

C.P.C. N° 670 / 1255

ANT. : Denuncia de don Javier Zulaica Arrizabalaga.

MAT. : Dictamen de la Comisión.

SANTIAGO, 22 SEP 1988

- 1.- Don Javier Zulaica Arrizabalaga, factor de comercio, por sí y en representación de la Sociedad Comercial Inversiones Otoñal Limitada, formuló una denuncia al señor Fiscal Nacional Económico en contra de don Carlos Martínez Perales y de la Compañía Exportadora S.A., por infracción de las normas del Decreto Ley N° 211, de 1973, sobre libre competencia.
- 2.- Señala el ocurrente que la cláusula sexta del documento denominado "Memorandum de Acuerdo", por el que transfirió al denunciado diversos bienes muebles y un inmueble que en conjunto conformaban su negocio de arriendo de automóviles, al imponerle la prohibición de continuar relacionado con esta actividad comercial, directa ni indirectamente, en todo el territorio nacional por un lapso no inferior de 10 años a contar del 18 de Febrero de 1987, vulnera no sólo los artículos 1° y 2°, letra f) del Decreto Ley N° 211, de 1973, ya citado, sino también disposiciones de orden público contenidas en el ordenamiento constitucional chileno, como asimismo, las Resoluciones N° 77, de 1980; N° 58, de 1979 y N° 41, de 1978, de la H. Comisión Resolutiva, por lo que solicita se formule requerimiento ante dicha Comisión a fin de que declare la ilegalidad de la señalada cláusula, habilitándole para intervenir en el negocio y actividad de arriendo de automóviles, sin limitaciones de ninguna especie.
- 3.- Agrega el denunciante señor Zulaica que las infracciones del Decreto Ley N° 211, citado, resultan, en definitiva, de la calificación jurídica de la conducta seguida en el mercado por el denunciado que, hasta la fecha, ha logrado

marginar a un competidor, alzando una barrera por un plazo de 10 años para su ingreso al mercado.

Finalmente, expresa que al momento de suscribir el contrato denominado "Memorandum de Acuerdo", el 18 de Febrero de 1987, no tuvo clara conciencia del alcance de esta prohibición, de lo que se percató cuando se le excluyó, además, del arriendo de camionetas, por lo que no puede aceptar que se le coarte su libertad económica y su iniciativa empresarial.

Por último, manifiesta que el precio que se le pagó por los adquirentes tuvo justa y estricta relación con la tasación comercial de los activos que transfirió, por lo que en ningún momento pretendió obtener una ganancia extraordinaria con esta negociación, resultando en definitiva el precio igual o inferior al que habría pagado cualquier otro oferente, pues desde todo punto de vista, su fijación fue independiente de la cláusula que consagra la prohibición.

Por otra parte, este precio tampoco incluyó el beneficio de aprovechamiento de una vasta clientela ya formada y el uso de marcas de reconocido prestigio nacional e internacional, ventaja que no puede verse aumentada y protegida ilegalmente por la vía de impedirsele el ingreso al mercado.

4.- Por oficio N° 578, de 26 de Mayo del presente año, el señor Fiscal Nacional solicitó informe al denunciado don Carlos Martínez Perales quien, por sí y en representación de la Compañía Exportadora S.A. Cepsa, expresó que, en su opinión, el artículo 1° del Decreto Ley N° 211, de 1973, sobre libre competencia, sanciona a quien incurra en una acción positiva destinada a impedir la libre competencia, o que tienda a ello y que, como consecuencia de la imposición de tal conducta a un tercero, éste pueda resultar o resulte afectado o perjudicado, lo que no ha ocurrido en el presente caso, pues ha sido el propio denunciante quien ha declarado que no continuará relacionado en el negocio de arriendo de automóviles, directa o indirectamente, en la República de Chile por un plazo no inferior a 10 años, compromiso que no afecta ni tiende a afectar la libre competencia, ya que existe en Chile una considerable y variada oferta de este servicio.

Agrega que el compromiso de abstención señalado se debió a razones estrictamente comerciales y convenientes para el denunciante y no a una imposición hecha por los compradores como condición de la celebración del contrato, por lo que se elevó al carácter de esencial, fundamentalmente para la fijación del precio que contempló una remuneración en carácter de compensación.

5.- Finalmente, considera el denunciado que el denunciante ha interpuesto esta denuncia con el sólo propósito de eludir sus obligaciones contractuales válidamente celebradas y, específicamente, su compromiso de abstenerse de participar en el mercado de arriendo de automóviles por un plazo de 10 años en el territorio de la República.

Expresa que, en caso de considerarse insuficientes los argumentos anteriores, la denuncia interpuesta en su contra debería rechazarse, pues la cláusula objetada fue conocida por los Jueces Arbitros que aprobaron la transacción suscrita por ello el 17 de Febrero de 1988, resolución que se encuentra ejecutoriada y ha producido el efecto de cosa juzgada entre las partes.

6.- Por presentaciones de 21 de Julio y 22 de Agosto último, el denunciante hizo presente que la cuestión relevante en el presente caso desde el punto de vista del Decreto Ley N° 211, de 1973, sobre libre competencia, es la prohibición que se le ha impuesto a un competidor de ingresar al mercado, lo que es contrario al espíritu del cuerpo legal señalado, al referirse éste a cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia.

En el hecho, expresa, él no ha salido del mercado por su "falta de competitividad" o por "declaración de quiebra" o por "haber desistido de seguir participando en esta actividad económica", sino por imposición de la cláusula sexta del "Memorandum de Acuerdo" celebrado con don Carlos Martínez Perales, la que constituye un arbitrio que tiene por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia.

Expresa el denunciante, además, que es falso que haya existido una compensación; que el precio se ajustó al valor de una empresa en marcha, solvente y prestigiada y que en la

transacción con que se puso término al juicio arbitral se dijo expresamente que las partes entienden que queda vigente "la prohibición" la que en ningún momento ha constituido un compromiso voluntario y unilateral sino que le fue impuesta, no discutiéndose en ese juicio la validez de dicha cláusula.

Sin embargo, en el avenimiento se extendió la prohibición al arriendo de camionetas.

Por otra parte, argumenta el denunciante que la Constitución Política del Estado garantiza a todas las personas "el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica", derecho que implica, según cita que hace de la obra "los Derechos Constitucionales", de don Enrique Evans de la Cuadra, Tomo II, Editorial Jurídica, 1986, página 318, que "la obligación de no atentar en contra de esta garantía no sólo se extiende al legislador, al Estado y a toda autoridad, sino también a otros particulares que actúen en el ámbito de la economía nacional. Una persona, natural o jurídica, que desarrolla una actividad económica dentro de la ley, sólo puede salir de ella voluntariamente o por ineficacia empresarial que la lleve al cierre o a la quiebra. Pero es contrario a esta libertad, y la vulnera, el empleo por otros empresarios de arbitrios, como pactos, acuerdos, acciones y toda clase de operaciones que tengan por objeto o den o puedan dar como resultado dejar al margen de la vida de los negocios a quien esté cumpliendo legalmente una tarea en la economía del país".

Finalmente, hace presente que:

a) De la sola lectura del Memorandum de Acuerdo de 18 de Febrero de 1987, se infiere que no se pactó suma alguna por la cláusula de exclusión, que afecta al denunciante, sino que ésta se impuso como una condición de la compraventa, elevada a la categoría de esencial, conjuntamente con la licencia para arriendo de automóviles que debía otorgarle National Car Rent System International Ltda., al denunciado;

b) La compraventa se planteó en términos de una "negociación total" o "global", en la que se incluyeron múltiples bienes y obligaciones, mencionados expresamente en las cláusulas 1 y 2 del Acuerdo;

c) No corresponde analizar si se pagó o no la exclusión del denunciante del comercio de arriendo de automóviles, por qué renunció el denunciante o por qué se aceptó la cláusula prohibitiva. La decisión de esta cuestión, no puede estar condicionada a dichas consideraciones, pues la cláusula es ilícita, ya que la libertad de ejercer actividades económicas está consagrada por disposiciones de orden público que no pueden ser restringidas, anuladas o renunciadas;

d) La justicia o equidad de las prestaciones mutuas de las partes o el fundamento de su conducta escapa a la competencia de la H. Comisión Preventiva, pues son materias propias del conocimiento de los tribunales ordinarios de justicia.

7.- Por oficio N° 1144, de 25 de Agosto último, expresa el señor Fiscal Nacional Económico que en su opinión según tuvo oportunidad de expresarlo en el requerimiento que formuló ante la H. Comisión Resolutiva en contra de Vicente Castiglione Garay, en causa Rol N° 74/78, la libertad de competencia que garantiza el Decreto Ley N° 211, de 1973, no puede ser restringida por un particular, cualesquiera sean sus razones personales, porque está consagrada y garantizada por normas de orden público. Por lo mismo, no cabe invocar a este respecto el poder contractual de la autonomía de la voluntad ni ponderar la justicia o injusticia del caso ni aducir la irrelevancia que éste pueda tener en el ámbito nacional ni aceptar el argumento de que se trata de problemas particulares entre dos contratantes, de tal suerte que no tiene mayor importancia si la cláusula cuestionada ha sido impuesta o libremente convenida.

8.- Agrega que, estas libertades manifestadas a través de la libre contratación, se encuentran garantizadas también en el Capítulo III de la Constitución Política de la República de Chile, que en su artículo 19 N° 16 establece que: "ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así", elevando, de esta manera, a la categoría de garantía constitucional el derecho a la libertad de trabajo y su protección; dentro de éste cabe el derecho a la libre elección y ejercicio de cualquiera actividad lícita.

9.- Manifiesta el señor Fiscal que esta opinión fue compartida por la H. Comisión Resolutiva, al expresar en la Resolución N° 58, de 18 de Abril de 1979, recaída en el mismo caso citado anteriormente, que "vulnera las normas sobre libre concurrencia una cláusula por la cual se prohíbe a un contratante la explotación de una considerable variedad de rubros o giros comerciales, porque importa una seria traba a la libertad que el Decreto Ley N° 211, de 1973, garantiza, sin más excepciones que las establecidas en las leyes... porque a este respecto, la autonomía de la voluntad está limitada por disposiciones de orden público", no alterando la naturaleza ilícita del acto, "la circunstancia de no haberse hecho efectivo el cumplimiento de lo convenido, ni la de la renuncia voluntaria de los derechos que otorga la convención", dejando sin efecto, en definitiva, la cláusula sexta del contrato de subarrendamiento celebrado entre don Vicente Castiglione Garay y don Jaime González Jofré, por la que se prohibía al subarrendatario instalar en los locales arrendados diversos giros comerciales.

10.- Finaliza expresando el señor Fiscal Nacional Económico, que el art. 1° del Decreto Ley N° 211, de 1973, sanciona a todo "el que ejecute o celebre, 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 ...".

El art. 2° del mismo Decreto Ley contiene, a título de ejemplo, una enumeración de hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia, y concluye, en la letra e): "En general, cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir y entorpecer la libre competencia".

Así, la cláusula en estudio repugna a la doctrina sentada por el legislador en el Decreto Ley N° 211, de 1973, como asimismo, a la de la Carta Fundamental de 1980, que elevó a la categoría de garantía constitucional 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.

Por las consideraciones expuestas, en opinión del

señor Fiscal Nacional, la cláusula sexta denunciada, en cuanto impone al primero de los nombrados la prohibición de relacionarse, directa o indirectamente, con el comercio de arriendo de automóviles durante diez años, en el territorio de la República, constituye una clara infracción de las normas que regulan la libre competencia.

Por último, el señor Fiscal Nacional manifiesta que de la referida infracción son igualmente responsables los denunciadores y el denunciado. Los primeros, a sabiendas de su ilicitud convinieron la renuncia o prohibición y obtuvieron provecho de ella. Más tarde, reteniendo aquel lucro, han querido remover la prohibición, denunciando la antijuricidad que conocían desde el primer momento. Así, aún, parece más reprochable la conducta de los denunciadores.

Por lo tanto, concluye que esta Comisión Preventiva Central debe recomendarle que formule requerimiento ante la H. Comisión Resolutiva para que deje sin efecto la cláusula objetada y para que sancione tanto a los denunciadores como al denunciado de acuerdo con la gravedad de sus respectivas conductas.

11.- En relación con la denuncia de don Javier Zulaica Arrizabalaga, cabe hacer presente, en primer término, que esta Comisión Preventiva comparte los fundamentos del informe del señor Fiscal Nacional contenidos en su oficio de 25 de Agosto último, en cuanto a que la cláusula impugnada por el denunciante constituye una clara infracción a las normas que regulan la libre competencia contenidas en el Decreto Ley N° 211, de 1973.

12.- Esta Comisión Preventiva Central ya se ha pronunciado sobre la materia en estudio; en efecto, por dictámenes N°s 435/740, de 11 de Octubre de 1984 y 438/889, de 23 de Noviembre del mismo año, como lo hace presente en su informe el señor Fiscal Nacional, objetó los contratos que las compañías distribuidoras de combustibles líquidos habían celebrado con los expendedores minoristas, ordenando suprimir las cláusulas reprochadas en que se estipulaba la prohibición al dueño de un establecimiento de explotarlo, sea absolutamente sea en el mismo giro.

13.- El Decreto Ley N° 211, de 1973, sobre libre competencia, sanciona todo hecho, acto o convención que tienda a impedir, eliminar o entorpecer la libre competencia, entendida ésta como la libertad de los oferentes para producir y entregar sus productos y servicios al mercado y, como la libertad de acceso y de elección de los demandantes de los mismos.

Así, la declaración y compromiso del denunciante en orden a no continuar relacionado en el negocio de arriendo de automóviles, directa o indirectamente, en la República de Chile, por el plazo de diez años, considerada por el denunciado, señor Martínez Perales, como elemento esencial para fijar las condiciones de la negociación a que se refiere el acuerdo, constituye un entorpecimiento al libre acceso a la actividad del arriendo de vehículos, que resulta contrario a los fines perseguidos por el Decreto Ley N° 211, ya citado.

14.- Al tenor de las disposiciones del Decreto Ley citado, ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que, naturalmente, se oponga a las buenas costumbres o que lo exija el interés nacional o una ley lo declare así, por lo que cualquiera que haya sido la motivación de las partes que suscribieron el "Memorandum de Acuerdo", de 18 de Febrero de 1987, hay que concluir que tal estipulación tiende a eliminar o entorpecer la libre competencia y, por tanto, es un acto prohibido por el Decreto Ley N° 211, de 1973.

15.- No altera la anterior conclusión el hecho que dicha convención haya sido ratificada ante los jueces árbitros que conocieron la demanda del denunciante por infracción del contrato, extendiéndose la prohibición al arriendo de camionetas, pues sólo corresponde al Servicio y a las Comisiones Antimonopolios establecidos en el Decreto Ley N° 211, de 1973, conocer y resolver todas las situaciones que afectan, alteran o restringen la libre competencia y disponer, en su caso, las medidas de excepción que sean necesarias para que esa restricción no afecte el bien común comprometido.

16.- De todo lo anterior se desprende que el acuerdo suscrito en la cláusula sexta del Memorandum de Acuerdo celebrado entre don Javier Zulaica Arrizabalaga, por sí y en

representación de la Sociedad Comercial Inversiones Otoñal Limitada con don Carlos Martínez Perales y la Compañía Exportadora S.A., en cuanto impone al primero de los nombrados la prohibición de ejercer el comercio de arriendo de automóviles durante diez años, en el territorio de la República, importa una colusión destinada a restringir la libre competencia, aún cuando no consta de los antecedentes que efectivamente la haya afectado. Esta Comisión Preventiva no acepta el descargo formulado por el denunciante en cuanto no conocía o no tuvo "clara conciencia" del alcance de dicha prohibición, en relación con el Decreto Ley N° 211, de 1973.

Por lo dicho, esta Comisión recomienda al señor Fiscal Nacional Económico formule requerimiento ante la H. Comisión Resolutiva para que deje sin efecto la cláusula objetada y para que sancione tanto a los denunciantes como a los denunciados, de acuerdo con la gravedad de sus respectivas conductas.

Notifíquese al señor Fiscal Nacional Económico, a don Javier Zulaica Arrizabalaga, por los denunciantes y a don Carlos Martínez Perales, por los denunciados.

El presente dictamen fue acordado en sesión de 15 de Septiembre en curso, por la mayoría de los miembros de esta Comisión señores Jorge Asecio Fulgeri, Presidente, Arturo Yarrázaval Covarrubias e Iván Yáñez Pérez y con el voto contrario de los señores Gonzalo Sepúlveda Campos y Mario Guzmán Ossa, quienes estiman que en este caso específico el objeto de la cláusula prohibitiva no fue restringir la libre competencia y que, además, dicha cláusula no sería idónea para producir ese efecto en este mercado tan especial.

El señor Jorge Asecio Fulgeri, no firma el presente dictamen por

encontrarse ausente, no obstante haber concurrido al acuerdo.

~~XXXXXXXXXXXX~~
ALEJANDRO ORDENES GODOY
Secretario Abogado Subrogante
Comisión Preventiva Central