

Jorge Grunberg Pilowsky\*

# La Potestad Reglamentaria del Tribunal de Defensa de la Competencia: Un Tema Conflictivo en la Reforma al Decreto Ley 211

## I. Introducción

El Decreto Ley (D.L.) 211 de 1973 que establece las normas para la defensa de la Libre Competencia en nuestro país ha sido objeto de una reforma. El proyecto que modifica el citado cuerpo legal inició su tramitación legislativa en el Senado el día 21 de mayo de 2002, una vez formulado el Mensaje por el Presidente de la República.

Tras una ardua tramitación, el proyecto quedó a un paso de ser Ley cuando el pasado 7 de octubre de 2003 el Excelentísimo Tribunal Constitucional dictó su fallo en la causa Rol N° 391, en el ejercicio del Control de Constitucionalidad preventivo de carácter obligatorio, conforme al artículo 82 N° 1 de la Constitución Política.

Finalmente, la reforma fue promulgada y publicada en el Diario Oficial el día 14 de noviembre de 2003, pasando a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico bajo el rótulo de Ley N° 19.911, la cual entró en vigencia una vez transcurridos 90 días desde su publicación, es decir, el día 13 de febrero de 2004, tal y como lo dispone la Disposición Transitoria Primera de la citada Ley.

El presente trabajo tiene por objeto abordar un tema que es parte de la Ley que rige una de las materias más relevantes y sensibles del derecho económico nacional: La Ley Antimonopolios o de Defensa de la Libre Competencia.

El tópico en cuestión es la potestad reglamentaria asignada al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el cual merece ser abordado por su carácter conflictivo. Y su conflictividad radica en su dudosa constitucionalidad.

*Egresado de Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (2003).  
Becario CEAL-ESCH, Universidad Autónoma de Madrid (Febrero-Julio 2004).*

## II. La Potestad Reglamentaria del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

El artículo 17 C en su numeral 3 del reformado D.L. 211 dispone que “El Tribunal de Defensa de la libre competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: 3) Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella”.

La citada disposición consagra la potestad reglamentaria del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. El Mensaje del Ejecutivo, en el mismo artículo que el texto definitivo del Proyecto, señalaba que “El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: 3) Dictar instrucciones de carácter general a las cuales deberán ajustarse los particulares en la celebración de actos o contratos que pudieran atentar contra la libre competencia”.

Salta a la vista algunas diferencias entre el texto definitivo y el del Mensaje. Entre ellas se encuentra, en primer lugar, el hecho de que en el texto definitivo la dictación de instrucciones debe hacerse “de conformidad a la ley”. En segundo lugar, en el texto definitivo se señala que los particulares deberán “considerar” las instrucciones en los actos o contratos que ejecuten o celebren; en cambio, en el Mensaje, se previene que los particulares deberán “ajustarse” a las instrucciones. Por último, en el texto definitivo se expresa que los actos o contratos en cuestión “deben tener relación con la Libre Competencia o poder atentar contra ella”; en cambio, en el Mensaje, sólo se hace referencia a actos o contratos que “pudieran atentar contra la Libre Competencia”.

Finalmente, haciendo un poco de historia, cabe recordar que el D.L. 211 de 1973 en su artículo 17 inciso 2º letra b confería a la Comisión Resolutiva la atribución de “Dictar instrucciones de carácter general a las cuales deberán ajustarse los particulares en la celebración de actos o contratos que pudieran atentar contra la libre competencia”. Es decir, consagraba la potestad reglamentaria en cuestión en términos idénticos a los propuestos por el Poder Ejecutivo en el Mensaje que inició la tramitación del Proyecto de Reforma al D.L. 211.

### *1. El conflicto*

El tópico en cuestión resulta interesante de ser analizado a raíz de la objeción de inconstitucionalidad que se planteó respecto de la potestad reglamentaria que la Ley de Defensa de la Libre Competencia asigna al Tribunal del mismo nombre. Dicha objeción fue planteada durante la tramitación en el Congreso Nacional y volvió a ser enunciada ante el Tribunal Constitucional por medio de un escrito presentado por la Diputada Señora María Pía Guzmán Mena.

En los párrafos que siguen se hará referencia a los argumentos esgrimidos por la Diputada Guzmán para plantear la inconstitucionalidad de la potestad en análisis, luego se

hará mención a la decisión contenida en el fallo Rol N° 391 del Tribunal Constitucional y, finalmente, se realizarán algunos comentarios.

### 1.1. La presentación de la Diputada Sra. María Pía Guzmán<sup>1</sup>

La Diputada inicia su argumentación señalando que el artículo 17 C N°3 del Proyecto tiene su origen en el artículo 17 inciso segundo letra b del D.L. 211 de 1973. Dice la Sra. Guzmán que es necesario recordar que el D.L. 211 fue dictado años antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1980. Aun más, los preceptos relativos al orden público económico no aparecen reflejados ni siquiera en las Actas Constitucionales de 1976 pues fueron discutidos por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución en los últimos meses de su funcionamiento, en el año 1978.

Continúa diciendo que la disposición del Mensaje del Ejecutivo —anteriormente transcrita— reiteraba al artículo 17 inciso segundo letra b del D.L. 211 de 1973. En torno a ello, en las comisiones parlamentarias se dijo que: (i) la facultad de la Comisión Resolutiva de dictar normas que regulan el ejercicio de actividades económicas es inconstitucional, ya que sólo el legislador está facultado para regular el ejercicio del derecho a emprender contemplado en el artículo 19 N°21 de la Carta fundamental; y (ii) la atribución de dictar instrucciones generales que tenía la Comisión Resolutiva, sólo se explicaba porque la norma que se la concedió tuvo su origen en una ley dictada con anterioridad a la Constitución de 1980.

Así, para efectos de salvar la inconstitucionalidad del artículo 17 C N°3 se introdujeron cambios a la disposición propuesta por el ejecutivo. Se agregaron las palabras “de conformidad a la ley”, quedando la regla redactada de la siguiente forma:

“El Tribunal de Defensa de la libre competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: 3) Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella”.

La Diputada Guzmán cree que aun con el antedicho agregado, el artículo 17 C N°3 es inconstitucional. Una primera razón es que desde un punto de vista constitucional, el único medio idóneo para regular una actividad económica es la norma que emana del legislador. Ni la potestad reglamentaria ni las instrucciones de un tribunal *sui generis* pueden arrogarse esa potestad. Funda su aserto en que la historia fidedigna de la constitución, la jurisprudencia de los tribunales y la doctrina constitucional han entendido que el constituyente al hablar de “normas legales” en el artículo 19 N°21 se refiere sólo a la ley y no a otro tipo de normativa.

1 Véase la presentación efectuada por la Diputada en cuestión, la cual rola de fojas 161 a 169 en el expediente Rol N°391 seguido ante el Tribunal Constitucional de Chile.

En el fondo, aduce que la regulación del derecho a emprender es materia de reserva legal absoluta, esto es, que sólo en el ejercicio de la potestad legislativa puede regularse el derecho a desarrollar cualquier actividad económica.

Dos temas interesantes que plantea la Diputada en el contexto de esta parte de su presentación y que más adelante merecerán nuestra atención son:

- (i) *Considera que la facultad de normar de los tribunales se circunscribe únicamente a la autoridad que emana de su jurisprudencia.* Desarrolla lo anterior señalando que una concepción distinta que implique que las decisiones de una corte sean obligatorias para el resto de la comunidad, pugna con la noción de tribunal a que adhiere nuestra Constitución. En efecto, los artículos del Capítulo VI de la Constitución se fundan en que los tribunales deben conocer las causas, resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado como tarea exclusiva. Es decir, a los tribunales corresponde pronunciarse respecto de casos concretos, y no dictar normas generales y abstractas, salvo el caso de la Corte Suprema a través de los autos acordados que se reducen a materias de mero procedimiento.
- (ii) *Destaca que una atribución para dictar instrucciones generales, asemejarla al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con las Superintendencias.* Completa y precisa dicha afirmación expresando que del estudio de las leyes que organizan las Superintendencias, aparece claramente que las atribuciones que éstas tienen para dictar instrucciones se encuentran rigurosamente acotadas en los respectivos cuerpos legales o, al menos, hay un mandato legal más específico que el que se analiza. Vale decir, la regulación se encuentra, como ordena la Constitución, en la normativa legal y se delegan a las Superintendencias aspectos concretos para una mejor aplicación de las leyes. Lo que no sucede en la especie.

Continuando con su exposición, la Sra. Guzmán se hace cargo de otra argumentación que pretende salvar la inconstitucionalidad de la norma. Ésta consiste en que se ha dicho que la potestad en cuestión no está relacionada con la regulación de una actividad económica. Para estos efectos, se ha señalado que el precepto no autoriza a regular, sino que simplemente a dictar instrucciones que “deben ser consideradas por los particulares” cuando corresponda.

Frente a lo anterior, María Pía Guzmán señala que la diferencia es sólo semántica pues conceptualmente, los particulares estarán obligados a ceñirse a las disposiciones del Tribunal, ya que así lo ordena en términos claros el Proyecto. No son entonces simples consejos. Son normas obligatorias. En conclusión, las instrucciones generales que deberán considerar los particulares son regulaciones que, como se ha señalado, corresponden únicamente al legislador.

Una última objeción que plantea la Diputada es que la atribución en cuestión no se adecua a la Constitución Política porque, según el artículo 60 N°20 de la Carta Fundamental, sólo son materias de ley las normas de carácter general y obligatorio que estatuyan las bases esenciales de un ordenamiento jurídico.

Desarrollando esto último, expresa que como puede apreciarse la definición general de las materias de ley coincide íntegramente con la atribución que se le concede al Tribunal. En efecto, son materia de ley las normas de carácter general y obligatorio –o lo que es lo mismo, las instrucciones generales que deberán considerarse por los particulares– que estatuyan las bases esenciales de un ordenamiento jurídico –o como dice el Proyecto, que deben ser consideradas en los actos o contratos que ejecuten o celebren (los particulares) y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella–.

### *1.2. El Fallo del Tribunal Constitucional*

El Tribunal Constitucional el día 7 de octubre de 2003 dictó su fallo Rol N°391 en el cual resuelve sobre la constitucionalidad del Proyecto de Ley, aprobado por el Congreso Nacional, que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 82 N°1 de la Constitución Política.

En los considerandos 11° a 14° aborda la materia que nos ocupa, esto es, la potestad reglamentaria del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o, en las palabras de la Ley, la atribución de dictar instrucciones de carácter general.

Con respecto a los argumentos esgrimidos por la Diputada María Pía Guzmán, cabe señalar que la sentencia Rol N° 391 sólo se hizo cargo de lo afirmado por la diputada en torno a que el artículo 17 C N° 3 del Proyecto contravendría el artículo 60 N° 20 de la Constitución, eludiendo el núcleo de la presentación de la Diputada, esto es, que el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política establece una reserva legal absoluta en materia de la regulación del derecho a desarrollar cualquier actividad económica.

El considerando 12° del fallo señala lo siguiente:

“Que, en relación a este precepto [el artículo 17 C N°3], la diputada señora María Pía Guzmán hizo presente en el Informe de la Comisión Mixta, que se transcribe en la página 65 de la sesión 33, de 27 de agosto de 2003, de la Cámara de Diputados, que dicha norma presenta problemas de constitucionalidad, porque sólo a la ley le corresponde impartir instrucciones de carácter general, criterio que fue reiterado en presentación formulada a este Tribunal por la misma señora diputada, en este control de constitucionalidad”.

El Tribunal Constitucional desestimó en el considerando 13° de su sentencia la objeción de constitucionalidad planteada por la Diputada y, de paso, dilucidó la naturaleza de la potestad en estudio en los siguientes términos:

“Que se desestimará la antedicha objeción de constitucionalidad por considerarse que la aludida norma no contiene, propiamente, una potestad normativa de índole legislativa o reglamentaria que la Constitución Política confiere a otros órganos del Estado de modo exclusivo, sino de una atribución del Tribunal necesaria para el cumplimiento de su misión de promoción y defensa de la

libre competencia en los mercados, cuyo ejercicio, además, se encuentra detalladamente reglado en el artículo 18 del proyecto de ley, el que garantiza la audiencia de los agentes económicos a los que se aplicarán tales instrucciones y a los que se da oportunidad de aportar antecedentes y manifestar su opinión.

Además, se declarará que el uso de la referida atribución queda en todo caso sometida al control jurisdiccional de los órganos competentes”.

Finalmente en el considerando 14º de su fallo, el Tribunal Constitucional, al declarar la constitucionalidad del artículo 17 C N°3, desentraña el sentido práctico que tienen las palabras “en conformidad a la ley”:

“Que en mérito de lo expuesto, se declara que la atribución que se le confiere al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el N°3 del artículo 17 C, contemplado en el numeral 6 del Artículo Primero del proyecto, es constitucional en el entendido que, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 7º y 18 del precepto antes indicado del proyecto, las referidas instrucciones quedarán sometidas, en cuanto se les exige que se dicten “en conformidad a la ley”, al control jurisdiccional de los tribunales y a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema”.

## 2. Comentarios y conclusiones

### 2.1. La reserva legal que instituye el artículo 19 N°21 de la Constitución Política

El primer tema a considerar en esta parte surge a partir del planteamiento que constituyó el núcleo de la presentación de la Diputada Guzmán y que –misteriosamente– fue omitido por el Tribunal Constitucional en su sentencia.

En efecto, el dilema consiste en determinar si el derecho consagrado y asegurado en el artículo 19 N°21 de la Constitución Política es materia de reserva legal absoluta o relativa.

La tesis de la “reserva absoluta” señala que nuestra Constitución exige a la ley una regulación exhaustiva, de modo que el espacio no lo llene el reglamento. La tesis de la “reserva relativa”, en tanto, señala que en nuestra Constitución la ley sólo debe abordar las materias que la Constitución expresamente le encargó abordar. Y dentro de esas, sólo debe regular las bases esenciales del ordenamiento jurídico; lo demás, queda entregado al reglamento<sup>2</sup>.

En otras palabras y respecto del derecho a desarrollar cualquier actividad económica consagrado en el artículo 19 N°21 de la Carta Fundamental, si se acepta que la expresión “normas legales que la regulen” implica la consagración de una reserva legal absoluta, entonces sólo a través del ejercicio de la potestad legislativa podrá regularse el

2 Carmona Santander, Carlos. Un nuevo estadio en la relación Ley-Reglamento: el ámbito del reglamento, en: Revista de Derecho Público, vol. 63 pp. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 155-156.

derecho en cuestión; en cambio, si se sostiene que la Constitución consagra una reserva legal relativa, entonces la regulación de esta garantía constitucional se dará en el marco de una relación de colaboración entre la potestad legislativa y la reglamentaria: la ley fijará las bases esenciales y el reglamento entrará a regular aspectos más específicos, poniendo en ejecución a la ley.

En su presentación ante el Tribunal Constitucional, la Diputada Guzmán afirmó que la regulación del derecho a desarrollar cualquier actividad económica consagrado en el artículo 19 N°21 de la Constitución Política es materia de reserva legal absoluta. La parlamentaria fundó su aserto en la historia fidedigna de la Constitución Política, en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En lo que dice relación con la historia fidedigna de la Constitución, la Diputada cita las palabras del comisionado Sr. Enrique Ortúzar en la Sesión N° 388:

“El Señor Ortúzar (Presidente) expone que se encomienda a la ley determinar las limitaciones que puedan establecerse al ejercicio de la libertad económica”<sup>3</sup>.

En materia doctrinaria, la Diputada cita las opiniones de los profesores José Luis Cea Egaña y Arturo Fermandois Vöhringer.

Respecto de la opinión del primer académico, hoy Ministro del Tribunal Constitucional, la señora Guzmán expresa:

“José Luis Cea señala que “la locución “normas legales” hay que entenderla en el sentido propio o estricto del término, ya que la ley es la única clase de norma idónea para regular el ejercicio de un derecho fundamental”<sup>4</sup>.

En cuanto a lo postulado por el segundo académico, la Diputada lo cita de la siguiente manera:

“Arturo Fermandois postula que “por normas legales debemos entender aquellas dictadas en ejercicio de la potestad legislativa de los artículos 32 N°1 y 42 de la Constitución, sometidas al procedimiento de formación de la ley de los artículos 62 a 72 de la Carta”<sup>5</sup>.

Por último, en materia jurisprudencial, María Pía Guzmán cita los fallos Rol N° 146 de 21 de abril de 1992 y Rol 185 de 28 de febrero de 1994.

Con respecto al primer fallo –Rol N° 146– conocido dentro de la doctrina como “Letreros Camineros I”, invoca el considerando 11°:

3 Actas oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. Sesión N°388. Citado por: Guzmán Mena, María Pía. Presentación efectuada ante el Tribunal Constitucional de Chile en autos Rol N°391. 22 de septiembre de 2003.

4 Cea Egaña, José Luis. Manual de Derecho Constitucional, t. II, p. 255. Citado por: Guzmán, María Pía. Ob. Cit.

5 Fermandois Vöhringer, Arturo. Derecho Constitucional Económico, p. 124.

“Que, si bien es efectivo que el legislador haciendo uso de su facultad de “regular” puede establecer limitaciones y restricciones al derecho a desarrollar cualquier actividad económica, esta facultad no le corresponde al administrador, pues de acuerdo al texto constitucional, por el artículo 60, N° 2, que establece “Sólo son materias de ley: Las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley”, estas atribuciones están entregadas expresamente al legislador, al disponer el constituyente que el derecho a desarrollar una actividad económica se asegura “respetando las normas legales que la “regulen””. En otras palabras, el constituyente entrega al legislador y no al administrador la facultad de disponer cómo deben realizarse las actividades económicas y a qué reglas deben someterse”.

Con respecto al segundo fallo –Rol N° 185–, que se refiere a la constitucionalidad de la Ley de bases del medio ambiente, cita el considerando 12° letra d):

“Porque el establecer “prohibiciones totales o parciales” de emisión a empresas, industrias, faenas o actividades que produzcan o puedan incrementar la contaminación ambiental, viola el artículo 19, N° 21, inciso primero, de la Constitución Política, que reconoce a todas las personas el “derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”. La regulación de la actividad referida es materia de reserva legal y el artículo 49 del referido proyecto no es precisamente quien regula el punto sino que expresamente reenvía a regulaciones dictadas por la autoridad administrativa, por medio de un reglamento administrativo; por ello mismo vulnerarse también los artículos 6° y 7°, 1°, inciso cuarto, y 5°, inciso segundo, de la Constitución”.

Una vez que se han planteado los argumentos esgrimidos por la Diputada Guzmán en torno a que el artículo 19 N°21 de la Constitución instituye una reserva legal absoluta, pasaremos a hacernos cargo de cada uno de ellos para llegar a la conclusión de que la tesis vigente hoy, y que a nuestro entender es la acertada, es aquella que afirma que el artículo 19 N°21 de la Carta Fundamental consagra una reserva legal relativa.

Primero, en cuanto al argumento de que en la historia fidedigna de la Constitución consta que el artículo 19 N°21 consagra una reserva legal absoluta, creemos que es insuficiente para aceptar lo anterior. Por lo demás, de lo contrario, caeríamos en concebir a la Constitución como una “estatua”, es decir,

“como un cuerpo rígido, desde luego, “ya hecho”, inmutable e incorrupto, compuesto por reglas también ya diseñadas que cabe lealmente cumplir. Y esa lealtad significa –básicamente– respetar la letra y el espíritu del constituyente histórico”<sup>6</sup>.

6 Sagiés, Néstor Pedro. La interpretación judicial de la Constitución. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 31.



En este trabajo somos partidarios de una visión opuesta de la Constitución Política, más cercana de aquella calificada como “doctrina de la Constitución viviente” (living constitution), es decir,

“una Constitución es lo que el Gobierno y el pueblo, que gravitan en los asuntos públicos, reconocen y respetan como tal; lo que piensan que es; más aun, no es lo que ha sido, ni lo que es hoy: siempre se está convirtiendo en algo diferente, y tanto las críticas, así como aquellos que la elogian, al igual que los actos realizados bajo su imperio, ayudan a convertirla en lo que será mañana”<sup>7</sup>.

En materia doctrinaria, en tanto, creemos que por sobre interpretaciones predominantemente literalistas, como las de los profesores Cea y Fermandois, deben preferirse interpretaciones más sistemáticas y, al mismo tiempo, realistas, del texto de la Constitución Política.

En este contexto, la llamada “teoría de la intensidad de la reserva”<sup>8</sup> sostiene que la reserva legal no tiene siempre la misma intensidad. En efecto, se distinguen cuatro tipos de reserva legal –derivadas fundamentalmente de la distinción que realiza el artículo 19 N°26 de la Constitución Política<sup>9</sup>–, correspondiéndole a la potestad reglamentaria un comportamiento distinto en cada una de ellas. Estas son:

- a) *Reservas legales complementarias*. Ellas se caracterizan, en general, por un mandato constitucional en donde el núcleo del derecho lo define el propio texto fundamental, abandonando su complemento a la ley, de modo que el derecho se ve perfeccionado cuando la ley existe. El ámbito del reglamento es aquí muy menor.
- b) *Reservas legales limitativas*. Se caracterizan por el hecho de que el constituyente autoriza al legislador para establecer deslindes al contenido del derecho. Es una reducción impuesta exteriormente al contenido del derecho o libertad objeto de reconocimiento constitucional, mediante la exclusión de determinados supuestos fuera del ámbito de protección en virtud de una expresa habilitación constitucional. El reglamento tiene también aquí un ámbito de creatividad estrecho.
- c) *Reservas legales regulatorias*. Se caracterizan por el mandato constitucional, que le permite al legislador guiar la configuración del derecho, supeditado siempre a los fines y objetivos que la Constitución le establece, entre otros, el respeto a la esencia del derecho. En consecuencia, es el propio legislador quien determina qué cuestiones precisas quedan subordinadas a la ley, y en aquellos aspectos

7 Sagüés, Néstor. Ob. Cit., pp. 31–32.

8 Esta tesis la sostiene Gonzalo García Pino en “La reserva legal de los derechos constitucionales: ¿Poder legislativo contra la administración?”. Pontificia Universidad Católica de Chile. Tesis de postgrado. Santiago, pp. 217–250. Citado por: Carmona, Carlos. Ob. Cit., pp. 187–188.

9 El artículo 19 N°26 de la Constitución establece que “La Constitución asegura a todas las personas... 26° La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

que no puedan ser resueltos por ella, justificadamente, se las entrega al reglamento para perfeccionar la regulación y que sea posible su eficacia. Aquí el reglamento tiene un espacio mayor.

- d) *Reservas legales negativas*. Ellas constituyen claramente prohibiciones; ello implica que al legislador se le limita explícitamente para atribuirse competencias en la materia que precisa la Constitución, por ejemplo “la ley no podrá establecer diferencias arbitrarias”. El reglamento tiene en este tipo de reservas la misma restricción que la ley que ejecuta; por lo mismo, su grado de intervención es menor.

Así, tomando en cuenta la cuatripartita distinción recién expuesta, la reserva legal consagrada en el artículo 19 N°21 de la Constitución cabe ser encuadrado dentro de la categoría de las “reservas legales regulatorias”. Es decir, en la materia, hay un mandato constitucional que le permite al legislador determinar qué cuestiones específicas quedan subordinadas a ley, y en aquellos aspectos que no puedan ser resueltos por ella, justificadamente, se las entrega al reglamento para perfeccionar la regulación y que sea posible su eficacia. En consecuencia, en este ámbito de reserva legal, el reglamento tiene un más vasto campo de acción.

Complementando los aspectos doctrinarios recién expuestos, cabe señalar que la jurisprudencia actualmente se ha inclinado por considerar que la reserva legal del artículo 19 N°21 es relativa. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha experimentado un giro con respecto a posiciones por él antaño sustentadas –por ejemplo en las sentencias Roles números 146 y 185–.

En primer lugar, cabe citar el fallo Rol N°325 de 26 de junio de 2001, que en sus considerandos 40° y 41° expresa:

“40°. Que, en este sentido, es necesario reiterar el criterio que ha sostenido este Tribunal en cuanto a que las disposiciones legales que regulen el ejercicio de estos derechos, deben reunir los requisitos de “determinación” y “especificidad”. El primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal; y el segundo requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad. Por último, los derechos no podrán ser afectados en su esencia, ni imponerles condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Cumplidas que sean dichas exigencias, es posible y lícito que el Poder Ejecutivo haga uso de su potestad reglamentaria de ejecución, pormenorizando y particularizando, en los aspectos instrumentales, la norma, para hacer así posible el mandato legal;

41°. Que, en este mismo orden de ideas es útil consignar que ocurre con frecuencia que sea la misma ley la que convoque la potestad reglamentaria, o que por tratarse de una ley de bases, por su carácter general, sea indispensable el

uso de esta potestad de ejecución. En la situación en análisis, los dos cuerpos legales que se invocan como antecedente del acto administrativo impugnado – la Ley de Bases del Medio Ambiente y Ley del Tránsito– convocan reiteradamente a la potestad reglamentaria, y ambas podrían ser calificadas como leyes de bases, toda vez que serían encasillables dentro del concepto que consigna el N° 20) del artículo 60 de la Constitución. Ahora, específicamente respecto de la primera de las indicadas, la historia fidedigna de su establecimiento y muy en particular el Mensaje del Presidente de la República, refuerza lo antes anotado”.

En segundo lugar, cabe invocar el fallo Rol N°370 de 9 de abril de 2003, que en sus considerandos 13° al 20° señala:

“13°. Que, para resolver acertadamente el problema que le ha sido planteado, este Tribunal debe analizar, con la extensión y profundidad indispensables, las características del sistema articulado en las disposiciones constitucionales señaladas, dejando desde ya establecido que se trata de un régimen que armoniza el ejercicio de la potestad legislativa con su homónima reglamentaria, esta última en la especie o modalidad de potestad destinada a ejecutar los preceptos legales, dentro del marco trazado en la Carta Fundamental y ceñido a las ideas matrices contenidas en la ley cuyas normas se trata de llevar a la práctica. Al proceder en los términos enunciados, esta Magistratura es coherente con la doctrina, reiterada y uniforme, que fluye de sus sentencias y que será transcrita o citada, a la vez que vela por el respeto de los valores esenciales, todos reconocidos en nuestra Constitución, como son los concernientes al Estado de Derecho, la separación de órganos y funciones estatales, la certeza o seguridad jurídica y la supremacía de la Carta Fundamental con el control previsto en ella para infundirle eficacia.

14°. Que en la concreción de la labor descrita, este Tribunal estima necesario puntualizar, primeramente, que el principio de reserva legal, asociado con el dominio máximo fijado a la ley en el artículo 60 de la Constitución, es una de las características sustanciales de aquella, cuya importancia se realiza al comparar el régimen hoy vigente, de una parte, con el dominio mínimo legal que contemplaba la Carta Fundamental de 1925 y sus reformas, de otra. Pues bien, esa reserva y dominio legal máximo tienen significado claro, el cual se halla corroborado por la historia fidedigna respectiva, así como por la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre ella, tratándose, en especial, de las limitaciones y obligaciones que pueden imponerse por la ley al ejercicio del dominio.

15°. Que el estudio de las fuentes aludidas en el considerando precedente permite concluir que ellas coinciden en que el sistema de reserva y dominio legal, imperante en la Constitución en vigor, se estructura con dos niveles de ejercicio de la potestad legislativa. El primero de tales niveles de reserva está

previsto en los artículos 32 N°8 y 60 de la Constitución, siendo de alcance general y de común aplicación en todos los casos en que ella ha situado en el dominio de la ley la regulación de una materia. En cambio, el segundo de aquellos niveles de reserva se halla contemplado en disposiciones constitucionales específicas, siendo necesario concluir que, en algunas de ellas, la reserva es más absoluta que otras.

16°. Que ilustra lo explicado en el considerando precedente lo afirmado por este Tribunal, en el considerando 26° de la sentencia pronunciada el 26 de abril de 1997 (Rol N°254), razón que justifica insertarlo a continuación: *‘26° Que, la Constitución establece que, en ciertos casos, la regulación de algunas materias por parte del legislador no debe tener la misma amplitud y profundidad que otras. Es por ello que hay casos en que la fuerza de la reserva legal puede ser calificada de absoluta o relativa. En este último caso, incumbe un mayor campo de acción a la potestad reglamentaria subordinada, siendo propio de la ley señalar sólo las bases, criterios o parámetros generales que encuadran el ejercicio de aquella potestad. Ello ocurre cada vez que la Constitución emplea expresiones como ‘con arreglo a la ley’, ‘de acuerdo con las leyes’, ‘con sujeción a la ley’, ‘de acuerdo a lo que determine la ley’ o ‘en conformidad a la ley’, vgr. en los artículos 10, N°4; 24 inciso segundo; 32, N°22; 87 y 94 de la Constitución en vigor.*

17°. Que se desprende del considerando anterior que, cuando la Carta Fundamental ha previsto la reserva legal con carácter más absoluto, la regulación del asunto respectivo por el legislador debe ser hecha con la mayor amplitud, profundidad y precisión que resulte compatible con las características de la ley como una categoría, diferenciada e inconfundible, de norma jurídica”.

18°. Que en la situación recién explicada el Poder Constituyente exige el desempeño de la función legislativa con un grado mayor de rigurosidad en la amplitud de la temática regulada, minuciosidad de la normativa que dicta profundidad o grado de elaboración en los textos preceptivos que aprueba, pronunciamientos sobre conceptos, requisitos, procedimientos y control de las regulaciones acordadas y otras cualidades que obligan a reconocer que el ámbito de la potestad reglamentaria de ejecución, se halla más restringido o subordinado”.

19°. Que abocado al cumplimiento cabal de la exigencia constitucional explicada, el legislador debe conciliar la generalidad, abstracción e igualdad de la ley, así como sus características de normativa básica y permanente, por un lado, con la incorporación a su texto de los principios y preceptos, sean científicos, técnicos o de otra naturaleza, que permitan, sobre todo a los órganos de control de supremacía, concluir que el mandato constitucional ha sido plena y no sólo parcialmente cumplido. No puede la ley, por ende, reputarse tal en su forma y sustancia si el legislador ha creído haber realizado su función con meros enunciados globales, plasmados en cláusulas abiertas, o a través de fórmulas que se remiten, en blan-

co, a la potestad reglamentaria, sea aduciendo o no que se trata de asuntos mutables, complejos o circunstanciales. Obrar así implica, en realidad, ampliar el margen limitado que cabe reconocer a la discrecionalidad administrativa, con detrimento ostensible de la seguridad jurídica<sup>9</sup>.

20°. Que la tesis explicada en los considerandos precedentes ha sido sostenido por este Tribunal, por ejemplo, en el considerando 40° de la sentencia Rol N° 325, cuyo texto conviene transcribir: '40°. *Que, en este sentido es necesario reiterar el criterio que ha sostenido este Tribunal en cuanto a que las disposiciones legales que regulen el ejercicio de estos derechos, deben reunir los requisitos de 'determinación' y 'especificidad'. El primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal; y el segundo requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad. Por último, los derechos no podrán ser afectados en su esencia, ni imponerles condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Cumplidas que sean dichas exigencias, es posible y lícito que el Poder Ejecutivo haga uso de su potestad reglamentaria y particularizando, en los aspectos instrumentales, la norma para hacer así posible el mandato legal'*.

Por último, también en materia jurisprudencial, pero relativa a los Tribunales Superiores de Justicia, eso sí, en el ámbito de la justicia constitucional, cabe citar el considerando 4° del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, confirmado por la Corte Suprema, sobre recurso de protección en la causa "Empresa de Generación, Transmisión y Venta de Energía Eléctrica Norgener S.A. con Presidente de la República y otro" de 4 de agosto de 1999.

"Cuarto. Que es preciso dejar asentado –como premisa– que la generación, transporte y distribución de energía eléctrica es una actividad económica cuya característica es ser servicio público y como tal existen en juego normas de derecho público y no meramente del orden civil.

Seguidamente cabe destacar que acorde con nuestro ordenamiento constitucional corresponde al Presidente de la República crear normas jurídicas a través de la potestad reglamentaria, que se ejerce discrecionalmente, es decir, cuando se crea conveniente. Estas normas son generales, obligatorias y permanentes, pues no se agotan en un solo momento.

Conforme a lo expuesto el derecho a desarrollar cualquier actividad económica constituye una manifestación del orden público económico, el que es regulado por el poder público<sup>10</sup>.

10 Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. XCVI, 1999, 2ª parte, sección 7ª, p. 163.

## *2.2. La atribución del artículo 17 C N°3 es una potestad reglamentaria*

Toda vez que ya hemos concluido que el artículo 19 N°21 de la Carta Fundamental instituye una reserva legal relativa –y por ende se ha descartado la posibilidad de que la citada disposición consagre una reserva legal absoluta– con todas las consecuencias que ello implica, nos abocaremos al estudio de la atribución que se le ha conferido al Tribunal de Defensa de la Competencia en el artículo 17 C N°3 del reformado D.L. 211, la cual consiste en “dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella”.

Del texto de la regla se desprende inequívocamente que las instrucciones generales que se dicten por el Tribunal Antimonopolios constituirán regulación en materia de libre competencia y, con ello, pasarán a regular el derecho a desarrollar cualquier actividad económica.

El considerando 13° del fallo Rol N° 391 del Tribunal Constitucional realiza un intento por precisar la naturaleza de la atribución en cuestión y a este respecto señala:

“... que la aludida norma no contiene, propiamente, una potestad normativa de índole legislativa o reglamentaria que la Constitución Política confiere a otros órganos del Estado de modo exclusivo, sino de una atribución del Tribunal necesaria para el cumplimiento de su misión de promoción y defensa de la libre competencia en los mercados...”.

Es decir, el citado considerando plantea que la facultad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de dictar instrucciones generales de conformidad a la ley no es propiamente una potestad normativa sino que una mera atribución del Tribunal necesaria para el cumplimiento de su misión de promover y defender la libre competencia.

En los párrafos que siguen intentaremos demostrar que la facultad en cuestión sí consiste en una potestad normativa y, más todavía, en una de índole reglamentaria.

Las potestades normativas públicas son el modo de creación de reglas jurídicas por parte de los órganos del Estado. Estas potestades deben ser ejercidas de acuerdo a los principios consagrados en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política.

Fundamentales son los incisos 1° de ambos artículos que recogen pilares de nuestro estado de derecho constitucional. El inciso 1° del artículo 6° consagra el principio de supremacía constitucional en los siguientes términos:

“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”.

En tanto que el inciso 1° del artículo 7° recoge los aspectos básicos a los cuales se refieren las reglas que confieren atribuciones a los órganos del Estado:

“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”.

Dentro de los elementos que caracterizan a las potestades normativas públicas encontramos los siguientes<sup>11</sup>:

- a) Las potestades públicas son calificadas, es decir, sólo se confieren a una persona en razón de su calidad de titular de un “cargo”, esto es, de una calidad especial que se posee satisfaciendo ciertas reglas especiales.
- b) Las normas creadas en virtud del ejercicio de una potestad pública son obligatorias para sus destinatarios, lo quieran éstos o no: su asentimiento no es condición de validez de la regla.
- c) El ejercicio de las potestades públicas debe ser efectuado en interés de la comunidad, respetando criterios de proporcionalidad entre fines y medios, sujetándose a reglas más o menos precisas de procedimiento y constituyendo por lo general un deber para el titular del cargo.
- d) Finalmente, las potestades públicas presuponen como principio fundamental que ninguna persona o grupo de personas tiene otras atribuciones que las expresamente conferidas por las reglas del sistema jurídico<sup>12</sup>.

No hay duda alguna respecto de que las instrucciones generales que puede dictar el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en virtud del artículo 17 C N°3, constituyen normas jurídicas. Así, la atribución del órgano jurisdiccional se encuadra en el ámbito de lo que se ha caracterizado como las potestades normativas públicas.

Resta por definir de qué tipo de potestad normativa se trata esta singular atribución, que tanto el D.L. 211 en su versión original como la reforma al citado cuerpo normativo que hoy nos ocupa han otorgado a los órganos jurisdiccionales antimonopolios.

Pensamos que la facultad de dictar instrucciones generales conforme a la ley que se le confiere al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia consiste en una especie de lo que la doctrina ha calificado como la “potestad normativa o reglamentaria de los entes públicos autónomos u órganos autónomos del Estado”<sup>13</sup>.

Parte de la doctrina ha señalado que los entes públicos autónomos en cuestión son órganos del Estado que por disposición de la Constitución no se encuentran subordi-

11 Bascuñán Valdés, Antonio; Bascuñán Rodríguez, Antonio, y Sierra Iribarren, Lucas. Los modos de creación de las normas jurídicas en el derecho chileno, *Central de Apuntes Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, p. 15.

12 En efecto, el artículo 7° inciso 2° de la Constitución Política dispone que: “Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”.

13 Véase Streeter Prieto, Jorge. Potestad normativa de entes públicos autónomos. *Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, 1986 y Bascuñán Valdés, Antonio; Bascuñán Rodríguez, Antonio, y Sierra Iribarren, Lucas. Ob. Cit., pp. 73-81.

nados al Presidente de la República<sup>14</sup>. En tanto que otra parte, ha aceptado que la autonomía de los órganos emane tanto de la Constitución como de la Ley<sup>15</sup>.

En el caso del Tribunal de Defensa de la Competencia, su autonomía e independencia respecto del Presidente de la República es tanto constitucional como legal.

Es constitucional por cuanto el artículo 73 inciso 1º de la Carta Fundamental recoge el principio de independencia de los Tribunales de Justicia –y el Tribunal de Defensa de la Competencia es uno de ellos– respecto de los demás poderes del Estado, en los siguientes términos:

“La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”.

Y es legal por cuanto el artículo 7º del texto del modificado D.L. 211 prescribe que:

“El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia”.

Respecto del rango jerárquico que le corresponde a las reglas emanadas de la potestad normativa de los entes u órganos autónomos, la doctrina ha dicho:

“... Pensamos que en el ordenamiento jurídico chileno la potestad normativa de los entes públicos autónomos queda situada por debajo de, y sin duda alguna subordinada sustantiva y adjetivamente a, las normas superiores como son aquellas de rango constitucional, de rango legal, y las emanadas de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República en aquellas materias que no están reservadas a la ley”<sup>16</sup>.

En lo relativo a la potestad reglamentaria del Tribunal de Defensa de la Competencia, ésta se encuentra subordinada, tanto en la forma como en el fondo, a la Constitución y a la ley. Como las instrucciones generales emanadas de la potestad en cuestión tienen por objeto regular la libre competencia y, en consecuencia, norman el derecho a desarrollar cualquier actividad económica –consagrado en el artículo 19 N°21 de la Carta Fundamental–, el cual como se concluyó anteriormente es materia de reserva legal relativa, la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República en estas materias no tiene cabida.

14 Ibid, p. 73.

15 Coloma, Fernando. Citado por: Streeter, Jorge. Ob. Cit., p. 7.

16 Streeter, Jorge. Ob. Cit., p. 5.



Corresponde hacerse cargo de uno de los cuestionamientos formulados por la Diputada María Pía Guzmán en su presentación ante el Tribunal Constitucional y que ya fueron enunciados. Se trata de que *considera que la facultad de normar de los tribunales se circunscribe únicamente a la autoridad que emana de su jurisprudencia*. Desarrolla lo anterior señalando que una concepción distinta que implique que las decisiones de una corte sean obligatorias para el resto de la comunidad, pugna con la noción de tribunal a que adhiere nuestra Constitución. En efecto, los artículos del Capítulo VI de la Constitución se fundan en que los tribunales deben conocer las causas, resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado como tarea exclusiva. Es decir, a los tribunales corresponde pronunciarse respecto de casos concretos, y no dictar normas generales y abstractas, salvo el caso de la Corte Suprema a través de los autos acordados que se reducen a materias de mero procedimiento.

Lo señalado por la Parlamentaria no es cierto, en tanto y en cuanto la Constitución le otorga en su Capítulo VI la potestad jurisdiccional en forma privativa a los tribunales establecidos por la ley. Sin embargo, la misma Constitución Política en ningún momento prohíbe la concesión de otro tipo de atribuciones, entre ellas potestades normativas, a los Tribunales de Justicia.

Es por esto que no resulta extraño que el artículo 3º del Código Orgánico de Tribunales consagre las denominadas “atribuciones conexas o anexas a la jurisdicción”, las cuales son anexas a la potestad jurisdiccional que la Carta Fundamental confiere a los órganos jurisdiccionales en forma exclusiva. En efecto, el artículo 3º del Código Orgánico de Tribunales previene que:

“Los tribunales tienen, además, las facultades conservadoras, disciplinarias y económicas que a cada uno de ellos se asignan en los respectivos títulos de este Código”.

En lo que a la potestad reglamentaria del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respecta, ésta se encuadra dentro de las “facultades económicas” de los Tribunales de Justicia. Tales facultades han sido definidas por la doctrina como las que “tienen por objeto dictar los llamados autos acordados, así como la adopción de medidas generales relativas a la policía judicial”<sup>17</sup>.

Así, los Tribunales de Justicia no tienen como única misión en el ámbito de sus facultades económicas la de dictar autos acordados —como señala la Diputada Guzmán—, sino que también la de adoptar medidas generales relativas a la policía judicial. Dichas medidas generales que tienen por objeto la adecuada administración de justicia y que, obviamente, siempre deben ser adoptadas de conformidad a derecho tienen una concreción respecto del Tribunal de Defensa de la Competencia en la dictación de instrucciones generales de conformidad a la ley.

17 Pereira Anabalón, Hugo. Curso de Derecho Procesal. Derecho Procesal Orgánico, p. 152.

En definitiva, estas instrucciones generales son medidas generales relativas a la policía judicial, en tanto tienen por finalidad auxiliar al Tribunal Antimonopolios en su función de prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia que le asigna el nuevo artículo 7° del D.L. 211. Y ello así lo comprende también el Tribunal Constitucional en su sentencia Rol N°391, cuando en su considerando 13° concluye de forma parcialmente correcta –dado que desecha la posibilidad de que estemos en presencia de una potestad reglamentaria– que la facultad en cuestión es “una atribución del Tribunal necesaria para el cumplimiento de su misión de promoción y defensa de la libre competencia en los mercados”.

Resumiendo gran parte de lo anteriormente expuesto, la atribución consagrada en el artículo 17 C N°3 de la reforma a la Ley de Defensa de la Competencia, esto es, la facultad de “dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella” es *una potestad normativa pública de un órgano autónomo del Estado, más específicamente todavía, corresponde a una potestad reglamentaria de un Tribunal de la República.*

En cuanto al fundamento de la citada potestad reglamentaria, valgan las autorizadas palabras de la doctrina administrativista española respecto de la justificación del poder reglamentario de la administración del Estado, las cuales son plenamente aplicables, mutatis-mutandis, a la potestad reglamentaria que nos ocupa:

“La existencia del poder reglamentario de la Administración es algo evidente en el mundo actual, por encima de diferencias constitucionales en los diversos sistemas...

No hay, en efecto, posibilidad ninguna de gobernar una sociedad como la actual, cuyas interrelaciones son cada vez más complejas y sutiles, sin una Administración que asegure el mantenimiento de sus supuestos básicos comunes y que disponga para ello de una extensa gama de poderes, uno de los cuales ha de ser, sin duda, según la experiencia universal, tan lejos ya de las razones circunstanciales del “principio monárquico” en que comenzó justificándose, la potestad reglamentaria. Ya hemos aludido a que la normativa creada con esta potestad se ha desatado en todas las partes, en volumen, en complejidad, en fugacidad, y que ha pasado a ser la parte más significativa del ordenamiento jurídico-administrativo. Frente a la solemnidad, lentitud, intermitencia del funcionamiento de los Parlamentos, la habitualidad, rapidez, continuidad de la producción reglamentaria. Las razones que justifican la técnica de la “Ley-medida”, a que aludimos, se inclinan predominantemente en favor de los Reglamentos. La complejidad técnica de muchos de estos productos normativos tampoco haría posible atribuir su aprobación a un Parlamento de composición política, sin hábitos, sin conocimientos, experiencias, archivos o capacidad técnica. Por fuerza, la Ley no puede gobernar ella misma sino recurriendo a la colaboración (cada vez más estrecha y generalizada) de los Reglamentos. Guste o

desagrade, sean o no grandes los riesgos de una normación secundaria de ese carácter, la potestad reglamentaria es hoy absolutamente imprescindible”<sup>18</sup>.

### 2.3. La atribución del artículo 17 C N°3 es una potestad reglamentaria de ejecución

Una vez que hemos concluido que la atribución conferida al Tribunal de Defensa de la Competencia en el artículo 17 C N°3 del reformado D.L. 211 corresponde a una potestad reglamentaria, pasaremos a precisar este aserto y concluir que, en definitiva, se trata de una “potestad reglamentaria de ejecución de la ley” y, más específicamente todavía, de ejecución de la Ley de Defensa de la Competencia.

Por reglamentos ejecutivos debemos entender a “los que se dictan en ejecución de una ley preexistente, función muy amplia que comprende tanto los reglamentos que detallan, desarrollan o complementan los preceptos legales, cuanto aquellos que preparan la ejecución propiamente dicha, disponiendo los instrumentos técnicos necesarios, por ejemplo, regulando trámites u organizando un registro o un servicio de inspección... La característica básica de los reglamentos ejecutivos es que están inmediatamente ligados a una ley, a sus preceptos concretos, o a un conjunto de leyes determinadas a cuyo desarrollo o ejecución se provee”<sup>19</sup>.

Tal y como dice una autorizada doctrina española:

“Con mucha frecuencia la Ley contrae su regulación a enunciar unos principios básicos, en la que poder marcar sistemáticamente las grandes líneas directivas, dejando a la Administración que por medio de un Reglamento precise todo el casuismo de desarrollo que puede exigir la situación o la compleja actuación administrativa sobre ella. Dos razones concurren a explicar este proceso: por una parte, los tecnicismos de la actuación administrativa no son conocidos por el órgano legislativo y por ello se remiten a la determinación de la Administración; por otra parte, el concurso de las normas paralelas puede permitir a la más solemne de ambas, la Ley, una concentración de principios más inmune al paso del tiempo, en tanto que el casuismo reglamentario puede ser objeto de adaptaciones constantes. De este modo se dota al conjunto normativo de una mayor flexibilidad”<sup>20</sup>.

En la Ley de Defensa de la Competencia concurren las dos razones dadas por García de Enterría y Fernández para explicar las causas que motivan el proceso de que la ley regule sólo aspectos básicos y esenciales y deje el resto al reglamento de ejecución.

18 García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo, t. 1, p. 169 y p. 171.

19 De Orto, Ignacio. Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes. Editorial Ariel Derecho, Madrid, 1999. Citado por: Monti Oyarzún, Santiago. Apuntes de la Cátedra de Derecho Administrativo: La potestad normativa del ejecutivo y su producto normativo: el reglamento, p. 10.

20 García de Enterría, Eduardo, y Fernández Tomás-Ramón. Ob. Cit., pp. 199-200.

En primer término, se trata de una materia eminentemente técnica, no conocida a cabalidad por el legislador. Y he ahí la necesidad de otorgar a un organismo especializado en materia antimonopolios e integrado por personas altamente versadas en la materia<sup>21</sup>, la dictación de instrucciones de carácter general que deberán ser consideradas por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella.

En segundo lugar, la Ley de Defensa de la Competencia está estructurada en base a principios y conceptos bastante generales. El artículo 3º de la Ley —que consagra el tipo universal del ilícito de monopolio— es un fiel reflejo de ello:

“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 17 K de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:

- a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran.
- b) La explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un controlador común, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.
- c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.

Es por ello que para detallar de una forma más precisa las conductas sancionadas por la Ley, las cuales ella establece en forma muy amplia —a través de conceptos como “libre competencia”, “acuerdos expresos o tácitos o prácticas concertadas entre agentes económicos”, “abuso de posición dominante”, “prácticas predatorias o de competencia desleal”— es que se hace necesario el otorgamiento de la facultad de dictar reglas que adapten los principios generales a casos particulares y, al mismo tiempo, doten al sistema de una mayor flexibilidad.

21 El nuevo artículo 8º del D.L. 211 establece las personas que integrarán el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Ellas son: un abogado que tenga una destacada actividad profesional o académica especializada en materias de libre competencia o en derecho Comercial o Económico y cuatro profesionales universitarios expertos en materias de libre competencia, dos abogados y dos licenciados o con post grados en ciencias económicas.

Inmediatamente puede surgirnos la pregunta de por qué se le otorgó la potestad de dictar normas que detallen los mandatos legales a un Tribunal especializado y no al poder ejecutivo. Dicha pregunta es de simple respuesta, amén de ser ello plenamente aceptable desde un punto de vista normativo y de coherencia dentro de nuestro sistema jurídico —como anteriormente se explicó—.

La complejidad de la materia relativa a la libre competencia, tanto por incluir aspectos jurídicos y económicos como por los intereses que están involucrados hacen imperioso radicar en un órgano altamente especializado e imparcial la concreción de las normas generales que contiene la Ley.

Además, cabe hacer mención a las palabras que suceden a la enunciación de la atribución de dictar instrucciones de carácter general, realizada por el artículo 17 C N°3. Esto es, a la frase “*de conformidad a la ley*”.

Estas palabras, incorporadas durante la tramitación en el Congreso Nacional, pues no constaban en el Mensaje del Ejecutivo ni en el texto del primitivo D.L. 211, creemos que se ajustan a la función que deben cumplir las instrucciones generales que dicte el Tribunal de Defensa de la Competencia como normas de ejecución de la Ley Antimonopolios, en las materias particulares que el artículo 17 C N°3 señala.

#### *2.4. La constitucionalidad del artículo 17 C N°3: un enfoque diferente al del fallo del Tribunal Constitucional*

Para concluir con el largo análisis de este tema conflictivo en el marco de la reforma al D.L. 211, nos haremos cargo del análisis de la constitucionalidad del nuevo artículo 17 C N°3 del D.L. 211 a la luz de la relación que debe haber entre la ley y el reglamento de ejecución, tema que curiosamente fue omitido por el Tribunal Constitucional en su fallo.

Para efectuar el análisis nos valdremos de dos premisas que a estas alturas ya están suficientemente desarrolladas en el presente trabajo: (1) El artículo 19 N°21 de la Constitución Política consagra una reserva legal relativa, esto es, admite la concurrencia de la ley y del reglamento de ejecución en la regulación del derecho a desarrollar cualquier actividad económica; y (2) El artículo 17 C N°3 del nuevo D.L. 211 confiere una potestad reglamentaria de ejecución al Tribunal de Defensa de la Competencia.

Proseguiremos nuestro análisis, en primer lugar, trayendo a colación las doctrinas dominantes en lo que al tema de la relación ley—reglamento se refiere así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al efecto, para finalmente intentar esbozar un “test de constitucionalidad” del artículo 17 C N°3 del nuevo D.L. 211.

##### *2.4.1. La relación ley—reglamento en la doctrina nacional*

Lo primero que es pertinente señalar es que la Constitución establece la base de la relación ley—reglamento en el concepto tradicional de “ejecución de la ley”. En efecto,

el artículo 32 N°8 de la Carta Fundamental confiere al Presidente de la República la “facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”.

Este criterio de “ejecución de la ley” formulado en el artículo 32 N°8 no resuelve para nada el problema de la relación que debe haber entre ley y reglamento, ya que la ejecución puede ir desde la mera repetición de la ley a una verdadera colaboración creativa. Ello ha exigido a la doctrina recurrir a una interpretación armónica del texto constitucional, y a formular dos posiciones antagónicas: la tesis de la reserva legal absoluta y la tesis de la reserva legal relativa.

Como ya vimos en supra N°2.1., el artículo 19 N°21 instituye una reserva legal relativa y es en este marco bajo el cual realizaremos el análisis de la relación entre ley y reglamento.

La gran dificultad de la tesis de la reserva legal relativa ha sido la búsqueda de criterios que permitan delimitar lo esencial que debe regular el legislador, y el consiguiente margen aceptado a favor del reglamento.

En la búsqueda de criterios que permitan alcanzar el fin antes descrito, la doctrina ha elaborado ciertas teorías, las cuales “no son excluyentes o contradictorias, pues todas buscan resolver el mismo problema, sólo que lo hacen desde ópticas diferentes. Su destino es el mismo; lo que varía es el punto de partida. Por lo mismo, en un caso concreto pueden utilizarse indistinta o conjuntamente”<sup>22</sup>.

Dentro de las teorías esbozadas en nuestra doctrina encontramos a (i) la teoría del complemento indispensable; (ii) la teoría de la razonabilidad técnica; y (iii) la teoría de la intensidad de la reserva<sup>23</sup>.

La *teoría del complemento indispensable* afirma que el reglamento no puede incluir más que lo que sea estrictamente indispensable para garantizar el desarrollo y la ejecución de la ley. Pero debe incluir todo lo que asegure la correcta aplicación y plena efectividad de la ley que desarrolla. Este criterio se sintetiza en la siguiente fórmula: “todo lo indispensable, pero sólo indispensable”<sup>24</sup>.

La *teoría de la razonabilidad técnica*, por su parte, postula que debe existir una apropiada adecuación entre los fines postulados por la ley y los medios que planifica el reglamento para lograrlos. Si lo excede, incurre en arbitrariedad<sup>25</sup>.

Por último, de acuerdo al *criterio de la intensidad de la reserva* (explicado en detalle en supra N°2.1.) el ámbito del reglamento se determina partiendo de qué espacio entrega la Constitución a la ley en la regulación. Entre más fuerte o absoluta sea la reserva,

22 Carmona, Carlos. Ob. Cit., p. 184.

23 Para una explicación más detallada de estas teorías véase Carmona, Carlos. Ob. Cit., pp. 184-188.

24 Carmona, Carlos. Ob. Cit., p. 189.

25 Ibid, p. 189.

el dominio del legislador es más intenso y la intervención de la administración más débil. El reglamento interviene en mayor medida en las reservas legales regulatorias<sup>26</sup>, cual es el caso del artículo 19 N°21 de la Constitución.

#### 2.4.2. *La relación ley-reglamento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*

En los fallos rol 325 y 370 del Tribunal Constitucional de Chile se analiza el tema de la relación ley-reglamento. Estos fallos, ya citados en supra N°s 55 y 56, son sumamente relevantes, tanto por su actualidad como porque fijan los criterios que deben presidir la relación entre ley y reglamento de ejecución en concordancia con lo dispuesto en la Constitución Política.

Más arriba, en supra N°2.1., se han citado los considerandos 40° y 41° de la sentencia Rol N°325 de 26 de junio de 2001 y los considerandos 13° al 20° de la sentencia Rol N°370 de 9 de abril de 2003. En ambos fallos se detalla que las disposiciones de rango legal que regulen el ejercicio de derechos fundamentales deben cumplir con los requisitos de “determinación” y “especificidad”. El primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal; y el segundo requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad. Por último, los derechos no podrán ser afectados en su esencia, ni imponerles condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Cumplidas que sean dichas exigencias de “determinación” y “especificidad”, es posible y lícito que el Poder Ejecutivo haga uso de su potestad reglamentaria de ejecución, pormenorizando y particularizando, en los aspectos instrumentales, la norma para hacer así posible el mandato legal.

Asimismo, el Tribunal Constitucional recoge la teoría del complemento indispensable a través de la siguiente reflexión: “Que, en este mismo orden de ideas, es útil consignar que ocurre con frecuencia que sea la misma ley la que convoque la potestad reglamentaria, o *que por tratarse de una ley de bases, por su carácter general, sea indispensable el uso de esta potestad de ejecución*”<sup>27</sup>.

#### 2.4.3. *Test de constitucionalidad del artículo 17 C N°3 de la reforma al D.L. 211 a la luz de la relación ley-reglamento*

Recordemos que el artículo 17 C en su numeral 3 del reformado D.L. 211 dispone que “el Tribunal de Defensa de la libre competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: 3) Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella”.

26 Ibid, p. 190.

27 Véase el considerando 41° del fallo Rol N°325 del Tribunal Constitucional.

Como ya se señaló, el Tribunal Constitucional omitió pronunciarse respecto de la constitucionalidad de la potestad en cuestión a la luz de la relación que debe haber entre la ley y el reglamento.

El argumento que consta en el considerando 13º de su fallo para respaldar tal omisión es el haber considerado que la atribución en cuestión no es, propiamente, una potestad normativa de índole legislativa o reglamentaria, sino que se trata de una atribución del Tribunal de Defensa de la Competencia necesaria para el cumplimiento de su misión de promoción y defensa de la libre competencia en los mercados.

Sin embargo, en este trabajo somos de la opinión, como ya se concluyó en supra Nºs 2.2. y 2.3., de que la atribución consagrada en el artículo 17 C Nº3 de la Ley es una potestad reglamentaria de ejecución de la Ley de Defensa de la Competencia.

En el test de constitucionalidad de la disposición en estudio caben ser abordadas dos cuestiones: (i) la formulación de la potestad por el legislador; y (ii) la función que podrá cumplir el Tribunal de Defensa de la Competencia en el ejercicio de esta atribución.

#### (i) La formulación de la potestad por el legislador

Cabe reiterar aquí que las disposiciones de rango legal que regulen el ejercicio de derechos fundamentales deben cumplir con los requisitos de “*determinación*” y “*especificidad*”.

La “*determinación*” implica que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal; en tanto que la “*especificidad*” conlleva que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad. Por último, los derechos no podrán ser afectados en su esencia, ni imponerles condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio, tal y como lo señala la calificada por la doctrina como “*garantía general de los derechos*” consagrada en el artículo 19 Nº26 de la Constitución.

En relación con el requisito de la *determinación*, pensamos que, en cuanto el artículo 17 C Nº3 del nuevo D.L. 211 señala que las instrucciones generales deberán considerarse por los particulares “en los actos o contratos que ejecuten o celebren”, se cumple con señalar en forma concreta los derechos que pueden ser afectados. El decir que las instrucciones generales regularán los actos o contratos que los particulares ejecuten o celebren equivale a señalar que el derecho limitado es el de desarrollar cualquier actividad económica, consagrado en el artículo 19 Nº21 de la Constitución Política, ello por cuanto una de las principales formas –si no la principal– de ejercer el antedicho derecho es a través de la ejecución o celebración de actos o contratos.

En lo que respecta al requisito de la “*especificidad*”, en el artículo 17 C Nº3 se señalan en forma detallada las medidas que puede adoptar el Tribunal Antimonopolios en la limitación del derecho a desarrollar cualquier actividad económica: “Dictar instrucciones generales de conformidad a la ley”.



En consecuencia, la formulación de la potestad por el legislador ha sido adecuada a las exigencias de constitucionalidad que se deducen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

(ii) La función que podrá cumplir el Tribunal de Defensa de la Competencia en el ejercicio de esta atribución

Una vez que se ha determinado el cumplimiento de los requisitos de “determinación” y “especificidad”, es posible y lícito que el Tribunal de Defensa de la Competencia haga uso de su potestad reglamentaria de ejecución, pormenorizando y particularizando, en los aspectos instrumentales, la norma para hacer así posible el mandato legal.

Cabe hacer mención en este punto acerca de la importancia de la frase “de conformidad a la ley” introducida en el texto del artículo 17 C N°3. Estas palabras implican que el legislador ha tomado en cuenta al consagrar la potestad que ésta sólo puede complementar en lo indispensable a la Ley Antimonopolios, jamás podrá excederla ni contravenirla.

Además, en cuanto a la objeción formulada por la Diputada María Pía Guzmán en cuanto a que una atribución para dictar instrucciones generales, asemejaría al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con las Superintendencias, pero que la potestad conferida al órgano jurisdiccional no estaría rigurosamente acotada en el D.L. 2110, que se trataría de un mandato legal mucho más amplio que el que se le entrega a las Superintendencias en sus respectivas leyes orgánicas, creemos que es completamente salvable.

Y lo es, en primer lugar, por cuanto el hecho de que la ley señale que las normas que puede dictar el Tribunal son “instrucciones de carácter general” no es algo extraño al ejercicio de una potestad reglamentaria de ejecución. De hecho, el poder ejecutivo, en el ejercicio de similar potestad, no dicta actos administrativos de alcance específico sino que reglamentos ejecutivos de alcance general.

Y, en segundo lugar, por cuanto, como dice el Tribunal Constitucional en su fallo Rol N°391, el ejercicio de la potestad en cuestión “se encuentra detalladamente reglado en el artículo 18 del proyecto de ley, el que garantiza la audiencia de los agentes económicos a los que se aplicarán tales instrucciones y a los que se da oportunidad de aportar antecedentes y manifestar su opinión”. Además, el Tribunal Constitucional declara que “el uso de la referida atribución queda en todo caso sometida al control jurisdiccional de los órganos competentes” y que “las referidas instrucciones quedarán sometidas, en cuanto se les exige que se dicten “en conformidad a la ley”, al control jurisdiccional de los tribunales y a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema”.

Así, si una instrucción dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia fuere contraria a la ley o, más todavía, a la Constitución Política, los afectados gozarán de la posibilidad de impugnarla a través de las acciones que con tal objeto el sistema jurídico les franquea. A nivel constitucional, la acción de protección, de nulidad de derecho

público y de amparo económico. A nivel legal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 inciso 2º del nuevo D.L. 211, el recurso de reposición ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y el de reclamación ante la Corte Suprema.

Por todo lo anteriormente expuesto, pensamos que el artículo 17 C N°3 se ajusta plenamente a la Constitución Política del Estado, en cuanto consagra una potestad reglamentaria de ejecución de la Ley de Defensa de la Competencia.

### III. Referencias Bibliográficas

Bascuñán Valdés, Antonio; Bascuñán Rodríguez, Antonio, y Sierra Iribarren, Lucas. Los modos de creación de las normas jurídicas en el derecho chileno. Central de Apuntes Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 3ª versión, Santiago, marzo de 1998.

Carmona Santander, Carlos. Un nuevo estadio en la relación Ley–Reglamento: el ámbito del reglamento, en: Revista de Derecho Público, vol. 63, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2001.

Fallos del Tribunal Constitucional pronunciados entre el 18 de marzo de 1996 y el 20 de octubre de 1998. Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1999.

Fernandois Vöhringer, Arturo. Derecho Constitucional Económico, t. I. Ediciones Universidad Católica de Chile, 2001.

García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás–Ramón. Curso de Derecho Administrativo, t. I. Editorial Civitas, 8ª ed., Madrid, 1997.

Montt Oyarzún, Santiago. Apuntes de la Cátedra de Derecho Administrativo: La potestad normativa del ejecutivo y su producto normativo: el reglamento. Central de Apuntes Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2003.

Página Web del Tribunal Constitucional de Chile: [www.tribunalconstitucional.cl](http://www.tribunalconstitucional.cl)

Pereira Anabalón, Hugo. Curso de Derecho Procesal. Derecho Procesal Orgánico, t. I. Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1993.

Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. XCVI, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

Sagüés, Néstor Pedro. La interpretación judicial de la Constitución. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998.

Streeter Prieto, Jorge. Potestad normativa de entes públicos autónomos. Central de Apuntes Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 1986.

Tribunal Constitucional de Chile. Jurisprudencia Constitucional, t.V. Sentencias pronunciadas entre 1998 y 2002. LOM Ediciones, Santiago, 2002.

