

PROCESO CONSTITUYENTE: LIBERTAD DE EMPRESA E INVERSIÓN EN CHILE

José Luis Lara A. y Carolina Anguita L.

José Luis Lara es abogado, doctor en Derecho y magíster en Ciencias Jurídicas. Profesor de Derecho Administrativo UC y de Contratación Pública y Gobiernos Regionales en el LLM UC. Socio de Derecho Público en Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (PPU).

Carolina Anguita es abogada y diplomada en Contratación Pública UC. Profesora ayudante de Derecho Administrativo UC y coordinadora de Gestión del Conocimiento en Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (PPU).

Proceso constituyente: libertad de empresa e inversión en Chile

Según la Real Academia Española, la Constitución es la ley fundamental de un Estado, con rango superior al resto de las leyes, que define el régimen de los derechos y libertades de los ciudadanos y delimita los poderes e instituciones de la organización política. En este foro nos enfocamos en desarrollar cómo se ha ido gestando la propuesta de la nueva Constitución en Chile a través de su conformación, informes, debates, entre otros, con relación con la libertad de empresa (19 N.º 21 de la Constitución), y cómo la aprobación de una nueva carta magna podría afectar la inversión en Chile.

PALABRAS CLAVE:

CONSTITUCIÓN, CONVENCION, LIBERTAD DE EMPRESA, INVERSIÓN EN CHILE.

Constitutional process: freedom of enterprise and investment in Chile

According to the Royal Spanish Academy, the Constitution is the fundamental law of a State, with superior rank to the rest of the laws, which defines the regime of rights and freedoms of citizens and delimits the powers and institutions of the political organization, and in this forum we focus on developing how the proposal of the new Constitution has been developing in Chile through its conformation, reports, discussion, among others in relation to its current article 19 N°21 and how the approval of a new constitution could affect investment in Chile.

KEYWORDS:

CONSTITUTION, CONVENTION, FREEDOM OF ENTERPRISE, INVESTMENT IN CHILE.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-11-2021**FECHA DE ACEPTACIÓN: 16-11-2021**

Lara A., José Luis; Anguita L., Carolina (2021). Proceso constituyente: libertad de empresa e inversión en Chile. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 57, pp. 70-76 (ISSN: 1578-956X).

Con ocasión de las profusas manifestaciones y desórdenes sociales ocurridos en Chile a partir del 18 de octubre de 2019 y, en particular, con motivo del posterior *“Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución”* de 15 de noviembre de 2019, se inició en nuestro país un inédito proceso constituyente. En efecto, luego de los ajustes constitucionales de rigor, se convocó al denominado plebiscito de entrada, en que resultó vencedora la opción *“apruebo”* una nueva Constitución que se redactaría a partir de la llamada *“hoja en blanco”*, esto es, formalmente prescindiendo del texto constitucional vigente desde 1980 (y con las numerosísimas reformas incorporadas durante los llamados Gobiernos de la Concertación). Dicha tarea, como consecuencia del resultado plebiscitario, fue encomendada a una Convención Constitucional, integrada por miembros (convencionales constituyentes) exclusivamente elegidos en sufragio universal con escaños reservados para pueblos indígenas y paridad de género. De esta forma, a partir del 4 de julio de 2021, la Convención se abocó a la redacción de un nuevo texto constitucional que debe estar finalizado en su borrador el día 4 de julio de 2022, para su posterior entrega al presidente de la República, quien convocará a un plebiscito ratificatorio (con voto obligatorio) para el día 4 de septiembre de 2022. En dicha ocasión, la ciudadanía deberá decidir si aprueba o rechaza dicha propuesta.

La referida Convención, conforme a su reglamento (fijado por los propios convencionales constituyentes) sesiona tanto en comisiones como en pleno. Las primeras deben proponer propuestas de articulado que posteriormente serán ratificadas por el pleno (por los 2/3 aprobados en la reforma constitucional que formalizó el actual proceso).

Luego de varios meses de discusión, se han ido modelando una serie de aspectos que irán al texto que se someterá al escrutinio popular, entre ellos, el estado plurinacional, intercultural, social de derechos y regional, así como otras materias vinculadas con forma de estado, sistemas de justicia y derechos fundamentales. No obstante, la relevancia de lo anterior cobra singular importancia, especialmente para la inversión, la regulación de la libertad de empresa y el derecho de propiedad; materias respecto de las cuales nos abocaremos a continuación, haciendo la prevención —claro está— de que aún está pendiente la revisión del borrador de texto por la comisión de armonización y, ciertamente, la ratificación del plebiscito de septiembre próximo.

De esta manera, y luego de un trabajo preliminar y extenso de organización del funcionamiento de la Convención, dentro del itinerario constitucional fueron surgiendo varios informes de grupos de constituyentes e incluso iniciativas populares que daban a conocer su propuesta normativa respecto a la libertad de emprender y derecho de propiedad, siendo varias las propuestas rechazadas.

Una de ellas se plasmó en un informe de un grupo de convencionales que solicitaba, a través de la modificación al derecho a la libertad de emprender y desarrollar actividades económicas,

un estatuto del denominado Orden Público Económico. Lo anterior se fundamentaba según los Convencionales en evitar la intervención arbitraria del Estado o el abuso de particulares, además agregaban que dicho derecho tenía que llevarse a cabo en una situación que sostuviera **las bases para el desarrollo económico sostenible y equilibrado en materia ambiental**. Por otra parte, la mayoría de los convencionales criticaban el artículo 19 N.º 21 de la actual Constitución Política de la República de Chile, ya que señalaban que la libertad de empresa constituía un fundamento de la libertad privada frente al Estado, por consecuencia, se restringían —según ellos— las causas para limitar la libertad frente al legislador. Lo anterior, según ellos, se basaba en el inciso primero del artículo y número mencionado anteriormente, que señala que *“La Constitución asegura a todas las personas: El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional(...)”*; además, ese grupo de Convencionales realizaba una dura crítica al inciso segundo del artículo 19 N.º 21, que señalaba que *“Solo una ley de quórum calificado permite que el Estado y sus organismos puedan desarrollar actividades empresariales o participar en ellas”*. En el documento publicado (y que fue rechazado), afirmaban que el artículo 19 N.º 21 constituye un principio de subsidiariedad neoliberal y que, por ende, limita la actividad empresarial del Estado, ya que solo mediante una ley pueden participar. Es del caso mencionar que la Asech (Asociación de Emprendedores de Chile) afirma que *“su sueño es hacer de Chile el mejor país para emprender, en el que todos, independientes de su origen y realidad actual, tengan iguales oportunidades para comenzar un proyecto o empresa”*, además es importante señalar que según información del Ministerio de Economía, las MiPymes (Pequeñas y Medianas Empresas) constituyen en nuestro país el 65,3 % del total de los empleos formales, y la encuesta GEM dio a conocer que un 52 % de la población tiene la intención de emprender. Richard Von Appen (presidente de la SOFOFA —Sociedad de Fomento Fabril—) pone énfasis en la poca seguridad que tiene el pueblo chileno en las iniciativas que proponen y que, a pesar de conseguir más de cincuenta mil firmas, dichas propuestas son rechazadas sin ningún tipo de miramiento. Por otra parte, compartimos la crítica que Von Appen hace respecto a la “supuesta” libertad de emprender, ya que prescinde del interés general y la relación existente entre creación de empresa y fuentes de trabajo, pudiendo generar un mayor desarrollo de nuestro país. Cabe señalar, además, que la certeza para las actuales y futuras pymes que se dará en caso de que se apruebe la norma propuesta es nula, ya que todo lo que se tenga que votar sobre dicho tema en un futuro será a través de una ley simple, es decir, dependerá del Gobierno de turno, si favorecerán a las empresas o no, pudiendo desincentivar el derecho a emprender. Por ende, si igualamos las condiciones del Estado frente a los particulares, y que el Estado no “ayude” a los empresarios privados, nos veríamos en un problema, ya que realmente se desincentivaría la libertad de emprender más que incentivar. ¿La razón? Las herramientas y el tamaño del aparato estatal.

Cabe señalar y es importante tener en consideración que el pleno aprobó el **artículo 2 relativo a la cláusula de obligaciones generales y sujetos obligados, que señala que** *“El Estado debe respetar, proteger, garantizar y promover la plena satisfacción y ejercicio de los derechos fundamentales, así como adoptar las medidas necesarias para eliminar todos los obstáculos que pudieran limitar o entorpecer su realización”*. Ese artículo tiene directa relación con el artículo 3, que se refiere al **Principio de progresividad y no regresión de los derechos fundamentales, en cuanto a que** *“El Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para lograr de manera progresiva la plena satisfacción de los derechos fundamentales. Ninguna medida podrá tener un carácter regresivo que disminuya, menoscabe o impida injustificadamente su ejercicio”*. Es del caso mencionar que la pri-

mera versión de la norma sobre Estado empresario será votada el jueves 21 de abril de 2022, que establece en su artículo 34: *“El Estado tendrá iniciativa pública en la actividad económica. La ley regulará la actividad empresarial del Estado en atención a su función pública, la que podrá adoptar diversas formas de propiedad, gestión y organización. La ley podrá reservar al sector público la provisión exclusiva de bienes y servicios cuando así lo exigiere el interés general. Toda iniciativa pública del Estado en materia económica se regirá por los principios de esta Constitución”*.

Según lo anterior, consideramos que se deben establecer límites genéricos junto con la reserva legal, por ende, se debe separar el estatuto del Estado empresario de la libertad de emprender, debiéndose el Estado regularse a propósito de su ámbito competencial y no olvidando su función primordial, esto es, el ejercicio de potestades públicas encaminadas a la prosecución del bien común.

En el informe del grupo de constituyentes al que nos referimos anteriormente, se analizaba el derecho de propiedad con relación a la libertad de emprender. Los constituyentes señalaban que la actual Constitución limitaba y ponía trabas para los políticos y legisladores en temas regulatorios de adecuación en virtud de los cambios sociales, gubernamentales y económicos, por ende, el término propiedad privada no podía ser considerado en su absoluto y proponían un concepto de propiedad más amplio (según ellos), que debiese ser acorde a la función social, y para ello planteaban lo siguiente:

Analizaban el objeto de la propiedad privada y criticaban el artículo 19 N.º 23 respecto de la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes y el artículo 19 N.º 24 con relación al derecho de propiedad sobre bienes corporales e incorporeales. Los convencionales señalaban que en la Constitución de 1980 no existe límite a la adquisición de bienes, llevando a que se protejan una serie de elementos que en ningún sentido es un ámbito que constituye patrimonio en sí, produciéndose el fenómeno de propiedad sobre un sinnúmero de derechos. Por lo anterior, ellos proponían —y no se tomó en consideración— que la protección de bienes incorporeales sea una lista taxativa en la nueva constitución, por ende, solo esos derechos estarán amparados. ¿Y el resto?, no. Sin embargo, no fue considerado. Si por el contrario se hubiera aprobado, se habría generado un problema, ya que un grupo muy numeroso de derechos habrían quedado desprotegidos, puesto que solo una ley habría determinado cómo se adquiriría la propiedad, su contenido y deberes.

Por otro lado, respecto de la expropiación, señalaban que en la nueva Constitución su regulación debiese ser más general, sin entrar en mayor detalle, es decir, solo en virtud de una ley se puede expropiar, a diferencia de la actual Constitución, en la que se señala que una ley especial o general puede autorizar la expropiación. En cambio, la propuesta (desechada) solo hablaba de la ley, sin detallar más allá de si era especial o general, con lo que se daba lugar a la incertidumbre (si esa propuesta se hubiera aprobado). Por otra parte, la actual Constitución detalla que solo se podrá expropiar por causa de utilidad pública o interés nacional, a diferencia de la nueva propuesta (actualmente rechazada) que aludía a que la expropiación podría llevarse a cabo si existiese un interés general o utilidad pública, dejando de lado a nuestra nación. Más importante aún es que la antigua propuesta no señalaba si existía indemnización en caso de expropiación, mientras que la actual Carta Magna sí lo hace. ¿Cómo? A través de sentencia dictada conforme a derecho, otorgando seguridad social que tiene estrecha relación con la función social del Estado. Es importante mencionar que lo único que se mantiene en debate es si se contempla la garantía del “pago pre-

vio” y, al parecer, se mantendrá esa redacción. Además, se mantendrá la legislación vigente en caso de aprobarse la nueva Constitución, siendo predeterminado por ley el tribunal que conocerá de la expropiación.

Todo lo señalado anteriormente, tiene estrecha relación con la inversión, ya que, al existir una mayor libertad para emprender, se generarán las condiciones para promover la inversión extranjera, al fomentar un mayor empleo, mayor riqueza y un aumento en la calidad de vida de la nación, por consiguiente, se incrementará el ingreso per cápita. Chile actualmente, según la Fundación Heritage, se encuentra en porción superior como el país más libre de América Latina. Entonces, nos preguntamos: ¿es necesario eliminar de raíz la regulación constitucional vigente para “mejorar” la libertad de emprendimiento? ¿Es necesario limitar la libertad de emprender? Por supuesto que no, no es necesario.

La historia que pasa continuamente frente a nuestros ojos nos ha dado la razón en ello. Un ejemplo claro es Estados Unidos, que incentiva la libertad económica y el libre emprendimiento, y por ende la inversión, ya que habitualmente las personas migran a dicho país en busca de nuevas oportunidades porque la ley resulta más atractiva en términos administrativos, tributarios, económicos, etc.

Es del caso mencionar que, con fecha 23 de febrero del presente año, se aprueba en particular la libertad de emprender por la comisión, y pasa al pleno para buscar los 2/3, quedando el artículo 18 redactado de la siguiente forma:

“Artículo 18: Libertad de emprender y desarrollar actividades económicas. La Constitución asegura a todas las personas naturales y jurídicas la libertad de emprender y desarrollar actividades económicas. Su ejercicio deberá ser compatible con los Derechos consagrados en esta Constitución, la protección de la naturaleza y con el interés general. El contenido y los límites de este derecho serán determinados por las leyes que regulen su ejercicio las que deberán promover el desarrollo de las empresas de menor tamaño y asegurarán la protección de los consumidores.

Las prácticas de colusión entre empresas y abusos de posición monopólica, así como las concentraciones empresariales que afecten o puedan afectar el funcionamiento eficiente, justo y leal de los mercados y el bienestar de las y los consumidores y usuarios y usuarias, se entenderán como conductas contrarias al interés social. La ley establecerá las sanciones a los responsables y su obligación de reparación integral.

La libertad de emprender y desarrollar actividades económicas implica también reconocer las formas y prácticas productivas que desarrollen los pueblos y naciones indígenas de acuerdo a su propio modo de entender el desarrollo, considerando sus prioridades y necesidades. Sin perjuicio de lo anterior, el ejercicio de esta libertad siempre deberá respetar y proteger y salvaguardar la identidad cultural de dichos pueblos, sus manifestaciones identitarias, patrimonio material e inmaterial y todo cuanto ponga en riesgo su existencia y continuidad como pueblos indígenas.

La actividad económica del Estado estará siempre sujeta a criterios de control, transparencia y probidad, que los determinará la ley”.

Sin embargo, el anterior artículo es rechazado por el pleno y, con fecha 30 de marzo del año en curso, se vota en particular el informe de reemplazo de la Comisión de Derechos Fundamentales, por lo que queda el artículo listo para ser despachado a borrador de la Constitución, quedando aprobada en general con un amplio apoyo, superando los 2/3, con 123 votos a favor de 155 de los convencionales.

De esta manera, se despacha el artículo 14, que señala: *"La libertad de emprender y desarrollar actividades económicas. Toda persona natural o jurídica, tiene libertad de emprender y desarrollar actividades económicas. Su ejercicio **deberá ser compatible con los derechos consagrados en esta Constitución y con la protección de la naturaleza.***

El contenido y los límites de este derecho serán determinados por las leyes que regulen su ejercicio, las que deberán promover el desarrollo de las empresas de menor tamaño y asegurarán la protección de los consumidores.

Las prácticas de colusión entre empresas y abusos de posición monopólica, así como las concentraciones empresariales que afecten el funcionamiento eficiente, justo y leal de los mercados, se entenderán como conductas contrarias al interés social. La ley establecerá las sanciones a los responsables".

De lo anterior se puede rescatar la frase de que el ejercicio de la actividad económica deberá ser compatible con los derechos consagrados en esta Constitución y con la protección de la naturaleza. El proyecto de Constitución que se está redactando actualmente prioriza la protección a la naturaleza, incluso atribuyéndole derechos. Lo anterior encuentra su fundamento en el artículo 4, aprobado con 110 votos, que establece que *"la Naturaleza tiene derecho a que se respete y proteja su existencia, a la regeneración, a la mantención y a la restauración de sus funciones y equilibrios dinámicos, que comprenden los ciclos naturales, los ecosistemas y la biodiversidad"*.

Además, pone énfasis en las empresas de menor tamaño, que la actual Constitución no toma en consideración, ni las menciona, otorgando además protección al consumidor, mientras que anteriormente solo se encontraba establecida en una ley.

Por último, se refiere a las prácticas de competencia desleal, lo cual es una gran noticia para el mercado, ya que permite resguardar el interés social.

Por otra parte, cabe señalar que la nueva norma no señala el interés general y tampoco la obligación de reparación integral con relación a las sanciones por parte de los responsables de prácticas de colusión. Otro punto a destacar es que no se reconocen las prácticas de los pueblos indígenas de acuerdo con su concepción de desarrollo. Además, se omite que la actividad económica estará siempre sujeta a criterios de control, transparencia y probidad según la ley, como se señalaba en la norma 18.

Respecto del derecho de propiedad, con fecha 23 de febrero del presente año, se aprobó en particular y se despachó al pleno con la siguiente redacción:

"Artículo 24: Derecho de Propiedad. La constitución asegura a todas las personas naturales y jurídicas el derecho de propiedad en todas sus especies y sobre toda clase de bienes exceptuándose los que la naturaleza ha hecho comunes a todas las personas y aquellos que la Constitución o la ley declare inapropiables. Corresponderá a la ley determinar el modo de adquirir la propiedad, su contenido y sus límites y los deberes que emanan de ella; conforme a su función social y ecológica. Los títulos administrativos que habiliten la prestación de servicios públicos o de interés general o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes comunes no quedaran amparados por este derecho y se someterán al estatuto que defina la ley, la cual deberá cautelar el interés social y el equilibrio ecológico. La función social y ecológica de la propiedad comprende los intereses generales del Estado, la utilidad y salubridad pública, la conservación del medio ambiente, los derechos de la naturaleza y el mejoramiento de las condiciones de vida del común de los habitantes".

Sin embargo, se realizaron modificaciones y la norma quedó del siguiente tenor:

"Toda persona, natural o jurídica, tiene derecho de propiedad en todas sus especies y sobre toda clase de bienes, salvo aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todas las personas y los que la Constitución o la ley declaren inapropiables. Corresponderá a la ley determinar el modo de adquirir la propiedad, su contenido, límites y deberes, conforme con su función social y ecológica. Ninguna persona puede ser privada de su propiedad, sino en virtud de una ley que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o interés general declarado por el legislador".

Con relación a la norma aprobada respecto del derecho de propiedad, difiere de la rechazada por el pleno en cuanto a que no se refiere a los títulos administrativos que habiliten la prestación de servicios públicos o de interés general o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes comunes que no quedaran amparados, sometiéndose al estatuto que defina la ley, debiendo de cautelar el interés general del Estado y el equilibrio ecológico. Por último, omite la función social y ecológica de la propiedad con relación al interés general del Estado, utilidad y salubridad pública, conservación del medio ambiente, derecho de naturaleza y mejoramiento de la calidad de vida.

En consecuencia, si bien no apreciamos hasta el momento una restricción de la libertad de emprendimiento en el texto vigente, sí advertimos ciertos aspectos que nos deberían mantener expectantes al incorporar determinados matices a la protección y promoción de la libertad de empresa en la Carta Fundamental (compatibilidad con los derechos consagrados en esta Constitución y con la protección de la naturaleza). Especialmente relevante será, por lo anterior, el contenido y regulación de los derechos fundamentales en actual discusión, así como las disposiciones transitorias que se contemplen y, finalmente, el espacio que quedará en definitiva entregado al legislador.