

**DERECHO
ECONÓMICO**
3a Edición
Actualizada

José Luis Zavala Ortiz
Joaquín Morales Godoy

Esta obra se terminó de imprimir el 24 de septiembre de
2009

© Copyright 2009, José Luis Zavala Ortiz,
Joaquín Morales Godoy.

ISBN 978-956-8541-66-8
Inscripción N° 183749

Registro de Propiedad Intelectual de Chile

THOMSON REUTERS PUNTOLEX
Av. Lib. Bernardo O'Higgins 1302, oficina 41, Santiago
Mesa Central (562) 361 3400 - Fax (562) 361 3406
www.puntolex.cl

Impresión: RIL Editores
Diseño de portada: Mauricio Aravena Caamaño
Impreso en Chile
Derechos Reservados

ÍNDICE

	Pág.
Presentación.....	1
CAPÍTULO PRIMERO	
ROL DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA	
Y DERECHO ECONÓMICO	
1. El rol del Estado en la economía desde la perspectiva de las escuelas y modelos económicos	
1.1. El Estado en la economía liberal clásica.....	3
1.2. El Estado en el modelo keynesiano y la economía del bienestar.....	5
1.3. El Estado en la visión neoliberal monetarista	6
2. Los roles del Estado en la economía desde una perspectiva abstracta	
2.1. Establecer el marco legal	7
2.2. Lograrla estabilización macroeconómica	8
2.3. La asignación.....	9
2.4. La redistribución.....	9
2.5. La actividad empresarial	10
2.6. La planificación	10

	Pág.
3. El Derecho Económico	
3.1. Concepto.....	11
3.2. El Derecho Económico en la clasificación de De- recho Público y Privado	13
3.3. Características	14
4. Relaciones entre la economía y el Derecho	
4.1. El Derecho como instrumento de implementación del modelo económico	16
4.2. Análisis económico del Derecho.....	16
CAPÍTULO SEGUNDO	
EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO	
1. Aspectos generales	19
2. Concepto	
2.1. La noción funcional	19
2.2. La noción material.....	20
2.3. Orden público económico constitucional	22
2.4. Técnicas del orden público económico	24
2.5. Evolución del orden público económico.....	26
3. El orden público económico en su manifestación consti- tucional	

	Pág.
3.1. La subsidiariedad del Estado.....	28
3.2. Libertad de trabajo y su protección.....	30
3.3. Legalidad de los tributos	31
3.4. Equidad tributaria	31
3.5. Libertad económica	33
3.6. La no discriminación arbitraria	40
3.7. El derecho a la propiedad.....	42
3.8. El derecho de propiedad.....	43
3.9. La seguridad legal	46
4. Hipótesis sobre el orden público económico	47
5. El amparo económico	
5.1. Generalidades	52
5.2. Causal	53
5.3. Tribunal competente	55
5.4. . Procedimiento.....	55
5.5. Evolución jurisprudencial.....	56
5.6. Naturaleza jurídica y compatibilidad con el recur- so de protección	60
5.7. Diferencias con el recurso de protección	60

CAPÍTULO TERCERO

	Pág.
EL MERCADO DE CAPITALES	
1. Concepto.....	63
2. Funciones que asume el mercado de capitales	
2.1. Hace posible el ahorro.....	64
2.2. Otra función del mercado de capitales es permitir distinguir unidades económicas con déficit y uni- dades económicas con superávit	66
2.3. Tiende al surgimiento de intermediarios que asu- men cada vez una función más especializada en la materia	66
2.4. Asigna eficientemente los recursos	66
3. Mercado financiero	
3.1. Concepto y regulación.....	66
3.2. Características de la actividad financiera	67
3.3. Evolución de la regulación de la actividad finan- ciera en Chile.....	69
3.4. Naturaleza mercantil de la actividad financiera	72
3.5. Los intermediarios financieros	72
3.5.1. El Banco Estado (BancoEstado)	73
3.5.2. Los bancos comerciales	74
3.5.2.1. Concepto	74

	Pág.
4.1. El control bancario	116
4.2. Concepto y estructura	117
4.3. Funciones de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras	118
4.4. Designación de inspector delegado o administra- dor provisional.....	122
4.5. Procedimiento de reclamo	123
4.6. Tipos penales	124
5. El mercado de valores	
5.1. Los valores	125
5.2. Normativa aplicable	127
5.3. Conceptos de la Ley N° 18.045	127
5.4. Principios ordenadores de la Ley N° 18.045	131
5.5. Los intermediarios de valores	135

CAPÍTULO CUARTO

EL BANCO CENTRAL Y EL RÉGIMEN MONETARIO

1. Fundamentos económicos y jurídicos	
1.1. Fundamentos económicos: La política monetaria como objeto del Banco Central	137
1.2. Fundamentos jurídicos	139
2. Concepto	

	Pág.
2.1. La concepción constitucional	139
2.2. La concepción legal.....	140
3. Objeto del Banco Central	141
4. Atribuciones del Banco Central	141
5. Estructura y organización	141
6. Autonomía	145
7. Operaciones y funciones del Banco Central	
7.1. Función de emisión de circulante.....	150
7.2. Fijar la política monetaria y crediticia	150
7.3. Función normativa en materia financiera y de mercado de capitales	152
7.4. Función de velar por la estabilidad del sistema financiero	153
7.5. Función de agente fiscal	154
7.6. Función normativa y operativa en materia de cam- bios internacionales	154
7.7. Otras funciones	155
8. El procedimiento de publicidad y reclamo.....	155

CAPÍTULO QUINTO

LAS OPERACIONES DE CAMBIOS INTERNACIONALES

	Pág.
Y REGULACIÓN DEL MERCADO CAMBIARIO	
1. El mercado cambiario formal	159
2. Operaciones de cambios internacionales	
2.1. Concepto.....	160
2.2. La moneda extranjera	160
2.3. Regulación de las operaciones de cambios inter- nacionales	161
2.3.1. Exclusividad de operaciones en mercado cambiario formal	162
2.3.2. Restricciones a las operaciones de cambios internacionales.....	164
2.3.3. Obligación de informar operaciones	166
2.4. Evolución de la política cambiaria	166
CAPÍTULO SEXTO	
LA PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA	
1. Los mercados y la libre competencia	167
2. Conductas atentatorias a la libre competencia	
2.1. El monopolio	168
2.1.1. El monopolio natural.....	169
2.1.2. La posición monopólica	170

	Pág.
2.2. La posición dominante: los oligopolios y duopolios	170
2.3. Colusión.....	171
2.4. Competencia desleal.....	171
3. Importancia de la estabilidad macroeconómica	172
4. Evolución de la legislación de libre competencia en Chile	173
5. El D.L. N° 211 y sus modificaciones	174
6. ¿Legislación o derecho de libre competencia?.....	175
7. Derecho de la libre competencia ¿predominantemente judicial?	177
8. Bien jurídico protegido y objeto de la ley.....	178
9. Conductas infraccionales	179
10. El Monopolio.....	184
11. Tribunal de la Libre Competencia	185
12. Atribuciones del Tribunal de la Libre Competencia	190
13. Procedimiento infraccional a) Características del procedimiento 193 b) Inicio del procedimiento y diligencias 194 c) Recepción de la causa a prueba 195 d) Medios de prueba 196 e) Fallo 197 f) Cumplimiento de las resoluciones..... 197 g) Cuestiones accesorias 198	

	Pág.
14. Las sanciones	199
15. Impugnación de las medidas adoptadas y de las resoluciones emitidas por el tribunal.....	201
16. Prescripción de las acciones	202
17. Procedimiento para ejercicio de facultades interpretativas y normativas.....	203
18. Actos y contratos celebrados de conformidad a criterios o resoluciones del tribunal.....	204
19. Ejercicio de acción civil	204
20. Evolución de la jurisprudencia de la Comisión Resolutiva y del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	205

CAPÍTULO SÉPTIMO

RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

1. Generalidades	233
2. Definiciones legales.....	233
3. Ámbito de aplicación de la ley	237
4. Los derechos y deberes del consumidor	
4.1. Derechos y deberes genéricos	241
4.2. Derechos específicos	242
4.3. Irrenunciabilidad de los derechos	246
5. Las Asociaciones para la defensa de los derechos del consumidor	

	Pág.
5.1. Concepto y objeto	246
5.2. Normativa aplicable	247
5.3. Funciones.....	248
5.4. Inhabilidades	249
5.5. Fondo concursable.....	250
6. Las obligaciones del proveedor	
6.1. Obligaciones genéricas	250
6.2. Obligaciones específicas	253
7. Normas sobre cláusulas abusivas en contratos de adhesión	
7.1. Regulación de los contratos de adhesión	255
7.2. Cláusulas o estipulaciones en los contratos de adhesión que no producen efectos jurídicos	256
7.3. Arbitraje	257
7.4. Sanción y procedimiento	258
8. Normas sobre información y publicidad	
8.1. Normas generales	258
8.2. Normas en materia de comercio electrónico	259
8.3. Normas en materia de rotulación	260
8.4. Contenido obligatorio de la publicidad	260

	Pág.
8.5. Denuncia por publicidad falsa.....	261
8.6. Información básica	262
8.7. Información comprobable	262
9. Normas sobre promociones y ofertas	263
10. Normas sobre crédito para el consumidor.....	264
11. Normas sobre cobranzas extrajudiciales	
11.1. Escala porcentual en relación al capital adeudado	
o cuota vencida.....	266
11.2. Información que el proveedor debe entregar al con- sumidor con respecto a las modalidades y proce- dimientos de cobranza	266
11.3. Procedimientos prohibidos	267
11.4. Pago de la deuda vencida o cuotas impagas al pro- veedor	267
11.5. Aplicación temporal de las normas incorporadas a la Ley de Protección del Consumidor por la Ley N° 19.659	267
12. Normas especiales en materia de prestación de servicios	268
13. Normas relativas a seguridad de los productos y servicios	
13.1. Obligaciones del proveedor.....	269

	Pág.
13.2. Sanciones	270
13.3. Caso de peligro o riesgo detectado con posterioridad.....	270
13.4. Responsabilidad solidaria.....	270
13.5. Cambio de producto	271
14. Normas sobre responsabilidad por incumplimiento	
14.1. Regla general de infracción a la ley	271
14.2. Situación del artículo 19.....	272
14.3. Situaciones contempladas en el artículo 20 y que dan origen al derecho de triple opción.....	272
14.4. Condiciones para ejercer derechos de artículos 19 y 20.....	273
15. Normas sobre sanciones a conductas infraccionales a la ley	
15.1. Sanción general	276
15.2. Sanciones específicas	276
15.3. Reglas para la aplicación de las multas.....	277
15.4. Prescripción	277
16. Los intereses de los consumidores	278
17. Los procedimientos establecidos en la ley	
17.1. Procedimiento por intereses individuales.....	279

	Pág.
17.2. Procedimiento por intereses colectivos o difusos	282
18. El Servicio Nacional del Consumidor	295
CAPÍTULO OCTAVO	
RÉGIMEN DE INVERSIÓN EXTRANJERA	
1. Introducción.....	299
2. El Decreto Ley N° 600, Estatuto de la Inversión Extran- jera	
2.1. Marco regulatorio	302
2.2. Concepto de inversionista extranjero	302
2.2.1. Se trate de personas naturales o jurídicas extranjeras o chilenos con residencia o do- micilio en el exterior	302 a) Personas jurídicas 302 b) Personas naturales extranjeras 304 c) Chilenos domiciliados o residentes fue- ra de Chile.....
	304
2.2.2. Efectúen transferencia de capitales extran- jeros a Chile	304
2.2.3. Celebre contrato de inversión extranjera	305
3. Concepto de inversión extranjera	305
4. El contrato de inversión extranjera	
4.1. Algunos comentarios sobre su carácter de contra-	

	Pág.
to ley	313
4.2. Características del contrato de inversión extranjera	317
5. Derechos y obligaciones del inversionista extranjero	
5.1. Derecho a remesar las utilidades líquidas y a transferir al exterior su capital y dé acceso al mercado cambiarlo formal	320
5.2. Derecho a no ser discriminado	323
6. Régimen tributario	
6.1. Impuestos directos	326
6.2. Impuestos indirectos	329
7. Tratamiento especial respecto de los megaproyectos	
7.1. Requisitos para los megaproyectos	331
7.2. Régimen especial.....	331
7.3. Normas aplicables a proyectos de exportación	332
7.4. Renuncia a los derechos de invariabilidad de resoluciones y circulares y de la autorización para llevar contabilidad en moneda extranjera	335
8. Límite de acceso al crédito interno a los inversionistas extranjeros	336

	Pág.
9. Cesión de derechos del contrato de inversión extranjera	337
10. Cambio de objeto del contrato de inversión extranjera	339
11. Normas orgánicas del D.L. N° 600	
11.1. Naturaleza jurídica del Comité de Inversiones	
Extranjeras	340
11.2. Composición del Comité de Inversiones Extranjeras	340
11.3. Forma de funcionamiento del Comité	341
11.4. Atribuciones de la Vicepresidencia del Comité	341
11.5. El Vicepresidente del Comité y sus atribuciones	342
12. Inversiones que requieren de autorización del Comité de	
Inversiones Extranjeras.....	344
13. El Capítulo XIV del Compendio de Normas de Cambios	
Internacionales del Banco Central de Chile	
13.1. Introducción.....	345
13.2. Régimen cambiario actualmente vigente.....	345
13.3. Aspectos específicos del Capítulo XIV del Com-	
pendio de Normas de Cambios Internacionales del	
Banco Central de Chile	346
13.4. Normas aplicables	348
Bibliografía	349

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

Esta obra constituye un esfuerzo académico de sus autores, consistente en presentar un panorama actualizado de las fuentes jurídicas que rigen las actividades económicas y los mercados, desde una perspectiva cognitiva.

La Obra, en su edición actualizada, desarrolla primeramente el concepto de Derecho Económico, en su perspectiva actual, y las relaciones entre la Economía y el Derecho, para luego analizar el Orden Público Económico Constitucional en su dimensión normativa y jurisprudencial, siendo de relevancia el tratamiento de principios como el de la subsidiariedad del Estado, la libertad económica, el derecho a la y de propiedad y la no discriminación arbitraria.

Se analiza, asimismo, la acción de amparo económico identificando las diversas etapas de la jurisprudencia e identificando el criterio decisional vigente de dicho arbitrio.

En lo que atañe al marco regulatorio de la actividad financiera y del mercado de capitales, en esta edición se incluyen las reformas al D.F.L. N° 3, Ley General de Bancos, como asimismo los criterios

interpretativos y fiscalizadores de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

PRESENTACIÓN

El régimen de Banco Central y la política monetaria y cambiaria son temáticas que aborda esta obra, profundizándose en esta edición de la misma, el tratamiento de la estructura y atribuciones de dicha entidad.

Por su parte, en cuanto al régimen de libre competencia se profundiza en esta edición el análisis de las estructuras de mercado, como asimismo se incluyen las modificaciones al D.F.L. N° 1 que contiene el texto del D.L. N° 211, y la nueva jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

En cuanto al marco jurídico de protección del consumidor, en esta edición, se incluyen los nuevos criterios jurisprudenciales sobre esta materia.

Finalmente, en cuanto al régimen de inversión extranjera se analizan en su texto actualizado el D.L. N° 600 y el Capítulo XIV del Compendio de Normas de Cambios Internacionales.

Esperamos satisfacer las necesidades de abogados y estudiantes de Derecho en esta nueva edición de "Derecho Económico".

CAPÍTULO PRIMERO

ROL DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA Y DERECHO ECONÓMICO

1. EL ROL DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS ESCUELAS Y MODELOS ECONÓMICOS

El Estado, como ente abstracto y titular permanente del poder, ha asumido diversos roles en la economía. En efecto, lo que sostenemos en estas líneas no es más que constatar que, atendidas las diversas visiones y posturas ideológicas imperantes en el mundo, el Estado ha ido, en forma cambiante, asumiendo diversas funciones con respecto a materias económicas. Así las cosas, para nadie es un descubrimiento el hecho de que el Estado tenga una participación significativa en el mercantilismo del siglo XVII o en la variante keynesiana del siglo XX, como tampoco que tenga un rol menos significativo en el *laissez faire* del liberalismo clásico o en las posturas neoliberales a partir de Hayek.

Considerando las diversas posiciones de la escuela de pensamiento económico y su manifestación práctica en los modelos económicos imperantes, es posible advertir la siguiente evolución.

1.1. El Estado en la economía liberal clásica

Siempre se ha sostenido que el liberalismo económico tiene su raíz en el liberalismo político. Tal vez dicha apreciación podría significar comprender las posturas filosófico-políticas como parte de una determinante de ambos sistemas (económico y político), a pesar de que en muchas oportunidades la historia nos muestra la inexistencia de libertad política

en países en que el modelo económico se basa precisamente en la libertad de emprendimiento.¹

Sin perjuicio de la anterior salvedad, el modelo económico liberal clásico se caracteriza por una arremetida notable del individualismo y el reconocimiento de una libertad que es consustancial con el hombre y que proviene de la naturaleza que el creador ha diseñado. De esta forma, le queda vedado al hombre y a la autoridad alterar ese estado natural, en virtud del cual se va a producir un choque de fuerzas opuestas en intereses y que, en definitiva, se va a neutralizar dando lugar al mercado como instrumento en las operaciones de producción y de cambio.

En este escenario, al Estado no le queda más que ser un mero observador, es decir, determinado por lo que se pasó a denominar el *laissez faire*, debiendo abstenerse de intervenir. Adam Smith señalaba que el Estado debía asumir dicho rol en forma limitada porque el mundo económico marcha por sí mismo, movido por el interés individual, por lo que al intervenir entorpece y frena la actividad individual. Asimismo, argumentaba que aquél no está animado del interés necesario, como el individuo, porque es descuidado cuando se trata de intereses públicos.

Para Smith, el rol del Estado “según el sistema de libertad, sólo tiene tres obligaciones principales que atender... La primera, proteger a la sociedad de la violencia e invasión de otras sociedades...; la segunda, poner en lo posible a cubierto de la injusticia y opresión de un miembro de la república a otro que lo sea también de la misma o la obligación de establecer una exacta justicia entre los pueblos, y, la tercera, de mantener y erigir ciertas obras y establecimientos públicos, a los que

¹ Un ejemplo de ello lo constituyó el pensamiento fisiocrático del siglo XVII, que propugnaba en lo político un poder absoluto y, en lo económico, el mínimo intervencionismo.

nunca pueden alcanzar ni acomodarse los intereses de los particulares o de pocos individuos, sino los de toda la sociedad en común...”.²

Queda claro, entonces, que el liberalismo económico clásico concibe a un Estado meramente observador y reducido a la seguridad externa, interna y a las obras públicas que los privados no pudiesen desarrollar.

1.2. El Estado en el modelo keynesiano y la economía del bienestar

La Revolución Industrial significó la época de oro del liberalismo económico, como también el advenimiento del capitalismo y el surgimiento de la nueva clase burguesa. Sin embargo, también implicó presiones sociales de los asalariados y un cuestionamiento al individualismo a que se había llegado al aplicar en extremo los postulados de Smith. De esta manera, surgen en Europa movimientos contrarios a lo que se pasó a denominar “la explotación del hombre”, especialmente a través de organizaciones de trabajadores que exigían una regulación del trabajo.

La gran crisis económica de la década de los treinta del siglo veinte es la que hace surgir nuevas voces que explicitan un rol más activo del Estado en materia económica, especialmente por la gran depresión que se advierte en el mercado. En dicho contexto, la figura de John Maynard Keynes aparece como el paradigma de la época. Su punto de partida difiere de los economistas clásicos, quienes se centran en la producción. Keynes, por el contrario, se preocupa de la crisis y advierte que ésta se produce por un exceso de producción, debido a la falta de demanda y, por ello, la teoría económica debe orientarse a determinar los factores que mantengan activa esta última. Para dicho objetivo, será necesaria la

² ADAM SMITH, “Riqueza de las Naciones”. LIV, capítulo 9, final.

intervención del Estado, sustituyendo el laissez faire por un rol más activo de fomentar y mantener la demanda y lograr el equilibrio económico.

Para Keynes el intervencionismo estatal podría provenir de las inversiones (uno de los elementos que dinamizan la demanda agregada interna). Para él es destacable “la gran ventaja social que se derivaría del aumento de la cantidad de capital hasta que deje de ser escaso”.³

El planteamiento keynesiano supone que el Estado debe tener un doble control, sobre la moneda y la tasa de interés, utilizando el sistema tributario para lograr una mejor distribución de la renta.

Casi contemporáneo de Keynes es el economista inglés A.C Pigou, quien planteó la necesidad de revisar el modelo neoclásico y adoptar una política claramente intervencionista, orientando su esfuerzo a destacar la necesidad de que se llegue a un bienestar económico y social a través de la distribución de la renta y el pleno empleo, siendo en su concepto el bienestar económico una parte del bienestar general de la sociedad.

Para Pigou el Estado, lejos de impedir o interferir con la libre competencia, debe trabajar positivamente para defenderla y protegerla, creando condiciones para su mejor funcionamiento. Para tal efecto, le corresponde crear a través de un sistema legal medios para eliminar la competencia injusta y desleal, que recurre al dumping y el boicot.⁴

³ JOHN MAYNARD KEYNES, “The general theory”, capítulo 22, pág. 325.

⁴ A.C. PIGOU. “La economía del bienestar”, pág. 194.

1.3. El Estado en la visión neoliberal monetarista

Desde Hayek, pasando por Von Mises y llegando a los neoclásicos de la década de los setenta, entre ellos a Friedman, es posible advertir una reacción al intervencionismo estatal y una vuelta a la primacía de la libertad del hombre, que entre otras manifestaciones, se sustenta en el emprendimiento y capacidad de innovar.

Desde esta perspectiva, el Estado debe redefinir su rol en la economía, siendo éste esencialmente estabilizador del ciclo económico, lo menos regulador e interventor, dejando un amplio espacio para los agentes económicos privados, configurándose así el Estado subsidiario.

La crítica a la intervención estatal esbozada en el modelo keynesiano es que la expansión económica que se propugna por un mayor gasto público genera una serie de problemas que es posible evidenciar empíricamente. Así, se advierten altos niveles de inflación inmanejables por la sobreemisión de circulante.

2. LOS ROLES DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA DESDE UNA PERSPECTIVA ABSTRACTA

Hasta ahora se han descrito las diversas posiciones ideológicas y cómo el modelo económico liberal en sus diversas variaciones define el rol del Estado en la economía. Sin embargo, a partir de los planteamientos analizados es posible establecer que aquél puede asumir todos o algunos de los siguientes roles, ello dependiendo de la variante del modelo económico que se esté aplicando y las condiciones coyunturales de dicho modelo.

2.1. Establecer el marco legal

A este rol se le denomina generalmente “fijación de las reglas del juego” o “rol regulador”, consistente en fijar el marco jurídico al que deben sujetarse los agentes económicos privados y el propio Estado. Estas reglas se refieren a la propiedad y su protección, a las normas sobre los contratos (autonomía y libertad contractual), la forma jurídica de la empresa, el ejercicio de la libertad económica, el régimen laboral y la regulación de la actividad económica en general.

En lo que a reglas del juego se refiere, se vislumbra una evidente evolución desde el siglo XIX en que primaba una amplia libertad para los agentes económicos (el denominado *laissez faire*), donde los conceptos de propiedad y libertad económica eran concebidos a ultranza por las distintas legislaciones; más bien se trataba de una concepción dogmática de dichos principios que impedía una matización de los mismos. No obstante ello, ya en el siglo XX se comienza a desarrollar respecto de la propiedad un rol o función social y su atomización en formas jurídicas destinadas a reunir gran cantidad de recursos, como lo son las sociedades anónimas. Por otra parte, la libertad económica comienza a desenvolverse dentro un marco regulatorio fijado por la ley y con ciertos límites de interés colectivo, donde destacan las restricciones que emanan de la legislación laboral y, posteriormente, de las normas sobre salubridad y protección ambiental.

Cabe consignar que numerosas son las situaciones en las que se debate entre regulación y libertad de los agentes, ya que la primera podría afectar en la esencia dicho derecho. Al respecto, se ha sostenido que el rol regulador del Estado debe considerar la generación de un sistema de incentivos apropiados.

2.2. Lograr la estabilización macroeconómica

Cuando se produjo la debacle económica y financiera de la década de los treinta del siglo XX, los economistas advirtieron que el ciclo no funcionaba en forma automática, por lo que surgió la necesidad de fijar al Estado un ámbito de acción en que éste es insustituible por los privados: el diseño y la aplicación de las políticas económicas.

Siguiendo a Watson, podemos señalar que la política económica supone la existencia de fines y medios, algunos de carácter primario, y otros secundarios. Dicha relación (fines-medios) logra manifestarse en forma práctica en los instrumentos y objetivos de las diversas políticas.

A través de las políticas monetaria y crediticia, cambiaria y fiscal, el Estado pretende lograr que se dé un ciclo económico estable, impidiendo de esa forma el estancamiento, el desempleo y la inflación, siendo el Banco Central el órgano que, a través de las primeras de políticas antes aludidas, cumple con el rol de estabilizar la moneda y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos.

2.3. La asignación

La tercera función que asume el Estado es contribuir a una asignación socialmente deseable de los recursos. Se trata de una elección en cuanto a si será el mercado, en forma exclusiva, quien va a asignar los recursos o existirá una intervención más o menos voluntaria de parte del Estado destinada a corregir eventuales imperfecciones y distorsiones que se lleguen a producir.

2.4. La redistribución

Una de las primeras lecciones que se aprendió del *laissez faire* y de la mano invisible (el Estado como mero observador) fue que la asignación puede ser eficiente, pero ciega a la equidad. Frente a ese cuadro, las economías actuales entienden como función del Estado la redistribución de la renta.

La pregunta que surge es si deberá el Estado evitar la inequidad en la distribución del ingreso o permitir que el ciclo económico se desenvuelva en forma autónoma para permitir que la riqueza vaya alcanzando a todos los que participan en él. Frente a la interrogante antes enunciada y, a pesar de la corriente predominantemente liberal en las economías mundiales, es posible advertir que el Estado asume un rol redistributivo, fundamentalmente a través de instrumentos fiscales como las tasas progresivas a los impuestos a las personas y los tramos exentos a determinados segmentos de la renta.

2.5. La actividad empresarial

En décadas anteriores, el Estado tenía una concepción distinta a la que está hoy en boga, ya que asumía un rol empresarial, bastando sólo advertir el significativo número de empresas estatales existentes en la década de los cincuenta y sesenta. Sin embargo, como lo analizaremos en su oportunidad, el principio de la subsidiariedad y la ampliación de la libertad económica hacen que el Estado, a partir de la década de los ochenta, se desprenda de sus empresas a través de procesos privatizadores y se establezcan una serie de restricciones para que pueda asumir una función empresarial, incluso de índole constitucional.

2.6. La planificación

En un momento dado de la evolución del pensamiento económico se sostuvo que el Estado debía asumir un rol directo en la economía, a través de la elaboración de planes que permitiesen el desarrollo.

Esta función planificadora del Estado va más allá de una simple orientación de los agentes económicos, sino que a una conducción de éstos hacia objetivos claramente predefinidos en una elección pública, estableciendo incentivos hacia las conductas deseadas, gravámenes e, incluso, restricciones y prohibiciones respecto de las conductas no esperadas en la definición del plan.

3. EL DERECHO ECONÓMICO

3.1. Concepto

Como todo concepto, él se construye a base de su contenido, por lo que desde hace décadas la doctrina se ha preguntado qué tópicos aborda el Derecho Económico para poder dar una definición de él:

- Algunos estimaron que el Derecho Económico era el de la intervención del Estado. De esta forma, sólo los instrumentos jurídicos que regulan esa actividad estatal constituían esa disciplina. Esta concepción está muy vinculada a la que se tuvo del Estado planificador en una economía mixta, propia de la década de los sesenta del siglo XX.
- Otra postura sostiene que el Derecho Económico simplemente es o debe ser un derecho regulador de la actividad económica de los agentes económicos privados, es decir, un Derecho de la empresa. Este concepto privatista del Derecho Económico

pretende subsumirlo en el Derecho Comercial, particularmente por las tendencias generadas en el Derecho anglosajón y, en especial, por la escuela Law and Economic.

- Otros sostienen que el Derecho Económico es solamente una rama especializada del Derecho Administrativo, en cuanto el Estado preserva el orden público económico a través de la administración que persigue objetivos económicos, ejemplo el Servicio Nacional de Aduanas, el Servicio de Impuestos Internos, el Banco Central, etc.
- Se sostiene por otra corriente que el Derecho Económico es un derecho coyuntural del Estado frente a requerimientos económicos, ya que en él advierten una realidad engorrosa y que concuerda con lo anárquico de la legislación económica.
- Finalmente, se sostiene por una parte importante de la doctrina en nuestro país que el Derecho Económico es el Derecho del Orden Público Económico, ya que éste es precisamente su objeto (Aimone, 1976).

Concebimos al Derecho Económico como el conjunto de normas y principios jurídicos que regulan la actividad económica de los agentes privados y del Estado, y permiten a éste alcanzar objetivos que se ha propuesto en el diseño de sus políticas económicas, dentro del contexto de las reglas que configuran el orden público económico.

El concepto antes aludido tiene dos aspectos fundamentales a considerar. En primer lugar, el carácter instrumental del Derecho Económico, ya que se trata de una normativa aplicable a los agentes privados y el Estado, y que regula sus actividades siguiendo las líneas de la política económica. Un claro ejemplo de ello es la legislación del

mercado financiero, esto es, el D.F.L. N° 3, texto que reglamenta la constitución, operaciones y funcionamiento de los bancos e instituciones financieras y crea una Superintendencia para tal efecto. Esta regulación tiene como objetivo lograr estándares de estabilidad, transparencia y eficiencia de dicho mercado, lo que constituye un medio para cumplir un fin de la política económica.

Lo mismo ocurre con los acuerdos del Banco Central, los que no hacen sino poner en ejecución objetivos de política monetaria o cambiaria. Así se aumenta o disminuye la tasa de instancia, se fija la tasa de encaje, se aplica o no la exclusividad de operaciones y restricciones al mercado cambiario formal.

Sin embargo, el Derecho Económico no se agota en lo instrumental o, dicho de otra forma, en la sola regulación, sino que debe implementarse dentro del marco general que es el Orden Público Económico, concepto que gobierna esta rama jurídica y que en cierto modo es su base de sustentación. De esta forma, la regulación, en caso alguno, podría afectar los principios del orden público económico, tales como la libertad económica, la no discriminación arbitraria, la subsidiariedad del Estado y el derecho de propiedad de los agentes sobre los medios de producción.

3.2. El Derecho Económico en la clasificación de Derecho Público y Privado

Una de las cuestiones que se ha intentado resolver es si el Derecho Económico forma parte del Derecho Público o del Derecho Privado, o dicho de otro modo, si se está en presencia de un conjunto de principios y normas jurídicas que obedecen a una relación entre el Estado y los particulares o principios y normas que regulan relaciones de agentes económicos privados.

Entendiendo el Derecho Económico en una primera fase como aquel que constituye la herramienta jurídica de la intervención del Estado en la economía (como más adelante denominaremos “orden público económico funcional”), no cabe duda que está dentro del ámbito del Derecho Público. A la misma conclusión tendríamos que llegar al advertir el Derecho Económico en su visión actual –y que nosotros defendemos– como aquel que teniendo sus bases en el orden público económico de la Constitución Política de 1980 constituye un instrumento de política orientado al cumplimiento de objetivos que ésta se ha propuesto. En este contexto serían normas de orden público la Ley General de Bancos, la Ley de Mercado de Valores, la normativa sobre libre competencia, las reglas sobre inversión extranjera.

Sin embargo, no sólo encontramos normas y principios que se acercan al Derecho Público. También hay marcos regulatorios de relaciones entre agentes privados como ocurre, por ejemplo, en las reglas sobre protección del consumidor, caso en el que la relación de consumo queda regulada e, incluso, limitada en ella la autonomía de la voluntad de las partes.

Adherimos, por lo expuesto, al planteamiento de la doctrina (Witker, 1989), en el sentido que Derecho Económico se acerca al Derecho Público, porque sus normas y principios son de carácter eminentemente público, sin perjuicio de que existen manifestaciones propias del Derecho Privado, especialmente en la regulación de relaciones jurídicas entre agentes privados.

3.3. Características

Cuando se efectúa una caracterización, se buscan los aspectos más relevantes para describir conceptualmente un objeto de estudio. A

continuación, se realizará un intento por establecer las principales características del Derecho Económico.

a) Es un Derecho esencialmente dinámico

Las normas que lo configuran van permanentemente evolucionando y transformándose con relación a situaciones coyunturales o cambios en las políticas económicas que se dan dentro de cada sistema. Así, por ejemplo, la Ley General de Bancos ha tenido numerosas modificaciones en la última década, todas ellas cuyo objetivo es el perfeccionamiento del sector financiero, haciéndolo más seguro y competitivo, unido a ello objetivos de política económica como la internacionalización de la banca. Lo mismo se observa con la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor.

b) Es un Derecho instrumental

Es incuestionable esta característica por el hecho de que a través de él se hacen efectivas las políticas económicas del Estado.

c) Es un Derecho configurado por una variedad jerárquica normativa

Si bien en todas las ramas del Derecho existen normas de diversa jerarquía, en muchas de ellas predomina cierta categoría de normas, como ocurre por ejemplo en el Derecho Civil, donde las normas con jerarquía de ley son la mayoría. En el ámbito del Derecho Económico, en cambio, existe una cantidad vasta de normas de diversa jerarquía. Así existen numerosas normas legales, pero, además, nos encontramos con normas que emanan del Ejecutivo e, incluso, normas que surgen de órganos autónomos, constituyéndose tal vez esta disciplina jurídica como aquella que tiene la variedad jerárquica normativa más significativa del sistema jurídico nacional.

4. RELACIONES ENTRE ECONOMÍA Y EL DERECHO

La economía es una ciencia que, a través de un conjunto de teorías y modelos, pretende explicar el funcionamiento de cualquier mercado (microeconomía) y del total de la economía considerando los mercados agregados (macroeconomía).

De esta forma, el objeto, los métodos y los instrumentos de la economía son muy diversos a los del Derecho, entendido éste como un fenómeno normativo y de casuística judicial, en que lo que predomina es un razonamiento práctico deductivo para resolver los problemas y conflictos jurídicos.

No obstante la marcada diferencia científica entre la economía y el Derecho, los puntos de encuentro de ambas disciplinas son dos:

4.1. El Derecho como instrumento de implementación del modelo económico

El carácter utilitario del Derecho se advierte en el hecho que la economía utiliza a las normas jurídicas como medio para imponer un determinado modelo económico, entendiéndose una forma preestablecida de solución de los problemas económicos. La coercibilidad de las normas y la consecuencia negativa que ellas contienen a los incumplimientos de las conductas exigidas hacen posible que se institucionalicen los principios y reglas económicas fundamentales. En este contexto, se asume que el Derecho está al servicio de la economía como un medio de implementación del modelo que se asuma en cada Estado o comunidad, surgiendo así el Derecho de las Regulaciones Económicas o Derecho Económico. Así entendemos el régimen normativo de la propiedad privada y su protección, de resguardo de la libre competencia, de libertad económica y límite a la actividad

empresarial estatal. Sin normas dichos principios fundantes del modelo económico no serían respetados.

En este contexto es frecuente advertir en normas jurídicas de contenido económicos evidentes deficiencias de conceptos y contenidos jurídicos, lo que denota con absoluta claridad lo utilitario que es el Derecho para la economía.

4.2. Análisis económico del Derecho

Como el Derecho es utilitario para la economía, también lo es esta última para efectos de poder comprender el Derecho como fenómeno normativo. En efecto, las conductas descritas en las normas y las consecuencias jurídicas que ellas establecen a priori para el caso de incumplimiento, la validez y eficacia de las normas, las soluciones casuísticas que adoptan los Tribunales y que mantienen en el tiempo, es posible analizarla a la luz de las teorías y enfoques económicos, tales como la racionalidad de la elección, los riesgos y el riesgo mínimo, las reglas de incentivos y la de costo-beneficio y costo de oportunidad, entre otros.

El análisis económico del derecho supone, entonces, utilizar las reglas y principios económicos respecto de las conductas descritas en las normas y sus consecuencias jurídicas (sanción o premio) permitiendo incluso una más eficiente redacción de normas y contratos y predicción de las conductas que asumirán los sujetos normados.

En el análisis económico del Derecho se advierten dos etapas, que se han denominado la “antigua” y la “nueva” (Veljanoski, Cento, 1990 *Economía del Derecho*. Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago. 2006.). La primera concibe un análisis económico de leyes (normas) que afectaban el funcionamiento del mercado, como por

ejemplo las referidas a la libre competencia o las regulaciones de tarifas. La segunda concepción –también conocida como “la nueva”– implica un análisis económico de todas las normas del ordenamiento, independiente de si son normas que regulan actividades económicas, pudiendo llegar a los ámbitos del Derecho de Familia y Derecho Penal. Sin duda alguna, es en este ámbito donde adquiere relevancia el aporte del juez norteamericano (Richard Posner. *Economic analysis of law*. Little, Brown and Company. Boston 1968).

Se ha sostenido que el análisis económico del Derecho incluye tesis de índole diferente: En primer lugar está la tesis normativa que nos señala que el Derecho debe ser eficiente entendiéndolo como una exigencia abstracta en la creación de toda norma jurídica; la tesis predictiva: puesto que las personas son agentes racionales y podemos utilizar la teoría económica para predecir cómo se comportarán en función de los incentivos y desincentivos generados por las normas jurídicas. En tercer lugar está la tesis descriptiva, según la cual cierto sistema jurídico es eficiente, tanto en cuanto al mercado y al gasto público y el rol del Estado en la administración de Justicia, entendiendo al Derecho más allá de las normas sino que a las instituciones en su integridad y, finalmente, advertimos la tesis evolucionista que concibe el análisis económico como una tendencia del Derecho en cuanto a adoptar normas eficientes (Spector, Horacio. 2004. *Elementos de Análisis económico del Derecho*. Rubinzal-Cuzoni Editores. Buenos Aires. 2004).

CAPÍTULO SEGUNDO

EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

1. ASPECTOS GENERALES

Tal vez uno de los conceptos más discutidos en las últimas décadas ha sido el de orden público económico, cuestión que no es indiferente, ya que permitirá precisar el contenido del Derecho Económico. En efecto, la vinculación entre el orden público económico y la aludida disciplina jurídica surge de nuestro planteamiento de que el orden público económico es la base de sustentación de ella.

2. CONCEPTO

2.1. La noción funcional

Uno de los conceptos que frecuentemente envuelve a las diversas disciplinas jurídicas, tanto del ámbito del Derecho Privado como del Derecho Público, es el de “orden público”. Don Arturo Alessandri Rodríguez sostenía que es el “conjunto de principios morales, religiosos, políticos, sociales y económicos sobre los cuales reposa, en un momento histórico dado, la organización de una sociedad y le permite a ésta desenvolverse correcta y adecuadamente”.

El concepto de orden público económico comienza a esbozarse en nuestro sistema jurídico recién en la década de los sesenta, al intentarse precisar el contenido del Derecho Económico (Aimone, Enrique, 1962). En ese contexto se fue estimando que la “necesaria intervención del Estado” debía justificarse jurídicamente por una base conceptual, creándose lo que pasó a denominarse el “orden público económico funcional”. Fue así como nuestra jurisprudencia definió este concepto como “el conjunto de medidas y reglas legales que dirigen la economía, organizando la producción y distribución de las riquezas en armonía con los intereses de la sociedad” (Corte Suprema, 1954).

La doctrina de la década de los sesenta y setenta elaboró definiciones de orden público económico, sobre la base de una posición ideológica asumida activamente por los defensores del Estado planificador del desarrollo e intervencionista. Se podría sostener, entonces, que el concepto se subjetivizó en una corriente de pensamiento económico. En este sentido, la definición de Aramayo resume esta concepción al señalar que el orden público económico es “un complejo de regulaciones legales y reglamentarias mediante las cuales el Estado preserva el bien económico de la nación”.

No puede dejar de considerarse en este orden de ideas el hecho que el concepto en análisis, al traducirse en una mera herramienta funcional del Estado orientada a facilitar su intervención, no tenía

un sustento jurídico superior e, incluso, implicó la restricción y vulneración de derechos fundamentales.⁵

2.2. *La noción material*

La evolución del orden público económico encuentra un hito que marca su autonomía conceptual. Este es la dictación de la Constitución Política de la República de 1980, la que consagra un conjunto de principios económicos elevados al mayor rango jurídico: el constitucional.

Esta evolución, sin embargo, no se produjo en forma espontánea. Los hechos acaecidos en el régimen de la Unidad Popular llevaron a que quienes elaboraron el texto constitucional se preocuparan de consagrar en dicho código político los principios fundamentales que se reconocieron a mediados de la década de los setenta y que no eran sino los que informaban el modelo económico que hoy se conoce como neoliberal. Así la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución señaló que el orden público económico está constituido por las “normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre para el desarrollo del país, de modo que ellas conduzcan al bien común”.

No obstante la incorporación de los principios económicos del modelo de mercado en la Carta del ochenta y las discusiones ideológicas que ello pueda significar, parte de la doctrina destaca el hecho de que los principios se eleven a rango constitucional. Así, el profesor José Luis Cea Egaña nos entrega una definición de orden público económico que, en nuestro concepto, es posible de utilizar cualquiera sea el modelo económico al que adhiera el orden jurídico constitucional y legal en un momento dado, siendo tal vez éste el aporte más significativo en nuestro medio a la autonomía conceptual del orden público económico. El profesor Cea lo define como “el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución” (Cea, José Luis, 1988). La Jurisprudencia se ha hecho parte de esta definición en numerosos fallos.⁶

No obstante que el concepto elaborado por el profesor Cea es neutro en cuanto al contenido del orden público económico, el mismo autor destaca que el que se extrae de la Carta de 1980 pretende “institucionalizar, con rango de la máxima jerarquía jurídica, un sistema que asegure a todas las personas el respeto y promoción de los valores de libre iniciativa y apropiabilidad de bienes, de isonomía o igualdad de oportunidades, ante la ley y el trato económico, del derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes y, en general, de la prioridad del sector privado, paralela a la subsidiariedad estatal, en el marco de la libre competencia en un mercado legalmente regulado” (Cea, José Luis, 1992).

2.3. *Orden público económico constitucional*

Con la dictación de la nueva Carta Fundamental se abrió una discusión acerca si el orden público económico es un concepto constitucional o se encuentra en otros ámbitos normativos. Sin desatender

⁵ Merece citarse los casos de nacionalización de empresas producidas en el gobierno de la Unidad Popular y el uso de los denominados “resquicios legales”.

⁶ Por ejemplo, en RDJ LXXXI (1984), II parte, sección 5, págs. 71 y 72.

dicha discusión, podemos afirmar que el Código Político nacional contiene una serie de preceptos que trasuntan principios del orden público económico, tales como: la libertad económica, la subsidiariedad del Estado, el derecho de propiedad y su protección, la no discriminación arbitraria y otros, los que constituyen una base jurídica a partir de la cual se norma y orienta las actividades económicas. La existencia de estos principios en forma tan nítida ha llevado a sostener la existencia del concepto de la “Constitución Económica” (Cea, José Luis, 1988).

En este sentido, se puede señalar que existe coincidencia en el ámbito del Derecho Constitucional, en cuanto a entender que el orden público económico tiene su manifestación tangible en las normas del Capítulo III de la Constitución de 1980, referidas a los derechos y garantías constitucionales; sin embargo, se advierte que va más allá de dicho capítulo, ya que no se agota con aquéllas al incluir limitaciones a la potestad estatal (Evans de la Cuadra, Enrique, 1986). Incluso, la historia fidedigna del establecimiento de la Carta Fundamental vigente permite advertir que la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución estimó conveniente que “el nuevo ordenamiento jurídico debe contemplar normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre para el desarrollo del país, de modo que ellas conduzcan a la consecución del bien común” (Actas oficial de la comisión de estudios de la Nueva Constitución).

Una vez aclarado que el orden público económico se desarrolla como principio transversal de la Carta Fundamental, el punto de discusión se centra, a continuación, en establecer si aquél se agota o no en dicho código político. Sobre el particular, se ha entendido en forma casi absoluta que aquél se desarrolla en el ámbito constitucional, legal y administrativo (Cea, José Luis, 1988), por lo que podríamos sostener que es un concepto superior que envuelve el ordenamiento jurídico completo de un Estado, sin perjuicio de que sea en el ámbito constitucional donde se fijan las bases estructurales que luego desarrollarán las normas legales y reglamentarias. Así lo ha entendido la jurisprudencia, al señalar que el orden público económico se da más allá que el ámbito constitucional, incluso las normas emitidas en ejercicio de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo lo integran.⁷

Otro aspecto que merece análisis es si los principios del orden público económico que se consagran en la Constitución del ochenta tienen correspondencia y armonía con los valores de la sociedad –siguiendo el concepto de orden público económico del profesor Cea–, ya que dicho texto surge en un régimen autoritario y con notorios vicios de ilegitimidad de origen. La duda que surge es si en la sociedad chilena estaban internalizados, a la época en que se dictó la Constitución, los principios de subsidiariedad del Estado, máxima protección al derecho de propiedad, libertad económica, no discriminación arbitraria, libertad de trabajo, en la forma que los concibe el texto constitucional. Como respuesta preliminar a dicha interrogante puede plantearse que, en términos generales, los principios del orden público económico que se desarrollan en la Constitución Política de 1980, se han ido legitimando en la sociedad, lo que queda claramente demostrado por la cantidad significativa de recursos de protección y amparo económico deducidos para resguardar derechos que integran dicho concepto. Asimismo, es posible sostener que el proceso de globalización económica ha facilitado la aceptación de estos principios y culturalmente, en gran parte, ha permitido la adopción de ellos por la existencia de un paradigma único en el mundo que responde a las bases de la economía de mercado. No obstante lo anterior, se advierten ciertas manifestaciones que discrepan con los principios del orden público económico y que generalmente se manifiestan en cuestionamientos de grupos de influencia y de presión en el país. Así, las críticas a los sistemas de salud privada (ISAPRE), al sistema

⁷ Gaceta Jurídica N° 144, año 1992, pág. 74.

previsional (AFP) y la oposición a la privatización de empresas del Estado constituyen evidencias empíricas de que los principios del orden público económico no se reflejan completamente en la sociedad.

2.4. Técnicas del orden público económico

Si hemos entendido el orden público económico como un conjunto de principios y reglas facultativas de la regulación de las actividades económicas por parte de la autoridad, debemos preguntarnos cómo se manifiesta instrumentalmente dicho concepto o, dicho de otra forma ¿qué técnicas utiliza el orden público económico? Al respecto la doctrina es coincidente, en términos generales, en reconocer las siguientes técnicas:

a) La regulación

Como se analizó en el Capítulo Primero, para la teoría económica uno de los roles del Estado en la economía es establecer el marco legal, siendo reconocida como necesaria dicha función a fin de permitir el adecuado funcionamiento de la economía. No obstante, escuelas de corte neoclásico sostienen que la regulación debe ser muy sutil, ya que no debería interferir y afectar la libertad de los agentes económicos y, por tanto, evitar ser distorsionadora.

La regulación se advierte en diversos ámbitos normativos: constitucional, legal, reglamentario y normas que emanan de organismos autónomos. Así, el orden público económico se encuentra en el artículo 19 N° 24 de la Constitución, en las leyes que establezcan reglas generales para la restricción de la propiedad basada en su función social y en los actos administrativos que, cumpliendo con el requisito de especificidad, hagan efectivas dichas restricciones.

b) El control

Si la técnica principal del orden público económico es la regulación de las actividades de los agentes, necesariamente se debe contar con otra herramienta que permita constatar si aquellos están cumpliendo con dicha reglamentación. Surge aquí la técnica del control, esto es, la función que asumen órganos estatales que fiscalizan a los diversos agentes económicos.

Cabe precisar que no todos dichos agentes son objeto de control, como, asimismo, no todos los sectores o actividades económicas se fiscalizan. Es el Estado el que, en una decisión discrecional, evalúa qué agentes o sectores deben estar bajo control de cumplimiento de la regulación. Así, en nuestro sistema jurídico se advierte la existencia de Superintendencias en áreas como previsión social, bancos, mercado de valores, ISAPRES, etc.

c) La limitación a la contratación y la autonomía de la voluntad

Si el orden público es un conjunto de principios y reglas jurídicas que permiten normar la actividad económica, trasuntando los valores de la sociedad, no cabe duda alguna que aquél puede llegar a significar la utilización de instrumentos que lleguen incluso a limitar otro principio básico de nuestro ordenamiento jurídico: la libre contratación y la autonomía de la voluntad.

En efecto, para efectos de alcanzar el cumplimiento de los principios y normas que configuran el orden público económico, es posible establecer límites a la libertad contractual y la autonomía de la voluntad. Al respecto, existen numerosos ejemplos que pueden citarse, como es el caso de la facultad que el D.L. N° 211 confiere al Tribunal de la Libre Competencia para que deje sin efecto actos o contratos atentatorios a la libre competencia. Otro ejemplo en este sentido, lo constituyen las normas de la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, que describe las cláusulas que no tendrán valor jurídico en los contratos de adhesión o el límite máximo a cobrar por concepto de gastos de cobranza extrajudicial.

2.5. Evolución del orden público económico

Anteriormente se señaló que los principios y normas que configuran el orden público económico no sólo se encuentran en la Constitución Política de 1980, sino que en todo el ordenamiento jurídico, independiente de la jerarquía de la norma de que se trate. Si bien las normas constitucionales gozan de primacía respecto de las demás, los principios en ellas establecidos son amplios y generales y han ido evolucionando en los casi veinte años de vigencia de la Carta Fundamental. Para poder comprobar este aserto basta analizar la evolución que ha tenido el principio de la subsidiariedad del Estado, contenido en los artículos 1° inciso tercero y 19 N° 21 inciso segundo. Dichos preceptos reconocen a los agentes económicos privados el derecho a desarrollar actividad empresarial libremente sin más restricciones que la moral, el orden público y la seguridad nacional. Pues bien, el Estado va a desarrollar sólo aquellas actividades económicas que los particulares no deseen o no puedan realizar, por lo que actúa en subsidio de ellos.

Si se compara las actividades que desarrollaba el Estado en la década de los ochenta con las que lleva a cabo hoy, se advierte una evolución en su rol subsidiario. No sólo las privatizaciones realizadas en dicha década, sino que la incorporación de los privados en las concesiones de obras públicas, con cuantiosas inversiones, muestra el rol subsidiario del Estado en su mayor manifestación. En síntesis, es evidente que el principio de la subsidiariedad, parte del orden público económico, ha evolucionado sin que ello signifique la modificación de la norma constitucional.

Otro ejemplo de lo anterior lo constituye la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Dicho texto legal ha venido a restringir la autonomía de la voluntad en un sistema jurídico en que culturalmente prevalece la fuerza del contrato. En efecto, la citada ley describe cláusulas que se tendrán por no escritas en un contrato de adhesión. Lo mismo ocurre con la limitación de los gastos de cobranza. ¿Era posible concebir décadas pasadas una restricción tan significativa a la libertad y autonomía contractual? La respuesta más posible es la negativa, lo que demuestra la evolución que va teniendo el orden público económico, sin la necesidad de una reforma a las normas constitucionales pertinentes.

3. EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO EN SU MANIFESTACIÓN CONSTITUCIONAL

Según se señaló anteriormente, la doctrina ha sostenido la existencia de una Constitución Económica (Cea, José Luis, 1988) y que el orden público económico si bien se manifiesta en todas las jerarquías normativas, es en la Carta Fundamental en donde tiene sus bases fundamentales. En efecto, la Constitución de 1980 consagra una serie de principios en sus diversos capítulos y, especialmente, en

el capítulo III, referente a los derechos y deberes constitucionales, que se analizarán a continuación:

3.1. La subsidiariedad del Estado

Si bien explícitamente el principio de la subsidiariedad en materia económica no se encuentra establecido en ningún artículo de la Constitución Política de 1980, se extrae del inciso tercero del artículo primero de dicho texto en cuanto señala que “el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”, como también del artículo 19 N° 21 inciso segundo que establece la regla de que el Estado y sus organismos no podrán desarrollar o participar en actividades empresariales si no están facultado por una ley de quórum calificado y, en caso de que tenga dicha autorización, deberá someterse al régimen general que regula las actividades de los agentes privados, a menos que la misma ley de quórum calificado le haga aplicable un régimen especial.

De las disposiciones antes aludidas se puede sostener que el Estado les asegura a los agentes económicos un ámbito en el cual van a desarrollar libremente sus actividades económicas, por lo que él sólo intervendrá cuando los privados no deseen o no puedan desarrollarlas o, excepcionalmente, estime que él es el único que podría llevarlas a cabo, lo que hace que este principio se denomine subsidiariedad, ya que el Estado participa en subsidio.

El principio de la subsidiariedad del Estado tiene una fundamentación filosófico-política, que fue asumida por las autoridades que llegaron al poder después del 11 de septiembre de 1973. En efecto, no es una casualidad que se haya incluido este principio en la Carta Fundamental, sino que ello obedece a que el constituyente recogió el planteamiento formulado en la Declaración de Principios del Gobierno de Chile, elaborado por la Junta Militar, en el que se señala que “(al Estado) corresponde asumir directamente sólo aquellas funciones que las sociedades intermedias o particulares no están en condiciones de cumplir adecuadamente, ya sea porque de suyo desbordan sus posibilidades (caso de la Defensa Nacional, las labores de Policía o las Relaciones Exteriores), o porque su importancia para la colectividad no aconseja dejar entregadas a grupos particulares restringidos (caso de los servicios o empresas estratégicas o fundamentales para la nación), o porque envuelven una coordinación general que por su naturaleza corresponde al Estado”.

Del análisis de dicha declaración se desprende que ella no hace más que asumir las posturas liberales clásicas de Smith y los fisiócratas, quienes sostenían que el Estado no debía intervenir en la economía y, en definitiva, dejar el ámbito más amplio para los agentes privados, ya que éstos debían desarrollar su capacidad emprendedora y creativa.

Por su parte, la jurisprudencia ha señalado que “el principio de la subsidiariedad del Estado debe entenderse como aquel que exige a aquél intervenir en la economía para ayudar a los miembros de la comunidad en el logro del progreso y el desarrollo, lo que conduce a admitir que le corresponde una función activa en el cumplimiento del principio de la subsidiariedad, cuando los particulares no han manifestado interés en ella o, también, cuando son incapaces de llevarla a cabo por el volumen de las inversiones que se requiere”.⁸

⁸ Corte Suprema, sentencia del 23 de noviembre de 1995, Caso “Mersa con Subsecretaría de Pesca”.

No obstante que el Estado debiese asumir una conducta activa ante la reticencia de los privados, en la actualidad se advierte un incremento de actividades en que estos últimos se han incorporado y en las cuales tienen interés de hacerlo, quedando restringido para aquél sólo contadas actividades de carácter estratégico. Más aún, es el mismo Estado el que ha decidido que algunas actividades no serán desarrolladas por él, a fin de que los privados se interesen en ellas, poniéndose muy en boga esta política en el ámbito de las concesiones de obras públicas.

3.2. Libertad de trabajo y su protección

El número 16 del artículo 19 de la Constitución Política de 1980 consagra el principio de la libertad de trabajo de alta incidencia en el ámbito de la empresa. La citada norma regula este principio de la siguiente forma:

a) Toda persona es libre de contratarse o no y de elegir el empleador para quien desea prestar sus servicios

Este principio tiene como contrapartida el que el empleador goza de libertad de contratación, ya que ninguna autoridad o tercero le podrá imponer contratar a un trabajador determinado, sino que es libre de hacerlo con respecto a cualquier persona que cumpla requisitos objetivos y de idoneidad, permitiéndose de ese modo disponer en forma libre del recurso humano.

b) Se establece la imposibilidad de discriminar en la contratación, sobre la base de elementos ajenos a la capacidad o idoneidad del trabajador

En efecto, el artículo 19 N° 16 de la Carta Fundamental prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

Algunos plantean que este principio no es más que una simple declaración hecha por el constituyente, ya que si se consagra la libertad de contratación entendida en ambos sentidos, trabajador-empleador, éste es libre de decidir a quién contrata, siendo muy difícil probar la discriminación.

c) Derecho a la huelga y negociación colectiva

Eje del enfoque económico es evitar que elementos ajenos al mercado incidan en la asignación de recursos y en el proceso productivo, por lo que si bien la Constitución en el artículo 19 N° 16 reconoce los derechos a la negociación colectiva y a la huelga, éstos se ven muy restringidos en comparación a como se daban en las décadas pasadas. La actual legislación contenida en los Libros III y IV del Código del Trabajo imponen el principio de la autonomía sindical, siendo la negociación colectiva concebida como un medio de solución de los conflictos laborales que impide un resentimiento en la productividad de cada unidad y, a su vez, de la actividad económica en general. Así ella está circunscrita a ciertas empresas y ciertas actividades y la huelga como el lock-out (cierre temporal de la empresa por decisión del empleador) son instancias que van a operar sólo cuando fracase la negociación.

3.3. Legalidad de los tributos

Este principio, también conocido como “reserva legal”, está reglamentado en los artículos 60 N° 14 y 62 N° 1 de la Constitución Política de la República, y consiste en que sólo por ley se pueden crear, modificar o extinguir tributos. No cabe duda que este principio adquiere importancia al constituirse en una garantía para los agentes económicos, ya que otorga la certeza de que a la autoridad administrativa le está vedado imponer tributos.

3.4. Equidad tributaria

El Estado tiene múltiples fuentes de ingreso, entre las que destacan los tributos. Estos se pueden conceptualizar como “las prestaciones en dinero que el Estado, en ejercicio de su poder de imperio, exige con el objeto de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines” (Zavala, José Luis, 1998).

El artículo 19 N° 20 de la Carta Fundamental acuña el principio de la equidad o justicia tributaria, máxima manifestación de la función redistributiva del Estado, ya que asegura a todas las personas la igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión que fije la ley y la igual repartición de las demás cargas públicas, como, asimismo, impide la creación o establecimiento de tributos que sean manifiestamente desproporcionados o injustos. El principio antes aludido implica evitar que los tributos vayan a producir una inequidad entre las personas afectas a aquéllos, provocando una mayor incidencia patrimonial a unos sujetos respecto de otros. Para el cumplimiento de este principio, nuestro sistema tributario utiliza dos instrumentos:

- Tributos con tasa progresiva, que implica que la tasa aumenta conforme aumenta, a su vez, la base imponible, esto es, siendo mayor la renta es mayor la tasa a aplicar, quedando un mínimo exento, como ocurre con el impuesto global complementario y el impuesto único al trabajo dependiente en el D.L. N° 824, Ley de Impuesto a la Renta.
- Créditos o exenciones a determinados contribuyentes, como, por ejemplo, lo es el tramo exento a contribuyente del impuesto global complementario y único al trabajo dependiente antes aludidos.

Asimismo, el artículo 19 N° 20 añade que los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado, que es lo que la doctrina constitucional ha denominado “regla de no afectación tributaria”.

Sin embargo, la Constitución establece las siguientes excepciones:

- La ley autorice tributos que puedan estar afectados a fines propios de la defensa nacional.
- La ley autorice que los tributos que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo.

a) Concepto

Se ve consagrado este principio, de tanta importancia en el ámbito del orden público económico chileno, en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, norma que señala en su inciso primero que el Estado asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica siempre que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulan.

Del tenor de dicho precepto es posible advertir que:

- La libertad económica está reconocida a un rango constitucional, con la implicancia de que todo el ordenamiento jurídico que surge de la misma Constitución debe sujetarse a este principio y de que toda autoridad o persona debe respetarlo.
- Se establecen como únicas y excepcionales limitaciones al ejercicio de la libertad económica el respeto a la moral, el orden público y la seguridad nacional.
- La libertad económica está destinada a desarrollarse respetando las normas legales que la regulan, lo que implica que aquélla tiene un canal de ejercicio contenido en la ley.

b) Ámbitos de la libertad económica

Sobre el particular cabe señalar que los ámbitos de la libertad económica son:

- Libertad para decidir el tipo de actividad a desarrollar y el mercado en que se va insertar a competir.
- Libertad para decidir la forma de organización jurídica y económica, incluyendo la de adaptarse a nuevas condiciones de mercado. En este ámbito, se advierten ciertas excepciones en que el ordenamiento jurídico limita la libertad, como ocurre en los casos que se impone obligadamente una forma jurídica a los agentes en ciertos mercados (como el financiero en que los bancos y sociedades financieras deben ser sociedades anónimas) o las limitaciones que se impusieron en materia laboral al suministro de personal a través de la Ley N° 20.123, dando lugar sólo a los servicios transitorios.

No deja de ser relevante, respecto de esta dimensión de la libertad económica el criterio judicial que se ha asumido cuando el Servicio de Impuestos Internos (SII) ha impuesto exigencias que no se encuentran en la ley tributaria para autorizar el inicio de actividades. Así se advierte en sentencia dictada por la Corte Suprema el 6 de octubre de 2004, recurso Rol N° 4.086-2004.

También se ha fallado que no es posible que organismos que ejercen facultades fiscalizadoras sin norma legal que los faculte para ello impongan determinadas formas de organización de la empresa. Así se advierte en fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del 30 de marzo de 2004, recurso Rol N° 8.725-2003, al establecerse que “...*el derecho a desarrollar la actividad económica importa la facultad de su titular para elegir y definir, del modo más conveniente a su interés, la forma de ejecutar su giro empresarial, libertad que en el presente caso se ve menoscaba al impedírsele –en el hecho– al recurrente contratar con proveedores o externalizar la prestación de sus servicios; pues no otro efecto se produce al sancionarlo*”

con una infracción por simular la contratación de trabajadores, si antes la autoridad fiscalizadora del trabajo ha reconocido que la recurrente posee una estructura propia y separada de las empresas prestadoras de servicios y que no se observa una relación de propiedad entre ellas...”.

- Libertad para poner término a la actividad

La libertad económico y de emprendimiento también alcanza en lo que atañe a la decisión del agente económico en cuanto a poner término a la actividad que desarrolla.

c) Alcance de expresión normas legales que la regulan

Con respecto a la expresión “*normas legales que la regulan*” que utiliza el artículo 19 N° 21 inciso primero de la Constitución, surge la duda en cuanto a si el constituyente sólo entendió que a través de la ley en sentido estricto, esto es la que es tramitada en el Parlamento, se puede regular la actividad económica o también es posible realizarlo a través de la potestad reglamentaria del Ejecutivo o de la potestad de órganos autónomos como las municipalidades y el Banco Central. Incluso hay órganos jurisdiccionales sui generis, como el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que están dotados de facultades normativas.

La jurisprudencia judicial ha establecido que dicha alocución comprende no sólo los actos emanados del órgano legislativo, sino que también aquellas ordenanzas, reglamentaciones y resoluciones de cualquier órgano administrativo del Estado.⁹

Por su parte, el Tribunal Constitucional estimó en un principio que sólo una ley en sentido estricto puede regular la actividad económica (principio de legalidad absoluta)¹⁰, pasando posteriormente a un criterio en que la ley fija el marco general o bases, pudiendo el Ejecutivo a través de la potestad reglamentaria complementar dicha normativa o ponerla en ejecución (principio de legalidad relativa). En este último caso, se deben cumplir los requisitos de “determinación” y “especificidad”. El primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal; y el segundo requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad. Por último, los derechos no podrán ser afectados en su esencia, ni imponerles condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Cumplidas que sean dichas exigencias, es posible y lícito que el Poder Ejecutivo haga uso de su potestad reglamentaria de ejecución, pormenorizando y particularizando, en los aspectos instrumentales, la norma para hacer así posible el mandato legal.¹¹

d) Actividad empresarial del Estado

⁹ Gaceta Jurídica N° 211, enero de 1998.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional del 21 de abril de 1992, Rol N° 146 en que presentó requerimiento en contra de D.S. del Ministerio de Obras Públicas N° 357, publicado en el Diario Oficial de 19 de febrero de 1992, que prohibió la colocación de carteles, avisos de propaganda o cualquiera otra forma de anuncios comerciales en los caminos públicos.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de junio de 2001, requerimiento Rol N° 325.

Es evidente que detrás de la norma del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política existe una posición ideológica en virtud de la cual son los privados los que van a participar en la economía como agentes casi exclusivos y, por tanto, se les debe asegurar la suficiente libertad y autonomía en su accionar. De esta forma, el Estado se va a mantener al margen de las actividades reservadas a los particulares, lo que queda de manifiesto en el artículo 19 N° 21, inciso segundo, norma que en plena concordancia con el artículo 1° inciso tercero de la misma Carta Fundamental, señala que el Estado y sus órganos sólo podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas si así lo permite una ley de quórum calificado.

El determinar si el Estado desarrolla actividades empresariales dependerá esencialmente de diferenciar si aquél está persiguiendo fines de lucro o si está acometiendo un rol subsidiario en materia económica, supliendo una necesidad social relativa al progreso o desarrollo socioeconómico de la comunidad. De esta forma, la jurisprudencia ha precisado que “la intervención del Estado requerirá una ley de quórum calificado si la actividad empresarial de que se trata es también objeto del interés privado; en caso contrario, cuando el Estado o alguno de sus órganos detecta la existencia de una necesidad pública que le corresponde satisfacer, el órgano respectivo deberá acometerla en calidad de servicio público, aun cuando la estructura que se cree al efecto pueda comportar los caracteres de empresa; en tal supuesto, al momento de calificar la actividad, lo relevante será la actividad de servicio y no la posibilidad de lucrar con ella, aun cuando fuere posible”.¹²

Por otra parte, se ha discutido acerca de qué significa que el Estado *participe* en actividades empresariales, fijando al respecto la jurisprudencia, en el recurso de amparo económico que se ventiló entre la Asociación Nacional de la Prensa y Metro S.A., un criterio muy amplio. En efecto, se señaló en el fallo respectivo que la participación del Estado en un determinado negocio o actividad económica con otra persona, sea natural o jurídica, no es menester que se haga bajo la forma de un contrato de sociedad, sino basta que exista lo que se denomina en doctrina “colaboración empresarial”, esto es, la cooperación entre unidades económicas, como sería el caso si una de las partes contribuye o facilite un bien que haga viable económicamente el negocio.¹³

También los tribunales han determinado necesario precisar qué se entiende por “*organismos del Estado*”, conforme reza el artículo 19 N° 21, inciso segundo, de la Carta Fundamental. Al respecto, en el aludido fallo de la acción de amparo económico entre Asociación Nacional de la Prensa y Metro S.A., se discutió si dicha empresa, regulada por la Ley de Sociedades Anónimas y, por lo tanto, dentro del sector privado es o no un “organismo del Estado”. Sobre el particular, el fallo señaló que:

¹² RDJ XCII, segunda parte, sección quinta, pág. 197 (Mersa con Subsecretaría de Pesca).

¹³ Corte Suprema, sentencia del 31 de enero de 2000. Rol N° 248-2000. En el mismo sentido, la Corte Suprema en los autos Rol N° 328-99, “Chile Express y otro con Empresa de Correos de Chile”, por fallo del 17 de marzo de 1999, acogió amparo económico, señalando que “De acuerdo al artículo 2° del Decreto con Fuerza de Ley N° 10, en virtud del cual se establece el objeto de la Empresa de Correos de Chile, y a los Tratados Internacionales suscritos por Chile en la materia, la Empresa de Correos de Chile no está autorizada para realizar el servicio postal de encomienda expresa y paquetería denominado “Ultracom”, respecto de bultos o paquetes que excedan de 33 kilos de peso y de un porte no mayor de 3 metros, con una tolerancia de 30 centímetros y su mayor dimensión no debe exceder de 2,00 metros, con una tolerancia de 10 centímetros, y que tampoco está autorizada para desarrollar actividades relacionadas con la cobranza de cuentas de consumo, recaudación de pagos por cuenta de terceros, es decir, lo que actualmente se realiza a través de la denominada “Banca de Personas”. De lo contrario, requeriría una ley de quórum calificado que así lo estableciera”.

- 1º) La Ley N° 18.772 transformó el servicio público denominado “Dirección General del Metro” en la sociedad anónima “Empresa de Transportes de Pasajeros Metro S.A.”, la que puede usar el nombre de fantasía “Metro S.A.”. Esta ley, de quórum calificado, autorizó al Estado para desarrollar una actividad empresarial específica, a saber, “servicio público de transporte de pasajeros, mediante ferrocarriles urbanos y suburbanos u otros medios eléctricos complementarios y servicios anexos”. Dispuso también que la Corporación de Fomento de la Producción y el Fisco constituyeran la referida sociedad en proporciones de un 28% y un 72%, respectivamente, y que ésta se regiría por las normas que regulan las sociedades anónimas abiertas.
- 2º) Que el hecho de que Metro S.A. se haya organizado como una sociedad anónima y que la rijan las normas que regulan el funcionamiento de esa clase de personas jurídicas, no debe llevar a concluir que la mencionada sociedad es una “empresa privada del Estado”, sino que, la ley, al darle a la organización encargada de administrar el transporte de pasajeros por ferrocarriles eléctricos urbanos el estatuto jurídico de una sociedad anónima, ha pretendido que sea administrada por un directorio, que es designado por CORFO y el Fisco, sus únicos accionistas, y que puede realizar todos los actos jurídicos necesarios, destinados al desarrollo de su giro específico, bajo un estatuto jurídico de derecho privado, de por sí el más adecuado para intervenir en la actividad económica, que en el caso de Metro S.A. se circunscribe al transporte de pasajeros en la forma señalada en su ley orgánica y en sus estatutos.
- 3º) Que así, parece a esta Corte que Metro S.A. es un órgano estatal que desarrolla su actividad bajo la forma de una sociedad anónima, por lo que la limitación establecida en el inciso segundo del N° 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República le es aplicable plenamente y, por lo mismo, su objeto social, impuesto por una ley de quórum calificado y no por la voluntad de sus socios como ocurre en la generalidad de las sociedades, circunscribe a Metro S.A. a desarrollar sólo esa actividad económica pues, para realizar una distinta, es menester que otra ley, también de quórum calificado, le permita desarrollarla o participar en ella.¹⁴

Del fallo transcrito en sus considerandos más importantes se desprende que el máximo tribunal estima que una sociedad anónima, regida por el Derecho Privado, es un organismo del Estado si es controlada por éste.

El artículo 19 N° 21 inciso segundo señala, asimismo, que si el Estado asume funciones empresariales, sus empresas se someterán a la misma legislación que se aplica a los agentes económicos privados, salvo que por motivos muy especiales y calificados se permita un trato especial a sus empresas, quedando ello de manifiesto en la misma ley de quórum calificado.

3.6. La no discriminación arbitraria

Otro de los principios del orden público económico es el del artículo 19

¹⁴ Corte Suprema, sentencia del 31 de enero de 2000, Rol N° 248-2000.

Nº 22 de la Constitución Política de la República, consistente en que el Estado y sus organismos no pueden discriminar en forma arbitraria en favor de una actividad, sector o zona determinada.

La razón por la que se incluyó este principio se encuentra en la necesidad de consagrar expresamente, y en forma particular, el principio de la igualdad ante la ley en materia económica, en atención a que “dicho principio no había sido valorado suficientemente por los Tribunales de Justicia, en lo relativo a evitar las discriminaciones injustas causadas por leyes y los actos de autoridad”.¹⁵

Exige el constituyente que la discriminación sea arbitraria y este último término implica la ausencia de una razón o fundamento que justifique al Estado gravar o beneficiar a actividades, sectores o zonas determinadas. Así lo ha entendido la jurisprudencia constitucional al señalar que por discriminación arbitraria “se ha entendido siempre una diferencia no razonable o contraria al bien común”.¹⁶

Para comprender con mayor claridad este principio es necesario efectuar ciertas precisiones, siendo la primera aquella que consiste en sostener que la discriminación es un trato diferenciado que se efectúa para un determinado sujeto o grupo. La segunda, que ella puede ser positiva o negativa, esto es, con el objeto de favorecerlo o perjudicarlo y, la tercera, es que la discriminación prohibida por el texto constitucional es la arbitraria, esto es, carente de toda razón o fundamento.

De lo expuesto precedentemente surge la interrogante en cuanto a si podría el Estado beneficiar o gravar ciertos sectores, siendo ello una discriminación no arbitraria. A esta pregunta, la Constitución da una respuesta en el propio artículo 19 Nº 22 inciso segundo, al señalar que sólo en virtud de una ley y siempre que no constituya una discriminación arbitraria, el Estado podrá establecer beneficios o gravámenes en favor de un área, sector o zona geográfica determinada. Ejemplo de ello sería el D.F.L. Nº 341 que crea las zonas francas.

3.7. El derecho a la propiedad

Se debe comenzar el estudio de este principio preguntándonos si es posible que se inicie una actividad empresarial sin saber si se está facultado para adquirir los bienes de capital y los insumos necesarios para el ejercicio de ella. Es evidente que en una economía en que prima la libertad económica y en la que el mercado es el principal asignador de los recursos, los agentes económicos deben tener acceso a adquirir todos los bienes que requieran para desarrollar su actividad productiva, como, asimismo, a los consumidores no se les puede establecer límites para adquirir los productos en el mercado.

Lo esbozado anteriormente constituye uno de los principios del orden público económico regulado en el artículo 19 Nº 23 de la Carta Fundamental, donde se señala que se asegura a todas las personas la libertad (y el derecho) para adquirir toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la nación toda. El Estado, en virtud de este principio, no puede limitar a los agentes económicos privados la adquisición de ninguna clase de

¹⁵ Tribunal Constitucional, fallo del 8 de abril de 1995, Rol Nº 28. En el mismo sentido Corte Suprema, sentencia del 5 de junio de 1986, en Revista Gaceta Jurídica Nº 72, pág. 22 y en sentencia del 20 de abril de 1994, en Revista Gaceta Jurídica Nº 166, pág. 61.

¹⁶ Tribunal Constitucional, fallo de 6 de diciembre de 1994, Rol Nº 203.

bienes, existiendo, como debe ser lógico, la limitación con relación a los bienes que no están en el comercio (por ejemplo el aire) o los bienes del Estado (fiscales y nacionales de uso público).¹⁷

Se establece en el inciso final del artículo 19 N° 23 de la Constitución que sólo por causa de interés nacional y en virtud de una ley de quórum calificado, se podrán establecer restricciones a la adquisición de determinados bienes por parte de los particulares. Un ejemplo de ello sería la restricción del D.L. N° 1939 para la adquisición de inmuebles por nacionales de países limítrofes en ciertas zonas del país.

3.8. El derecho de propiedad

Se ha sostenido reiteradamente que el sistema económico capitalista tiene como pilares fundamentales a la libertad económica y el derecho de propiedad. Así lo ha entendido la Constitución Política de 1980 en su artículo 19 N° 24, en cuanto reconoce a todas las personas el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales, entendidos estos últimos como los derechos. Se asegura la propiedad en todos sus atributos, esto es, usar, gozar y disponer.

Para nuestro estudio adquiere especial relevancia el artículo 19 N° 24, en los siguientes aspectos:

a) Facultades y bienes sobre los cuales recae el dominio

Como se señaló, se reconoce y protege la propiedad sobre los bienes corporales y los derechos, como asimismo en el sentido de que los sujetos que detentan este derecho no pueden verse privados o afectados en las facultades inherentes al mismo: uso, goce y disposición.

La protección es muy contundente y ello por el espíritu libertario de la Carta Fundamental, que parte del supuesto de que si se asegura el derecho a ejercer libremente la propiedad sobre los medios de producción, se asegura también el desenvolvimiento creciente de la unidad productiva.

b) Reconocimiento de la función social de la propiedad

Al igual que la Carta de 1925, la Constitución de 1980 viene a establecer como límite al derecho de propiedad su función social que comprende cuánto exijan los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad pública, y la conservación del patrimonio ambiental. Adquiere relevancia el hecho de que las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad, en virtud de la función social, se deban establecer por ley al tenor de la norma constitucional en análisis. Sobre el particular, se han generado criterios dispares en el caso que la autoridad administrativa mediante decretos restrinja o limite el derecho de propiedad en razón de su función social, en ejercicio de una ley. Así, las restricciones a la circulación de vehículos con o sin convertidor catalítico se han establecido en virtud de decretos supremos, fijándose desde el año 1988 una posición casi permanente por la Corte Suprema consistente en estimar que dichas medidas obedecen a la función social del

¹⁷ El Tribunal Constitucional por sentencia de 2 de diciembre de 1996, en los autos Rol N°s. 245 y 246 ha precisado que sobre los bienes nacionales de uso público no es posible constituir propiedad y teniendo las playas de mar esta naturaleza, no pueden ser objeto de propiedad privada.

derecho de propiedad, teniendo facultades el Ejecutivo para dictar los decretos supremos por el hecho de que la ley le ha conferido atribuciones para ello.¹⁸

Con respecto a la restricción del dominio basada en la función social del mismo, la justicia constitucional ha evolucionado desde el principio de la reserva legal absoluta, en que sólo se puede restringir por ley dicho derecho, a la reserva legal relativa, en que se entiende que la ley y el reglamento de ejecución, siendo ambos un todo exigen el cumplimiento, de las exigencias de especificidad y determinación.

En un fallo del año 2001, el Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento presentado por un grupo de senadores en que se le solicitaba que declarara inconstitucional el Decreto Supremo N° 20 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que establecía la restricción a la circulación de vehículos catalíticos durante los períodos de preemergencia y emergencia ambiental. El Tribunal, en un fallo sorprendente para muchos (Fermendois, Arturo; Cuevas Farren, Gustavo), rechazó el requerimiento, destacando que si bien el aludido decreto no cumplía con los requisitos antes aludidos de especificidad y determinación y, por tanto, siendo inconstitucional, dicha declaración significaba que se ponía en riesgo otro derecho más importante que el dominio: el derecho a la vida.

c) Protección del dominio

El inciso tercero del artículo 19 N° 24 establece que nadie puede ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o interés nacional, calificada por el legislador. Esta disposición excluye terminantemente cualquier otra forma de privación del dominio de los agentes económicos, tales como las nacionalizaciones, confiscaciones y otras formas utilizadas en el pasado.

También adquiere relevancia el hecho de que el precepto constitucional señale que el Estado no podrá tomar posesión del bien expropiado sin haber pagado previamente la indemnización como, asimismo, que el particular afectado podrá reclamar judicialmente del monto de la indemnización fijado administrativamente.

Se debe tener presente que casi todos los cuerpos constitucionales del mundo consagran la indemnización frente a una expropiación, salvo casos aislados como sucede en ciertas situaciones previstas en la Constitución de Colombia. (Anzola Gil, Marcela).

d) Dominio de las aguas y minerales

En este caso el Estado, si bien se reserva el dominio o propiedad sobre las aguas y minerales, es evidente que atendida la concepción subsidiaria que de él se da, dichos bienes corresponderá

¹⁸ RDJ LXXXV, segunda parte, sección quinta, pág. 230. Sobre función social de la propiedad basada en salubridad pública véase Gaceta Jurídica N° 57, 1985, pág. 67.

Sobre función social de la propiedad basada en la conservación del patrimonio ambiental véase Gaceta Jurídica N° 29, pág. 42.

explotarlos a los agentes económicos privados, a través del régimen de concesiones y derechos de aprovechamiento que se regulan en los Códigos de Minería y Aguas, respectivamente.

El artículo 19 N° 25 de la Constitución establece que el Estado es dueño de esos recursos, pero que los particulares van a explotarlos con ciertos requisitos y exigencias. No obstante lo anterior, el Estado viene de todas formas a reservarse la explotación de ciertos minerales que considera estratégicos, como el petróleo y el uranio, atendida la preservación de la seguridad nacional.

3.9. La seguridad legal

El análisis de los principios constitucionales del orden público económico de la Constitución Política de 1980 nos permite advertir que se autoriza al Estado en su potestad reguladora para que a través de una ley limite o restrinja el ejercicio de los derechos. Sin embargo, en el ejercicio de su rol regulador el Estado no es plenamente soberano, ya que le está prohibido vulnerar la esencia de los derechos y su libre ejercicio (Cea, José Luis, 1992). Para ello, primeramente, el artículo 1° señala que la acción estatal siempre debe realizarse con pleno respeto de los derechos y garantías que la Constitución establece. Por su parte, el artículo 19 N° 26 asegura que las disposiciones legales deberán respetar los principios y bases que se consagran en todo el artículo 19, por lo que es posible asegurar a los agentes económicos que toda la legislación que emane del Estado deberá respetar las bases del régimen económico antes estudiadas, bajo sanción de inconstitucionalidad en caso de no respetarse este principio.

4. HIPÓTESIS SOBRE EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

Si el orden público económico se ubicó en los preceptos de la Carta de 1980 y se desarrolla a partir de ella en el ordenamiento jurídico infraconstitucional, adquiere especial relevancia analizar, a más de 20 años de la entrada en vigencia de la Constitución, la eficacia jurídica de los principios que lo involucran. Dicho esfuerzo requiere la dedicación de un equipo investigador que recopile datos y antecedentes suficientes, en un proceso de alta rigurosidad, quedando para este análisis sólo la misión de formular las hipótesis acerca del orden público económico chileno.

1ª Hipótesis: Las condicionantes económicas actuales exigen que el orden público económico debe estar consagrado en la Constitución Política.

Esta hipótesis probablemente es la que cualquier estudioso del tema habría formulado en primer lugar. Se trata de establecer que los principios que integran el orden público económico deben estar contenidos en la Constitución Política de la República, ello porque dichos principios adquieren un mayor grado de estabilidad jurídica y facilitan la inversión interna y externa.

Las condicionantes económicas tales como la existencia de un proceso mundial de apertura al comercio de bienes y servicios y los flujos de capital, adquieren relevancia para las economías de la región (Latinoamérica), especialmente el ingreso de divisas desde los países desarrollados para la ejecución de proyectos de inversión, teniendo presente que nuestros países tienen escaso ahorro interno.

Junto a la situación antes descrita, el nuevo paradigma que refuerza la iniciativa privada y hace que el Estado retroceda –fenómeno de tipo global–, sugiere “reglas del juego” claras en materia de propiedad privada, libertad y trato no discriminatorio.

2ª Hipótesis: No sólo la historia fidedigna de la Carta de 1980 es la fuente del orden público económico, sino que la universalidad de sus principios.

La adopción de un paradigma económico asumido en gran parte del orbe, a lo que se une el hecho de que algunos de los principios que conforman el orden público económico constituyen derechos de contenido económico-social, reconocidos en pactos internacionales, permite sostener que no sólo la génesis de la Carta de 1980 es la fuente del concepto en análisis.

En este contexto adquiere especial relevancia recordar los planteamientos de ilegitimidad de origen de la Constitución de 1980 y que podrían alcanzar, sin duda alguna, a los principios en análisis. De esta forma, la necesidad de que el orden público económico exista y se mantenga, proviene de normas legitimadas e introducidas en nuestro sistema jurídico al adoptarse acuerdos y pactos internacionales que reconocen los derechos que integran dicho concepto.¹⁹

3ª Hipótesis. El principio del rol subsidiario del Estado no se ha internalizado por los agentes económicos y la sociedad chilena.

Anteriormente se esbozó el concepto de Estado subsidiario. La hipótesis que sustentamos encuentra su fundamento en la existencia de permanentes conflictos sociales y sectoriales de los últimos años. Así, el régimen privado de salud, el régimen de pensiones, los servicios básicos de suministro, entre otros, han sido cuestionados, especialmente porque son sectores en que el Estado antes asumía un carácter monopolizador de las respectivas prestaciones.

Junto a lo anterior, el rol subsidiario del Estado se enmarca dentro de una definición político-económica de gasto público que, en su cuantía, dependerá de las condiciones macroeconómicas de cada momento y en las que tiene una alta incidencia el escenario internacional. Esta situación lleva a que en muchas oportunidades el Estado carezca de recursos para prestaciones destinadas a sectores que constituyen una demanda no solvente como ocurre, por ejemplo, en materia de salud y educación.

También no puede desconocerse el hecho de que el sector privado solicite subsidios y aportes monetarios al Estado, cuando se ven amenazados sus mercados o requiere alcanzar mejores resultados de competitividad.

Junto a lo anterior, se advierte en los últimos meses una cierta judicialización en la materia, la que se manifiesta específicamente con acciones de protección que pretenden, a través del resguardo de derechos fundamentales, como el derecho a la vida, que el Estado asuma su rol subsidiario en el ámbito de la salud, por ejemplo.

¹⁹ Basta hacer referencia al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en vigencia en Chile desde la fecha de su publicación, el 27 de mayo de 1989.

4ª Hipótesis: Permanentemente surgen conflictos con respecto a la regulación del ejercicio de la libertad económica.

Esta hipótesis se sustenta en el hecho de que innumerables controversias, especialmente a partir de la década de los noventa, surgen por el choque de dos intereses: Uno, el de los agentes económicos privados que desean ejercer sus actividades económicas de la forma más libre posible y, de preferencia, con mínimas restricciones. Por otra parte, se manifiesta el interés regulador del Estado en generar reglamentaciones generales y sectoriales, orientadas a corregir los desequilibrios de mercados imperfectos y salvaguardar los derechos de los consumidores.

Entre las manifestaciones legislativas sobre el particular cabe destacar la Ley N° 19.496 sobre Derechos de los Consumidores y las regulaciones sectoriales en materia eléctrica y de telecomunicaciones.

La hipótesis antes señalada destaca la ausencia de una definición colectiva acerca de qué actividades regular y la profundización de dicha regulación, ya que ésta no es totalmente cuestionada, e incluso existe consenso casi absoluto respecto de sectores como el financiero (Ley General de Bancos) y del mercado de capitales (Ley N° 18.450, sobre Mercado de Valores)

5ª Hipótesis: Existe una tendencia de que el derecho de propiedad sobre los medios de producción ceda ante otros derechos de tipo colectivo y, en definitiva, al bien común.

El derecho de propiedad va cediendo frente a otros derechos esenciales. Así, por lo menos, se advierte en los fallos de tribunales ordinarios de justicia, e incluso la justicia constitucional.²⁰

Esta supremacía de derechos esenciales de “primer orden” por sobre el derecho de propiedad encuentra su justificación en su función social, quedando aún pendiente definiciones en cuanto a “la forma” en que se limita intrínsecamente al dominio, esto es, si se deberá cumplir con la reserva legal absoluta o relativa, conforme lo preceptuado en el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, en cuanto señala que “Sólo la ley puede establecer...”.

6ª Hipótesis: Se ha producido una evolución en la forma que se conciben y se aplican los principios que conforman el orden público económico.

Esta hipótesis tiene su base de sustentación en las anteriores. Si bien no se ha producido ninguna modificación a las disposiciones constitucionales que consagran los principios que conforman el orden público económico, se advierte que la forma de concebir dichos principios y su aplicación ha evolucionado en los 20 años de vigencia de la Carta de 1980. Como ejemplo de lo anterior, es posible advertir una creciente y mayor participación del sector privado en actividades que el Estado se reservaba para sí, en modalidades distintas a la privatización, como ha ocurrido con las concesiones viales o de aeropuertos. En este aspecto, nos encontramos con una evolución del rol subsidiario del Estado.

²⁰ Un ejemplo de ello lo constituye el fallo del Tribunal Constitucional antes aludido, en que rechaza el requerimiento presentado en contra del D.S. N° 20 que restringe la circulación de vehículos con convertidor catalítico en los días de emergencia y preemergencia ambiental.

En lo que atañe al derecho de propiedad y su función social, los Tribunales Superiores de Justicia han declarado en reiterados fallos la preeminencia de otros derechos constitucionales por sobre el dominio, como ocurre con el derecho a la vida y a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, o en el fin último del Estado: el bien común.

La libertad económica se desarrolla, a partir de la década de los noventa, dentro de un marco regulatorio que reconoce falencias en el mercado. Así, podemos citar la regulación en materia de protección del consumidor y la judicialización del Derecho de la Libre Competencia.

Los casos antes expuestos no hacen sino mostrar la evolución sustentada y la hipótesis que se plantea a continuación.

7ª Hipótesis: El orden público económico tiene la suficiente flexibilidad para la adopción de decisiones propias de una política económica estructural correctiva del modelo económico.

Críticos de la institucionalidad de la Constitución Política de 1980, en especial de los principios que constituyen el orden público económico, centran su rechazo basándose en que aquéllos serían claramente rígidos e impedirían una redefinición de política económica estructural orientada a corregir eventuales desequilibrios e incoherencias en el modelo económico.

Esta hipótesis, cuyo sustento son las seis hipótesis anteriores, plantea que los principios que conforman el orden público económico incorporado en la Carta de 1980 son lo suficientemente flexibles para adoptar decisiones de política económica de tipo estructural, lo que se ha evidenciado en los 20 años de vigencia de la Constitución, en que sin ninguna reforma a las disposiciones respectivas, se ha ido asumiendo cada uno de los principios en una óptica evolutiva y así, como ya se señaló y a vía de ejemplo, el Estado subsidiario del año 2001 no es el mismo del año 1980 y la libertad económica de los agentes se ha ido encauzando –para bien o para mal– dentro de un marco regulatorio.

5. EL AMPARO ECONÓMICO

5.1. Generalidades

La Constitución Política de la República no sólo consagra y reconoce los derechos constitucionales que constituyen lo que la doctrina ha denominado “orden público económico”, sino que además establece un medio de resguardo de dichos principios. Así, el artículo 20 de la Carta Fundamental concibe el recurso de protección constitucional, el que sí bien no es un arbitrio exclusivo de los principios del orden público económico chileno, protege la libertad de trabajo (en lo tocante a la libre contratación), la libertad económica, la no discriminación arbitraria, el derecho a la propiedad y el derecho de propiedad.

No obstante, junto al recurso de protección ha surgido, a partir del año 1990 y en el ámbito legal, otro arbitrio que protege exclusivamente la libertad económica, denominado recurso de amparo económico. En efecto, la Ley N° 18.971, publicada con fecha 10 de marzo de 1990, en su artículo único señala que cualquier persona podrá denunciar las infracciones al artículo 19 número 21 de la

Constitución Política de la República, sin efectuar mayores precisiones en cuanto a qué conductas constituirían dicha infracción, por lo que debe entenderse este medio de resguardo en un sentido amplio.

La fecha en que se publica la citada ley, 10 de marzo de 1990, llevó a que originalmente se postulara que la intención del legislador de la época fue establecer, propiamente tal, una acción que pudieran deducir los particulares, cuando el Estado y sus organismos vulneraran la limitante del artículo 19 N° 21 inciso segundo, esto es, desarrollar o participar en actividades empresariales sin contar con una ley de quórum calificado que así lo autorice.

5.2. *Causal*

El artículo único de la Ley N° 18.971 señala que este arbitrio procederá cuando exista una infracción al artículo 19 N° 21 de la Constitución Política del Estado. El concepto “infracción” supone un acto de autoridad o de un particular’ que vulnera el derecho constitucional antes aludido, sin que la norma de la ley especifique de qué forma lo hace.

Sin embargo, ha sido la Jurisprudencia la que ha efectuado precisiones acerca de la procedencia de la acción de amparo económico. Así se ha señalado que no procede el amparo económico por acto de omisión. En efecto, en sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago del 21 de diciembre de 2000, confirmada por la Corte Suprema el 6 de marzo de 2001, autos Rol N° 588-01, se expresa que “cuando el legislador ha querido otorgar acciones para resguardar a los administrados frente a omisiones ilegales, lo ha hecho expresamente, como ocurre en los casos del artículo 20 de la Constitución y 140 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. No es ésta la situación de la especie, toda vez que la hipótesis protegida se circunscribe a la infracción a la norma contenida en el Art. 19 N° 21 de la Carta Fundamental, que, por no incluir expresamente la situación omisiva, debe entenderse que la excluye, en términos que el recurso de amparo económico sólo sería admisible respecto de la vulneración de esa garantía constitucional por acciones ilegales del órgano correspondiente, mas no por simple omisión”.

No compartimos dicho criterio jurisprudencial, ya que si la Ley N° 19.871 hace posible la acción de amparo económico respecto de una infracción, no existe ningún argumento que permita sostener que el legislador lo reservó exclusivamente para las acciones, excluyendo las omisiones. En efecto, si se trata de una infracción, no debe desconocerse que en el ámbito general del Derecho éstas se pueden dar por ambas vías. ¿Por qué razón la acción de amparo económico debe ser sólo por vía de acción? Nos parece que el argumento de la interpretación restrictiva en materia infraccional y a base de la voluntad expresa del legislador no es suficiente, más aún que aquél no ha hecho distinción alguna.

En otro ámbito es frecuente ver en el foro que los libelos en que se deduce el amparo económico aluden a una conducta ilegal o arbitraria, esto es, se deduce con los mismos presupuestos del recurso de protección, situación que ha sido rechazada por los tribunales. Así, se ha resuelto que “en el amparo económico no se revisa la legalidad o arbitrariedad de un proceder, sino la violación de la garantía

del N° 21 del artículo 19 de la Constitución”, por lo que se está en presencia de un arbitrio más amplio en cuanto a sus presupuestos que el recurso de protección.²¹

También la jurisprudencia ha precisado, con respecto a la procedencia de la acción de amparo económico, que ella no procede cuando se trata de litigio entre socios, ya que allí opera el procedimiento arbitral²² y que no es idóneo para impugnar resoluciones judiciales y que no es la vía para revisar actos de la Administración dentro del ámbito de sus atribuciones.²³

5.3. Tribunal competente

Será competente la Corte de Apelaciones respectiva, entendiéndose por tal a aquélla en que se produce la infracción a la libertad económica del artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental. El texto de la Ley N° 18.971 señala que el actor no necesita interés actual en los hechos denunciados, lo que ha llevado a sostener que en este caso se está en presencia de acción popular, ya que no es necesario que la acción la interponga el afectado o alguien a su nombre o un tercero que deba demostrar interés. *5.4. Procedimiento*

Según el artículo único de la citada ley, se seguirá el procedimiento establecido para el recurso de amparo, sin ningún tipo de formalidad, debiendo deducirse la acción dentro de un plazo de seis meses contados desde que se hubiere producido la infracción. El tribunal deberá investigar la infracción denunciada y dar curso progresivo a los autos hasta el fallo respectivo.

En contra de la sentencia definitiva procederá el recurso de apelación en un plazo de cinco días para ante la Corte Suprema, y, en caso de no deducirse apelación, deberá dicha sentencia elevarse en consulta al máximo tribunal.

5.5. Evolución jurisprudencial

Al efectuar un seguimiento a las acciones de amparo económico deducidas ante los tribunales superiores de justicia desde el año 1990 a la fecha, es posible advertir las siguientes etapas y criterios de interpretación:

a) Primera etapa

Interpretación restrictiva del amparo económico como medio de resguardo del artículo 19 N° 21 inciso segundo, 1990-1995.

En esta primera etapa, los fallos aclaran la procedencia del amparo económico sólo respecto de la infracción a la limitante del Estado para desarrollar o participar en actividades empresariales del artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental. En este sentido se sostuvo que en el caso que se denuncia

²¹ Corte Suprema, sentencia de 12 de noviembre de 2001, Rol N° 3.900-01, en La Semana Jurídica N° 56.

²² Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia de 15 de noviembre de 2001, Rol N° 176-01, aprobada por la Corte Suprema el 29 del mismo mes, en La Semana Jurídica N° 58.

²³ Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia de 8 de noviembre de 2001, Rol N° 239-00, confirmada por la Corte Suprema el 28 de noviembre del mismo mes, en La Semana Jurídica N° 58.

una infracción al ejercicio de la libertad económica (artículo 19 N° 21 inciso primero) “no cabe duda que el medio legal de defensa que corresponde es el recurso de protección ... y no el especial creado por la Ley N° 18.971. En efecto, carecería de sentido que, para una situación tan concreta de interés personal comprometido como sería el que plantea el recurrente, existiera lo que podría calificarse de acción popular. Tampoco sería racional que, si el afectado personalmente puede recurrir de protección sólo dentro del plazo de quince días, un tercero sin interés actual disponga de un plazo de seis meses”.²⁴ En otro fallo se señaló que “se concluye, por tanto, que esta acción de amparo económico está orientada a regular la actividad empresarial del Estado en los casos en que no existe ley de quórum calificado como ocurre en la especie”.²⁵

b) Segunda etapa

Interpretación amplia del amparo económico como medio de resguardo de ambos incisos del artículo 19 N° 21, 1995-2001.

Ya en 1992 existe un fallo en que la Corte de Apelaciones de Santiago comenzó a extender el ámbito del amparo económico. Así se resolvió que “del tenor literal (del artículo único de la Ley N° 18.971) aparece que el recurso en examen (acción de amparo económico) ampara la garantía constitucional antes aludida, estableciendo una acción popular para denunciar las infracciones a dicho artículo 19 N° 21 de la Constitución Política y, por lo tanto, aquellas conductas que entraben o conculquen el derecho a desarrollar cualquier actividad económica dentro del marco en que dicho derecho se encuentra garantido, como también el desarrollo de una actividad económica que no se encuadre en el orden moral público o de seguridad nacional; o bien, la infracción de la normativa legal que regula el desarrollo de una actividad económica”.²⁶

Sin embargo, es a partir de 1995, en que numerosos fallos contestes sientan el criterio de que el amparo económico procede respecto de una infracción al artículo 19 N° 21 en sus ambos incisos. Así se señaló que

“de la lectura de la disposición antes indicada (artículo único de la Ley N° 18.971) es posible concluir que se trata de una acción jurisdiccional de carácter conservador, especial y popular, en que el actor no necesita tener interés actual en el recurso, creado con el objeto de cautelar la garantía constitucional de la libertad económica que consagra el artículo 19 de la Constitución en ambos incisos de su número 21... Del tenor literal claramente manifestado en el texto de la Ley N° 18.971, aparece que el recurso ampara la garantía constitucional estableciendo acción popular para denunciar todas las infracciones a dicha norma constitucional completa, que no hace distinciones entre sus dos incisos”.²⁷

²⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia del 17 de abril de 1991, amparo económico Rol N° 785-91, Gaceta Jurídica N° 130, abril de 1993, págs. 41-43.

²⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia del 6 de mayo de 1992, amparo económico Rol N° 738-92. Gaceta Jurídica N° 143, mayo de 1992, págs. 63-66.

²⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia del 15 de junio de 1992, Rol N° 2.762-91. Gaceta Jurídica N° 144, 1992, págs. 74 y siguientes.

²⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia del 26 de enero de 1994, Rol N° 3.899-94, Gaceta Jurídica N° 177, marzo de 1995, págs. 20 a 25; en el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia del 25 de mayo de 1996, Gaceta Jurídica N° 192, julio de 1998, págs. 29 a 36; Gaceta Jurídica N° 211, enero de 1998, pág. 32.

Esta tendencia se mantiene hasta la fecha. Incluso las Cortes de Apelaciones que conocen de las acciones de amparo económico desechan las alegaciones que efectúan los recurridos, señalando que este arbitrio procede sólo respecto del artículo 19 N° 21 inciso segundo.

La doctrina plantea la conveniencia de la interpretación amplia del artículo único de la Ley N° 18.971. Así se ha señalado que es imprescindible (la interpretación amplia de aplicación del amparo económico), toda vez que la libertad, y concretamente la libertad económica, que se traduce en la libre iniciativa de los particulares, en la igualdad ante la ley y en el trato que a éstos les debe ser otorgado, si bien son principios que hoy en día todo el mundo reconoce como uno de los pilares, no sólo de nuestra economía, sino que para un adecuado y equitativo desarrollo de la sociedad en su conjunto, no siempre son debidamente respetados, fundamentalmente por el Estado sino también por los particulares, como se aprecia claramente día a día en la realidad de los hechos (Ureta, Ismael y Riesco, Ricardo, 2001).

c) Tercera etapa

Acción de amparo económico concebida sólo como declarativa.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, aprobada por la Corte Suprema, del 25 de septiembre de 2001, cuyo criterio ha ido ganando terreno en la jurisprudencia nacional, ha señalado que “ha de concluirse que la norma única de la Ley N° 18.971 se refiere a la constatación de una infracción a cualquiera de los incisos del precepto constitucional al que alude: a la libertad de los particulares de ejercer actividades económicas o a la prohibición de que el Estado desarrolle alguna no autorizada legalmente”.

Agrega la sentencia que “sólo si se comprueba la infracción, el fallo deberá así declararlo, sin que el Tribunal quede en situación de adoptar alguna medida al respecto, puesto que la aludida ley no lo autoriza, y conforme a lo dispuesto en el artículo 7° de la Constitución Política de la República, ninguna magistratura puede atribuirse otra autoridad o derechos que los que expresamente se le hayan conferido, siendo nulos los actos que así se realicen”.

Añade, finalmente, que “de lo anterior se sigue que la sentencia definitiva en este tipo de asuntos es meramente declarativa y ha de limitarse a señalar cuál es la infracción y el modo como se ha cometido”.

d) Cuarta etapa

Acción de amparo económico sólo procede respecto del inciso segundo artículo 19 N° 21 de la Constitución Política y es declarativo.

La Tercera Sala fijó un nuevo criterio de mayoría de los ministros Pierry, Carreño y Oyarzún a partir de abril de 2009, (causa Rol N° 501-2009, sentencia del 1° de abril de 2009), de los ministros Oyarzún, Carreño, Pierry y el abogado integrante Guillermo Ruiz Pulido (causa Rol N° 1.1882009, sentencia del 16 de abril de 2009); de los ministros Carreño, Oyarzún y del abogado integrante Gorziglia (causa Rol N° 1.655-2009, sentencia del 7 de mayo de 2009), consistente en que la acción sólo procede respecto de la vulneración por parte del Estado y sus organismos de la limitación para desarrollar o participar en actividades empresariales sin ley de quórum calificado que así lo autorice y no respecto

de la garantía del inciso primero del artículo 19 N° 21, esto es la libertad económico o de emprendimiento.

La ministra Sonia Araneda, quien integra la Tercera Sala, en ambos fallos ha mantenido la posición que había fijado la Sala, consistente en que el amparo económico procede respecto de ambos incisos y que sólo es declarativo.

Finalmente, el ministro Haroldo Brito, en su voto de prevención, fija su posición de que el amparo económico procede respecto de ambos incisos del artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental y, además, no tiene un carácter simplemente declarativo sino que cautelar.

5.6. Naturaleza jurídica y compatibilidad con el recurso de protección

Cabe tener presente que la nueva jurisprudencia de la Tercera Sala, consistente en que el amparo económico sólo procede respecto del inciso segundo del artículo 19 N° 21, esto es para el caso que el Estado y sus organismos desarrolle o participe en una actividad empresarial sin ley de quórum calificado que lo autorice.

5.7. Diferencias con el recurso de protección

No sólo para efectos pedagógicos es necesario comparar el recurso de protección con la acción de amparo económico, sino que para fines prácticos que permiten poder decidir qué acción se deduce en uno u otro caso.

a) En cuanto a los derechos protegidos

El recurso de protección resguarda una serie de derechos constitucionales que están descritos en el artículo 20 de la Carta Fundamental. La acción de amparo económico, por su parte, sólo resguarda el derecho a la libertad económica del artículo 19 N° 21.

b) En cuanto a las causales para su interposición

Tratándose del recurso de protección, éste procederá cuando exista un acto u omisión ilegal o arbitraria que prive, perturbe o amenace el legítimo ejercicio de los derechos constitucionales descritos en el artículo 20 de la Carta Fundamental. Tratándose del amparo económico se debe hablar de una infracción, que la jurisprudencia vigente sostiene que procede respecto de una infracción al artículo 19 N° 21, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, esto es para el caso que el Estado y sus organismos desarrolle o participe en una actividad empresarial sin ley de quórum calificado que lo autorice.

c) En cuanto a los plazos para su interposición

El recurso de protección se debe deducir en un plazo de 15 días desde que cesó el acto ilegal o arbitrario que amenaza, priva o perturba el derecho constitucional amagado. En el caso del amparo económico, el plazo es de 6 meses contados desde que se produjo la infracción al artículo 19 N° 21.

d) En cuanto a los titulares de la acción

El recurso de protección puede deducirse por el afectado o cualquier persona a su nombre. El amparo económico, en cambio, se puede deducir por cualquier persona, ya que lo que se concede por el artículo único de la Ley N° 18.971 es una acción popular.

e) En cuanto a la revisión de la sentencia definitiva

En el recurso de protección una vez dictada la sentencia definitiva, podrá ésta ser revisada por la Corte Suprema por la vía de la apelación. En el caso del amparo económico no sólo existe el derecho para apelar, sino que la causa se eleva en consulta a la Corte Suprema.