



asuntos  
públicos

— .cl



Centro de estudios del desarrollo

f /asuntospublicos

@ced\_cl

## Novedades

31/03/2020

Economía

Constitucionalidad de la regulación y fijación de precios: de la excepción constitucional a la normalidad jurídica

20/03/2020

Sociedad

“¿En qué lado de la Historia estás?”: Historia y memoria como juezas del estallido social

11/03/2020

Economía

Innovación y distribución de ingreso en el capitalismo desarrollado

31/01/2020

Política

La Constitución y la propiedad de las aguas: el problema detrás del texto constitucional (Parte 2)

28/01/2020

Política

La Constitución y la propiedad de las aguas: el problema detrás del texto constitucional (Parte 1)

## Acerca de

Este informe ha sido preparado por el Consejo Editorial de asuntospublicos.cl.

©2000 asuntospublicos.cl.  
Todos los derechos reservados.

Se autoriza la reproducción, total o parcial, de lo publicado en este informe con sólo indicar la fuente.

# Informe 1374

## Economía

31/03/2020

Constitucionalidad de la regulación y fijación de precios: de la excepción constitucional a la normalidad jurídica

Andrés Peñaloza Muñoz<sup>1</sup>

Un debate que ha surgido en estos días, por las consecuencias del coronavirus (COVID-19) en nuestro país, ha sido el de si acaso es constitucional o no la fijación de precios de ciertos productos.

La pregunta es de enorme interés práctico, pues en este período de excepción constitucional han existido prácticas que han sido percibidas por la ciudadanía como abusivas o poco éticas. Por ejemplo, precios inusuales en los siguientes bienes o servicios: artículos como alcohol gel y mascarillas; en consultas médicas, necesarias para obtener la orden de realizarse exámenes para detectar el COVID-19<sup>2</sup>; en insumos necesarios para los establecimientos de salud pública (ventiladores mecánicos)<sup>3</sup>.

Además, mientras terminaba este Informe, se publicó una resolución de la Subsecretaría de Salud que fijó precios máximos para el examen de COVID-19 y para el arriendo de inmuebles necesarios para enfrentar dicha pandemia (esto último, a propósito de la polémica -justificada o no- causada por la utilización del Espacio Riesco). La comentaré como excursus al final de este escrito, ya que se trata de una medida adoptada en virtud de cierta interpretación del art. 36 del Código Sanitario, para casos de emergencias sanitarias, y no en el uso de las potestades que otorga el estado de catástrofe. Es decir, se trata de una medida basada en legislación ordinaria (no-estado de excepción constitucional), por lo que reviste cierto interés.

Según explicaré en este Informe, la regulación o fijación de precios es constitucional: no sólo porque es posible tomar dicha medida en un estado de excepción constitucional (como el estado de catástrofe), sino porque también puede regularse esta materia para situaciones de normalidad jurídica<sup>4</sup>. Mostraré que es errada la opinión según la cual cualquier regulación de precios o una sólo en causales restrictivas está permitida; como veremos, el punto en juego es otro.

<sup>1</sup> Abogado. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

<sup>2</sup> Véase la investigación de CIPER: “El negocio del coronavirus: Altos precios en clínicas y cobros abusivos por productos en Internet”, en <https://ciperchile.cl/2020/03/19/el-negocio-del-coronavirus-altos-precios-en-clinicas-y-cobros-abusivos-por-productos-en-internet/>. Revisada el 23.03.2020.

<sup>3</sup> Véase la investigación de CIPER: “Minsal paga \$12.568 millones por ventiladores mecánicos y gobierno acusa manipulación de precios”, en <https://ciperchile.cl/2020/03/20/minsal-paga-12-568-millones-por-ventiladores-mecanicos-y-gobierno-acusa-manipulacion-de-precios/>. Revisada el 23.03.2020.

<sup>4</sup> Entendida como “sin estados de excepción constitucional declarados”.

Que la regulación o fijación sea constitucional quiere decir que está permitido hacer esto según la Constitución Política de la República (“CPR”). Para efectos de este análisis, entenderé como “regulación de precios” la creación de cualquier regla que imponga límites a la cantidad de dinero que las partes puedan acordar en contratos de venta de bienes o prestación de servicios (arrendamiento de servicios u otros contratos atípicos o innominados). Por otro lado, entenderé que una forma de regular los precios es por “fijación”, es decir, determinando la cantidad de dinero que se ha de pagar por un bien o servicio.

Finalmente, antes de iniciar el análisis jurídico, vale la pena advertir que considerar constitucional una iniciativa como esta no implica que ella sea conveniente desde el punto de vista económico o que resuelva -o no- los problemas que pretende resolver. Tales consideraciones, de tipo empírico, requieren ser analizadas tomando en cuenta la evidencia que pueda proveer la economía y las ciencias sociales, por mencionar algunas disciplinas relevantes.

Dicho lo anterior, analizaré primero la regulación de precios en estados de excepción constitucional y luego en tiempos de normalidad jurídica.

### Fijación de precios en casos de excepción constitucional (estado de catástrofe)

Parece no haber desacuerdo en afirmar que la Constitución permite la regulación de precios en estados de excepción constitucional. Sin embargo, no es tan claro que quien tenga la potestad de regular precios sea el Presidente de la República, la autoridad militar a cargo durante el estado de excepción (Jefe de Defensa Nacional), o bien ambos. Explicaré este problema ahora.

### Las potestades del Presidente para regular precios en un estado de excepción constitucional

En el estado de catástrofe existen dos autoridades relevantes: una, el Presidente de la República; otra, el Jefe de Defensa Nacional. Este último es una autoridad nombrada por el Presidente cuando declara el estado de excepción constitucional, en cada zona afectada. Cada zona afectada queda bajo la “dependencia inmediata” del Jefe de Defensa Nacional “[...] con las atribuciones y deberes que la ley señale” (art. 41, inc. 3, CPR). Tal ley es, hoy, la N° 18.415, Orgánica Constitucional de Estados de Excepción (en adelante, “LOCEE”).

Declarado el estado de catástrofe, el Presidente de la República puede (art. 43, inc. 3, CPR):

- a) Restringir la “libertad de locomoción” (movimiento; p. ej., declarar toque de queda).
  - b) Restringir la “libertad de reunión”.
  - c) “Requisar bienes” (con posterior obligación de indemnizar, art. 45, inc. 2, CPR).
  - d) Establecer “limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad” (con posterior obligación de indemnizar, art. 45, inc. 2, CPR).
  - e) Adoptar “medidas extraordinarias de carácter administrativo”.
- Como puede verse, de ninguna de estas potestades se desprende claramente la atribución de regular precios. De las señaladas, las letras d) y e) parecieran permitirlo. En mi opinión, es posible considerar la regulación de precios como una “medida extraordinaria de carácter administrativo”, lo que explicaré en

lo que sigue. También podría considerarse como un acto que limita el ejercicio del derecho de propiedad<sup>5</sup>.

La Constitución no define qué es una “medida extraordinaria de carácter administrativo”. El profesor Cea, abordando este punto, ha señalado -con razón- que tal término puede “tener [un] sentido amplio como no implicar nada realmente relevante”<sup>6</sup>. La incertidumbre sobre el sentido de esta potestad probablemente será un desincentivo a su uso, ya que -hasta donde he podido ver- no existen análisis detallados de ella en la dogmática jurídica constitucional o administrativa<sup>7</sup>.

Esta potestad del Presidente ha sido establecida directamente por la Constitución y no tiene especificaciones en la LOCEE. Por tanto, sólo debemos considerar el texto constitucional como material normativamente relevante, sin perjuicio que otras leyes puedan ilustrar la distinción entre lo ordinario y lo extraordinario o la normalidad y la excepción dentro del Derecho para efectos de interpretar la expresión “medida extraordinaria de carácter administrativo”<sup>8</sup>.

En mi opinión, una medida administrativa extraordinaria debe entenderse como cualquier acto del Presidente de la República que, en circunstancias de normalidad jurídica, tendría un contenido contrario al Derecho o sin fundamento en él, dictado dentro de un estado de catástrofe, destinado a restablecer la normalidad constitucional y que no afecte derechos constitucionales distintos de los de reunión, locomoción y propiedad.

Para lo que aquí interesa, es relevante señalar que el contenido del acto presidencial que contemple una o más medidas administrativas extraordinarias puede ser cualquiera: puede consistir en actos declarativos o en ordenar comportamientos, sea a nivel particular o general, siempre que el acto cumpla con los requisitos señalados en el párrafo anterior. Por otro lado, el carácter “extraordinario” de estas medidas debe entenderse, a mi juicio, como una característica de esta potestad constitucional de excepción que permite al Presidente dictar medidas que en tiempos de normalidad jurídica serían contrarias al Derecho (por no existir una potestad habilitante o por ejercerse contraviniendo al procedimiento o formalidades ordinarias) o no autorizadas por una potestad jurídica (no reguladas, fuera del Derecho; *praeter legem*).

La potestad en análisis contempla, siguiendo lo señalado, la posibilidad de regular precios sobre cualesquiera clases de bienes o servicios que cumplan una función necesaria para restaurar la normalidad constitucional. Que la finalidad sea el “restablecimiento de la normalidad constitucional” es algo exigido por la Constitución

---

<sup>5</sup> Sin embargo, si tuviera que elegir, no centraría la fuerza de los argumentos en este aspecto, puesto que la propiedad y su ejercicio tienen aplicación sobre cosas, no sobre su valor. El valor de las cosas, es decir, la cantidad de cosas fungibles (dinero) que una parte racional, en sentido económico, está dispuesta a recibir a cambio de transferir el dominio de un bien o prestar un servicio, es un elemento que sirve para determinar cuestiones relativas a los actos de reparación del quebrantamiento de la justicia conmutativa (p. ej. indemnizaciones de perjuicios), entre otras cosas, pero no se trata de un elemento característico de la propiedad como derecho subjetivo (como derecho real). Es curioso que haya poca reflexión jurídica sobre este punto, pues los textos sobre Derecho de Bienes son bastante uniformes al tratar los “atributos y facultades del dominio”, así como sus características centrales, y en ninguno de ellos el valor es señalado como una nota jurídica de la propiedad. Sin embargo, los actos que generan pérdidas de valor suelen ser señalados, por los abogados, como afectaciones a la propiedad sin ninguna duda y, a la vez, sin ninguna explicación. No niego que el valor, por cierto, pueda jugar un rol en estos problemas; sólo quiero llamar la atención en el hecho de que el valor de la propiedad no es lo mismo que la propiedad del valor. Sobre el tratamiento de la justicia conmutativa en el resarcimiento de pérdidas contractuales y la función del valor, véase Weinrib (2017), p. 166-170.

<sup>6</sup> Cea (2013), p. 222.

<sup>7</sup> Al respecto, he escrito una breve opinión en El Mercurio Legal del 23 de marzo reciente: “Estado de catástrofe y “medidas extraordinarias de carácter administrativo”: una propuesta de interpretación”, en <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2020/03/23/Estado-de-catastrofe-y-medidas-extraordinarias-de-caracter-administrativo-una-propuesta-de-interpretacion.aspx>. Revisado 30.03.2020.

<sup>8</sup> Por ejemplo, el Decreto N° 104 de 1977 del Ministerio del Interior que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Título I de la Ley N° 16.282 que establece disposiciones para casos de sismos y catástrofes.

(art. 44, inc. 1, CPR). Ahora bien, si la causa que motiva el estado de catástrofe es la “calamidad pública” (entendida como un mal grave que afecta a muchas personas, sea como efecto de hechos de la naturaleza o del hombre), entonces debería entenderse que todas acciones cuyos fines sean hacer desaparecer la calamidad pública o los males que ésta causó, se encuentra causando, o los que se hayan generado con ocasión de aquella, deben considerarse como esfuerzos por restablecer la normalidad constitucional.

La regulación de precios, en estados de excepción constitucional, puede tener por objeto bienes y servicios que no están sujetos a regulación de precios ordinariamente, o bienes y servicios para los que dicha regulación es hoy día posible, pero requieren un procedimiento y formalidades especiales en la legislación ordinaria.

Así, por ejemplo, el Presidente de la República podría regular o haber regulado los precios de los exámenes médicos para COVID-19, así como los precios de las atenciones médicas necesarias para obtener las órdenes para la realización de estos exámenes.

Un tema adicional, muy relevante, que no será objeto de este análisis, es en qué casos la regulación de precios en estado de catástrofe genera la obligación de indemnizar de conformidad a los artículos 45, inc. 2, de la CPR y 17 de la LOCEE. Lo que puede decirse de momento es que no parecen haber razones para que una indemnización en estos casos sea más alta que el precio de mercado de los bienes o servicios en circunstancias previas a esta pandemia. En este sentido, una regulación de precios que sólo busque frenar prácticas abusivas -como algunas descritas- no debiera tener costo alguno para el Fisco.

Explicada la potestad presidencial de regular precios, expondré las facultades propias del Jefe de Defensa Nacional.

## Las potestades del Jefe de Defensa Nacional de una zona declarada en estado de catástrofe

El Jefe de Defensa Nacional es el encargado de una zona afectada por la “calamidad pública” (art. 41, CPR). En el estado de catástrofe recién declarado<sup>9</sup> se designó uno de estos Jefes por cada región (16 en total). Cada uno tiene, en su respectiva zona, las potestades que le otorga la LOCEE o las que le delegue el Presidente de la República.

El Presidente puede delegar, total o parcialmente, sus atribuciones propias (constitucionales o legales) en un Jefe de Defensa Nacional, mediante Decreto Supremo exento del trámite de toma de razón de la Contraloría General de la República (cfr. art. 6 y 9, LOCEE).

Por su parte, el Jefe de Defensa Nacional tiene ciertas atribuciones propias, otorgadas por la LOCEE. Sólo mencionaré las relevantes para este análisis, que son las potestades de:

“2) Ordenar el acopio, almacenamiento o formación de reservas de alimentos, artículos y mercancías que se precisen para la atención y subsistencia de la población en la zona y controlar la entrada y salida de tales bienes;

---

<sup>9</sup> Decreto Supremo N° 104 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública del 18 de marzo de 2020.

3) Determinar la distribución o utilización gratuita u onerosa de los bienes referidos para el mantenimiento y subsistencia de la población de la zona afectada;”<sup>10</sup>

Estas facultades no son de fácil interpretación, pues tienden a superponerse con las del Presidente de la República. Por ejemplo, si luego de un terremoto ocurren saqueos y cierto nivel de desabastecimiento, podría ser necesario ordenar el acopio, almacenamiento y formación de reservas de alimentos, y establecer la distribución gratuita de ellos. Estas medidas puede tomarlas el Jefe de Defensa Nacional de la zona por sí mismo en el uso de las potestades que le otorga la ley. Siguiendo el punto planteado, si los bienes objeto de tales medidas pertenecen a privados, tales medidas implicarán forzosamente una requisición de esos bienes (bajo cualquier definición estándar de este término) o, al menos, una afectación al ejercicio del derecho de propiedad, ya que la toma de posesión de bienes -acopio, reserva, etc.- afecta el uso y el goce, mientras que su distribución gratuita (transferencia del dominio de los bienes) afectará la propiedad de su dueño (tiene el mismo efecto que la requisición).

Aquel ejemplo muestra que las potestades propias del Jefe de Defensa Nacional son capaces de tener el mismo efecto que las del Presidente de la República, es decir, se superponen parcialmente. ¿Cuál es la diferencia, entonces, entre unas y otras? Que las del Presidente -relativas a la requisición o afectación del derecho de propiedad- son facultades de mayor extensión, pues permiten tomar todas las medidas necesarias para volver a la normalidad constitucional, mientras que las del Jefe de Defensa tienen limitada su autoridad a “alimentos, artículos y mercancías que se precisen para la atención y subsistencia de la población en la zona” (art. 7, N° 2, LOCEE).

Hecha tal aclaración y volviendo al tema central de este Informe, en mi opinión, la facultad que permite al Jefe de Defensa Nacional de una zona la acción de regular precios es la de “determinar la distribución [...] onerosa” de alimentos, artículos y mercancías necesarios para el “mantenimiento y subsistencia de la población” (art. 7, N° 3, LOCEE). En este sentido, el Jefe de Defensa Nacional no puede regular precios sino en un acto de distribución onerosa de bienes, es decir, ordenando a su vez la transferencia del dominio (distribución) a una o más personas de una población<sup>11</sup>. La regulación de precios debe inmediatamente dar cuenta de un propósito de distribución, tratándose del Jefe de Defensa Nacional. Esto, a diferencia de la potestad presidencial de requisición, que debe poder ser vista como orientada al propósito de restablecer la normalidad constitucional, pero no requiere ir ligada de forma inmediata a una acción determinada.

Si pensamos algunos ejemplos, podríamos concebir que uno de tales Jefes podría ordenar a un establecimiento comercial la venta forzosa de artículos médicos a cierto precio para su distribución a los adultos mayores en virtud de resguardar su subsistencia, para lo cual tendría que entregar copia de su decisión escrita a quien tuviere en su poder tales bienes, indicándose en tal orden la medida tomada y el precio fijado por los bienes. Tal precio podría ser acordado con el dueño de los bienes, si estuviere; si no hay acuerdo, el afectado gozará de las acciones indemnizatorias que le otorga la LOCEE<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Art. 7, N°s 2 y 3, LOCEE.

<sup>11</sup> También podría considerarse que la “distribución” de un bien puede incluir sólo un uso o goce temporal del mismo, lo que puede tener sentido en el caso de artículos o mercancías. Conceptualmente, no me parece que deba descartarse, salvo en el caso de los bienes consumibles, es decir, los que su uso habitual implica su destrucción (alimentos).

<sup>12</sup> Cfr. art. 19 y 20, LOCEE.

O, sin ir mucho más lejos, el Jefe de Defensa Nacional o bien el Presidente de la República podrían haber regulado los precios de venta de los ventiladores mecánicos comprados con la finalidad de distribuirlos en los establecimientos públicos de salud.

Sin embargo, para ilustrar más la aplicación de estas reglas, debe advertirse que el Jefe de Defensa Nacional no podría, por ejemplo, regular el precio de las consultas médicas y los exámenes de COVID-19, pues tales servicios no caen bajo los conceptos de “alimentos, artículos y mercancías”<sup>13</sup>. La regulación de precios para servicios es exclusiva del Presidente de la República<sup>14</sup>.

Finalmente, a este respecto, la determinación de una medida administrativa extraordinaria de regulación o fijación de precios que haga el Presidente de la República debe materializarse por Decreto Supremo exento del trámite de toma de razón y notificadas al afectado (o afectados) en la forma que determine el mismo Presidente (cfr. arts. 9 y 11, LOCEE).

Dicho lo anterior, pasaré a revisar brevemente el problema de la regulación de precios en tiempos de normalidad jurídica.

## Regulación de precios en tiempos de normalidad jurídica

### Algunas cuestiones sobre cómo abordar el problema

Un problema importante en la discusión “abstracta” de este tipo de temas es que se espera una respuesta del tipo “sí o no” para cuestiones que no son susceptibles de tales tipos de respuesta.

Cuando alguien se pregunta por la constitucionalidad de una regla, suele preguntarse cosas como: “¿es constitucional arrestar personas en recintos no carcelarios?”, “¿se puede intervenir un contrato?”, “¿se puede fijar precios?”, etc. Algunas preguntas pueden ser contestadas teniendo sólo la información que provee la pregunta misma y las disposiciones constitucionales relevantes; otras no. Por ejemplo, arrestar personas en recintos no carcelarios es normalmente inconstitucional<sup>15</sup>, pero declarado el estado de excepción constitucional de sitio pasa a ser constitucional (arrestos en las moradas de las personas)<sup>16</sup>. Este ejemplo es simple, porque hay dos reglas claras que lo regulan<sup>17</sup>. En cambio, tratándose de principios, es decir, de “mandatos de optimización” de los objetos de ciertos derechos, el asunto se vuelve más complejo. Las evaluaciones constitucionales se vuelven más difíciles cuando se trata con las formulaciones estándar de los derechos fundamentales (p. ej., “x tiene derecho a algo”), pues allí debe determinarse la constitucionalidad de una regla, en relación con estos principios, considerando, al menos, dos mecanismos de evaluación: la

---

<sup>13</sup> Alguien podría considerar que el término “mercancías” se puede entender como todo lo que se puede “comprar o vender” (en un sentido no-jurídico), incluyendo el trabajo (aquel sustantivo comprendería, en términos económicos, lo que se suele llamar “servicios” o, en términos del derecho civil del S. XIX, los contratos de arrendamiento de “obra” y de “servicios inmateriales”). Sin embargo, esta forma de usar el término, que pudiera justificarse filosóficamente, no tiene relación con el uso más generalizado de la palabra; de esto incluso dan cuenta las primeras páginas de El Capital de Marx.

<sup>14</sup> Es cierto que no he definido qué debe entenderse por “alimentos, artículos y mercancías”. Sin embargo, si concedemos que estos tres sustantivos se refieren a cosas y no a servicios, el punto relativo a la limitación de esta potestad queda demostrado. Véase la nota anterior.

<sup>15</sup> Por regla expresa que lo prohíbe, cfr. art. 19, N° 7, inc. 2, letra d, CPR.

<sup>16</sup> Cfr. art. 43, inc. 2, CPR.

<sup>17</sup> Ahora bien, incluso esta simpleza esconde que la regla es comprensible porque se encuentra dentro de un contexto más o menos bien articulado de significados. En efecto, el mero hecho de hablar de “arresto” implica, dentro de la Constitución, las reglas procesales penales modernas establecidas en el texto, donde se está suponiendo ya las condiciones de aplicación que habilitan el arresto, a saber, la comisión de delitos sancionados con esa pena o la prisión preventiva.

“ponderación” de los demás derechos en juego<sup>18</sup> y la protección del “contenido esencial” de cada derecho<sup>19</sup>; ambas herramientas de análisis, con buenos desarrollos teóricos, en la práctica jurídica otorgan poca certeza y dan pie a interminables discusiones.

### Regulación de precios como una medida, ex ante, constitucional

Hecha la aclaración anterior, desde el punto de vista de las reglas, la regulación de precios es constitucional, pues no existen prohibiciones expresas, ni que sean consecuencia de otras reglas constitucionales, de tal acto. Para los órganos que poseen conjuntamente potestades normativas, como el Presidente de la República y el Congreso, existe, un permiso débil de regular precios<sup>20</sup>.

Por otro lado, desde el punto de vista de los principios, el acto de regulación de precios puede ser considerada, ex ante, como constitucional en la medida que pueda ser visto como exigido por un derecho, sea para realizar tal derecho o para afirmar las condiciones que le dan valor<sup>21</sup>. Considerada una medida específica de regulación de precios, con todas las circunstancias relevantes a la vista (ex post), su inconstitucionalidad puede ser afirmada si aquella no satisface el test de proporcionalidad (ponderación) o afecta el contenido esencial de algún derecho; cuestiones que, como indiqué, sólo pueden ser evaluadas -al menos teóricamente- considerando un conjunto determinado de reglas en su propio contexto de potencial aplicación.

En lo que sigue, esbozaré algunas consideraciones que estimo relevantes para evaluar constitucionalmente medidas de regulación de precios en tiempos de normalidad jurídica, pues, por lo explicado, no es posible prever a priori la constitucionalidad de una medida así. Sólo es posible afirmar con certeza que existe un permiso débil desde el punto de vista de las reglas constitucionales; quien afirme lo contrario tiene la carga de la prueba. Desde el punto de vista de los principios, sólo pueden delinarse cuestiones presumiblemente relevantes, que es lo que haré mediante el análisis de algunos ejemplos existentes en nuestra regulación, los que, además, favorecen la presunción de que este tipo de medidas son constitucionales, al menos ex ante, como he dicho.

<sup>18</sup> Sobre este mecanismo, véase Alexy (2014).

<sup>19</sup> La doctrina del “contenido esencial” proviene de su consagración constitucional en Alemania y España. Buena parte de la dogmática constitucional prefiere no dar un criterio general sobre cómo se aplica la protección al contenido esencial de los derechos, sino que opta por una visión más pragmática según la cual se entiende vulnerado el contenido esencial de un derecho si se imponen limitaciones irracionales a su ejercicio, dando varios criterios para ello (p. ej., en términos del test de proporcionalidad). Véase, por todos, Alexy (2014), p. 259 y ss. En Chile, véase el notable trabajo de Fuentes (2018), p. 233-267.

<sup>20</sup> Hablo de potestades conjuntas, pues ambos intervienen en el proceso legislativo de creación de normas. Sobre “permiso débil” (un permiso que sólo significa ausencia de prohibición positiva o expresa), véase Alchourron y Bulygin (2013), p. 175-176; cfr. von Wright (1963), p. 85 y ss.

<sup>21</sup> Entiendo, hablando en términos generales, que la creación de una regla “realiza” un derecho fundamental cuando tal regla puede ser vista como una de varias acciones que satisfacen lo exigido por tal derecho. Así, por ejemplo, si tengo “derecho a la salud”, esto significa que alguien (p. ej., el Estado) se encuentra obligado a proveerme prestaciones de salud (suponiendo que “proveer...” es lo que quiere decir, resumidamente, el sustantivo “salud”). Una ley que establezca prestaciones de salud y procedimientos para hacerlas efectivas realiza este derecho en el sentido que ejecuta acciones -dentro del margen de acción que permite la descripción de lo debido- que cuentan como “otorgar prestaciones de salud”. Dicha descripción, por cierto, comprende no sólo la acción que realiza el estado de cosas querido, sino todos los medios necesarios para llegar a ese estado de cosas, del mismo modo que diríamos que obedecer la orden “cierra la puerta” implica no sólo tal acción, sino el pararme de la silla, caminar y finalmente realizar el estado de cosas deseado. Sobre el margen de acción y sobre la elección de medios para realizar fines, véase Alexy (2014), p. 408 y ss., y p. 522-523.

Por otro lado, entiendo que el valor de un derecho o libertad es la capacidad que tienen los individuos de promover sus fines a través de tal derecho o libertad. Así, por ejemplo, la libertad de adquirir toda clase de bienes (art. 19, N° 23, CPR) es algo que tiene mayor valor para los ricos que para los pobres, pues, aunque ambos son titulares de la libertad, la diferencia de recursos materiales hace que esta sirva mucho a unos para realizar sus fines -los que tienen dinero- y muy poco a otros -lo que no lo tienen-. Idealmente, el Derecho debiera resguardar no sólo los derechos y libertades, sino las condiciones que permiten que estos tengan valor para las personas. Sobre la expresión “el valor de la libertad”, véase Rawls (1971), §32.

## La función de la regulación de los precios y su aplicación en Chile

Pareciera que la regulación de precios tiene su justificación en la necesidad de corregir ciertas desviaciones de lo que se consideran condiciones adecuadas de mercado. Por supuesto, la respuesta a las preguntas sobre cuándo una desviación es lo suficientemente grave y qué son “condiciones adecuadas de mercado”, puede ser objeto de debate y no parece reducirse a la repetición de las características ideales de los modelos simplificados que se utilizan para explicar la microeconomía.

Sin perjuicio de lo señalado, el análisis de las creencias expresadas por los participantes de la práctica legal chilena en estas materias muestra que la justificación de la regulación de precios se basa en razones puramente morales o en intentos de corregir condiciones de mercado que se consideran inadecuadas.

### a) Un caso antiguo: la lesión enorme

Un notable ejemplo de razones puramente morales que han justificado la regulación de precios es la forma en que Andrés Bello trató el problema de la lesión enorme en su Proyecto de Código Civil de 1853. Entendemos aquí que hay lesión enorme cuando alguien recibe menos de la mitad o más del doble de lo que una cosa vale (el “justo precio” de la cosa)<sup>22</sup>. En el art. 1629 de tal Proyecto, Bello consideró que la lesión era un vicio del consentimiento en la contratación, regulando la configuración de este vicio, sólo aplicable a los contratos conmutativos, en el art. 1683<sup>23</sup>. En otras palabras, para Andrés Bello la contratación a precios distorsionados, a cierto nivel, debía entenderse como algo que dos voluntades libres e informadas no hubiesen acordado si ambas pensaban en una transacción de equivalente valor (conmutativo). Como también es conocido, en el proyecto aprobado de Código Civil chileno la lesión enorme se quitó como vicio de la voluntad y fue reemplazado por una serie de reglas especiales donde la lesión permite invalidar cierto tipo de actos o contratos<sup>24</sup>. Aunque el tratamiento general de la lesión desapareció, las reglas especiales se encuentran vigentes. Algunos de esos casos, aunque lo olvidemos por estar acostumbrados a su existencia, son casos de regulación de precios.

### b) El Decreto de fijación de precios de la dictadura militar (1973-1989)

Entre octubre de 1973 y 1989 (durante casi todo el período de dictadura militar), hubo una normativa general de regulación de precios: el Decreto N° 522 de octubre de 1973 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que estableció una “nueva modalidad de fijación de precios”. En tal sistema, la Dirección de Industria y Comercio (DIRINCO) podía determinar los listados de bienes y servicios sujetos a fijación de precios. La fijación debía hacerla la misma DIRINCO, considerando ciertos datos económicos que buscaban, en pocas palabras, evitar que los precios subestimaran los costos del productor o importador del producto.

Según los fundamentos de tal decreto, la fijación era necesaria porque: i) la política de precios que existió antes significó “una distorsión de la economía del país”, ii) era necesario que los precios reflejaran el “costo” de los bienes y servicios, y iii) tal regulación permitiría un “aumento de la producción”, aunque a costa de un

<sup>22</sup> Art. 1889, Código Civil chileno.

<sup>23</sup> Un contrato conmutativo es aquel en que lo debido por ambas partes del contrato es mirado como de un valor equivalente. Cfr. art. 1441, Código Civil chileno.

<sup>24</sup> El caso más común, la causal de nulidad del contrato de compraventa de inmuebles cuyo precio adolece de lesión enorme (cfr. art. 1888 y ss., Código Civil).



“sacrificio inicial” -de productores e importadores- derivado de sólo obtener “una razonable utilidad”<sup>25</sup>. En este caso, como puede verse, la justificación de la regulación de precios fue vista como una forma de corregir el funcionamiento de la economía.

### c) La regulación de precios en algunos servicios de utilidad pública: el caso eléctrico

Hoy existe regulación de precios o tarifas, en general, tratándose de servicios de utilidad pública concesionados (prestados por privados): transmisión y distribución de energía eléctrica, prestación de servicios sanitarios, distribución de gas (en algunos casos)<sup>26</sup>. Daré algunos ejemplos que me son más familiares, relacionados a los servicios eléctricos.

El D.F.L. N° 244 de 1931 del Ministerio del Interior, es decir, la primera Ley General de Servicios Eléctricos, consideraba la fijación de tarifas para las concesionarias de servicio público, que, en esa época, podían incluir: centrales hidroeléctricas, líneas de distribución de energía, centrales y líneas telegráficas, estaciones de radiocomunicaciones, entre otras<sup>27</sup>. Como dato curioso, que refleja una regulación especial de precios para el Estado, las oficinas fiscales o municipales tenían, por ley, un descuento de entre un 25% a un 50% en el valor de sus consumos<sup>28</sup>. Una situación parecida se mantuvo en la Ley General de Servicios Eléctricos de 1959<sup>29</sup>.

La actual Ley General de Servicios Eléctricos (en adelante, “LGSE”), originaria de 1982, pero con innumerables modificaciones<sup>30</sup>, también contiene un sistema de fijación de precios para los servicios de transmisión y los concesionarios de distribución de energía eléctrica<sup>31</sup>. Se considera que ambos son servicios públicos, aunque estén proveídos por privados.

Hablando de manera general, la idea básica que está presente en la legislación de servicios eléctricos es que el prestador debe obtener ciertos ingresos, considerando cierto lapso, que le permitan a largo plazo recuperar el capital invertido y obtener cierto margen de utilidad anual (el que se obtiene solo si la empresa es eficiente)<sup>32</sup>.

<sup>25</sup> Véanse los “considerandos” del mismo Decreto N° 522 citado. Señalé sólo los puntos más relevantes.

<sup>26</sup> Sólo cuando las concesionarias de distribución de gas superan los límites máximos de utilidad fijados por la ley. La regla general, en materia de distribución de gas, es la regulación de los márgenes de utilidad.

<sup>27</sup> Cfr. Art. 1 y 117 y ss., D.F.L. N° 244, citado.

<sup>28</sup> Cfr. art. 93, D.F.L. N° 244, citado.

<sup>29</sup> D.F.L. N° 4 de 1959 del Ministerio de Hacienda. Es decir, se mantuvo el sistema de concesiones con tarifas reguladas y con descuentos especiales (25%-50%) para el Estado (oficinas, reparticiones, y servicios fiscales y municipales) (cfr. art. 113 del D.F.L. N° 4, ya citado).

<sup>30</sup> D.F.L. N° 4 de 2006 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.F.L. N° 1 de 1982 del Ministerio de Minería, que contiene la Ley General de Servicios Eléctricos.

<sup>31</sup> Sobre las concesiones, cfr. art. 2, LGSE. Para las tarifas a nivel de transmisión, cfr. art. 102 y ss.; para las tarifas a nivel de distribución, cfr. art. 147 y ss. Lo anterior, sólo como ejemplo, pues las reglas sobre tarifaciones están desperdigadas en diferentes referencias cruzadas de la ley.

<sup>32</sup> Esto, porque la utilidad de las empresas se calcula considerando una “empresa modelo”. Este último término puede consistir en una empresa concebida, por la autoridad regulatoria, como un modelo de eficiencia para las circunstancias presentes o bien -como se suele hacer, al menos en transmisión- una empresa real de gran tamaño a la que se le hacen ajustes de eficiencia y se usa como punto de referencia para la operación real de ella misma y de las demás. Así, por ejemplo, si la empresa modelo tiene un margen de utilidad del 7% anual, la empresa real, a través de la regulación de tarifas, debería obtener un 7% de utilidad anual sólo si cumple de forma perfecta con los estándares de eficiencia fijados por la autoridad regulatoria. Si no los cumple, como es habitual, pues son estándares ideales, la empresa tendrá una utilidad anual real inferior al 7%.

#### d) Regulación de precios en servicios privados: otro caso eléctrico

También existe regulación de precios y prohibición de denegar el servicio en actividades netamente privadas, que no son servicios de utilidad pública, como la transmisión de energía mediante sistemas dedicados (art. 76 y 80, LGSE), antes conocidos como “sistemas adicionales”.

Los sistemas de transmisión dedicados son, para decirlo de forma simple, líneas de transmisión y subestaciones privadas que suelen utilizar grandes centros productivos (p. ej., faenas mineras) para abastecerse de energía o para inyectarla al sistema eléctrico (p. ej., centrales generadoras).

En el año 2004 se promulgó la Ley N° 19.940 que reguló los sistemas de transporte de energía eléctrica, entre otras cosas. Esta ley fue conocida como la “Ley Corta I”. Allí se estableció que los sistemas adicionales de transporte de energía (hoy, “sistemas dedicados”) tendrían la obligación de dar “acceso abierto” a su servicio, a cualquier interesado, en ciertos casos (p. ej., cuando usaran bienes nacionales de uso público)<sup>33</sup>. El art. 71-41 de la LGSE de 2004, introducido por la Ley Corta I, estableció que este servicio se regiría por contratos privados, pero que su precio (peaje) “se deberá calcular en base a” ciertos elementos (valor anual de inversión y ciertos costos). Se debía considerar la norma mencionada y la regla que obligaba a no imponer “condiciones técnicas y económicas no discriminatorias” (art. 71-5, LGSE de 2004). En los hechos, art. 71-5 forzaba a que los precios del uso de las líneas con capacidad técnica disponible entre diferentes usuarios fueran semejantes o no fueran abusivos para usuarios distintos del primero<sup>34</sup>; el art. 71-41 tendía a que el precio (peaje) del “primer usuario” tuviera ciertos parámetros en su fijación.

Ahora bien, yendo a lo concreto de la norma: ¿qué significaba la frase “en base a” (destacada antes con cursivas)? No era claro y la práctica tampoco lo clarificó; debo hacer presente esto<sup>35</sup>. Como sea, no es necesario detallar el sentido preciso de esta regulación (que de preciso tenía poco), sino simplemente constatar que no existía “libertad de precios” en este servicio privado.

Finalmente, dentro del análisis legal, vale la pena señalar que la Comisión Nacional de Energía (órgano descentralizado de la Administración) puede, cada 4 años, calificar los diferentes sistemas de transmisión, haciendo que un sistema dedicado pase a ser un sistema de transporte de servicio público (p. ej., calificándolo como sistema zonal). Mediante este acto, el sistema que antes tenía precios regulados ahora pasará a tener fijación total de tarifas<sup>36</sup>.

Pasando al ámbito de justificación de la mencionada regulación, la explicación que se solía dar era la siguiente: Todo proyecto (p. ej., faena, obra, centro productivo, etc.) requiere energía, pero en lugares donde no hay líneas de transmisión, estos se vuelven muy costosos y a veces inviables, pues el interesado tendría que construir su propia línea de transmisión, lo que no favorece el desarrollo económico. Por tanto, es mejor buscar formas de facilitar el acceso a los sistemas de transmisión dedicados, cuestión que requiere regular el acceso a ellos y el peaje (precios) que podrán cobrar.

<sup>33</sup> Cfr. art. 1 de la Ley N° 19.940, que introdujo el art. 71-5 a la versión de aquel entonces de la LGSE.

<sup>34</sup> Como la regla era deficiente, mi percepción es que el incentivo para que la regla tuviese efectos prácticos era la misma incertidumbre que ella generaba y la amenaza que tenían disponible los usuarios que se sintieran discriminados de recurrir ante las autoridades sectoriales (Panel de Expertos).

<sup>35</sup> También se da cuenta de este problema, de forma explícita, en el Mensaje del Proyecto de Ley que se aprobó como la Ley N° 20.936 que establece un nuevo sistema de transmisión eléctrica y crea un organismo coordinador independiente del sistema eléctrico nacional.

<sup>36</sup> Sobre el proceso de calificación, cfr. art. 100 y ss. LGSE. El último proceso se materializó en la Res. Ex. N° 244 de 2019 que aprobó el Informe Técnico Definitivo de Calificación de las Instalaciones de los Sistemas de Transmisión para el período 2020-2023.

#### e) El caso de las instalaciones de distribución de gas

Hace poco (Ley 20.999 del 2017), se reguló la fijación del precio de venta de instalaciones de gas dentro de edificios, entre distribuidoras, cuando se produce cambio de prestador del servicio en un lugar y no hay acuerdo por el precio entre las compañías (art. 29 ter, Ley de Servicios de Gas). En caso de no existir acuerdo, se precio se fija como equivalente al Valor Nuevo de Reemplazo de las respectivas instalaciones determinado por la Comisión Nacional de Energía<sup>37</sup>.

El sentido de esta regla es favorecer la competencia entre concesionarios de distribución de gas -servicio no monopólico en términos legales- evitando los desincentivos a competir, como lo sería la posibilidad de tener que invertir en instalaciones interiores de edificios o tener que negociar precios muy altos con el competidor que podría usar esta negociación como barrera de entrada al nuevo suministrador.

#### f) Los servicios asociados al suministro eléctrico a nivel de distribución

El caso de regulación de precios que me parece más interesante es el del art. 147 N° 4 de la LGSE: la fijación de precios en los servicios asociados al suministro de energía (p. ej., arriendo de medidores de energía, verificación de medidor, reubicación de empalmes, etc.; hoy más de veinte servicios tienen precios fijados).

El art. 147, N° 4, ya mencionado, establece, grosso modo, que la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, entre otros, puede solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que ciertos servicios (servicios asociados) sean sometidos a fijación de precios. Lo más interesante de la regla es la justificación, bastante amplia, que permite invocar la norma: "que las condiciones existentes en el mercado no [sean] suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria". Dicha regla es general y se puede aplicar, según la Res. 592 de 2001 de la ex Comisión Resolutiva Antimonopolio (hoy "Tribunal de Defensa de la Libre Competencia"), en casos donde existan monopolios, posiciones dominantes de mercado, economías de escala, coordinación con otros agentes, asimetrías de información, o simplemente distorsiones de mercado.

Este último ejemplo muestra una forma interesante en que se puede institucionalizar la regulación de precios en los casos en que, vistas todas las circunstancias relevantes, sea aconsejable esta medida. En efecto, en este esquema existe: i) un órgano fiscalizador especializado de la Administración que puede detectar el problema en el ámbito de la economía que se desenvuelve (en este caso, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles), ii) una regla de aplicación general que puede ser invocada (probando los hechos que constituyen sus condiciones de aplicación, a saber, insuficientes condiciones de mercado para el régimen de libertad tarifaria), y, por último, iii) un órgano especializado que tiene la capacidad de resolver la materia (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia)<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> El "VNR" o Valor Nuevo de Reemplazo es el método de valorización o "tasación" que se utiliza para fijar el valor de los activos de una concesionaria de servicios públicos de distribución de gas. Es uno de los elementos que se utiliza, en definitiva, para determinar la utilidad máxima permitida para este tipo de empresas en cada zona de concesión. Cfr. art. 30 y ss. Ley de Servicios de Gas.

<sup>38</sup> Aunque se trata de un tribunal, en este caso -que se tramita como "gestión voluntaria"- parece claro que no está ejerciendo, funcionalmente, potestades jurisdiccionales, sino administrativas. Con todo, en la medida que la gestión voluntaria se vuelve contenciosa (si ello pudiera ocurrir), la función ejercida es distinta (jurisdiccional), aunque el contenido de la regla que debe aplicar sea el mismo. Hago hincapié en este punto, porque el órgano que podría aplicar la regla no tendría que ser necesariamente un tribunal, aunque en la institucionalidad chilena pareciera bueno que sea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

## Excurso: La fijación de precios de inmuebles y de exámenes por Alerta Sanitaria (Res. Ex. N° 209 del 25 de marzo de 2020)

Mientras elaboraba este Informe, apareció publicada en el Diario Oficial (26.02.2020) la Res. Ex. N° 209 del 25 de marzo de 2020 que dispone ciertos precios máximos. En concreto, señala:

"1. Fíjese en 0,2 UF por metro cuadrado mensual el precio máximo de arrendamiento de los inmuebles para ser arrendados con el objeto de cumplir las medidas necesarias para hacer frente a la epidemia de COVID-19.

2. Fíjase en \$25.000 el precio máximo a cobrar por los prestadores de salud del examen "Reacción de Polimerasa en cadena (P.C.R.) en tiempo real, virus influenza, virus Herpes, citomegalovirus, hepatitis C, mycobacteria TBC, SARS CoV-2, c/u (incluye muestra hisopado nasofaríngeo)", código 0306082 de la resolución exenta N° 176 de 1999 del Ministerio de Salud, que aprobó el Arancel del Régimen de Prestaciones de Salud del Libro II del DFL N° 1/2005 del Ministerio de Salud.

Al precio señalado anteriormente se le aplicará la bonificación que corresponda por parte del Fondo Nacional de Salud, Institución de Salud Previsional o sistema previsional que corresponda."

Antes de explicar el contenido de la medida, debo hacer algunas aclaraciones sobre el origen de esta potestad, que en última instancia se remite al art. 36 del Código Sanitario<sup>39</sup>.

El art. 36 del Código Sanitario señala:

"Artículo 36°.- Cuando una parte del territorio se viere amenazada o invadida por una epidemia o por un aumento notable de alguna enfermedad, o cuando se produjeran emergencias que signifiquen grave riesgo para la salud o la vida de los habitantes, podrá el Presidente de la República, previo informe del Servicio Nacional de Salud, otorgar al Director General facultades extraordinarias para evitar la propagación del mal o enfrentar la emergencia."

Según el artículo citado, en casos de emergencias sanitarias el Presidente de la República puede otorgar facultades extraordinarias al "Director General". Esta norma es original del Código Sanitario de 1968. ¿Quién es el "Director General" en este contexto? Para el Código Sanitario de 1968, era el Director General del Servicio Nacional de Salud, que había sido creado ya en 1952<sup>40</sup> y que se relacionaba con el Ministerio de Salud, según la regulación que creó a tal Ministerio en 1959<sup>41</sup>.

Por razones que no he podido investigar, la interpretación de esta norma permitió que estas facultades extraordinarias fueran delegadas a otras autoridades distintas del Director de Salud (Nacional), figura que ya no existe como tal, pues hay varios Servicios de Salud. En efecto, pareciera que la desintegración del Servicio Nacional de Salud en diferentes Servicios de Salud y la modificación del art. 5 del Código Sanitario en 1979 generaron cambios de significado en la citada norma. Como sea, la posibilidad de otorgar facultades

<sup>39</sup> En efecto, esta fue la norma invocada por el Ejecutivo. El Decreto N° 4 del 5 de febrero de 2020, que declaró la alerta sanitaria, señaló en su considerando 15° que las facultades extraordinarias que otorgarían se basarían en la atribución presidencial del art. 36 del Código Sanitario. La Res. Ex. N° 209, que fijó los precios del examen del COVID-19 y de los inmuebles, se remite al ya citado Decreto N° 4 en su considerando 7°.

<sup>40</sup> Ley N° 10.383 de 1952. El art. 62 de esta ley creó el Servicio Nacional de Salud y el art. 68 señaló que estaría a cargo del "Director General" o "Director General de Salud".

<sup>41</sup> D.F.L. N° 25 del Ministerio de Hacienda que, entre otras cosas, creó el Ministerio de Salud Pública. De hecho, el Ministro de Salud era parte del Consejo del Servicio Nacional de Salud, en calidad de presidente, según el art. 68 de la Ley N° 10.383, antes citada.

a diferentes autoridades del área de la salud ha sido varias veces avalado por la Contraloría General de la República al tomar razón de estos decretos, por lo que es plausible presumir la legalidad de estos otorgamientos de atribuciones. El detalle de este punto, insisto, no he podido investigarlo con mayor profundidad. Como sea, lo dicho explicaría que las potestades indicadas estén siendo ejercidas por autoridades de salud diferentes del inexistente "Director General", según el tenor literal de la norma copiada.

En el caso de la fijación de precios máximos, la potestad fue otorgada a las Subsecretarías de Salud Pública y Redes Asistenciales, conforme al art. 2 del Decreto N° 4 que declaró la alerta sanitaria, luego de la modificación introducida por el Decreto N° 10 del 24 de marzo de 2020.

Sobre el contenido de la potestad, el artículo 36 citado señala que se pueden otorgar facultades extraordinarias. Esto sugiere dos cosas: primero, que al tratarse de un otorgamiento existirá un acto de creación de potestades, ya que no se trata de una delegación administrativa; segundo, que al crearse facultades extraordinarias que no están descritas en la ley (tal concepto no está definido ni caracterizado), existe discrecionalidad para su creación. Este último punto implica, en mi opinión, que el Presidente de la República puede dotar a la autoridad sanitaria de potestades que no existen en la ley o que, existiendo, requieren procedimientos o formalidades especiales para su aplicación, como de hecho ya ha ocurrido, en el citado Decreto N° 4 y sus modificaciones. Ahora bien, como el art. 36 del Código Sanitario no es una potestad de excepción constitucional, las potestades extraordinarias que se creen por su causa no pueden afectar los derechos constitucionales de maneras no permitidas en la normalidad jurídica (entendiendo que las emergencias sanitarias son situaciones de hecho anormales, pero jurídicamente no son estados de excepción constitucional).

Sobre las medidas concretas de regulación de precios antes copiadas, creo que merecen los siguientes comentarios.

En el caso del examen para el COVID-19, la medida fija el precio sólo para la prestación consistente en la realización del examen mismo, pero no se refiere al precio de la consulta previa que permite conseguir la orden médica para la realización del examen. Por tanto, si los prestadores no atienden al llamado político que significa esta regulación legal, podrían intentar compensar el costo perdido por la baja de precio del examen con el costo de la consulta médica previa (habitualmente "de urgencia"). Si consideramos que una buena máxima para crear buenas reglas jurídicas es pensar en los individuos como agentes que siguen las reglas por temor a la sanción (no por motivos morales), la fijación del precio del examen, sin regulación del precio de la consulta que permite obtener la orden médica respectiva, es deficiente e incompleta, pues un destinatario astuto de la norma, sin necesidad de burlarla, sabrá cómo evadir sus resultados.

Otra cuestión que merece atención es que la medida de fijación de precios para los inmuebles tiene una caracterización de difícil aplicación, pues se refiere a inmuebles arrendados para las medidas de enfrentamiento del COVID-19. Pues bien, ¿esa fijación aplica sólo al Estado o también a las medidas que tomen los privados? ¿O sólo debe entenderse que quienes toman las medidas para enfrentar el COVID-19 son quienes siguen las pautas y están bajo la dependencia del Ministerio de Salud o del Ejecutivo? Probablemente, la regla sólo se aplicará tratándose de órganos del Estado. En este sentido, para los contratos que celebre el Estado desde ahora, para enfrentar la pandemia, la fijación de precios de arriendo de inmuebles tiene sólo el efecto de fijar un precio máximo de la oferta que haga el Estado, ya que tal contrato (arrendamiento) es y sigue siendo voluntario (no-forzoso). Si el poseedor del inmueble no desea aceptar dicho precio, simplemente puede rechazar la oferta de arrendamiento. En este sentido, no se aprecia

el sentido de usar esta potestad extraordinaria cuando el mismo efecto bien podría haberse reducido a una orden ministerial<sup>42</sup>, entre otras alternativas ordinarias. La fijación de precios del tipo decretado sólo tiene sentido si va acompañada de la capacidad de forzar la contratación.

Todo lo anterior, por cierto, sin considerar que el Estado, en vez de arrendar espacios con capacidad ociosa o disponible, bien podría utilizar sus potestades constitucionales de excepción para gozar de tales espacios indemnizando sólo el perjuicio que cause, cuyo valor tenderá a ser menor que el canon de arrendamiento, pues la indemnización de perjuicios de un espacio vacío se reducirá al daño emergente, es decir, p. ej., al costo de utilización del local, sin reportar utilidad alguna para su poseedor o propietario<sup>43</sup>.

Como reflexión final, lo que me parece más interesante de este caso de fijación de precios, es que el Ejecutivo está haciéndolo sin apelar al estado de excepción. En efecto, como se explicó al inicio, el Presidente de la República puede dictar medidas en estado de catástrofe por Decreto Supremo (exento del trámite de toma de razón) o delegar sus facultades para limitar el ejercicio del derecho de propiedad o para dictar medidas administrativas extraordinarias. Sin embargo, la forma jurídica utilizada aquí no ha sido la delegación, ni la dictación directa de medidas por el Presidente, sino que ha sido la creación (otorgamiento) de potestades en virtud del art. 36 del Código Sanitario. En virtud de tal creación, las autoridades sanitarias están ejerciendo sus potestades otorgadas de forma extraordinaria -aunque no de excepción constitucional- a través de resoluciones exentas del trámite de toma de razón.

¿Por qué lo anterior es relevante? Porque significa que el Ejecutivo considera que la regulación de precios en emergencias sanitarias -tal como se ha hecho- no es un caso de afectación ilegítima al derecho de propiedad (afectación no autorizada en la normalidad jurídica), pues, si creyera eso, se vería forzado a usar la potestad constitucional de excepción que permite limitar el ejercicio de este derecho, con las eventuales indemnizaciones a que ello daría lugar. Dicho en otras palabras: si la regulación de precios fuera a priori inconstitucional, el Presidente de la República no podría legítimamente otorgar facultades de regular precios en virtud del art. 36 del Código Sanitario, sino que tendría que decretar la medida él mismo o bien un Jefe de Defensa Nacional por delegación, como expliqué. En ningún caso podría decretarse la medida mediante resolución exenta de una Subsecretaría ministerial.

En consecuencia, el hecho de que el gobierno haya fijado precios usando una potestad de la legislación ordinaria aplicable para situaciones de emergencia sanitaria, no relacionada con las atribuciones de excepción constitucional, refleja, o debería reflejar si reconstruimos los presupuestos de su razonamiento, que las medidas de regulación o fijación de precios en ciertas circunstancias -que no se limitan a defectos del mercado- son casos de creación normativa constitucionalmente permitidos que no representan una afectación injustificada, ilícita o constitucionalmente excepcional (jurídicamente hablando) a los derechos fundamentales de los obligados por la medida. Es decir, estamos frente a una concesión tácita de la constitucionalidad de la regulación de precios ante circunstancias que políticamente aconsejen dicha medida; cuáles sean tales circunstancias, por cierto, es objeto de otra discusión, ya no de corte legal.

<sup>42</sup> Una instrucción del Ministro de cierta cartera a sus funcionarios, cuya forma jurídica se llama "Orden Ministerial".

<sup>43</sup> Este punto ha sido destacado por Flavio Quezada y Matías Guiloff T., en "Cuando el Estado opta por no actuar como tal: el arriendo del Espacio Riesco", en CIPER Académico (revisado el 27.03.2020), disponible en <https://ciperchile.cl/2020/03/26/cuando-el-estado-opta-por-no-actuar-como-tal-el-arriendo-del-espacio-riesco/>

---

## Bibliografía

ALCHOURRON, C. & BULYGIN, E. (2013): Sistemas normativos. 2da edición. Ed. Astrea, Bogotá.

ALEXY, Robert (2014) [1986]: Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Carlos Bernal P. 2° Ed. Centro de Estudios Constitucionales de Madrid.

CEA, José Luis (2013): Derecho constitucional chileno. Tomo III. Ediciones UC, Santiago.

FUENTES OLMOS, JESSICA (2018): El Derecho de propiedad. Ed. DER, Santiago.

RAWLS, John (2003). A theory of justice. Revised edition. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts.

VON WRIGHT, Georg Henrik (1963): Norm and action. A logical enquiry. Ed. Routledge & Kegan Paul, London.

WEINRIB, Ernest (2017) [1995]: La idea del derecho privado. Trad. Eze Paez. Ed. Marcial Pons, Madrid.