judicial” constituía una forma de “privación del dominio”. Se sostenía que cuando la potestad jurisdiccional alteraba la subsistencia de una titularidad del dominio estableciendo otro titular, estaba simplemente reconociendo una situación preexistente o sancionando un vicio que hacía nulo o inexistente un título de dominio aparentemente válido o legítimo. Recuérdese que

Alejandro Silva Bascuñán en su "Tratado de Derecho Constitucional", Editorial Jurídica, 1963, páginas 278 y 279, decía, interpretando la unanimidad de la doctrina y de la cátedra: "La sentencia judicial no constituye estrictamente excepción a la inviolabilidad del dominio, por cuanto, si una decisión firme de los tribunales establece que quien tiene en su poder la cosa no es en realidad el dueño de ella, y debe, por eso, entregarla a su verdadero propietario, no se viola el derecho del primero, sino que se declara que su titular es el segundo, y se afirma así el dominio en quien efectivamente tiene derecho a la cosa. A la inversa, si el fallo termina con el reconocimiento del derecho en el mismo poseedor o tenedor de la cosa, quien la pretendía no pudo ser amparado justamente porque carecía de su dominio".

Fue por esta crítica tan generalizada que en el Proyecto de Reforma Constitucional que el Presidente Eduardo Frei envió al Congreso Nacional el 30 de Noviembre de 1964, se propuso entre otras modificaciones a la Carta, un nuevo estatuto constitucional del Derecho de Propiedad. Esta parte del proyecto fue separada en 1966 y fue introducida a la Constitución en la Reforma Constitucional de 20 de Enero de 1967, desapareciendo desde entonces y a través de la Reforma de 1971, del Acta Constitucional de 1976 y de la Constitución de 1980, toda referencia a la "sentencia judicial" como elemento causal de privación del dominio (Enrique Evans de la Cuadra, Estatuto Constitucional del Derecho de Propiedad, Editorial Jurídica, 1967, páginas 7, 8, 9, 111 y 192).

De lo relacionado aparece que cualquier modificación a la situación patrimonial de una persona natural o jurídica, que haya sido parte en una controversia judicial sometida a las reglas del debido proceso, y que en virtud de una sentencia ejecutoriada de un tribunal de justicia es obligada a restituir o transferir el dominio de algunos bienes a su legítimo dueño o a nuevos titulares que señale el Tribunal Sentenciador, no constituye una infracción de la garantía constitucional del Derecho de Propiedad. La sentencia judicial es la expresión de la Potestad Judicial, encargada por el constituyente de resolver las contiendas del orden temporal (artículo 73 de la Constitución) por medio de los tribunales que señale la ley. La Potestad jurisdiccional decide sobre la vida, la libertad, la honra, el patrimonio y los demás bienes jurídicos que cautelan a las personas en la vida social y el hecho de que esa Potestad afecte en sus fallos alguno de esos bienes jurídicos no puede suponer, luego del debido proceso, una infracción a las garantías que tutelan esos bienes jurídicos.

Una observación de importancia. Si una persona, natural o jurídica, pretende eludir o violar la normativa institucional que regula sus actos en la vida colectiva se está colocando al margen del Derecho. Dice el N° 2 de artículo 19 de la Constitución que “...en Chile no hay persona ni grupo privilegiado” y lo sería quien pretende tener inmunidad jurisdiccional, de modo que sus actos u omisiones no puedan ser controladas en su juridicidad por un tribunal de la República, ni declarados ilícitos o contrarios a Derecho. No se olvide, además, que Chile es una “República” (art. 40) y ello significa que todos –gobernantes y gobernados- están sujetos a Derecho y son responsables de sus actos u omisiones, y que la Constitución “obliga a los titulares o integrantes” de los órganos del Estado, sea incluso el Presidente de la República o sus Ministros, y hasta el último de los funcionarios públicos en la escala jerárquica de la Administración del Estado y obliga, también a los administrados.

Luego, si una empresa pretende obtener o crear situaciones de poder económico o de dirección en otras empresas, a través de lo cual pueda restringirse o amenazarse un bien jurídico de interés nacional como es la libre y transparente competencia que beneficia a todos, esa empresa está colocándose en una situación de preponderancia indebida en el mercado, y atribuyéndose un privilegio inconstitucional. Naturalmente, no puede pretender, además rehuir el pleno ejercicio de las atribuciones del Poder Jurisdiccional, asilándose en garantías constitucionales que amparan sólo derechos legítimamente ejercidos. Una pretensión de esa naturaleza destruye principios y preceptos básicos de nuestro Estado de Derecho.

RESUMEN DE CONCLUSIONES

La Comisión Resolutiva del Decreto Ley 211 es un tribunal especial de justicia, expresión de la Potestad Jurisdiccional del Estado;

Esa Comisión está habilitada para ordenar en una sentencia la venta obligatoria de bienes y adoptar las medidas para que ello se cumpla, y

Esa decisión jurisdiccional no infringe los preceptos de los números, 16, 21, 23 y 24 de la *Constitución Política*.

Santiago, 12 de Septiembre de 1991.

Enrique Evans de la Cuadra