

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

REVISTA DE
DERECHO

AÑO XLIV — Nº 165

ENERO - DICIEMBRE DE 1977

ESCUELA DE DERECHO

CONCEPCIÓN — CHILE

LA TUTELA ADMINISTRATIVA SOBRE LA LIBRE COMPETENCIA

OSCAR DEL BARRIO CORTEZ
Profesor Escuela de Derecho
Universidad de Chile. Santiago

SUMARIO

I OBJETIVOS. II HECHOS, ACTOS O CONVENCIONES SANCIONADOS POR EL D.L. 211. III ORGANISMOS ENCARGADOS DE LA PREVENCIÓN, INVESTIGACIÓN, PERSECUCIÓN Y REPRESIÓN DE LOS ATENTADOS A LA LIBRE COMPETENCIA: 1. Las Comisiones Preventivas Provinciales. 2. La Comisión Preventiva Central. 3. La Comisión Resolutiva. 4. La Fiscalía. IV PROCEDIMIENTOS Y SANCIONES ESTABLECIDAS EN EL D.L. 211: 1. Del contencioso administrativo: 1.1. Ante las Comisiones Preventivas Provinciales. 1.2. Ante la Comisión Preventiva Central. 1.3. Ante la Comisión Resolutiva. 2. Del proceso Penal. V JUICIO CRÍTICO.

I.—OBJETIVOS

El D.L. N° 211 que se publicara el 22 de Diciembre de 1973, conocido como Ley Antimonopolios, vino a reemplazar la anterior legislación contemplada en el Título V de la Ley N° 13.305, de 6.4.59, que fue la primera expresión legislativa en Chile sobre esta materia.

Esta nueva ley, como la anterior, describiendo el acto o delito de monopolio como asimismo cualquier atentado a la libre competencia, tiene como finalidad garantizar una sana y efectiva competencia en el abastecimiento de los mercados reprimiendo el monopolio y las prácticas monopólicas, ya que con ellas, mediante el control de la oferta o demanda, es posible fijar precios artificiales y lesivos al interés del consumidor. Por otra parte, tales actividades no incentivan la producción, protegen al productor o distribuidor ineficiente, tienden a la concentración del poder económico y distorsionan el mercado en perjuicio de la colectividad. (1)

No obstante lo anterior, el mismo legislador ha estimado que cierta producción de bienes y servicios puede o debe, en determinadas circunstancias, realizarse a través de organizaciones de estructura monopólica estatal, siempre que los fines perseguidos redunden en beneficio de la comunidad, y su creación, funcionamiento y resguardo se provean mediante una ley expresa.

Como lo expresáramos anteriormente, la Ley 13.305, en su Título V, perseguía estos mismos propósitos. Así el artículo 173 de la ley indicada se refería en forma análoga al artículo 1° del D.L. 211. No obstante, y a nuestro entender, lo que diferencia este marco legislativo del nuevo creado por el D.L. 211 es la diferente estructura funcional orgá-

(1) Considerandos del D.L. 211, de 22.12.73.

nica de la institución creada, necesaria para el efectivo logro de los fines mencionados. Vale decir que, en el nuevo concepto de la ley, no sólo encontramos idénticos fines sino que, además, como requisito para su cabal logro, existe una estructura diferente de la institución encargada de la prevención, investigación, persecución y represión de los atentados a la libre competencia, de tal suerte que esta forma de control, que llamaremos económico, se ha adecuado a las nuevas circunstancias económicas existentes en el país a partir del 11.9.73, dándole mayor impulso a la misma.

II.—HECHOS, ACTOS O CONVENCIONES SANCIONADOS POR EL D.L. 211.

Este es quizá uno de los temas fundamentales en torno al cual gira toda la normativa del D.L. 211 y respecto del cual se ha elaborado una importante jurisprudencia (2). Así, el centro de este estudio lo constituye el artículo 2° del D.L. en comentario, el que señala los hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia:

- 1) Los que se refieren a la producción, tales como el reparto de cuotas, reducciones o paralizaciones de ellas;
- 2) Los que se refieren al transporte;
- 3) Los que se refieren al comercio o distribución sea mayorista o al detalle, tales como el reparto de cuotas o la asignación de zonas de mercado o de distribución exclusiva, por una sola persona o entidad, de un mismo artículo de varios productores;
- 4) Los que se refieren a la determinación de los precios o servicios, como acuerdos o imposición de los mismos a otros; y,
- 5) En general, cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia.

Puede observarse que esta enunciación es meramente ejemplar, con lo que se reafirma lo expresado en este mismo sentido en el inciso primero del artículo 2° del D.L. 211. De este modo cualquier otro hecho, acto o convención que no se encuentre en esa enumeración puede ser considerado como práctica monopólica por la Comisión Preventiva Central o Provincial respectiva y así ser confirmada por la Comisión Resolutiva.

Todos los arbitrios contenidos en la enumeración antes expresada han sido objeto de interesante controversia en los diversos asuntos que han debido conocer los organismos creados por el D.L. 211, de tal suerte que la jurisprudencia nacida de ella ha sido abundante y variada.

Con relación al N° 1, la producción, interesante resulta el problema suscitado en torno a la prestación de servicios profesionales. La CPC ha expresado que éstos quedan incluidos en las disposi-

(2) La jurisprudencia que se menciona en este trabajo, corresponde a la emanada de la Comisión Preventiva Central (CPC). En todo caso las resoluciones de la Comisión Resolutiva se han indicado expresamente.

ciones del D.L. 211 porque si bien pudo sostenerse que la Ley 13.305 regía solamente las actividades industriales y comerciales, el D. L. 211 se refiere a todas las actividades económicas e incluye expresamente, en diversas disposiciones (3), la prestación de estos servicios como uno de los aspectos del proceso productor. En virtud de ellas se concluye que la producción, en tanto actividad económica, comprende tanto la creación de bienes materiales como la prestación de servicios inmateriales, y no hacen excepción a esta regla general los servicios profesionales.

De acuerdo con esta interpretación, y en relación con la prestación de estos servicios, la CPC ha estimado que no existe norma legal vigente que limite o restrinja la libertad del profesional y del cliente para convenir el horario a su arbitrio tanto porque la mayoría de las leyes orgánicas de los Colegios Profesionales disponen expresamente que el arancel regirá a falta de estipulación de las partes, como porque en el caso de que nada digan al respecto, cobran aplicación los artículos 2117 y 1997 del Código Civil (4) que otorgan primacía a la libre estipulación de los interesados. Las normas reglamentarias y las contenidas en los códigos de ética que prohíban el ejercicio de esa libertad o llegan a sancionar a los profesionales que convengan honorarios inferiores a los mínimos arancelarios, pugnan con la ley que les ha dado origen y contravienen el D.L. 211 por lo que debe concluirse que no tienen validez ni vigencia y no procede darles aplicación.

En este mismo sentido se ha pronunciado en otras oportunidades, y en consultas relativas a aranceles profesionales, expresando que deben suprimirse las normas que prohíban a los colegiados pactar honorarios inferiores al mínimo del arancel por trasgredir las normas del D.L. 211.

La Fiscalía de la Defensa de la Libre Competencia comparte el criterio sustentado por la CPC, no así la Comisión Resolutiva que ha dejado sin efecto los dictámenes antes indicados.

Este interesante problema no ha llegado a conocimiento de la Corte Suprema.

Respecto a la creación de bienes materiales, la CPC ha dado ciertas pautas jurisprudenciales. Así, ha dicho que puede producirse un determinado producto para un cliente especial, más aún si éste proporciona el molde o está amparado en una marca comercial o se trata de especificaciones técnicas concretas o un mandato o encargo de confianza donde el cliente proporciona la fórmula, sin infringir las normas del D.L. 211, pudiendo el productor negarse a vender o producir ese producto a terceros.

(3) Así, puede observarse que la referencia a los servicios se encuentra en el considerando 4° del D.L. 211; en el artículo 1°; 2° letra d); 4°; etc.

(4) El artículo 2117 del Código Civil expresa a la letra: "El mandato puede ser gratuito o remunerado. La remuneración (llamada honorario) es determinada por la convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley, la costumbre, o el Juez". A su vez el artículo 1997 expresa: "Si no se ha fijado precio, se presumirá que las partes han convenido en el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, y a falta de éste por el que se estimare equitativo a juicio de peritos".

Por otra parte, esta comisión preventiva se ha pronunciado, también, sobre la fusión de empresas autorizando o rechazando esta operación habida consideración de las condiciones del mercado. En efecto, cuando la nueva empresa, en virtud de la fusión, se constituye en un importante o en el más importante productor de determinado producto, la operación se considera atentatoria a la libre competencia ya que por esta vía se podría impedir la concurrencia de otros productores. Por el contrario, de no producirse esas alteraciones o riesgos de alteración a la libre competencia, la comisión se ha pronunciado positivamente (Dict. 42/206, de 16.9.74; Resolución 7, de 23.10.74; Dict. 73/32 de 22.1.75; 84/121, de 10.4.75).

En lo concerniente al transporte, si bien la jurisprudencia ha sido menos frecuente no por ello ha resultado menos importante e interesante toda vez que de los dictámenes de la CPC emergen variados principios acordes con el sistema general del D.L. 211. De este modo ha resuelto que no son contrarios al D.L. 211 los convenios de fletes de carga entre una empresa de transporte y otra cualquiera que no importen exclusividad para ninguna de ellas, en cuanto ambas pueden venir con terceros el transporte de carga.

Merece destacarse la jurisprudencia contenida en el dictamen Nº 90/161 de 1974 relativo a los taxis que se desempeñan en los aeropuertos. En efecto, y sin perjuicio de que éste reitera otros dictámenes en el sentido de que el ámbito de aplicación del D.L. 211 no sólo se circunscribe a la producción y al comercio sino que también a los servicios, la CPC expresó que la concesión exclusiva de terrenos para estacionamientos de taxis, constituye a la vez una concesión para un servicio público de transporte, como lo son los taxis, a la cual se extiende el carácter exclusivo propio de aquélla, produciéndose de este modo un entorpecimiento para el libre acceso del común de los transportistas a dicho servicio. Por otra parte se ha señalado que si bien es cierto que la Dirección General de Aeronáutica está autorizada para otorgar concesiones de terrenos en los recintos de aeropuertos, esta potestad no puede extenderse a servicios que se presten fuera de dichos recintos y que sean ajenos a la navegación aérea, debiendo abstenerse de otorgar esas concesiones cuando por medio de ellas, indirectamente, instaura o contribuye a instaurar un monopolio respecto de servicios que le son ajenos y que deben ser de libre acceso a todos los que están en condiciones de prestarlos.

En otro orden de cosas la CPC ha reiterado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 5º del D.L. 211, que el Ministerio de Transportes tiene facultades para reordenar la locomoción colectiva sin infringir por ello el D.L. mencionado, toda vez que ese Ministerio ha conservado esas facultades por disposición del artículo 5º del D.L. 211 que señala que continuarán vigentes las normas legales y reglamentarias referidas al transporte (Dict. 22/69, de 27.5.74; 90/161, de 1974; 99/294, de 4.9.75; 100/336, de 24.9.75; 102/247, de 14.10.75).

La jurisprudencia relativa al comercio o distribución —Nº 3 indicado— ha resultado ser la más abundante y de la cual es posible extraer algunos conceptos que frecuentemente son utilizados en los dictámenes y resoluciones de los organismos creados por el D.L. 211. A modo de ejemplo indicaremos algunos:

Distribución propiamente tal es aquella en que el mayorista vende por cuenta y en nombre del productor, sin exclusividad; o en que el distribuidor vende por cuenta y en representación del fabricante;

Discriminación es la negativa o diferencia injustificada de la venta o suministro a comerciantes mayoristas o minoristas a quienes va dirigida naturalmente la distribución; y,

Competencia desleal es aquella que se da en las relaciones entre distribuidor mayorista exclusivo, con el comerciante minorista y con los consumidores a la vez, cuando vende directamente a éstos últimos, esto es, cuando el distribuidor mayorista vende tanto a los comerciantes como al público sin dejar a aquéllos la posibilidad de un margen de comercialización razonable.

La jurisprudencia emanada de la CPC con ocasión de la aplicación de este número —comercio y distribución—, comprende en sí las variadas situaciones que se han producido y asimismo demuestran la amplitud de la norma expresada en el artículo 2° del D.L. 211.

Con respecto a la asignación de zonas, la CPC ha estimado contrario al D.L. en comentario la estipulación que prohíbe vender fuera del territorio asignado y la asignación misma de éste, por constituir reparto de zonas de mercado. Por el contrario, existiendo un mandato comercial, y más específicamente, una comisión para vender, el comisionista actúa en representación del mandante de modo que éste puede lícitamente imponer a aquél una esfera de acción en cuanto a la zona.

En otro orden de cosas ha resuelto que la distribución exclusiva a nivel mayorista de un artículo o producto de un solo fabricante, no importa atentado a la libre competencia siempre que el distribuidor no discrimine ni incurra en competencia desleal; que ningún contrato, sea de distribución exclusiva o no, puede contener la prohibición de distribuir artículos similares, estimándose que dos artículos son similares cuando tienen la misma naturaleza intrínseca, el mismo grado de procesamiento o elaboración y satisfacen las mismas necesidades específicas (Ejemplo, el llamado Si Café con el Nescafé).

Por otra parte ha estimado contrario a las normas del D.L. 211 la cláusula mediante la cual el "distribuidor" se compromete a no comercializar productos similares o competitivos respecto de los producidos por el fabricante, salvo autorización expresa y escrita de éste, porque como se ha resuelto reiteradamente, tratándose de un comerciante independiente, que actúa bajo su propia cuenta y riesgo, y que "compra" al fabricante o proveedor, resulta ilícita toda ingerencia o limitación impuesta por éste con posterioridad a la venta. Quien compra es libre de comerciar con los artículos que desee y no puede limitarse contractualmente esta facultad, porque ello es contrario a la libre competencia.

Siempre relacionado con la distribución, la CPC ha sostenido que la distribución exclusiva, por mandato, de un solo productor, no atenta contra la libre competencia siempre que el distribuidor no discrimine ni compita deslealmente respecto de los comerciantes minoristas que esté llamado a servir; que el distribuidor exclusivo de un solo producto no contraviene las normas sobre la libre competencia si exis-

ten otros productores del mismo artículo que comercializan por otras vías; que cuando la distribución se efectúa en virtud de un mandato, el distribuidor actúa en nombre y representación del productor, en quien se radican los efectos jurídicos de los actos que se celebren. En este caso, el productor puede instruir al distribuidor sobre la manera y formas de ejecutar los actos y contratos que celebre a su nombre y en su representación (Dict. 15/53, de 23.4.74; 20/66, de 5.6.74; 24/72, de 7.5.74; 25/78, de 15.11.74; 33/111, de 21.6.74; 37/122, de 4.7.74; 38/129, de 8.7.74; 55/275, de 15.11.74; 56/282, de 19.11.74; 58/293, de 27.11.74; 66/334, de 27.12.74; 69/6, de 10.1.75; 70/7, de 10.1.75; 71/21, de 16.1.75; 79/107, de 31.3.75; 85/122, de 10.4.75; 84/121, de 10.4.75; 86/126, de 14.4.75; 95/262, de 21.8.75; 109/402, de 3.12.75; 110/1, de 2.1.75; 115/58, de 29.3.76).

La jurisprudencia de la letra d) del artículo 2º del D.L. 211, vale decir la que se refiere a la determinación de los precios y servicios, es tan abundante como la precedentemente indicada. Sin mayores pretensiones veremos algunas de éstas:

La cláusula de un contrato de mandato entre empresa productora de bienes y firmas distribuidoras que establecen como obligación del comprador la de vender los artículos que compra al vendedor a precios no inferiores a aquellos que fije el vendedor, infringe el artículo 2º letra d) del D.L. 211. Asimismo infringe esa disposición la cláusula que obliga al mandante, en el caso de vender a otros clientes mayoristas, a no hacerlo a precios inferiores a los que venda a la firma distribuidora, en las mismas condiciones.

Por otra parte, la CPC ha señalado que la estipulación que prohíbe al fabricante vender directamente y/o a través de otros distribuidores a precios inferiores, modalidades de venta ventajosas o comisiones de venta más altas que las otorgadas al agente distribuidor con el que suscribe el contrato, es contraria a la libre competencia porque importa una imposición de precios; sin embargo no atenta contra la libre competencia la decisión de un fabricante de fijar mínimos razonables de cantidad o número de unidades para considerar que una operación es al mayor. Formas de venta, su mínimo, plazos, modalidades de pago, atención y despacho de las mercaderías son materias de propia decisión de la empresa, siempre que no importen discriminación, esto es, que sean las mismas para todos los compradores en igualdad de condiciones.

La CPC ha expresado que la empresa puede atribuir a quien quiera la calidad de "agente", pero ello no la autoriza para negar la venta a ningún comprador que cumpla o se allane a cumplir las condiciones razonables que el fabricante haya fijado, las que deben tener carácter general.

Reiteradamente ha sostenido la Comisión Preventiva Central que el que compra para revender se hace dueño de la mercadería, de modo que el vendedor no puede fijar el precio por la reventa ni imponerle condiciones en cuanto al modo o forma en que se debe ejercer su actividad comercial. En este mismo sentido ha expresado que, en principio, la fijación de un precio máximo no atenta contra la libre competencia porque el revendedor se encuentra en libertad de rebajarlo a su voluntad, pero, si este precio máximo es más bajo que el corriente en plaza, el productor está restringiendo la libertad de comercio del distribuidor, que

no es su mandatario, sino un comprador mayorista, debiendo agregarse que la limitación impuesta por el productor se hace también extensiva a la forma de pago.

Finalmente, la CPC ha indicado que los gremios no pueden, en modo alguno, sugerir ni a sus asociados ni a terceros, costos específicos ni precios o tarifas de bienes o servicios, por constituir ello un atentado a la libre competencia, especialmente en lo previsto en la letra d) del artículo 2º del D.L. 211 de 1973. Asimismo, las empresas del Estado, al igual que las del sector privado, no están facultadas para sugerir o recomendar precios que terceras personas deban observar en sus transacciones, pues no existe ninguna autorización para tal medida (Dict. 1, de 14.1.74; 10, de 15.3.74; 26/80, de 30.5.74; 29/89, de 18.6.74; 32/104, de 15.6.74; 38/129, de 8.7.74; 45/198, de 6.9.74; 70/7, de 10.1.75; 78/86, de 10.3.75; 83/120, de 10.4.75; 134/250, de 7.10.76; 110/1, de 2.1.75; 97/287, de 2.9.75; 20/66, de 5.6.74; 31/101, de 18.6.74; 122/119, de 1.6.76; 125/183, de 10.2.76; 145/137, de 17.4.77; 151/220, de 28.6.77).

La jurisprudencia emanada de la Comisión Preventiva Central respecto a la letra e) del artículo 2º del D.L. 211, vale decir, "sobre cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia", es especialmente variada toda vez que en esta letra es posible encuadrar cualquier conducta que la CPC estime como contraria a la libre competencia.

De esta forma dicha comisión ha expresado que un sistema cerrado de fabricación y distribución en que ninguna de las dos partes tiene libertad para fabricar ni para vender a terceros, ni para comerciar otros productos similares, es contrario a la libre competencia y constituye un arbitrio de aquéllos previstos en la letra e) del artículo 2º del D.L. 211 de 1973; que la discriminación de carácter personal o familiar que introduce determinada sociedad favoreciendo a ciertas personas con descuentos especiales, constituye un arbitrio que entorpece la libre concurrencia, de conformidad con la letra e) del artículo 2º del D.L. 211 ya citado.

Por otra parte, la comisión considera que, cualquiera que sea la posibilidad de recurrir a otras fuentes de abastecimiento, no puede aceptarse una estipulación que obliga a un adquirente a comprar exclusivamente a un solo proveedor, toda vez que tal restricción atenta contra la libertad de competencia, de acuerdo a lo establecido en los artículos 1º y 2º del D.L. 211.

Para finalizar esta breve revista hecha a la jurisprudencia de la Comisión Preventiva Central, interesante resulta hacer presente que esta comisión, en el dictamen 69/5 de 10.1.75, expresa que la enumeración contenida en el artículo 2º del D.L. 211 es de carácter meramente ejemplar, de manera que la comisión se encuentra facultada para considerar como arbitrio contrario a la libre competencia, no sólo aquellas conductas especificadas en el artículo 2º antes mencionado, sino también aquellas que, atendidas las circunstancias particulares que la rodean, en el criterio de la comisión, califican el ya citado arbitrio.

Este dictamen realza la importancia de la letra e) del artículo 2º en comentario, ya que cualquier otra conducta que no se encuentre en la disposición mencionada puede ser constitutivo de atentado a la libre competencia y sus autores, eventualmente, ser sometidos a proceso y ser

objeto de sanciones penales. Esta situación, peligrosa por cierto, deriva fundamentalmente de la amplitud del tipo dado por el legislador, lo que en definitiva viene a constituirse en una verdadera ley penal en blanco (Dict. 69/6, de 10.1.75; 70/7, de 10.1.75; 71/21, de 16.1.75; 79/107, de 31.3.75; 85/122, de 10.4.75; 84/121, de 10.4.75; 87/127, de 15.4.75; 141/324, de 16.12.76).

EXCEPCIONES:

El artículo 5° del D.L. 211 contiene las excepciones a las normas señaladas en los artículos 1° y 2° de ese cuerpo legal.

El artículo 4° del D.L. en estudio prohíbe expresamente otorgar a los particulares, expresión amplia que incluye a personas naturales y jurídicas, la concesión de ningún monopolio para el ejercicio de actividades económicas tales como extractivas, industriales, comerciales o de servicios.

Sólo por ley puede reservarse a instituciones fiscales, semifiscales, públicas, de administración autónoma o municipales el monopolio justificado o legítimo.

No obstante la disposición anterior, que en definitiva viene a derogar todo tipo de monopolio anterior, la misma ley debió respetar numerosas disposiciones legales y reglamentarias que habrían quedado derogadas en perjuicio del interés superior de la colectividad. De allí que hayan quedado vigentes las que se refieren a la propiedad intelectual e industrial; las relativas a la minería; las contenidas en el Código Sanitario; etc. Asimismo, el inciso 3° del artículo 5° deja vigentes las disposiciones legales y reglamentarias que confieren a las autoridades atribuciones relacionadas con el ejercicio de las actividades económicas, incluso la fijación de precios máximos y control de su cumplimiento.

Como este grupo de excepciones es muy numeroso y las circunstancias que lo justifican son muy variadas, se prevén dos correctivos:

1) En primer término, ni aun al amparo de las excepciones mencionadas precedentemente podrá establecerse ningún nuevo estanco sin previo informe favorable de la Comisión Resolutiva; y

2) En segundo lugar, esa misma comisión podrá requerir la modificación o derogación de las disposiciones legales antes referidas cuando las estime contrarias a la libre competencia o inconveniente para ello.

Finalmente, y en relación con este punto, se contemplan casos particulares de monopolio o conductas monopólicas justificadas por decisión expresa del Supremo Gobierno, en cada oportunidad. En efecto, siempre que el interés nacional lo exija, se podrá autorizar por decreto fundado y previo informe favorable de la Comisión Resolutiva la celebración de aquellos actos o contratos que, estando prohibidos por esta ley, 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 institución del Estado o del sector público.

LA TUTELA ADMINISTRATIVA SOBRE LA LIBRE COMPETENCIA

197

III.—ORGANISMOS ENCARGADOS DE LA PREVENCIÓN, INVESTIGACIÓN, PERSECUCIÓN Y REPRESIÓN DE LOS ATENTADOS A LA LIBRE COMPETENCIA.

Mencionábamos al comienzo de este trabajo que, a nuestro entender, la diferencia fundamental entre la anterior normativa legal —Título V de la Ley N° 13.305— y el D.L. 211, radica en el distinto concepto orgánico funcional del servicio, de tal suerte que el legislador, tomando como base la experiencia en la aplicación de la primera ley anti-monopolios habida en el país, buscó ampliar y profundizar la labor inspectiva y preventiva, y así diseñó un esquema de esta acción en todo el territorio nacional.

La nueva estructura dada al servicio por el D.L. 211 pretende su distribución por provincias (Comisiones Preventivas Provinciales), de modo que funcionen en forma independiente entre sí, en el ámbito de su competencia, y en interrelación con la Comisión Preventiva Central y Resolutiva, sin perjuicio de la superioridad jerárquica del primero de los organismos nombrados, y de la supervigilancia ejercida por la última, sin perjuicio, además, de las facultades de la Fiscalía.

Así, para la prevención, investigación, persecución y represión de los atentados a la libre competencia, el artículo 6° del D.L. 211 crea los siguientes organismos y servicios:

- 1.—Las Comisiones Preventivas Provinciales;
- 2.—La Comisión Preventiva Central;
- 3.—La Comisión Resolutiva; y
- 4.—La Fiscalía.

1.—LAS COMISIONES PREVENTIVAS PROVINCIALES

Estas comisiones se encuentran contempladas en el título II, artículos 7° a 9° inclusivos del D.L. 211, los que en cada capital de provincia crean una Comisión Preventiva Provincial presidida por el Intendente o un delegado suyo e integrada por el Jefe Regional de la Dirección de Industria y Comercio; el Síndico de Quiebras; el Ingeniero Agrónomo de los Organismos del Estado; el Presidente del Consejo Provincial del Registro Nacional de Comerciantes, Pequeños Industriales y Artesanos de Chile, y un representante de los consumidores designado por los Presidentes de las Uniones Comunales de Vecinos.

Dentro de su respectiva jurisdicción, estas comisiones deben absolver consultas que le formulen sobre los actos o contratos existentes o que se proyecten celebrar, en cuanto puedan alterar la libre competencia. Asimismo deben vigilar el juego de la libre competencia y conocer de oficio o a petición de cualquier persona de toda situación que pueda alterarla. Pueden requerir de la Fiscalía la investigación de los actos contrarios a la libre competencia y solicitar la colaboración de cualquier funcionario público; por otra parte, y a requerimiento del Fiscal, pueden solicitar de las autoridades correspondientes el ejercicio de sus facultades reguladoras de la actividad económica a fin de impedir los efectos perjudiciales de los actos que se investigan, y, a petición de la Fiscalía, resolver las medidas preventivas de suspensión hasta por 15

días de la aplicación de convenios de reparto de cuotas de producción, etc., pudiendo ser renovada por igual término, y fijar precios máximos por un plazo igual al anterior, con igual renovación.

Es preciso señalar que estas comisiones no necesitan discurrir sobre la base de un atentado o delito ya perfecto. A ellas les basta, para justificar su intervención, con la presencia de cualquier alteración o riesgo de alteración de la libre competencia. Para ello la figura del delito sólo les sirve como una meta de eventual existencia, a cuya comprobación deben tender. Así en toda la instancia preventiva y de corrección administrativa, basta que los organismos creados por la ley funden su acción en una apariencia de delito o en la existencia de un hecho cualquiera que sea capaz de producir una alteración, entorpecimiento e impedimento de la libre competencia. Para ello será suficiente que, a priori, asimilen un hecho o acto a alguna de las conductas punibles descritas por la ley, sin que pretendan juzgarlo como delito ni pronunciarse sobre todos los extremos que lleva envuelto un juicio de esta naturaleza. Así, entonces, estas comisiones ejercen sus funciones sin necesidad de pronunciarse sobre un posible delito ni declarar responsabilidad penal de ninguna especie. (5)

Las resoluciones o dictámenes de las Comisiones Preventivas Provinciales pueden ser modificadas o dejadas sin efecto por ellas mismas y por la Comisión Resolutiva, sin perjuicio del recurso de reclamación sobre el que expondremos más adelante.

2.—LA COMISION PREVENTIVA CENTRAL

Esta comisión, que como veremos actúa como tribunal de alzada respecto de las Comisiones Preventivas Provinciales, es a su vez comisión preventiva para la provincia de Santiago y se encuentra contemplada en el artículo 10° del D.L. 211.

Integran esta comisión el Fiscal de la Dirección de Industria y Comercio; un profesor de la Cátedra de Derecho Económico; un delegado del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción; un representante del Ministerio de Agricultura; un representante de la Confederación de la Producción y el Comercio; un representante designado por el Ministerio de Economía, a propuesta de la Confederación del Comercio Detallista y de la Pequeña Industria de Chile, y un representante de los consumidores por los Presidentes de las Uniones Comunales de Juntas de Vecinos de la Provincia de Santiago.

Sus atribuciones son semejantes a las señaladas respecto a las Comisiones Preventivas Provinciales. Así, resuelve acerca de las reclamaciones que se interpongan con motivo de las consultas que absuelvan las comisiones provinciales; conocen de las reclamaciones interpuestas contra las medidas de carácter preventivo que ordenan las comisiones provinciales, y actúan como comisión preventiva para la provincia de Santiago con todas las atribuciones conferidas por el artículo 8° del D.L. 211, es decir, todas aquellas expresadas anteriormente a propósito de las Comisiones Preventivas Provinciales.

(5) Memorándum sobre el D.L. 211, de 1973 (Ley Antimonopolio); Waldó Ortúzar Latapiat, Fiscal de la Defensa de la Libre Competencia; Santiago, 4 de Noviembre de 1974.

LA TUTELA ADMINISTRATIVA SOBRE LA LIBRE COMPETENCIA

199

En relación a las atribuciones de esta comisión, como a las de aquéllas, debe tenerse presente, al tenor de lo preceptuado en el artículo 13° del D.L. 211, que las resoluciones y acuerdos que adopten no obstan al ejercicio de sus atribuciones por la Comisión Resolutiva y por la Fiscalía en su caso. Por otra parte, y según veremos, cuando esta comisión actúa como Comisión Preventiva para la provincia de Santiago, ésta resuelve siempre en única instancia.

3.—LA COMISION RESOLUTIVA

Esta comisión se encuentra tratada en el título III del D.L. 211, artículos 16° a 20°, y es el organismo máximo del sistema quien supervigila la aplicación de las normas del D.L. en análisis, como igualmente vela por el correcto desempeño de los organismos que establece. Por otra parte, despacha las instrucciones generales a que deben sujetarse éstas, siendo sus acuerdos o resoluciones obligatorias para las comisiones preventivas.

Expresábamos anteriormente que para la intervención y acuerdo de medidas de corrección, y aun, de sanciones administrativas por parte de los diferentes organismos creados por el D.L. 211, no era necesario afirmar la existencia de un delito de monopolio, en cuanto delito penal, en toda su configuración jurídico-penal. En efecto, justifica su intervención la sola alteración o riesgo de alteración de la libre competencia.

Una vez precisada la conducta punible con las investigaciones de las Comisiones Preventivas Provinciales y de la Fiscalía, se somete a conocimiento de la Comisión Resolutiva y ésta, a su vez, a la justicia del crimen.

Es la Comisión Resolutiva y la justicia penal quienes deben juzgar ya sobre conductas concretas de monopolio o atentado delictual a la libre competencia y consecuentemente quienes imponen sanciones administrativas y penales, respectivamente. (6)

Integran esta comisión un Ministro de la Excm. Corte Suprema, que la preside; el Director Nacional de la Dirección de Industria y Comercio; el Superintendente de la Compañía de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio; el Superintendente de Bancos; el Director Nacional de Impuestos Internos y el Síndico General de Quiebras.

Los deberes y atribuciones de esta comisión, en general, son: a requerimiento del Fiscal conocer de las situaciones que pudieren importar infracciones a la libre competencia y pronunciarse sobre ellas adoptando una o varias de las siguientes medidas: modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones del D.L. 211; ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieran intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos contrarios al D.L. referido; declarar la inhabilidad temporal de los responsables para ocupar cargos directivos en colegios o instituciones gremiales, la que podrá fijarse entre uno y cinco años; aplicar multas hasta de 150 sueldos vitales anuales de la Provincia de Santiago.

(6) Ver nota anterior.

En contra de las resoluciones de la Comisión-Resolutiva no procede recurso alguno de carácter administrativo o judicial, ni aun la queja. Sólo son reclamables aquellas resoluciones que dispongan la disolución de las personas jurídicas. La inhabilidad para ocupar determinados cargos en Colegios Profesionales o instituciones gremiales o la aplicación de multas, según veremos. (7)

4.—LA FISCALIA

Es el último organismo creado por el D.L. 211 para la prevención, investigación, persecución y represión de los atentados a la libre competencia. Tiene su sede en Santiago y es independiente de todo organismo o servicio, siendo su función principal la de representar el interés

(7) Sobre el particular, necesario resulta referirse al problema que se plantea al tenor de lo expresado en los artículos 12 y 18 del D.L. 211, el artículo 86 de la Constitución Política del Estado, el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y lo expresado por el D.L. 788, de 4.12.74. En efecto, los artículos del D.L. 211 mencionados, que contienen las disposiciones que expresan la improcedencia del recurso de queja en contra de las resoluciones de la Comisión Preventiva Central y Resolutiva, eran claramente inconstitucionales de acuerdo a lo señalado en el artículo 86 de la CPE. Tal artículo entrega a la Corte Suprema la Superintendencia Directiva, Correccional y Económica de todos los Tribunales del país, y en este entendido la forma en que esa corte puede ejercer esta tutela es a través del ejercicio del recurso de queja. Como los organismos creados por el D.L. 211 constituyen verdaderos tribunales de justicia, la norma constitucional mencionada les era plena y claramente aplicables, de tal suerte que la parte que estimaba procedente recurrir de queja ante la Excm. Corte Suprema en contra de las resoluciones de la Comisión Preventiva Central y Resolutiva, debía también solicitar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las mencionadas disposiciones del D.L. 211.

No obstante lo anterior, lo que aparece claro y sin posibilidad de discusión no lo es tanto una vez publicado el D.L. 788 que dicta las normas sobre el ejercicio del poder constituyente. Hasta la fecha de publicación de este D.L. —4.12.74— ninguna diferencia formal se había establecido para determinar en qué casos la Junta de Gobierno actuó en ejercicio del poder constituyente o legislativo, de modo tal que la única forma de identificar cuándo se ejerció una u otra potestad radicaba tan sólo en el contenido o sustancia jurídica de los preceptos aprobados por la Junta de Gobierno.

El artículo 1° del D.L. 788 vino a clarificar la situación producida antes de la dictación de ese decreto ley al declarar que "los decretos leyes dictados hasta la fecha por la Junta de Gobierno, en cuanto sean contrarios o se opongan, o sean distintos, a algún precepto de la Constitución Política del Estado, han tenido y tienen la calidad de normas modificatorias, ya sea de carácter expreso o tácito, parcial o total, del correspondiente precepto de dicha Constitución".

En estas circunstancias aparecía salvada la inconstitucionalidad de los artículos 12 y 18 del D.L. 211, siendo así entendido por la Fiscalía de la Libre Competencia que había interpuesto varios recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y que una vez publicado el D.L. 788 no prosiguió en su tramitación por estimar que el D.L. antes señalado terminaba con la inconstitucionalidad del precepto —artículos 12 y 18 del D.L. 211— que no daba lugar al recurso de queja.

¿Qué ha expresado la Corte Suprema sobre la aplicación del D.L. 788? De acuerdo a una reiterada jurisprudencia —entre otros los fallos recaídos en los autos rol N°s 11.159 (24.1.75); 11.093 (24.1.75); 11.210 (24.1.75); 11.079 (27.1.75); 11.063 (28.1.75)—, basta para rechazar un recurso de inaplicabilidad en contra de un D.L. dictado con anterioridad a la publicación del D.L. 788, de 1974, la existencia de dos circunstancias: a) que se trate de un D.L. dictado con anterioridad al 4.12.74, y b) que sus disposiciones sean opuestas a un precepto de la Constitución.

Sobre las objeciones a la jurisprudencia mecanicista antes señalada puede verse en Gaceta Jurídica N° 7, de 15.4.77, a Gustavo Fiamma Olivares, **El recurso de inaplicabilidad y los Decretos Leyes** (D.L. 788, sobre ejercicio potestad constituyente: soluciones y problemas) (29-33); y a Eduardo Soto Kloss, **Constitución y Ley en el Ordenamiento Jurídico Chileno**, en VII Jornadas de Derecho Público. Edic. Universitaria. Valparaíso, 1976, (133-155).

LA TUTELA ADMINISTRATIVA SOBRE LA LIBRE COMPETENCIA

201

general o público ante aquellos otros organismos creados por el D.L. 211 y ante la justicia ordinaria. Se relaciona con el Supremo Gobierno a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

Además de sus funciones propias, coordina la acción de todos los restantes organismos y presta apoyo administrativo a las Comisiones Preventiva Central y Resolutiva.

Su jefe superior es el Fiscal, que es nombrado por la Comisión Resolutiva, se rige por las normas del D.F.L. 338 de 1960 y sólo puede ser removido y sancionado por aquélla, según proponga la Contraloría General de la República, previo sumario instruido por ésta.

Por otra parte, en cada capital de provincia existe un fiscal delegado que en esta función se encuentra sometido a la dependencia del Fiscal, que es desempeñado por el Jefe Provincial de la Dirección de Industria y Comercio respectivo sin derecho a remuneración especial por esta labor.

El Fiscal, en el ejercicio de sus funciones, es independiente de todas las autoridades o tribunales ante los cuales es llamado a ejercerlas. Puede, en consecuencia, defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime adecuada según sus propias apreciaciones, conforme a derecho.

Entre sus variadas funciones destacan las siguientes:

Instruir las investigaciones que estime procedentes para verificar las infracciones al presente decreto ley, de oficio o a requerimiento de cualquier autoridad o persona; actuar como parte, representando el interés general de la colectividad ante la Comisión Resolutiva y los Tribunales de Justicia; requerir de la Comisión Resolutiva y de las Comisiones Preventivas el ejercicio de cualquiera de sus atribuciones; velar por el cumplimiento de los fallos e instrucciones que dicte la Comisión Resolutiva o los Tribunales de Justicia en las materias a que se refiere este decreto ley; solicitar de las Comisiones Preventivas Provinciales la adopción de medidas preventivas con motivo de las investigaciones que la Fiscalía se encuentre practicando; evacuar los informes que le soliciten las Comisiones; ejercitar la acción penal, por sí o por delegado, cuando se lo ordene la Comisión Resolutiva.

Las funciones de los Fiscales delegados son básicamente las mismas que las del Fiscal a excepción de que no pueden actuar como parte ante la Comisión Resolutiva y los Tribunales de Justicia, no evacúan informes a las Comisiones Preventivas, Central y Resolutiva, y, finalmente, no ejercitan la acción penal a menos que el Fiscal les delegue esta atribución.

Los Fiscales delegados pueden, para el ejercicio de sus funciones, requerir la asesoría del abogado que forma parte de la respectiva Comisión Preventiva Provincial y éste está obligado a prestársela.

Debemos tener presente que el Fiscal delegado puede ser delegatario del ejercicio de la acción penal ante los Tribunales de Justicia, pudiendo también, cuando el Fiscal lo estime necesario, reasumir la representación de la Fiscalía en cualquier proceso o intervenir de igual manera en cualquier trámite o actuación determinada.

IV.—PROCEDIMIENTOS Y SANCIONES ESTABLECIDAS EN EL D.L. 211.

Habiendo determinado, sucintamente, los organismos que pueden conocer, ya de oficio, ya a petición de parte, de los hechos, actos o convenciones atentatorios a la libre competencia, como asimismo, en general, sus atribuciones, decisiones y resoluciones que pueden adoptar en los diferentes casos, a continuación sintetizaremos las normas procedimentales establecidas en el D.L. 211 para estos efectos, como igualmente las diferentes sanciones que pueden afectar a los partícipes de los delitos tipificados en esta legislación.

1.—Del Contencioso Administrativo.

Señalábamos al comienzo de este trabajo que estimábamos que la diferencia fundamental entre el título V de la Ley N° 13.305, primitiva ley antimonopolios, y el D.L. 211, se encuentra en la diferente estructura del sistema. Así, actualmente no sólo existen organismos centrales encargados de la prevención, investigación, persecución y represión de los atentados a la libre competencia, sino que, además, Comisiones Preventivas Provinciales las que al tenor de lo expresado en los artículos 7° a 9° del D.L. 211 también son competentes para conocer de los hechos, actos y convenciones sancionados, como igualmente para acordar decisiones y medidas preventivas.

Desde luego el procedimiento establecido es diferente según sea el organismo que conoce el atentado a la libre competencia, no obstante de que posteriormente pueda desembocar en el organismo central.

1.1. Ante las Comisiones Preventivas Provinciales.

Dentro de su ámbito de competencia, estas comisiones pueden desarrollar las atribuciones contenidas en el artículo 8° del D.L. 211 que en general se refieren a la vigilancia del juego de la libre competencia, absolver consultas, aplicar medidas preventivas, etc.

Absuelta la consulta y en general, acordada una decisión o acordada una medida preventiva, la parte interesada solamente puede reclamar de ella ante la Comisión Preventiva Central dentro del plazo fatal de tres días contados desde la notificación. Este recurso de reclamación, que no suspende los efectos de la resolución reclamada, se interpone directamente ante la Comisión Preventiva Provincial respectiva que remite esta reclamación informada, y con los antecedentes que se hayan allegado, dentro del tercer día, a la Comisión Preventiva Central. Llegados los antecedentes, la comisión debe resolver el recurso dentro del plazo fatal de 30 días contados desde el término fijado para la revisión de los antecedentes. De no hacerlo dentro de este plazo, se entiende acogida la reclamación del afectado sin perjuicio de que posteriormente y sobre la base de nuevos antecedentes, estos hechos, actos o convenciones sean calificados nuevamente de atentatorios a la libre competencia por las mismas comisiones provinciales, central o resolutive y a partir desde que se notifique o publique la resolución que haga esta calificación.

Resuelta la reclamación por la Comisión Preventiva Central, contra su resolución no procede recurso administrativo ni judicial alguno, excluido también el de queja. Sobre este punto es conveniente señalar

que el recurso de queja se encuentra absolutamente desterrado en el sistema del D.L. 211, de tal suerte que no sólo no procede contra las resoluciones emanadas de la Comisión Preventiva Central, sino que tampoco procede contra aquéllas emanadas de la Comisión Resolutiva. (8)

1.2. Ante la Comisión Preventiva Central.

El D.L. 211 en el artículo 11° N° 3, señala que la Comisión Preventiva Central debe actuar como Comisión Preventiva para la provincia de Santiago con todas aquellas facultades conferidas por el artículo 8° de ese cuerpo legal, vale decir, aquéllas propias de las Comisiones Preventivas Provinciales. En virtud de éstas, puede absolver consultas, tomar decisiones o acordar medidas preventivas. No obstante, la diferencia entre esta comisión y aquéllas radica, en este punto, en el hecho de que como comisión preventiva para la provincia de Santiago resuelve siempre en única instancia. A mayor abundamiento, el artículo 12° del D.L. en referencia expresa que contra la resolución de la Comisión Preventiva Central no procede recurso administrativo ni judicial alguno, excluido también el de queja.

En relación a esta materia, valga señalar que de acuerdo a lo expresado en el artículo 14° del D.L. 211, los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones de la Comisión Preventiva Central, no acarrear responsabilidad sino en el caso que, posteriormente y sobre la base de nuevos antecedentes, sean calificados como contrarios a la libre competencia por ella misma o por la Comisión Resolutiva, y a partir desde que se notifique o publique la resolución que haga esta calificación.

1.3. Ante la Comisión Resolutiva.

Entre las variadas atribuciones de la Comisión Resolutiva, se encuentra aquella que le encomienda la supervigilancia de la adecuada aplicación de las normas del presente D.L.

Es el artículo 17° el que señala los deberes y atribuciones de esta comisión. En virtud de ellas puede modificar o poner término a los actos, contratos, sistemas o acuerdos contrarios a las normas del D.L. 211, ordenar la modificación de sociedades, declarar inhabilidades, aplicar multas, etc.

Actuando ya de oficio, ya a requerimiento del Fiscal, la comisión se avoca al estudio de la prueba, que al igual que su resolución, lo hace en conciencia.

Las resoluciones de la comisión se notifican a las personas afectadas o denunciante si lo hubiere, por el Secretario u otro ministro de fe mediante aviso, por una sola vez, en el Diario Oficial. En contra de estas resoluciones no procede recurso alguno de carácter administrativo o judicial, ni la queja (9). Sin embargo es menester señalar que aquellas resoluciones que dispongan la disolución de personas jurídicas,

(8) En efecto, los artículos 12° y 18° del D.L. 211, referidos a la Comisión Preventiva Central y Resolutiva respectivamente, señalan expresamente que en contra de las resoluciones de esas comisiones no procede el recurso de queja.

(9) Ver nota 7.

La inhabilidad para ocupar cargos en Colegios Profesionales o instituciones gremiales o la aplicación de multas, son susceptibles de ser recurridas mediante el recurso de reclamación contemplado en el artículo 19° del D.L. 211 que se interpone directamente ante la Corte Suprema dentro del plazo fatal de 10 días contados desde la notificación de la resolución respectiva.

De este recurso conoce una de las salas de la Corte, previa vista al Fiscal de ese Tribunal; no procede la suspensión de la vista de la causa y se falla en conciencia.

Tratándose de una reclamación contra una resolución que imponga multa es menester, para interponer el recurso, consignar el 50% de la multa decretada sin considerar los recargos legales. De no efectuarse dicha consignación, se desecha el recurso interpuesto. (10)

2.—Del Proceso Penal.

El título V del D.L. 211, artículos 31 a 37 inclusivos, señala las normas relativas al procedimiento penal que debe aplicarse cuando los hechos, actos o convenciones investigados llegan a constituir delito en los términos que señalan los artículos 1° y 2° de ese cuerpo legal.

Antes de analizar las modificaciones que en este aspecto ha introducido el D.L. 211 al Código de Procedimiento Penal, veremos cuándo un Tribunal del Crimen llega a conocer de estos asuntos.

De los organismos creados por el D.L. 211 el único al que expresamente se le atribuyó la facultad de ordenar al Fiscal el ejercicio de la acción penal respecto de los delitos a que se refieren los artículos 1° y 2° del mencionado D.L., es la Comisión Resolutiva. Así se encuentra contemplado en el N° 5 de la letra a) del artículo 17° del cuerpo legal en estudio. Por otra parte, entre las atribuciones y deberes del Fiscal, artículo 24° letra j), se encuentra la de "ejercitar la acción penal, por sí o por delegado, cuando se lo ordene la Comisión Resolutiva de conformidad con el N° 5 de la letra a) del artículo 17°". Vale decir que el único que puede ejercitar la acción penal es el Fiscal o los delegados de éste y sólo cuando se lo ordene la Comisión Resolutiva. No obstante lo anterior, y como complemento de esta norma, el artículo 26°

(10) Es conveniente tener presente la iniquidad que significa la previa consignación del 50% de la multa decretada para interponer el recurso de reclamación contra la resolución de la Comisión Resolutiva. Mencionábamos que esa comisión podía aplicar a los infractores del D.L. 211 multas de hasta 150 sueldos vitales anuales de la provincia de Santiago, que, aun cuando el artículo 17° del D.L. 211 en su N° 4 exprese que la multa se regulará discrecionalmente según sea el capital en giro de los autores de la infracción y la gravedad de ella, atendiendo principalmente al perjuicio causado a la colectividad, podría significar en muchos casos una verdadera negación de justicia al no poder el afectado consignar la suma requerida para el ejercicio de su derecho de reclamación.

Más injusta la disposición si se considera el alto grado de indeterminación de las conductas punibles sancionadas —Ej. letra e) del artículo 2° del D.L. 211—, de tal suerte que el arbitrio podrá ser constitutivo de atentado a la Libre Competencia, en concepto de la comisión respectiva, en base a antecedentes que quizá no estuvieron en la mente ni voluntad del infractor, que por este hecho resulta sancionado y de antemano se le coarta su derecho de reclamación.

Sobre el "solve et repete" puede consultarse a J.M. Oviedo. La decadencia de la regla "solve et repete" y la doctrina del Consejo de Estado Español, en Revista de Derecho Público (Chile) N° 18 (1975), (157-178).

LA TUTELA ADMINISTRATIVA SOBRE LA LIBRE COMPETENCIA

205

del D.L. 211 expresa que el Fiscal puede delegar el ejercicio de la acción penal ante los Tribunales de Justicia en los abogados de la Fiscalía, en los Fiscales Delegados Provinciales, en los abogados procuradores del Consejo de Defensa del Estado o en los abogados de las Comisiones Preventivas Provinciales.

Como lógica consecuencia de que la acción penal puede ser ejercitada sólo por el Fiscal o sus delegados, el artículo 32° expresa que los procesos sólo podrán iniciarse por denuncia o querrela formulada por el Fiscal, por sí o por delegado, y, en todo caso, a requerimiento de la Comisión Resolutiva, según expresamos.

Los procesos criminales por los delitos penados por el D.L. 211 se sujetan al procedimiento por crimen o simple delito de acción pública con las modificaciones que a continuación se indican:

1) El proceso sólo podrá iniciarse por denuncia o querrela formulada por el Fiscal, por sí o por delegado, y, en todo caso, a requerimiento previo efectuado al Fiscal por la Comisión Resolutiva (art. 32°);

2) El sumario deberá terminar en el plazo de 60 días. Sin embargo ese término podrá prorrogarse hasta por 30 días más y por una sola vez, si el Juez lo estima indispensable para el éxito de la investigación, debiendo en tal caso dictarse un auto motivado y darse cuenta a la Corte de Apelaciones respectiva (art. 33°);

3) El representante de la Fiscalía podrá tomar conocimiento de lo que se haya obrado en autos —sumario— y en cualquier estado del mismo. Valga hacer notar que este derecho sólo se le concede a aquél y no así al denunciado o querrellado el cual, en este punto, debe estarse a las reglas generales señaladas en el Código de Procedimiento Penal que reglamentan el conocimiento del sumario (art. 34°);

4) Los Tribunales de Justicia apreciarán la prueba en conciencia (art. 35°);

5) Todos los hechos ejecutados en virtud de un determinado acto o convención penado por los artículos 1° y 2° del D.L. 211 serán juzgados como un solo delito (art. 36°);

6) Es competente para conocer en primera instancia un Ministro de la Corte de Apelaciones respectiva, como Tribunal unipersonal (art. 37°, inc. 2°); y,

7) En estos procesos no se concederá a los autores y cómplices la libertad provisional, sino una vez dictada sentencia definitiva de primera instancia absolutoria o sobreseimiento definitivo, y no tendrá lugar la aplicación, en estos casos, de lo dispuesto en los incisos penúltimo y último del artículo 363 del Código de Procedimiento Penal (art. 37°). (11)

(11) El artículo 37° del D.L. 211 se opone, en lo que a la libertad provisional se refiere, a la letra d) del N° 6 del artículo 1° del Acta Constitucional N° 3 —D.L. 1552, de 13.9.76—.

La mencionada AC expresa que la libertad provisional es un derecho del detenido o sujeto a prisión preventiva y que procederá siempre, a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el Juez como estrictamente necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad; de tal suerte que esta disposición deroga todo el sistema de la libertad provisional que regulaba el Código de Procedimiento Penal. En estas circunstancias la referencia hecha por el artículo 37° del D.L. 211 lo es a una disposición o, mejor dicho, a un conjunto de disposiciones derogadas.

Sobre el debate suscitado en torno a la libertad provisional y el AC N° 3, puede verse en esta misma obra *Avance Constitucional y Retroceso Interpretativo* de Gustavo Fiamma Olivares, y en *Gaceta Jurídica* N° 11 (15.8.77) (22-26).

SANCIONES ESTABLECIDAS POR EL D.L. 211

El artículo 1º del título I, disposiciones generales, del D.L. 211, establece las sanciones penales a que se hacen acreedores los que ejecuten o celebren, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia en la producción o en el comercio interno o externo. Estos son penados con presidio menor en cualquiera de sus grados. Sin embargo, cuando cualquiera de los delitos incida en artículos o servicios esenciales tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicinas o salud, la pena se aumenta en un grado.

Para los efectos señalados precedentemente, el artículo siguiente —2º— expresa en forma enunciativa o ejemplar los hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia a que nos referimos en puntos anteriores.

Tratándose de personas jurídicas y sin perjuicio de la responsabilidad penal que afecta a sus representantes legales o a las personas naturales que por ellas obren, puede ordenarse la disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado, facultad expresamente conferida a la Comisión Resolutiva en el N° 2 de la letra a) del artículo 17º del D.L. 211.

En caso de tratarse de una sociedad o de una agencia de sociedad anónima extranjera, la sentencia que aplique la pena prevista anteriormente deberá ser inscrita en el registro respectivo y publicada, por una sola vez, en el Diario Oficial.

V JUICIO CRITICO

Hemos efectuado un somero análisis descriptivo del sistema general del D.L. 211, con referencias jurisprudenciales al artículo 2º del mismo, y no podemos terminar este trabajo sin dejar de expresar algunas apreciaciones generales respecto al D.L. mencionado.

Quizá la característica fundamental que diferencia esta nueva legislación antimonopolio de la anterior contemplada en el título V de la Ley N° 13.305, como lo señaláramos al comienzo de este trabajo, sea la diferente estructura que se observa en el D.L. 211. Mediante ella el legislador ha pretendido que la prevención, investigación persecución y represión a los atentados a la libre competencia sea operativa en todo el país y no sólo en la región central del mismo, otorgando a las Comisiones Preventivas Provinciales suficientes atribuciones como para lograr un adecuado control del juego económico.

No obstante que el D.L. 211 estructura un sistema capaz de cumplir holgadamente con los fines expresados en los considerandos de ese cuerpo normativo, se observan pequeñas deficiencias que de modo alguno menoscaban el mérito del D.L. 211. Así, podríamos indicar que sería conveniente adecuar el lenguaje empleado en la ley acorde con la nueva estructura política administrativa contenida fundamentalmente en los D.L. N°s 573 y 575, de 1975, aun cuando esta adecuación no afecta el sistema pero en todo caso sería útil para delimitar con mayor precisión el ámbito de competencia de los diversos organismos.

LA TUTELA ADMINISTRATIVA SOBRE LA LIBRE COMPETENCIA

207

Mayor atención requiere el artículo 2º del D.L. como lo hemos expresado en puntos anteriores. Tal cual lo indicáramos en su oportunidad, la enunciación de los hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia resulta poco precisa, más aún si consideramos que éstas pueden dar origen a sanciones penales. Convendría que el legislador, y no la jurisprudencia, ahondara en cada uno de los arbitrios sancionados de modo que toda persona natural o jurídica conociera concretamente las acciones sancionadas.

Más urgencia requeriría la modificación de este artículo al tenor de lo expresado en la letra e) del artículo 2º, esto es, que "cualquier" arbitrio no mencionado en esa disposición podría ser constitutivo de atentado a la libre concurrencia, y, por ende, su autor ser objeto de alguna sanción. La gravedad de esta disposición puede medirse por la naturaleza y gravedad de las sanciones que es posible aplicar en cada caso.

Estimamos interesante reproducir en este trabajo parte de las críticas formuladas al D.L. 211 por el Fiscal de la Defensa de la Libre Competencia, don Waldo Ortúzar L., (12) quien ha expresado que a su juicio el examen de la ley revela que ella está bien concebida y que da a sus órganos las atribuciones suficientes para prevenir, corregir, investigar y reprimir cualquier atentado a la libre competencia. Por otra parte estima que requeriría de pocas modificaciones, que miran más bien a su perfección jurídica, pero de ningún modo son urgentes.

Así señala, a modo ejemplar, las siguientes ideas:

1) Convendría definir la situación de los servicios prestados por profesionales, que ha dado lugar a un arduo debate. Actualmente la Comisión Resolutiva ha decidido, por mayoría de votos, que ellos no quedan bajo las disposiciones del D.L. 211. La Comisión Preventiva Central, anteriormente, resolvió lo contrario. La Fiscalía sostiene esta última interpretación;

2) Se ha demostrado inconveniente la segunda instancia o recurso de reclamación de los dictámenes de las Comisiones Preventivas Provinciales ante la Comisión Preventiva Central, y la única instancia que posee esta última. Convendría colocar a la Comisión Preventiva Central en igual situación que las Comisiones Preventivas Provinciales y dar, respecto de todas ellas, recurso de reclamación ante la Comisión Resolutiva. Se evitaría así numerosos problemas procesales que ya se han presentado;

3) Convendría eliminar la prohibición del recurso de queja contra los fallos de la Comisión Resolutiva para ante la Excm. Corte Suprema. La disposición que la contiene, artículo 18º inciso final es, por ello, inconstitucional, y obligaría en cada caso a interponer recurso de inaplicabilidad. La Fiscalía ya ha debido intentar estos recursos; (13)

(12) Ver nota 5.

(13) Sobre el problema de la inconstitucionalidad de las disposiciones del D.L. 211 que no hacen procedente el recurso de queja, nos referimos en la nota 7. En todo caso es conveniente tener presente que el memorándum que contiene las críticas al D.L. 211 fue escrito un mes antes de la publicación del D.L. 788. Antes de esa fecha —4.12.74— la Fiscalía intentó los recursos de inaplicabilidad correspondientes, los que no se prosiguieron una vez publicado el D.L. 788 como mencionáramos en la nota antes aludida.

4) Convendría ampliar la posibilidad de recurso de reclamación por la Fiscalía respecto de toda las resoluciones de la Comisión Resolutiva, ya sean condenatorias o absolutorias. Para ello habría que introducir la correspondiente modificación al artículo 19° del D.L. 211, el cual quedaría así en armonía con el artículo 24°, letra c) del mismo;

5) Convendría rebajar el quórum de la Comisión Preventiva Central (o de Santiago), a tres de sus miembros, ya que el actual de cinco ha demostrado ser difícil de reunir; y,

6) Convendría aclarar la generación de los representantes de los consumidores de la letra f) del artículo 7°, pues en provincias no existirían Uniones Comunales de Juntas de Vecinos.

Resulta, en cambio, verdaderamente urgente reponer la facultad de contratación de funcionarios técnicos por la Fiscalía, que está contenida en el artículo 23° del D.L. y que actualmente ha sido derogada por las normas de los decretos leyes N°s 200 y 534.

El D.L. 211 concibió una planta reducida de la Fiscalía, siete funcionarios en total incluyendo al Fiscal, de los cuales tres son administrativos, para atender las funciones permanentes indispensables de la Fiscalía, pero se dio al Fiscal la facultad de contratar los técnicos o funcionarios especializados que pudiera requerir para determinadas investigaciones específicas. La Fiscalía no alcanzó a hacer uso de dicha facultad antes de las restricciones indicadas. Así, y en la actualidad, su dotación le permite apenas despachar el trabajo jurídico y administrativo que le requieren las Comisiones Preventiva y Resolutiva y le impide practicar de oficio las investigaciones que debiera abarcar en diversos campos.

También es indispensable, y para cumplir los fines señalados precedentemente, otorgar al Fiscal la facultad de solicitar el personal que estime calificado, en comisión de servicio".

Finalmente, es preciso destacar la abundante jurisprudencia que con motivo de la acción de los organismos creados por este D.L. ha surgido de los artículos 1° y, especialmente, 2° del mismo. Este trabajo revela la gran incidencia que esta nueva normativa ha tenido en todo el proceso productor, económico, del país desde el momento mismo en que entró en vigor esta nueva legislación antimonopolio. Por otra parte, este trabajo jurisprudencial de los diversos organismos creados por el D.L. 211 nos enseña que, aun cuando las reglas económicas hayan variado, no por ello el Estado ha abandonado la adecuada tutela del juego de las fuerzas económicas en resguardo de los intereses superiores de la economía del país.