

COMISION RESOLUTIVA

19 ABR 2000

DE DEFENSA
DE LA COMPETENCIA

ORD. N° 225/

EN LO PRINCIPAL: INTERPONE REQUERIMIENTO EN CONTRA DE CORPBANCA; SANTO TOMAS ASESORIA E INVERSIONES LIMITADA; INVERSIONES ANDES LIMITADA SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES, INMOBILIARIA LO ESPEJO LIMITADA, COMPAÑIA DE INVERSIONES LA HIGUERA S.A. **PRIMER OTROSI:** ACOMPAÑA INVESTIGACION.

H. COMISION RESOLUTIVA:

FRANCISCO FERNANDEZ FREDES, abogado, Fiscal Nacional Económico, domiciliado en Agustinas N° 853, piso 12, Santiago, a la H. Comisión con el debido respeto digo:

Que en ejercicio de las facultades establecidas en el artículo 27 letras b) y c), del Decreto Ley N° 211 de 1973, que establece normas sobre defensa de la competencia en las actividades económicas y sobre protección a la libertad de trabajo, interpongo requerimiento en contra de la Sociedad Corpbanca, sociedad anónima bancaria, en su calidad de sucesora legal de la Financiera Condell, representada por don Jorge Selume Zaror, ambos del mismo domicilio, Avenida Vitacura N° 4380, piso 16, Santiago; Santo Tomás Asesoría e Inversiones Limitada, sociedad del giro de su denominación, domiciliada en Almirante Latorre N° 617, Santiago, representada por don Santiago Cummins Marín, empresario, domiciliado Avenida Vitacura 4380, Piso 20 Vitacura, y por Inversiones Villarica Limitada, del giro de su denominación, domiciliada en Avenida Vitacura N°9990, Oficina 309, Vitacura, representada por don Sergio Vergara Rourke, ingeniero comercial, del mismo domicilio anterior; Inversiones Andes Limitada Compañía en Comandita por Acciones, del giro de su denominación, domiciliada en calle Almirante Latorre N° 617, Santiago, representada por su socia gestora sociedad de Inversiones Andes Limitada, del giro de su denominación, domiciliada en calle Almirante Latorre N° 617, Santiago, representada por don Santiago Cummins Marín, y por Inversiones Villarrica Limitada, representada por don Sergio Vergara Rourke, ya individualizados; Inmobiliaria Lo Espejo Limitada, sociedad del giro de su denominación, domiciliada en calle Almirante Latorre N° 617, Santiago representada por la sociedad Comercial Santa Fe Limitada, del giro de su denominación, domiciliada en calle Almirante Latorre N° 617, representada por don Santiago Cummins Marín, ya individualizado y por sociedad de Inversiones Villarrica Limitada, representada por don Sergio Vergara Rourke, ya individualizados, y Compañía de Inversiones La Higuera S.A., del giro de su denominación, domiciliada en Avenida José Miguel Carrera N° 7219-B Tercer Piso, La Cisterna, representada por doña Ana María Cummins Bañados, empresaria domiciliada en Orrego Luco 67, Providencia, en virtud de los antecedentes y consideraciones que a continuación expongo:

I. INVESTIGACION DE LA FISCALIA NACIONAL ECONOMICA.

Con fecha 7 de junio de 1999, se interpuso ante esta Fiscalía Nacional Económica una denuncia por doña Ana María Lizárraga Calderón, don Luis Felipe Ovalle Aldunate y doña Pamela Arcos D'Hainaut, en contra de la Financiera Condell, actualmente Corpbanca.

Expresaron los comparecientes que fueron gerentes de la entidad denunciada, en esa época Financiera Condell, por más de 20 años y que les correspondió participar en 1998 en la operación de venta de las acciones de esa empresa a Corpbanca, ya que era su obligación contractual, a sabiendas de que se afectaba su estabilidad laboral.

Señalaron que en el mes de junio de 1998 se concretó la venta de acciones, tomando posesión de la empresa los nuevos propietarios en el mes de julio del mismo año y entre los meses de agosto a octubre fueron despedidos, por la causal del inciso primero del artículo 161 del Código del Trabajo, lo que les obligó a demandar ante los Tribunales del Trabajo, no sólo por despido improcedente, sino porque se les concedió una indemnización con el tope de 90 UF, lo que, a su juicio, transgredía lo estipulado en el contrato de trabajo, lo establecido en el artículo 38 vigente del Reglamento Interno de la empresa y sobre todo en abierta violación a los acuerdos expresos de generalidad y no discriminación que había contraído la empresa con el Servicio de Impuestos Internos, al pagar indemnizaciones voluntarias por mera liberalidad a los gerentes unilateralmente despedidos con anterioridad, declarando estas indemnizaciones como gasto necesario para producir renta.

Señalaron que en el contrato de compraventa de acciones de Financiera Condell S.A., otorgado con fecha 9 de junio de 1998, la totalidad de los suscribientes, incluida la empresa, obraron con transgresión a lo dispuesto en el artículo 2º, letra e), del D.L. N° 211, de 1973, por las siguientes razones:

- a) Este contrato, que aparenta ser una simple "compraventa de acciones", es en realidad un contrato de "compraventa de establecimiento de comercio", en cuya celebración las partes contrayentes conculcaron los más elementales derechos constitucionales y sobre todo el derecho al trabajo, adoleciendo en consecuencia de causa y objeto ilícito.
- b) En la cláusula octava, titulada "Premio por Inexistencia de Contingencias", se establece que el personal despedido cuya indemnización haya sido descontada de este premio, no podrá ser contratado por Condell ni por empresas vinculadas a Corpbanca, dentro del plazo de dos años contados desde la fecha del contrato.
- c) Agregaron, además, que la parte vendedora, en la cláusula décima del contrato, reconoce una mala gestión de administración, situación que corrobora la parte compradora y ambas se exoneran de responsabilidad, es decir, justifican una presunta mala gestión gerencial y los consecuentes despidos, que serían resultado de esta deficiente administración.
- d) Con anterioridad, la empresa les pedía la renuncia a sus gerentes y en el caso de no ser presentada, se les despedía conforme a lo dispuesto en el artículo 161, inciso segundo, del Código del Trabajo.

Manifestaron que la escritura de compraventa lleva implícito un delito económico al presentar como compraventa de acciones lo que no es realmente tal sino la de un establecimiento de comercio, pasando las acciones a ser parte del activo corporal mueble, ya que el precio de venta del establecimiento es bastante mayor que el precio de estas acciones, con valorización de intangibles y lo que es más grave, con cláusula de manifiesto objeto y causa ilícitas, en cuanto vulnera los derechos constitucionales de los

denunciantes, con su consecuente despido y las limitaciones que hasta la fecha subsisten.

En consecuencia, señalaron, se trata de un contrato de tracto sucesivo en el que se han conculcado derechos constitucionales de los afectados y el orden público económico que implican las actividades monopólicas.

Insisten en que al despedir a los denunciantes la empresa denunciada les ofreció una indemnización por años de servicio con el tope de 90UF, lo que estiman una abierta transgresión a lo pactado individual y colectivamente y como obligación de pago de parte de la vendedora que legalmente no puede tener esta obligación.

Agregaron que lo más grave del despido es que habiendo sido advertida la empresa de un compromiso adquirido con el Servicio de Impuestos Internos al pagarle indemnizaciones totales sin tope a otros gerentes, sin tener obligación legal, al ser renunciaciones voluntarias y no haberse pactado estas indemnizaciones en los contratos individuales y en ningún convenio colectivo, no descontó en esa ocasión el impuesto a la renta e hizo aparecer estas indemnizaciones como gasto necesario para producir renta, lo que fue aceptado por el indicado Servicio, siempre que la empresa le diera carácter general y no discriminatorio para todos los gerentes.

La empresa denunciada, no obstante habersele informado por todos los medios legales, incluso ser notificada bajo citación judicial del dictamen N° 150, de 12 de abril de 1999, del Servicio de Impuestos Internos, persiste en negar la obligación antes referida.

Por todas estas consideraciones solicitaron los recurrentes a esta Fiscalía Nacional Económica que, en virtud de las facultades que le otorga la ley, investigue los hechos denunciados y en su oportunidad ponga los antecedentes a disposición de esa H. Comisión Resolutiva, a fin de que ésta sancione este ilícito monopólico, restableciendo los derechos constitucionales conculcados y especialmente el derecho al trabajo.

2. - Esta Fiscalía Nacional Económica solicitó informe a la Financiera Condell S.A., por Oficio N° 346.

2.1. Con fecha 24 de septiembre de 1999 informó el señor Gerente General de Corpbanca, don Jorge Selume Zaror, y señaló que, en esa calidad y como sucesor legal de Financiera Condell SA. , hacía presente las siguientes consideraciones, solicitando que la denuncia fuera desestimada en todas sus partes:

2.2. Los recurrentes fueron despedidos por Financiera Condell por la causal del inciso primero del artículo 161 del Código del Trabajo, poniéndose a su disposición una indemnización por años de servicio con el tope de 90 UF.

Sobre este particular expresó que era necesario hacer presente que esta materia escapa absolutamente a la competencia que el D.L. N° 211, de 1973, entrega a la Fiscalía Nacional Económica, puesto que es un asunto de carácter laboral que dice relación con la existencia, subsistencia y término de los contratos de trabajo de los recurrentes, cuestiones que se encuentran sometidas al conocimiento de los Tribunales Ordinarios del Trabajo, en razón

de las demandas presentadas en su oportunidad por los denunciante en contra de la Financiera Condell.

2.3. Respecto del segundo punto de la denuncia, que dice relación con dos estipulaciones establecidas en el contrato de compraventa de acciones de Condell, una de ellas contenida en la cláusula octava, letra b), N° 1, y la otra contenida en la cláusula decimotercera del mismo contrato, estipulaciones que, en concepto de los denunciante, adolecerían de objeto y causa ilícitas y violarían las disposiciones del D.L. N° 211, de 1973, señaló que tal denuncia carece total y absolutamente de fundamentos, por las siguientes razones:

a) El contrato de compraventa de acciones contempló un precio global de \$ 12.882.095.477, que se pagó al contado por la parte compradora.

b) Se contemplaron, además, dos premios eventuales que se pagarían por Corpbanca a la parte vendedora, uno denominado Premio por Calidad de Cartera y otro denominado Premio por Inexistencia de Contingencias, y esta fórmula obedeció a que su representada no estaba en condiciones de efectuar un "due diligencie" de la empresa cuyo control adquiriría, por lo que de común acuerdo entre las partes se contempló la posibilidad eventual de estos pagos adicionales en la medida que, por una parte, la cartera de créditos de la Financiera se adecuara a estándares mínimos exigidos por la parte compradora (Premio por la Calidad de Cartera) y, por otra, la empresa estuviere libre de contingencias que pudieren afectarla y hacerla disminuir de valor (Premio por Inexistencia de Contingencias).

Ambos quedarían determinados y serían exigibles a más tardar el 5 de mayo de 1999, sin perjuicio de lo acordado en la letra a), N° 4, de la cláusula octava del contrato en relación a las contingencias legales, tributarias y judiciales, que tenían un tratamiento distinto.

c) Dentro de las deducciones previstas para hacer efectivo el Premio por Inexistencia de Contingencias estaban las indemnizaciones por años de servicios que corresponderían a los empleados de Condell indicados en los anexos 2 y 3 del contrato. Respecto del personal ejecutivo administrativo de la Financiera del que la nueva administración decidiera prescindir y que se encontrare comprendido en el anexo 2, se estableció que la deducción se haría respecto de aquellos empleados que fueran despedidos de Condell dentro del plazo de 330 días corridos desde la fecha del contrato de compraventa. Es decir, la nueva administración de la financiera tenía el plazo de 330 días corridos a partir del 9 de junio de 1998 para decidir el despido de ese personal, pudiendo en tal evento descontar del premio por Inexistencia de Contingencias el monto de dichas indemnizaciones.

Lo anterior significa que el costo de las indemnizaciones por años de servicio sería de cargo de la parte vendedora, puesto que su importe total se descontaba del mencionado premio, siempre que la terminación del contrato se produjera dentro de los 330 días siguientes al 9 de junio de 1998.

En atención a lo anterior y con el objeto de evitar la teórica posibilidad de que Condell despidiera a todo o parte del personal ejecutivo y administrativo de la financiera dentro del plazo de 330 días corridos, con cargo al Premio por Inexistencia de Contingencias, es decir, con cargo a la parte vendedora, y luego procediera a recontratar al mismo personal indemnizado, o sea, sin la pesada carga de la indemnización por años de servicios, la vendedora solicitó la inclusión de esta cláusula de resguardo de sus derechos en el sentido de que ni Condell ni empresas vinculadas a Corpbanca podrían contratar a ese personal despedido dentro del plazo de 2 años a contar del 9 de junio de 1998, sin que ello significara ni estuviera en la intención de las partes limitar

la libertad de trabajo del citado personal sino que tan sólo otorgara protección a la vendedora dentro de un plazo que vence el 9 de junio del 2000.

Así se evitaba un eventual abuso de Condell o de empresas vinculadas a ella, tendiente a deshacerse de la carga de indemnización por años de servicios y continuar trabajando con el personal despedido.

En general, señaló, es práctica común que las empresas no vuelvan a contratar al personal despedido, pero esto no los limita en el sentido de haberse podido contratar en cualquiera de las numerosas empresas financieras u otras que operan en el país en el mercado en general.

Como contrapartida de lo anterior, en la cláusula decimotercera se estableció que cada una de las sociedades vendedoras de las acciones y personas naturales vinculadas a la administración, propiedad o control de Condell, renunciaban a su derecho a contratar directa o indirectamente, en Chile o en el extranjero, sin la autorización de Corpbanca, a ninguna persona que tuviera la calidad de empleado de Condell al 1° de enero de 1998, aun cuando dicha persona hubiere renunciado voluntariamente a su trabajo después del 1° de diciembre de 1997, resguardo que se pactó por el plazo de 330 días, el cual ya se encontraba vencido a la fecha de presentación de esta denuncia ante esta Fiscalía Nacional Económica.

Asimismo, ese resguardo tenía determinadas excepciones, como por ejemplo no se aplicaba a las personas que hubieren sido despedidas por la financiera ni a aquellos a quienes se les hubiere puesto término a su contrato de trabajo de mutuo acuerdo.

Este resguardo tenía plena justificación, a su juicio, puesto que Corpbanca tomaba el control de una empresa financiera en marcha y necesitaba asegurar la permanencia de su personal ejecutivo y administrativo que estimare conveniente para el buen desempeño de la compañía y así se evitaba un eventual abuso de la parte vendedora en perjuicio de la parte compradora.

Ambas cláusulas de protección de derechos que son consideradas por los recurrentes como violatorias del D.L. N° 211, de 1973, no son sino el reflejo o expresión de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, sin que hubieren afectado o afecten la libertad de trabajo de cada uno de los empleados involucrados, puesto que tenían y tienen incólume su derecho de ser contratados por cualquier persona o empresa, a excepción de aquellas comprendidas en el resguardo.

Las cláusulas del contrato de compraventa fueron elementos esenciales para las partes en la negociación de la compraventa de la financiera y constituyeron cada una de ellas un resguardo frente a una eventual posición abusiva de la contraparte, lo cual constituye un acto legal y legítimo de cada parte que no puede ser considerado como atentatorio de la libertad de trabajo del personal a que se refiere el contrato, como tampoco podría pensarse en un abuso de una posición monopólica por parte del comprador o vendedor de las acciones de la financiera, sino que debe estimarse que las cláusulas objetadas fueron ofrecidas mutuamente por las partes para su recíproca conveniencia y seguridad de sus derechos.

Por estas consideraciones, solicita en definitiva se deseche la denuncia y se disponga el archivo de los antecedentes.

II. INFORME DE LA FISCALIA NACIONAL ECONOMICA:

El Fiscal Nacional Económico, con fecha 2 de marzo del año en curso, evacuó el informe respectivo, mediante Ord. N° 126, en el cual se señaló, en síntesis:

a) Que es efectivo que las cláusulas contenidas en el contrato de compraventa de acciones son el fiel reflejo o expresión de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, tal como se ha señalado y tal como lo establece además el Código Civil, lo que habilita y permite a las partes contratantes pactar en los contratos o convenciones las cláusulas que acuerden, inclusive las de resguardo a que se hace referencia en el informe de la denunciada.

b) Que, sin embargo, el principio de la autonomía de la voluntad encuentra su límite en las normas de orden público económico que no permiten acordar cláusulas contractuales que vulneren los principios fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República y en el D.L. N° 211, de 1973.

Las cláusulas que impugnan los recurrentes transgreden lo dispuesto en el artículo 19 N° 16 de la Carta Fundamental, que consagra como garantía constitucional el principio de la libertad de trabajo y su protección.

Además, las referidas cláusulas deben ser objetadas desde el punto de vista de la legislación contenida en el D.L. N° 211, de 1973, por cuanto impiden el legítimo acceso a una actividad o trabajo, en los términos que establece el artículo 2°, letra e), del citado cuerpo legal.

Los motivos invocados por la denunciada no son atendibles ni justifican el impedimento laboral que establecen las referidas cláusulas.

A mayor abundamiento, cabe señalar que la circunstancia de que el plazo contenido en las cláusulas citadas haya vencido o esté por vencer es indiferente para los efectos de calificar como atentatorias a la libertad de trabajo las mencionadas cláusulas.

Esta Fiscalía solicitó que se acogiera la denuncia formulada por los afectados en contra de Financiera Condell o de su sucesor legal, Corpbanca, y solicitó a la Comisión Preventiva Central que declarara que las cláusulas del contrato celebrado con fecha 9 de junio de 1998, a que se ha hecho referencia, transgreden el artículo 2°, letra e), del D.L. N° 211, de 1973, sin perjuicio de solicitar al Fiscal infrascrito que requiriera de la H. Comisión Resolutiva que deje sin efecto dichas cláusulas, en el ejercicio de las atribuciones contenidas en el artículo 17 de ese texto legal.

III. COMISION PREVENTIVA CENTRAL

Mediante Dictamen N° 1106, de fecha 10 de marzo de 2000, la H. Comisión Preventiva Central señaló que concordaba con el informe evacuado por el Fiscal Nacional Económico, en el sentido de que las cláusulas contenidas en el contrato de compraventa de acciones celebrado el 9 de junio de 1998 entre la Financiera Condell y Corpbanca, contenidas en los acápite 8° b) 1 y decimotercero, transgreden el artículo 2°, letra e), del D.L. N° 211, de 1973, por cuanto constituyen impedimentos objetivos a la libertad de trabajo, carentes de toda justificación y fundamento, por lo que esa H. Comisión acordó, además, solicitar al Fiscal Nacional Económico que requiriera, de estimar procedente, a la H. Comisión Resolutiva, para que deje

sin efecto las mencionadas cláusulas, en el ejercicio de las atribuciones que el artículo 17 del mencionado cuerpo legal le otorga.

IV. CLAUSULAS CONTRACTUALES.

Las conductas contenidas en las cláusulas del contrato de compraventa de acciones de fecha 9 de junio de 1998, celebrado entre Financiera Condell y Corpbanca, se encuentran expresamente sancionadas en el artículo 2°, letra e), del Decreto Ley N° 211, de 1973, en atención a lo que a continuación se señalará:

La parte denunciada ha esgrimido que las cláusulas que se cuestionan no son sino el fiel reflejo del principio de la autonomía de la voluntad, que fueron establecidas por las partes como resguardo de sus derechos patrimoniales y que, además, fueron elementos esenciales para su determinación de contratar.

Cabe señalar a este respecto que tanto esta Fiscalía Nacional Económica como la H. Comisión Preventiva Central, tal como se ha reseñado anteriormente, han reconocido el derecho de la parte denunciada a establecer en el contrato señalado las cláusulas que estime convenientes.

Pero cabe recordar en este punto que el principio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, tanto en esta convención como en cualquier otra que decidieran celebrar, tiene y encuentra sus limitaciones en la Constitución Política de la República y en la ley.

1° En primer lugar, la Constitución Política de la República, en su artículo 19 N° 16, consagra, dentro de las garantías constitucionales, "la libertad del trabajo y su protección", estableciendo que existe libertad para contratar y ser contratado, sin otros requisitos y exigencias que las establecidas en la ley. Las cláusulas impugnadas contravienen la disposición constitucional señalada, al establecer impedimentos a determinadas personas para ser contratadas en las empresas que en el propio contrato se señalan, por el solo hecho de que las indemnizaciones que se les pagaron están contempladas en el premio que las partes acordaron otorgarse.

2° En segundo lugar, el propio Código del Trabajo contempla diversas disposiciones que consagran la libertad de trabajo y su protección, como son los artículos 1° y 2°.

3° En tercer lugar, cabe tener presente que el artículo 2°, letra e), del DL 211, de 1973, confiere a esta Fiscalía Nacional Económica competencia para conocer de las transgresiones a la libertad de trabajo, como ocurre en la especie.

Resultan así indiferentes, a juicio de este Fiscal Nacional Económico, las argumentaciones de las partes en relación a las motivaciones económicas que tuvieron para incluir en el contrato las cláusulas cuestionadas, como también la argumentación de que los plazos establecidos en las mismas estén por vencer o hayan vencido al tiempo de interponerse la denuncia ante esta Fiscalía, porque lo cierto es que, desde la fecha de celebración del contrato de compraventa, se ha impedido a los recurrentes el ejercicio legítimo de su libertad de trabajo, al establecer prohibiciones y limitaciones contractualmente pactadas que afectan a terceros. Las partes,

en el ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, deben tener presente que pueden consagrar las cláusulas que estimen convenientes, pero no pueden, por el contrario, establecer y crear consensualmente disposiciones que afecten a terceros que no han sido parte en el respectivo contrato.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto y de lo establecido en los artículos 1° y 2° del Decreto Ley N° 211, de 1973,

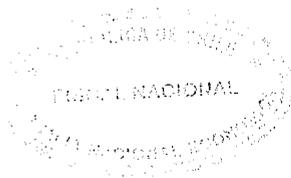
A la H. Comisión Resolutiva solicito se sirva tener por interpuesto el presente requerimiento en contra de Corpbanca, sociedad anónima bancaria, en su calidad de sucesora legal de Financiera Condell, ya individualizadas, representada por don Jorge Selume Zaror, ambos con domicilio en Avda. Vitacura N° 4380, piso 16, de esta ciudad, Santo Tomás Asesoría e Inversiones Limitada, del giro de su denominación, domiciliada en Almirante Latorre N° 617, Santiago, ya individualizada; Inversiones Andes Limitada Compañía en Comandita por Acciones, sociedad del giro de su denominación, domiciliada en Almirante Latorre N° 617, Santiago, ya individualizada, Inmobiliaria Lo Espejo Limitada, domiciliada en Almirante Latorre N° 617, Santiago, ya individualizada, y Compañía de Inversiones La Higuera S.A., ya individualizada domiciliada en Avenida José Miguel carrera N° 7219- B Tercer Piso, La Cisterna y, en definitiva, dar lugar a las siguientes medidas y sanciones:

1° Declarar que las cláusulas estipuladas en el contrato de compraventa de fecha 9 de junio de 1998, celebrado entre Financiera Condell y Corpbanca, contenidas en los acápites 8°, letra b), N° 1, y 13° del mismo, son contrarias a las normas de defensa de la libre competencia establecidas en el Decreto Ley N° 211, de 1973, en particular a las contempladas en el artículo 2°, letra e), de este cuerpo legal.

2° Dejar sin efecto las cláusulas contenidas en los acápites 8°, letra b), N° 1, y 13° del contrato de compraventa señalado en el N° 1 anterior.

3°. Aplicar a las sociedades requeridas las multas que esa H. Comisión estime pertinentes.

PRIMER OTROSI: Solicito a la H. Comisión tener por acompañado el expediente de investigación de la Fiscalía Nacional Económica, Rol N°210-99, en 107 fojas.



Cervantes