

## **Restricciones a la libertad de empresa con motivo del estado de excepción constitucional de catástrofe y la "alerta" sanitaria**

### **I. Introducción.**

Para enfrentar de una manera más eficaz la pandemia del COVID-19, el Gobierno ha decidido emplear atribuciones extraordinarias que le concede el ordenamiento jurídico para restringir los derechos constitucionales.

Nos referimos a dos situaciones especiales: **a)** atribuciones que confiere la Constitución al Presidente de la República, en caso que se declare el estado de excepción constitucional de catástrofe, y **b)** atribuciones reguladas en el Título II del Libro I del Código Sanitario, relativo a las enfermedades transmisibles y el Libro II del mismo código, concerniente a la profilaxis sanitaria internacional, entre otras disposiciones aplicables de dicho cuerpo legal.

Con motivo de la pandemia, la Autoridad pertinente ha dispuesto un conjunto de medidas, entre ellas: aislamientos individuales a personas infectadas o a quienes han tomado contacto con ellas; prohibición de asistencia a clases; cuarentenas totales en zonas o comunas; restricciones de ingreso y salida de áreas locales afectadas; prohibición de circulación de personas en horarios determinados, etc.

El conjunto de las medidas adoptadas por la Autoridad, estrictamente necesarias para prevenir la expansión exponencial del número de personas infectadas, sin embargo, han generado -en general- un profundo impacto en el funcionamiento de la economía y, a la par, miles de empresas e, incluso, sectores productivos completos, se ven en serio riesgo de caer en insolvencia y/o han visto significativamente afectadas su funcionamiento normal.

### **II. Análisis.**

Sin poner en entredicho la justificación sanitaria de las medidas que se hayan adoptado o se adopten más adelante, es conveniente hacer una revisión de la oportunidad, proporcionalidad y, en algunos, caso, de la juridicidad de las medidas sanitarias. Con todo, es comprensible que algunas de las atribuciones regladas en el Código Sanitaria puedan estar en entredicho, toda vez que se trata de una legislación del año 1967, aprobada bajo el imperio de la Constitución de 1925, cuyo régimen de dominio legal (reserva legal "mínima") era sustancialmente distinto del actual (reserva legal "máxima"), y de ello se siguen diferencias al momento de determinar si las atribuciones que pueden adoptar las Autoridades competentes para restringir los derechos constitucionales de reunión y de desplazamiento, de asociación y de propiedad, junto con el libre desarrollo de una actividad económica lícita, deben estar previstas en la ley o si, por el contrario, pueden otorgarse por vía de una norma reglamentaria. Este debate podría surgir también en el evento que se adopte el criterio de reserva legal "relativa" (en contraposición al de reserva legal "absoluta"), para restringir o limitar derechos constitucionales.

También incide en el análisis si, como se ha entendido mayoritariamente a la fecha, las atribuciones o prerrogativas deben estar “expresamente” determinadas en la ley, o si también resultan admisibles las denominadas potestades públicas “implícitas”, en cuya virtud no es estrictamente necesario que la ley enuncie taxativamente las medidas susceptibles de ser adoptadas o si en forma genérica la Autoridad competente podría adoptar cualquier medida que juzgue necesaria para conseguir el fin de política pública, aun cuando no esté expresamente prevista en nuestro ordenamiento jurídico.

Por las razones antedichas, es o podría ser materia de discusión constitucional, entre otras disposiciones legales o reglamentarias, lo previsto en el Art. 36 del Código Sanitario, en cuya virtud el Presidente de la República, previo informe del Servicio Nacional de Salud, puede otorgar al Director General “*facultades extraordinarias para evitar la propagación del mal o enfrentar la emergencia*”. Esta discusión no es menor, en tanto la norma legal citada ha sido empleada para disponer diversas medidas intrusivas de la libertad de empresa que les asiste, por ejemplo, a los establecimientos de salud privados. También puede ser materia de debate si la referida atribución ha sido delegada previamente al Ministro de Salud, para que esta autoridad pueda ejercer esa atribución “por orden del Presidente de la República”.

Otras medidas, como la “clausura” de establecimientos de comercio (cines, pubs, restaurantes, discotecas), adoptadas eventualmente conforme a lo previsto en el Art. 24 del Código Sanitario, darán lugar a distintas apreciaciones, puesto que dicha norma alude a “establecimientos e instituciones públicas o particulares que alberguen a grupos de personas”. ¿Qué se entiende por “albergar personas”? No cabe duda que dicha norma se refiere a hoteles, hospederías y, en general, establecimientos que sirvan de albergue a un grupo de personas, pero es discutible que pueda ser aplicable a un grupo de personas que acude a un establecimiento en un marco horario más acotado y sin ánimo que dicho lugar les sirva de albergue.

Con todo, y más allá de las dudas planteadas, las medidas regladas que adopte la autoridad legítima deben satisfacer los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, vale decir, que la restricción de derechos sea de la menor intensidad posible, que no exista otros medios para satisfacer la finalidad sanitaria y que se extiendan por el tiempo estrictamente necesario.

Asimismo, cuando las medidas de la Autoridad suspendan la libertad de trabajo y la libertad de empresa, las restricciones deben ir acompañadas de medidas paliativas que mitiguen los costes en que incurre el trabajador y el emprendedor, de modo tal que la concurrencia a los costos sociales no sea inequitativa. En efecto, no resulta “justo” que, para combatir la pandemia, unos pierdan su fuente de ingresos mientras que el resto de las personas o empresas no, en circunstancias de que todos nos vemos beneficiados con las medidas adoptadas.

No sólo se requieren mitigaciones de naturaleza económica. Así, para hacer frente a las prohibiciones de eventos “públicos” con más de 50 personas, la Comisión del Mercado Financiero, a través de la Norma de Carácter General N°435 y el Oficio Circular N°1141, ambos del 18 de marzo de 2020, autorizó la participación y votación a distancia en Juntas de Accionistas, Juntas de Tenedores de Bonos y en Asambleas de Aportantes. Esta medida se hacía particularmente urgente en atención a que en estos días se celebran las Juntas de Accionistas de numerosas sociedades reguladas, las que, en caso de contar con más de 50 socios, no podían convocarse, so riesgo de ver reducida considerablemente la asistencia a ella y, lo más grave, dar pábulo a posibles vicios de legalidad en caso de realizarse. En atención a la autorización brindada por la CMF se están citando a muchas Juntas de Accionistas para los próximos días, las que se celebrarán a distancia empleando aplicaciones que permitan videoconferencias simultáneas. Empero, igualmente surgen inconvenientes, toda vez que muchas sociedades no tienen debidamente registradas las direcciones digitales de sus socios e, incluso, en sociedades con la propiedad más difusa, la cantidad de socios podría exceder el número de personas que estas aplicaciones permiten conectarse en forma simultánea. En este sentido, la aplicación “Skype” permite un máximo de 50 personas; “Hang Out”, hasta 25 personas (aun cuando admite más oyentes, sin posibilidad de intervenir) y, la más masiva, es “Zoom”, cuya versión “Plus” permite hasta 1.000 personas intervenir en forma simultánea. Esto podría explicar la decisión de algunas sociedades que han convocado a sus Juntas de Accionistas, sin tener claridad respecto de su posibilidad de celebrarla en forma digital. Así, por ejemplo, Colbún S.A., a través de un hecho esencial informado con fecha 1° de abril de 2020, indica lo que sigue: *“Se deja constancia que la Sociedad se encuentra en proceso de búsqueda de un sistema que permita ofrecer el servicio con los estándares que exigen las normas referidas. En caso de contar con este sistema, ello será informado en los avisos que se publicarán y en las cartas que se remitirán a los accionistas citándolos a la junta, y en el evento de no contar con el servicio, la Junta se celebrará en el Hotel Best Western Premier Marina Las Condes antes indicado sin la participación de los accionistas por medios electrónicos.”*

### **III. ¿Cuál ha sido la respuesta de las personas y empresas afectadas?**

¿Cuál ha sido la respuesta de las personas y empresas afectadas? En general, estimamos que la ciudadanía y las empresas han asumido la gravedad de la situación generada por la pandemia, pero también están atentas a las medidas de mitigación que, por razones de justicia, resultan indispensables.

El escenario es algo confuso, pero no podrían descartarse, a futuro, la emergencia de controversia ante los tribunales de justicia. Algo de ello se insinúa en los copiosos hechos esenciales comunicados por las empresas reguladas, derivados de la contingencia producida por la pandemia. Verbigracia, LATAM Airlines Group S.A., a través de un hecho esencial informado el día 2 de abril de 2020, indica lo que sigue: *“A consecuencia de la situación generada por el COVID-19 y las limitaciones gubernamentales restringiendo operaciones aéreas, el grupo LATAM anuncia la actualización de la disminución de capacidad total de aproximadamente un 95% de operaciones.”* Se advierte, en este caso, que la contingencia no sólo deriva de la pandemia sino también de las “limitaciones gubernamentales”, esto es, de un “hecho del Príncipe”.

En suma, estimamos que las Autoridades competentes deben ser muy rigurosas al momento de imponer restricciones a derechos constitucionales, cerciorarse apropiadamente que las medidas intrusivas se ajustan a nuestro ordenamiento jurídico, disponiendo paralelamente las mitigaciones económicas y de otra naturaleza que sean proporcionales a los bienes jurídicos afectados. De no acontecer así, se abre la puerta a un sinnúmero de juicios, en los cuales se discutirá la incidencia del acto de la Autoridad en el cambio de las condiciones contractuales y en la libre realización de una actividad económica lícita.

\*\*\*\*\*

En caso de requerir más información contactar a **Augusto Quintana** [aquintana@abdala.cl](mailto:aquintana@abdala.cl) de nuestra área de Derecho Público.

