

Neoliberalismo y control de constitucionalidad: El caso de la potestad requisitoria de la Comisión Resolutiva durante la dictadura militar en Chile

Francisco Agüero Vargas

Introducción

En el presente trabajo abordamos el estudio de la denominada «potestad requisitoria» de la Comisión Resolutiva, organismo que fue parte del sistema de defensa de la competencia en Chile entre 1973 y 2004. Durante el periodo, este organismo creado a los pocos días del golpe militar de 1973 por el Decreto Ley 211 de 1973¹ ejerció diversas funciones tanto administrativas como judiciales. En lo que nos interesa, buscamos verificar si una de sus potestades, la requisitoria, constituye una especie de control judicial de la constitucionalidad de la legislación, respecto de un derecho garantizado en la Constitución, como es la libertad de empresa, y específicamente, la libre competencia; y cómo se vincula con el control de la actividad estatal que promovería el neoliberalismo.

En este trabajo analizamos solamente las decisiones en que se ejerció la potestad requisitoria de la Comisión Resolutiva y que fueron dictadas entre 1973 y 1990, que es el tiempo que duró la dictadura militar en Chile. Además, éste es un periodo de escaso y deficiente control de constitucionalidad, como se verá. La mencionada potestad subsiste hasta hoy y es ejercida por el Tribunal de Defensa de la Libre

¹ En Chile, los decretos leyes son normas de rango legal dictadas por el Ejecutivo, dentro de periodos de Gobierno de facto —juntas militares—, como ha ocurrido en 1924-1925, 1932 y 1973-1981, cuando entró en vigencia la Constitución Política de 1980.

Competencia² y, tras la Ley 20.945, también por la Fiscalía Nacional Económica (FNE).

En una primera parte del trabajo, esbozamos el «control de constitucionalidad» de la dictadura militar, después de que ésta asumiera plenipotenciariamente en 1973. Posteriormente, se describe la potestad requisitoria de la Comisión Resolutiva, que le permitía requerir de las autoridades la modificación de leyes y reglamentos que contravinieran la competencia. A continuación, describimos la importancia de la libre competencia y los mercados en el modelo económico de la Junta Militar, para mostrar cómo la legislación de libre competencia jugaba en este punto un destacado rol, lo que permite examinar el papel de la Comisión Resolutiva en materia de control de la actividad estatal. Finalmente, examinamos cómo se ejerció esta potestad y su práctica como forma de control judicial de la legislación económica incluso de la propia Junta de Gobierno. Además, se ha incluido un cuadro que detalla el ejercicio de la potestad requisitoria por parte de la Comisión Resolutiva entre 1973 y 1990.

El control de constitucionalidad en dictadura

El 11 de septiembre de 1973, un golpe de Estado puso término al Gobierno del presidente Salvador Allende. Ese mismo día se constituyó la Junta Militar presidida por Augusto Pinochet, la que asumió «el mando supremo de la nación».³ En su proclama, la Junta Militar declaró que asumía el poder para garantizar «la plena eficacia de las atribuciones del Poder Judicial y [que] respetará la Constitución y las leyes de la República, en la medida en que la actual situación del país lo permitan para el mejor cumplimiento de los postulados que ella se propone» (Bando 1, numeral 3). Diez días después, mediante el Decreto Ley 119 de 1973, la Junta disolvía el Congreso Nacional (Decreto Ley 119, artículo 1). Dos meses después se repitió el proceder con el Tribunal Constitucional, con el

² Entre mayo de 2004 —año en que comienza a operar el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sucesor de la Comisión Resolutiva— y abril de 2018, esta potestad ha sido ejercida en diecinueve ocasiones.

³ Bando 1 de la Junta Militar de Chile, Acta de Constitución de la Junta de Gobierno, 11 de septiembre de 1973, numeral 1.

fundamento de que su principal función había desaparecido, ya que «no pueden presentarse [conflictos entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo] por estar disuelto el Congreso Nacional» (Decreto 119, visto b a visto d).

Como se aprecia, la Junta de Gobierno modificó mediante decretos leyes el texto de la Constitución de 1925, pese a su declarada intención de respetarla. A los pocos días del Decreto 119 —y por si quedaban dudas—, un nuevo decreto ley afirmaba que la Junta de Gobierno había asumido desde el 11 de septiembre de 1973 el ejercicio de los poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo (Decreto Ley 128, artículo 1).

Así, y hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1980, el Poder Constituyente se ejercería mediante decretos leyes (Decreto Ley 128, artículo 2), y aquéllos que modificaban la Constitución formaban «parte de su texto y se tendrán por incorporadas en ella», como sostuvo el artículo 3 del Decreto Ley 128, de 1973. En diciembre de 1974, a través del Decreto Ley 788 de 1974, se precisó cuándo la Junta Militar legislaba y cuándo dictaba normas de rango constitucional. La precisión era indispensable porque en lo formal no había diferencias salvo las sustanciales, ya que en ambos casos la actividad formal era ejercida mediante decretos ley (Decreto 788, considerando c). Pese a esto, se afirmó que «debe entenderse que cada vez que la Junta de Gobierno ha dictado un decreto ley cuyos términos no coinciden con alguna disposición de la Constitución Política del Estado, ha ejercido el Poder Constituyente modificando, en lo pertinente y ya sea en forma expresa o tácita, total o parcial, el respectivo precepto constitucional» (considerando e). Es así como la solución exigía un análisis interpretativo caso a caso, verificando la contradicción entre la Constitución de 1925 —o lo que quedaba de ella— y los decretos ley dictados por la Junta de Gobierno.

De esta forma, en pocos días, las mayorías democráticas que habían dictado leyes hasta 1973 fueron reemplazadas por una Junta Militar de cuatro integrantes asistidos por las llamadas «comisiones legislativas», con una nula posibilidad para que las personas plantearan sus demandas por cambios legislativos a través de las mayorías. No habría elecciones democráticas sino hasta 1989. En el ínterin, solo hubo una consulta ciudadana, plebiscitos sobre el texto de la Constitución y la

elección del candidato de la Junta como presidente de la República hasta el año 1997.

En materia de control judicial de constitucionalidad de las leyes, subsistió durante dicha época el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las leyes, que conocía la Corte Suprema en función de normas constitucionales, primero de la Constitución de 1925 y luego de la Constitución de 1980, que estuvieron vigentes hasta el año 2005.⁴ Dicho recurso permitía que el pleno de la Corte Suprema pudiera declarar inaplicables ciertas disposiciones legales, para el caso concreto, si contravenían el texto constitucional. Mas, como ha señalado Valenzuela (1990: 152), la dictación del Decreto 788 impedía, en los hechos y en el derecho, la declaración de la Corte Suprema de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los decretos leyes entre los años 1973 y 1980. Incluso, en dicho septenio, de un total de 224 recursos interpuestos, la Corte Suprema solamente falló 192.⁵ En la década siguiente, la Corte Suprema solo acogió 17 recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (Valenzuela, 1990: 153) de los 307 que falló,⁶ de un total de 370 recursos interpuestos en esa década. Sin perjuicio de la crítica de la doctrina a la inaplicabilidad —por ejemplo, Atria (2001)—, dichos números dan cuenta de un fracaso del sistema de control constitucional mediante

⁴ Dichas disposiciones establecían que correspondía a la Corte Suprema conocer del recurso de inaplicabilidad. El artículo 86 de la Constitución disponía en lo que nos interesa que «la Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere entre otro tribunal, *podrá declarar inaplicable, para ese caso*, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación». Tras dictarse la Constitución Política de 1980, la referida norma fue incorporada en el artículo 80, con la siguiente redacción: «La Corte Suprema, *de oficio o a petición de parte*, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable *para esos casos particulares* todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento» (los destacados son nuestros). La disposición estuvo vigente hasta el año 2005.

⁵ Los cálculos son nuestros sobre la base de la información agregada de Navarro (1994: 295).

⁶ Los datos de la Corte Suprema para la década del ochenta informan conjuntamente las «reclamaciones y otros asuntos» para los años 1983-1984 y 1988-1990 (Navarro, 1994: 295).

el recurso de inaplicabilidad que conocía la Corte Suprema,⁷ aunque incluso antes de 1970 el número de leyes declaradas inaplicables por el máximo tribunal era exiguo y de disposiciones intrascendentes (Merryman y Pérez-Perdomo, 2014: 234).

En términos de argumentación, los fundamentos de los recursos de inaplicabilidad más habituales eran el derecho de propiedad, igualdad ante la ley, irretroactividad de la norma penal y atribuciones del Poder Judicial (Valenzuela, 1990: 153-154).

La Comisión Resolutiva y su potestad requisitoria

En este contexto revolucionario, en diciembre de 1973 se dictó el Decreto Ley 211, que Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia, que derogaba la legislación vigente sobre la materia hasta esa fecha, contenida en el título 5 de la Ley 13.305 de 1959.⁸ Dicha ley había sido relativamente ineficaz, atendido el dirigismo estatal de la economía y la falta de mercados competitivos, concentrándose la actividad de la denominada Comisión Antimonopolios en los primeros años de la década del sesenta (Arancibia y Balart, 2007: 190; Paredes, 1995: 4).⁹

El Decreto Ley 211 estableció una institucionalidad de tutela de la libre competencia mediante comisiones de integración diversa, las comisiones

⁷ La tendencia se extendió al menos hasta la década de los noventa. Gómez (1999: 68) da cuenta de que en el período 1990-1996 solo se acogieron 15 recursos de un total de 530 que ingresaron a la Corte. Del total, 9 se fundaban en la impugnación de un decreto ley que permite la regularización de la *pequeña* propiedad inmueble (Gómez, 1999: 75).

⁸ En la motivación del Decreto Ley 211 se expresó un reproche más bien *orgánico* que *sustantivo* a la Ley 13.305: «v) Que las normas destinadas a fomentar la libre competencia industrial y comercial que prevé el título 5 de la Ley 13.305, modificado por la Ley 15.142, si bien tienen mérito conceptual, no contemplan una estructura orgánico-funcional que las haga operativas y eficaces en todo el país».

⁹ Una visión global sobre la escasa práctica de este organismo en Bernedo (2013: 52). Una opinión diversa en Ortúzar (1978: 127), aunque hay que notar que él era entonces fiscal nacional económico.

preventivas provinciales¹⁰ y la Comisión Resolutiva.¹¹ Además, se mantuvo un persecutor público (la Fiscalía Nacional Económica). De esa forma, se estableció lo que se ha llamado un modelo administrativo bifurcado (Trebilcock e Iacobucci, 2010), con una agencia administrativa que investiga (Fiscalía) pero con un *enforcement* privado, y que presenta casos ante una agencia-tribunal (Comisión Resolutiva), el que cumple funciones de naturaleza administrativa y de tribunal especial.

La naturaleza de tribunal especial que tenía la Comisión Resolutiva es debatible, a la luz de la falta de independencia, dedicación, presupuesto y permanencia de los miembros de dicha comisión (Agüero, 2016: 129; Agüero y Montt, 2013); pero era reconocida por la Corte Suprema,¹² la jurisprudencia administrativa¹³ y la doctrina chilena mayoritaria (Barón Alsina, 2003: 444-458; Feliú, 2002: 195; Mera, 1999; Valdés, 2002: 140).¹⁴ Así, el rol que tradicionalmente cumpliría un tribunal fue ejecutado en dictadura por la Comisión Resolutiva, un organismo que, como hemos visto, tenía al menos un déficit en su independencia. Desde la historiografía, autores como Arancibia y Balart (2007: 190) han sostenido que dichas comisiones eran órganos independientes que permitían «posibilitar que el mercado y no el Fisco fuera en adelante el neutral asignador de los recursos».

La Comisión Resolutiva estuvo conformada primero por cinco integrantes, de los cuales cuatro eran jefes de servicios públicos de confianza del presidente de la República (Decreto Ley 211, artículo 16). La presidía un ministro de la Corte Suprema, tal y como había ocurrido antes de la Comisión Antimonopolios. Posteriormente, se sustituyó la integración de dos jefes de servicios por dos

¹⁰ Posteriormente, tras el proceso de regionalización, comisiones regionales. Había también una Comisión Preventiva Central.

¹¹ Respecto al diseño institucional, véase Agüero y Montt (2013).

¹² *Telefónica de España S.A.* (recurso de queja, recurso de protección e inaplicabilidad), Corte Suprema de Chile, 19 de abril de 1993, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 40, número 1, sección 6, considerando cuarto.

¹³ Dictámenes 47999/1975, 64648/1977, 3594/1984 y 20560/1989, Contraloría General de la República.

¹⁴ En otro sentido, reconociendo que la Comisión Resolutiva era un órgano administrativo que ejercía jurisdicción, véase Hidalgo y Soto (2000: 106).

decanos de facultades de Derecho y de Economía, en las que el Gobierno también tuvo injerencia (Decreto Ley 2.760 de 1979, artículo 1, numeral 20).¹⁵ Parece difícil sostener la independencia de esta comisión bajo la dictadura, pese a que la evaluación posterior del desempeño del sistema de libre competencia no parece deficiente, sino más bien lo contrario.¹⁶

La Comisión Resolutiva contaba con atribuciones jurisdiccionales (esto es, represivas respecto a ilícitos anticompetitivos), administrativas (normativas y de emitir informes previstos en leyes especiales) y la de requerir la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios. Disponía esta última potestad que la Comisión Resolutiva «podrá requerir la modificación o derogación de los preceptos señalados en este artículo en cuanto, limitando o eliminando la libre competencia, los estime perjudiciales para el interés común».¹⁷

El artículo 5 contenía un listado de normas que seguirían vigentes tras dictarse el Decreto 211¹⁸ respecto de las cuales era posible estimarse que podía haber derogación tácita por el citado decreto (Agüero, 2003: 140-145; Del Barrio, 1977:

¹⁵ Esta nueva integración no era garantía de independencia, pues además de la notoria conformidad de la Corte Suprema con la dictadura militar, la Junta designó rectores de las principales universidades chilenas hasta 1990.

¹⁶ Así, el *peer review* elaborado al cumplirse los 30 años del Decreto Ley 211 sostenía que las instituciones que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia reemplazaría no eran tan poco independientes como se creía (Winslow, 2004: 11). En un sentido de falta de independencia de las comisiones con la Fiscalía Nacional Económica, véase Domper y Kangiser, (1998).

¹⁷ Decreto Ley 211, artículo 5; en sentido similar, artículo 17 letra d).

¹⁸ Una situación similar contempló el artículo 181 de la Ley 13.305, con la siguiente redacción: «No obstante los preceptos de este título, continuarán vigentes en todas sus partes las disposiciones legales y reglamentarias referentes». El artículo 5 del Decreto Ley 211, tributario del artículo 181 de la Ley 13.305, disponía que: «Sin perjuicio de lo establecido en el presente decreto ley, continuarán vigentes las disposiciones legales y reglamentarias referidas [...] Igualmente quedarán en vigor las disposiciones legales y reglamentarias que confieren a las autoridades atribuciones relacionadas con el ejercicio de las actividades económicas, incluso aquéllas que se refieren a la fijación de precios máximos y control de su cumplimiento». El contenido de este artículo fue derogado mediante la Ley 19.911, que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por estimarse que su contenido era *innecesario*, ya que la materia está tratada en las garantías constitucionales del artículo 19 numerales 21 a 25 de la Constitución de 1980, que regulan el «orden público económico».

164). En 1979, el artículo 5 del Decreto Ley 211 fue enmendado disponiendo que la Comisión Resolutiva podría «solicitar la modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios, *incluso los señalados en este artículo*, en cuanto limitando o eliminando la libre competencia, los estime perjudiciales para el interés común» (Decreto Ley 2.760 de 1979, artículo 1, numeral 6; el destacado es nuestro). Es así como se admitió, por la práctica de la Comisión Resolutiva, la doctrina,¹⁹ y finalmente, en una modificación legal, que ésta podía solicitar la modificación o derogación de normas contempladas en el artículo 5.

Fluye del texto del artículo 5 del Decreto Ley 211 que la Comisión Resolutiva no podía declarar la derogación expresa o tácita de la norma ni para el caso concreto ni de manera general,²⁰ sino solicitar su derogación o modificación. Pero la potestad de la Comisión no era un recurso que buscara la inaplicación concreta, sino una declaración general que podía pasar por el examen de la norma en un caso específico.

En la época en que comenzó a ejercer esta potestad, la Comisión Resolutiva tenía como norte el bien jurídico de la libre competencia, que era un tópico escasamente tratado en la literatura nacional a esa fecha.²¹ Además, el bien jurídico había sido entendido en el marco de una normativa que se aplicaba en una economía con una activa participación estatal. Si bien el Decreto Ley 211 no establecía una finalidad que debieran considerar las comisiones, como un bien jurídico que pudiera guiar su aplicación, en la parte considerativa de dicha norma se tuvo la cautela de esbozar valoraciones útiles para la hermenéutica de las potestades que se otorgó a los órganos creados por dicha legislación. Con estas disposiciones que ayudaban a la

¹⁹ «La H. Comisión Resolutiva ha entendido que, aun cuando se exceptúan de la derogación producida por el Decreto Ley 211 solo aquellas normas referidas en su artículo 5, ella carece de atribuciones para declarar, genéricamente —o de un modo general—, la derogación de ningún precepto legal contrario al Decreto Ley 211 o incompatible con él. Por ello, también estaría facultada para requerir la modificación o derogación de preceptos no referidos en el artículo 5» (Ortúzar, 1978: 131).

²⁰ Resolución 38, 16 de noviembre de 1977, considerando primero.

²¹ Por ejemplo, Opazo (1962).

inteligencia de la normativa, la Comisión Resolutiva debía enfrentar su tarea, ahora en materia del ejercicio de la potestad requisitoria:

1. Que el monopolio y las prácticas monopólicas son contrarias 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 competencia 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.²²

Nos interesa abordar esta potestad requisitoria respecto de preceptos legales, como una forma de control constitucional después de la dictación de la ley, es decir, un control *ex post* y represivo. Mediante esta potestad, la Comisión Resolutiva podía determinar que una norma de rango legal —incluso aquella dictada por la Junta Militar— era contraria a la libre competencia y podía solicitar su modificación o derogación a las autoridades, pues causaba perjuicio al interés común.

Es decir, se pide la derogación o modificación de una norma legal por existir una contrariedad con un principio de mayor jerarquía (la libre competencia), , contenido en una ley de igual jerarquía (el Decreto 211.²³ Mediante esta potestad, la

²² En julio de 1979, mediante el Decreto Ley 2.760, se modificó el Decreto Ley 211 bajo el argumento de que la mentada reforma se efectuaba por «la necesidad de fortalecer la acción antimonopólica en resguardo del interés de los consumidores» (considerando primero).

²³ Aunque hubo decisiones respecto de decretos leyes dictados con posterioridad al Decreto Ley 211 (véase la Resolución 321, 27 de junio de 1989).

Comisión Resolutiva excede su mero rol de tribunal (adjudicador en el caso concreto) y formulador de políticas públicas, al ejercer sus potestades administrativas (Montt, 2010; Ruiz-Tagle, 1990: 133), pues pasa a mantener un control judicial de constitucionalidad, en el entendido de que la libre competencia es un principio *superior* a las normas legales.

A un lustro del comienzo del ejercicio de la potestad, el fiscal nacional económico la elogiaba sosteniendo que «es de esperar que pronto otras leyes deroguen la mayor parte de la frondosa legislación que confiere a las autoridades desmedidas atribuciones relacionadas con el ejercicio de las actividades económicas» (Ortúzar, 1978: 131). Como veremos, privados de la posibilidad de influir en la modificación de legislación económica, los particulares recurrieron a este mecanismo de bajo costo que les permitía impugnar leyes, en el sentido de colisionar con un valor promovido por la Junta. Eso sí, la Comisión Resolutiva debía razonar y exponer por qué una ley contrariaba la competencia como valor suprallegal, como exponemos más adelante. Empero, y *contra legem*, el propio fiscal nacional económico consideraba que sí cabía la posibilidad de inaplicación de una ley o reglamento, en un caso concreto conocido por la Comisión Resolutiva (Ortúzar, 1978: 131).

Ahora bien, el control de constitucionalidad que podía hacer la Comisión Resolutiva mediante la potestad requisitoria no era uno *fuerte*, sino de tipo *débil*, pues no podía declinar de aplicar la legislación vigente, solo era capaz de escrutarla respecto del principio de libre competencia, pese a que el examen sí pudiera tener efectos. En contraste con el recurso de inaplicabilidad que conocía la Corte Suprema, la Comisión Resolutiva no inaplicaba la ley —únicamente aplicable a cuando se conocía el asunto, en un caso—, sino que pedía la modificación de la norma legal. En este sentido, la potestad requisitoria de la Comisión Resolutiva se asemeja al control que hacen algunas cortes en el Reino Unido respecto de la legislación y las normas de la Convención Europea de Derechos Humanos, al emitir su *declaration of incompatibility* (Waldron, 2006: 1.355). Esta declaración no afecta la validez o aplicación de la ley en el caso concreto y no es obligatoria para las partes en conflicto (Human Rights Act de 1998, sección 4). En el caso chileno, la autoridad política requerida podía hacer caso omiso de lo expuesto por la Comisión

Resolutiva en su resolución, pero aquélla podía usarla como fundamento de un cambio a la ley o un reglamento.²⁴

Ciertamente, el mecanismo utilizado por la Comisión Resolutiva no aumentaba la legitimidad del sistema antidemocrático de la dictadura, pero sí garantizaba la audiencia de las personas y obligaba a las autoridades a exponer el porqué de la limitación a la competencia establecida en una norma general (Elías, 2011: 136), en una época abundante en la falta de explicaciones.

La competencia y la libertad económica como criterios neoliberales de juzgamiento de la actividad estatal

Para la Junta de Gobierno, el valor de la libertad económica era primordial. En el documento que fue la piedra fundacional del programa económico de la Junta — construido con el aporte de los llamados «Chicago Boys», y conocido como «El ladrillo»— se aludía a lo crucial de establecer mercados competitivos respecto de recursos naturales (por ejemplo, agua) o educación superior, y disponer de regulación estatal mínima que evitara la búsqueda de rentas.²⁵ En 1974, la Junta explicitó su rechazo al actuar estatal en la economía, acogiendo el principio de subsidiariedad, el que presupone «el derecho a la libre iniciativa en el campo económico», y agregó que «es misión [del Estado] adoptar las medidas que aseguren efectivamente la competencia y el necesario control de los particulares,

²⁴ Tras la Ley 20.945, el ministro que recibe la propuesta debe manifestar su parecer respecto de ésta.

²⁵ El programa económico de la Junta de Gobierno, conocido en sus primeros años como «El ladrillo», fue elaborado por economistas en los años del Gobierno de Allende, sin saber que sería implementado por la Junta. Su publicidad ocurrió recién en 1992 (De Castro, 1992). Prueba de la importancia de la defensa de la competencia en la política económica era que se afirmaba que «el aumento de la competencia y una decidida política antimonopolios son fundamentales para evitar o eliminar estas tendencias [proteccionistas y de intervención estatal] en el campo empresarial» (De Castro, 1992: 47; en similar sentido, páginas 50, 67, 71, 89 y 193). Más ilustrativo del espíritu que debería tener el Gobierno era que «el realizar estas acciones antimonopólicas en los inicios de la aplicación de la política de precios tiene grandes ventajas psicológicas, ya que constituirá una prueba fehaciente de la voluntad del Gobierno de combatir el monopolio y crearía un precedente que los empresarios deberán tomar seriamente en cuenta antes de pretender limitar la competencia» (De Castro, 1992: 90).

para evitar toda forma de abuso o monopolio».²⁶ Pues bien, en este modelo la creación de una institucionalidad que velara por la competencia era de primer orden. Al dictarse el Acta Constitucional 2 en 1976, se hizo explícita la referencia al principio de subsidiariedad.²⁷

Recién en la Constitución Política de 1980 se estableció y explicitó el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, la libertad de empresa (artículo 19, numeral 21),²⁸ reforzando el tradicional derecho a la libertad de trabajo, contenido primero en la Constitución de 1925 y luego en el artículo 19 numeral 16 de la nueva constitución. De acuerdo con Gárate (2012: 235), los miembros del equipo económico no concebían las restricciones constitucionales como verdaderas restricciones al poder político y un posible populismo. Para ellos, este fin se alcanzaría con la reducción del Estado «a su expresión mínima», lo que podría asegurar la estabilidad de la nueva institucionalidad.

Es notorio que el Gobierno militar gozó de libertad plena para establecer un modelo económico liberal con ortodoxia y con escasas o nulas restricciones políticas, bajo el alero de la represión estatal y violación de los derechos humanos (Meller, 2007: 61). Como recuerda Gárate (2012: 208), el caso chileno fue el de un primer experimento neoliberal con posibilidad de profundidad, correcciones y hasta rectificación. Bajo este modelo, un aspecto nuclear lo constituyó la libertad económica, la que se mantiene bajo el manto de los mercados, fuera de la intervención estatal. Otro aspecto fue el mercado como expresión de impersonalidad, ante el cual «deben someterse todas y cada una de las decisiones individuales, según reglas objetivas, impersonales y uniformes, lo cual asegura la igualdad para todos» (Gárate, 2012: 206).

²⁶ «Declaración de Principios de la Junta de Gobierno», Junta de Gobierno, 11 de marzo de 1974. Empero, esta definición no fue sin una pugna interna entre los militares que favorecían el nacional-desarrollismo y quienes promovían el liberalismo de Chicago (Gárate, 2012: 181-208; Valdivia, 2003).

²⁷ Decreto Ley 1.551, Acta Constitucional 2, Bases Esenciales de la Institucionalidad Chilena. Junta de Gobierno, 13 de septiembre de 1976, considerando cuarto, letra a).

²⁸ La libertad de empresa contempla una restricción a la participación del Estado en la economía, y exige una ley de quórum calificado.

Es así como en solo tres décadas del siglo XX, el Estado chileno pasó gradual pero continuamente a tener un rol más activo, primero como promotor de la economía mediante crédito al sector privado; luego como un agente productor, por medio de las empresas estatales; hasta ser un Estado programador, al definir dónde se debían poner los recursos económicos para canalizar la inversión futura (Meller, 2007: 59). Durante la primera parte de la década de 1970, el alcance de la intervención en la economía fue mucho mayor, con fuertes intervenciones de precios y controles estatales masivos en la oferta y demanda (Meller, 2007: 61). Pero, desde el 11 de septiembre 1973, esta intervención mutó a un régimen de libre mercado, precios libres y desregulación, y se hizo aplicando el único programa económico disponible, uno neoliberal (Bernedo, 2013: 60; Galetovic, 1998: 6). Así, se inició bajo la dictadura un proceso de saneamiento y recuperación económica que se contraponía a la fe, desde izquierdas y derechas, en la «confianza al margen de toda racionalidad en el intervencionismo estatal» (Büchi, 1993: 26). En dicho contexto, incluso la desregulación es una palabra que «no puede ser más insatisfactoria, porque lo que ha de hacerse no es acabar con las regulaciones, sino desahuciar aquéllas que tengan signo intervencionista y generar las normas que permitan reconocer los derechos de propiedad en cada área y resolver con eficacia los conflictos que se produzcan en cada cual» (Büchi, 1993: 63).

Foucault (2004: 85) destaca que para que haya libertad en los mercados es necesaria una legislación antimonopolios, como parte de esa legislación que es la garantía de producción de libertad necesaria para gobernar. Bajo la lógica de una reconstrucción nacional, se busca refundar el Estado para gobernar con cimientos en la libertad económica, tal como lo hizo Ludwig Erhard en Alemania después del intervencionismo económico del nazismo (Foucault, 2004: 105). Solo estableciendo la libertad económica como principio organizador de la actividad estatal, en todas sus intervenciones y activamente, superando la libertad de mercado definida por el Estado, se podrá legitimar su actividad hasta para los más recelosos de él (Foucault, 2004: 149). Como señala Foucault, el neoliberalismo pasa al juzgamiento de la actividad estatal en términos de oferta y demanda, de mercado, de no intervención, por una suerte de tribunal:

Aquí, el dejar hacer se invierte para transformarse en un no dejar hacer al Gobierno, en nombre de una ley del mercado que permitirá juzgar y evaluar cada una de sus actividades. De ese modo, queda invertido el *laissez faire* y el mercado ya no es un principio de autolimitación del Gobierno, es un principio que se vuelve contra él. Es una suerte de tribunal económico permanente frente al Gobierno [...] que pretende juzgar la acción del Gobierno desde el punto de vista estricto de la economía y el mercado (Foucault, 2004: 285-286).

Pues bien, este juzgamiento que realiza la Comisión Resolutiva de la legislación y su ajuste con la libre competencia prueba que se buscó evaluar toda la actividad estatal bajo los términos de la eficacia, en términos de costos y beneficios, e incluso de proporcionalidad de medios y fines (Foucault, 2004: 307). Ahí, la crítica a la actividad estatal deja de ser política o jurídica y pasa a ser mercantil, de eficacia (Foucault, 2004: 284). Como agrega De Lagasnerie (2015: 99), el neoliberalismo buscó erigir una especie de «tribunal económico permanente» para juzgar y ponderar cada una de las actividades estatales en nombre de la ley del mercado. De esta forma, la potestad requisitoria de la Comisión Resolutiva resulta ser un dispositivo neoliberal, de un *tribunal económico permanente* que se vuelve contra el Gobierno, en este caso, contra el Legislador.

El ejercicio de potestad requisitoria de la Comisión Resolutiva entre los años 1973 y 1990

En la presente sección revisamos los datos que fluyen de la revisión del ejercicio de la potestad requisitoria respecto de leyes en el periodo en análisis. Así, entre los años 1973 y 1990, la Comisión Resolutiva ejerció la potestad requisitoria en materia de leyes en 24 ocasiones, según muestra **tabla 1**. Se acogieron 19 de las solicitudes en materia de ley, contemplándose ocasionalmente la necesidad adicional de modificar reglamentos, de las cuales más de la mitad se originaron en consultas abstractas de la Fiscalía Nacional Económica o de asociaciones gremiales, en las que no había un verdadero caso concreto a resolver —por ejemplo, una acusación de abuso de posición dominante o de un cartel—, sino una contradicción general y abstracta entre la ley específica y la *libre competencia*. En otros casos, los menos, del análisis de un conflicto específico sobre la aplicación del Decreto Ley 211 entre

particulares o la FNE, surge de oficio la petición de la Comisión Resolutiva de reformar la normativa legal.²⁹

Tabla 1. Resoluciones de la Comisión Resolutiva entre 1973 y 1990 en materia de potestad requisitoria

[\[aguero-tabla-01\]](#)

En la tabla 1 exponemos las resoluciones de la Comisión Resolutiva dictadas entre 1973 y 1989, indicando el año de dictación y la caratula o partes que intervinieron. En la columna siguiente, se indica si la Comisión Resolutiva determinó si la ley, decreto ley o decreto con fuerza de ley infringía o no la libre competencia. Además, se señala si el ejercicio de la potestad requisitoria fue resultado de una consulta motivada por un conflicto específico, o por una solicitud abstracta. Finalmente, se expresa si la Comisión Resolutiva emitió una propuesta normativa, o no.

Los números, que pueden parecer modestos, muestran que el sistema del Decreto Ley 211 acogió más solicitudes de cambio normativo que todos los recursos de inaplicabilidad que conoció la Corte Suprema en el mismo periodo. Esto puede ser predecible, cuando lo defendido era un valor caro para la Junta de Gobierno, respecto de los recursos de inaplicabilidad, aunque en ellos se argumentara también con otro valor tan querido, como es el derecho de propiedad.

Puede destacarse que, a diferencia de lo señalado del recurso de inaplicabilidad, la Comisión Resolutiva sí se pronunció sobre el ajuste de los decretos leyes en el área de la libre competencia, lo que ocurrió en cinco ocasiones, respecto de la legislación tributaria, arancelaria y de pensiones. En otras dos ocasiones, la Comisión conoció respecto de leyes o decretos con fuerza de ley dictados durante el régimen militar.

Las materias comprendidas por las recomendaciones de la Comisión Resolutiva sobre cambios normativos abordaban asuntos como impuestos, pesca, honorarios

²⁹ Así, por ejemplo, la Resolución 189, 2 de julio de 1985; y la Resolución 319, 30 de mayo de 1989.

profesionales, agricultura, transporte terrestre y aéreo, sindicatos, comercio, permisos, alcoholes, telecomunicaciones, contratación pública, seguridad social, seguros, correos, medicamentos, televisión, publicidad, urbanismo y agua potable, lo que da cuenta de la variedad de requerimientos efectuados por la Comisión Resolutiva.

La Comisión consideraba que este procedimiento no contenía una controversia entre partes ni importaba la aplicación concreta de una norma para resolverla.³⁰ Para esta Comisión, el procedimiento seguido reunía antecedentes que se obtenían tras oír a los principales interesados, en forma verbal y escrita,³¹ con lo que había un procedimiento con audiencia, no previsto expresamente en el Decreto Ley 211. En este procedimiento se oía a organizaciones que manifestaban su parecer respecto del requerimiento de la FNE o de un particular, las que debían demostrar, para que no se alegara la necesidad de reforma, que «las disposiciones impugnadas no importen un entorpecimiento a la libre competencia».³²

Respecto de la eficacia de este mecanismo, solo puede verificarse si los requerimientos fueron tenidos en cuenta y motivaron una modificación o derogación de leyes o reglamentos al revisarse, respecto de estos últimos, los considerandos o motivos que expusiera la Administración, al igual que con los decretos leyes. Un caso explícito, relativo a una norma administrativa, menciona en la parte considerativa del decreto lo dispuesto por la Comisión Resolutiva.³³ Otro caso en que la modificación solicitada fructificó e impulsó un cambio legal es el de la última resolución dictada en el período analizado,³⁴ que significó la incorporación del multiportador en llamadas telefónica de larga distancia nacional

³⁰ Resolución 27, 29 de diciembre de 1976, considerando primero.

³¹ Resolución 27, considerando segundo.

³² Resolución 27, considerando séptimo.

³³ Decreto Supremo 207 de 1984, Ministerio de Salud. En su parte considerativa, el decreto citaba la solicitud de modificación efectuada por la Comisión Resolutiva y la aceptación parcial de ésta por parte de la autoridad sanitaria.

³⁴ Resolución 332, 28 de noviembre de 1989, aunque la resolución que es considerada el antecedente de la Ley 19.302 es la Resolución 389, 16 de abril de 1993. Véase el Boletín 1002-15, 22 de junio de 1993, «Mensaje de S.E. el Presidente de la República que Introduce Modificaciones a la Ley 18.168, Ley General de Telecomunicaciones».

e internacional, mediante la Ley 19.302, que modificó la Ley General de Telecomunicaciones, aunque esto ocurrió solo tras el retorno de la democracia, en 1990. Mas, no cabe duda de que una decisión razonada sobre la infracción de una ley a un principio superior tenía un efecto al menos persuasivo en las autoridades legislativas, incluso en la Junta de Gobierno, porque obligaba a secretarios de Estado a exponer sus argumentos ante la Comisión Resolutiva.

El control de la constitucionalidad de la legislación y las cuestiones económicas

Expuesto el orden de magnitud de la práctica de la Comisión Resolutiva en materia del ejercicio de la potestad requisitoria y leyes, a continuación, pasamos a examinar cómo se ejerció la potestad por ese órgano, en especial, respecto de los criterios materiales para juzgar la legislación.

EL PERJUICIO AL INTERÉS COMÚN

Ya en sus primeras resoluciones en ejercicio de la potestad requisitoria, la Comisión Resolutiva consideró que el perjuicio para el interés común, que era uno de los requisitos del artículo 5 y del artículo 17, letra d) del Decreto Ley 211, no era relevante para decidir si la norma pugnaba con la libre competencia. Así, la afectación del interés común se resolvía verificando que las leyes *precisamente* limitaban o eliminaban la libre competencia, como bien jurídico.³⁵ Es decir, la alteración de la libre competencia guardaba directa relación con el perjuicio al interés común.

Por ejemplo, en la Resolución 13 de 1975, sobre una solicitud hecha por la existencia de un sistema de registro de transportistas establecido por ley, la Comisión Resolutiva afirma que, pese a la legalidad del registro, dicho sistema «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».³⁶ Es decir, sin que haya un valor superior a la libre competencia

³⁵ Resolución 13, 14 de mayo de 1975, considerando primero.

³⁶ Resolución 13, considerando tercero. En similar sentido, Resolución 27, considerando décimo y Resolución 110, 24 de noviembre de 1981, considerando tercero.

que permitiera justificar establecer un registro obligatorio para ejercer una actividad económica, como el interés general,³⁷ el registro era contrario a la libre competencia.³⁸

Para resolver la necesidad de perjuicio del interés común, la Comisión Resolutiva lo vinculó posteriormente con la libertad de trabajo e industria contenida en la Constitución de 1925, pero mediando una interpretación amplia y renovada de dicha libertad, respecto de la doctrina de la época (Andrade, 1963: 214-215; Aramayo, 1970: 7-14; Bernaschina, 1958: 304-306; Moore, 1962: 92), como se aprecia en la Resolución 22, en la que se expresa que las normas impugnadas «son perjudiciales para el interés común, el que se encuentra representado, en el caso en estudio, por el artículo 10, numeral 14 de nuestra Constitución Política, que garantiza a todos los habitantes de la República una amplia libertad de trabajo».³⁹

EL CONTROL RESPECTO DE LEGISLACIÓN POSTERIOR A 1973

Contrario a lo que puede creerse *a priori*, la existencia de normas legales dictadas con posterioridad al Decreto 211, como fueron decretos leyes dictados por la Junta, o leyes dictadas tras la Constitución de 1980,⁴⁰ no fue óbice para el ejercicio de la potestad requisitoria, como ocurrió en un caso de libertad de fijación de precios,⁴¹ aranceles e impuestos. En total, la Comisión Resolutiva resolvió solicitar reformas a cinco normas posteriores al año 1973, de un total de ocho normas sometidas a su juzgamiento. Estos números son un paradójico contraste con lo ocurrido en materia de recursos de inaplicabilidad, como señalamos más arriba.

³⁷ La razón para solicitar la modificación legal estribaba en que la exigencia de ser parte de un «sindicato» de taxis, como prerrequisito del registro ya mencionado, era lo que realmente entorpece la competencia, porque la existencia de un registro abierto para todos los interesados no afectaba la competencia. Resolución 13, considerando octavo.

³⁸ Lo que se rechaza es la exigencia de afiliación obligatoria a un sindicato para obtener la inscripción en un registro. Resolución 13, declaración primera.

³⁹ Resolución 22, 3 de diciembre de 1975, considerando vigésimo quinto.

⁴⁰ Resolución 332.

⁴¹ Resolución 36, 14 de septiembre de 1977, considerando séptimo.

Ahora bien, los casos de rechazo a ejercer la potestad requisitoria respecto de leyes posteriores a 1973 vinieron muchas veces de la mano de lo afirmado por las autoridades administrativas o ministeriales en el procedimiento, cuando exponían que la libertad de precios, aunque limitada y «regulada por la ley»⁴² era suficiente como para no solicitar cambios legales, como ocurrió en materias administradoras de fondos de pensiones;⁴³ o al justificar regímenes especiales aduaneros para zonas extremas.⁴⁴ En otros casos, como es la solicitud de modificar legislación tributaria relativa a impuestos al tabaco, se denegó la petición porque constituía un sistema de sugerencia de precios, el cual no pareció conveniente modificar porque lo consideró adecuado y eficiente para la fiscalización de dichos impuestos.⁴⁵

LA RELACIÓN ENTRE LA LIBRE COMPETENCIA, LIBERTAD DE TRABAJO Y LIBERTAD EMPRESARIAL

Por otra parte, el ejercicio de la potestad requisitoria estaba vinculado de manera recurrente por la Comisión Resolutiva con la libertad de trabajo contenida en la Constitución de 1925.⁴⁶ De ese modo, se fue imbricando la libertad de trabajo e industria con la libre competencia. Así era como se apreciaba que la exigencia de títulos profesionales para el ejercicio de una actividad económica —y la sanción si se carece de aquél— eran disposiciones legales contrarias a la competencia.⁴⁷ Similar solución se entregaba para los casos en que se requería una afiliación sindical obligatoria,⁴⁸ como hemos expuesto más arriba.

El análisis de la Comisión buscaba armonizar la libertad de trabajo de la Constitución de 1925⁴⁹ con la libre competencia, que era parte de dicha libertad.

⁴² Resolución 101, 31 de agosto de 1981, considerando cuarto.

⁴³ Resolución 101, considerando tercero.

⁴⁴ Resolución 153, 24 de agosto de 1983.

⁴⁵ Resolución 253, 17 de marzo de 1987, considerando segundo.

⁴⁶ Resolución 22, considerandos decimotercero y vigésimo quinto.

⁴⁷ Resolución 22, considerando vigésimo tercero.

⁴⁸ Resolución 27.

⁴⁹ El artículo 10, numeral 14, inciso tercero de la Constitución de 1925 contemplaba: «La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: [...] Ninguna clase de trabajo o

Así lo muestra la Resolución 22, en la que se hace una lectura *amplia* de dicho derecho:

Esta comisión consideró que la afiliación a un sindicato, como requisito para acceder a aquella actividad, no importaba un título ni una condición que se justificara en razón de las buenas costumbres, la seguridad o la salud públicas, ni que la exigiera el interés nacional. Sin embargo, esta apreciación no obsta ni se contrapone con la tesis que ha venido sustentando esta sentencia, en cuanto a estimar que la exigencia legal de un título profesional para ejercer la actividad de viajante y la sanción de tal ejercicio cuando se carece de ese título, importan mandatos legales contrarios a la libre competencia y perjudiciales para el interés común.⁵⁰

Creemos que la Resolución 22 puede vincularse con el Acta Constitucional 3 de 1976, la cual, al abordar la libertad de trabajo, estableció que «no se podrá exigir la afiliación a una organización sindical o gremial como requisito para desarrollar una actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en ellos».⁵¹ Vemos acá que la Comisión Resolutiva incorpora, para su análisis sobre la vulneración de la libre competencia, a la libertad de trabajo, pero en clave de libertad sindical.

LA RELACIÓN ENTRE LA LIBRE COMPETENCIA, LA INNOVACIÓN Y EL DERECHO DE PROPIEDAD

En una de las resoluciones de la Comisión Resolutiva que conoce de un dictamen de la Comisión Preventiva Central, y que aquélla confirma, se hace suyo el razonamiento que pedía la modificación de legislación sobre semillas, basado en que:

industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así».

⁵⁰ Resolución 22, considerando vigésimo tercero.

⁵¹ Decreto Ley 1.552 de 1976, Acta Constitucional 3, artículo 1, numeral 20, inciso octavo. Dicha disposición fue conservada en la Constitución Política de 1980, en el artículo 19, numeral 16, inciso cuarto, con el siguiente tenor: «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». Como puede verse, el texto vigente precisa que el requisito puede ser legal o infralegal: «Disposición de autoridad pública».

Estima que el sistema legal y reglamentario referente a las semillas de cultivo requiere de modificaciones que lo perfeccionen, a fin de que el derecho de propiedad sobre variedades o cultivares que él consagra se establezca sobre la base de un emplazamiento distinto al vigente [...] que asegure total transparencia y una más real posibilidad para todos los interesados, de oponerse a las solicitudes de inscripción en el Registro de Propiedad de Variedades o Cultivares, con lo cual se evitaría, de una manera más adecuada, que se llegue a constituir dominio sobre una variedad o que no sea o pueda considerarse nuevo en los términos que la ley define, asegurándose de este modo el uso público de la variedad a cultivar, circunstancia ésta que favorece la competencia.⁵²

Aunque a primera vista puede estimarse que se estaba argumentando en una diada derecho de propiedad contra libre competencia, el dictamen de la Comisión Preventiva Central aprecia cómo el uso público de la variedad vegetal favorece la competencia, repudiando la protección de la propiedad extendida falsamente al registrarse. Por otra parte, la resolución evidencia una aproximación a la libre competencia en la cual está presente también la innovación. Por lo mismo, admite limitaciones al derecho de propiedad en aras del interés de la comunidad, representado en este caso en la libre competencia.⁵³

CRITERIOS PARA JUZGAR LA LEY

A continuación, analizamos cuáles fueron los criterios que usó la Comisión Resolutiva para juzgar si la legislación se ajustaba al principio de libre competencia. De la revisión de las decisiones del período en estudio, se aprecian al menos cuatro criterios para comprobar la antinomia, es decir, la contradicción entre la ley y la libre competencia, como son la proporcionalidad, igualdad de trato, subsidiariedad y libertad de expresión, los que desarrollamos a continuación.

Proporcionalidad

⁵² Dictamen 625, Comisión Preventiva Central, 13 de noviembre de 1987, párrafo 10.

⁵³ Resolución 183, 6 de diciembre de 1984, considerando octavo: «El ejercicio del derecho de dominio está sujeto a limitaciones en beneficio de la comunidad, entre las cuales se encuentran las contempladas en la legislación antimonopolios».

En lo que se refiere al razonamiento efectuado por la Comisión Resolutiva, un criterio que se aprecia con nitidez para examinar la posible antinomia es el de proporcionalidad de la medida que adopta la ley específica. Destacamos que este criterio sería incorporado recién en la Constitución de 1980 como criterio para evaluar límites a derechos fundamentales (artículo 19, numeral 26).

Así, en la Resolución 22 se argumenta que los objetivos de la ley que se pedía reformar «no solamente pudieron haber sido resguardados exigiendo, como en ella se hace, la inscripción en un registro, sino también mediante otros mecanismos o fórmulas idóneos que no importaran un impedimento o traba para el acceso a la actividad». ⁵⁴ Para inferir cuáles eran los objetivos o finalidades de la legislación, la Comisión Resolutiva miraba el debate legislativo —en este caso, de una ley adoptada por el Congreso sobre transporte terrestre—, de los que se concluía que los fines del registro objetado eran asegurar beneficios provisionales y certificar habilidades. ⁵⁵ En este caso, incluso se le acompañó a la Comisión Resolutiva, por parte del Ministerio de Educación, el anteproyecto de decreto ley que buscaba resolver el problema regulatorio. Ante dicho texto, la Comisión opinó que la reforma era insuficiente, porque no ampliaba la posibilidad de acceder a la actividad económica: «El buen propósito del Ejecutivo indicado [...] adquiere débil concreción en las letras d) y e) que se propone agregar». ⁵⁶

En otra decisión, la Comisión Resolutiva reprochó que la legislación contemplara regulaciones que no eran *estrictamente necesarias* y obstaculizaban la competencia ⁵⁷ o que contenían *exigencias injustificadas*. ⁵⁸ Lo anterior parece un verdadero «control fuerte» de la constitucionalidad de la legislación económica, de debatible aplicación en el derecho comparado.

En otro procedimiento, la Comisión Resolutiva recomendó la desintegración en la industria de seguros prestados por el Estado a efectos de evitar subsidios

⁵⁴ Resolución 22, considerando octavo.

⁵⁵ Resolución 22, considerandos séptimo y octavo.

⁵⁶ Resolución 22, considerandos decimoquinto y decimoctavo.

⁵⁷ Resolución 110, considerando primero.

⁵⁸ Resolución 110, considerando séptimo.

cruzados entre distintas áreas de la empresa.⁵⁹ Otra muestra de este criterio fue el reprochar que una ley, anterior a la Constitución de 1980, impedía el ejercicio de un derecho establecido en la misma y que permitía la participación de particulares en la explotación de canales de televisión (norma constitucional sobre concesionarios de televisión).⁶⁰

En fin, en otro caso, el examen de proporcionalidad de la medida adoptada por el legislador en materia comercial aborda si la ley afectaba la esencia de su ejercicio:

Que la Comisión concuerda con el parecer de los informantes en cuanto han expresado que es preciso distinguir entre el derecho mismo que declara y ampara una garantía constitucional y el «ejercicio» de tal garantía constitucional, regulado por la ley ordinaria. Pero no cabe duda de que es posible, mediante la regulación legal del ejercicio, llegar a coartar el derecho mismo, estimando esta Comisión [...] que así ha ocurrido en la especie, al exigirse la sindicalización o agremiación obligatorias para acceder a una actividad mercantil.⁶¹

Desarrollando su rol liberalizador de mercados en una decisión de 1975, la Comisión Resolutiva apoyó la eliminación de intermediarios en materia de ferias y subastas de animales, a efectos de evitar un sistema que, a su juicio, no tenía justificación alguna. Ahora bien, la conveniencia de la propuesta se basaba no solo en que ella velaba por el interés de los consumidores, sino que también permitía cautelar la pretensión de los productores a «obtener una adecuada retribución por su producto».⁶² En ese caso, la reforma legal que se emprendiera debía contemplar un adecuado control sanitario.⁶³

Igualdad de trato

⁵⁹ Resolución 136, 13 de enero de 1983, considerando séptimo.

⁶⁰ Resolución 138, 17 de enero de 1983, considerando quinto.

⁶¹ Resolución 27, considerando octavo.

⁶² Resolución 15, 23 de julio de 1975, considerando decimocuarto.

⁶³ Resolución 15, considerando decimotercero.

Otro criterio utilizado por la Comisión Resolutiva para analizar el ajuste entre la ley y la libre competencia era la igualdad de trato entre agentes y el rechazo a la creación de privilegios. Así, en la Resolución 38, la Comisión Resolutiva reconvino una limitación contenida en un artículo de la ley de alcoholes por ser «ambigua y [que] priva a dicha determinación de las condiciones de objetividad y generalidad que debiera reunir para hacerla conciliable» con el Decreto 211.⁶⁴ Mientras, una limitación de la citada ley que era objetiva y general, y tendía «a la protección de valores e intereses morales de la comunidad», no entorpecía la competencia para la Comisión.⁶⁵ La cuestión no era simplemente una prohibición de una actividad, lo que parece lícito a la Comisión Resolutiva, sino que existiera un trato desigual entre agentes económicos.⁶⁶

En términos análogos, se consideró contrario a la competencia que un agente económico pudiera competir con particulares que carecían de los beneficios y privilegios legales de aquél («competencia desequilibrada»).⁶⁷

Otro motivo para el rechazo de legislación por ser contraria a la competencia era el proteccionismo o exclusividad para agentes nacionales respecto de extranjeros en materia de publicidad, porque establecía un «monopolio» en beneficio de los publicistas y productores chilenos.⁶⁸

También el otorgamiento de concesiones gratuitas a un agente económico público sin intermediarios y el cobro por la misma concesión a otro agente económico era considerado como contrario a la competencia, pese a existir habilitación legal.⁶⁹

⁶⁴ Resolución 38, considerando decimotercero.

⁶⁵ Resolución 38, considerando decimosegundo.

⁶⁶ Resolución 38, considerando decimosexto: «El legislador puede, si lo estima conveniente para los intereses generales del país, prohibir absolutamente el expendio de bebidas alcohólicas en las horas y días de clausura, o bien limitarlo a los negocios o establecimientos que designe y en las condiciones que juzgue necesarias, pero, en este último caso, debe cuidar de establecer requisitos generales y objetivos o procedimientos de asignación de las patentes, que impidan la discriminación entre los comerciantes que se interesen por acceder a dicho expendio limitado o excepcional».

⁶⁷ Resolución 321, considerando cuarto.

⁶⁸ Resolución 200, 6 de septiembre de 1985, considerando noveno.

⁶⁹ Resolución 183.

Por la aplicación de la legislación de alcoholes, juzgó la Comisión Resolutiva que el otorgamiento de patentes de alcoholes contravenía la libre competencia — adelantando un rechazo al ejercicio de potestades discrecionales de modo arbitrario—, al otorgarse a un *número limitado* de comerciantes, que terminaba la competencia con los restantes.⁷⁰

La exigencia de trato igualitario evitando los privilegios iba incluso a otorgarle una aplicación restrictiva a franquicias otorgadas a ciertas regiones aisladas, en desmedro del resto de los competidores del mismo rubro en otras zonas del país:

Que esta Comisión estima, desde el punto de vista de la libre competencia, que las normas que contemplan regímenes de excepción —como es el Decreto con Fuerza de Ley 15, tantas veces citado— deben restringir la utilización o el goce de los bienes afectos a las franquicias. En este caso, en relación con el ámbito territorial de las regiones beneficiadas. Lo contrario significaría, en lo que al referido texto legal concierne, que los transportistas del resto del país, que no gozan de bonificación, se verían seriamente perjudicados, al tener que competir, en condiciones desventajosas, con aquéllos bonificados, constituyendo esto último un atentado contra las normas que regulan la libre competencia.⁷¹

Subsidiariedad

La Comisión Resolutiva también se planteó en contra de la reserva legal de monopolios estatales (correos y telégrafos,⁷² seguros),⁷³ favoreciendo la subsidiariedad de la actuación del Estado en la economía,⁷⁴ pese a que el propio Decreto 211 permite el otorgamiento de éstos mediante una ley.⁷⁵ De igual modo, se rechazaron sistemas de precios de particulares que impedían cobrar precios

⁷⁰ Resolución 38, considerando decimoséptimo.

⁷¹ Resolución 153, considerando cuarto.

⁷² Resolución 104, 7 de septiembre de 1981.

⁷³ Resolución 136, considerando sexto.

⁷⁴ Resolución 104, considerando decimosegundo.

⁷⁵ Hoy contenida en el artículo 4 del Decreto Ley 211.

menores al cobrado por el Servicio de Correos y Telégrafos, por ser un gravamen perjudicial para los consumidores y de difícil justificación.⁷⁶

En el examen de normas sobre seguros, la Comisión Resolutiva razonó con miras a un estado en que los consumidores estén en una mejor posición que la actual, por ejemplo, con un monopolio estatal, frente a un régimen de prestación en competencia por empresas privadas, como ocurre en el caso de un seguro obligatorio de accidentes de transporte, «permitiendo así una posible rebaja del monto de la prima o un mejoramiento de los beneficios, o ambas cosas a la vez».⁷⁷ La solución alcanzada por la Comisión, después del razonamiento en el caso específico, no es solo una de pluralidad de actores privados, sino que también admite actores estatales —la solución parece igualmente proporcional o eficiente— e incluso mantener el monopolio, pero con exclusión de participar a dicha empresa en las actividades con competencia, manteniendo la subsidiariedad:

Del análisis efectuado se desprende que para la gestión del seguro obligatorio de accidentes de pasajeros de la locomoción colectiva pueden seguirse dos caminos: o bien se permite la libre competencia entre todos los entes aseguradores, tanto públicos como privados, o bien se mantiene el monopolio o la exclusividad de dicha gestión a cargo de un solo ente; pero, en este caso, sin que él participe en la gestión de seguros comerciales.⁷⁸

Libertad de expresión

En un caso de concesiones de televisión regido por una ley anterior a la Constitución de 1980, se estimó que *ampliar* el número de personas autorizadas para desarrollar la actividad económica guardaba mayor conformidad con las normas sobre libre competencia.⁷⁹

En este caso, único en que se usa complementariamente la libertad de expresión, la Comisión Resolutiva no solo argumentó basada en la libre competencia, sino en una lectura de la libertad de opinión e información, contenida en el artículo 19,

⁷⁶ Resolución 104, considerando décimo.

⁷⁷ Resolución 136, considerando sexto.

⁷⁸ Resolución 136, considerando octavo.

⁷⁹ Resolución 138, considerando sexto.

numeral 12 de la Constitución, disposición que contiene la prohibición de existencia de un monopolio estatal en medios de comunicación.⁸⁰

CONTENIDO DE LA RECOMENDACIÓN

En un puñado de casos, más que solicitar la derogación o modificación de normas legales a efectos de conciliarse con la competencia, la Comisión Resolutiva solicitaba que se dictaran ciertas normas para fomentar la competencia en algunas industrias de redes (telecomunicaciones y agua potable y saneamiento),⁸¹ como un legislador positivo. Así, al analizar disposiciones legales y reglamentarias del sector agua potable y alcantarillado, la Comisión Resolutiva requirió su modificación con el fin de subsanar anomalías y prevenir posibles abusos de parte de las empresas sanitarias con los usuarios morosos.⁸²

En lo que respecta al contenido de la eventual recomendación, la Comisión Resolutiva también admitía posibilidades para el legislador, equivalentes ante la libre competencia, pero deferentes de su soberanía. Así, en materia de exigencias administrativas y número de patentes de alcoholes, el legislador podía establecer limitaciones generales y objetivas para su otorgamiento, «o bien ninguna limitación, según se estime conveniente»,⁸³ verdadera solución de *laissez faire*.

En fin, ocupando un criterio práctico en un caso en que no había certeza de la vigencia de normas que podían haberse derogado tácitamente, y que la Comisión Resolutiva consideraba contrarias a la política de libre competencia, ésta solicitó su expresa derogación.⁸⁴

Conclusiones

Por medio de la potestad requisitoria, la Comisión Resolutiva ejerció un control sustancial de «constitucionalidad» de la legislación económica, pero solo un

⁸⁰ Resolución 138, considerando quinto.

⁸¹ Según nuestro catastro, entre 1973 y 1990 esta situación solo se dio en dos ocasiones, en la Resolución 319 y la Resolución 332, ambas del año 1989, referentes al mercado de provisión de agua potable y al de telecomunicaciones, respectivamente.

⁸² Resolución 313, 4 de mayo de 1989, considerando octavo.

⁸³ Resolución 38, declaración.

⁸⁴ Resolución 107, 17 de noviembre de 1981, considerando noveno.

control *débil*, aunque con matices, al examinar la proporcionalidad de la medida. Pese a las evidentes deficiencias, se observa en el ejercicio de esta potestad un procedimiento para deliberar con mayor participación que la elaboración de normas legales durante la dictadura. Además, se aprecia un alto grado de solicitudes acogidas, lo que da cuenta de que la interpretación que hizo la Comisión Resolutiva fue más *pro actione* que restrictiva, como pudo ser la de la Corte Suprema.

Para explicar el mayor activismo de la Comisión Resolutiva en términos constitucionales, la potestad que analizamos cargaba una *menor* implicancia política que el recurso de inaplicabilidad que retenía la Corte Suprema, y tenía menores efectos: la norma seguía aplicándose, incluso en ese caso. Por esto, la Comisión Resolutiva podía ser más osada en ejercer una potestad menos conflictiva, porque se limitaba a aconsejar la derogación o modificación de una ley, aunque con una declaración con alcance *erga omnes*. Que todos lo supieran.

Como puede apreciarse, un conjunto de criterios permitía a la Comisión Resolutiva basar su decisión sobre la recomendación de derogación de una norma legal, siempre en aplicación de la libre competencia: desde la igualdad, hasta el rechazo a una política industrial, pasando por la aplicación del principio de subsidiariedad y el repudio a regulaciones innecesarias. La discusión sobre el bien jurídico que corresponde aplicar a la Comisión Resolutiva (la libre competencia) se vio enriquecida por la aplicación que hizo ésta de la potestad requisitoria, alcanzando incluso a la libertad de expresión, como hemos visto.

A diferencia del control de constitucionalidad en materia económica existente en otras latitudes, al ejercer esta potestad, la Comisión Resolutiva conocía derechamente de los efectos de la norma legal, aunque su análisis fuera modesto.⁸⁵

⁸⁵ Adelantamos que, en el análisis actual de esta potestad, se ha comenzado a utilizar un examen costo-beneficio de la legislación. Así, por ejemplo, la disidencia del ministro Javier Tapia en *Proposición de modificación normativa 15/2014 sobre crédito prendario*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, rol ERN 17-2013, 27 de noviembre de 2014: «Previo a ejercer la potestad del artículo 18 numeral 4, el examen de una determinada materia debiera seguir lo más cerca posible los principios que subyacen al análisis que se realiza para efectuar cambios regulatorios. Esto implica que, en la medida de lo posible, el Tribunal debiera llevar a cabo una suerte de análisis de

Qué duda cabe de que era un control contramayoritario —esto es, contra las leyes aprobadas en el periodo previo a 1973— y antidemocrático. Mediante este control se podía argumentar en pro de impugnar leyes aprobadas democráticamente durante la dictadura militar. Pero también se pudo solicitar la derogación de normas aprobadas por la misma Junta, es decir, antidemocráticamente. Si bien eso ocurrió, puede observarse además que la Comisión Resolutiva afirmó reiterada y uniformemente que la legislación anterior al año 1973 contravenía la libre competencia, soslayando así la deliberación democrática de esa época, como verdadero *guardián del modelo neoliberal*, capaz de juzgar la actividad estatal bajo los criterios de eficiencia y libre competencia.

Agradecimientos

Agradezco los valiosos comentarios y sugerencias de Sebastián Elías, Marcelo Alegre, Ezio Costa, Juan Pablo Mañalich, Jonatan Valenzuela y de un árbitro anónimo a una versión anterior de este trabajo, así como de los asistentes al seminario Desafíos Globales para la Democracia, organizado en la Universidad de Buenos Aires en abril de 2018. Naturalmente, los posibles errores son de mi responsabilidad.

Referencias

- Agüero, Francisco (2003). *Tarifas de empresas de utilidad pública: Telecomunicaciones, agua potable, electricidad y gas*. Santiago: Lexis Nexis.
- . (2016). «Chilean antitrust policy: Some lessons behind its success». *Law and Contemporary Problems*, 79 (4): 123-154. Disponible en <http://bit.ly/2JIteQB>.
- Agüero, Francisco y Santiago Montt (2013). «Chile: The competition law system and the country's norms». En Eleanor M. Fox y Michael Trebilcock (editores),

impacto regulatorio simplificado que permita cuantificar y cualificar el efecto que las propuestas tendrán en las condiciones de competencia de la industria afectada. Particularmente, se debiera explicitar, en la parte considerativa de la respectiva proposición y de una manera relativamente detallada, el ejercicio de ponderación de los beneficios y costos asociados a cada una de las recomendaciones que ha sido realizado».

- The design of competition law institutions: Global norms, local choices*. Oxford: Oxford University Press.
- Andrade, Carlos (1963). *Elementos de derecho constitucional chileno*. Santiago: Jurídica de Chile.
- Aramayo, Óscar (1970). *Régimen legal de la industria manufacturera en Chile*. Santiago: Jurídica de Chile.
- Arancibia, Patricia y Francisco Balart (2007). *Sergio de Castro: El arquitecto del modelo económico chileno*. Santiago: Biblioteca Americana.
- Atria, Fernando (2001). «Inaplicabilidad y coherencia: Contra la ideología del legalismo». *Revista de Derecho*, 12 (1): 119-156. Disponible en <http://bit.ly/2Dprn2C>.
- Barón Alsina, Ignacio (2003). «Mecanismos constitucionales para la impugnación de las resoluciones emanadas de la Comisión Resolutiva Antimonopolio». *Revista Chilena de Derecho*, 30 (3): 439-470. Disponible en <http://bit.ly/2JKab8y>.
- Bernaschina, Mario (1958). *Constitución política y leyes complementarias*. Santiago: Jurídica de Chile.
- Bernedo, Patricio (2013). *Historia de la libre competencia en Chile: 1959-2010*. Santiago: Fiscalía Nacional Económica.
- Büchi, Hernán (1993). *La transformación económica de Chile: Del estatismo a la libertad económica*. Bogotá: Norma.
- De Castro, Sergio (1992). «*El ladrillo*»: *Bases de la política económica del Gobierno militar chileno*. Santiago: Centro de Estudios Públicos.
- De Lagasnerie, Geoffroy (2015). *La última lección de Michel Foucault: Sobre el neoliberalismo, la teoría y la política*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Del Barrio, Óscar (1977). «La tutela administrativa sobre la libre competencia». *Anuario de Derecho Administrativo*, 44 (165): 189-208.
- Domper, María de la Luz y Pablo Kangiser (1998). *Comisión Antimonopolios: Reformas pendientes al Decreto Ley 211 y la defensa de la libre competencia en Chile*. Serie Informe Económico, volumen 95. Santiago: Instituto Libertad y Desarrollo.

- Elías, José Sebastián (2011). «Algunas reflexiones sobre la justificación mixta del control judicial de constitucionalidad». *Direito, Estado e Sociedade*, 38: 133-153. DOI: 10.17808/des.38.188.
- Feliú, Olga (2002). «Los organismos de la defensa de la competencia». *Actualidad Jurídica*, 5: 187-202.
- Foucault, Michel (2004). *Nacimiento de la biopolítica: Curso en el Collège de France 1978-1979*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Galetovic, Alexander (1998). «Desatando a Prometeo: Reformas microeconómicas en Chile 1973-1989». *Perspectivas*, 2 (1): 1-27.
- Gárate, Manuel (2012). *La revolución capitalista de Chile (1973-2003)*. Santiago: Universidad Alberto Hurtado.
- Gómez, Gastón (1999). «La jurisdicción constitucional: Funcionamiento de la acción o recurso de inaplicabilidad, crónica de un fracaso». *Informes de Investigación*, 4: 63-84. Disponible en <https://bit.ly/2yT1rZd>.
- Hidalgo, Hernán y Osvaldo Soto (2000). «Procedimientos jurisdiccionales en la Administración del Estado de Chile». *Gobierno y Administración del Estado*, (83): 103-158.
- Mera, Rubén. «Análisis y comentario de las modificaciones introducidas a las normas sobre libre competencia, por la Ley 19.610, de 19 de mayo de 1999». MJCH_MJD43 IEJ 19-1999-1.
- Meller, Patricio (2007). *Un siglo de economía política chilena (1890-1990)*. 3.^a ed. Santiago: Andrés Bello.
- Merryman, John Henry y Rogelio Pérez-Perdomo (2014). *La tradición jurídica romano-canónica*. 3.^a ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Montt, Santiago (2010). «El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: Una mirada desde las políticas públicas». Documento de trabajo del Centro de Regulación y Competencia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- Moore, Daniel (1962). *Derecho económico*. Santiago: Jurídica de Chile.
- Navarro, Enrique (1994). «La judicatura analizada por los presidentes de la Corte Suprema: Veinticinco años de peticiones incumplidas». *Estudios Públicos*, 54: 241-297. Disponible en <http://bit.ly/2Ds8EUu>.

- Opazo, Ernesto (1962). *La Comisión Antimonopolios y estudio del título 5 de la Ley 13.305*. Santiago: Jurídica de Chile.
- Ortúzar, Waldo (1978). «La ley antimonopolios de Chile: Cuatro años de experiencia». *Derecho de la Integración*, 11 (27): 127-135.
- Paredes, Ricardo (1995). «Políticas de competencia en países sin tradición de mercado: El caso de Chile».
- Ruiz-Tagle, Pablo (1990). «Análisis comparado de la función judicial». *Estudios Públicos*, 39: 131-162. Disponible en <http://bit.ly/2D8NGc3>.
- Trebilcock, Michael y Edward Iacobucci (2010). «Designing competition law institutions: Values, structure, and mandate». *Loyola University Chicago Law Journal*, 41 (3): 455-471. Disponible en <https://bit.ly/2zx57Q6>.
- Valdés, Domingo (2002). «La paradoja del monopolio de privilegio contemplado en el Decreto Ley 211 de 1973». *Ius Publicum*, 8: 125-160.
- Valdivia, Verónica (2003). *El golpe después del golpe: Leigh vs. Pinochet. Chile 1960-1980*. Santiago: Lom.
- Valenzuela, Eugenio (1990). «Labor jurisdiccional de la Corte Suprema: Ámbito de su competencia en la práctica y funciones de sus ministros en otros organismos». *Estudios Públicos*, 40: 137-169. Disponible en <http://bit.ly/2DnvZ9q>.
- Waldron, Jeremy (2006). «The core of the case against judicial review». *The Yale Law Journal*, 115 (6): 1.346-1.406. DOI: 10.2307/20455656.
- Winslow, Terry (2004). *Competition law and policy in Chile: A peer review*. París: OCDE, Banco Interamericano de Desarrollo. Disponible en <https://bit.ly/2JK8rMm>.

Sobre el autor

Francisco Agüero Vargas es abogado. Magíster en Regulación Económica y Competencia. Candidato a doctor en Derecho de la Universidad de Chile. Profesor asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su correo electrónico es faguero@derecho.uchile.cl.