

# Tomándole el pulso al texto constitucional: “Emprendimiento y Libre Competencia”

Minuta

**Exponen:** Carolina Moreno<sup>1</sup>, Viviana Ponce de León<sup>2</sup> y Enrique Navarro<sup>3</sup>

**Modera:** Francisco Agüero<sup>4</sup>

26 de abril, 2022.<sup>5</sup>

## Imprecisiones económicas

La Constitución (propuesta) define que: “las prácticas de colusión entre empresas y abusos de posición monopólica, así como las concentraciones empresariales que afectan el funcionamiento eficiente, justo y leal de los mercados, se entenderán como conductas contrarias al interés social” y agrega que “la ley establecerá las sanciones a los responsables”.

Efectivamente, la libre competencia es fundamental para el correcto funcionamiento de los mercados, y esto, a su vez, es básico para fomentar el emprendimiento y el desarrollo económico. Las conductas anticompetitivas bloquean el emprendimiento y el desarrollo empresarial de nuevos potenciales entrantes. Y no sólo se ve afectado este potencial entrante que quiere ofrecer su producto, sino que nos vemos dañados todos nosotros como consumidores al vernos privados de la posibilidad de escoger nuevos productos, eventualmente tener mejores niveles de innovación de los productos que tenemos disponibles en el mercado, y eventualmente también nos vemos perjudicados por mayores precios.

La discusión se ha centrado en si tiene que estar en la Constitución la referencia a la libre competencia o no, y de ser el caso, cuál es el texto apropiado para consagrar este principio. Es importante consagrar principios más generales y no irse al detalle de querer especificar todo en una carta fundamental, porque perdemos grados de flexibilidad para el futuro.

Con respecto al texto aprobado por la Convención, se han generado críticas de imprecisiones; el concepto de libertad económica, su alcance, su delimitación y su adecuada protección estatal es bastante escueto, a diferencia del extenso uso de adjetivos en otras temáticas. De esto, se han discutido tres puntos:

- 1) En primer lugar, se hace referencia a la “colusión entre empresas”. Es grave acotarla. Uno podría asumir que la colusión es entre empresas competidoras, sin embargo, también se puede dar entre personas naturales, y de acuerdo con el texto propuesto, esta última conducta quedaría excluida. Y no es un hecho tan aislado. Hay casos emblemáticos en Chile donde la colusión ha sido entre personas naturales, por ejemplo, el caso de los ginecólogos en Chillán.
- 2) El segundo punto dice relación con la mención del texto “abuso de posición monopólica” y las conductas unilaterales. Referirse (sólo) a posición monopólica es muy grave, porque primero se asume que debes ser un monopolio para poder abusar de tu posición, y se deja fuera el hecho que la posición dominante no

---

<sup>1</sup> Magíster en Organización Industrial, Toulouse School of Economics, Economista Red Procompetencia.

<sup>2</sup> Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Austral de Chile.

<sup>3</sup> Director del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

<sup>4</sup> Profesor de Derecho de U. de Chile y Codirector de Lexen.

<sup>5</sup> El presente documento es una selección de las opiniones de los presentadores.

necesariamente la ejerce una empresa monopólica, sino que puede ejercerla cualquiera que tenga una posición de dominio en el mercado. En la definición entregada por el texto, esto último quedaría fuera.

- 3) Un tercer punto es respecto a las concentraciones empresariales. Se asume que la concentración empresarial por definición es negativa para la sociedad y eso no es así. A veces, las concentraciones pueden ser positivas, pueden ser eficientes para las economías. De hecho, la Fiscalía Nacional Económica (FNE), tiene desde el 2016-2017 una Unidad de Evaluación de Operaciones de Concentración, justamente para chequear qué concentraciones son ventajosas para la libre competencia o eficientes para los mercados, y cuáles concentraciones representan riesgo. Entonces, sería bueno aprovechar esta institucionalidad que hoy día existe y no declarar a priori que las concentraciones generan daño a la libre competencia.
- 4) Por último, hay algunas definiciones imprecisas, tales como los conceptos “justo” y “leal”. Si bien existe una referencia al funcionamiento justo de los mercados, que se encuentra en el inciso final de la norma aprobada, se podría entender plausiblemente como una referencia al comercio justo, que es un concepto un poco más definido a nivel internacional y que tiene que ver con la sostenibilidad de las actividades económicas en términos ambientales, con la protección de derechos de las y los trabajadores, de las y los consumidores y de la sociedad como un todo. A pesar de esto, al existir en el texto las expresiones “justo” y “leal”, se genera toda una discusión, de alta incertidumbre, sobre qué se interpreta por justo y por leal. Se define una gama infinita de visiones respecto de justicia social, ¿justo es que todas las personas ganen lo mismo?, ¿justo es que todos tengamos igualdad de oportunidades? No hay una respuesta inequívoca, no hay una definición inequívoca para todo el mundo y desde esta perspectiva, cuando se establecen adjetivos como justos y leales, esto, más que aclarar, genera mucha incertidumbre en los mercados.

En el texto, se señala además que el contenido y los límites de este derecho van a ser determinados por las leyes que regulen su ejercicio. En este sentido, es innovador que mencione el desarrollo de las empresas de menor tamaño y que asegurarán la protección de los consumidores. Esto introduce dos directrices nuevas para la regulación de la actividad económica. La primera tiene que ver con promover el desarrollo de las empresas de menor tamaño, que a su vez conducen a mayor atonicidad de los mercados, a mayor innovación, a generar más empleos; y que se vinculan, por lo tanto, con la promoción de la libre competencia. Lo segundo, es asegurar la protección de los consumidores, que es algo que tampoco es inédito en el constitucionalismo comparado. Sin embargo, varias constituciones ya abordan este punto, algunas con más y otras con menos detalle.

Por otro lado, en la norma aprobada se mencionan explícitamente prácticas contrarias al interés social. Esto no necesariamente excluye a otras, pero dado que la cultura legal chilena tiende a ser más bien formalista, esto es, tiende a apegarse al texto, entonces siempre existe el riesgo de que si se hace una enumeración se tienda a interpretar como taxativa.

Finalmente, para complementar un poco esta regulación, esta visión panorámica acerca de la regulación constitucional de las actividades económicas, el texto destaca la incorporación de la regulación del trabajo de cuidados y su valoración como una actividad económica. Esto no tiene que ver con la libertad de emprender, sino con la idea de actividad económica, y se condice con estimaciones recientes (2019), que estiman que la contribución al producto interno bruto nacional de los trabajos domésticos y de cuidados es en torno al 21,8%, lo cual significa un aporte considerable. Esta última norma también nos muestra este cambio de foco hacia las personas y no sólo centrado en los mercados como una entidad abstracta que estuviera separada del resto de la sociedad. Con esta norma, hay como una reconfiguración casi completa de lo que tradicionalmente entendemos por actividad económica. Esos son desafíos a los cuales la convención misma no va a responder, sino que vamos a estar respondiendo en los próximos 5 o 10 años, o más,

## **Derecho comparado**

En este análisis, debemos incluir la experiencia del derecho comparado en materia de libertad económica. En Hispanoamérica, en general las Constituciones reconocen la libertad para emprender actividades económicas,

algunas asociadas por ejemplo a la libertad de trabajo; así, por ejemplo, la Constitución de México de 1917, que obviamente ha tenido modificaciones que apuntan a la libertad de industria, comercio y trabajo. Así también la Constitución argentina, que también tuvo reformas importantes en la década de los 90; la Constitución uruguaya a fines de los 60, que establece el derecho al trabajo, a la industria, al comercio y a las demás actividades lícitas. Se incluyen en esta línea además las Constituciones más recientes, como la Constitución boliviana o la Constitución ecuatoriana del 2008 y 2009.

Un segundo grupo de Constituciones, que son más recientes, contemplan expresamente la regulación autónoma de la libertad económica. Por ejemplo, la Constitución colombiana del año 91 establece que la libertad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites de bien común y para su ejercicio nadie puede exigir permisos previos ni requisitos, sino de acuerdo con lo que establece la norma legal. La Constitución paraguaya, de 1992, establece que toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia dentro de un régimen de oportunidades. Mucho más precisa también es la de Perú, de similar año, que establece que la iniciativa privada es libre. La venezolana en cambio, aún vigente, establece que todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las prevista en la Constitución y las que establezcan las leyes por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del medio ambiente y otras de interés social, que son algunos de los verbos que también ocupa el proyecto.

En el caso del derecho europeo, hay Constituciones que derechamente consagran de manera autónoma esta libertad de empresa. A modo de ejemplo, la Constitución española reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, lo dice expresamente la carta en 1978; o la de Irlanda, de 1937, que establece que el Estado favorecerá, cuando sea necesario, e incluso suplirá la iniciativa privada en la industria de comercio. La italiana, de 1947, que establece que será libre la iniciativa privada y no podrá, sin embargo, desarrollarse de modo contrario al interés común o de modo tal que perjudique a la seguridad, a la libertad o a la dignidad humana. También la Constitución de Luxemburgo, o la Constitución de Portugal de 1976 que reconoce la iniciativa económica que se ejerce libremente en el ámbito definido por la Constitución y la ley, teniendo en cuenta el interés general. Hay otro ordenamiento donde se resguarda expresamente la libertad de profesión u oficio, la libertad de comercio, como el caso alemán, de Finlandia o de Suecia. Finalmente hay ordenamientos jurídicos que se limitan más bien a proteger la libertad de trabajo, como el caso de Dinamarca, Francia o Grecia.

Ahora, la libertad económica en los términos que está planteada se ha profundizado por la doctrina y jurisprudencia de este libre ejercicio personal o en distintas entidades, sociedades, empresas, cooperativas o cualquier otra forma de asociación lícita. El constituyente en general manifiesta una preferencia por empresas de menor tamaño, que no define, y por las cooperativas u otras formas de asociación. El texto de la Constitución del 80 ciertamente es consecuencia de la guerra fría y de las experiencias vividas en los años 60 y 70. Precisamente por lo mismo, se enfatizó la circunstancia de que no existiera un obstáculo para ejercer las actividades económicas, evitando entonces el árbitro del legislador y, en particular, de la autoridad administrativa.

Dentro de este concepto, la doctrina ha señalado que los elementos básicos que componen la libertad de empresa son la libertad de creación de empresas y de acceso al mercado; en segundo lugar, la libertad de organización, es decir, la elección del nombre, emplazamiento, la forma de organización y de composición de los órganos de dirección; y la libertad de dirección, esto es, la producción, de inversión, de política comercial, de precio, de competencia y de contratación. Eso debe quedar suficientemente plasmado en la legislación respectiva.

La jurisprudencia en general ha entendido que la libertad económica es una consecuencia de la dignidad de la persona, como lo ha señalado la jurisprudencia especialmente alemana, y que requiere una especial protección. La jurisprudencia también ha reconocido, sin que esté expresamente así en el texto incluso vigente, la libertad contractual y la protección del orden público económico, la protección del más débil, incluso del consumidor. En diversos fallos el tribunal constitucional así lo ha señalado: que la libertad económica se encuentra protegida constitucionalmente y, dentro de las finalidades básicas, precisamente está la protección del consumidor, respetando la autonomía de la voluntad de las partes, pero exigiendo también un conjunto de elementos para evitar situaciones de abuso

## Interrogantes

Hay una serie de interrogantes que surgen con ocasión de este texto y que simplemente podemos enunciar:

En primer lugar, qué normas se van a contener en materia de Estado empresario. En general, en los proyectos que se han discutido, se establece la idea de que el Estado pueda por ley (se elimina la ley por quórum calificado) desarrollar actividades económicas; no hay referencias a que quede sujeto al mismo estatuto que los particulares, pudiendo atender casos particulares.

En segundo lugar, como señalamos, las normas enfatizan la protección de la pequeña empresa, lo que obviamente puede ser un propósito muy conveniente y necesario, pero la pregunta es: primero, cuál es ese contenido; segundo, en qué se va a traducir esta materia; y en tercer lugar, cuál es el estatuto empresarial que debe regir a las mismas o si simplemente va a ser una declaración del constituyente. La defensa de la libre competencia – como expresamente la jurisprudencia lo ha entendido, incluso el tribunal de la libre competencia, la tercera sala constitucional y el tribunal constitucional – ha entendido que se encuentra inmerso dentro de la libertad y los límites del respeto al orden público.

En tercer lugar, van a ser importantes las normas sobre acceso a la propiedad. Sabemos que el constituyente ha enunciado y aprobado una serie de normas, por ejemplo, referido a bienes comunes naturales, que presentan bastante imprecisión en el lenguaje. Esto genera preocupación entre los civilistas, dado que genera una mezcla entre bienes comunes, los que son bienes nacionales de uso públicos, bienes fiscales o propiedad del estado.

En cuarto lugar, también es importante magnificar el alcance que van a tener las normas sobre el derecho de propiedad, desde el momento en que la libertad económica está íntimamente vinculada a ello, y como sabemos hoy día se ha aprobado la propiedad en general, en sus diversas especies sobre toda clase de bienes. No se identifica que éstos puedan ser corporales o incorporales y, por tanto, los derechos que emanan de los contratos y la protección de la confianza legítima y de los hechos que han emanado como consecuencia también de acto de la administración, se encuentran no expresamente tutelados. Por otra parte, está aún pendiente la protección y los mecanismos de expropiación e indemnización del proyecto. Este establece la posibilidad de que se indemnice de acuerdo a un precio justo, que es lo que establecen algunos tratados y constituciones, no al daño patrimonial efectivamente causado (que es el concepto hoy día vigente) y, en segundo lugar, que la ley fije las modalidades con lo cual también podrá haber mecanismos de pago a plazo.

Un quinto punto, que todavía no se ha desarrollado con suficiente precisión en esta normativa es la referencia a la no discriminación arbitraria en el trato económico o la igualdad ante la ley, en el trato.

Todo esto genera una serie de preguntas e interrogantes, la pregunta es si es bueno el exceso de calificativo o adjetivo. Nosotros en Hispanoamérica, es lo que uno observa en el constitucionalismo iberoamericano y latinoamericano en las últimas dos décadas en particular, tenemos una tendencia a utilizar muchas palabras, la tendencia a utilizar muchos verbos sustantivos y adjetivos y eso va a generar un debate en relación con la interpretación. Un buen ejemplo es precisamente lo que se establece en materia de conducta contraria a la libre competencia, que las acota y establece sólo algunas, e incluso el lenguaje es de manera imperfecto