

# **El ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopolios**

**Olga Feliú Segovia**

Consejera del  
COLEGIO DE ABOGADOS

Es de interés analizar el libre ejercicio de la libertad económica, garantizado por la Constitución Política, y las atribuciones que la ley confiere a los organismos antimonopolios con el objeto de preservar la libre competencia.

Es necesario desentrañar el verdadero sentido de las normas constitucionales pertinentes, y atendida la disparidad de interpretaciones que se presentan, es conveniente iniciar el análisis del tema teniendo presente la historia fidedigna del establecimiento de la Constitución Política.

## **1. Bases Generales de la Constitución Política de 1980.**

### **1.1. Principios que informan la Constitución Política y orden público económico.**

Si se examinan con detención las distintas intervenciones de los comisionados de la Comisión Constituyente y lo expuesto en la obra *Anteproyecto Constitucional y sus Fundamentos* es posible determinar los principios que informan la Constitución Política de 1980 y la noción del "orden público económico". Respecto de esta materia hubo dos elementos esenciales inspiradores de la nueva institucionalidad: a) Consagrar que los derechos de las personas son anteriores y superiores al Estado y b) establecer reglas que impidieran que volvieran a repetirse en la historia patria la estatización y los desbordes de la economía dirigida.

Sobre lo primero –derechos de las personas anteriores y superiores al Estado– se expresa en la obra recordada sobre Anteproyecto Constitucional que "El nuevo régimen político institucional descansa en la concepción humanista del hombre y de la sociedad, propia de la civilización occidental y cristiana a la que pertenecemos, y según la cual los derechos del ser son anteriores y superiores al Estado, el que tiene el deber de darles segura y eficaz protección".

Este concepto aparece expresamente consagrado en las normas vigentes sobre "Bases de la institucionalidad" de la Constitución Política, que

reconocen que "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común", que "los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución" y actuar "dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley".

Sobre el segundo punto, relativo a las normas que se propusieron para evitar la repetición de la estatización y de la intervención en la economía, el *Anteproyecto Constitucional y sus Fundamentos* le dedica un capítulo denominado "Orden Público Económico".

En este capítulo, luego de un recuento de la historia política de los 40 años anteriores a ese momento, la inflación crónica y la cada vez mayor estatización, se plantea que estos antecedentes llevaron "a la Comisión a la convicción de que en el nuevo ordenamiento jurídico tienen el deber de contemplar algunas normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país, de modo que ellas conduzcan a la consecución del bien común". Más adelante se agrega que "la naturaleza y variedad de las materias que comprende el orden público económico exige que los preceptos correspondientes se contengan al tratar cada uno de ellos".

Varias fueron las disposiciones que en esta materia se propusieron en el anteproyecto. Entre ellas, "en relación con la necesidad de incentivar la iniciativa privada y de evitar el mal que significa la proliferación de las empresas del Estado, se contempla un nuevo derecho constitucional que tiene por objeto garantizar a todas las personas la libre iniciativa privada para desarrollar cualquiera actividad económica, sin más limitaciones que las que establezca la Constitución y siempre que no sean contrarias al interés nacional y una ley lo declare así".

La subsidiariedad del Estado y el reconocimiento de los grupos intermedios también son aspectos fundamentales relacionados con el "orden público económico y que inciden en el correcto alcance que debe atribuirse a la "libertad económica" reconocida constitucionalmente.

"El principio de subsidiariedad constituye condición esencial para que exista una sociedad realmente libre, ya que cuanto mayor sea el estatismo que la afecte, menor será la libertad que ofrezca a la capacidad creadora del hombre, por amplio que sea el reconocimiento que se haga de sus derechos políticos" (*Anteproyecto Constitucional y sus Fundamentos*).

La Carta Fundamental, en su Capítulo I, "Bases de la Institucionalidad", reconoce y ampara a los grupos intermedios de la sociedad en los siguientes

términos: “El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”.

Esta norma constitucional admite que la sociedad se organiza dando origen a grupos intermedios, los que son vitales para su progreso y desarrollo. Por ello, el constituyente, expresamente y nada menos que en las Bases de la Institucionalidad, establece que el Estado reconoce la existencia de estos grupos intermedios y que, además, les debe garantizar una adecuada autonomía para cumplir sus fines específicos.

Sobre el fundamento de la inclusión de este precepto en la Carta Fundamental se manifiesta en la obra *Anteproyecto Constitucional y sus Fundamentos* que “Una sociedad libre supone el respeto por parte del Estado a estos cuerpos intermedios que constituyen una verdadera proyección de la vida del hombre en comunidad. Ello no es sino la consecuencia del principio de que en definitiva, el Estado debe estar al servicio del hombre y no el hombre al servicio del Estado”.

Por su parte, los profesores Mario Verdugo M., Emilio Pffefer U. y Humberto Nogueira A. sostienen que los grupos intermedios “constituyen elementos esenciales del tejido orgánico de la sociedad, constituyendo instancias intermedias entre la persona y el Estado” y “que el principio de subsidiariedad tiene una dimensión negativa para el Estado: no debe intervenir en las actividades de las sociedades intermedias cuando desarrollan su actividad y fines real y eficazmente dentro del bien común” (*Derecho Constitucional*, Tomo I, pág. 112).

Luego, la existencia de estos grupos intermedios entre las personas y el Estado no sólo es reconocida por la Constitución, sino que ésta, además, impone al Estado la obligación de garantizarles la autonomía necesaria para cumplir sus fines propios, obligación que conlleva una prohibición al Estado de interferir en sus actividades.

Este amparo constitucional a los grupos intermedios alcanza a todo tipo de entes, incluso a los que tienen fines mercantiles. Así lo ha reconocido la jurisprudencia. En sentencia emitida el 23 de enero de 1985 por la Excm. Corte Suprema, en el recurso de inaplicabilidad interpuesto por la Bolsa de Valores de Santiago y otros en contra de determinados artículos de la Ley N° 18.045, sobre mercado de valores, dice como sigue: “Que la autonomía garantizada por la Constitución tiende al amparo de los grupos intermedios que organizan y estructuran la sociedad -algunos de los cuales son los entes mercantiles que contribuyen a esa organización en lo económico y...” (*Gaceta Jurídica* N° 55, pág. 40).

En suma, a la luz de la historia del establecimiento de la Constitución se puede concluir, en un análisis general y en primer término, que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a la ley y sólo pueden actuar dentro de su competencia. Luego la finalidad básica de los preceptos contenidos en los números 21, 22 y 24 del artículo 19 de la Carta, que consagran derechos comprendidos en el **Orden Público Económico** es la de **garantizar los derechos de las personas para emprender actividades económicas, limitar la acción del Estado sobre la base del principio de la subsidiariedad, entregar sólo al legislador la regulación de esta materia y reconocer y amparar los grupos intermedios de la sociedad.**

## **2. De los organismos antimonopolios**

Los organismos antimonopolios que contempla el ordenamiento legal y que integran este sistema son los siguientes:

- Las Comisiones Preventivas Regionales y Central.
- La Comisión Resolutiva.
- La Fiscalía Nacional Económica.

Las Comisiones Preventivas son “organismos administrativos que forman parte de la administración central del Estado... y cuya finalidad esencial es la de dar a los particulares la interpretación administrativa de la Ley de Defensa de la Competencia” (Jorge Streeter P., *Naturaleza Jurídica y Atribuciones de los Organismos y el Servicio creados por la Ley de Defensa de la Libre Competencia*, Apuntes, Facultad de Derecho, U. de Chile, pp. 3 y 4).

Por su parte, la Fiscalía Nacional Económica es un servicio público descentralizado, independiente de todo organismo o servicio, relacionado con el Presidente de la República por intermedio del Ministerio de Economía. (Artículo 21 del Decreto Ley N° 211 de 1973, reemplazado por la Ley N° 19.610, de 15 de mayo de 1999)

La Comisión Resolutiva, en cambio, “es propiamente un órgano jurisdiccional... que resuelve conflictos intersubjetivos de intereses de relevancia jurídica, mediante sentencias” (Jorge Streeter, ob. cit. p. 4), conforme con lo dispuesto en la letra a) del artículo 17 del Decreto Ley N° 211, de 1973, sin perjuicio de ciertas atribuciones administrativas.

Todos estos órganos, en sus respectivos ámbitos, están llamados por la ley especialmente a decidir, acordar o resolver todo lo que diga relación con la libre competencia. Las atribuciones que tienen esos órganos excluye del conocimiento de estas materias especializadas a otros organismos

administrativos y, en su caso, a los tribunales ordinarios, y todos ellos conforman un sistema congruente en el que la definición última de todas las controversias que se susciten queda entregada al órgano jurisdiccional.

### **3. Jurisprudencia de los organismos antimonopolios respecto de la regulación de mercados.**

#### **3.1. Jurisprudencia que reconoce la falta de competencia de las Comisiones Antimonopolios para regular mercados.**

Existe importante jurisprudencia de los organismos de la competencia que reconoce incompetencia para regular mercados. Entre ellas cabe mencionar la siguiente:

##### **3.1.1. Resolución N° 349, de 20 de Noviembre de 1990, de la Comisión Resolutiva.**

Esta Resolución recayó en una reclamación de la Unión de Dueños de Farmacias de Chile contra un dictamen de la Comisión Preventiva Central, que había llegado a la conclusión de que no existían distorsiones graves en el mercado, que hicieran necesario redefinir pautas o criterios contenidos en anteriores dictámenes.

Estableció la Comisión Resolutiva que **no les correspondía regular** los mercados a los organismos de la **libre competencia** y que esta última es la que en **mejor forma protege al consumidor**.

Sus considerandos 1° y 3° son del siguiente tenor:

“1°. Esta Comisión Resolutiva comparte plenamente la declaración previa formulada por la Comisión Preventiva Central en el N° 5 de su dictamen recurrido, en cuanto no corresponde a los organismos encargados de velar por la libre competencia regular los mercados sino sólo para alcanzar la debida transparencia con que deben actuar los agentes económicos para que, en beneficio de los consumidores, prevalezcan los más eficientes”.

“3°. Contrariamente a lo que sostiene el reclamante, la libre competencia no se protege imponiendo condiciones arbitrarias a los agentes económicos, no transformando la libertad de precios en que se encuentran los productos farmacéuticos en un cúmulo de obligaciones que importan desconocer esa libertad de precios con el pretexto de que el usuario final se verá beneficiado. Es precisamente la política social del mercado, aplicada realmente, la que protege al consumidor, pues ella permite que exista la necesaria competencia entre los agentes económicos y mejoren, por tanto, los precios y la calidad de la atención que se presta al consumidor”.

### 3.1.2. Recurso de queja N° 7.810-92, interpuesto por el Fiscal Nacional Económico contra la Resolución N° 372, de 1992.

En su informe dirigido a la Excm. Corte Suprema, la H. Comisión Resolutiva señaló: “Es fácil comprender que por mucha discrecionalidad que pudiéramos atribuirnos los sentenciadores, no podemos imponer sanciones que consistan en limitar un derecho garantizado por la Constitución, basándonos en conductas que objetivamente se ajustan a las normas legales sobre cuyas pretendidas intenciones ilícitas no existe prueba en los autos ni en otros antecedentes que obren en poder de este tribunal”.

### 3.1.3. Dictamen N° 933, de 28 de abril de 1995, de la H. Comisión Preventiva Central, y Resolución N° 448, de 10 de octubre de 1995, de la H. Comisión Resolutiva.

En el dictamen de la Comisión Preventiva se señaló, ex ante, las condiciones en que, a juicio de esa Comisión, se debían otorgar las concesiones para el transporte y distribución en el país del gas natural proveniente de Argentina. Si bien en él se reconocen facultades de la Comisión Preventiva Central para dar su opinión al ser requerida por una autoridad administrativa, se informa que **las regulaciones de un mercado deben ser dispuestas por ley.**

En efecto, en su número 5 se expresa textualmente: “Finalmente, esta Comisión Preventiva Central debe dejar constancia que, sin perjuicio de las facultades privativas del Sr. Superintendente de Electricidad y Combustibles para resolver las solicitudes que se le han formulado, las condiciones para cautelar la debida observancia de los principios de la libre competencia que hasta ahora se aprecian en este nuevo mercado debieran recogerse, a su juicio, **en un marco normativo que esté dotado de la adecuada jerarquía e imperio en el ordenamiento jurídico nacional**, en relación con la naturaleza y características de las actividades y situaciones a las que afectan o pudieran afectar, así como a las garantías que el mismo ordenamiento contempla en este orden de materias”.

Por su parte, la Comisión Resolutiva, que confirmó este dictamen, en su considerando 12 textualmente expresó: “que en tal virtud no es posible sostener, como lo hace el recurso, que la Comisión Preventiva Central haya invadido el campo propio del legislador y menos que haya violentado las garantías constitucionales de los derechos supuestamente atropellados con el Dictamen, porque, precisamente, este pronunciamiento **reconoce expresamente que algunas de sus recomendaciones son materias propias del dominio de la ley, como también lo reconocen los informes de las autoridades que rolan a fs. 196 y 205.** La prevención consignada en el citado numeral 5 alude determinadamente a la necesidad de que la normativa legal que pueda ser necesario dictar para llevar a la práctica las

condiciones indicadas, debe considerar entre otros puntos las garantías que el ordenamiento jurídico contempla en ese orden de materias”.

“A mayor abundamiento, en el informe con que la Comisión Preventiva Central eleva el recurso interpuesto, se insiste y reconoce que ella no pretendió arrogarse funciones ni potestades exclusivas de ninguna otra autoridad y menos las del legislador, aseveración que funda en transcripciones literales de su propio Dictamen”.

#### **3.1.4. Resolución N° 488, de 11 de Junio de 1997, de la Comisión Resolutiva.**

En esta resolución, respecto del mercado de la energía eléctrica, se expresa: “La autoridad debe promulgar a la brevedad el reglamento del sector y **promover las modificaciones legales que correspondan** con el objeto de resolver los problemas de ambigüedad hoy existentes y que dicen relación, muy especialmente, con la regulación del proceso de uso, tarifas y peajes de las redes de transmisión, tanto troncales como de los distribuidores. De igual modo, la autoridad deberá estar siempre atenta a ampliar los espacios de competencia en el sector, cada vez que ello sea posible”.

#### **3.1.5. Resolución N° 494, de 14 de Octubre de 1997, de la Comisión Resolutiva.**

Esta resolución se pronunció sobre la conveniencia de establecer **por ley** restricciones a la integración horizontal del mercado de las empresas sanitarias con otras empresas que atienden servicios públicos.

En sus considerandos quinto y sexto expresa lo siguiente: “... que la autoridad ha resuelto **regular por la vía legislativa la integración de las empresas** de servicio público y su superposición en áreas geográficas comunes, **por estimar que dicha materia es propia del dominio de la ley...** Esta Comisión cumple con expresar que comparte el criterio manifestado por el señor Fiscal Nacional Económico, en cuanto a la necesidad de que en el futuro no se autorice, **en virtud de texto expreso de ley, la integración horizontal** entre empresas concesionarias de servicios públicos en una misma área territorial, con el objeto de prevenir los riesgos de que se cometan abusos de posición dominante por parte de las empresas que actúan en los mercados eléctricos, sanitarios e inmobiliarios...”.

Al igual que en las Telecomunicaciones, en este mercado las restricciones, prohibiciones y limitaciones fueron establecidas por el legislador en los casos y situaciones que soberanamente estimó conveniente. Tales normas fueron materia de un consenso político, propuestas por la Comisión Mixta de Diputados y Senadores y aprobadas con quórum calificado, de acuerdo con el artículo 19 N° 23 de la Constitución Política.

#### **4. Jurisprudencia de los organismos antimonopolios que han ejercido facultades de regulación de mercados.**

##### **4.1. Mercado de las Telecomunicaciones. Resolución N° 389, de 16 de abril de 1993, de la Comisión Resolutiva.**

La Comisión Resolutiva se pronunció en este caso sobre el mercado de la telefonía local. La situación tuvo su origen en una consulta de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, formulada antes de otorgar las concesiones que habían solicitado las empresas telefónicas locales y de larga distancia, en que le planteó la interrogante de la participación de empresas de telefonía local en la larga distancia teniendo presente que, a juicio de la Subsecretaría, era conveniente introducir la libre competencia en el mercado de larga distancia.

Esta resolución propuso una serie de restricciones para que los prestadores de servicios de telefonía local pudieran participar en los servicios de larga distancia. Sin embargo, se debe aclarar que las restricciones del correspondiente mercado se establecieron por la Ley N° 19.302, que en la parte relativa a las limitaciones de participación en el mercado fue aprobada con quórum calificado.

De esta manera fue el propio legislador quien dispuso las limitaciones que procuraban impedir la falta de competencia.

##### **4.2. Privatización de los puertos.**

Con motivo de la aplicación de la ley sobre privatización de los puertos se planteó la regulación de los mercados por la vía administrativa.

Las normas sobre modernización de los puertos fueron aprobadas en la Ley N° 19.542. En esta ley se crearon trece empresas estatales cuyo objeto es administrar y explotar los puertos que el Estado conservó en su patrimonio.

Para incorporar capital privado en esta actividad económica se dispuso que las empresas portuarias debían licitar las concesiones para su explotación. La misma ley estableció directamente diferentes limitantes para preservar la libre competencia. Así, dispuso la licitación obligatoria para otorgar las concesiones, la obligatoriedad de constituirse como sociedades anónimas de giro exclusivo, de consignar claramente los elementos de los contratos de concesión, de tener precios públicos no discriminatorios, prohibiciones de concesiones de puertos estatales por el mismo licitante, etc.

Esta ley, además, consideró tres situaciones especiales en las que estableció que la empresa portuaria respectiva debía solicitar un informe de la

Comisión Preventiva Central y que, en tal caso, las concesiones debían realizarse en los términos establecidos en el correspondiente informe.

Los casos de que se trata están contemplados en los artículos 14, incisos segundo y tercero número dos, y 23, inciso segundo, de la Ley N° 19.542.

Varias empresas portuarias, encontrándose en las situaciones en que se requería el informe previo de la Comisión Preventiva Central, le solicitaron su informe y le propusieron múltiples normas de regulación del mercado respectivo.

La Comisión Preventiva Central, por informe N° 1045, de 21 de agosto de 1998, emitió el informe pertinente y dispuso diferentes restricciones y prohibiciones que debían contenerse en las bases de licitación, regulando en esta forma el correspondiente mercado.

En lo fundamental, el informe creó la calidad de "usuario relevante", estimando que tienen tal condición "las personas que por sí o en conjunto con sus personas relacionadas efectúen, contraten o intervengan bajo cualquier modalidad en el transporte de carga por vía marítima, sea como empresas navieras, exportadoras, importadoras, consignatarias, fletadoras, portadoras, transportistas... o a cualquier otro tipo o modalidad", con los porcentajes de actividad que indica. A tales usuarios relevantes el informe los sometió a reglas de prohibición de integración vertical y horizontal. También estableció reglas sobre precio y calidad de los servicios.

De esta manera, administrativamente, la Comisión Preventiva Central estableció limitaciones y regulaciones en el mercado de la actividad portuaria que conllevan prohibiciones de adquisición del dominio de ciertos bienes e impedimentos para el ejercicio de actividades económicas lícitas.

En el informe pertinente de la Comisión Preventiva hubo un voto de minoría, el que en relación con las integraciones vertical y horizontal sostuvo que la Comisión carecía de facultades para restringir y limitar la propiedad de los concesionarios, necesitándose para este efecto una norma legal. Igualmente, estimó que no podían disponerse prohibiciones y limitaciones afectando el derecho de propiedad y a terceros ajenos a los contratos (voto del integrante de la Comisión abogado don Rodemil Morales Avendaño).

Respecto de lo resuelto por la Comisión Preventiva Central recurrieron los particulares a la Comisión Resolutiva, tribunal que no se pronunció sobre el fondo, pues consideró que la competencia de la Comisión Preventiva era exclusiva. Sin embargo, la Comisión Resolutiva emitió su opinión sobre esta materia, la que se analiza en los números 5 y 6 siguientes.

## **5. Fundamentos para reconocer competencia para regular mercados a los organismos de defensa de la libre competencia.**

Como se señaló en los números precedentes, con anterioridad a la privatización portuaria no había pronunciamientos de los organismos antimonopolios que se atribuyeran facultades para regular mercados.

Con motivo de la aplicación de la Ley N° 19.542, sobre modernización de puertos, se emitieron diferentes informes por los organismos antimonopolios, en los cuales se fundamenta su propia competencia sobre la materia.

### **5.1. La Comisión Preventiva Central.**

La Comisión Preventiva Central rechazó las observaciones que en su oportunidad le plantearon los interesados y fundamentó su propia competencia señalando que el D.L. N° 211, de 1973, es de rango constitucional y tiene el carácter de ley orgánica constitucional por mandato de la disposición quinta transitoria de la Constitución, constituyendo un ordenamiento jurídico especial que prevalece sobre cualquier otro en materia de competencia y **otorga a la Comisión Preventiva Central amplias facultades reguladoras de la actividad económica.**

### **5.2. La Comisión Resolutiva.**

La Comisión Resolutiva, por su parte, informando un recurso de queja, en el caso de la modernización portuaria, reiteró conceptos similares a los indicados en el número 5.1. precedente. Sostuvo en su informe que “las funciones del Tribunal de la libre competencia encuentran su respaldo expreso en la Constitución Política que dan contenido al derecho que se aplica en protección de la libre competencia en materias económicas. Que antes de la Constitución Política de 1980, su sustento se encontraba en el Decreto Ley N° 211, de 1973, “y que según lo aclaró el Decreto ley N° 788, de 1974, tiene rango constitucional. La disposición Quinta transitoria de la Constitución de 1980, por su parte, confirmó el carácter constitucional del Decreto Ley N° 211, de 1973”.

### **5.3. Consideraciones de las empresas portuarias.**

Las empresas portuarias, que fueron parte en el procedimiento de los organismos antimonopolios en la modernización de los puertos, para fundamentar la competencia de éstos para regular mercados hicieron presente que el sistema de economía de mercado funciona sobre la base de reglas que “posibilitan una competencia ordenada”. Que “la economía de mercado reconoce la libertad para participar en él, pero para que ello conduzca a resultados justos y eficientes, consagra la facultad esencial del Estado para establecer reglas que limiten la consolidación de posiciones privadas de poder que afecten la libre competencia, en perjuicio del bien

general". Que "la lógica económica del sistema de mercado fue recogida expresamente en la Carta Fundamental de 1980, que dio rango constitucional al principio de subsidiariedad, reconociendo como parte esencial la tarea del Estado de establecer un orden público que garantice la libertad económica efectiva en todos los órdenes de la economía. Por eso, la ley reconoce el ejercicio del derecho a la iniciativa privada dentro de los límites del orden público que rigen la economía, en un marco de las normas legales que la regulan (art. 19 N° 21)".

"Entre las principales normas que establecen ese orden público de la economía están precisamente las que rigen la libre competencia, establecidas mediante el Decreto Ley N° 211, de 1973, que ha resultado ser la pieza jurídica fundamental para la consolidación de un sistema basado en la libertad de emprendimiento que esa norma constitucional garantiza".

Que la Constitución Política reconoce la actividad empresarial, que ella "garantiza, pero acepta situaciones en que las características del mercado justifican establecer resguardos en beneficio del interés de la comunidad. De esta manera, el orden público económico materializa, por un lado, la función social de la propiedad; y, por otro, la potestad normativa estatal que confiere un marco de legitimidad al ejercicio de la libre iniciativa económica".

"El orden público económico tiene importancia crítica en la regulación de mercados imperfectos, como forma de proteger la competencia. Este objetivo se ha logrado, en Chile y en el extranjero, con leyes breves, que contienen bases o principios esenciales (Constitución, art. 60 N° 20), que prohíben los monopolios y cualquier acuerdo que tienda a afectar la libre competencia, **atribuyendo a organismos especializados la fijación de los resguardos concretos para el desarrollo de ciertos mercados o actividades**".

## **6. Alcance constitucional y legal de las facultades de los organismos de defensa de la libre competencia para regular mercados.**

A la luz de los antecedentes antes expuestos, cabe examinar la procedencia de la nueva doctrina de los organismos antimonopolios.

Los órganos de la competencia integran la administración del Estado y, como tales, también están sometidos, directamente, a la Constitución y a la ley.

Las normas constitucionales de los artículos 6° y 7° de la Carta sobre primacía constitucional, legalidad y vinculación directa de sus normas les resultan plenamente aplicables.

Como consecuencia de lo anterior, no tienen más facultades y atribuciones que las expresamente previstas por el legislador, las que se encuentran limitadas o restringidas por las garantías constitucionales.

Las garantías constitucionales sólo se pueden regular, limitar o restringir **por el legislador** en los casos en que la Constitución **autoriza** y con las **limitantes** que ella misma ordena. Además, el legislador no podrá, en caso alguno, afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

El Decreto Ley N° 211, de 1973, que otorga competencia, facultades y atribuciones a los órganos de la libre competencia no permite, ni podría constitucionalmente hacerlo, que dichos órganos, en ejercicio de sus facultades legales, puedan regular, limitar o restringir las garantías constitucionales.

Tales facultades legislativas no son delegables en el Presidente de la República por expreso mandato de la Carta Fundamental. En otros términos, aquellas garantías ni siquiera pueden ser reguladas por un D.F.L., que tiene un plazo máximo para su dictación y parámetros determinados específicamente, como dice el artículo 61 de la Carta Fundamental. Menos entonces podrían serlo por un órgano de la Administración, en cualquier tiempo y sobre la base de completa discrecionalidad.

Tratándose de actividades económicas lícitas, sólo es posible regular su **ejercicio**, y ello siempre por ley. El derecho de dominio, sus facultades esenciales y la posibilidad de adquirir bienes consagrados en los números 21, 23 y 24 del artículo 19 de la Constitución, sólo pueden ser limitados o restringidos por un texto expreso de la ley, sin que ésta pueda entregar o delegar tal facultad en órganos de la Administración.

Las regulaciones de mercados importan limitar, e incluso prohibir, la adquisición de determinados bienes o derechos, en circunstancias que la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes está garantizada por el artículo 19 N° 23 de la Carta Fundamental. Esta norma sólo permite establecer limitaciones o requisitos para la adquisición de bienes cuando lo requiera el interés nacional, y, en tal caso, por ley y, más aún, de quórum calificado.

Sin perjuicio de lo señalado, la garantía constitucional prevista en el artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental asegura que los preceptos legales que, por mandato de la Constitución, regulen o complementen las garantías constitucionales o las limiten en los casos que ella autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Como se señaló anteriormente, de las normas constitucionales pertinentes, que por cierto son claras en su sentido, y que a la luz de la historia fidedigna de su establecimiento resultan aun más categóricas, fluye que el ejercicio de las actividades económicas constituye un derecho de las personas que el Estado debe respetar y proteger.

Las personas jurídicas de cualquier naturaleza constituidas por las personas naturales para desarrollar sus actividades constituyen grupos intermedios que, igualmente, merecen la protección del Estado.

Si se admitiera la tesis que reconoce las facultades reguladoras administrativas, ¿cuáles serían los límites de las mismas? Se dirá que ellas se inspiran en satisfacer el bien común, pero ¿quién lo deberá apreciar?

Carecen, a nuestro juicio, de suficiente fundamento las argumentaciones de las Comisiones Resolutiva y Preventiva, referidas en el número 5, anterior.

En cuanto a que el Decreto Ley N° 211, de 1973, tendría rango constitucional en virtud del Decreto Ley N° 788, de 1974, resulta actualmente inoficioso plantearlo o sostenerlo, pues ello lo sería de la Constitución Política de 1925, que está derogada, al igual que sus modificaciones por la Constitución Política de 1980, reformada por la Ley N° 18.825, de 1989, y las diferentes modificaciones aprobadas por el Parlamento.

En lo que dice relación con la disposición quinta transitoria de la Carta Fundamental, es menester señalar, como lo indica su texto, que ella se aplica a las leyes que requieren quórum especiales, las que seguirán aplicándose **en lo que no sean contrarias a la Constitución**.

Las consideraciones sobre el "Orden Público Económico", que fundamentarían la legalidad de las decisiones de los organismos antimonopolios que hicieron presente las empresas portuarias son igualmente improcedentes.

Como se dijo con anterioridad (N° 1, precedente), el concepto de orden público económico que consideró el constituyente dice relación claramente con los derechos de las personas frente al Estado y jamás podría convertirse en un medio para impedirles e imponerles condiciones, exigencias y cortapisas fundadas en consideraciones administrativas discrecionales.

Todas las regulaciones de mercado importan limitaciones y prohibiciones. Tales reglas, que podrían adoptarse en cualquier momento y respecto de cualquier mercado, dejan los derechos de las personas en completa incertidumbre.

Lo dicho anteriormente no significa desconocer a los órganos de la competencia las funciones que les son propias.

Las facultades exclusivas que tiene la Comisión Resolutiva para resolver si un acto o conducta constituye un atentado a la libre competencia es propia de su calidad de órgano jurisdiccional, de tribunal especial de la competencia. Esta competencia es similar a la que tienen los tribunales ordinarios para resolver soberanamente cuando una conducta es constitutiva de delito. En el caso de la libre competencia se trata de conductas complejas que deben apreciarse en relación con las condiciones económicas del mercado de que se trata, por eso el legislador asignó la facultad de apreciar la existencia de un ilícito a un tribunal especial.

Sin embargo, así como los tribunales ordinarios no resuelven de modo general para todos los casos, porque ésta es tarea del legislador, el tribunal antimonopolios no puede tampoco reemplazarlo.

Las facultades de las Comisiones Preventivas, regionales y central, para dar a los particulares la interpretación **administrativa** de la ley de defensa de la competencia al absolver las consultas que éstos le formulen en cuanto a la celebración de acuerdos o la ejecución de actos atentatorios contra la competencia, son congruentes y similares con las que poseen todas las superintendencias y organismos fiscalizadores especializados. Administrativamente, se establece una interpretación sobre la base de un conjunto de hechos determinados que se aprecian de acuerdo con la ley y a la luz de las reglas de la competencia.

Esta interpretación administrativa tiene una enorme importancia para las personas y para el dinamismo de las actividades económicas: los actos o contratos ejecutados o celebrados en conformidad con las decisiones de estos organismos no conllevan responsabilidad, salvo que posteriormente y sobre la base de nuevos antecedentes sean calificados como contrarios a la libre competencia por las mismas comisiones o por la Comisión Resolutiva, pero sólo a partir de la notificación de la resolución que haga tal calificación (D.L. N° 211, art. 14).

Además, las Comisiones Preventivas deben velar porque dentro de su jurisdicción se mantenga el juego de la libre competencia y no se cometan abusos de una situación monopólica y les corresponde proponer los medios para corregirlos.

Tales funciones no les autorizan, por consiguiente, para adoptar ninguna medida regulatoria del mercado por sí mismas.

Respecto de la Comisión Resolutiva, la letra d) del articulado 17 del Decreto

Ley N° 211, de 1973, la faculta para requerir la modificación o derogación de los preceptos legales o reglamentarios que limitando o eliminando la libre competencia los estime perjudiciales para el interés común. Tampoco esta norma la faculta para que, por sí sola, prescinda de normas positivas y establezca sus propias reglas. Ella deberá analizar el pertinente mercado y sobre la base de ese estudio especializado apreciará si se producen las consecuencias que la ley señala y sobre ese supuesto requerirá la modificación o derogación de las normas pertinentes.

El texto original del Decreto Ley N° 211, de 1973, facultó a la Comisión Resolutiva para dictar instrucciones de carácter general a las cuales deberán ajustarse los particulares en la celebración de actos o contratos que pudieren atentar contra la libre competencia.

Esta norma es claramente incompatible con las normas constitucionales antes señaladas, con el espíritu de la Constitución y con la naturaleza de la función jurisdiccional, por lo que debe concluirse que quedó derogada en el momento mismo en que entró en vigencia la Carta de 1980.

Pretender que se cumple el mandato constitucional del artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental, que exige "norma legal" para regular el ejercicio de las actividades económicas, con el fundamento de que el Decreto Ley N° 211, de 1973, permite a los órganos antimonopolios normar sin límite las actividades económicas, importa prescindir del artículo 19 N° 21 y desconocer absolutamente el fundamento que se tuvo para su establecimiento. El constituyente, a través de esta norma y de las otras contenidas en el conjunto del "Orden Público Económico", quiso asegurar a las personas que el ejercicio de sus derechos a emprender actividades económicas sólo podía ser regulado por el legislador.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reconocido también esta tesis en diferentes fallos:

i) **Sentencia de 21 de abril de 1992 (Rol 146)**, que declaró la inconstitucionalidad del Decreto N° 357, del Ministerio de Obras Públicas, publicado en el Diario Oficial el 19 de febrero de 1992. De sus considerandos cabe reproducir los siguientes:

"11. ...estas atribuciones están entregadas expresamente al legislador, al disponer el constituyente que el derecho a desarrollar una actividad económica se asegura "respetando las normas legales que la regulen". En otras palabras, el constituyente entrega al legislador y no al administrador la facultad de disponer cómo deben realizarse las actividades económicas y a qué reglas deben someterse".

"17. Que, del texto expresado de la disposición del artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, se desprende con toda claridad que solamente el legislador puede determinar el modo de usar, gozar y disponer de la propiedad y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social.

"Más aún, esa garantía importa, además, que en ningún caso, ni aun por ley, se pueda afectar la esencia del derecho con medidas como privar o reducir gravemente el derecho de uso, goce o disposición. Ello resulta con toda nitidez del artículo 19 N° 26 de la Constitución Política, que establece: "La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

ii) **Sentencia de 6 de abril de 1993 (Rol 167)**, recaída en el Decreto N° 327, del Ministerio de Obras Públicas, publicado en el Diario Oficial del 29 de diciembre de 1992. En este fallo se señaló:

"12 Que si bien por "regular", conforme al diccionario de la Real Academia, debe entenderse: "Ajustado y conforme a reglas", ello no podría jamás interpretarse en el sentido de que se impida el libre ejercicio del derecho. Por otra parte, si bien al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho, éstas claramente, de acuerdo al texto de la Constitución, deben ordenarse **por ley** y no mediante normas de carácter administrativo. No podríamos entender en otro sentido la expresión "las normas legales que la regulen", pues ello significaría violentar no sólo las claras normas del artículo 19, N° 21, sino que, también, sería aceptar que el administrador puede regular el ejercicio de los derechos constitucionales sin estar autorizado por la Constitución".

iii) **Sentencia de 28 de febrero de 1994 (Rol 185)**. Este fallo, refiriéndose al artículo 49 del proyecto de ley relativo a las situaciones de Emergencia Ambiental, declaró:

"Dicho precepto vulnera la Constitución en cuanto dispone que las regulaciones especiales que se establezcan conforme al artículo 32 del mismo proyecto, **por decreto supremo y de acuerdo a un reglamento**, "podrán comprender restricciones totales o parciales al uso de vehículos motorizados contaminantes y prohibiciones totales o parciales de emisión a empresas, industrias, faenas, actividades que produzcan o puedan incrementar la contaminación ambiental" (inciso tercero). Y la vulnera:

“c) Porque al establecer el referido artículo 49 del proyecto “restricciones” totales o parciales al uso de vehículos motorizados contaminantes, infringe el artículo 19, N° 24, de la Constitución, que permite que sólo la ley pueda “establecer” el modo de usar gozar y disponer de los bienes sobre los cuales se tiene derecho de propiedad, y “establecer” limitaciones que deriven de su función social, función que comprende entre otros cuanto exija “la conservación del patrimonio ambiental” (inciso segundo). **Aquí no es la “ley” la que establece las condiciones o requisitos, sino que se reenvía ello a la determinación que haga el Presidente de la República mediante un “acto administrativo reglamentario”** (inciso cuarto, en relación con el artículo 32 del proyecto); ello vulnera, además, los artículos 6° y 7°, y los artículos 1°, inciso cuarto, y 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental;

“d) Porque el establecer “prohibiciones totales o parciales” de emisión a empresas, industrias, faenas o actividades que produzcan o puedan incrementar la contaminación ambiental, viola el artículo 19, N° 21, inciso primero, de la Constitución Política, que reconoce a todas las personas 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”. La regulación de la actividad referida es materia de reserva legal y el artículo 49 **del referido proyecto no es precisamente quien regula el punto, sino que expresamente reenvía a regulaciones dictadas por la autoridad administrativa, por medio de un reglamento administrativo**; por ello mismo vulneran también los artículos 6° y 7°, 1°, inciso cuarto, y 5°, inciso segundo, de la Constitución”.

Finalmente, se debe recordar que el legislador al aprobar normas restrictivas del ejercicio de la actividad empresarial, que conllevan limitaciones para adquirir el dominio de ciertos bienes, lo ha dispuesto así, claramente, y las ha aprobado con quórum calificado, dando así cumplimiento, además, al artículo 19 N° 23 de la Carta Fundamental.

Así se aprobaron las normas modificatorias de los artículos 63, 65 y 67 del D.F.L. N° 382, de 1988, sobre empresas sanitarias, por la Ley N° 19.549. Cabe llamar la atención que tales normas fueron discutidas en profundidad en el Parlamento y sus términos definitivos acordados en la Comisión Mixta de Diputados y Senadores.

Especialmente resulta ilustrativa la aprobación de la Ley N° 19.302, que legitima una sentencia, a nuestro juicio excesiva, de la Comisión Resolutiva del D.L. N° 211, que incorporó en su texto todas las regulaciones del mercado de las telecomunicaciones que dicha Comisión había impuesto en su Resolución N° 389, de 16 de abril de 1993.

Por todo lo anterior, resulta imposible sostener que las mismas reglas hubieran podido aprobarse, sin ley, por decisión de algún organismo de la libre competencia.