

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO

MATERIALES DE CLASE

SOBRE

EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

Patricia Núñez F.
Domingo Valdés P.
Jorge Streeter P.

1999

I N T R O D U C C I O N

(A)

A poco que uno se adentre en el estudio de las disposiciones jurídicas que regulan la actividad económica de las personas, se encuentra con el concepto de Orden Público Económico. Esta noción aparece en los precedentes constitucionales, en fallos de los Tribunales de Justicia y en documentos político-jurídicos importantes. Así, por ejemplo, se puede apreciar en las Actas de la Sesión 248/76 de la Comisión de Estudio de la Constitución; en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago dictada el 11 de Julio de 1988, y en el Mensaje que el Presidente de la República dirige al Congreso Nacional el 17 de Octubre de 1997, fundamentando reformas que se proponen respecto de la Ley de Defensa de la Competencia.

El concepto de orden, sea cuando significa "mandato", sea cuando designa la correcta ubicación o relación entre las cosas, según una medida adecuada, está presente en todo el derecho. Es costumbre hablar de "orden" u "ordenamiento jurídico"; se dice que el Jefe del Estado decreta las órdenes que han de cumplir sus subordinados en el orden administrativo; se encomienda a ciertas instituciones el mantenimiento del orden público y se encuentran generalmente vedadas las actividades susceptibles de alterar el orden de la comunidad política.

No es de extrañar, entonces, que frecuentemente se hable de la ordenación o de la organización jurídica de las actividades económicas, que es el campo en que nos encontramos con esa disciplina particular que se denomina Derecho Económico y con su concepto propio fundamental que es el de Orden Público Económico.

La idea de existir un "Orden Público Económico", que ya ha sido recogida por el derecho positivo, por sentencias judiciales

y por la opinión de los juristas, no tiene la antigua tradición de su antecedente, el orden público civil, que arranca del Derecho Romano. La noción de Orden Público Económico, en los términos que es utilizada actualmente, es hija de las convulsiones bélicas y económicas del primer tercio del siglo XX y de la reflexión de los juristas durante los últimos setenta años.

(B)

¿Cómo surge el concepto de Orden Público Económico?

Durante el siglo que sigue a la conclusión de las guerras napoleónicas, la actividad económica en los países más avanzados parece conducirse en una muy amplia libertad, entendida ésta por propietarios y empresarios como su independencia frente a la acción autoritaria del poder público. Durante esos cien años, tal vez como en ninguna época antes o después de ellos, la férrea tutela del derecho de propiedad y el amparo judicial de los contratos permitieron un muy amplio ejercicio de la libertad económica de quienes, teniendo bienes corporales o incorporales, podían contratar sobre ellos y utilizarlos en la conducción de actividades empresariales en la industria, el comercio y la prestación de servicios.

Un jurista contemporáneo, explicando el estatuto de la autonomía privada hacia 1870, lo describe en los siguientes términos:

"La autonomía de libre elección de los particulares para celebrar sus propios contratos en los términos que desearan era la característica principal del derecho contractual clásico. Es necesario destacar que la importancia reconocida a la libertad de determinación, y a la noción de que el contrato constituía un medio para dar eficacia a la voluntad de las partes, tuvo un profundo efecto sobre las funciones que se reconocieron al derecho contractual, según lo interpretaban los Tribunales. Se estimaba

que la principal función del derecho era establecer reglas supletorias (de la voluntad de las partes), y que la función del Tribunal era resolver el conflicto extrayendo la consecuencia de lo que las partes ya habían decidido. El derecho contractual deviene un derecho de la voluntad, un medio para permitir a los particulares celebrar sus propias convenciones, y requerir el auxilio del Estado para que esas convenciones fueran rigurosamente cumplidas". (P.S. Atiyah, "The Rise and Fall of Freedom of Contract").

En los pocos años que van desde 1914, que es el inicio de la Primera Gran Guerra, hasta 1932, en que el efecto de la crisis económica ha herido profundamente la estructura de las sociedades industriales, el mundo decimonónico se desmorona.

(C)

La guerra y la crisis determinan cambios en la relación jurídica entre los particulares y el Estado respecto de la actividad que unos y otro ejercen en la economía.

La guerra exigió, en todas las naciones beligerantes, establecer nuevas prioridades de producción, orientadas al triunfo de la contienda, y alterar profundamente la distribución de los bienes de consumo, imponiendo las más de las veces el racionamiento exigido por la severa escasez de tales productos.

En la guerra, el orden espontáneo que predicaba para sí la economía de mercado cede paso a la organización estatal que dirige los esfuerzos de todos hacia el fin superior de asegurar la subsistencia y la seguridad exterior de la Nación mediante su victoria por las armas.

Al término de la Gran Guerra se pensó por un instante que sería posible volver a la normalidad, entendiendo por tal la situación anterior al conflicto. Ello se creyó así en las potencias anglosajonas victoriosas durante esa década de los años veinte que algunos llamaron "felices" y otros "locos", y que terminó desmoronada con la crisis económica más grande del

siglo. Ésta se inicia en 1929 y acarrea la disminución de la producción, el paro, la crisis monetaria y terribles restricciones en el comercio mundial. Las medidas jurídicas que subordinan la actividad económica de las personas a las directrices dadas por el poder público irrumpen nuevamente en escena, esta vez con lo que parece ser carta permanente de ciudadanía.

Ya ni siquiera el más optimista pudo creer que las normas restrictivas de la autonomía privada en materia económica, y la creciente ingerencia de entes públicos en el manejo de la economía y en la producción directa de bienes y servicios, eran un fenómeno puramente transitorio. Se comprendía, por fin, que la Gran Guerra y la crisis de 1929 habían dejado una huella profunda en la estructura de la sociedad y que esa huella tiene, como siempre, una manifestación jurídica sobre la cual el legislador, el juez y el abogado son llamados a reflexionar.

(D)

La crisis económica que se inicia en 1929 golpea tan duramente la economía chilena, especialmente en sus relaciones económicas con el resto del mundo, que no necesitamos ir muy lejos para encontrar ejemplos de esas normas que, hace aproximadamente cincuenta años, motivan la reflexión de los juristas sobre el tema que nos ocupa. He aquí algunas de ellas:

(1) Sobre el control de cambios ...

Únicamente el Banco Central de Chile podrá comprar y vender cambios internacionales ... La Comisión de Cambios estudiará los antecedentes que justifiquen la admisión del peticionario para las adquisiciones de instrumentos de cambio

internacional y fijará las sumas que cada uno de ellos pueda comprar por una vez o periódicamente ... El Banco Central de Chile fijará diariamente el valor del cambio internacional ... La Comisión de Cambios Internacionales tendrá también el control de las exportaciones y sólo autorizará las de aquellos productos o mercaderías respecto de los cuales se den seguridades de que su valor líquido será remesado al país en instrumentos de cambios internacionales ..." (Ley N° 5.105 de 19 de Abril de 1932).

(2) Sobre la determinación de precios ...

"Corresponde a los Consejos Departamentales de Precios fijar periódicamente los precios máximos de venta al consumidor de los artículos de primera necesidad y fiscalizar los precios de venta de los artículos de uso o de consumo habitual". (Ley N° 5.125 de 19 de Mayo de 1932).

(3) Sobre obligaciones en moneda extranjera ...

"Decláranse de propiedad del Estado los créditos y depósitos en moneda extranjera que adeudan al público los bancos nacionales y extranjeros". (D.L. N° 12 de 10 de Junio de 1932).

(4) Sobre obligaciones en moneda nacional ...

"Las obligaciones provenientes de actos mercantiles sólo serán exigibles por parcialidades de un 10% cada 90 días". (D.L. N° 48 de 20 de Junio de 1932).

(5) Sobre comercio exterior ...

"Por exigirlo el interés nacional, se autoriza al Presidente de la República para que subordine la importación de determinados artículos al otorgamiento de licencias de importación, fije las cantidades totales de los diversos artículos sometidos al régimen de licencias que podrán importarse en un período dado y establezca las cuotas de importaciones sujetas a dicho régimen que se admitirán de cada uno de los países que puedan suministrar los artículos de que se trate". (D.L. N° 138 de 29 de Julio de 1932).

(6) Sobre cuotas de producción ...

"Autorízase al Presidente de la República para que pueda declarar, en el momento que lo crea oportuno, el estado de sobreproducción en el país de un determinado artículo de producción fabril ... Declarado el estado de sobreproducción, sólo podrán instalarse nuevas fábricas del artículo respectivo, previa autorización del Presidente de la República otorgada por Decreto Supremo ... En los casos en que se haya declarado el estado de sobreproducción, el Presidente de la República establecerá las calidades, envases y precios de venta del artículo y podrá adoptar medidas encaminadas a obtener el acuerdo de los fabricantes del artículo declarado en sobreproducción para modificar la organización, procedimientos de elaboración y ubicación de la industria". (D.L. N° 281 de 10 de Agosto de 1932).

(7) Sobre bienes energéticos ...

"Queda sometida al control del Estado, la importación de petróleo y sus derivados, la distribución de esos productos en el país y su venta a los comerciantes y consumidores". (D.L. N° 519 de 5 de Septiembre de 1932).

(8) Sobre obligaciones de producir ...

"El Presidente de la República podrá imponer a los productores la obligación de producir o elaborar artículos declarados de primera necesidad, en las cantidades, calidades y condiciones que determine". (D.L. N° 520 de 5 de Septiembre de 1932).

(9) Sobre artículos de primera necesidad ...

"Quedarán sujetos al control directo del Comisariato General de Subsistencias y Precios, la producción, manufactura, importación, exportación, distribución y transporte de los artículos que el Presidente de la República declare de primera necesidad o de uso o consumo habitual, a propuesta del Comisario General". (D.L. N° 520 de 5 de Septiembre de 1932).

(E)

Los efectos de las normas constituyen un buen índice para establecer su naturaleza jurídica, de allí que se prestara particular atención a dos características muy marcadas que presentaban las leyes que estudiaba el jurista de los años treinta.

En primer término, esas leyes contenían una restricción, a veces extraordinariamente severa, al crucial concepto de autonomía privada que había estado desde siempre en la raíz del derecho de la contratación y de la propiedad, es decir, en lo sustancial del derecho privado en cuanto éste mira a la actividad económica de las personas.

En segundo lugar, las normas en cuestión fueron dictadas para hacer frente a situaciones que requerían remedios urgentes, por lo que se les dio aplicación inmediata en el tiempo, afectando y alterando las situaciones jurídicas que se encontraban en curso a la fecha de su dictación o vigencia, imponiéndose el nuevo mandato con carácter imperativo por sobre la voluntad de los particulares.

Estas dos características fundamentales, de tener efecto inmediato en el tiempo y de restringir la autonomía privada, no aparecían por primera vez en el derecho, ya que una muy importante categoría de normas jurídicas, aquellas llamadas "de orden público" desde tiempos antiguos, presentaba precisamente esas dos particularidades. De allí a denominar las nuevas normas como de "orden público económico", esto último por el campo en que producían sus efectos, no hubo sino un paso. La denominación tuvo buena aceptación y es de ella que hemos ahora de ocuparnos.

Las páginas que siguen quieren poner a disposición del alumno ciertos textos de legislación, de jurisprudencia y doctrina para ilustrar el concepto de orden público en el derecho civil y sus principales manifestaciones en lo económico vigente en una sociedad determinada; el concepto de orden público económico en la doctrina y la jurisprudencia nacionales; las funciones del orden público y sus principales técnicas de aplicación.

1

EL ORDEN PÚBLICO CIVIL

(A)

En Roma ...

El orden público civil hunde sus raíces en una de las acepciones que el derecho romano reconocía a la expresión "*ius publicum*".

La doctrina recuerda que, según una definición que se hace remontar a Ulpiano, el derecho público es el que se refiere al modo de ser, es decir, a la organización, gobierno y administración del Estado romano, mientras que, según el mismo jurista, el derecho privado es el que atañe a la utilidad de los particulares.

Sin embargo, la expresión "*ius publicum*" no se agota en la sola referencia a lo que actualmente denominamos derecho público.

"La locución "*ius publicum*" es empleada también en las fuentes en otra acepción distinta de la ya apuntada. En este otro sentido, más restringido, se alude con tal frase a una parte de las normas reguladoras de relaciones entre particulares, es decir, a un grupo recogido dentro de las que, en la expuesta definición de Ulpiano, constituyen el derecho privado. Este grupo es el de aquellas disposiciones las cuales aunque se refieren a relaciones entre particulares, no pueden éstos convenir en modificarlas, porque constituyen una zona sustraída a las determinaciones de su autonomía y a la eficacia de los acuerdos con los demás hombres. Es el sentido que la expresión "*ius publicum*" tiene en las fuentes cuando dicen, por ejemplo, que los pactos de los particulares no pueden modificar disposiciones del mismo: "*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*". Las dos diferentes acepciones del "*ius publicum*" responden al uso doble, ambiguo, que el adjetivo público tiene incluso actualmente. Unas veces,

"público" es igual a "estatal" (funcionario público, hacienda pública), y otras veces significa "social" o "común" (bienestar público)". (J. Arias Ramos, "Derecho Romano").

Yendo al fondo de la distinción, el profesor Guzmán Brito explica que el sentido originario de la distinción entre *ius publicum* y *ius privatum* va incluso más a la esencia del *ius* como concepto fundamental.

"*Ius privatum* y *ius publicum*"

"El adjetivo *publicus* designa lo que concierne al *populus* entendido como la colectividad o corporación de los ciudadanos. El adjetivo *privatus*, antónimo del anterior, señala lo que atañe a las personas consideradas individualmente, es decir, a los particulares.

Una *lex publica* es la formulada con intervención del *populus* en oposición a la estatuida por particulares entre sí. La "ley privada" es cualquier regulación jurídica de intereses particulares establecida entre particulares, es decir, los contratos (*lex contractus*), los testamentos (*lex testamenti*), las declaraciones vinculantes formuladas en una *mancipatio* y otros negocios formales (*lex dicta*).

Aplicado este adjetivo (*publicum*) a *ius* no tiene un sentido diverso, por lo que primordialmente cualifica a un *ius* que ha sido establecido por el *populus*. Así, en su sentido más auténtico, *ius publicum* es aquél que emanó de una *lex publica*. *Ius privatum* significa un *ius* privado y autónomamente establecido entre partes y para ellas, destinado a regular sus intereses; en otras palabras, aquél que emana de una *lex privata*.

Se observará, pues, que originalmente la distinción *ius publicum-ius privatum* no se refiere a dos clases de derechos cada uno especificado por recaer sobre una materia diversa: la organización, gestión y actuación político-administrativa y las relaciones entre los particulares y la administración ("derecho público"), por un lado; y las relaciones patrimoniales y familiares entre los particulares ("derecho privado"), por otro. En efecto, la materia del *ius publicum* y del *ius privatum* es la misma: el *ius* (sustancialmente entendido como derecho patrimonial entre particulares, y en este sentido identificado con nuestro "derecho privado"); y es sólo el modo de ser de la fuente reguladora u ordenadora el que hace público o privado a un

derecho; es decir, según se trate de una fuente pública o privada. En consecuencia, todo el ámbito de la organización y gestión político-administrativa queda fuera de la distinción, porque ni siquiera forma parte del *ius*.

Sólo en la medida en que se encuentre una norma pública que estatuya sobre el *ius* se puede hablar de *ius publicum*; y nada más que la negocialidad jurídico-privada recibe la calificación de *ius privatum*.

Entendida la noción de *ius publicum* como la regulación de origen público recayente sobre las relaciones privadas, se entiende el principio, diversamente formulado en las fuentes, de que "el derecho público no puede ser mudado por los pactos de los particulares" (*publicum ius privatorum pactis mutari non potest*). Él significa, pues, que si en una materia jurídica que los particulares pueden regular libremente mediante sus acuerdos, incide alguna norma pública que establece un ordenamiento determinado, ésta debe ser respetada en dichos acuerdos, y no puede ser cambiada; de este modo el derecho público crea un límite a la autonomía en que consiste el derecho privado". (Alejandro Guzmán Brito, "Derecho Privado Romano", Tomo I).

La explicación dada por el profesor Guzmán Brito destaca un aspecto de particular importancia para comprender el sentido que se dará a la expresión "orden público". Éste es el orden impuesto a las relaciones regidas por normas de lo que nosotros llamamos derecho privado, que son relaciones patrimoniales entre particulares, sólo que su disciplina, en todo o en parte, no queda entregada a la autonomía negocial de esos particulares, sino que es dispuesta por la ley.

(B)

En el Código Napoleón ...

El convencimiento de que existe un orden de la sociedad, que queda a salvo de cualquiera alteración que provenga de pactos entre los particulares, no disminuye con el paso del tiempo.

Al redactarse el Código Napoleón, Portalis defiende con calor, en el "Discurso Preliminar sobre el Proyecto de Código Civil", el principio de que: "En general, los hombres deben poder tratar libremente acerca de cuanto les interesa", pero está siempre atento a los límites que enmarcan el ejercicio de esa libertad. Es así como el mismo Portalis, al hacer la exposición de los motivos en que se funda el Título Preliminar del Proyecto de Código Civil, destaca que:

"Los pactos de los particulares no pueden derogar aquellas leyes favorables al orden público, y que interesan a las buenas costumbres. Verdad importante y que no debe descuidarse; puesto que para el mantenimiento del orden público se han creado las leyes y los gobiernos. No pueden, pues, los particulares con sus pactos y convenciones alterar o comprometer el orden social. La conservación del orden público en una nación cualquiera es la ley suprema; y dar firmeza a convenciones contrarias a esta ley, sería colocar las voluntades particulares sobre el nivel de la voluntad general, sería disolver el Estado". (Portalis, "Exposición de los motivos en que se funda la ley relativa a la publicación, efectos y aplicación de las leyes en general").

(C)

En la doctrina francesa ...

En la misma línea se ubica la generalidad de la doctrina francesa del siglo XX, lo que puede ilustrarse mediante la cita siguiente:

"Por amplia que sea la libertad, la autonomía que se reconoce a la voluntad en el comercio jurídico, ella tiene, sin embargo, ciertos límites. El artículo 6 (del Código Civil Francés) dispone que las

convenciones particulares no pueden derogar las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres.

El orden público es el orden dentro del Estado, es decir una cierta organización necesaria para el buen funcionamiento del Estado. Todas las leyes de derecho público son de orden público. Pero, además, en la legislación civil hay un gran número de disposiciones que tocan al orden público porque las reglas que ellas contienen parecen indispensables para mantener la seguridad, la moralidad pública, las relaciones pacíficas entre los ciudadanos, la comodidad de sus relaciones económicas. Es así que estas disposiciones tocan no solamente el interés de ciertos individuos sino el interés general, por lo que deben quedar intocadas. Cuando se trata del derecho patrimonial, la mayoría de las disposiciones legales no son de orden público. Sin embargo, incluso en esta materia se encuentran reglas que presentan esa característica. Pueden citarse aquéllas que se refieren a la organización de la propiedad, del crédito inmobiliario, a la publicidad de las transmisiones y, más generalmente, todas las reglas justificadas por el interés de los terceros, es decir aquéllas que tienen por objeto impedir que los contratantes puedan, en virtud de su contrato, perjudicar a otras personas. Junto con las leyes que tocan el interés general, hay otra categoría de disposiciones que se refieren sobre todo al interés privado y a las cuales, sin embargo, no se puede hacer excepción por medio de convenciones particulares. Se trata de disposiciones de protección, dentro de las que queremos incluir las que tienen por propósito proteger a las personas que por su edad, su sexo, su debilidad intelectual, no pueden defenderse ellas mismas en el comercio jurídico. Asimismo, incluso en lo que se refiere a contratos, que es el dominio claramente reservado a la libre voluntad de las partes, aquellas disposiciones en cuya virtud la ley desea impedir que uno de los contratantes abuse de su superioridad económica en detrimento del otro para imponerle condiciones leoninas, interesan también al orden público". (Colin y Capitant, "Curso Elemental de Derecho Civil Francés").

(D)

En el "common law" ...

En el derecho anglosajón se reconoce también, en términos generales, que los Tribunales no deben dar aplicación a los contratos que contengan estipulaciones contrarias al orden público. La categoría de normas de orden público comprende, además de aquéllas en que la ilegalidad del contrato o de la obligación está establecida por la ley, las reglas que miran al gobierno del Estado o a las relaciones exteriores, las que se refieren al buen funcionamiento de la administración de justicia, las relacionadas con la familia y las que reprimen algunas conductas económicas, tales como los atentados contra la libertad de comercio.

(E)

En América Latina y Chile ...

La doctrina latinoamericana y chilena ha recogido, en términos semejantes, la noción de orden público clásico o civil. Son ilustrativas al respecto las siguientes definiciones:

"Orden público es el conjunto de valoraciones de carácter político, social, económico o moral, propias de una comunidad determinada, en un momento histórico determinado, que fundamentan su derecho positivo y que éste tiende a tutelar". (Couture)

"Por orden público entendemos el arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado y que miran a la constitución, a la organización y al movimiento del cuerpo social, así como las reglas que fijan el estado y capacidad de las personas. En este sentido orden público es sinónimo de orden social". (Claro Solar).

"Definir el orden público es punto menos que imposible, pero el concepto fundamental que se señala en todas las definiciones es que las normas o reglas

de orden público miran a los intereses generales de mayor importancia para la sociedad". (León).

La jurisprudencia chilena se ha pronunciado en numerosas oportunidades sobre el concepto de orden público, en términos como los siguientes:

"Según su acepción más admitida, orden público es el justo y armónico mantenimiento de las instituciones permanentes del Estado y de las leyes que organizan y reglamentan con el fin de promover al mejor bien de la sociedad y de la familia". (Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de Septiembre de 1941).

"El orden público es la organización considerada como necesaria para el buen funcionamiento de la sociedad". (Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de Julio de 1946).

"Hay que considerar como orden público la situación o estado de legitimidad normal y de armonía dentro del conjunto social, que permite el respeto y garantía de los derechos esenciales de los ciudadanos". (Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de Agosto de 1953).

"Las leyes que miran al interés general de la comunidad deben estimarse como de orden público". (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 26 de Octubre de 1901).

"Por el concepto de orden público debe entenderse la situación de normalidad y armonía existente entre todos los elementos de un Estado, conseguida gracias al respeto cabal de su legislación, y en especial, de los derechos esenciales de los ciudadanos, situación dentro de la cual se elimina toda perturbación de las normas morales, económicas y sociales imperantes y que se ajusta a los principios filosóficos que informan dicho Estado". (Corte de Apelaciones de La Serena, 13 de Marzo de 1954).

Aunque los autores no concuerden en un concepto estrictamente unívoco de orden público en el campo del derecho civil, lo cierto es que existe un grado muy importante de coincidencia al señalar las notas o características fundamentales del orden público, esto es, su referencia a la organización social básica de la comunidad política, a los intereses generales y más permanentes de la sociedad, a los valores que sustentan las normas de convivencia que defiende su ordenamiento

jurídico. Es en virtud de esas consideraciones, de superior naturaleza, que el derecho restringe la autonomía de la persona y desconoce las convenciones contrarias al orden público, para salvaguardar la armonía fundamental de la comunidad organizada.

(F)

En el derecho internacional ...

El concepto de orden público ha tenido también una decisiva importancia en el derecho internacional privado, esto es, aquella rama del derecho que busca solucionar los conflictos de leyes y de jurisdicción que pueden producirse cuando una misma situación jurídica queda, o puede quedar, sujeta a soberanías jurídicas diferentes, a las leyes de distintos países, a la jurisdicción de tribunales de diferentes Estados. En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia internacionales están de acuerdo en señalar que no puede darse aplicación al derecho extranjero, ni reconocerse eficacia o dar cumplimiento a sentencias extranjeras, cuando esa ley o sentencia foráneas contienen disposiciones que atentan contra el orden público del país en que se pide tal reconocimiento. La Corte Suprema de Justicia ha acogido este planteamiento en distintas oportunidades, como se ilustra con el fallo que se cita a continuación:

"Es un principio de universal aplicación en el campo de las relaciones internacionales, que no es posible dar cumplimiento a los fallos que contravengan al orden público del país en que se quiere ejecutarlos, es decir, que vulneren ese concepto doctrinario que comprende a un conjunto de disposiciones establecidas por el legislador en resguardo de los intereses superiores de la colectividad o de la moral social".
(Corte Suprema, 29 de Mayo de 1964).

(G)

El concepto de orden público opera, en consecuencia, como un límite, como una valla, que se impone a la autonomía privada en el campo contractual y de las obligaciones, o a la aplicación del derecho o de sentencias extranjeras, en ambos casos en aras

de la observación de aspectos fundamentales de la comunidad política.

(H)

El orden público y la actividad económica

El orden público civil o clásico ha tenido alguna repercusión en el terreno que interesa a la economía, destacándose especialmente, en la tradición del derecho continental, el rechazo de las disposiciones que restringen la enajenación o disposición de los bienes; y en el derecho anglosajón, la tutela de la libertad de comercio y la proscripción de los atentados que la restringen.

Sobre la libertad de disposición ...

"Generalmente se estima que la facultad de disponer libremente de una cosa sobre la que se tiene un derecho de dominio es de orden público, es decir, un principio que no puede ser renunciado por las partes de un contrato, porque la ley lo considera como algo superior, que escapa a la voluntad del hombre, y como esencial para el sistema jurídico imperante. Diversas disposiciones del Código Civil confirman esta opinión, en cuanto tienden a evitar que, mediante ciertos acuerdos, las cosas puedan quedar fuera del comercio humano por medio de prohibiciones que entraben su libre enajenación. . . . Las cláusulas que se incluyen en un contrato en virtud de las cuales se limita la facultad de libre enajenación de una cosa son ilícitas, porque se impone una prohibición a la ejecución de un acto que es perfectamente lícito, o sea, se entraba la libertad de toda persona para manifestar libremente su voluntad a fin de producir efectos jurídicos, lo cual es evidentemente contrario al orden público. . . . A través de las disposiciones del Código se traduce el deseo del legislador de proteger la libre enajenación de las cosas, y aún la misma definición del derecho de dominio se hace a base de la facultad de disponer de la cosa "arbitrariamente", como se quiera. El mismo Mensaje del Código expresa esta idea directriz que inspiró el Código al decir: "Es una regla fundamental en este proyecto la que prohíbe dos o más usufructos o fideicomisos sucesivos; porque unos y otros embarazan la circulación y entibian el espíritu de conservación

y mejora, que da vida y movimiento a la industria . . .
 . Consérvase, pues, la substitución fideicomisaria en este proyecto, aunque abolida en varios códigos modernos. Se ha reconocido en ella una emanación del derecho de propiedad, pues todo propietario parece tenerlo para imponer a sus liberalidades las limitaciones y condiciones que quiera. Pero admitido en toda su extensión este principio, pugnará con el interés social, ya embarazando la circulación de los bienes, ya amortiguando aquella solicitud en conservarlos y mejorarlos, que tiene su más poderoso estímulo en la esperanza de un goce perpetuo, sin trabas, sin responsabilidades y con la facultad de transferirlos libremente entre vivos y por causa de muerte". (Arturo Alessandri B., "La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno").

Sobre la libertad de comercio ...

"En el "Common Law" se presume que los convenios que restringen la libertad de comercio no son exigibles, siéndolo sólo en forma excepcional si se considerasen razonables con relación a los intereses de las partes contratantes y del público en general. La doctrina sobre atentados contra la libertad de comercio es probablemente una de las más antiguas aplicaciones del orden público; existen casos conocidos desde la segunda mitad del siglo XVI y ya en 1711 se estableció en el caso "Mitchel contra Reynolds" que el compromiso de abstenerse de comerciar en un lugar específico, era válido si tenía causa suficiente, pero nulo si no tuviera una causa razonable o si impidiera a la persona absolutamente la actividad mercantil. . . . El contrato restrictivo de la libertad de comercio es aquél en que una parte conviene con otra en restringir su facultad de comerciar en el futuro con otras personas que no son parte del contrato. Cada uno de los integrantes de la comunidad tiene el derecho de desarrollar el comercio o actividad que elija y en la manera que estime más adecuada a sus propios intereses, mientras no haga nada ilegal: con la consecuencia que cualquier contrato que interfiera con el libre ejercicio de su negocio o actividad, restringiendo el trabajo que puede hacer para otros, o las convenciones que pueda celebrar con otros, es un contrato restrictivo de la libertad de comercio. Tal contrato es nulo, a menos que sea razonable entre las partes y que no cause daño al interés público". (Chitty, "On Contracts").

ORDEN PÚBLICO Y RÉGIMEN ECONÓMICO

Como se dijo en la Introducción, el concepto de Orden Público Económico comienza a desarrollarse en la doctrina como consecuencia de los graves trastornos que acarrearán la Primera Gran Guerra y la crisis que se inicia en 1929.

El trabajo de elaboración de estas nuevas ideas jurídico-económicas tiene gran auge en Francia, destacándose principalmente la contribución de Georges Ripert.

En numerosas obras, Ripert ha puesto de manifiesto la aparición de una organización de la economía nacional -que él estima tan obligatoria como la propia organización política- que se encuentra por encima de las voluntades particulares y que se manifiesta en la puesta a disposición del poder público de instrumentos técnico-jurídicos de carácter intervencionista y dirigista.

Los párrafos que se citan a continuación, tomados de una de las primeras obras en que Ripert se ocupa del Orden Público Económico, constituyen un buen ejemplo del pensamiento de este ilustre jurista contemporáneo.

"La decadencia del contrato y la organización económica del Estado.

En el orden jurídico establecido por el Código Civil Francés todo se sostiene mutuamente: la libertad contractual es corolario de la libertad individual, el reconocimiento de los derechos individuales implica la libre creación de estos derechos por voluntad del hombre; la fuerza obligatoria del contrato impuesta por la idea de derecho subjetivo. Pero justamente porque todo se sostiene mutuamente, todo el edificio se conmueve si se retira de él una piedra angular. Si fuera verdad que el derecho individual únicamente se ha concebido para cierto fin, la libertad contractual solamente debe ejercitarse para lograr este fin; el contrato celebrado sólo debe ser respetado si puede servir efectivamente para realizarlo.

El Código Civil establece que el contrato tiene el valor de la ley; porque admite la libre creación de los derechos subjetivos por la voluntad del hombre y reconoce la utilidad de esa creación. En cambio, la autonomía de la voluntad aparece indefendible si los derechos individuales solamente se conceden al hombre para que cumpla su función social; no debe haber ya actos sino situaciones jurídicas contractuales, cuyo nacimiento será controlado y que sin cesar serán modificadas, a fin de que permanezcan conformes al interés general.

La libertad contractual responde a la idea de que los hombres deciden por sí mismos cuál es la forma de producción, de cambio, de repartición de las riquezas que conviene más a la sociedad. Cuando ya no se cree en esa concordancia de los intereses individuales y del interés general, el legislador asume una nueva tarea. Es necesario que impida el nacimiento de situaciones particulares que no se considerarían conformes al interés general.

Ese control supone que el Estado mismo conoce, mejor que los contratantes, el orden cuyo reinado conviene a la sociedad. Al redactarse el Código Civil, el Estado tenía un papel político, pero no económico. Nuestras ideas han cambiado. El Estado actualmente quiere dirigir la economía. Es imposible que esa nueva concepción de la economía dirigida deje intacto el contrato que el liberalismo del siglo XIX había concebido. El poder político asume una nueva tarea; estimando que la iniciativa individual es importante para asegurar la producción, la circulación, la distribución de las riquezas, emprende guiar en esta tarea a las voluntades individuales.

En el dominio de las relaciones económicas no hay, al promulgarse el Código Civil, otra organización que la formada libremente por las convenciones privadas. Cuando el legislador se arriesga a establecer una prohibición de contratar, ella se inspira más bien en una regla moral, que en una preocupación económica.

Si se admite, por el contrario, que hay, impuesto por el Estado, cierto orden económico que los particulares no tienen el derecho de trastornar con sus convenciones, el artículo 6 (del Código Civil Francés, que prohíbe derogar, mediante convención privada, las reglas relativas al orden público y a las buenas costumbres) tomará un nuevo sentido. El orden establecido por el Estado para la producción, el cambio, la distribución de las riquezas será de naturaleza económica, pero al mismo tiempo es un orden público; tendrá necesariamente carácter obligatorio y, por vía de consecuencia, serán nulas las convenciones

que traten de atentar contra él. No se trata ya de una primacía de lo político sobre lo económico, sino de distinguir entre las relaciones impuestas por el Estado y las que pueden ser libremente establecidas por los particulares. Hay, en adelante, junto a la organización política del Estado, una organización económica, tan obligatoria como la otra. Por consiguiente, existe un orden público económico.

El nuevo orden público no está constituido de reglas que duran. La legislación económica es esencialmente variable e inestable porque debe tomar en consideración elementos que se modifican cada año, cada mes. El legislador debe rehacer sin cesar una obra que sólo puede ser provisional; su voluntad nada puede contra los hechos económicos, y los hechos que deben tomarse en cuenta no son solamente los que se producen en el interior de la nación, sino en el mundo entero. Es necesario que modifique sin cesar el orden que la ley establece. En estas condiciones no es posible que pueda formarse jurisprudencia. Tan pronto como una ley ha sido interpretada por los Tribunales es abrogada y sustituida por una nueva ley, que provoca nuevas dificultades de interpretación.

Los contratos frecuentemente son, para las partes, un medio de resistir a la inestabilidad de la legislación. En una legislación que cambia sin cesar, el contrato deviene un elemento fijo y permanente. Pero, justamente, el legislador no podría tolerar que, mediante un contrato durable, se eludan las modificaciones que impone. No puede tolerar que, mediante contratos privados, se eluda la reglamentación. Como la reglamentación cambia sin cesar, será necesario que el contrato se pliegue a ella.

Muchas de estas medidas (de intervención estatal) eran dictadas con el deseo de corregir la desigualdad contractual, y en interés de una categoría determinada de contratantes. No por ello dejan de producir como resultado, el modificar profundamente la fisonomía del contrato, tal como era fijada en el Código Civil. Una especie de socialismo de Estado impone la obligación de velar sobre todos los contratos privados para que no trastornen la economía dirigida.

El contrato moderno aparece, entonces, como la sumisión de las partes a un conjunto de reglas legales obligatorias. Es dirigido por el legislador como dirige la economía misma y por vía de consecuencia. Las partes quedan libres de contratar o no, pero es ésta toda su libertad y libertad que sólo lo es en apariencia, puesto que es necesario contratar para vivir.

El legislador sustituye el libre contrato del Código Civil por una forma que es semi contractual, semi legal, en la que la declaración de voluntad sólo es ya necesaria para reconocer la sumisión de una de las partes a la situación impuesta por la ley". (G. Ripert, "El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno").

Como se ha podido apreciar, Ripert introduce, para delimitar el Orden Público Económico, el concepto crucial de "organización", con el que quiere destacar que las nuevas formas jurídicas que son objeto de su análisis se apartan radicalmente del supuesto curso natural o espontáneo del acontecer económico, puesto en boga por la escuela liberal, y que encontró tan buen cauce jurídico en la amplia libertad de estipulación y en la inviolabilidad del derecho de propiedad que caracterizaron el Siglo XIX.

Sin embargo, el concepto de organización, cuando lo referimos a la economía, no puede estar desligado del sistema o régimen económico que impere en una sociedad dada. La economía de intercambio contemporánea, en el seno de cada soberanía nacional, y más recientemente incluso en territorios más extensos como son las áreas de integración, se estructura en función de principios y de instituciones que, en términos generales, deberían formar un sistema razonablemente armonioso y coherente.

De allí que, para establecer una aproximación hacia el concepto de orden público económico, conviene revisar brevemente la forma de organización que caracteriza a los principales sistemas económicos, con indicación de algunas normas jurídicas que podrían encontrarse en ellos.

El orden espontáneo ...

Lo que se da en llamar el régimen de economía de mercado encuentra su principio moral, su fundamento ético, en una proposición que ha sido muy bien expresada por Adam Smith. Dice el moralista y economista escocés que, a su juicio, el principio del actuar humano, aplicable en materia económica como en otros

campos, es que los seres humanos, los individuos, al perseguir su propio interés particular logran consecencial y necesariamente el interés de la colectividad, en forma mucho más eficiente que si se propusieran lograr directamente el bien común. Este principio contiene dos proposiciones estrechamente vinculadas entre sí. La primera pretende ser una constatación de hecho mientras que la segunda propone una especie de relación causa-efecto. La búsqueda del interés particular no solamente lleva a lograr el interés común, sino que esa consecuencia se produce de la manera más eficiente posible. Como se ha adivinado, este es el llamado "principio de la mano invisible" postulado por Adam Smith en su "Teoría de los Sentimientos Morales" y en la "Investigación sobre la Naturaleza y las Causas de la Riqueza de las Naciones" y posteriormente citado en todos los textos de economía.

Si se propone que el "principio de la mano invisible" es verdadero y si se supone además, lo que es cierto, que algunos ordenamientos jurídicos se han inspirado en él, ¿qué sería lo que el legislador de este ordenamiento tendría que defender? No cabe duda que ese primer objeto de tutela sería la "autonomía individual". El legislador debe dar una "esfera de protección a la persona", para que ésta pueda perseguir y ojalá lograr su propio interés, porque se está poniendo por definición que, si ello ocurre, el interés social se logrará por vía consecencial y necesaria. En derecho, la protección de la autonomía individual se conoce como 'principio de autonomía de la voluntad', 'principio de libertad de estipulación', 'principio de libertad de empresa', etc.

En segundo término, ese legislador ideal tendría que reconocer a cada persona el derecho, y ampararla en la posibilidad, de adquirir y disponer de las cosas. No se ve cómo alguien podría desarrollar una conducta económica si no tuviera acceso a la adquisición, goce y disposición de los bienes y servicios a que se refiere la actividad económica. De allí los principios jurídicos de tutela de la propiedad.

Por último, habiendo reconocido la autonomía de la persona y amparado sus bienes, el legislador tendría que evitar que alguien, concientemente, se preocupare de organizar la economía so pretexto de lograr el bien común. El principio de la mano invisible indica, en efecto, que la organización consciente para lograr el bien común no consigue su objeto sino que, por el contrario, es un factor de ineficiencia. De allí el principio de clausura que limita estrictamente la actividad estatal, prohibiendo todo lo que no está expresamente permitido por la ley.

Al aceptarse el principio de la mano invisible se producen inmediatamente varias consecuencias de importancia en el régimen jurídico, particularmente en el campo del derecho económico. En primer término, se consagra la libertad de empresa o libertad de iniciativa; en segundo lugar, el derecho de la persona a adquirir, gozar y disponer de bienes es muy ampliamente protegido; luego, las relaciones entre las personas están presididas por la libertad de contratación; por último, el poder público, especialmente la administración, tiene escasas posibilidades de afectar la conducta económica de los sujetos, familias y empresas.

En un régimen de esta naturaleza resultan contrarias al orden público económico dos tipos de conductas que lesionan el "justo y armónico mantenimiento de las instituciones permanentes del Estado" fundadas en los principios antes mencionados. Este régimen castiga como delitos económicos dos grandes grupos de conductas ilícitas, que tienen una larga tradición jurídica. El primer grupo comprende todos los atentados contra la libertad de tráfico, hoy llamados delitos contra la libre competencia, los que tienen precedentes en el derecho anglosajón que arrancan desde el siglo XVI. En el derecho continental de agrupación gremial o corporativo se proscribía la libertad de iniciativa económica que, por el contrario, se desarrolló poderosamente en el derecho inglés. Las convenciones que afectan la libertad del tráfico son contrarias al orden público porque lesionan la

libertad de iniciativa económica que es un pilar fundamental del sistema jurídico-económico liberal.

En segundo término, son contrarias al orden público económico y sancionadas en consecuencia, las restricciones a la libre circulación de los bienes. Este grupo de conductas sí que tiene amplios precedentes en el derecho continental y patrio, bastando recordar como típicos ejemplos de actos antijurídicos - tratados especialmente en relación con el objeto y la causa ilícitos- las prohibiciones absolutas convencionales de enajenar y la constitución de usufructos sucesivos. Este grupo de conductas es reprochable porque al entrabarse la libre adquisición y disposición de los bienes se lesiona un elemento indispensable para que las personas persigan su bien individual y, al obtenerlo, logren el bienestar de la comunidad. La figura de la "negativa de venta", de vieja data en el derecho chileno, corresponde a éste género de infracciones.

Puede concluirse esta breve descripción reafirmando que, si se concibe una economía razonablemente establecida sobre un principio de mercado, se encontrará en su régimen económico un orden público que resguardará principalmente la libertad de empresa, la libertad de estipulación, el derecho de propiedad y el principio de clausura o estricta legalidad de la actividad estatal.

El orden impuesto ...

Abandonando el régimen económico espontáneo o de mercado, pasemos a revisar brevemente su contrario, que es el régimen de economía centralizada autoritaria.

Así como Adam Smith tenía su propia teoría sobre el actuar humano, de la que se seguían algunas consecuencias económicas y, luego, jurídicas, los ideólogos de la economía centralizada también se apoyan en un principio anterior a la economía y al derecho, sólo que este principio en vez de mirar la conducta

humana en función del individuo, la explica en relación con la sociedad y su destino histórico.

En su forma final esa teoría postula que existe un grupo social que está iluminado, que sabe cuál es el curso y meta de la historia. Es la responsabilidad y privilegio de este grupo guiar en forma consciente y voluntarista a todos los demás miembros de la colectividad para que consigan aquéllo en que consiste el fin de la historia, y esa misión hay que cumplirla incluso a pesar de los dirigidos, porque si éstos se oponen a seguir al grupo dirigente, sea por ignorancia o por otro motivo, es justificado presionarlos, incluso con la fuerza.

Así como en el sistema liberal se pensaba que la búsqueda del fin individual llevaba necesariamente a la obtención más eficiente del bienestar social, los principios del sistema autoritario postulan, por el contrario, que existe un grupo que sabe hacia donde va la sociedad y por ello ese grupo debe, en forma necesaria, consciente, organizada y planificada, guiar a los demás por el camino que conduce a la organización política adecuada a la historia.

¿Por qué? Porque cuando se alcance la meta de la historia ocurrirán sucesos que son propios de una escatología, que es la verdadera causa final de estos regímenes autoritarios.

El legislador del sistema centralizado tendría que asegurar la preeminencia de aquel grupo social que conoce la meta de la historia, otorgándole los instrumentos y mecanismos de control necesarios para que pueda inducir, y si es necesario forzar, al resto de la colectividad a que siga sus iniciativas. En lo que se refiere al fundamento del control, el régimen centralizado no se distingue básicamente del régimen de economía liberal. Ambos piensan que la propiedad es precisamente el medio de control del proceso económico. Lo que ocurre, por supuesto, es que como son distintas las funciones que la propiedad debe cumplir en uno y otro sistema, así también son diferentes sus titulares y sus consecuencias. Al particular propietario de medios productivos

en el régimen liberal, hay que suprimirlo, atribuyendo la propiedad, su uso, goce y disposición, al Estado.

En segundo término, debe contemplarse un sistema de dirección que permita organizar la propiedad como mecanismo del control, lo que se consigue básicamente sobre la base de una ley programa y de un sistema contractual -los llamados "contratos económicos" del sistema socialista- que permiten llevar a la práctica las decisiones originadas desde el poder central.

Así, al lado de la propiedad de Estado como instrumento de control, surge la planificación impuesta por el derecho y un sistema particular de relaciones contractuales como mecanismo de administración de ese control. En ambos sistemas, liberal y autoritario, existe propiedad y existe contrato, sólo que su similitud no alcanza más que al nombre, porque la sustancia de las instituciones es diversa, por ser diferentes sus funciones.

En el régimen autoritario, el orden público, esto es, la estructura fundamental de la sociedad, está en la obediencia a la ley de planificación y al sistema de contratos económicos que la implementan, así como en el respeto a la propiedad estatal de los medios de producción como factor eficiente de control social.

Esta especie de régimen, y su particular concepción de orden económico, han sido también recogidos por la legislación. Se citan aquí dos ejemplos, tomados de disposiciones que rigieron durante muchos años en Chile, para ilustrar que el derecho chileno también se ha preocupado de imponer disposiciones en que lo sustantivo está en la obediencia al dictado económico estatal, pasando con ello a llevar los principios del régimen liberal.

En uno de tantos artículos del Decreto Ley N° 520, de 1932, se trató de poner remedio al mal -tan típico en épocas de depresión económica- consistente en la paralización de industrias que, por cualquier motivo, se mantenían en receso. El Decreto Ley N° 530 declaró estas empresas de utilidad pública y facultó

al Presidente de la República para expropiarlas. En ese contexto encontramos una disposición, el artículo 58, que decía:

"El técnico que estuviere al servicio de una explotación agrícola o de una empresa industrial o comercial que se expropiare, podrá ser obligado a continuar en sus funciones hasta la expiración del contrato. En todo caso, el Comisariato podrá obligarlo a prestar sus servicios hasta por el término de un año. El abandono de las funciones o la resistencia a cumplirlas, serán sancionados con prisión en su grado máximo y multa de 500 a 10.000 pesos e inhabilitación perpetua para cargos u oficios públicos. Perderá además, todos los derechos anexos a su calidad de empleado."

Ahí tenemos en la categoría de delito, de un ilícito sancionado por ser contrario al interés social, la negativa de trabajar para el Estado cuando éste lo exige. Esta norma constituye la más clara ilustración de un orden público autoritario absolutamente opuesto al de un sistema liberal.

Una norma mucho más reciente, puesta en vigencia por la Ley 16.464 y luego recogida en el texto refundido de la legislación económica que fue aprobada por Decreto Supremo de Economía N° 1.379, de 1966, (hoy derogado) permite apreciar otra manifestación de un orden público económico explicable sólo en una economía autoritaria.

El artículo 47 del Decreto 1.379, ya citado, facultaba al Ministerio de Economía para adoptar, cuando las circunstancias lo aconsejaren, cualquiera de las siguientes medidas: a) señalar el mercado que un productor o intermediario, mayorista o minorista, debe abarcar con el fin de estimular o proteger una determinada región y evitar gastos de transporte; b) establecer los intermediarios que se utilizarán en la distribución de determinado producto; c) exigir a los productores la venta directa a cooperativas y centrales de compra en todos aquellos casos en que las necesidades del mercado lo requieran; d) imponer a cualquier intermediario la obligación de expender un

producto determinado; e) orientar y regular los sistemas de promoción de ventas.

Ante estas amplísimas e importantes atribuciones de la autoridad administrativa ¿dónde quedaba la libertad de iniciativa? ¿dónde quedaba la esfera de actividad protegida del particular? ¿dónde quedaba el derecho de propiedad de los bienes objeto de un comercio o de una industria?

Las disposiciones citadas constituyen una clara manifestación autoritaria en materia económica, en cuya virtud la Administración queda discrecionalmente facultada para imponer conductas, obligaciones y responsabilidades a los sujetos económicos. Es más, una disposición posterior de la misma ley sancionaba con una pena al que no cumpliera tales prescripciones administrativas. Ello ilustra cómo el legislador entendió que el sujeto económico que se separaba de la conducta impuesta por la autoridad cometía una infracción económica, dentro de los ilícitos que lesionan al orden público.

El régimen mixto ...

En tercer y último lugar corresponde referirse brevemente al régimen de economía mixta, régimen pragmático por excelencia, que pocos aceptan intelectualmente, pero en el cual muchos se encuentran en la práctica.

Es propia del sistema de economía mixta la definición de orden público económico aceptada por la jurisprudencia chilena hace varios decenios, que reconoce su fuente en la opinión del Profesor don Raúl Varela, y que concebía al orden público económico como "el conjunto de medidas y reglas legales que dirigen la economía, organizando la producción y distribución de las riquezas en armonía con los intereses de la sociedad".

En el sistema de economía mixta se pretende lograr la determinación social de los valores y de los fines que debe proponerse la comunidad, mientras que se deja principalmente a

los particulares y organismos intermedios la administración de los medios eficientes para alcanzar esos fines, dentro de marcos fijados por la autoridad. El sentido de la marcha, aquello que es bueno lograr y lo que se debe evitar, lo dice la autoridad social, pero la forma más eficiente de alcanzar esas metas queda entregada en alguna medida importante a la actividad de particulares.

A nadie puede extrañar que en un régimen de este tipo coexistan principios liberales y autoritarios. Hay un área de propiedad social, que es la que debe imprimir una dirección a la economía, coexistiendo con áreas de propiedad particular y comunitaria que tratan de crear esferas de protección a los individuos y a los grupos intermedios. Hay propiedad privada, pero ella frecuentemente queda afecta a obligaciones y limitaciones. Existe el contrato, pero ya no se tiene una amplia libertad de estipulación, sino que se cae de lleno en lo que se ha dado en llamar el contrato dirigido, o aún el contrato estatizado. Luego, se caracteriza el régimen mixto porque el gobierno de las conductas económicas permitidas y prohibidas no se encuentra tanto en la ley como en disposiciones emanadas de entes administrativos autónomos, a los que se ha cometido la función de señalar en forma específica y concreta qué es aquéllo que los particulares, los grupos intermedios ciertas instituciones públicas, pueden o no pueden hacer en un momento determinado. Por último, el sistema mixto tiene también un marco de relación llamado a coordinar la actividad de los distintos sujetos económicos. Es la planificación indicativa, que especifica las metas que la comunidad desea lograr y crea un sistema de incentivos y de castigos para procurar que los sujetos económicos se comporten de manera tal que las finalidades perseguidas se logren efectivamente.

Se citan a continuación dos normas del derecho chileno que muy claramente denotan cómo el orden público económico del régimen mixto, de tan importante vigencia en este país, se encuentra básicamente en la protección de la potestad normativa de entidades autónomas. El derecho chileno cautela, como parte

integrante del orden público, la posibilidad de que sea precisamente una autoridad administrativa, y no la ley, la que defina lo permitido y lo prohibido dentro de muy amplios marcos de referencia.

Un ejemplo está en el artículo 49 del texto refundido de la legislación económica, fijado por el Decreto Supremo de Economía N° 1.379, de 1966. Según esa norma (que fue derogada):

"El que contraviniere las prescripciones legales o reglamentarias del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción o de sus servicios dependientes o las resoluciones u órdenes que aquél o la Dirección de Industria y Comercio dictaren en uso de sus atribuciones, será penado con multa equivalente hasta 15 sueldos vitales mensuales del Departamento de Santiago sin perjuicio de las otras sanciones que procedieren o de las que corresponda aplicar a la justicia ordinaria".

Hay aquí un delito económico en que el bien jurídico protegido, que suponemos es una parte del orden público económico, consiste precisamente en la potestad normativa autónoma, sea del Ministerio de Economía o de la Dirección e Industria y Comercio, cuyas resoluciones u órdenes no pueden desobedecerse.

Otras disposiciones que ilustran la forma como el derecho emplea la potestad normativa de los entes autónomos, son las contenidas en la Ley N° 18.840, que contiene el estatuto jurídico del Banco Central de Chile.

El artículo 3° de la ley que rige el Banco Central de Chile dispone lo siguiente:

"El Banco tendrá por objeto velar por la estabilidad de la moneda y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos.

Las atribuciones del Banco, para estos efectos, serán la regulación de la cantidad de dinero y de crédito en circulación, la ejecución de operaciones de crédito y cambios internacionales, como, asimismo, la

dictación de normas en materia monetaria, crediticia, financiera y de cambios internacionales."

A continuación, los artículos 34 y siguientes especifican la potestad normativa que ejerce el Banco Central De Chile en virtud de acuerdos adoptados por su Consejo. La importancia de las materias que quedan dentro de esas potestades normativas, la intensidad con que las normas creadas en ejercicio de esa potestad pueden afectar la autonomía de los sujetos económicos, la gran amplitud de los efectos de esas normas, muestran que en numerosos aspectos los dos principales mercados de la economía, como son, por una parte, el mercado del dinero y el crédito, y por la otra parte, el mercado del cambio internacional, encuentran lo sustancial de su régimen jurídico en las muy mutables disposiciones que el órgano administrativo crea según su apreciación discrecional de las conveniencias del mercado.

Este uso de la potestad normativa de entes autónomos es una de las características principales de aquellos regímenes de organización de la economía que van por el nombre de "economía de mercado guiado".

Así se puede apreciar que diversos organismos de la Administración son dotados por la ley de una amplia facultad normativa, sobre materias muy importantes, quedando los particulares directamente obligados a obedecer las normas que estos organismos dictaren, de manera que si no lo hicieren cometen un atentado contra el orden público económico y pueden ser sancionados.

La descripción anterior ha querido mostrar que no es posible formular un concepto homogéneo de orden público económico, porque éste resulta dependiente de las características particulares de cada sistema económico y, muy en especial, de aquellas notas jurídicas que forman el régimen económico en que el concepto de orden público tiene aplicación.

Los párrafos anteriores también han podido hacer surgir la idea de que, incluso en el seno de un mismo régimen económico, puede ser muy difícil establecer un concepto homogéneo de orden público. En el caso de Chile, más de medio siglo de legislación económica produjo un fárrago de disposiciones carentes de armonía y que respondían a principios orientadores contradictorios entre sí.

La dependencia del concepto de orden público respecto del régimen económico vigente, y las dificultades de precisar una noción homogénea que sea realmente útil para entender y aplicar el derecho, hacen necesario ocuparse, a continuación, de los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han desplegado en torno a la noción de orden público económico.

SOBRE EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO

Existen dos serias dificultades para fijar el contenido del concepto de orden público económico.

En primer término, las leyes económicas contienen indicaciones, a veces contradictorias, respecto de principios que responden a sistemas distintos. Una parte de la legislación que interesa a la economía reconoce la tutela de la propiedad y ampara la autonomía contractual; otras disposiciones, inspiradas en el deseo de consagrar la primacía del Estado en el campo de la economía, someten la conducta de los particulares a las órdenes que emanan de la Administración; una tercera y numerosa especie de normas económicas se explican por motivos de intervención propios de un régimen mixto. Sin duda que resulta muy difícil elaborar conceptos homogéneos a partir de materia prima tan disímil.

En segundo término, también conspira contra la posibilidad de establecer un concepto homogéneo de orden público económico, el hecho de constatarse alguna discordia entre las disposiciones constitucionales, de las que debería en principio emanar lo sustancial de la organización económica, y disposiciones de rango inferior, sean legales o emanadas de la potestad reglamentaria, que contradicen la regla fundamental, pero que sin embargo se aplican y son generalmente eficaces. Un ejemplo de lo anterior se muestra la opinión del profesor Oscar Aramayo al comentar el marco institucional de la industria, entonces vigente en Chile.

"En la Constitución (de 1925), la norma general es la libertad de industria, la que por excepción puede verse restringida en atención a consideraciones de orden público calificadas por una ley. En la realidad jurídica que rige la materia, conformada por las leyes y reglamentos pertinentes, la norma general es que la instalación de una industria está sujeta a

autorizaciones administrativas previas, y en definitiva, el hecho de que una persona o conjunto de personas pueda instalar una industria o no, depende de la voluntad de la Administración. La norma constitucional indicada no corresponde a la realidad jurídica que vive el país". (Oscar Aramayo, "Régimen Legal de la Industria Manufacturera en Chile").

Es así que de la realidad de las normas económicas y de los principios que guían su interpretación y aplicación, surgen serias dificultades para fijar el concepto que nos interesa. Sin embargo, esas dificultades, por arduas que sean o que parezcan, no constituyen excusa para abandonar el intento. La realidad también nos muestra que, en los más diversos campos jurídicos relacionados con la actividad económica de las personas, el concepto de orden público tiene una indiscutida vigencia, como en el caso de los ejemplos que pasan a enunciarse:

- a) El 16 de Agosto de 1978 la Comisión de Estudio de la actual Constitución Política emitió un informe que contiene sus proposiciones y las ideas precisas sobre el texto del proyecto constitucional que se somete a la consideración del Presidente de la República. Los números 17 y siguientes de ese informe se refieren específicamente al orden público económico, y comprenden materias de tanta sustancia como el principio de subsidiaridad de la actividad del Estado, la libre iniciativa de las personas para desarrollar actividades económicas, la igualdad en el trato que las personas deben recibir de parte del Estado y de sus organismos, el derecho para adquirir cualquier clase de bienes, la tutela del derecho de propiedad en sus diversas especies, el régimen del gasto público y el endeudamiento fiscal, etc.
- b) Un grupo importante y numeroso de conductas que merecen sanción criminal se conoce bajo la denominación genérica de "delitos económicos" los que,

al decir de la doctrina, tienen por bien jurídico protegido precisamente el orden público económico. El jurista argentino Enrique Aftalión ha escrito que "Dicho orden público económico es el bien jurídico en que cabe centrar la noción del delito económico", mientras que el profesor de la Universidad de Chile don Luis Cousiño afirma que "Lo que se persigue con la punición de los delitos llamados 'económicos' es la protección del orden público económico". La jurisprudencia ha resuelto que el delito económico es precisamente todo hecho que importe una transgresión al orden público económico. (Corte de Apelaciones de La Serena, 13 de Marzo de 1954).

- c) En materia de tan crucial importancia económica como es la regulación del mercado cambiario y financiero, los tribunales superiores de justicia han aceptado una amplísima intervención de la autoridad administrativa porque "las actividades financieras deben sujetarse con mayor rigor en su ejercicio a las reglas que establezca la autoridad en resguardo del orden público". (Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de Marzo de 1983, confirmada por la Corte Suprema, 10 de Mayo de 1983).

Los ejemplos podrían multiplicarse, pero los ya citados, que provienen del derecho constitucional, del derecho penal y del derecho financiero han de ser suficientes para mostrar que la búsqueda del concepto de orden público económico no puede detenerse ni postergarse por las dificultades que salen al camino, ya que del contenido de esa noción dependerá la aplicación que en definitiva se haga de las normas jurídicas que, en una o en otra manera, se refieren a la organización de la economía.

Los intentos de precisar qué es el orden público económico se orientan por dos vías principales: la una, ve el orden público económico como un concepto meramente funcional, sin un

contenido determinado; la otra, pone en cambio el acento en aspectos sustantivos que se refieren al ordenamiento económico fundamental de una sociedad.

El concepto funcional ...

Quienes se orientan en esta vía no reconocen ningún contenido específico y determinado a aquéllo que sea el orden público económico. Más bien, se atienden fundamentalmente al hecho de que las normas que se reconocen como pertenecientes al orden público tienen funciones determinadas, tales como la dirección económica, la protección del contratante más débil y el fomento de ciertas actividades económicas, quedando fundamentalmente entregado a la autoridad administrativa el dar de tiempo en tiempo a esas normas el contenido que, en un momento determinado, se estima más adecuado para mantener la organización económica o lograr las finalidades convenientes al interés general.

La noción funcional de orden público económico es muy generalmente admitida en los regímenes intervencionistas o dirigistas, por lo que no ha de extrañar que en Chile haya gozado, y siga gozando, de mucho favor.

Tal vez quien primeramente destacó este aspecto fue el jurista francés G. Ripert. Entre nosotros, quien formuló una definición en esta línea fue el profesor de Derecho Comercial don Raúl Varela. Hace más de cuarenta años él describía el orden público económico como "el conjunto de medidas y reglas legales que dirigen la economía, organizando la producción y distribución de las riquezas en armonía con los intereses de la sociedad".

Este concepto fue recogido por la jurisprudencia en idénticos términos.

Conviene destacar que el concepto funcional parece aceptar que el interés de la sociedad a que la definición hace

referencia, no es otro que aquél que sea concebido como tal por la autoridad económica, según lo que a su juicio mejor convenga a las circunstancias y a las políticas que desee implementar esa autoridad.

Desde un punto de vista doctrinario, el concepto funcional de orden público ha recibido bastante desarrollo en la obra del profesor francés Gérard Farjat, para quien el "orden público económico es el conjunto de medidas adoptadas por los poderes públicos con el objeto de organizar las relaciones económicas". Refiriéndose a la sustancia de este concepto, y destacando las que a su juicio son fundamentales diferencias entre el orden público civil y el orden público económico, Farjat agrega:

"El orden público económico se opone al orden público clásico. El orden público del derecho civil tradicional es una noción de excepción, que está puesta frente a la regla de la libertad contractual y que se define por su contenido: [ese orden público clásico] está constituido por los principios fundamentales sobre los cuales descansa la sociedad. El orden público económico es un instrumento técnico de una legislación diversificada. Es una noción funcional. Su función (la dirección o la protección) es la única nota de unidad del concepto. En la medida que las disposiciones imperativas están al servicio de particulares corrientes cuyos intereses han sido estimados insuficientemente protegidos por el legislador, ya no es posible referirse a principios fundamentales o a valores éticos para definir el orden público económico. Se trata de una noción instrumentalista o funcional, que califica las medidas de autoridad adoptadas por el Estado para organizar la economía y las relaciones contractuales". (G. Farjat, "Derecho Económico").

Los autores que aceptan el concepto funcional del orden público económico, reconocen la existencia de una inmensa cantidad de normas jurídicas que caben dentro de lo que se denomina orden público, pero estiman que no es posible extraer de ellas un conjunto de notas o características uniformes o comunes, por lo cual sólo pueden describirlas científicamente haciendo referencia a la finalidad que la autoridad pública quiere lograr cuando pone en vigencia normas de esa naturaleza. Aceptan la existencia de disposiciones de orden público

económico, aceptan la restricción que imponen a la autonomía privada y la drasticidad de su efecto inmediato en el tiempo, pero no encuentran como fundamento de esos efectos ninguna nota sustantiva de importancia.

Por el contrario, hay quienes han estimado más adecuado a derecho negar simplemente la calidad de normas de orden público que tendrían aquéllas disposiciones económicas que los autores generalmente incorporan bajo esa rúbrica. Simplemente, no aceptan como normas de orden público aquéllas que han dado origen al concepto funcional. Esta es, por ejemplo, la posición que sustentaron los profesores Avelino León y Fernando Mujica al informar sobre la naturaleza jurídica de ciertas normas legales que congelaron el precio de artículos de consumo habitual. Razonando principalmente sobre los conceptos tradicionales del derecho civil, los autores citados concluyen que las normas sobre determinación de precios ni son de derecho público ni son de orden público:

"Toda norma de derecho que regula las relaciones contractuales de los particulares, es de derecho privado, aún cuando tenga carácter imperativo e irrenunciable. Las normas que dispusieron la congelación de los precios no son normas de derecho público, puesto que no se refieren a ninguno de los sujetos y fines que dan esa calificación jurídica, sino que precisamente están destinadas a reglar situaciones contractuales entre particulares y son, por lo mismo, de manera inconclusa normas de derecho privado. El orden público mira siempre al interés general permanente de la colectividad. En perfecta concordancia con ese concepto nuestra jurisprudencia ha declarado que 'el orden público es la organización considerada como necesaria para el buen funcionamiento de la sociedad'. Pues bien, la congelación de los precios de los televisores jamás podrá considerarse de orden público, puesto que no mira a los intereses generales del Estado o de la colectividad ni al orden social. Se trata sólo del interés particular de un reducido número de personas". (A. León y F. Mujica, "Informe en Derecho").

Apartándose del concepto funcional, hay una corriente de doctrina que entiende el orden público económico como una

especificación del orden público del derecho clásico o tradicional, y que lo define, por consiguiente, en atención a su contenido.

El profesor José Luis Cea, describiendo el régimen económico constitucional chileno, se ha referido a la materia en los siguientes términos:

"Entiendo por orden público económico el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución". (J.L. Cea, "La Constitución Económica de Chile").

En una línea semejante se inscribe el concepto de orden público económico tratado por la Comisión de Estudios de la actual Constitución Política, la que al referirse a este tema cuidó de precisar que el orden público económico comprendería:

"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".

La misma Comisión señaló cuáles eran, a su juicio, las principales normas constitucionales que conformaban el orden público económico, comprendiendo entre ellas las disposiciones fundamentales del régimen de las personas, del régimen de los bienes y del estatuto del poder público.

Desde hace unos quince años, cierta jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia ha aceptado también una definición material de orden público económico, que fija su contenido por referencia a los principios y valores fundamentales sustanciales del ordenamiento jurídico económico.

"Se ha definido al orden público económico como el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía del país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución, y es justamente en esta carta donde se

contiene el valor fundamental que debe tenerse en consideración: el bien común que está estrechamente vinculado a la función social de la propiedad y a las actividades económicas, que vienen a ser resultado del ejercicio de una forma del derecho de dominio". (Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de Marzo de 1983, confirmada por la Corte Suprema, 10 de Mayo de 1983).

Para esta corriente de doctrina y de jurisprudencia, el orden público económico se describe, en una forma similar a como siempre ha ocurrido con el orden público civil, por relación a los principios fundamentales de la comunidad política, a los valores y principios que le dan su razón de ser, y que serían fundamentalmente aquellos que están consagrados en la Constitución Económica.

FUNCIONES Y APLICACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

Los principios del orden público económico, en el entendido que éste sea un concepto de contenido determinado, informan la organización económica de la sociedad en conformidad a los valores que se expresan en sus disposiciones jurídicas fundamentales. A su vez, las normas específicas que se comprenden dentro del orden público económico, sean ellas legales o reglamentarias, pretenden implementar esa organización económica, en una circunstancia y momento determinados, mediante el cumplimiento de ciertas funciones, mediante la orientación de ciertas finalidades, que han sido bastante desarrolladas por los autores que dan primacía a la concepción funcional o instrumentalista del orden público económico.

En todo caso, sea cual fuere la posición doctrinaria que se tenga frente al concepto y contenido del orden público económico, la realidad jurídica que se ofrece ante nosotros presenta normas, vinculadas con la organización económica de la sociedad, que efectivamente se explican por el propósito que ha presidido su puesta en vigencia.

La doctrina francesa contemporánea, que ha desarrollado extensamente la materia, distingue un orden público de protección y un orden público de dirección. El objetivo del primero sería tutelar al contratante más débil mediante, entre otras medidas, la represión de las cláusulas abusivas y de los contratos leoninos. Por su parte, el llamado orden público económico de dirección tendría por objeto permitir al poder público la obtención de ciertos objetivos económicos. La descripción de estos dos grandes grupos de funciones ha sido bien hecha por Farjat, como se aprecia en los párrafos siguientes:

"Se pueden distinguir dos grandes categorías de reglas de orden público económico:

- 1) El orden público económico de dirección 'que tiene por objeto llegar a una cierta organización de la economía nacional, eliminando del ámbito de la contratación privada todo lo que podría contrariar esa orientación'. Se incluyen en esta categoría las disposiciones obligatorias relativas a la moneda, al crédito, a la ecología, a la reglamentación económica de la competencia, a la regulación de los precios, a la organización de los transportes.

- 2) El orden público económico de protección. Éste está integrado por todas las medidas que tienden a la protección de uno de los contratantes y que modifican las relaciones contractuales de las partes, otorgando a una de ellas un determinado derecho. Se trata de medidas de protección por cuanto están establecidas en beneficio de uno de los contratantes: el protegido se beneficia entonces de un derecho de origen legal. La mayor parte de las medidas de protección han surgido en sectores de actividad contractual donde existe un desequilibrio económico entre los contratantes. Uno de ellos dispondría de un cierto poder sobre el mercado que le permitiría establecer unilateralmente las condiciones del contrato. Es lo que ocurre con los contratos de adhesión". (G. Farjat, "Derecho Económico").

A estas dos grandes categorías conviene agregar una tercera, que podemos llamar el orden público económico de fomento. Las disposiciones comprendidas en él tendrían por objeto incentivar a los particulares para que, mediando el cumplimiento de ciertos requisitos, puedan beneficiarse de situaciones excepcionales de favor con que el poder público quiera promover el desarrollo de actividades económicas o favorecer conductas económicas que se orientan al cumplimiento de finalidades de su interés. A diferencia de lo que ocurre con las otras dos grandes categorías de normas de orden público, la dirección y la protección, en el caso del fomento nos encontramos con que la regla general no es la imperatividad de la conducta, sino que la norma se presenta frente a su destinatario, como una alternativa de acción, que podría ser

acogida o rechazada según más conviniera al destinatario, siempre sujeto, por cierto, a que quien decida beneficiarse con las normas de fomento deba dar estricto cumplimiento a los requisitos y condiciones que se exigen para obtener y mantener los derechos de que se trate.

La doctrina también enseña que, para el cumplimiento de estas funciones, las normas de orden público emplean diversas técnicas de aplicación, que producen efectos jurídicos de la más variada naturaleza.

El orden público clásico utilizaba preferentemente una sola técnica de aplicación: la prohibición de aquellas conductas atentatorias contra los valores fundamentales de la sociedad. En efecto, si la razón de ser del orden público clásico era preservar los principios y valores fundamentales, no podía lógicamente sino prohibir, vedar en forma absoluta, toda conducta que importare un atentado en contra de ellos.

La sola técnica de la prohibición no es, evidentemente, la que más convenga a la consecución de los propósitos del orden público económico. Sólo excepcionalmente se aconsejará la prohibición, siendo las más de las veces otras técnicas las que se emplean para obtener conductas o resultados positivos.

G. Farjat en Francia y M. Baena del Alcázar en España, han desarrollado esta materia con bastante detalle.

1.- Técnica de la prohibición.

La norma prohibitiva es aquélla que impone a su destinatario una abstención, que no puede sustituirse por ningún comportamiento positivo. La ley prohibitiva impide en absoluto la ejecución de un acto o la celebración de un contrato, en forma tal que el súbdito de la norma no puede realizar el acto o pactar el contrato, en caso alguno.

El procedimiento de la prohibición se utiliza todavía, pero es poco frecuente en el derecho económico contemporáneo porque no permite dar una verdadera organización a la economía o a las relaciones contractuales.

Las siguientes normas ilustran la técnica de la prohibición:

"Todo banco estará sujeto a las limitaciones siguientes: ... (3) no podrá conceder, directa o indirectamente, crédito alguno con el objeto de habilitar a una persona para que pague al banco acciones de su propia emisión. Si contraviniere esta disposición, pagará una multa igual al valor del crédito". (Artículo 84 número 3 de la Ley General de Bancos).

"En las obligaciones expresadas en moneda extranjera para pagarse en moneda nacional no podrá pactarse otra forma de reajuste que la que llevan implícita". (Artículo 24 de la Ley N° 18.010).

"Es contrario a la presente ley efectuar cotizaciones o transacciones ficticias respecto de cualquier valor, ya sea que las transacciones se lleven a cabo en el mercado de valores o a través de negociaciones privadas". (Artículo 53, inciso primero, de la Ley N°18.045).

La doctrina estima que no son normas prohibitivas aquéllas que permiten hacer excepción al deber de abstenerse de la conducta de que se trate. En relación con ello conviene mencionar las normas imperativas y las normas generalmente prohibitivas. Es posible sostener que unas y otras aplican una misma técnica, en cuanto la conducta a la que se refiere la norma sólo será conforme a derecho si, en relación con ella, el súbdito de la disposición legal cumple determinados requisitos.

Sin embargo, mientras la ley imperativa supone que la conducta regida por ella es generalmente beneficiosa, y exige el cumplimiento de requisitos sólo por motivos de ordenación y disciplina, la norma generalmente prohibitiva se fundamenta en que la conducta a que ella se refiere es socialmente dañosa y debe ser evitada, permitiéndose sólo por vía excepcional, y para

evitar males mayores, que ella en algunas oportunidades y con ciertos resguardos, pueda ser llevada a cabo.

Cuando se trata de una norma generalmente prohibitiva, se podría hacer excepción al deber de abstenerse de la conducta, sea por vía "reglamentaria" o por vía de "control".

Como ejemplos de excepciones que se hacen a reglas generalmente prohibitivas, por vía reglamentaria, pueden citarse las siguientes disposiciones:

"Es contrario a la presente ley efectuar transacciones en valores con el objeto de estabilizar, fijar o hacer variar artificialmente los precios.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, podrán efectuarse actividades de estabilización de precios en valores de acuerdo a reglas de carácter general que imparta la Superintendencia y únicamente para llevar adelante una oferta pública de valores nuevos o de valores anteriormente emitidos y que no habían sido objeto de oferta pública". (Artículo 52 de la Ley N° 18.045).

"Todo banco estará sujeto a las limitaciones siguientes: ... (1) No podrá conceder créditos directa o indirectamente a una misma persona natural o jurídica, por una suma que exceda el 5% de su patrimonio efectivo . . . [la disposición señala a continuación los casos en que se pueden otorgar créditos en exceso de dicho límite si concurren ciertas circunstancias objetivas respecto del destino o garantías del crédito.] (Artículo 84 número 1 de la Ley General de Bancos).

Como ejemplo de las excepciones que pueden hacerse a reglas generalmente prohibitivas, por vía de control, puede citarse la siguiente disposición:

"Siempre que el interés nacional lo exija, se podrá autorizar por Decreto Supremo fundado y previo informe favorable de la Comisión Resolutiva que se establece en la presente ley, la celebración o el mantenimiento de aquellos actos o contratos que, referidos a los artículos precedentes [se refiere a los actos o contratos que sean

contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia], sean sin embargo necesarios para la estabilidad o desarrollo de las inversiones nacionales o se trate de actos o contratos en que sea parte alguna de las instituciones señaladas en los incisos primero y segundo del artículo 16 de la Ley N° 10.336 (Artículo 4, inciso final, del Decreto Ley N° 211, de 1973).

2.- Técnica de regulación o reglamentación.

Esta técnica es de muy amplia utilización, siendo la característica común de las medidas comprendidas en ella, la primacía de la objetividad por sobre la apreciación discrecional. Es frecuente que, por vía de regulación, la adquisición o disposición de un bien, el acceso a una actividad o la celebración de un contrato queden sujetas a la concurrencia de requisitos o condiciones objetivas, cuyo cumplimiento o incumplimiento es materia de simple constatación de hecho, sin que el arbitrio de la autoridad influya en la posibilidad de ejecutar la conducta.

En este procedimiento se pueden distinguir tres tipos de medidas principales.

a) La obligación de informar, que sujeta al destinatario de la norma al deber jurídico de proporcionar datos y antecedentes a la autoridad pública, o a la contraparte en un contrato, o al público en general. Las medidas de información se adoptan porque la organización de la actividad económica supone que los poderes públicos tengan adecuado conocimiento de la actividad de los sujetos económicos, mientras que la protección del contratante más débil hace necesario que el poderoso ponga a disposición de aquél los datos que permitan, en alguna medida, restablecer el equilibrio.

Son ejemplos de esta medida el artículo 54 de la Ley 18.045 y ciertas normas sobre emisión de títulos.

"Cuando una o más personas directamente o a través de una sociedad filial o coligada pretendan obtener el control de una sociedad, sometida a la fiscalización de la Superintendencia (de Valores y Seguros), deberán informar previamente tal propósito al público en general. En dicha información se indicará a lo menos el precio y condiciones de la negociación a efectuarse, cualquiera sea la forma de adquisición de las acciones comprendiéndose incluso la que pudiese realizarse por suscripciones directas o transacciones privadas.

Para los fines señalados en el inciso precedente se enviará comunicación escrita a la Superintendencia y a las Bolsas de Valores y, cumplido lo anterior, se publicará un aviso estacado en un diario de circulación nacional.

La adquisición de acciones sólo podrá perfeccionarse transcurridos cinco días hábiles desde la fecha en que se publique el aviso a que se refiere el inciso anterior". (Artículo 54 de la Ley N° 18.045).

"El emisor deberá entregar al representante de los tenedores de bonos, la información pública que proporcione a la Superintendencia encargada de su fiscalización, en la misma forma y oportunidad con que la entrega a ésta. El emisor también deberá informar al representante, tan pronto como el hecho se produzca o llegue a su conocimiento, de toda circunstancia que implique el incumplimiento de las condiciones del contrato de emisión" (Artículo 110 de la Ley N° 18.045).

b) El deber que se impone, normalmente a los productores, de atenerse a ciertas normas técnicas, que tienen por objeto normalizar, uniformar, la composición y descripción de ciertos bienes.

c) La exigencia, para el ejercicio de determinadas actividades económicas, o para la celebración de determinados contratos, de que concurran ciertas condiciones objetivas relativas a la posibilidad o a la forma de ejercer esas actividades o de celebrar esos contratos. Estos requisitos o condiciones se refieren a situaciones tales como organizarse bajo una determinada forma social, o tener un determinado título o grado, o disponer de un capital mínimo, etc., en forma tal que para apreciar si el requisito condición se cumplen o no,

bastará examinar los hechos, sin que el arbitrio del poder público, de la autoridad administrativa, tenga influencia en la materia.

Las siguientes normas jurídicas ilustran esta modalidad de la técnica de reglamentación:

"Solo podrá hacerse oferta pública de valores cuando éstos y su emisor hayan sido inscritos en el Registro de Valores.

La Superintendencia deberá efectuar la inscripción en el Registro de Valores, una vez que el emisor le haya proporcionado la información que ésta requiere sobre su situación jurídica, económica y financiera, por medio de normas de carácter general, dictadas en consideración a las características del emisor, de los valores y de la oferta en su caso". (Artículo 6º, inciso primero y artículo 8º, inciso primero, de la Ley 18.045).

"El acceso a las actividades de corredor de propiedades y de productos y a sus respectivos registros será libre para toda persona mayor de edad, legalmente capaz, no declarada en quiebra o sujeta a convenio con sus acreedores y que no haya sido condenada ni se encuentre actualmente procesada por delito que merezca pena aflictiva". (Artículo 13, inciso primero, del D.L. N° 1.953, de 1977).

3.- Técnica de control

El procedimiento o técnica que convencionalmente denominamos "control" denota una acentuación de las medidas impuestas para organizar la economía, en el sentido que las personas sujetas a la norma correspondiente son menos libres para actuar y están menos informadas acerca de las reales posibilidades de que la conducta a la que se refiere la norma les sea efectivamente permitida. En efecto, lo que caracteriza la técnica del control es que la determinación de lo que está permitido no resulta solamente de un texto jurídico expreso, sino que la posibilidad de actuar está influida en forma determinante por una apreciación más o menos discrecional de la situación concreta hecha por la autoridad pública. No se trata,

como en el caso de la técnica de la regulación, de que la autoridad se limite a constatar la ocurrencia de ciertos hechos o el cumplimiento de ciertas condiciones objetivas sino que, en el caso de la técnica del control, la autoridad tiene un margen muy amplio para establecer si la conducta propuesta es conveniente o no, juzgada según la apreciación que la misma autoridad se forme de los hechos y de la bondad, prudencia o necesidad de que efectivamente se materialice la posibilidad de actuar.

Se distinguen dos grandes tipos de controles: el control ocasional y el control o supervigilancia permanente.

a) El control ocasional es aquél que la administración ejerce con motivo de, con relación a, un acto jurídico determinado. Ese acto puede estar sujeto a una autorización previa que debe prestar la autoridad, o puede exigir una aprobación posterior que debe emanar del poder público, o bien supone que se exima al interesado de las restricciones contenidas en una norma generalmente prohibitiva.

Como ejemplo de aquel control que consiste en una aprobación posterior, se cita el llamado "contrato ley ad referendum", mientras que las otras dos especies de control ocasional, la autorización previa y la exención respecto de una norma generalmente prohibitiva, se ilustran con las siguientes disposiciones:

Es atribución del Banco Central de Chile "autorizar a las empresas bancarias para pagar intereses en las cuentas corrientes bancarias, en las condiciones que señale el Consejo". (Artículo 35 N° 1 de la Ley 18.840).

"No podrá establecerse ningún estanco, sin previo informe favorable de la Comisión Resolutiva. (Artículo 5°, inciso 3° D.L. N° 221, de 1973).

b) El control o supervisión permanente consiste en el poder de vigilancia que la Administración ejerce en forma constante sobre

todo el conjunto de las actividades contractuales que desarrolla una persona o una clase de personas. Hay generalmente una supervisión continua sobre la actividad económica de aquellas personas cuyo giro compromete la confianza pública, como es el caso de los bancos e instituciones financieras, los intermediarios de títulos y valores, las administradoras de fondos de terceros para fines previsionales o de inversión, etc.

Las siguientes disposiciones, tomadas de la Ley General de Bancos e Instituciones Financieras, se pueden citar en este contexto:

"Corresponderá al Superintendente velar porque las instituciones fiscalizadas [principalmente las empresas bancarias y las sociedades financieras] cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan y ejercer la más amplia fiscalización sobre todas sus operaciones y negocios.

La facultad de fiscalizar comprende también las de aplicar o interpretar las leyes, reglamentos y demás normas que rijan a las empresas vigiladas.

Para los efectos indicados, podrá examinar sin restricción alguna y por los medios que estime del caso, todos los negocios, bienes, libros, cuentas, archivos, documentos y correspondencia de dichas instituciones y requerir de sus administradores y personal, todos los antecedentes y explicaciones que juzgue necesarios para su información acerca de su situación, de sus recursos, de la forma en que se administran sus negocios, de la actuación de sus personeros, del grado de seguridad y prudencia con que se hayan invertido sus fondos, en general, de cualquier otro punto que convenga esclarecer.

Podrá, asimismo, impartirles instrucciones y adoptar las medidas tendientes a corregir las deficiencias que observare y, en general, las que estime necesarias en resguardo de los depositantes u otros acreedores y del interés público". (Artículo 12 del D.F. N° 3 de 1997).

4.- Procedimiento de determinación del contenido del contrato.

Es ésta una técnica intensamente dirigista, porque en ella la autoridad pública ya no confía en las partes para que sean

ellas las que den al contrato el contenido que deseen, el que estimen se adapte mejor a su conveniencia, sino es la autoridad quien establece, en mayor o menor grado, el contenido de la obligación contractual de una de las partes, o de ambas. Esta técnica es ampliamente utilizada para determinar el valor cuantitativo de la prestación de una de las partes, como ocurre cuando el poder público fija tasas de interés, establece la renta máxima de arrendamiento, impone un precio máximo a la venta de artículos esenciales, etc. Ilustra esta técnica la norma siguiente:

"Son atribuciones normativas del Banco [Central de Chile] ... (4) Fijar los intereses máximos que pueda pagar las empresas bancarias, sociedades financieras y cooperativas de ahorro y crédito sobre depósitos a la vista". (Artículo 35, N° 4 de la Ley 18.840).

5.- Técnica de formación de la relación contractual por vía de autoridad.

Esta técnica, que es la que importa el más severo atentado a la autonomía privada, y que incluso puede llegar a hacerla desaparecer totalmente, se ubica más allá del dirigismo contractual y pasa al estado en que todo o parte del contrato es reemplazado por un estatuto legal al que una o ambas partes quedan forzosamente sometidas. En relación con esta técnica pueden distinguirse tres tipos de situaciones:

a) Las relaciones contractuales provocadas, que son aquellas en que la autonomía privada, la libertad de estipulación, no se suprime todavía en forma completa, pero el derecho coloca al destinatario de la norma jurídica en una situación tal que no podrá dar cumplimiento a su deber sino contratando sobre materias específicas. Un ejemplo de las relaciones contractuales provocadas es el de aquéllas que se siguen de la decisión legal o administrativa que impone a una persona la obligación de producir.

b) La obligación de contratar, en que la norma jurídica impone al súbdito la obligación de hacer, que consiste precisamente en

celebrar un contrato determinado con otra persona, generalmente una persona dentro de una clase determinada, y muchas veces en forma y condiciones que la norma jurídica también establece. Es muy corriente en distintos sistemas jurídicos que se establezca la obligación de vender o de prestar determinados servicios. Esta técnica se ilustra con la liquidación de divisas. Es así como el Banco Central podrá:

"Establecer la obligación . . . de liquidar, a moneda nacional, las divisas provenientes de operaciones . . . de exportaciones de mercancías . . . de exportaciones de servicios, saldos líquidos de fletes, comisiones que se devenguen con ocasión de actividades de comercio exterior y de indemnizaciones por concepto de seguros u otras causas, . . . de pagos devengados en el extranjero, . . . de divisas percibidas a cualquier título con ocasión de actos u operaciones realizados dentro o fuera del país".
(Artículos 49 N° 1,2 y 5 de la Ley 18.840)

c) La situación contractual de origen legal, en cuyo caso se trata, sea de mantener en vigencia situaciones contractuales más allá el plazo fijado por las partes, sea de sustituir un contratante por otro, sin intervención de la otra parte en el negocio jurídico. El caso del arrendatario de un bien, a quien la ley amplía el plazo contractual para seguir gozando de la cosa, o a quien la ley reconoce la facultad irrenunciable de adquirir la cosa por un precio determinado por la autoridad, ilustra una situación de esta naturaleza.

A continuación se citan algunas disposiciones jurídicas (que no corresponden necesariamente a leyes vigentes) que serían corrientemente aceptadas como normas que forman parte del orden público económico. El alumno deberá determinar respecto de cada una de ella, cuál es la técnica de aplicación que corresponde a cada ejemplo.

- 1.- Los bancos no podrán adquirir predios agrícolas ni acciones de sociedades anónimas.
- 2.- Para ejercer la profesión de comerciante se requiere estar inscrito en el Registro del

Ministerio de Economía. Será inscrito el interesado que previamente acredite:

- a) Ser mayor de edad y legalmente capaz para contratar.
 - b) No haber sido procesado por crimen o simple delito.
 - c) Tener conocimientos suficientes demostrados con certificados de establecimientos de educación comercial, o por la práctica de dos o más años en oficinas comerciales establecidas.
 - d) No estar sujeto a quiebra ni convenio con los acreedores.
 - e) Haber rendido una fianza en efectivo de \$ 750.000.-
- 3.- Toda industria deberá informar anualmente al Ministerio sobre la cantidad, tipo, calidad y costo de los productos elaborados durante el año.
 - 4.- Corresponde a la Superintendencia de Valores velar porque las Bolsas de Comercio y los Agentes de Valores, desde su iniciación hasta el término de su liquidación, cumplan con las disposiciones que los rijan y conduzcan sus negocios en conformidad a las exigencias del interés público.
 - 5.- Para establecer un Almacén General de Depósito será necesaria la autorización previa del Presidente de la República, quien la otorgará si estima que el establecimiento de dicho Almacén es conveniente para el comercio de la plaza respectiva.
 - 6.- Todo establecimiento que expendiera artículos de primera necesidad, o de uso o consumo habitual, deberá exhibir el precio al contado y el recargo por pago a plazo de cada uno de los artículos que exponga en sus vitrinas.
 - 7.- Fíjase en \$ 125 la tarifa máxima diurna para los taxibuses en la ciudad de Santiago.
 - 8.- No podrá otorgarse ningún monopolio para el ejercicio de actividades económicas salvo que el Presidente de la República excepcionalmente lo permitiere a empresas chilenas para asegurar la realización de inversiones que sean de interés para la economía nacional.

- 9.- Las pólizas de seguro de incendio se ajustarán al modelo que establezca la Superintendencia de Compañías de Seguros.
- 10.- La Dirección Nacional de Industria podrá requisar y vender, por cuenta de sus dueños, bienes y mercaderías de primera necesidad cuando estime que ello sea necesario para asegurar el normal abastecimiento de los mercados.
- 11.- Los productores de artículos de primera necesidad estarán obligados a venderlos, en las condiciones ofrecidas, a cualquier comerciante o particular interesado en adquirirlos.
- 12.- Los establecimientos fabriles que produzcan bienes esenciales deberán elaborarlos en la cantidad y calidad que ordenare el Presidente de la República.
- 13.- Los particulares sólo podrán efectuar operaciones de cambios internacionales con bancos debidamente autorizados.
- 14.- Toda persona que obtenga comisiones en moneda extranjera, por actividades relacionadas con el comercio exterior, deberá retornarlas en instrumentos de cambio internacional y liquidarlas mediante su venta al Banco Central.

Las normas de orden público económico restringen la autonomía privada y tienen efecto inmediato en el tiempo.

En cuanto a lo primero, las reglas de orden público tocan la autonomía privada con mayor o menor intensidad según sean las características de la técnica de aplicación correspondiente. La restricción puede producirse en aquel aspecto de la autonomía que se refiere a la disposición de cosas, o en aquél que mira principalmente a la libertad de contratar y de estipular. Desde este punto de vista, las reglas de orden público tienen una muy directa e inmediata relación con las disposiciones jurídicas fundamentales que establecen el régimen de las personas, especialmente la posibilidad de emprender actividades económicas y las condiciones en que éstas han de ejercerse, y el régimen de

los bienes, especialmente en cuanto éste gobierna el acceso a la propiedad y la tutela de los derechos ya incorporados al activo del patrimonio.

Está claro que la forma en que las normas de orden público económico afectan la autonomía privada, depende de la construcción técnica del procedimiento de aplicación o de intervención de que en cada caso se trate. Muy distinta es la situación de una persona a quien se exige acreditar un grado académico para ejercer una labor profesional, que el caso de quien se ve puesto en el deber jurídico de enajenar un bien que está en su patrimonio, o de contratar con otro en condiciones previamente determinadas por la autoridad. La legitimidad de las situaciones específicas en que una persona se ve alcanzada por normas de orden público económico no está ajena, entonces, a las disposiciones jurídicas fundamentales que establecen los derechos de la persona y que regulan sus eventuales restricciones.

Si se estudian las normas citadas a título de ejemplo en este trabajo, se apreciará que puede haber en ciertos casos, motivo para hacer valer su incompatibilidad con disposiciones de la Constitución Política. Así, por lo demás, ya lo hacía notar -hace años- el profesor Aramayo al exponer la realidad del régimen de la industria manufacturera en Chile.

En lo que se refiere al efecto que la ley de orden público económico produce en el tiempo, la jurisprudencia ha aceptado que estas normas tienen un efecto inmediato. Dos fallos de la Excma. Corte Suprema ilustran esa aseveración.

"El Decreto Ley que crea el Banco Central y el que establece la unidad monetaria, por las materias sobre que versan, son de orden público. En razón de este carácter deben aplicarse con preferencia a las leyes que sólo miran al interés particular, e incluso prevalecen sobre los contratos celebrados con anterioridad a la promulgación de estas leyes de orden público". (Corte Suprema, 23 de Noviembre de 1949).

"El precepto que ordena que las deudas contraídas por personas domiciliadas en Chile, pagaderas en el país y pactadas en moneda extranjera, serán pagadas por su equivalente en moneda corriente al tipo de cambio libre bancario que rija a la fecha de pago, es una norma de orden público económico, que rige aún en el cumplimiento de los contratos celebrados con anterioridad a ella y aún respecto de los juicios pendientes". (Corte Suprema, 22 de Septiembre de 1964).

El que una ley tenga efecto inmediato en el tiempo significa que, a partir de la fecha de su vigencia, han de ajustarse a ella todos los actos y negocios jurídicos, así como sus efectos, que quepan dentro de la esfera de su aplicación. Significa también, según los fallos antes mencionados, que las disposiciones de la ley de orden público cobran inmediata aplicación, producen efecto desde la misma fecha de su vigencia, respecto de los contratos, negocios y situaciones jurídicas preexistentes. Esto plantea serias cuestiones relacionadas con los derechos y obligaciones de los interesados en esos negocios o situaciones jurídicas preexistentes, por cuanto la ley de orden público altera la situación jurídica anterior entre ellos, la conmutatividad de sus prestaciones recíprocas, la carga de los riesgos que cada uno aceptó.

Es el caso, por ejemplo, de la persona que, habiendo contratado para ser pagada en moneda extranjera, se encuentra con que al momento de exigir la prestación, ésta se cumpla a su respecto solamente en moneda nacional, por haber variado la ley en el tiempo intermedio.

Como se apreciará, aquí se plantean complejos e interesantes problemas sobre la relación entre los derechos de la persona, amparados por las disposiciones constitucionales pertinentes, y las consideraciones de orden público o de utilidad o necesidad nacional que estén en la raíz de las nuevas disposiciones. También es agudo el problema que se plantea

cuando la norma de orden público no es de rango legal, sino que corresponde a una disposición emanada de la potestad reglamentaria o, incluso, a la norma emanada de un ente autónomo facultado para dictar disposiciones de alcance general.