

TUTELA DE LA LIBERTAD ECONÓMICA EN CHILE: RECONOCIMIENTO, ACCIONES Y RECURSOS

JOSÉ LUIS LARA ARROYO y LUIS EUGENIO GARCÍA-HUIDOBRO HERRERA
Abogados*

Tutela de la libertad económica en Chile: reconocimiento, acciones y recursos

El presente trabajo pretende efectuar, en primer lugar, una breve revisión de una de las principales fortalezas del mercado chileno: la libertad económica que impera en este. Con posterioridad, se realizará una revisión de los principales mecanismos disponibles en el ordenamiento jurídico chileno para dar protección al derecho constitucional de la libertad económica, con un especial énfasis en aquellos de que disponen los inversionistas extranjeros.

PALABRAS CLAVE

Libertad Económica, Inversión Extranjera, Contencioso-Administrativo.

Protection of Economic Freedom in Chile: recognition, legal actions and recourses

This paper aims to carry out, firstly, a brief review of one of the main strengths of the Chilean market: the economic freedom that prevails on it. Subsequently, there will be made a review on the main legal mechanisms available in Chilean law to provide protection to the constitutional law of economic freedom, with a special emphasis on those available to foreign investors.

KEY WORDS

Economic Freedom, Foreign Investment, Contentious Administrative.

Fecha de recepción: 15-9-2015

Fecha de aceptación: 30-10-2015

1 • INTRODUCCIÓN

Probablemente una de las principales características del mercado chileno, que lo ha posicionado durante los últimos 30 años como un referente en la región, es la libertad económica que impera en él¹. Tal característica, sin duda, se debe al tratamiento que recibe dicha libertad en nuestra Carta Fundamental, así como a los distintos mecanismos destinados a amparar su efectivo reconocimiento y asegurar su debida tutela.

Aprovechamos entonces el escenario económico por el cual atraviesa nuestro país para revisar la que

ha sido justamente una de sus mayores fortalezas durante las últimas décadas. De esta manera, por medio del presente trabajo nos proponemos examinar, en primer lugar, cuál es el tratamiento constitucional que recibe dicha libertad, para con posterioridad realizar una somera descripción de los principales mecanismos de que disponen los privados para asegurar su tutela y protección.

Así, sin más, comencemos nuestro análisis.

2 • RECONOCIMIENTO NORMATIVO DE LA LIBERTAD ECONÓMICA

Como adelantábamos, nuestra Constitución Política reconoce la primacía que le corresponde a los privados en la iniciativa económica y, en consecuencia, protege la libertad de éstos para desarrollar actividades de tal índole en los más diversos mercados. Se trata, en efecto, de una manifestación de la primacía humana como sustento filosófico-jurídico de la Carta Fundamental. En palabras del Tribunal Constitucional, la libertad económica «[c]onstituye la expresión del reconocimiento de la primacía de la persona humana y de su libre iniciativa para emprender y así realizar la plenitud de sus virtualidades para su propio bien y el de sus semejantes colaborando en la promoción del bien común. Por consiguiente, se trata de un derecho fundamental para los individuos, al permitirles desarrollar tanto el espíritu

* José Luis Lara Arroyo es abogado, Magister en Ciencias Jurídicas y candidato a Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Contratación Administrativa en el Magister en Derecho Regulatorio de la misma Universidad. Socio del Área de Derecho Público de Philippi, Prietocarrizosa & Uría. Luis Eugenio García-Huidobro Herrera es abogado, Profesor del Seminario de Investigación sobre Estado Empresario de la Facultad de Derecho de la de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor del Diplomado en Contratación Administrativa y Compras Públicas de la misma Universidad. Asociado del Área de Derecho Público de Philippi, Prietocarrizosa & Uría.

¹ Chile constituye no sólo la economía con mayor libertad económica en Latinoamérica, sino además se sitúa en el séptimo lugar a nivel mundial. Así lo indica el Índice de Libertad Económica 2015, elaborado por *The Heritage Foundation* y *The Wall Street Journal* (pp. 3y 4). Por su parte, el Informe *Economic Freedom of the World* del canadiense Instituto Fraser destacó a Chile como la décima economía con mayor libertad económica en su medición correspondiente al año 2015.

de iniciativa como la subjetividad creadora de cada una de las personas»².

Ahora bien, este reconocimiento de una cualidad esencial a la naturaleza humana y su consecuencial protección se realiza a través de todo el articulado de la Carta Fundamental: ya en su primer artículo, en lo que la misma Constitución Política reconoce como una de las 'bases de la institucionalidad', al sostener que «[e]l 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»; y, agrega, a continuación, que «[e]s deber del Estado (...) asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional», en la que, por cierto, se incluye la de carácter económica. Como se comprenderá, el citado precepto constituye un reconocimiento constitucional del principio de subsidiariedad como elemento articulador de la interacción socio-política.

En cuanto a la concreción del mencionado principio en el plano económico³, se reconoce a toda persona —sea ésta natural o jurídica, nacional o extranjera⁴— «[e]l derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen»⁵. Complementando el contenido de esta norma constitucional, consta en la historia fidedigna de su establecimiento que ella se traduce en reconocer que «(...) toda persona, sea ésta persona natural o jurídica, tiene la facultad de iniciar y mantener con libertad cualquiera actividad lucrativa en las diversas esferas de la vida económica, garantizando, por consiguiente, la norma constitucio-

nal, entre otras actividades, la realización de actividades productivas, de servicios y de comercialización de todo tipo de bienes»⁶.

En cuanto al alcance que cabe atribuírsele a esta libertad, la Corte Suprema ha declarado que «[e]sta norma comprende la libre iniciativa y la prosecución indefinida de cualquier actividad económica, sea productiva, comercial, de intercambio o de servicio, lo que puede realizarse personalmente, en sociedad, organizada en empresas, en cooperativas o en cualquier otra forma de organización lícita»⁷. Se ha dicho, así, que el contenido esencial de esta garantía constitucional consiste en «(...) la libertad de acceder al mercado, la libertad para actuar y permanecer en el mercado y la libertad para salir del mercado, cesando la actividad económica»⁸. De igual forma, el Tribunal Constitucional ha sentenciado que «[e]sta garantía se refiere al ejercicio de una libertad o derecho de contenido negativo, es decir, cuya sustancia consiste en que los terceros (el Estado o cualquier otro sujeto) no interfieran, priven o embaracen la facultad del titular para desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional»⁹.

Como contrapartida del reseñado reconocimiento constitucional, la Carta Fundamental ha establecido diversas restricciones a la intervención administrativa en el plano económico. Detengámonos en las dos principales: en primer lugar, el mismo artículo 19 número 21 establece una importante restricción a la actividad económica estatal, al prescribir que «[e]l Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado»¹⁰. En términos similares, el artícu-

2 Considerando cuadragésimo primero de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 30 de octubre de 1005, rol N.º 226.

3 En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que la libertad económica se trata de una garantía que sirve de «(...) expresión de los contenidos filosófico-jurídicos del Capítulo I de la Constitución Política, y viene a ser una consecuencia del principio de subsidiariedad, como también del deber del Estado de resguardar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional». Considerando noveno de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 6 de abril de 1993, rol N.º 167.

4 La territorialidad de la ley en cuanto al reconocimiento de derechos a las personas con indiferencia de si se trata de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras constituye una antigua tradición en Chile: ya desde el año 1855, nuestro Código Civil ha reconocido en su artículo 57 que «[l]a ley no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código».

5 Artículo 19 número 21 inciso primero de la Constitución Política de la República.

6 Sesión N.º 388 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución de fecha 27 de junio de 1978. Esta conceptualización de la garantía constitucional, por lo demás, ha sido reconocido en idénticos términos por el Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo en el considerando décimo segundo de la sentencia de fecha 20 de octubre de 1998, rol N.º 280.

7 Considerando séptimo de la sentencia de la Corte Suprema de fecha 18 de enero de dos mil trece, rol N.º 939-2013.

8 NOGUEIRA ALCALÁ, H.: *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Tomo 4, Santiago: Editorial Librotecnia, 2010, pág. 29.

9 Considerando décimo noveno de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 2 de enero de 2007, rol N.º 513.

10 De acuerdo al artículo 66 de la Constitución Política de la República, las Leyes de Quórum Calificado son aquellas que

lo 6 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado establece que «[e]l Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser un quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales». Con estas disposiciones, se evita así una inadecuada intromisión estatal en la actividad económica, toda vez que «[d]entro de la filosofía económica que se expresa en la norma constitucional (...), excepcionalmente puede el Estado desarrollar actividades empresariales, autorizado por ley de quórum calificado, siendo en todo caso la regla general que ellas queden entregadas a la acción de los particulares»¹¹. Así, en el excepcional evento que pueda ser desarrollada una actividad económica por parte de órganos del Estado, ella deberá ser realizada en términos de estricta igualdad con los restantes privados que intervienen en dicho mercado y sin que se les reconozca privilegio alguno.

En segundo lugar, el artículo 19 número 22 de la Constitución Política le reconoce a toda persona la garantía a «[l]a no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica», cualquiera sea el órgano del Estado, aun si se trata del legislador. Decimos que este derecho constituye una limitación a la intervención estatal toda vez que, como ha declarado la jurisprudencia, «[e]ste derecho limita la intervención del Estado en la vida económica nacional, pues la Constitución Política de la República prohíbe otorgar privilegios o imponer cargos o gravámenes que impliquen cualquier forma de distinción o diferenciación entre las actividades económicas que no tenga como sustento intelectual una clara connotación de racionalidad»¹². Así, por ejemplo, no resultaría lícito en un procedimiento licitatorio exigir la utilización exclusiva de un producto nacional, por cuanto se estaría discriminando a los privados extranjeros que quisiesen participar de tal convocatoria¹³.

requieren, para su aprobación, modificación o derogación, el voto conforme de la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio.

¹¹ Considerando décimo cuarto de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 14 de noviembre de 2006, rol N.º 467.

¹² Entre otros muchos pronunciamientos, considerando sexagésimo tercero de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 30 de septiembre de 2008, rol N.º 1.153.

¹³ Así lo ha declarado el Dictamen de la Contraloría General de la República N.º 31.140 de 2014, al sostener que «[e]n el mismo punto 3 la exigencia de utilización exclusiva de acero nacional no se ajusta al principio de no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica consagrado en el artículo 19 Nos 22, de la Constitución Política de la República».

Esta consagración constitucional, por lo demás, se ramifica armónicamente a lo largo de todo el ordenamiento jurídico a fin de permitir una unidad conceptual, sea en la legislación nacional, sea en los tratados internacionales.

En la legislación nacional, diversos cuerpos normativos en las más diversas áreas del Derecho, reconocen y amparan la libertad económica, directamente o a través de alguna de sus concesiones particulares. Así, podemos mencionar, a título meramente ilustrativo, la Ley N.º 18.971 sobre Recurso de Amparo Económico; la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que, en su artículo 9 inciso segundo, establece como la libre concurrencia e igualdad de los oferentes como un principio formativo de la contratación pública; la Ley N.º 18.525, que establece la Comisión Nacional encargada de investigar la existencia de distorsiones en el precio de las mercaderías importadas; el Decreto Ley N.º 211 sobre Libre Competencia; la Ley N.º 20.169 sobre Competencia Desleal; o los artículos 285 y 286 del Código Penal, que tipifican la colusión de precios entre oferentes de bienes y servicios.

En seguida, desde el año 1993 a la fecha, Chile ha suscrito más de 24 acuerdos internacionales de libre comercio, todos los cuales contienen mecanismos de protección de inversiones y que se han traducido en intercambios comerciales por montos superiores a los 136.632 millones de dólares¹⁴. A modo de ejemplo, el Acuerdo para la Protección y Fomento Recíprocos de Inversiones suscrito con España, establece en su artículo 3.1 que «[c]ada Parte Contratante protegerá en su territorio las inversiones efectuadas, conforme a su legislación, por inversionistas de la otra Parte y no obstaculizará, mediante medidas injustificadas o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute, la extensión, la venta ni, en su caso, la liquidación de tales inversiones». En igual sentido, el mismo acuerdo celebrado con Colombia establece, también en su artículo 3, que «[c]ada Parte Contratante protegerá dentro de su territorio las inversiones efectuadas de conformidad con sus leyes y reglamentaciones por los inversionistas de la otra Parte Contratante y no obstaculizará la administración, mantenimiento, uso, usufructo, extensión, venta y liquidación de dichas inversiones median-

¹⁴ Información disponible en <http://www.direcon.gob.cl/acuerdos-comerciales/> y en <http://www.direcon.gob.cl/mapa-de-acuerdos/> (13 de septiembre de 2015).

te medidas injustificadas o discriminatorias»¹⁵. Como podemos apreciar, no sólo existen limitaciones constitucionales y legales que aseguran la libertad económica, sino además pesan sobre el Estado diversas obligaciones internacionales de amparar y tutelar dicha libertad a los privados extranjeros que desarrollen actividades económicas lícitas en el país.

3 · MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD ECONÓMICA

De prácticamente nada serviría reconocer ampliamente la libre iniciativa de los privados en el desarrollo de las más diversas actividades económicas si no se consagraran los correspondientes mecanismos destinados a hacer efectiva su tutela y protección. De ahí que se reconozcan en Chile diversas acciones y recursos para lograr tal propósito. Para ello, comenzaremos refiriéndonos a aquellos establecidos por el ordenamiento interno a todos los privados, con indiferencia de si se trata de un nacional o un extranjero. Respecto de ellos, distinguiremos entre instancias administrativas y jurisdiccionales. En seguida, revisaremos los mecanismos de protección que específicamente se reconocen a las inversionistas extranjeros que se ven amenazados o privados de su libertad económica.

3.1 · Instancias administrativas

Cuando el privado —cualquiera sea éste— vea afectado su derecho constitucional a la libertad económica como consecuencia de una decisión de la autoridad administrativa, podrá siempre impugnar el acto mediante la interposición de los más diversos recursos administrativos. Como se podrá imaginar, los más comunes serán el de reposición y el jerárquico. Señala, en tal sentido, el artículo 10 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, «[l]os actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley. Se podrá siempre interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo y, cuando proceda, el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente,

sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar». En complemento a lo anterior, la Ley N.º 19.880 sobre Base de los Procedimientos Administrativos contiene dos preceptos que concretizan este principio administrativo de impugnabilidad: en primer lugar, el artículo 15 prescribe que «[t]odo acto administrativo es impugnable por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, regulados en esta ley, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión y de los demás recursos que establezcan las leyes especiales». En segundo lugar, el artículo 59 dispone que «[e]l recurso de reposición se interpondrá dentro del plazo de cinco días ante el mismo órgano que dictó el acto que se impugna; en subsidio, podrá interponerse el recurso jerárquico», y agrega a continuación que «[r]echazada total o parcialmente una reposición, se elevará el expediente al superior que corresponda si junto con ésta se hubiere interpuesto subsidiariamente recurso jerárquico».

Sobre lo anterior, es oportuno señalar que podrá siempre solicitarse a la autoridad la revisión de sus actos a través del recurso administrativo de reposición, a menos que una ley expresamente lo prohíba. En tal sentido se ha pronunciado nuestra jurisprudencia administrativa: «[e]s oportuno advertir que el principio de impugnabilidad de los actos administrativos, sólo puede limitarse si una disposición legal así lo dispone, (...) por lo que la pretendida inadmisibilidad de un recurso administrativo —manifestación de dicho principio—, cualquiera sea la cosa pedida y la causa de pedir que en él se contengan, debe sustentarse en una expresa norma legal»¹⁶.

Si bien no constituye propiamente un recurso administrativo, la solicitud de invalidación administrativa constituye otro mecanismo eficaz a fin de lograr la ineficacia de un acto administrativo que afecta la libre iniciativa de un privado en la realización de actividades lucrativas. Ello, toda vez que el artículo 53 de la Ley N.º 19.880 le reconoce a los privados la posibilidad de solicitar a la Administración del Estado que esta deje sin efecto los actos administrativos contrarios a Derecho, ya que, de acuerdo a la norma, «[l]a autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto». En consecuencia, «(...) la invalidación constituye, en esencia,

¹⁵ Artículo 3.º párrafo segundo del Acuerdo entre la República de Colombia y la República de Chile para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones.

¹⁶ Dictamen de la Contraloría General de la República N.º 39.979 de 2010.

un mecanismo por el cual se extingue la eficacia de un acto de la Administración por razones de ilegalidad»¹⁷.

Este mecanismo presentará la ventaja de que bastará poner en evidencia la ilegalidad en que ha incurrido la Administración para que ella deba necesariamente dejar sin efecto el acto ilegal. En efecto y como expresa nuestra jurisprudencia, «(...) aun en el evento que no hubiera habido norma expresa, la Administración del Estado está obligada a actuar de oficio, una vez constatada la nulidad del acto, por imperativo del principio de legalidad que preside todo su actuar»¹⁸. Por consiguiente, la invalidación administrativa en nuestro ordenamiento pasa a constituirse en un deber del órgano administrativo autor del acto de retirar aquellas decisiones por su contrariedad a derecho. Como reconoce la Corte Suprema, «[s]ólo la autoridad que dictó el acto impugnado se encuentra habilitada para retirarlo del ordenamiento jurídico mediante la dictación de un acto posterior que lo deje sin efecto o derogue, puesto que ello implica una potestad conferida al ente administrativo para llevar adelante el procedimiento de que se trata, teniendo a la vista el fin último de éste, el cual es la satisfacción de una necesidad pública»¹⁹.

Esta potestad, con todo, puede ejercerse con la única limitación que deberá hacerse dentro de los dos años siguientes a la notificación o publicación del acto y sin poder afectar derechos de terceros de buena fe.

Pues bien, sea que se rechace el recurso administrativo, sea que no se acoja la solicitud de invalidación, igualmente la Administración del Estado deberá, en uno y otro caso, exponer detalladamente los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho que le sirven de justificación, al tenor de lo exigido en el artículo 11 de la Ley N.º 19.880, en cuya virtud «[l]os hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares (...), así como aquellos que resuelvan recursos administrativos». En idénticos términos, el artículo 41 prescribe que «[l]as resoluciones contendrán la decisión, que será fundada»; y, agrega, en lo que nos interesa, que «[e]xpresarán, además, los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que

hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno».

En lo que también podría considerarse una instancia administrativa, el privado que vea afectado su derecho a desarrollar libremente cualquier actividad económica lícita a consecuencia de un acto administrativo, podrá denunciar la ilegalidad o arbitrariedad de éste ante la Contraloría General de la República. Se trata éste de un órgano del Estado, constitucionalmente autónomo e independiente de la Administración Pública, que entre sus funciones destaca el control de la legalidad de los actos de aquélla. Por una parte, el artículo 98 de la Constitución Política dispone que «[u]n organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración». Por otra, el artículo 6 de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República prescribe que «[c]orresponderá exclusivamente al Contralor informar sobre (...) el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen». En palabras del propio órgano, «(...) la Contraloría General es un órgano constitucionalmente autónomo que desempeña diversas funciones que el ordenamiento le ha encargado para el fortalecimiento del Estado de Derecho, entre las que se encuentra, en lo que interesa, la de ejercer el control de juridicidad de los actos de la Administración mediante la emisión de pronunciamientos jurídicos»²⁰. De esta manera, los privados afectados en la libre iniciativa que les corresponde para desarrollar actividades lucrativas podrán denunciar los actos administrativos ante la Contraloría, a fin de que ella declare su antijuridicidad a través de un procedimiento sencillo, desformalizado y de cierta rapidez.

Esta instancia, sin embargo, presenta una especial particularidad: los pronunciamientos de la Contraloría General de la República —a diferencia de las sentencias jurisdiccionales, que tienen eficacia relativa²¹— producen efectos *erga omnes*. En efecto, si bien el artículo 9 de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría establece que los informes de su autoría «(...) serán obligatorios para los funcionarios correspondientes, en el caso o casos con-

¹⁷ Dictamen de la Contraloría General de la República N.º 50.318 de 2015.

¹⁸ Considerando 8.º de la sentencia de fecha 28 de marzo de 2003 de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 4.107-2012.

¹⁹ Considerando octavo de la sentencia de la Corte Suprema de fecha 15 de abril de 2014, rol N.º 8.134-2013.

²⁰ Dictámenes de la Contraloría General de la República N.º 35.397 de 2007 y 2.823 de 2015.

²¹ El artículo 3.º del Código Civil reconoce, en su inciso segundo, que «[l]as sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren».

cretos a que se refieran», su artículo 19 dispone que «[l]os abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios». Como ella misma ha señalado, «(...) los dictámenes de esta Contraloría general no solo tienen el carácter de obligatorios para el caso concreto a que se refieren, sino también respecto de todas aquellas situaciones que se encuadren dentro del contexto del dictamen de que se trate, por lo que, son de aplicación general»²². De esta manera, no cabe sino concluir que «(...) es dable hacer presente que los informes jurídicos emitidos por esta Sede Contralora son obligatorios y vinculantes para los servicios sometidos a su fiscalización (...) y que, por ende, el incumplimiento de tales pronunciamientos por parte de esos organismos significa la infracción de los deberes funcionarios de los servidores involucrados, comprometiendo su responsabilidad administrativa»²³. En términos todavía más claros, nuestros tribunales superiores han señalado «[q]ue resulta ser una cuestión jurídicamente indiscutible que respecto de los órganos de la administración estatal, centralizados o descentralizados, sometidos a la fiscalización del ente contralor, los dictámenes de la Contraloría General son vinculantes y deben ser acatados. Lo contrario implicaría que todo el andamiaje jurídico que sirve de soporte a la administración del Estado se desmoronaría, transformando en inocua la tarea fiscalizadora del Ente Contralor»²⁴. Por lo tanto, en caso de existir ya un precedente en la jurisprudencia de la Contraloría General, bastará invocarlo ante la autoridad administrativa para que ella deba proceder en tal sentido.

Finalmente, debe considerarse que las reclamaciones en instancias administrativas son incompatibles con aquellas de carácter jurisdiccional. Al respecto, el artículo 54 de la Ley N.º 19.880 establece que «[i]nterpuesta por un interesado una reclamación ante la Administración, no podrá el mismo reclamante deducir igual pretensión ante los Tribunales de Justicia, mientras aquella no haya sido resuelta o no haya transcurrido el plazo para que deba enten-

derse desestimada». Esta incompatibilidad también es predicable respecto de las denuncias de ilegalidad deducidas ante la Contraloría General de la República, toda vez que el artículo 6 de su Ley de Organización y Atribuciones prescribe que «[l]a Contraloría no intervendrá ni informará los asuntos que (...) estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia».

Consecuencia de lo anterior es el mismo artículo 54 de la Ley N.º 19.880, que establece que la interposición de recursos administrativos interrumpirá los plazos de reclamación judicial. «Planteada la reclamación se interrumpirá el plazo para ejercer la acción jurisdiccional. Este volverá a contarse desde la fecha en que se notifique el acto que la resuelve o, en su caso, desde que la reclamación se entienda desestimada por el transcurso del plazo», señala dicha norma.

3.2 · Instancia jurisdiccional

No obstante existir un sinnúmero de acciones jurisdiccionales a las que podríamos referirnos, en lo que respecta a la tutela de la libre iniciativa en materia económica, lo contencioso-administrativo se ha desarrollado principalmente a través de unas cuantas acciones.

Por ello, nos referiremos únicamente a aquellas de mayor utilización y, por tanto, de importancia práctica:

Probablemente la más importante acción contencioso-administrativa en Chile está constituida por el mal llamado «recurso de protección», una acción constitucional de amparo general de derechos fundamentales. Se ha señalado incluso, en nuestra doctrina, que «[e]l recurso de protección se ha convertido en la vía procesal ordinaria de control judicial de los actos emanados de los órganos de la administración»²⁵.

Se encuentra estatuida en el artículo 20 de la Carta Fundamental, cuyo texto es del siguiente tenor: «El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de (...)», entre otros muchos derechos, el de libre iniciativa en materia económica, «(...) podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para

²² Dictámenes de la Contraloría General de la República N.º 34.053 de 1999 y 5.698 de 2005.

²³ Entre otros muchos, Dictámenes de la Contraloría General de la República N.º 37.869 de 2014 y 42.052 de 2015.

²⁴ Considerando cuarto de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 30 de enero de 2012, rol N.º 1.875-2011, confirmada por la Corte Suprema, en sentencia rol N.º 1.701-2012.

²⁵ CARMONA SANTANDER, C.: «El Contencioso-Administrativo entre 1990-2003», en J. C. FERRADA BÓRQUEZ: *La Justicia Administrativa*, Santiago: Editorial Lexis Nexis, 2007, pág. 185.

restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes». En palabras de la Corte Suprema, «(...) constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio»²⁶. Para su procedencia, entonces, bastará simplemente de una acción u omisión —cualquiera sea su autor y con indiferencia si es un órgano del Estado u otro privado— que pueda ser calificada de arbitraria o ilegal y que sea aun potencialmente lesiva de este derecho, con indiferencia si es tan sólo a título de amenaza.

Presenta indudables ventajas: no sólo se tramitará desformalizadamente, sino que incluso podrá presentarlo a través de cualquier medio toda persona que actúe a favor del afectado, aun en el evento de carecer de personería para representarlo. Además, será el propio privado quien podrá solicitar a la Corte las medidas a adoptar a fin de reestablecer el imperio del derecho. Finalmente, esta acción contencioso-administrativa no es incompatible ni excluyente de otras acciones especiales u ordinarias que pudieren eventualmente interponerse conjuntamente.

Como única limitación que se presenta a su interposición, debe mencionarse que debe ser realizada dentro del plazo fatal de 30 días corridos desde ocurrido el acto u omisión. Asimismo, sólo podrá deducirse si el derecho que se busca cautelar consta en forma indubitada. Sobre esto último, la Corte Suprema ha declarado que «(...) el recurso de protección (...) no es una instancia declarativa de derechos sino que su fin es otorgar cautela urgente para proteger las garantías constitucionales vulneradas»²⁷.

Sin perjuicio de la eficacia que presenta el recurso de protección para la protección del derecho constitucional en comento, la libre iniciativa en materia económica se encuentra adicionalmente tutelada por una acción contencioso-administrativa especial: el recurso de amparo económico. Su regulación se contiene en la Ley N.º 18.971, cuyo artículo único se limita a comenzar señalando que «[c]ualquier

persona podrá denunciar las infracciones al artículo 19, número 21, de la Constitución Política de la República de Chile».

La primera pregunta que podría surgir de la lectura de la norma es respecto de su propósito. ¿Cuál es la utilidad que presenta el recurso de amparo económico si ya existe una acción constitucional que ampara el ejercicio del mismo derecho? Es la propia Ley N.º 18.971 la que se encarga de aclarar sus ventajas. Primeramente y, a diferencia del recurso de protección, no se requiere interés alguno como presupuesto procesal para su interposición. «El actor no necesitará tener interés actual en los hechos denunciados», menciona el inciso segundo del artículo. Al respecto, la Corte Suprema ha sentenciado que justamente el propósito del recurso de amparo económico es «[l]a generación de un instrumento jurídico específico en defensa de esta garantía, sin duda, es la respuesta legislativa frente a la insuficiente eficacia del recurso de protección para asumir ese rol en diversos aspectos, tales como la explicable falta de motivación de las personas, individualmente consideradas, para deducir un recurso de protección en resguardo del derecho a la libertad económica como un derecho de carácter general, al no sentirse afectadas en un derecho subjetivo que les concierna en lo particular»²⁸.

En seguida, el plazo para su interposición es considerablemente mayor al del recurso de protección, ya que, en este caso, se dispone de un plazo de 6 meses para su interposición, los que se contarán a partir de cometida la infracción.

En tercer lugar, esta acción de amparo económico presenta como ventaja el que, a diferencia de lo que constituye la regla general en el ordenamiento procesal chileno, una vez presentada la denuncia, el tribunal deberá adoptar una actitud inquisitiva. Ello, toda vez que, según ordena el inciso tercero del artículo, «[d]educida la acción, el tribunal deberá investigar la infracción denunciada y dar curso progresivo a los autos hasta el fallo respectivo». De esta manera, afirma la Corte Suprema, «(...) para el acogimiento de la denuncia, en los términos de la Ley N.º 18.971, es necesario que el tribunal investigue y constate la o las infracciones denunciadas, lo que en el presente caso se traduce en averiguar si existen los hechos que la constituirían, si son o no susceptibles de plantearse por la presente vía, y si ellos importan una alteración de la actividad económica

²⁶ Considerando primero de la sentencia de la Corte Suprema de fecha 8 de abril de 2003, rol N.º 894-2003.

²⁷ Considerando noveno de la sentencia de la Corte Suprema de fecha 8 de abril de 2015, rol N.º 1.859.

²⁸ Considerando cuarto de la sentencia de la Corte Suprema de fecha 30 de julio de 2009, rol N.º 3.974-2009.

de la recurrente -debiendo existir, en relación con esto último, una relación o nexo causal»²⁹.

Finalmente, respecto de la sentencia definitiva que se dicte con motivo de la interposición de esta acción especial —al igual que como ocurre respecto del recurso de protección—, procederá el recurso de apelación ante la Corte Suprema, que podrá ser presentado dentro del plazo de 5 días hábiles. Sin embargo, el recurso de amparo económico presenta una novedad muy particular: en caso de no deducirse apelación contra la sentencia definitiva, deberá igualmente ser revisada por la Corte Suprema en trámite de consulta. Este trámite se realizará, de acuerdo al artículo 751 del Código de Procedimiento Civil, de la siguiente forma: «*[r]ecibidos los autos, el tribunal revisará la sentencia en cuenta para el solo efecto de ponderar si ésta se encuentra ajustada a derecho*».

De lo esbozado, bien puede afirmarse que la acción especial de amparo económico constituye una efectiva herramienta para amparar la libre iniciativa económica de los privados, no sólo por las facilidades para su presentación, sino sobre todo por la amplitud y libertad con que cuenta la Corte de Apelaciones para conocer y resolver del asunto.

Adicionalmente y dependiendo del autor del acto, existirán otras muchas acciones jurisdiccionales destinadas a cautelar la libertad económica. Tratándose por ejemplo de órganos del Estado, puede mencionarse el reclamo de ilegalidad municipal establecido en el artículo 151 de la Ley Orgánica de Municipalidades. Por el contrario, si se trata de un privado, podemos mencionar en forma ilustrativa las acciones de competencia desleal establecidas en la Ley N.º 20.169, las que podrán deducirse cuando, por ejemplo, se efectúen «*(...) informaciones o aseveraciones incorrectas o falsas sobre los bienes, servicios, actividades, signos distintivos, establecimientos o relaciones comerciales de un tercero, que sean susceptibles de menoscabar su reputación en el mercado*», según prescribe su artículo 4 letra c).

Bien se comprenderá, a partir de la breve reseña efectuada, que todo privado con independencia de su nacionalidad, cuenta con diversas acciones jurisdiccionales que le permiten tutelar en forma efectiva su derecho constitucional a desarrollar libremente cualquier actividad económica, con indiferencia si las posibles vulneraciones provienen de un órgano del Estado o de otro privado.

3.3 · Mecanismos de protección a inversionistas extranjeros

La legislación chilena establece, como principio rector en esta materia, que «*(...) la inversión extranjera y las empresas en que ésta participe se sujetarán también al régimen jurídico común aplicable a la inversión nacional, no pudiendo discriminarse respecto de ellas, ni directa o indirectamente*», al tenor del artículo 11 del Decreto Ley N.º 600. De esta manera y en complemento a lo señalado en los acápite anteriores, si el afectado por actos que vulneren su derecho a desarrollar libremente cualquier actividad económica es un inversionista extranjero, este dispondrá además de otros mecanismos destinados a dar protección a este derecho que se le reconoce a toda persona en nuestro país.

Tratándose de aquellas actividades económicas acogidas al Estatuto de Inversión Extranjera contenida en el Decreto Ley N.º 600, se les reconoce una acción especial de discriminación, que procederá en caso de dictarse normas jurídicas de carácter discriminatorio. En tal sentido, el artículo 10 de dicho cuerpo legal establece que «*[s]i se dictaren normas jurídicas que los titulares de inversiones extranjeras o las empresas en cuyo capital participe la inversión extranjera estimaren discriminatorias, éstos podrán solicitar se elimine la discriminación, siempre que no haya transcurrido un plazo superior a un año desde la dictación de dichas normas. El Comité de Inversiones Extranjeras, en un plazo no superior a 60 días contados desde la fecha de la presentación de la solicitud, se pronunciará sobre ella, denegándola o adoptando las medidas administrativas que correspondan para eliminar la discriminación o requiriendo a la autoridad pertinente la adopción de éstas, si dichas medidas excedieren las facultades del Comité*». En el evento de no obtener un pronunciamiento favorable por parte del Comité de Inversiones Extranjeras, el inversionista o la empresa de capitales extranjeros podrán recurrir a la justicia ordinaria a fin de que ésta declare si existe o no discriminación, y en caso afirmativo, que corresponde aplicar la legislación general.

Adicionalmente, desde hace décadas Chile ha suscrito decenas de Acuerdos de Promoción y Protección de las Inversiones, todos los cuales contemplan mecanismos de solución de las controversias que pudieran producirse entre nuestro Estado y el inversionista extranjero. En tal sentido, todos ellos establecen el derecho alternativo del inversionista extranjero a recurrir a los tribunales ordinarios de nuestro país o bien a un arbitraje internacional ante

²⁹ Considerando cuarto de la sentencia de la Corte Suprema de fecha 27 de julio de 2004, rol N.º 2.597-2004.

el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI o ICSID, por sus siglas en inglés).

Por ejemplo, tratándose del Acuerdo de Promoción y Protección de las Inversiones celebrado entre Chile y España, se establece en el párrafo segundo del artículo 10 el siguiente mecanismo:

«Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida a elección del inversionista:

- *o bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia;*
- *o bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo 3 (referencia al CIADI).*

Una vez que un inversionista haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno y otro de esos procedimientos será definitiva».

Ahora bien, en caso que el inversionista extranjero decida solucionar la controversia a través de arbitraje internacional y a efectos de reconocer y ejecutar el laudo arbitral dictado, resultan plenamente aplicables en Chile tanto la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras como la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. De igual forma, la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional establece en sus artículos 35 y 36 reglas relativas al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales cualquiera sea el país en que ellos hubiesen sido dictados. Sobre esto último, nuestra Corte Suprema ha sentenciado que *«(...) ante los claros términos de la Ley 19.971, la regularidad de la sentencia cuya autorización para el cumplimiento en Chile se requiere, debe ser estudiada al tenor de la normativa, considerando especialmente*

*las articulaciones 35 y 36, todo sin dejar de tener presente la Convención de Nueva York»*³⁰.

En consecuencia, no obstante la ya robustecida protección que recibe la libertad económica que se reconoce a los privados en nuestro país, el inversionista extranjero recibe aun mayores seguridades, al contar con mecanismos adicionales a fin de tutelar este derecho.

4 · CONCLUSIONES

Como hemos tenido oportunidad de revisar, a toda persona se le reconoce en Chile el derecho constitucional a desarrollar libremente cualquier iniciativa lícita en materia económica, lo que constituye una manifestación del principio de subsidiariedad, una de las bases de la institucionalidad de nuestro país. Como complemento a lo anterior, se establece una serie de restricciones a la actividad estatal en la economía, prohibiéndosele, por una parte, realizar actividades económicas sin una previa y expresa autorización legal con quórum especial y, por otra, efectuar cualquier trato de carácter discriminatorio en materia económica.

Para otorgar una adecuada protección de este derecho constitucional, existen una serie de eficaces herramientas que se le reconocen a todo privado, sea para obtener la tutela de su derecho en sede administrativa o bien jurisdiccional. En forma adicional, al inversionista extranjero se le otorgan aun mayores garantías, al permitírsele incluso recurrir a arbitraje internacional ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, en caso de desconfiar de los tribunales nacionales.

Es, entonces, del todo comprensible por qué Chile puede ser considerado como una de las economías más libres del mundo, ya que, todo inversionista, cualquiera sea su nacionalidad, tiene plena seguridad en que su iniciativa para desarrollar cualquier libertad económica no será amenazada o coartada, no al menos impunemente.

³⁰ Considerando duodécimo de la sentencia de la Corte Suprema de fecha 8 de septiembre de 2008, rol N.º 3.225-2008.