



UNIVERSIDAD DE CHILE  
Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho Público

**“Crisis constitucionales y su influencia en el sistema  
de inversión extranjera. Institucionalidad Chilena y  
Responsabilidad del Estado en la protección al  
inversionista”**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES.**

MARÍA INÉS ÁLVAREZ CORTES

Profesores Guías:

Sr. Enrique Navarro Beltrán

Sr. José Luis López Blanco

SANTIAGO DE CHILE

OCTUBRE 2013

“[C]ommerce and manufactures gradually introduced order and good government and with them, liberty and security of individuals, among the inhabitants of the country, who had before lived almost in a continual state of war with their neighbours, and of servile dependency upon their superiors. This, though it has been least observed, is by far the most important of all of their effects.”

**Adam Smith, “The Wealth of Nations”,  
Book III, Chapter IV.**

“The discovery of America, the rounding of the Cape, opened up fresh ground for the rising bourgeoisie. The East-Indian and Chinese markets, the colonization of America, trade with the colonies, the increase in the means of exchange and commodities generally, gave to commerce, to navigation, to industry, an impulse never before known, and thereby, to the revolutionary element in the tottering feudal society, a rapid development”

**Marx and Engels, “The Communist Manifesto”, 1992, pp. 3-4.**

## AGRADECIMIENTOS

*“Sólo una cosa vuelve un sueño imposible: el miedo a fracasar”.* Paulo Coelho.

Gracias a mi madre, padre, abuelo Inés, abuelo Leonardo, Nina, y Tío René, por enseñarme a no tener miedos, y a vivir realizando mis sueños.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	6
Sección I: ¿Por qué la apertura comercial? .....	11
Capítulo I: ¿Por qué la apertura comercial? .....	11
Importancia de la apertura comercial .....	11
Argumentos a favor y en contra del Libre Comercio .....	11
Capítulo II: El fallo del mercado como un elemento Jurídico-Económico .....	19
Capítulo III: El recurso de protección como mecanismo de resguardo del principio de no discriminación .....	26
Recurso de Protección .....	28
Capítulo IV: Protección del Inversionista Extranjero, Pacto Andino y el régimen Chileno de Inversión extranjera contenido en el Decreto Ley N° 600 de 1974 .....	33
Capítulo V: Análisis de los elementos <i>ex antes</i> de realizar una Inversión .....	48
Capítulo VI: Concepto de desempeño económico e institucionalidad .....	56
Capítulo VII: Derechos de los Accionistas como Indicador de Institucionalidad .....	71
<i>Trámites que deben cumplir las sociedades abiertas</i> .....	73
<i>Fiscalización</i> .....	74
<i>Derechos del accionista</i> .....	74
<i>Derecho a la información en que se obliga a la sociedad a mantener en su sede principal:</i> .....	74
<i>Derecho a voz y voto en la junta de accionista</i> .....	75
<i>Derecho a las utilidades o dividendos</i> .....	75
<i>Derecho a opción preferente en los aumentos de capital</i> .....	75
<i>Derecho a hacer convocar la junta</i> .....	76
<i>Derecho a formular observaciones</i> .....	76
<i>Obligación de los accionistas</i> .....	76
<i>Administración: Gerente y Directorio</i> .....	77
<i>Funciones del directorio</i> .....	78
<i>Facultades del directorio</i> .....	79
<i>Prohibiciones que afectan a los directores</i> .....	80
<i>Responsabilidad de los directores</i> .....	81
<i>Presunciones de culpa</i> .....	81
<i>Fiscalización de la administración</i> .....	83

<i>Problema de Agencia y correctivos que permitan asegurar el cumplimiento de los derechos de los accionistas</i> .....	83
Capítulo VIII: Ausencia de Corrupción como Indicador de Institucionalidad. Análisis de casos: China, Chile, Grecia, Brasil e India. ....	93
China .....	95
Chile.....	96
Grecia .....	97
Brasil .....	99
India .....	101
Capítulo IX: Marco Normativo de la Organización Mundial del Comercio, en relación al incumplimiento.....	102
Sección II: Descripción Caso Chileno: Principales instituciones.....	106
Capítulo X: Responsabilidad del Estado Administrador .....	106
Capítulo XI: Responsabilidad del Estado Juez.....	108
Capítulo XII: Responsabilidad del Estado Legislador.....	110
Capítulo XIII: Análisis de casos Chilenos ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) .....	113
Sociedad Anónima Eduardo Vieira con República de Chile.....	113
Caso Clarín: Víctor Pey con República de Chile.....	114
Capítulo XIV: Jurisprudencia de Tribunales Chilenos relativo a Responsabilidad del Estado respecto de vulneración de derechos a inversionistas. ....	116
CONCLUSIÓN.....	121
Bibliografía.....	132

## INTRODUCCIÓN

¿Los Tratados de Libre Comercio son beneficiosos o representan verdaderas complicaciones para los Estados partes?, ¿el hecho de negociar en las correspondientes rondas implicará que el Tratado se cumplirá a cabalidad?, ¿las ventajas de un Tratado de Libre Comercio solo derivan de los efectos directos de cada una de las estipulaciones que estos contienen?, o finalmente ¿un Tratado jamás estará ajeno a las contingencias sociales, institucionales y por supuesto económicas de los países? Éstas serán algunas inquietudes que desarrollaremos e intentaremos resolver en las próximas páginas.

Realizada esta precisión inicial, consideramos de capital importancia mencionar que partiremos de una hipótesis central: la situación interna de las partes negociadoras modifica y condiciona, en menor o mayor grado, la postura del país respecto a las relaciones exteriores y por vía consecuencial a las negociaciones correspondientes al tráfico comercial.

Lo anterior- bajo nuestro criterio- no es una variable concluyente ni excluyente, pues creemos que la contingencia interna político-social de un país y los cambios institucionales por los que estos pasan durante el período inmediatamente anterior a las negociaciones formales<sup>1</sup> modela la viabilidad de las negociaciones, pero a modo de tesis (paralelamente) se presenta una variable derivada de la afirmación anterior, a saber: el desempeño económico de los países partes.

Los cambios institucionales se relacionan estrechamente con la situación interna y en definitiva el contexto socio-político, sin embargo, consideramos que se les debe dar un tratamiento diferenciado; por ejemplo, una modificación legal no tiene por qué tener su fundamento en una crisis o

---

<sup>1</sup> Entendiendo el período anterior a las negociaciones formales como el correspondiente al estudio de factibilidad que eventualmente y por decisiones siempre de Estado y política interna de las partes, da paso a las negociaciones

quiebre institucional, sino que puede ser el intento políticamente válido del legislador para regular situaciones o hipótesis modernas que no habían sido contempladas en el texto reformado.

Hecha la salvedad anterior, analizaremos- en primera instancia- cada una de estas variables, desde un punto de vista cuantitativo en base a indicadores de conocimiento general como el “*Ease of Doing Business Index*” del Banco Mundial. Además, consideraremos estudios que reflejen la institucionalidad, la que es medida por algunos economistas en base a: los índices delictuales en la población urbana, el control de armas, estupefacientes y el consumo promedio de drogas y sustancias alucinógenas en la población más vulnerable. Para la aplicación de las variables, escogeremos arbitrariamente diez países de diversos continentes –incluyendo, por cierto, dos países con los que actualmente negocia Chile un Tratado de Libre Comercio-, lo cual nos permitirá revisar paso a paso la implicancia de la institucionalidad en el desempeño económico y éste a su vez en el tráfico comercial internacional; lo anterior en relación con diversas contingencias internas, únicas e incomparables de los diez países que se analizarán. Sumado a lo anterior analizaremos brevemente si existe Constitución o leyes especiales y si éstas están insertas en un sistema comunitario. Consideramos que un análisis que muestre la relación antes mencionada mostrará la influencia cíclica de cada una de las variables, desde un plano completamente macroeconómico.

Luego de este paso, nos basaremos en teorías que fundamentan el desempeño económico, considerando variables como las instituciones, el tráfico comercial y en definitiva las situaciones específicas de cada país en un determinado tiempo y espacio.

De esta forma, el estudio al caso concreto que efectuamos en una primera etapa sobre los países escogidos se reflejará en dos teorías económicas que consideran aspectos jurídicos<sup>2</sup>. Nuestra meta entonces será -

---

<sup>2</sup> V.Gr. La teoría del economista Douglass North respecto a la injerencia de las instituciones y los quiebres de éstas en el desempeño económico, y la teoría de los economistas Daron Acemoglu, Simon Johnson y James Robinson respecto del patrón de crecimiento de Europa

desde la disciplina jurídica – analizar estas teorías y poder concluir que la existencia o no de una Constitución en que se basa el orden público y que trae aparejado una institucionalidad específica modelada por el ordenamiento jurídico, o relaciones exteriores continuas con países de las más diversas latitudes, políticas públicas encaminadas a la promoción de exportaciones etcétera, son de importancia real para considerar la factibilidad de las negociaciones encaminadas a la firma de un Tratado de Libre Comercio y finalmente la viabilidad de éste.

Es imprescindible considerar, que no pretendemos en grado alguno desde la casuística extraer una conclusión general o reglas que permitan generalizar el cómo enfrentar un proceso de negociaciones con países con alto grado de conflicto interno. No obstante, la contingencia de este tema, nos llevará a señalar las variables económicas e institucionales como necesarias para el análisis “caso a caso”.

Como se mencionó anteriormente, el análisis de las variables se situará en el campo de dos grandes teorías económicas internacionales de connotados economistas -a saber Douglass North, Daron Acemoglu, Simon Johnson, y James Robinson-. Mientras el primero analiza las implicancias de los cambios institucionales como imposiciones tanto formales como informales reguladoras de la interacción humana y que se ven reflejadas en el desempeño económico, modificando la teoría neoclásica económica sobre la no influencia de las instituciones ni el paso del tiempo en la economía de un país específico; los tres autores restantes en tanto – considerando Teoría del Patrón de crecimiento de Europa Occidental en los siglos XVI, XVII y XVIII- plantean que las instituciones son un elemento de base en un mayor tráfico comercial y por ende en el desempeño económico de países menos absolutistas. Elementos como la religión y la participación en guerras permiten un desarrollo de las instituciones y la burocracia interna. Con lo anterior planteamos que las modificaciones institucionales son claves en tanto están conectadas con los cambios sociales de un país en un tiempo determinado y

---

Occidental influenciado por variables como la religión, las instituciones, aspectos jurídicos entre otros que serán analizados en detalle en el trabajo.



que condicionarían un desempeño económico específico y diverso en cada región.

La tesis sobre el patrón de desarrollo en Europa Occidental no la excluiríamos sino que la consideraremos como una variable aislada en la existencia en un país de una religión específica, en tanto que Acemoglu, Johnson y Robinson plantean que el Protestantismo –acorde a la tesis planteada anteriormente por Max Weber y el historiador inglés Richard H. Tawney, en torno a la relevancia de la ética protestante y el avance del capitalismo- habría sido esencial en el desarrollo de esta región de Europa, toda vez que ésta es una ética del trabajo donde el desarrollo del talento, la disciplina, el ahorro y el concepto de individualismo son la base de una vida según los preceptos de la religión.

En la primera sección, realizaremos un análisis a cinco variables que utiliza el Banco Mundial para desarrollar el *Doing Business*. Estas son de especial relevancia para determinar el factor de riesgo que afectaría- en nuestra opinión- la viabilidad de los Tratados de Libre Comercio y el sistema de inversiones, es decir, los cambios institucionales y las contingencias político-sociales. Este factor de riesgo ya mencionado ha sido escasamente abordado por las ciencias económicas, más aún por las ciencias jurídicas; actualmente, solo encontramos estudios en las ciencias físicas y matemáticas en lo relativo a la incorporación del riesgo a la planificación minera y al método clásico de incorporación de éste en la sumatoria del Valor Actual Neto y en el *Value At Risk* desarrollada en la valorización de los activos financieros<sup>3</sup>

Así, según nuestra opinión, la institucionalidad de un país es gravitante en el éxito de las negociaciones de un Tratado de Libre Comercio y aún más en la puesta en práctica de todo un amplio espectro de bases de cooperación. Sin dejar de lado que la institucionalidad se refleja en el impacto inmediato en la situación interna y ésta a su vez en el desempeño económico de un país. Así, indicadores como el *Doing Business* del Banco Mundial señalan que a

---

<sup>3</sup> Sobre el particular AZOCAR F. HENRÍQUEZ J. “*La planificación minera eje estratégico en la creación de valor*”. Conferencia Internacional Innovación en Minería. MININ 2004

menores conflictos internos y una institucionalidad reforzada, mayor es el desempeño económico sostenido.

Con lo anterior planteamos que las modificaciones institucionales son claves en la medida que están conectadas con los cambios sociales de un país en un tiempo determinado y que condicionarían un desempeño económico específico.

En una segunda sección abocaremos nuestro estudio al caso chileno, dedicando un capítulo al Decreto Ley 600 y al Compendio de Normas de Cambios Internacionales del Banco Central, a los beneficios tributarios y a la protección del inversionista.

A mayor abundamiento y desde un aspecto general analizaremos exhaustivamente la solución de controversias derivada de quiebres y crisis institucionales en lo que respecta a los inversionistas que ingresaron capital directo a un país antes de las crisis institucionales y que ven disminuidas no solo sus prerrogativas sino aún más el derecho de propiedad sobre su capital. Lo anterior bajo el enfoque de la teoría francesa de los Derechos Adquiridos.

Por último, se analizará el papel de Chile en tanto Estado subsidiario, pero agregaremos dos nuevos conceptos relacionados a nuestra hipótesis central: la importancia de Chile en tanto país interventor y promotor de inversión extranjera y la responsabilidad que posee nuestro país con relación al derecho de propiedad del inversionista respecto del foco de su inversión y la institucionalidad, marco que permite asegurar que Chile se encuentre dentro de los países más seguros a la hora de invertir. Finalmente, se analizarán casos jurisprudenciales de Responsabilidad del Estado por vulneración de Derechos a los Inversionistas.

## **Sección I: ¿Por qué la apertura comercial?**

### **Capítulo I: ¿Por qué la apertura comercial?**

Importancia de la apertura comercial

#### **Argumentos a favor y en contra del Libre Comercio**

El siguiente análisis tiene como propósito entender los principales argumentos en contra y a favor de la apertura comercial. Para ello, es necesario realizar una importante precisión, como es el hecho de que escasos países se han aproximado completamente al Libre Comercio. Según la opinión del Profesor Krugman<sup>4</sup>, la ciudad- estado Hong Kong es posiblemente la única economía moderna sin aranceles o cuotas de importación.

Lo anterior representa una lucha de años para un sector de la economía que desde Adam Smith ha defendido el libre comercio como el fin último de la política comercial, con valores en sí mismo. Con todo, los diversos modelos teóricos explican en un primer análisis que el libre comercio como concepto general, evitará todo tipo de pérdidas de eficiencia y bienestar que la protección trae aparejada, incluso bajo algunas hipótesis se producirían ganancias no esperadas o flujos futuros mayores que los contemplados, eliminando así también las distorsiones en la producción y el consumo.

Con lo dicho anteriormente, se entiende que la eficiencia del mercado sujeto al libre comercio sería la principal justificación que sustenta la tesis del sector que aboga por la liberalización de éste. Así entonces, el ejemplo más clásico es el país pequeño incapaz de influir considerablemente sobre los precios de exportación de otros países.

Para dar sustento a lo expuesto presentamos la figura a continuación, que señala las pérdidas en la economía, o lisa y llanamente las distorsiones en

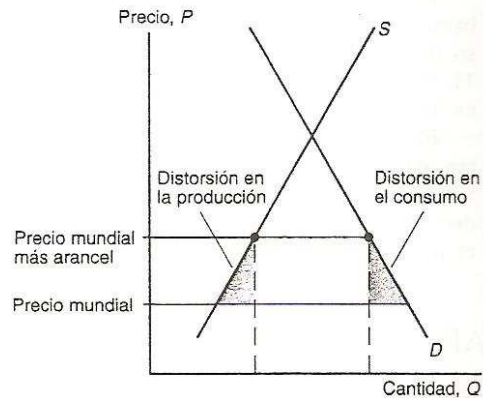
---

<sup>4</sup> KRUGMAN Paul. OBSTFELD Maurice. . *“International Economics: Theory and Policy”*. Editorial Addison Wesley. Octava edición, USA, año 2007. Pág. 225

la producción y el consumo, a *contrario sensu*, el libre mercado aumenta el bienestar nacional y por vía consecuencial las distorsiones son eliminadas.

**Figura 9-1** La argumentación de la eficiencia a favor del libre comercio

Una restricción, como por ejemplo un arancel, conduce a distorsiones en la producción y el consumo.



*Fuente:* KRUGMAN Paul. OBSTFELD Maurice. “*International Economics: Theory and Policy*”. Editorial Addison Wesley. Octava edición, USA, año 2007.

Pág 226

Datos estimados apuntan a que países pequeños que imponen aranceles restrictivos pierden un 10%<sup>5</sup> de su renta nacional, todo consecuencia de las distorsiones antes señaladas (sea en la producción o en el consumo). Sin embargo, no todas las ganancias derivadas del libre comercio pueden cuantificarse en un esquema costo-beneficio, por mucho los incentivos a los empresarios para buscar formas y medios para exportar o hacer más competitivos sus productos en relación ya no al mercado interno, sino que a un mercado externo que en nuestra opinión será más exigente, da origen a la cadena de aprendizaje, investigación, desarrollo e innovación. Así por ejemplo países menos desarrollados al descubrir en el mercado externo y en la exportación de sus productos nuevas oportunidades, vieron también aumentados sus indicadores económicos.

<sup>5</sup> *Op. Cit.* Pág. 226

Resulta corrector afirmar que actualmente diferentes proyectos se llevan a cabo con el fin de impulsar el comercio exterior como una herramienta base, uno de estos es el que apunta a que el comercio y desarrollo son elementos esenciales para lograr la integración a la economía mundial de una manera exitosa y sostenible por parte de los países africanos de menor desarrollo. La mayoría de estos países, se caracterizan por no solo ser de bajos ingresos, sino que además por enfrentar problemas relacionados tales como: conflictos internos, hambre, enfermedades diversas, corrupción y la inestabilidad en general entendida como un concepto institucional.

La *Organización Mundial del Comercio* (en adelante OMC), la *Organización de Cooperación y Desarrollo Económico* (OCDE), así como otras organizaciones internacionales (v.gr. *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*, *Banco Mundial*) han desarrollado varios instrumentos destinados a crear políticas y programas con el propósito de ofrecer un apoyo real a la recuperación de los países mencionados. Un ejemplo de lo anterior es la “Asistencia técnica relacionada con el comercio” (ATRC).

Al mismo tiempo instituciones como el *Banco Mundial* y el *Fondo Monetario*, en colaboración con países desarrollados implementaron la “*Estrategia de Reducción de Pobreza*” (PRSP) proyecto sucesor del polémico Ajuste Estructural.

Así entonces los programas antes mencionados tienen como fin facilitar el crecimiento económico, el desarrollo sostenible tanto social como ambiental. El comercio actual y los programas de desarrollo dirigidos a los países menos desarrollados de África, generalmente tienen por objeto en nuestro concepto la integración de estos en la economía global a través de cuatro grandes enfoques:

1. Facilitación real del comercio, por medio de la asistencia en el área de regulación y capacitaciones para crear ventajas comparativas.

2. No observar como elementos aislados los objetivos comerciales con las estrategias de gobierno y nacionales de desarrollo, así las directrices y asuntos de Estados tendrán con todo el mismo fin, esto es impulsar la economía nacional.
3. A través de asesorías y ayuda enfocada al desarrollo, impulsar la capacidad de oferta, y la calidad de ésta.
4. Crear en un corto tiempo estrategias de exportación a países limitados de forma de abarcar íntegramente la demanda, para luego progresivamente ampliar la exportación a un mercado que contemple una mayor cantidad de países en variadas latitudes del mundo.

Así entonces, nos debemos preguntar ¿cuál es la vinculación entre el comercio y el desarrollo de países que históricamente han sufrido una serie de conflictos internos, problemas de desabastecimiento, hambre, esperanza de vida por debajo de la escala mundial? Aparte de los programas diseñados para identificar las necesidades de los países y las estrategias de exportación, parece existir una falta de consideración en la comunidad internacional para que los programas se centren en ayudar a los pequeños productores y proveedores de servicios. En los países africanos con un menor desarrollo, las telecomunicaciones no son un mercado fuerte, e incluso los servicios de transmisión de comunicaciones en todo su ámbito tienen una demanda interna disminuida que solo abarca sectores específicos de la población. Sin embargo, con una ayuda directa y efectiva se pueden crear las capacidades para abrir un nicho de proveedores para mercados externos, pero que en un inicio abarquen los internos porque a mayor competencia interna, los precios tienden a la baja y por ende a la democratización del producto trayendo, como consecuencia, la demanda de éste.

En los países menos desarrollados, donde los productos básicos como las materias primas constituyen la principal fuente de explotación, el intento de mejorar la capacidad de la oferta se traduce en el aumento de la productividad, lo cual facilita su exportación a través de la disminución en la duración de los viajes y los costos de estos.

Sin embargo, pareciera existir una serie de obstáculos a lo anteriormente planteado. Uno de ellos es la exportación de productos a los mercados occidentales o aquellos que representen largas distancias de viajes. Bajo este prisma se debe considerar- en un primer momento- que los productos que buscan ser exportados sean también competitivos en un mercado interno. Al respecto consideremos:

- La falta de experiencia e insumos en países menos desarrollados repercute en una baja capacidad de producción y en una oferta que solo cubre la demanda interna.
- Falta de infraestructura esencial.

Es importante mencionar que en la prestación de servicios se basa el sistema de producción, elemento de capital importancia para el éxito o fracaso de una estrategia de exportación sostenible. De hecho, los transportes, los mecanismos de distribución, la logística o los servicios financieros por nombrar solo algunos, son vitales en el proceso encaminado a desarrollar un sistema productivo capaz de competir en los mercados internacionales.

A la luz de la necesidad de diversificar la producción y la importancia de los servicios de distribución y logística para apoyar el proceso productivo, la ONUDI tiene como prioridad temática el diseño e implementación del desarrollo de aptitudes comerciales nacionales y regionales basado en los productos. Además de una cooperación efectiva con organismos internacionales asociados como la *Organización Mundial del Comercio (OMC)*; todo lo anterior a través del programa regional de capacidad productiva de África. De este modo, se promueve la integración regional, la armonización y la cooperación, lo que contribuye a reducir los obstáculos al comercio, promover la capacitación de la industria y las políticas públicas relacionadas con la tecnología, todo ello cumpliendo estándares básicos de respeto, por ejemplo al medio ambiente.

Así entonces parece acertada una conclusión inicial que dice relación a que el comercio y más bien el libre comercio ayuda de manera efectiva al desarrollo un país, en tanto que no solo origina nuevos puestos de trabajo

pues la oferta deberá considerar los nuevos mercados, más exigentes que los internos y aún más competitivos, donde la calidad y la diferenciación del producto será esencial a la hora de llegar a la demanda, consumidores más informados y con una amplia gama de productos para elegir modelaran los requisitos de la producción de una empresa en diversos puntos del mundo.

Aunque resulta complicado cuantificar cuáles son los beneficios derivados del libre comercio ni de los costos que implicaban políticas proteccionistas en la renta nacional, Richard Harris y David Cox en 1985, realizaron un análisis aproximado de esto en 4 países, a saber: Brasil al año 1966, Turquía al año 1978, Filipinas al año 1978, y Estados Unidos al año 1983<sup>6</sup>. De lo anterior se concluye, que para Brasil el costo estimado de la protección en porcentaje de la renta nacional era un 9.5%, de Turquía un 5.4%, de Filipinas un 5.4% sin existir argumento que permita comprender la razón por la que Turquía y Filipinas tienen el mismo costo estimado de protección en relación a la renta nacional, finalmente Estados Unidos con un 0.26, explicado porque depende en menor medida del comercio que otros países. Para reafirmar la última hipótesis recordemos que uno de los argumentos a favor de la unificación del mercado europeo fue en una primera instancia no solo una escala de producción más eficiente y países interconectados, sino que la comparación con Estados Unidos, país con un poder adquisitivo similar a la Unión Europea pero que ha sido desde ya muchos años un mercado integrado casi sin excepciones.

Sin embargo, no solo existen argumentos económicos y derivados de estos a favor del Libre Comercio, basta con entender por ejemplo que todo tipo de políticas emanadas del gobierno será, en su mayoría, fruto de transacciones políticas, o incluso pueden representar claramente decisiones e imposiciones de un sector político determinado que está en un momento específico en el poder. No es menos cierto que un gran número de estudiosos de temas sociales, entienden que detrás de políticas sociales –aunque estén

---

<sup>6</sup> Brasil Bela Balassa: *"The Structure of Protection in Developing Countries"*. Baltimore. The Johns Hopkins Press. 1971. Turquía y Filipinas, *"The World Development Report"*. Washington. World Bank. 1987. Estados Unidos: TARR D y MORKRE M. *"Aggregate Cost to the United States of Tariffs and Quotas on Imports"*. Washington, DC. Federal Trade Commission. 1984



relacionadas con el comercio- hay elementos redistributivos con un marcado acento político. Así entonces pareciera que hablar de libre comercio es hablar de una integración al mundo y mayor comunicación con países de los más variados rincones, lo que para un sector político puede ser molesto, para otros puede ser absolutamente beneficioso y será para los últimos más fácil de argumentar su postura por la amplia gama de beneficios no solo cuantificables que trae aparejado el sistema.

No obstante lo anterior, los argumentos a favor del libre comercio solo representan el pensamiento de una parte del sector involucrado en las negociaciones y en la toma de decisiones acerca de políticas destinadas al proteccionismo o no de un país específico, así en tanto, las cuotas de importación, la rebaja, eliminación y todo tipo de modificación en los aranceles solo sería beneficioso para un sector o grupo de interés, aunque esto se oponga al concepto de interés público y por ende general de la nación toda. Por ello, es posible afirmar con certeza que modificaciones del arancel distorsionan en menor o mayor grado la producción y el consumo – la oferta se modelará al aumento de la demanda y a otro tipo de ésta a una más informada y con una mayor cantidad de productos que elegir, debiendo llegar al consumidor para explicar por qué el producto “a” resulta mejor que el “b”- pero en algunas ocasiones la disminución de un arancel no representa necesariamente únicamente beneficios para la nación, existiendo por tanto otros métodos para estos que no sean la rebaja de las cuotas de importación o los aranceles.

Un ejemplo de lo anterior lo constituye Arabia Saudita. Este país estimó que la mejor política sería gravar con un impuesto bastante alto y superior al de otros productos al petróleo, de manera que el precio para los compradores mundiales fue mayor pero aumentó significativamente el bienestar nacional. Aquí influyen consideraciones sobre el tipo de productos que se exportan y las condiciones naturales de un país ya sea para la manufactura o para la agricultura por ejemplo en atención a su clima o a los diversos tipos de tierras. Arabia Saudita depende en gran medida del petróleo, sin embargo, éste es un

bien escaso que pocos países exportan, por lo que estamos ante una demanda alta y que es factible considerar que puede ser modelada por la oferta, así entonces si ésta decide aumentar el valor del bien, la demanda pagará el nuevo valor y habrá nuevamente equilibrio. La situación anterior no ocurre bajo los términos de un país cuyos productos pueden ser desarrollados por los productores de otros, en tal caso si ingresan por vía de importación los mismos productos que se producen al interior del país, habrá mayor competencia que antes del libre comercio, no siendo posible prever si ésta favorecerá a los productores o lisa y llanamente no producirá beneficio alguno no solo para ellos sino para el bienestar nacional, pues es muy probable que los precios disminuyan y con esto el ingreso marginal, toda vez que la ganancia o beneficio total -entendido el ingreso total menos los costos totales que contienen los costos implícitos- se verá también disminuida.

No obstante, el bienestar nacional no es el único argumento en contra del libre comercio, existe uno que para los economistas representa incluso más complicaciones: el fallo del mercado. Una de las razones por la que se fundamentaba el libre mercado era el llamado “excedente de la oferta o del productor” que implicaba mayor cantidad de productos ante una demanda menor, por lo que el gobierno y quienes toman las decisiones del país consideraban que era el momento de ir en búsqueda de un nuevo nicho. A pesar de lo anterior, el excedente del mercado puede ser refutado vía explicación de éste –explicación que podría ser considerada por algunos no como errada pero meramente especulativa- por la mala utilización de recursos que de por sí son escasos, problemas en los mercados de trabajo o de capital o incluso externalidades tecnológicas y derivadas del desarrollo, en un momento concreto.

## Capítulo II: El fallo del mercado como un elemento Jurídico-Económico

El “fallo del mercado” es precisamente la comprensión de que uno de los mercados internos no está funcionando correctamente (para bien o para mal), lo cual puede producir un beneficio o simplemente un desequilibrio en efecto dominó que afecte a otros mercados –lo que sería bastante lógico en el entendido de las interrelaciones económicas y de las instituciones jurídicas en constante cambio que acompañan la vida comercial-. Por ejemplo, si existiese una externalidad tecnológica que favoreciese a un determinado sector de la industria, pero que por diversas razones –económicas, prácticas, conocimiento etc.- los empresarios no la tuviesen considerada en la producción, esto deriva en un llamado “beneficio social marginal” que en definitiva no es considerado en el beneficio marginal de la producción.

A pesar de esto, el fenómeno del fallo del mercado puede ser en nuestra opinión el espejo de las condiciones internas de un país. Por una parte, nos hacemos cargo que este fenómeno está inserto en la *teoría del “second best”*. Esto no es más que la afirmación de que una política no intervencionista es absolutamente aceptable en el contexto de sistema donde los mercados funcionan de forma eficaz y perfecta. Con todo, las situaciones internas de un país se reflejan en los problemas de los mercados específicos, no resulta por tanto difícil afirmar que si las condiciones económicas de un país se ven disminuidas en un espacio de tiempo específico estas repercuten afectivamente en mercados como el trabajo, el acceso a capacitación por parte de los trabajadores, etc. debido a que los fondos tendrán por parte del gobierno distribución diferente a la que un principio tenían, ya no será prioridad la capacitación para mejorar las ventajas comparativas de los productos, sino que pasará a ser prioridad subsidios por ejemplo a la contratación de mano de obra joven, bonos para disminuir el impacto de las crisis económicas en la economía familiar o en las empresas de menor tamaño, promover los salarios flexibles etc.

Crisis institucionales como golpes de estado, baja credibilidad en las instituciones y en los gobernantes, repercuten a su vez en diversos mercados e incluso de forma directa en las inversiones sean internas o las que en

ocasiones son más importantes, las externas. Pero según nuestro criterio aunque los cambios institucionales se pueden producir en diversos países con Producto Interno Bruto óptimo o no, serán las naciones más pobres las que sufrirán una gran cantidad de crisis en sus instituciones, derivadas por ejemplo de golpes de estado o guerras civiles, pero padecerán aún más los fallos del mercado, no solo en uno sino en la totalidad del sistema. Los diferentes proyectos –ya comentados- que promueven el comercio internacional como la solución a la pobreza, hambre y conflictos internos de los países menos desarrollados de África, se basan en el supuesto de que las políticas de exportaciones ayudarán a disminuir el impacto de los fallos del mercado o derechamente reducirán los mismos, ¿pero serán estos una solución o quizá la respuesta al problema no está en una política de promoción a las exportaciones sino en la identificación de los problemas claves internos que derivan en fallos del mercado?. Así entonces debiese existir la comparación por parte de quienes son los encargados de ejecutar las políticas, si una política interna resultará más beneficiosa que una política comercial destinada a solucionar el mismo problema. Veamos un ejemplo: si el mercado del trabajo funciona deficientemente mediante una política interna puedo promover la contratación de mano de obra menos calificada para que sea capacitada por la empresa con cargo a subsidio estatal, o simplemente puedo facilitar las condiciones para salarios flexibles, pero mediante una política comercial sin existir subsidio de por medio los empresarios se verán obligados a capacitar más a sus trabajadores con el fin de crear productos competitivos en un mercado exterior cada vez más exigente, y si los bienes que exportan tienen una aceptación considerable por parte de los consumidores externos tendrán que contratar más trabajadores para hacer frente a la demanda, sin embargo, el último caso está sujeto a condiciones nada de previsible.

Con todo, los fallos del mercado son difíciles o muchas veces imposibles de identificar, por lo cual, quienes diseñan las políticas siempre estarán enfrentados a la posibilidad de errar en las soluciones o en la forma de evaluar los problemas, errores que por cierto pueden traer aparejados grandes costos políticos. Por tanto, es posible concluir que las teorías económicas que dan argumentos a favor y en contra del libre comercio no solucionan

completamente los problemas internos de un país, pues si bien ayudan dejan de manifiesto que son variables no cuantificables las que influyen en la adopción de una política interna o comercial para lograr enfrentar como gobierno –en el entendido que ya no hablamos de Poder Ejecutivo sino de Gobierno, pues se ha entendido en la enseñanza del Derecho Público que un Presidente y su gabinete realizan una serie de actuaciones programáticas encaminadas al desarrollo de fines y en definitiva políticas públicas- a los problemas que se suscitan en el seno de la sociedad.

Ahora bien, hablar de proteccionismo es- según nuestro parecer- analizar no solo elementos económicos sino también jurídicos, sociales y claramente políticos. A lo anterior podemos agregar que la mayoría de los países medianamente desarrollados o desarrollados, han dejado de lado la idea del proteccionismo como una forma de resguardar mercados internos, para solo restringir el concepto a sectores como el vestuario y agricultura. En cuanto al primero, debemos distinguir si se trata del sector textil específicamente de hilado o la confección, siendo ésta la tradicionalmente más protegida, a mayor abundancia el *Acuerdo Multifibras* establece para diversos países cuotas para exportar e importar<sup>7</sup>. Sin embargo, al proteccionismo en el referido sector mucho han contribuido los mismos países, todo modelado según sea el nivel de influencia en la economía interna.

Si el proteccionismo es o no realmente una política económica o está centrada en la protección de un sector específico que permanece en el mismo frente que un grupo de interés es claramente indeterminado, pues dependerá del gobierno, la flexibilidad de la legislación y que tan fácil es la modificación de su Constitución o si en definitiva ante la inexistencia de Carta Fundamental, ¿qué estatuto normativo da la bases de legalidad para cualquier tipo de política de gobierno? Esto es primordial para entender si un grupo de interés presiona a quienes diseñan las políticas para promover el proteccionismo en desmedro de la demanda, la que se verá cercada por precios infinitamente mayores que los del costo del bien, o los que eventualmente podrían acceder, al existir libre comercio e ingresar productos extranjeros al país.

---

<sup>7</sup> Véase sobre el particular: HARRIS J. y TODARO M. “*Migration, Unemployment and Development: A Two-Sector Analysis*” *American Economic Review* 60. 1970

Un ejemplo de lo anterior lo constituye Japón, quien por décadas ha prohibido las importaciones de arroz, aumentando con ello el precio interno del mismo en comparación al precio mundial ¿es esto deseable? ¿Es realmente fruto de una política comercial, o simplemente se quiere proteger a un grupo de interés que presiona por este tipo de iniciativas? Aquí, claramente la economía no podría responder del todo y será solo un análisis jurídico-político el capaz de analizar las razones de la conveniencia del proteccionismo, y si finalmente es una conveniencia en pos del bienestar nacional.

Con lo ya dicho, consideramos que en el argumento del fallo del mercado y en la hipótesis del “*second best*” tenemos un primer argumento a favor de nuestra hipótesis, específicamente reafirmando la implicancia de la variable institucional en políticas destinadas a una apertura comercial. No sin fundamento podemos sostener, que todo gobierno asume el poder con prioridades diferentes y por cierto con diversa estructura y diseño de políticas. Así, no cabría duda que la política exterior es política de Estado, pero ¿qué ocurre ante la hipótesis de quiebre institucional?, específicamente un golpe de Estado donde asume un gobierno de facto, muchas veces negando la existencia de una Constitución anterior o incluso del ordenamiento mismo. Ante ese punto de vista las prioridades serán diferentes y definidas de manera exclusiva por el Gobierno sin la sujeción a la Carta Fundamental.

Cuando asume un Gobierno de facto, debemos mirar la situación desde dos puntos de vista, a saber: los fallos del mercado o las crisis internas en el sistema están presentes desde antes del Golpe de Estado, o la segunda hipótesis es que sea consecuencia de éste. Si bien en ambos casos estamos ante la hipótesis de fallos del mercado, creemos que en la segunda hipótesis no hay dos decisiones, solo una. Desarrollemos esta idea con un ejemplo:

El País Macondo<sup>8</sup> con anterioridad al Golpe de Estado de 2009 padecía de una de las más altas inflaciones en el último período, la que era cercana al 45%, la cesantía superaba el 24% y su Producto Interno Bruto era comparable a uno de los más bajos en la región de África. La situación interna no era

---

<sup>8</sup> El siguiente caso responde a un ejemplo de la ficción que busca representar de forma gráfica lo expresado en los párrafos que anteceden.

mejor, durante los últimos dos años se habían producido al menos dos revueltas civiles por motivos religiosos y relacionados a la disputa del sector noroeste de Macondo, el que históricamente había pertenecido a la religión A, pero que había sido ganado durante la guerra del 2000 por la religión B. Ante esta perspectiva el gobierno democráticamente elegido no había podido solucionar los problemas más graves que aquejaban a la sociedad, por el contrario, diversas políticas habían aumentado el descontento en la población siendo las protestas y las tomas de dependencias públicas una constante para el Gobierno. El 2009 un sector de la oposición irrumpió de manera violenta en la sede de Gobierno dando paso al Gobierno de Facto, el que en un primer momento negó el texto íntegro de la Constitución, como también la mayoría de las leyes dictadas durante el gobierno democráticamente elegido. Si bien con anterioridad al Golpe de Estado existían relaciones diplomáticas con un gran número de países, el Gobierno había estimado no tener como política prioritaria la apertura comercial con miras a exportar los principales bienes producidos en Macondo. Por el contrario, el Gobierno de Facto consideró que sí era necesaria una política comercial destinada a exportar porque ésta solucionaría los principales problemas del país que ya venían con anterioridad al Golpe pero que la crisis institucional los acentuó.

El ejemplo comentado es un caso típico de fallos del mercado con anterioridad al Golpe de Estado y que se ven acentuados por éste. Sin embargo, si antes del quiebre institucional existían dos posibilidades para el gobierno de solucionar los problemas del mercado, posterior al Golpe de Estado solo existe una, políticas internas destinadas a solucionar los más graves conflictos en un orden de prioridad a criterio del Gobierno de facto pues éste negó toda legitimidad a la Constitución anterior y con esto su Gobierno no está sujeto a la base que otorga una Carta Fundamental dando amplio espacio a la decisión. A lo ya desarrollado debemos agregar que la Democracia desde la década del 90, es uno de los principales valores que observan la mayoría de los países para negociar Tratado.

A mayor abundamiento, la cláusula democrática conceptualmente se establece en base al supuesto de la universalidad de la democracia como sistema de gobierno, basado en el respeto de los derechos humanos y

garantías establecidas en las respectivas constituciones. Si la Constitución ha sido negada por el poder político se entiende que el Gobierno se pone por encima de ésta y con ello del catálogo de garantías que comúnmente ésta lleva aparejada. Con todo, este fenómeno se empezó a gestar con el fin de la Guerra Fría y claramente es un elemento que abarca no solo una región del mundo sino -aunque sea arriesgado decirlo- un principio respaldado por la comunidad internacional. De hecho, por la experiencia histórica de América Latina, las cláusulas democráticas y el hecho de negociar, mantener y cumplir el respectivo Acuerdo, con la condición de solo si la contraparte mantiene un sistema amparado en la protección de los Derechos Humanos, y garantías fundamentales que más que emanar de la Constitución misma son incorporadas a ella, vía Tratados Internacionales o derechamente creación del Constituyente y en definitiva Estado de Derecho, es común desde hace varias décadas.

La Doctrina Administrativista considera que los Derechos y garantías emanadas de la Constitución responden a un mínimo y aún ante la inexistencia de la Carta Fundamental jamás esos mínimos podrán ser “derogados”. Fundamental es precisar que, según nuestra opinión, aunque esos mínimos se entiendan presentes en el ordenamiento su aplicación en tanto garantías emanadas de la naturaleza humana será nula.

El análisis comentado ya ha sido analizado someramente por los economistas,<sup>9</sup> sin embargo, estableciendo supuestos siempre desde los procesos políticos pero como hechos o acontecimientos difusos de existencia indubitable, pero incapaces de definir. Una parte de estos estudios han hablado de lo que se llama transacción política, en que un político electo democráticamente debe tomar posturas impopulares pero a favor de algunos grupos específicos y no de la base electoral. Lo anterior es llamado la “modelización del proceso político”, que no es más que decisiones por costo de oportunidades, esto solo es entendible en un ambiente en que la ciudadanía en general considere apropiada la apertura económica por la baja de precios en ciertos productos que conlleva, pero que un grupo particular la considere totalmente inaceptable por verse obligado a competir con productos extranjero y

---

<sup>9</sup> GROSSMAN Gene, HELPMAN Elhanan. “*Protection for Sale*”. American Economic Review 1994, pág. 833 a 850



con ello terminar con el monopolio interno de sus productos. Lo mencionado es a nuestro parecer una realidad difícil de negar pero que con solo variables cuantitativas es complicado analizar.

La sustitución de importaciones para proteger a ciertos productos fue más utilizada en décadas pasadas, pero en la actualidad es un concepto que va en franca retirada por diversos factores. Uno de ellos, es que en las economías más desarrolladas la agricultura no es un factor relevante, sino que lisa y llanamente la materia prima es comprada en el exterior.

Nos cabe entonces explicarnos la decisión de un país en la línea de la liberalización económica primeramente en base a elementos cuantitativos y en segundo lugar en consideraciones de procesos políticos y como estos influyen en el ordenamiento interno.

### **Capítulo III: El recurso de protección como mecanismo de resguardo del principio de no discriminación**

Es nuestro interés comenzar explicando el principio de igualdad, de forma de contextualizar las acciones que involucran discriminación arbitraria. Se ha señalado que “la igualdad es un principio suprajurídico que, como tal, nace junto con el hombre, no nace con el Derecho, sino que este último se limita a proclamarlo y declararlo”<sup>10</sup>. Por su parte, se ha dicho que “aunque tengan la máxima entidad, como así es, ninguna de estas realidades es propiamente un derecho en el sentido estricto, litigables [...]. Son realidades prejurídicas más respetables que los derechos, como lo es el cuerpo humano, pero no son directamente derechos. Es éste un ejemplo importante, pues una persona no tiene derecho al cuerpo: tiene cuerpo”<sup>11</sup>.

De lo anterior podemos concluir que, una noción jurídica de igualdad debe construirse a partir de los principios inherentes a los seres humanos, de forma que los principios sean recogidos por el derecho para su respeto, divulgación y promoción.

Al recoger los principios, el Derecho entrega al Estado como aparato centralizado de poder, la orden para que éste promueva y respete los mismos en tanto vinculación positiva y negativa a la carta fundamental; mientras que a los particulares les ordena respetar los derechos, de forma de establecer su vinculación negativa con la Constitución que recoge, ampara y resguarda los principios.

Para una mejor comprensión del estudio de la igualdad debemos distinguir: igualdad formal e igualdad material.

La igualdad formal se perfecciona en tanto igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley. Lo anterior implica que la ley debe ser dictada con un contenido abstracto, vale decir, que cualquier persona en ciertas condiciones y ante ciertos hechos debe responder de igual forma ante la ley, y que su

---

<sup>10</sup> LÓPEZ MAGNASCO S. “*Garantía Constitucional de la no discriminación económica*”. Santiago, 2006, Editorial Jurídica, p. 15.

<sup>11</sup> PEREIRA MENAUT, A “*Teoría Constitucional*”, Santiago, 1998, Editorial Jurídica Conosur, p. 422.

aplicación debe ser para todos por igual. La igualdad acompaña a la ley desde su nacimiento (discusión en el Congreso) para llegar a la aplicación más concreta por parte de los llamados a juzgar.

La igualdad material en tanto, se relaciona con las políticas de estado relacionadas con los derechos de carácter económicos o sociales. Lo anterior lo podemos graficar en determinada política pública destinada a promover la protección de microempresarios. La igualdad material se vería reflejada en una igualdad específica que ampare el grupo de los micro empresarios, sin embargo al existir una discriminación positiva convengamos, que estamos realizando una discriminación con fines justos, pero que finalmente sigue siendo una discriminación.

Respecto a lo último, creemos que la igualdad material es también la igualdad más real, pues la aplicación de la ley implica encontrarse en determinada situación ante ella; mientras que una política pública o política de estado será más cercana a la gente y permitirá que un grupo históricamente segregado, a través de una política de discriminación positiva goce de una situación de privilegio que en la generalidad de las situaciones no le es posible observar.

Habiendo señalado el principio de igualdad como contexto del principio de no discriminación nos abocaremos al estudio de éste, centrado en el caso particular de la discriminación económica y los mecanismos de protección de parte del inversionista frente a actuaciones del Estado o particulares.

*Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:*

*22° La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.*

*Solo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrá autorizar determinados beneficios directos o indirectos a favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especial que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos la*

*estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos.*

La discriminación económica arbitraria es definida como la: “acción del Estado que confiere beneficio o impone gravámenes, apreciables en dinero, a grupos de sujetos incorrectamente agrupado en relación al fin de la norma, por efecto de una deficiente apreciación de los elementos esenciales que los vinculan. La arbitrariedad impone una equivocación estatal en la determinación de los destinatarios de los efectos económicos”<sup>12</sup>. Arbitrario por tanto, no tienen un carácter negativo sino más bien segregador de un grupo de individuos para efectos de aplicación de las políticas de Estado.

No obstante, las políticas de Estado suponen también el actuar de uno de los poderes de éste. Al caso específico, podemos entregar el siguiente ejemplo: el poder legislativo al dictar una norma compromete gravemente los intereses de un inversionista extranjero, el cual bajo la creencia lógica y posible de estar invirtiendo en un objeto lícito, se le restringe su derecho de propiedad o aún más, sus derechos sobre su legítimo negocio e inversión.

El inversionista para proteger su derecho de igualdad y por tanto la garantía constitucional de no discriminación económica, tiene la alternativa real de presentar un recurso de protección ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones respectiva.

Si bien el recurso de protección merece un trabajo diferente, nos permitiremos hablar del recurso en las próximas líneas para finalizar con el tratamiento jurisprudencial del principio de no discriminación económica:

### **Recurso de Protección**

El recurso de Protección se encuentra regulado por la Constitución Política de la República, en su artículo 20 y en el Auto Acordado de la Corte Suprema, sobre tramitación del recurso de protección de garantías

---

<sup>12</sup> FERNANDOIS A. “*Derecho Constitucional Económico*”, Santiago, 2001, Editorial Universidad Católica de Chile, Tomo I, p.69.

constitucionales de 1992, modificado por el Auto Acordado de 1998 y modificado por Auto Acordado de 2007.

Mediante el Recurso de Protección, el sujeto pasivo de la vulneración, puede interponer los tribunales superiores, a fin de solicitar que se adopten las providencias, resguardos o acciones necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección, frente a un acto u omisión arbitraria o ilegal que importe una privación, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de los derechos o garantías que la misma Constitución establece.

Por tanto, estamos frente a una acción constitucional y no un recurso como tal, ya que no tiene por objeto impugnar una resolución judicial, sino que poner en movimiento la jurisdicción de forma de proteger y restablecer el imperio del derecho.

La Constitución Política de la República no lo califica como un recurso, sino que estamos más bien frente a una acción cautelar que da origen a un procedimiento de urgencia. La acción es conocida por los Tribunales en uso de sus facultades conservadores, y solo resguarda expresamente:

- I.** Derecho a la vida, a la integridad física y psíquica de la persona
- II.** Igualdad ante la ley
- III.** No juzgamiento por comisiones especiales
- IV.** Respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia
- V.** La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada
- VI.** La libertad de conciencia, manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.
- VII.** La libre elección del sistema de salud al cual desee acogerse, sea éste estatal o privado.

**VIII.** Libertad de enseñanza, que incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales.

**IX.** Libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley.

**X.** El derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas

**XI.** El derecho de asociarse sin permiso previo

**XII.** Solo el derecho a la libertad de trabajo, a su libre elección y libre contratación

**XIII.** El derecho a sindicarse en los casos y forma que señala la ley

**XIV.** El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando normas legales que la regulen

**XV.** La no discriminación arbitraria de trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica

**XVI.** La libertad de adquirir el dominio de toda clase de bienes

**XVII.** El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales

**XVIII.** El derecho del autor y propiedad industrial

**XIX.** El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación cuando sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

Se excluye de la anterior lista de derechos protegidos, a aquellos que por su especial situación están condicionados a la capacidad del Estado o a los que revisten aspiraciones sociales.

El Recurso de Protección resguarda no solo el orden público económico, sino que más bien el Estado de Derecho, por lo cual sin esta acción de

urgencia sería impensado hablar de un verdadero Estado de Derecho y la esencia misma de las garantías sería constantemente vulnerada. Señalamos por tanto que no pueden existir derechos, garantías o principios sino existe acción para protegerlo.

El inversionista por tanto, tendrá como primera posibilidad interponer el recurso de protección correspondiente de forma de salvaguardar sus derechos que se han visto vulnerados por un trato discriminatorio del Estado o sus organismos.

La misma jurisprudencia ha definido lo que podríamos entender por discriminación arbitraria:

- Excelentísima Corte Suprema. Conociendo del Recurso de Protección caratulado “Jara Miguel con Director Regional de Vialidad de la Octava Región y Gas Sur S.A.”. Rol: 3019-04 de 28 de abril de 2004.

Considerando 11º: “es de rigor señalar que discriminar sería tratar de manera desigual a los que discriminar sería tratar de manera desigual a los que son iguales [...]. La discriminación debe manifestarse en hechos, actuaciones o actos concretos de los administrados y de la administración [...]”

- Excelentísima Corte Suprema. Conociendo del Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad caratulado. Rol: 16.227 de 28 de abril de 2004.<sup>13</sup>

Considerando 4º: “Que por discriminación arbitraria ha de entenderse toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o cualquiera autoridad pública que aparece como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable, lo que equivale a decir que el legislador no puede, por ejemplo, dictar una ley que imponga distintos requisitos u obligaciones a personas distintas en iguales circunstancias”

---

<sup>13</sup> En *Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. LXXXVIII, 1991, sección V, p. 179.

Considerando 5º: “Que resulta inconcuso, entonces, que lo que la Carta Política asegura a todas las personas no es sino la prohibición de que en contra de éstas se hagan o generen discriminaciones arbitrarias, originadas fuera o más allá de la razón, admitiéndolas en cambio, el constituyente, cuando ellas obedecen, como en el caso en estudio, a la salvaguarda y protección de bienes jurídicos superiores”.

Es del todo necesario por tanto, que un inversionista cuando decida invertir capital o activos en un país analice no solo el estado actual de desarrollo y desempeño económico del país, sino que es aún más necesario conocer las acciones que permitirán resguardar sus derechos.

El nivel de independencia de un órgano jurisdiccional de los demás poderes del Estado es un condicionante de una buena inversión, por lo cual podríamos estar frente a un nuevo indicador a considerar al momento de decidir si un país es propicio para desarrollar un negocio y por tanto movilizar capital.

En Chile -como se ha analizado en los párrafos anteriores- una eventual actuación que implique discriminación arbitraria en el ámbito económico es factible de dejarse sin efecto por la presentación de la acción constitucional del Protección.

En nuestro país, los tribunales gozan de una independencia completa, lo que insta a que sus decisiones pueden condenar u ordenar ciertas acciones al mismo Estado o a los particulares. Lo anterior, con plena sujeción a la vinculación positiva y negativa del Estado a los derechos fundamentales, y la vinculación negativa.

Por lo cual y según lo expuesto, no podemos más que concluir que estamos frente a un nuevo indicador a considerar al momento de invertir: La independencia del Poder Judicial de los demás poderes del Estado.



#### **Capítulo IV: Protección del Inversionista Extranjero, Pacto Andino y el régimen Chileno de Inversión extranjera contenido en el Decreto Ley N° 600 de 1974**

A modo de introducción al presente capítulo, es necesario mencionar la regulación inicial en nuestra región en materia de Inversiones, vale decir el Pacto Andino.

El 26 de mayo de 1969 Colombia, Bolivia, Chile, Ecuador y Perú, firmaron el Acuerdo de Cartagena con el fin de mejorar la calidad de vida de sus habitantes, promoviendo un proceso andino de integración y cooperación económica.

El nacimiento del Pacto Andino tuvo su origen en paralelo al modelo predominante a fines de la década del 60 y durante toda la década del 70, éste fue el “modelo de sustitución de importaciones” que establecía aranceles altos para los productos importados de forma de proteger la industria nacional. Sin embargo este modelo entró en crisis y derivó en que el nuevo sistema de integración comenzara un punto de inflexión que derivó en un modelo económico semi abierto impulsando la cooperación económica entre los países de la región andina. Chile en 1976 se retiró del Pacto Andino.

En la actualidad el proceso andino de integración se observa en la Comunidad Andina de Naciones (conocido por sus siglas CAN), cuyos miembros son: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú; mientras que los países asociados son: Brasil, Argentina, Chile, Paraguay y Uruguay; y finalmente los países observadores son: Panamá y México.

Sin embargo, el proceso de integración del Pacto Andino derivó en la actualidad en un sistema de cooperación no solo económico sino que también social, con un Plan Integrado de Desarrollo Social y una Agenda Ambiental. Pero también desde 1993 existe la Zona de Libre Comercio entre los países de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, junto con un arancel externo común vigente desde 1995.

Chile en su situación de país asociado a la CAN, y después de haberse retirado del Pacto Andino en 1976, inició un proceso de regulación e impulso a la Inversión Extranjera, bajo el entendimiento de que los recursos internos eran escasos y que para un mayor desarrollo económico y social se requería más inversión. La inversión durante la década del 70 en Chile fue escasa, y la imagen país tuvo un franco descenso.

Es por lo anterior, que una Inversión Extranjera con las reglas claras parece ser el lema de Chile a la hora de captar capitales extranjeros. Con todo, diversos estudios e indicadores del Banco Mundial sitúan a Chile como un destino seguro a la hora de incorporar inversión extranjera directa, sobre la base de una estabilidad político institucional sólida en el tiempo, nivel de conectividad comparado a las grandes metrópolis y un capital humano en creciente desarrollo, los cuales han logrado que Chile sea un imán tanto para las operaciones de externalización de servicios como para la inversión en general.

La ley en tanto ha asegurado a los inversionistas extranjeros no solo reglas claras sino un trato no discriminatorio, tanto mediante el Decreto Ley N° 600 y su marco regulatorio, como a través de los mecanismos de tributación sea vía *Impuesto de Primera categoría* con tributación única o bajo la regla del *Impuesto adicional* para extranjeros no residentes. No bastando lo anterior, mediante diversas reformas a la *Ley sobre Impuesto a la Renta*, actualmente existen mecanismos realmente atrayentes para los inversionistas como es el crédito en sede de *Primera Categoría* e imputable al que debe pagar como persona natural, así por ejemplo, si un inversionista tiene capital en una empresa y por ese hecho tributa ya con impuesto único de Primera Categoría, lo pagado sirve de base y es considerado por la Administración a la hora de pagar sea el *Impuesto Adicional* o *Global Complementario* si ha obtenido su residencia en nuestro país, vale decir:

Art. 56<sup>14</sup>: A los contribuyentes afectos a este impuesto- impuesto global complementario- se les otorgarán los siguientes créditos contra el impuesto final resultante, créditos que deberán imputarse en el orden que a continuación se establece

1. La cantidad que resulte de aplicar las normas del N° 3 del artículo 54.
2. La cantidad que resulte de aplicar a las rentas o cantidades que se encuentren incluidas en la renta bruta global, la misma tasa del impuesto de primera categoría con la que se gravaron. También tendrán derecho a este crédito las personas naturales que sean socios o accionistas de sociedades, por las cantidades obtenidas por éstas en su calidad de socias o accionistas de otras sociedades, por la parte de dichas cantidades que integre la renta bruta global de las personas aludidas.

En ningún caso dará derecho al crédito referido en el inciso anterior, el impuesto del artículo 20 determinado sobre rentas presuntas, y de cuyo monto pueda rebajarse el impuesto territorial pagado.

Si el monto de los créditos establecidos en este artículo excediere del impuesto de este Título, dicho excedente no podrá imputarse a ningún otro impuesto ni solicitarse su devolución, salvo que el exceso provenga del crédito establecido en el N° 3 de este artículo respecto de las cantidades efectivamente gravadas en primera categoría, en cuyo caso se devolverá en la forma señalada en el artículo 97.

Los créditos o deducciones que las leyes permiten rebajar de los impuestos establecidos en esta ley y que dan derecho a devolución del excedente se aplicarán a continuación de aquellos no susceptibles de reembolso

---

<sup>14</sup> LEY SOBRE IMPUESTO A LA RENTA. Contendida en el Art. 1 del Decreto Ley N°824. Publicado en el Diario Oficial de 31 de diciembre de 1974 y actualizado al 19 de junio de 2001

A mayor abundancia en base a estadísticas del Comité de Inversión Extranjera hay al 2009 más de 4.000 empresas extranjeras operando en Chile, así como la Inversión extranjera directa alcanza entre enero y diciembre de 2007 los US\$64.700 millones, siendo dicha inversión canalizada en sectores como: Minería, Servicios Sanitarios, Comunicaciones, Servicios Financieros y Electricidad.

La distribución regional de los capitales que han ingresado durante la vigencia del Decreto Ley N°600 que analizaremos en las siguientes páginas, en el intervalo de los años 1974 a 2007 corresponde en un 37% a proyectos multiregionales con especial énfasis en las regiones Metropolitana, Atacama, Coquimbo, Magallanes y Antártica Chilena, todo en atención a los sectores donde se concentra la inversión extranjera directa. Cabe mencionar que el origen de dicha inversión proviene principalmente de países como España, Canadá, Reino Unido, Australia, Estados Unidos y Japón.

El Banco Mundial durante los últimos años ha empleado un indicador de forma de establecer un ranking con los países que ofrecen al inversionista un estatuto más coherente con sus necesidades a la hora de invertir. A modo de ejemplo presentamos la siguiente tabla con los países que en capítulos posteriores analizaremos desde el punto de vista de indicadores de desempeño económico, institucionalidad y ordenamiento jurídico, así tenemos<sup>15</sup>:

<b>Economía</b>	<b>Protección a los inversionistas<sup>16</sup></b>
<b>Singapur</b>	2
<b>Reino Unido</b>	10
<b>Dinamarca</b>	27
<b>Georgia</b>	41
<b>Tailandia</b>	12
<b>Arabia Saudita</b>	16
<b>Japón</b>	16
<b>Israel</b>	5

<sup>15</sup> *DOING BUSINESS REPORT 2010*. Banco Mundial  
< <http://www.doingbusiness.org/economyrankings/>> [Consultado el 20 de Junio de 2010] .

<sup>16</sup> Lugar que ocupa la economía en el ítem "Protección a los inversionistas" de *Doing Business* en un universo de 183 países. Banco Mundial

<b>Emiratos Árabes</b>	119
<b>Colombia</b>	5
<b>Chile</b>	41

Otros indicadores interesantes al respecto<sup>17</sup>:

<b>Economía</b>	<b>Facilidad para hacer negocios</b>	<b>Iniciar una empresa</b>
<b>Singapur</b>	1	4
<b>Reino Unido</b>	5	16
<b>Dinamarca</b>	6	28
<b>Georgia</b>	11	5
<b>Tailandia</b>	12	55
<b>Arabia Saudita</b>	13	13
<b>Japón</b>	15	91
<b>Israel</b>	29	34
<b>Emiratos Árabes</b>	33	44
<b>Colombia</b>	37	74

Aunque el análisis detallado de los indicadores mencionados anteriormente será tema para el capítulo siguiente, debemos constatar que la protección a los inversionistas revelada en la tabla precedente es un reflejo de *“que desde la perspectiva jurídica es un elemento fundamental en materia de atracción de inversión extranjera (...) las garantías que el ordenamiento jurídico consagra, entre las cuales cabe destacar: el derecho de propiedad privada con un alto nivel de protección y con reglas pre establecidas relativas a la expropiación, la libre iniciativa económica, la igualdad ante la ley, la no-discriminación arbitraria y la existencia de un Banco Central autónomo e independiente, que en su obligación constitucional de velar por la estabilidad de la moneda y el correcto funcionamiento del sistema de pagos internos y externos, adopta medidas en el ámbito de sus facultades en materias de*

---

<sup>17</sup> Op. Cit

*cambios internacionales que responden a criterios técnicos y no a coyunturas de política contingente*<sup>18</sup>

Es aquí donde encontramos el sustento al marco regulatorio de cada país a la protección de los inversionistas, y al mecanismo de atracción de inversión extranjera directa. Creemos entonces, que la base de la atracción de capitales directos al país es la protección al inversionista extranjero ante coyunturas diversas, asegurando un marco de inversiones fijo e inalterable durante el tiempo.

No obstante lo anterior, consideramos que el Decreto Ley n°600 respalda y da un marco institucional no solo ante la existencia de conflictos internos, y situaciones políticas específicas que se desarrollan en momentos determinados y que pueden finalmente modelar las relaciones comerciales de un país con sus socios, sino también la exigencia de hacer que dichas contingencias no representen un peligro real para el comercio exterior y por vía consecuencial al desempeño económico del país foco de las coyunturas.

Un ejemplo real de esto es lo ocurrido en Chile el año 1990 y que origina la transición a la democracia. Es innegable que este hecho produce un cambio institucional, político y por supuesto social. El Decreto Ley no solo se vio inalterable sino que fue reforzado por una serie de mecanismos que lograron conservar la inversión extranjera directa que había sido concentrada desde el año de la vigencia del Decreto Ley ya mencionado.

Con lo anterior solo cabe agregar, que más que ante la hipótesis de un país que sufre cambios institucionales (por ejemplo, los países socios comerciales del primero optan por cerrar las puertas a los Acuerdos bilaterales que hayan celebrado e incluso no continuar con negociaciones para un eventual Tratado), sino que en el presente trabajo intentamos llegar un paso más allá dando a entender que los Inversionistas sean personas naturales o jurídicas mediando acuerdo bilateral entre el país de origen del capital y el país

---

<sup>18</sup> ZAVALA O. José, MORALES G. Joaquín. "Derecho Económico". Editorial Thomson Reuters. 3ª Edición actualizada. 2009. Pág 301

que recepciona éste, son los más perjudicados y por ende antes de invertir más que considerar el impuesto con el que serán gravados, consideran la historia reciente, los cambios institucionales y en definitiva los peligros que el capital correrá en el país al cual se dirigen. Esto resulta de especial importancia más aún cuando la inversión extranjera directa representa un impulso al desempeño económico del país que recepciona el capital. Por esto, nos atrevemos a señalar que el crecimiento sostenido de un país, así también el control efectivo de la inflación y un modelo económico abierto son elementos necesarios para favorecer el comercio y la inversión. Sin embargo, en un modelo circular la inversión y el comercio aportan de manera directa a la Economía del país.

Consideramos necesario desarrollar el marco regulatorio del Decreto Ley N°600 al caso específico de Chile ¿Por qué? La razón se centra en que antes de analizar indicadores específicos de institucionalidad, tanto en el presente capítulo como en el posterior, es relevante ante todo dejar de manifiesto cómo un Estatuto de inversión extranjera –que entre nosotros es más que nada un mecanismo de protección a ésta- puede sobreponerse a diversas contingencias desarrolladas en el país que recepciona el capital, sea antes de la inversión –lo que determina la decisión efectiva de invertir- o durante ésta, que es el momento en que no solo debe estar resguardado el capital sino que se deben cumplir las “reglas del juego” prometidas.

El Decreto Ley N°600 –aquí DL n°600- es el régimen de inversión extranjera más utilizado por los inversionistas para ingresar el capital a nuestro país, el texto original es de 1974, mientras que en 1976 sufrió la primera modificación y que a su vez se ve complementada por diversas leyes de la década del 90, y una modificación del 2005 de profunda relevancia en el ámbito de la minería. El ámbito subjetivo de aplicación es para personas jurídicas, ya sean extranjeras o chilenas con domicilio o residencia en el exterior. En cuanto a las Personas Jurídicas cabe mencionar que el Comité de

Inversión Extranjera considera que éstas son las constituidas en el extranjero pero que cumplen los requisitos del Art. 545 del Código Civil <sup>19</sup>

Si el ente no es persona jurídica a ojos de nuestra legislación –por tanto no se sujeta a modelo corporativo alguno-, el Comité de Inversión Extranjera analiza (previo informe de un abogado de la plaza) si el ente puede ser entendido como persona jurídica en los términos del Código Civil.

Junto con lo anterior y en concordancia con el Compendio de Normas de Cambios Internacionales y con la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central N°18.840, es requisito *sine qua non* que los capitales sean transferidos a Chile desde el exterior para ser considerados inversión extranjera, excluyendo a nuestro parecer la hipótesis de una sociedad constituida en el exterior pero con oficinas en Chile y que transfiere desde la oficina en el país el capital, lo que no obsta a que es un requisito esencial que el inversionista extranjero sea representado en Chile por mandatario domiciliado en nuestro país, sin importar si éste es otorgado en el País en que tiene domicilio el inversionista o en Chile, por supuesto que ante la primera hipótesis de mandato otorgado en el extranjero, éste debe ser legalizado ante el cónsul Chileno en el país y además traducido oficialmente y protocolizado. A lo anterior hay un nuevo requisito, el cual es que se realice la transferencia por el mercado cambiario oficial

Debe celebrarse a su vez un contrato de inversión extranjera, firmado por el inversionista y por el Presidente o Vicepresidente del Comité de Inversiones Extranjera.

En tanto, el concepto de Inversión Extranjera está definido por el propio DL N°600, en el artículo 2, el que señala:

---

<sup>19</sup> Art. 545. Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública. Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter.



*Los capitales referidos precedentemente podrán internarse y deberán valorizarse en las siguientes formas:*

a) *Moneda extranjera de libre convertibilidad, internada mediante su venta en una entidad autorizada para operar en el Mercado Cambiario Formal, la que se efectuara al tipo de cambio más favorable que los inversionistas extranjeros puedan obtener en cualquiera de ellas;*

b) *Bienes físicos, en todas sus formas o estados, que se internaran conforme a las normas generales que rijan a las importaciones sin cobertura de cambios. Estos bienes serán valorizados de acuerdo a los procedimientos generales aplicables a las importaciones;*

c) *Tecnología en sus diversas formas cuando sea susceptible de ser capitalizada, la que será valorizada por el Comité de Inversiones Extranjeras, atendido su precio real en el mercado internacional, dentro de un plazo de 120 días, transcurrido el cual, sin que esa valorización se hubiere producido, se estará a la estimación jurada del aportante;*

*No podrá cederse a ningún título el dominio, uso y goce de la tecnología que forme parte de una inversión extranjera, en forma separada de la empresa a la cual se haya aportado, ni tampoco será susceptible de amortización o depreciación;*

d) *Créditos que vengán asociados a una inversión extranjera. Las normas de carácter general, los plazos, intereses y demás modalidades de la contratación de créditos externos, así como los recargos que puedan cobrarse por concepto de costo total que deba pagar el deudor por la utilización de créditos externos, incluyendo comisiones, impuestos y gastos de todo orden, serán los autorizados o que autorice el Banco Central de Chile;*

e) *Capitalización de créditos y deudas externas, en moneda de libre convertibilidad, cuya contratación haya sido debidamente autorizada y;*

f) *Capitalización de utilidades con derecho a ser transferidas al exterior.*

Al respecto es necesario mencionar que pareciese la letra a) del artículo 2 establecer la exigencia de convertibilidad y de realización de la operación de cambio internacional desde moneda extranjera a moneda de curso nacional. Sin embargo, en base al Capítulo XIV del Compendio de Normas sobre Cambios Internacionales del Banco Central de Chile esto no es necesario, toda vez que existe la opción de internación de la moneda extranjera por el procedimiento en el Capítulo mencionado.

En cuanto a la letra b) la ley entiende que el inversionista puede y además es conveniente que se involucre en la administración de la inversión en Chile, aquí podemos considerar que hay un ingreso de un bien en tanto aporte de capital pero con la necesidad aparejada de avaluarlo, pues en Chile dicho bien podrá ser vendido y subrogado por el dinero que éste represente al momento de la transferencia, con el consiguiente problema de si el inversionista requiere llevarlo al país de origen.

En relación a la letra c) solo mencionaremos que el Comité de Inversión Extranjera tiene la facultad de valorar la Tecnología que está siendo ingresada a nuestro país, en el plazo de 120 días, plazo fatal que de no realizarse se tendrá por valor el que ha estimado el inversionista, además la tecnología no podrá cederse de forma aislada de la empresa, entendiéndose incorporada a la unidad económica de la inversión

La letra d) considera créditos externos asociados a la inversión, cuyas normas aplicables serán autorizadas por el Banco Central. Este apartado es gran relevancia, pues toda vez que un gran porcentaje de la inversión extranjera está destinada al financiamiento de proyectos de gran escala y que por las especiales condiciones del país se ha determinado que éste sea el

lugar en que se desarrollen y concreten. Se ha considerado desde el momento de la discusión de este artículo y específicamente de la letra comentada, que las facultades entregadas al Banco Central para la autorización vienen dadas por el control que éste puede ejercer ante eventuales egresos de dinero para el pago de capital e intereses.

En lo relativo a la letra e) hay una diferencia sustancial con la letra anterior, debido a que estamos ante la hipótesis de créditos ingresados al país en un momento anterior a la capitalización.

Finalmente, la letra f) regula las eventuales utilidades y el hecho de ser remesas al exterior para su disposición por el inversionista, pero si se decide que no sean remesas sino que constituyan recapitalización quedaremos ante una excepción a lo ya comentado en el sentido de que la transferencia de capitales debe hacerse desde el extranjero al país. Pero si el inversionista decide hacer retiros quedará sujeto al impuesto adicional que grava las remesas al exterior

Es de fundamental importancia para el desarrollo de nuestro trabajo y ya realizado los comentarios sobre la definición de inversión extranjera, el hecho de determinar que el *Contrato de Inversión Extranjera* tiene en la doctrina y la jurisprudencia el carácter de contrato-ley. Sin embargo, consideremos para establecer esta naturaleza la definición dada por el Consejo de Defensa del Estado en 1967 y comúnmente citada en la doctrina nacional:

*“Una convención autorizada por ley entre un particular y el Estado que compromete la soberanía, la que quedaría limitada, ella misma o su ejercicio, por la obligación que asume el Estado de respetar la estabilidad de un régimen especial de franquicias, sean ellas aduaneras, tributarias, cambiarias, generalmente con duración determinada.”*

A lo anterior agregamos que a nuestro parecer el Estado no renuncia a legislar sobre materia del Contrato-Ley sino por el contrario puede legislar

pero no debe –y es ahí donde existe el compromiso- vulnerar los derechos y prerrogativas otorgados en el contrato. Al respecto en Derecho Tributario se habla de la doctrina de los Derechos Adquiridos, aunque es discutido en el ámbito contractual se reconocen pero también se plantea que no es un derecho vulnerado en cuanto no produce efectos, siendo el mismo criterio que se utiliza para la procedencia de la retroactividad de la ley.

Las situaciones jurídicas consolidadas no pueden alterarse por ley posterior, por lo tanto, no hay asidero para que el legislador pueda afectar con una ley una situación jurídica consolidada. Un ejemplo claro al respecto pero en otra materia siempre dentro del ámbito tributario, es el Decreto con Fuerza de Ley N° 2, en su artículo 14 y 15 relativo al plan habitacional de 1959. El beneficio que se establece en esta ley es la exención del impuesto global complementario bajo ciertas hipótesis, congelando por ende el sistema tributario.

El Contrato-Ley es entonces una prerrogativa para el inversionista y un título por el cual el Estado se compromete a hacer cumplir todo lo mencionado en la convención, en especial en lo relativo a las franquicias ya señaladas<sup>20</sup>, y que de hecho *“ha sido denominado como contrato-ley al no poder ser objeto de modificación unilateral por parte del Estado de Chile en el ejercicio de sus derechos de Estado soberano”*<sup>21</sup>

Cabe mencionar que frente a las prerrogativas el inversionista renuncia a la tasa del Impuesto Adicional del 35% por una superior del 42%, si opta por este mecanismo la tasa queda fija por un período de 10 años y que incluso no podrá ser aumentado por 20 bajo la hipótesis de inversiones industriales o extractivas de US\$50.000.000 o más.

También es factible que opte por el Impuesto Adicional si considera que existen claros síntomas de que tanto la política de gobierno como legislativamente no se preferirá aumentar la tasa en los próximos 20 años, ésta será siempre una apuesta difícil pues en nuestro sistema electoral a un plazo

---

<sup>20</sup> Sobre el particular MAYORGA R., MONTT L. *“Inversión Extranjera en Chile”*. Editorial Jurídica ConoSur Ltda. Santiago. 1993

<sup>21</sup> Op. Cit pág 66, citado también en ZAVALA O. José, MORALES G. Joaquín. *“Derecho Económico”*. Editorial Thomson Reuters. 3ª Edición actualizada. 2009. Pág 316

de 10 años, serán 3 los Presidentes del mismo conglomerado o disímiles que accederán a dirigir el País, pudiendo siempre existir la posibilidad que las políticas de Gobierno durante un período no sean aumentar la tasa, pero durante el período siguiente esta opción sea directamente considerada. Cabe mencionar que la decisión del inversionista de acogerse a una u otra tasa es irrevocable.

La otra opción que posibilita el DL n°600 es acordar la fijación del Impuesto al Valor Agregado y del régimen arancelario relativo a la importación de tecnología y productos para la fabricación que no sean producidos en Chile

La última modificación del DL n°600 se realizó el año 2005 mediante la Ley 20.026, teniendo como fin abarcar inversiones superiores al monto ya establecido de US\$50.000.000 pero con la especificación de que dicha inversión debía tener como fuente proyectos mineros. Al respecto se establecen diversos derechos como:

- *Mantener invariables las normas legales vigentes a la fecha de suscripción del respectivo contrato en lo relativo al Impuesto Específico a la Actividad Minera. En consecuencia, no se verán afectados por el alza de la tasa, la ampliación de la base de cálculo o cualquier otra modificación que se introduzca y que haga directamente más gravoso el Impuesto Específico a la Actividad Minera.*
- *No estarán afectos a cualquier nuevo tributo, incluidas las regalías, cánones o cargas similares, específico para la actividad minera, que se establezcan luego de la fecha de suscripción del contrato de inversión extranjera respectivo, que tenga como base o considere en la determinación de su base o monto los ingresos por actividades mineras o las inversiones o los bienes o derechos utilizados en actividades mineras.*
- *Invariabilidad en los montos o forma de cálculo para las patentes de exploración mineras y las patentes de explotación mineras vigentes a la*

*fecha de suscripción del contrato de inversión extranjera, y que las haga más gravosas.*<sup>22</sup>

No obstante lo anterior, hay una serie de requisitos que el inversionista debe cumplir para encontrarse acogido a las prerrogativas establecidas con la modificación, tal es el caso de comprometer auditorías externas de sus estados financieros, y presentar estos de forma trimestral y anual ante la Superintendencia de Valores y Seguros junto con su memoria anual. Además, al presentar la solicitud de inversión debe acompañarse documentos que sustenten el proyecto minero y que lo detallen.

Actualmente, es posible pensar que después de una cadena de crisis económicas globales los inversionistas se han apartado de los mercados emergentes, dando paso a lo que en lenguaje económico se llama la reversión de los flujos de capital o volatilidad, entendiéndolo más que nada como el producto necesario de toda crisis. Contra toda predicción los ya mencionados inversionistas extranjeros directos, vale decir los que ingresan a un país con el solo fin de invertir en negocios, plantas productoras o infraestructura destinada al proceso productivo, han demostrado un patrón de inversión sostenida especialmente en países en vías de desarrollo, tema que nos interesa como país.

Un país en vías de desarrollo puede ser un excelente mercado y foco de oportunidades de crecimiento no solo a largo plazo sino que indudablemente a corto plazo. Sin embargo, en la otra cara de la moneda dichos países presentan instituciones con principios básicos que a menudo son débiles y poco estructurados. Así, por ejemplo las regulaciones financieras pueden ser letra muerta o de poca aplicación práctica, la burocracia y el aparato estatal pueden representar potencialmente un tope para la actividad de innovación y de emprendimiento que por lo general resultará más patente para los inversionistas extranjeros que para los nacionales. Pero, a nuestro parecer, una de las características más importantes de los países en desarrollo es el -a

---

<sup>22</sup> Servicio de Impuesto Internos. Información básica para inversionistas extranjeros en [http://www.sii.cl/portales/inversionistas/info\\_inversionistas/info\\_inversionistas.htm](http://www.sii.cl/portales/inversionistas/info_inversionistas/info_inversionistas.htm) (En línea). Consulta 22 de Junio de 2010

veces- imperfecto imperio del derecho con la inexistencia de por ejemplo leyes que resguarden los cumplimientos de los contratos (en nuestro país v. gr. Art. 1545 del Código Civil entendido como la ley del contrato).

## Capítulo V: Análisis de los elementos *ex antes* de realizar una Inversión

Los economistas como David O. Beim<sup>23</sup> han expresado que tres elementos deben concurrir de forma copulativa y deben ser analizados *a priori* por el inversionista antes de ingresar capital, sea por vía directa o a través de inversión en acciones y bonos públicos o privados, a saber:

- I. Tanto los países como las empresas destinatarias de la inversión deben mostrar tasas de crecimiento no únicamente sólidas sino sustentables
  
- II. Que en la historia reciente del país las utilidades hayan sido compartidas no solo con inversionistas nacionales sino también extranjeros
  
- III. Crecimiento rentable

A continuación, analizaremos cada uno de los elementos ya enunciados. Realizamos eso sí la prevención de que en un mercado perfecto al menos dos de estos tres elementos se verían reflejados en los precios.

Tanto los países como las empresas destinatarias de la inversión deben mostrar tasas de crecimiento no únicamente sólidas sino sustentables

Los países en vías de desarrollo tienen mayores posibilidades u oportunidades de crecimiento que los países industrializados o ya desarrollados, que tienden a un estancamiento de su desarrollo, es una afirmación común en el ámbito de la inversión extranjera. Sin embargo, esta teoría está sujeta -en nuestra opinión- no solo a un crecimiento sustentable y

---

<sup>23</sup> Profesor de Finanzas y Economía de la Escuela de Negocios de la Universidad de Columbia y que ha sostenido en diversas conferencias los elementos que se deben analizar para invertir en acciones y bonos



efectivo de la economía sino a un escenario propicio para el desarrollo de la misma. Para expresar lo anterior nos basamos en la siguiente tabla. <sup>24</sup>

Ciertos países en vías de desarrollo han aumentado su crecimiento exponencialmente en mayor medida que otros países de similares características, un ejemplo de este fenómeno lo constituye Corea. Fuentes del Fondo Monetario Internacional (con algunos datos expresados en la tabla ya señalada) concluyen que en 1970 el Producto Interno Bruto per cápita de Corea alcanzaba los US\$ 267, situación comparable a países como Costa de Marfil o Ghana, el primero con US\$271 y el segundo con un Producto Interno Bruto per cápita (en adelante, PIB per cápita) aproximado de US\$ 257, ambos al año 1970.

País	Crecimiento real del PIB/percápita 1995-1999	Ausencia de corrupción	Bancos de propiedad de privados (%)	Respeto por las leyes	Derechos de los accionistas
China	9.4	3.1	1	4.9	sin datos
Polonia	5.2	4.1	16	6.1	sin datos
Taiwán	sin datos	5.5	23	6.9	6.0
Grecia	3.1	4.9	22	6.0	2.0
Brasil	3.1	3.9	68	4.6	6.0
India	3.1	2.8	15	5.3	4.0
Corea	3.0	4.0	75	6.9	4.0
Malasia	2.4	4.8	90	6.7	6.0
Chile	2.2	7.4	80	7.2	6.0
Singapur	2.2	9.1	78	8.9	6.0
Filipinas	2.2	2.8	73	4.8	8.0
Israel	2.1	6.6	35	6.9	6.0
Argentina	0.0	3.5	40	5.6	8.0
Turquía	-0,5	3.8	44	5.0	4.0
Tailandia	-0,5	3.2	83	5.8	6.0
Jordania	-2,1	4.6	74	6.4	2.0
Venezuela	-4,5	2.7	42	3.7	2.0

<sup>24</sup> Fuente: International Financial Statistics (FMI), sitio web Transparency International <<http://www.transparency.org>> . *Law and Finance* (Journal of Political Economy, 1998, 106,2, p.p. 1113-1155).

Pero Corea en la década de los 80, aumentó desde los mencionados US\$ 267 el PIB per capita a US\$ 1512. Como referencia podemos señalar que Siria, en el mismo periodo, presentaba US\$1501. Creemos necesario mencionar que Corea, desde comienzos de la década del 80, se unió a la economía global a través del aumento de la calidad de los productos y la continua capacitación del capital humano. Ambos elementos son requisitos y consecuencias de la incorporación a un mercado altamente competitivo, que produce un ajuste en la producción, en orden a moldear la cantidad y lisa y llanamente a mejorar la calidad de los productos.

A mayor abundamiento, consideramos del todo necesario mencionar que un ajuste en la producción y sobre todo un aumento en la calidad del capital humano conducen a un desarrollo no solo de la calidad de vida de la población, sino en el acceso a nuevos productos dados por una renovada capacidad adquisitiva.

En el otro extremo Argentina, -y también en base a fuentes ya expresadas- en la década de los 90 afianzó su economía a través de modificaciones legales y al sistema financiero. Sin embargo, la base de la estructuración económica se basa –incluso actualmente- en la exportación de los mismos productos de la década del 20, vale decir, las diferentes pieles y los derivados del trigo.

Entonces, es necesario e importante para el inversionista analizar la apertura económica global del país que recepcionará su inversión, considerando por cierto que en las últimas décadas no hay país que haya logrado un desarrollo considerable y un aumento aún más importante en su Producto Interno Bruto, sin que haya alcanzado un nivel de conexión con el comercio internacional y que en definitiva se haya incorporado al modelo económico global imperante. No es menor mencionar el caso de Grecia, que gradualmente ha presentado una apertura al comercio exterior de la mano de la Unión Europea. De hecho, creemos que en las últimas cuatro décadas Grecia es uno de los países que mayor apertura ha presentado al comercio exterior.

Que en la historia reciente del país las utilidades hayan sido compartidas no solo con inversionistas nacionales sino también extranjeros

El carácter familiar que presentan ciertas empresas es más común en países en vías de desarrollo, pues estos fomentan el emprendimiento a través del desarrollo de las empresas de menor tamaño que en la mayoría de las ocasiones son de carácter núcleo-familiar. A modo de hipótesis consideramos que esta característica puede ser consecuencia del sistema crediticio para acceder al emprendimiento. Con lo ya mencionado, tenemos que a *contrario sensu* en los países ya desarrollados las empresas tienen las características de gobiernos corporativos y no núcleos familiares, sino equipos gerenciales externos y no necesariamente vinculados con los dueños o controladores de la sociedad tras la empresa. Por ende, en los países en vías de desarrollo las empresas suelen ser controladas y administradas de una forma más directa por los dueños a través de puestos gerenciales claves.

Así entonces, en los países en vías de desarrollo con un especial modelo corporativo existe una confianza y seguridad diferente a la hora de emprender un negocio, que sumado a un razonable sentido de subordinación a la ley, hacen que la competencia sea más estricta y regulada a cabalidad. Lo anterior no obsta, a que ingresen inversionistas con empresas regidas por gobiernos corporativos, estructurados en base a puestos gerenciales contratados e independientes de los controladores, pero esta inversión se ve favorecida en los países mencionados donde el emprendimiento es una cualidad elemental que se ve profundamente respaldada por el hecho de estar centrada en el control núcleo-familiar.

Aumentar el número de leyes –y directamente proporcional la claridad de éstas- acerca de la entrega de los estados financieros, se logra- en países como Chile- a través de la incorporación del método para rendir los mismos conforme a los principios contables generalmente aceptados. Así, resguardan

aún más el acceso de los inversionistas a un país en vías de desarrollo, pues conocen desde antes las “reglas del juego”. Si a lo anterior sumamos el respeto al ordenamiento jurídico íntegramente considerado, y la consolidación del emprendimiento como un valor esencial para alcanzar el desarrollo, tenemos ante nuestros ojos una posibilidad cierta de atraer inversión directa al país

En el caso de nuestro país, el legislador ha entendido la importancia de asegurar estos derechos; más aún ha intentado vía modificaciones y proyectos de ley realzar la importancia de la aplicación práctica. Un caso ejemplar es la llamada “Ley OPA” o también Ley de Oferta Pública de Acciones, que acoge diversos informes de organismos internacionales para fomentar el buen gobierno corporativo y diversas acciones como es el caso de la transacción entre partes, la ampliación del derecho a retiro a través de causales amplias taxativas y una genérica para permitir la auto exclusión de uno de los accionistas de manera más rápida pero dentro de un marco institucional.

Uno de los elementos a nuestro juicio más importantes de la Ley de Oferta Pública de Acciones, es la capacidad que tienen los accionistas minoritarios –que pueden ser inversionistas nacionales o extranjeros- de modificar el control de la sociedad y los beneficios derivados. El derecho de los accionistas minoritarios promueve seguridad en el inversionista, toda vez que sin importar la cantidad de ingreso de capital al país, existe una institucionalidad y un conjunto de derechos destinados a proteger la inversión.

Otra posibilidad real es aumentar los derechos de los accionistas – derecho a emitir votos en instancias como las juntas de accionistas, un voto por acción entre otros mecanismos- y acreedores, además de una regulación concursal efectiva para enfrentar las diversas contingencias económicas por las que puede pasar una empresa, pues el emprendimiento- como la mayoría de las innovaciones- está sujeta a las vicisitudes propias del sistema.

Es así como los inversionistas, al conocer los derechos y su efectiva aplicación, además de la seguridad de invariabilidad en el tiempo de dichas prerrogativas ven al país como una real oportunidad de inversión. A mayor

abundancia para dar una consistencia más específica a los derechos ya mencionados se requiere una institucionalidad que los haga valer y que no los transforme en “letra muerta”. En Chile y en diversos países de tradición francesa esto se logra a través de las figuras de la Superintendencia, sea (en el caso de Chile) la Superintendencia de Quiebras, de Valores y Seguro, o la de Bancos e Instituciones Financieras.

Para las Finanzas Corporativas, los requisitos mencionados anteriormente se dan en sede del llamado “Problema de Agencia”, que se presenta ante la hipótesis de que quienes administren pueden expropiar a los dueños de la sociedad. Como señalamos anteriormente es más común en países ya desarrollados, toda vez que los gobiernos corporativos están formados por cuerpos gerenciales ajenos a los dueños. Por tanto, los inversionistas sean directos o indirectos generalmente tienen un control externo a la empresa y más aún un lugar pasivo dentro de ésta, por lo que necesitan que el ordenamiento resguarde sus derechos, garantice su efectiva aplicación y que exista una institucionalidad base para la protección de estos.

### Crecimiento rentable

Lo anterior se deriva del innegable aporte de las empresas al Producto Interno Bruto del país. El mayor aumento del último es consecuencia directa del crecimiento en las ganancias de las empresas, aunque este solo se vea reflejado en sectores específicos y no necesariamente en todo el espectro productivo.

Por lo ya señalado se suele diferenciar entre un crecimiento de fondo y uno de primera línea o exterior, el primero resulta ser el más difícil de alcanzar toda vez que necesita en nuestra opinión una mayor inversión de capital –no solo de dinero sino que humano- para alcanzar un crecimiento sostenido. Aquí, nos encontramos frente a un nivel más alto de productividad, con una necesaria eficiencia, e incluso con un aumento en la calidad de los productos derivados de la cadena productiva íntegramente considerada.

El problema resulta entonces en el rol de subsidiariedad o directamente el rol de estado de bienestar y no de subsidiariedad, que responde el Estado. En los países en vías de desarrollo el Estado suele estar más presente en la vida económica y en menor grado el dejar hacer, debido a que libertad de mercado entendida de forma amplia, no es vista como un valor importante, sino necesaria siempre y cuando que el Estado por diversas vías controle dicha libertad. Pero el control a la libertad de mercado suele ser contraria a la siempre necesaria rentabilidad e incluso eficiencia, pues los negocios implican acciones rápidas y decisiones razonadas. Más Estado no significa necesariamente más crecimiento y desempeño económico.

La situación más complicada se produce en países en vías de desarrollo, donde la excesiva institucionalización deriva en una burocracia que lo es aún más. Por ejemplo, las dificultades para acceder a permisos, licencias y todo tipo de documentos necesarios (para emprender un negocio o concretar una inversión) hacen de la corrupción un mecanismo comúnmente utilizado, conocido e incluso debidamente institucionalizado en ciertos países. Lo anterior, puede ser más acentuado en ciertos puntos del orbe. India, durante un largo período, creó los llamados “Permisos Raj” mediante el cual las empresas podían modificar los activos, sin este permiso dichos cambios eran ilegales y aparejados con la sanción más estricta del ordenamiento, la nulidad, existiendo por tanto un freno legal al crecimiento e institucionalizando la corrupción como mecanismo de acceso a los permisos, que de por sí tenían una compleja tramitación.

Creemos en definitiva que los cambios institucionales son parciales o completos. Los últimos, que entre nosotros llamaremos quiebres institucionales, se caracterizan- según nuestra opinión- por modificar o derechamente ser imposibles de catalogar bajo las bases de la institucionalidad de un ordenamiento jurídico, toda vez que las normas supra-legales derivadas de la ratificación de Tratados de Derechos Humanos o Convenciones de las cuales emanan garantías para el ser humano y que se contienen específicamente en las Cartas Fundamentales son negadas totalmente.

Es así como un cambio o quiebre institucional puede modificar la relación comercial entre dos países tácitamente, mientras uno de los Estados Partes decida no continuar con las negociaciones o poner un cese temporal o definitivo al Tratado, o expresamente sea mediante una cláusula laboral y la sanción aparejada al incumplimiento o modificación de uno de los preceptos que la contraparte se compromete a observar y que debían mantenerse invariables, es decir, por medio de una cláusula democrática cuya sanción implique la suspensión del acuerdo principal. Este último caso lo entenderemos como “anexo sancionador”.

Sin embargo, al análisis ya expuesto agregamos lo desarrollado en este capítulo en orden a comprender que los cambios o quiebres institucionales pueden alterar las relaciones entre inversionistas, o en definitiva entre un inversionista extranjero y el país que recibe el capital, situación no solo es común sino que representa un claro desafío para los países en desarrollo en atención a lo expuesto anteriormente.

## Capítulo VI: Concepto de desempeño económico e institucionalidad

Generalmente, los mercados siempre estarán subordinados a las coyunturas económicas y político-sociales, producto de la interrelación con un sistema económico que tiene como supuesto la conexión entre variables diversas. Con todo, es realmente complejo medir el grado de las contingencias político-sociales, al menos bajo un prisma cuantitativo, mientras que las coyunturas económicas pueden ser medidas en base a un desarrollo histórico de diversos períodos de cada país.

Un caso de lo último, es la investigación que realiza la *National Bureau of Economic Research* (NBER) con sede en Estados Unidos, la cual se realiza no solo a través de la producción de diversos estudios económicos sino de un análisis acabado de momentos históricos, entendiendo las contingencias como cíclicas en un período determinado, dando resultados de recesión cuando en dos trimestres consecutivos se produce una tendencia a la baja del producto interno bruto real, que es la forma de medir que muestra más efectivamente la realidad de la producción económica. Lo anterior, no es siempre el único mecanismo para decretar una recesión. Como ejemplo: Estados Unidos decretó la recesión en 1981 cuando solo se había producido un descenso en el PIB real correspondiente a un solo trimestre. Sin embargo, las cifras a la baja eran considerables, y había una clara tendencia a que este escenario se reprodujese en el trimestre siguiente<sup>25</sup>

Lo antes mencionado, permite concluir que un inversionista al analizar el panorama actual y las alternativas inmediatas que ofrece el país al que pretende dirigir su inversión, podrá considerar la situación económica existente y cuál es la tendencia para los próximos meses, pero será igualmente necesario analizar variables que escapan del plano económico y se mezclan con la situación político- jurídica del país que recepciona el capital.

---

<sup>25</sup> Sobre el particular, Jorge Tarziján ha expresado una opinión bastante similar respecto a este punto en: EL DIARIO FINANCIERO. *"Management en Finanzas e Inversión"*. Número de clasificación de la revista EC19010403816. En el mismo sentido, LA PORTA, R. *"Law and finance"* Journal and Political Economy, 106. Págs de 1113-1155. 1998



A continuación, se analizarán diversas variables que considera el Banco Mundial para confeccionar el ya mencionado *“Doing Business”*, aunque enfocaremos nuestro estudio en tres variables específicas, a saber: Respeto a las leyes, Derechos de los Accionistas y Ausencia de Corrupción, pues en nuestra opinión las mencionadas son parte esencial del factor de riesgo institucional que incluiremos al momento de analizar la viabilidad de un Tratado de Libre Comercio y del sistema de Inversiones, toda vez que el respeto a las leyes se verá quebrantado en la mayoría de las hipótesis ante un eventual cambio institucional, o frente a una contingencia socio- política específica. Por su parte, el Derecho de los Accionistas es una variable que considerada por el inversionista al momento de invertir en un país, si su opción es ingresar capital de forma directa en una Sociedad, a mayor abundancia si su interés es ingresar capital para el financiamiento de proyectos específicos, lo hará en un gran número de ocasiones ingresando primero como accionista de la sociedad ejecutora del proyecto de forma de asegurar la rentabilidad futura que se obtenga.

El factor riesgo institucional que promovemos como tesis debe ser utilizado en la evaluación de todo financiamiento de proyecto que un inversionista requiera realizar, más aún en todo ingreso de capital a un país. Sin embargo, en la doctrina nacional y extranjera el factor de riesgo ha sido escasa o nulamente considerado, toda vez que existiría “un aparente calce entre lo que ofrecen las empresas foráneas y lo que necesitan los países receptores”<sup>26</sup>, sin suponer la importancia que tiene este elemento ante elecciones, cambios institucionales en situaciones normales –vale decir, cambios de gobierno elegido válidamente por los ciudadanos o bajo el sistema que el país contemple en su carta fundamental o leyes bases como es el caso de Israel-, eventos políticos que derivan en cambios o crisis institucionales diversos o modificaciones económicas internas o por consecuencia internacionales.

---

<sup>26</sup>HENISZ WITOLD J., ZELNER B. *“Los riesgos ocultos en los mercados emergentes” en Harvard Business Review América Latina, edición especial “El Liderazgo en la era de la Transparencia”, Abril 2010, pág. 87*

Pero lo anterior se tornará del todo importante, cuando estemos frente a un país en vías de desarrollo en que no se ha trazado el camino de forma cierta para la estabilización, o cuando dicho país ha vivido en su pasado inmediato debacles financieras internas producto de situaciones globales.

Sin duda alguna, los inversionistas particulares o las empresas multinacionales que tengan un mejor análisis de anticipación de los riesgos y de la gestión de ellos para transformarlos en oportunidades, serán los que sobrevivirán a hipótesis de cambios o crisis institucionales futuras, y derivado de ello a modificaciones legales e incumplimientos de contratos.

Los Inversionistas en este sentido necesitan un desarrollo de mecanismo proactivo, que permita anticiparse a los riesgos de gestión política, pero sobre todo puede convertirse el manejo político en una buena fuente de ventaja comparativa. En capítulos anteriores, hablamos sobre el decreto ley 600 y el sistema de inversión en Chile. A modo de introducción, este aspecto nos interesa de sobremanera debido a que estamos frente a un contrato que se deriva en derechos y obligaciones, como la mantención de un impuesto fijo en el tiempo al inversionista y el necesario entendimiento de buena fe que ambas partes cumplirán con lo establecido en el Contrato ante cualquier evento, esto es- según nuestro parecer- una ventaja comparativa de nuestro país con respecto a otras realidades sudamericanas, pero debe ir necesariamente acompañada de una gestión real por parte de los inversionistas, en orden a aminorar lo máximo posible los riesgos políticos.

Por su parte, hasta la década de los 80, en el mundo existía la concepción que los mayores problemas que podían encontrar los inversionistas era en los países en vías de desarrollo y sus inestables sistemas políticos. Nada extraño nos debe parecer la anterior aseveración, en orden a que la década del 70, en esta parte del mundo se vivieron complejas situaciones político- sociales, derivando no solo en golpes de estado sino también en guerras civiles. Por lo anterior, la principal preocupación de los inversionistas era la eventualidad de ser expropiados en su capital- concepto que popularmente es conocido como “corralito” cuando nos referimos a capital monetario y no invertido que se encuentra en el país- . Actualmente, este

riesgo fue eliminado a casi cero, siendo muy pocos los casos en que se producen pero altamente criticados por la comunidad internacional, en que pareciese haber consenso de que la propiedad privada y los derechos adquiridos son verdaderos valores que las sociedades actuales deben considerar al momento de desarrollar sus políticas. No obstante, concedemos que la anterior aseveración no se aplicaría a algunos países, como es el caso de China que desde el 2007 reconoció la propiedad privada, sin perjuicio de los derechos de uso y goce otorgados por el estado a campesinos.

Por estadísticas del M.S. MINOR "The Demise of Expropriation as an instrument of LDC Policy 1980-1992"<sup>27</sup>, hacia 1980 las expropiaciones "legalmente declaradas"- la anterior frase debe ser utilizada en un concepto meramente restrictivo, pues aunque las expropiaciones eran decisiones gubernamentales, siempre eran amparadas en la ley, como fue el caso chileno de la expropiación minera en tanto sanción punitiva, llevada a cabo en el gobierno de Salvador Allende- de activos extranjeros por países que recibían el capital o anfitriones, era casi cero en los mercados emergentes, mientras que el más alto número de acciones de expropiación en países en desarrollo o los llamados por la economía como emergentes se presentó entre 1974 y 1976 llegando a 80. En 1964 las acciones de expropiación eran aproximadamente 23, en 1966 esta cifra bajo a menos de 10. Dos años después, diversas contingencias sociales causaron un aumento considerable llegando a 28, mientras que en 1970 hubo una clara tendencia al alza que se mantuvo hasta 1976.

Son variadas las razones por las que las acciones de expropiación disminuyeron desde la década de 1980. Sin embargo son imprecisas de señalar o enumerar; tampoco, ciencia alguna se ha encargado de definir las, aunque- a modo de hipótesis- podemos señalar que un derecho internacional más conectado y sólido, como el aumento de países en desarrollo que entienden que su desempeño económico está claramente relacionado con la confianza en el exterior que proyectan, son algunas de las variables que permitieron disminuir estas acciones pero derivaron en los "riesgos de

---

<sup>27</sup> JOURNAL OF INTERNATIONAL BUSINESS STUDIES 25 (1994). Pags. 177-188. Base de datos Harvard Business

políticas”, concepto acuñado y mencionado reiteradamente en conferencias por el Profesor George Chifor de la University of Windsor en Canadá, que no es más que la aplicación de instrumentos de control y regulación de capital, de forma discreta por los países, que deriva en la extracción de capital y valor de las empresas extranjeras o de la inversión directa de un inversionistas y que en el largo plazo resulta más nociva que una acción de expropiación.

A mayor abundamiento, podemos señalar que la aplicación de instrumentos de control puede estar relacionada directamente con la facultad de que un gobierno cambie discriminatoriamente en parte el ordenamiento jurídico –lo que sería poco probable en países como el nuestro, donde solo hay materias de ley que pueden ser promovidas por el Presidente, pero que la opinión final la tendrá el congreso, sin embargo los reglamentos que permiten ejecutar las leyes sí permitirían cambios arbitrarios- o incluso que los entes administrativos en virtud de su jurisprudencia pudiesen hoy tener una opinión y mañana una muy diferente respecto a un mismo ámbito, y que ésta jurisprudencia restringiese la libertad de empresa en todo o en parte afectando por ende el desarrollo de la actividad empresarial.

El riesgo de política será por tanto la reducción de los retornos financieros para el inversionista, por causales como las anteriores; por cierto no taxativas, pues resulta lógico comprender que a mayor desarrollo empresarial mayor podrían ser las restricciones impuestas por un país. Los datos al respecto son bastante ambiguos, pues no es fácil establecer métodos cuantitativos para determinar cómo afectan los riesgos políticos a los inversionistas. Diferente era cuando las acciones de expropiación eran comunes y por tanto en virtud de una sumatoria podíamos establecer el panorama mundial al respecto.

Generalmente, los inversionistas como método para prevenir eventuales escenarios que perjudiquen su inversión, optan por combinaciones de contratos y seguros, pero ambos no dan una protección totalmente eficaz a las eventualidades derivadas del riesgo de política, a saber:

- Contratos: Los contratos son útiles en tanto las obligaciones emanadas de éste son coercibles y se cumplan, de lo contrario el contrato es “letra muerta”. No en todos los ordenamientos existen artículos como el 1545 del Código Civil (de clara inspiración del Código Napoleón y el principio universalmente reconocido del *Pacta Sunt Servanda*) que establece la ley del contrato.

Sin embargo, una transformación legal derivada de una decisión específica del legislador para regular nuevas hipótesis, o modificaciones que son consecuencias de crisis o quiebres institucionales pueden terminar con un contrato, dejando sin efecto todas las obligaciones emanadas de éste, o lo que resulta más complicado es el escenario donde todos los derechos emanados de un contrato son anulados por la voluntad soberana del legislador. Por ejemplo, en la década del 90, diversos países del sudeste asiático con el fin de atraer inversionistas, firmaron contratos (estado-inversionistas, mecanismo incluso utilizado en Chile bajo una forma garantía tributaria en el Decreto Ley 600) que establecían la obligación del estado de hacer frente a eventuales disminuciones en la demanda de productos relacionados con el área de inversión, así por ejemplo mediante el contrato se solucionaban no solo eventuales disminuciones en la demanda, sino también tasas de cambio y conversiones de divisa.

Sin embargo, en 1997 la crisis asiática llegó con sus efectos hasta el sudeste asiático y condujo a que las hipótesis que al momento de contratar eran simple eventualidades, se convirtiesen en realidad especialmente en lo relativo a la conversión de divisa y a la disminución de demanda. Era ahí cuando el estado debía cumplir con los inversionistas, asegurando los derechos adquiridos derivados del contrato y que ya estaban en el patrimonio de estos. Pese a ello, los políticos y funcionarios de gobierno debieron decidir entre cumplir con los contratos o mantener el apoyo popular renegociándolos. Así, optaron por la última opción, en armonía con

el estudio del Banco Mundial del año 2004 que se mencionará a continuación.

- Seguros: Es de amplio conocimiento que la protección que ofrecen los seguros es del todo limitada, debido a que los riesgos de una empresa o un inversionista determinado están restringidos por la capacidad de cada uno de ellos y por las especiales condiciones de área en el que se desarrolla la inversión.

Las empresas multinacionales o los inversionistas con mayor riesgo, que optaron por ingresar capital a países anfitriones que les aseguraban altos dividendos pero que no contaban con elementos que permitiesen tener al menos un panorama amplio de posibles eventualidades y como el ordenamiento reaccionaría ante ellos, se transforman en asegurados de alto riesgo y son, por consiguiente, los que más necesitan protección. Por ello, la buscan en las grandes compañías de seguro. Los aseguradores, por cierto, establecerán primas tan altas que harán dudar al inversionista si los dividendos que obtendrá como resultado de la inversión serán suficientes para hacer frente a la prima que le establece la compañía aseguradora. Así, por ejemplo<sup>28</sup> “los instrumentos para cubrirse contra amenazas específicas en los mercados emergentes –como los riesgos de la tasa de cambio, de mercado y crediticios- son muy usados, porque hay múltiples actores dispuestos a participar. Sin embargo, la naturaleza del riesgo de políticas es específica al proyecto y a la firma, lo que hace poco viables las estrategias de cobertura convencional”

Una encuesta desarrollada por el *Multilateral Investment Guarantee Agency* y el *Economist Intelligence Unit*, “reveló que las empresas multinacionales pensaban que el incumplimiento de los contratos, las restricciones a las transferencias y la convertibilidad de las utilidades, los

---

<sup>28</sup> HENISZ WITOLD J., ZELNER B. “Los riesgos ocultos en los mercados emergentes” en *Harvard Business Review América Latina*, edición especial “El Liderazgo en la era de la Transparencia”, Abril 2010,

disturbios civiles, la incapacidad del gobierno para respetar las garantías y las restricciones regulatorias eran riesgos más relevantes que una posible incautación de sus activos”<sup>29</sup>

El 2001 la consultora mundial PriceWaterHouseCoopers, concluyó que en un país donde las normas y la regulación en general eran poco transparentes para los inversionistas, sin saber a ciencia cierta cuáles serían las “reglas del juego” a corto plazo, equivale por los menos a un 33% más de tributación por concepto de ganancias.

El Banco Mundial el 2004, desarrolló otro estudio al respecto, que indicó que entre el 15% y 30% del total de contratos equivalente a US\$ 371.000 millones en infraestructura privada celebrados en la década del 90, estaban al año 2004 siendo renegociados por decisión gubernamental, lo que deriva en que lisa y llanamente a los inversionistas les modificaron las reglas del juego.

El factor riesgo, mencionado en variadas ocasiones a lo largo de este trabajo, incorpora los cambios institucionales y las situaciones político-sociales desarrolladas por un país en un período de tiempo determinado. Creemos por cierto que las ciencias económicas y financieras han llegado al límite en este punto. Para analizar el riesgo anterior al momento de invertir han determinado como mecanismo estándar la utilización del método clásico para la incorporación del riesgo en la evaluación económica, el cual no es otro que el *Valor Actual Neto del Proyecto o V.A.N.*, que si bien es innegable en cuanto a ventajas respecto al resultado que se deriva de la factibilidad del proyecto, el problema se encuentra al momento de determinar variables que se alejan del plano económico, las cuales son poco probables de cuantificar y que entran en el ámbito jurídico o incluso sociológico, tales como modificaciones legales y políticas en aspectos laborales, tributarios, medioambientales, de política cambiaria o modificaciones en conductas sociales y en los valores que la sociedad considera como tal.

---

<sup>29</sup>Op.cit., pág. 90

Así entonces el V.A.N. considera riesgos: legales y políticos, económicos y fortuitos, siendo estos últimos los más relevantes cuando hablamos de actividades sujetas a una fiscalización más amplia por parte de la legislación, tal es el caso de la actividad minera, donde la categoría de riesgos fortuitos pareciese ser aquellos eventos susceptibles de ocurrir –incontables por cierto- que no dependen de acciones propias, pero que pueden provenir sin problema alguno de riesgos políticos siempre que estos sean quiebres institucionales, pero que tendrán un carácter únicamente fortuito -a diferencia de los primeros en que se pueden derivar riesgos políticos y legales- aquellos hechos de la naturaleza como aluviones, incendios, terremotos etcétera.

Serán riesgos fortuitos y necesarios de contabilizar en el valor actual neto del proyecto, aquellos que pueden vulnerar, aunque sea mínimamente, la actividad productiva, o que afecten específicamente la capacidad productiva durante un período de tiempo considerable. Nos parece extraño que en este ítem no se consideren acontecimientos como un golpe de estado que, sin duda alguna, puede provocar disminución en la actividad productiva. Sin embargo, esto se explicaría a una doble contabilización, pues si un golpe de estado lo establecemos como un riesgo legal y político, en tanto el nuevo gobierno –de facto por cierto- tendrá como meta inmediata anular el ordenamiento jurídico anterior y sobre todo la carta fundamental, pues de otra forma no se explica su legitimidad y ésta solo es factible de alcanzar bajo otro escenario legal. También, podemos establecer el mismo quiebre institucional como un hecho que provocaría disminución en la actividad productiva, pues desconocemos cuales serán las nuevas restricciones legales que el gobierno de facto imponga –a través de leyes- a ciertas áreas productivas, o las condiciones en que los trabajadores puedan operar, pues sabemos que la sociedad antes de un golpe de estado no es la misma que posterior a éste.

Hay por cierto otro riesgo, el cual es netamente económico y, creemos, que resulta más factible de cuantificar, al menos en comparación a los riesgos legales y políticos. Este riesgo económico se deriva de las posibles desviaciones en un periodo determinado que pueda sufrir el precio y las cantidades que se puedan ofertar y demandar de un determinado producto, así



como los gastos necesarios en que se incurrirá para producir la oferta necesaria. Aquí debemos distinguir si los productos son transados en un mercado distinto de donde se producen, o si por el contrario el mercado es el mismo. Un ejemplo claro de lo anterior es el producto de la actividad minera, donde se genera en un país que por condiciones propias de esta labor es factible realizar la extracción pero se transa comercialmente en un país distinto.

Creemos que las variables comentadas están totalmente relacionadas entre sí, más aún, si un inversionista es accionista de una empresa minera o ésta realiza actividades en un país, pero depende de un holding con sede internacional o es una multinacional, y nos encontramos en la hipótesis de un golpe de estado, debemos definir primeramente cuales son las nuevas restricciones impuestas por el gobierno de facto- el inversionista antes de invertir debió considerar todas las hipótesis posibles, más aún si se arriesgó en invertir en un país que aseguraba grandes ventajas comparativas respecto de sus socios aunque con una inestabilidad político-institucional derivada de complejas situaciones en su pasado inmediato- especialmente respecto a las utilidades, si continúan los mecanismos para trasladar capital de este país a otro.

Por ello, será fundamental determinar qué modificaciones legales existen, y posteriormente confiar en que las acciones de expropiación no serán los mecanismos utilizados por el nuevo gobierno. Hay, por tanto, en la actividad de inversión mucho de especulación, buena fe, y credibilidad en el plan político-legal-institucional de un país.

El método clásico para la incorporación del riesgo en la evaluación económica ya mencionado, aplicado al V.A.N. es universalmente aceptado pero con los inconvenientes en sus variables antes señaladas. Por ello, resulta necesario acompañarlo con análisis de escenarios y casuística. El cálculo general asume primero que un proyecto de inversión se compone de una serie de flujos de caja, puede ingresar capital o disminuir éste, tanto por decisiones arbitrarias de quienes financian el proyecto por ejemplo, un inversionista extranjero, o un flujo de caja derivado de cambios en la normativa que

imponen un aumento en los costos para la producción, para la estimación de los flujos de caja se considera su valor esperado. A lo anterior se descuenta, una tasa de interés que incluye el riesgo sistemático del proyecto que permite determinar su valor presente y finalmente se suma el valor presente de todos los flujos de caja para obtener el valor presente del proyecto

Hacemos nuevamente el alcance que todo método cuantitativo puede ser importante para determinar la decisión de un inversionista en invertir o no en un país anfitrión, no obstante, insistimos que dejamos de lado la realidad de las variables, muchas de las cuales son netamente jurídicas y determinables casuísticamente.

El V.A.N. no solo es un método clásico en tanto la amplitud de su aplicación, sino que además permite aplicar todas las condiciones de maximización de la riqueza para los inversionistas, sin embargo ¿se entiende que los flujos de caja que componen el V.A.N. son consecuencias de procesos difíciles de determinar? Frente a esta dificultad se debe establecer el factor de riesgo con consecuencias específicas, aunque muchas de ellas no sean totalmente determinables y aplicar finalmente a la sumatoria del V.A.N. los flujos de caja que son consecuencia de los factores de riesgo. De hecho, la práctica más común en las finanzas es utilizar en el V.A.N. una tasa de descuento más alta, que no tiene sustento alguno como tampoco explica lo que hemos venido mencionando el cual es el hecho de determinar los riesgos específicos que permiten los flujos de caja. El V.A.N. creemos que tampoco permite incluir la incorporación de medidas que permiten hacer frente a las contingencias derivadas de escenarios político-jurídico-sociales, como bajas en el precio del producto por el mercado internacional, aumento en los gastos necesarios para producir como consecuencia de modificaciones en las normas que imponen aún más restricciones.

Un análisis de escenarios comúnmente utilizado en la planificación minera y en el factor riesgo en ésta, permite ampliar el campo de estudio, pues parte de supuestos sobre variables inciertas –que son precisamente lo que postulamos, eventuales modificaciones legales por ejemplo como consecuencia de quiebras institucionales, una nueva constitución con nuevos

valores y garantías-, luego las combinaciones de perfiles de variables ante escenario óptimos para la producción y profundamente nocivos para ella, se emplean en el cálculo de los ya mencionados flujos de caja, hemos encontrado por tanto el mecanismo para incorporar de la mejor forma posible variables que son poco cuantificables, pero que influyen sin duda alguna en el desarrollo de la inversión.

Con las precisiones iniciales, y ya con un mecanismo para medir las variables que nos ocupan en el presente trabajo, pasemos a revisar las variables que hemos escogido como necesarias de análisis, y que el Banco Mundial utiliza para confeccionar el *Doing Business*

### Respeto a las leyes

Una variable importante y que consideramos como el inicio de las siguientes que trataremos, es el “Respeto por las leyes”, lo cual implica no un respeto en sentido estricto sino que al implicar una orden que lleva aparejada una sanción, dicha orden no sea quebrantada a menudo y aún más que la sanción en aquellas hipótesis de quebrantamiento sea aplicada. Con lo anterior, el respeto a la leyes será el nivel de transgresión de ésta, unido a la imagen colectiva que la sociedad tenga de si las leyes cumplen su función, y si el sistema es eficaz en la sanción de su quebrantamiento.

El respeto a la ley, sin embargo, pensado desde un prisma comercial conduce a establecer obstáculos en la libre circulación de la riqueza. En Chile pareciese haber consenso en la importancia de la circulación de la riqueza que el legislador comercial, civil e incluso penal tuvo en mente al momento de dictar el ordenamiento actualmente vigente.

Por lo anterior, es tan importante una legislación concursal en los términos que permitan proteger la circulación de la riqueza y evitar obstáculos a ésta, pero lo será aún más proteger el derecho del acreedor, en el marco de proteger de riesgos la inversión, y ante diversas hipótesis que se enmarquen en conflictos jurídicos de recuperar lo invertido. Como hemos mencionado en

el transcurso del análisis, el ordenamiento jurídico responde y se ve influenciado completamente por la situación interna de un país, en tanto que ante un quiebre institucional éste será el primero en ser derribado, quizá no del todo, pero lo suficiente como para otorgar una nueva base a la renovada institucionalidad.

La mayoría de los derechos y obligaciones que se encuentran recogidos en el ordenamiento tienen su base en todo o en parte en la Constitución Política. Pues, como hemos indicado, un quiebre institucional como lo es un golpe de estado niega la Constitución y con ello el catálogo de derechos y garantías que tienen su base en el texto.

Aunque al respecto –en lo relativo a la negación de los derechos y garantías que emanan de la Constitución ante la hipótesis de un quiebre institucional- no exista consenso y un sector considere que jamás habrá una negación absoluta de dichos derechos pues tienen el carácter de adquiridos, innatos y lo que Kant diría “internos”, por lo que institucionalidad alguna podrá negarlos; sin embargo, en la práctica son negados, toda vez que si se mantiene la Constitución que existe al momento del quiebre la nueva institucionalidad será del todo ilegítima. La legitimidad entonces estará dada por el hecho de dar paso a una nueva Constitución negando la anterior y con eso derogar tácitamente parte del ordenamiento.

Por tanto, un quiebre de institucionalidad tiene según nuestra opinión dos pasos: primero, negar la institucionalidad anterior de forma que no sea contradictoria con la actual y otorgue una base de legitimidad. Así, se originará una nueva institucionalidad, que conceda una base de respaldo para la gobernabilidad que se pretende.

Para atraer inversión un país, en nuestra opinión, debe asegurar esta variable por sobre todas las demás, ya sea vía contrato ley (caso del Decreto Ley 600) con el fin de proteger la inversión actual y atraer la futura, o dando sólidas manifestaciones de una institucionalidad que sea capaz de mantenerse aún ante crisis internacionales que repercutan en la realidad interna

Sin embargo, los más escépticos considerarán que aún ante la hipótesis de un país que entregue sólidas manifestaciones de una institucionalidad ejemplar, nada puede asegurar que en las próximas décadas no se produzca un golpe de Estado o una guerra civil.

No obstante lo anterior, consideramos que esa previsibilidad resulta posible de analizar desde un plano jurídico-económico, así entonces si analizamos las crisis institucionales recientes del país, el descontento de la población derivado de la implementación de políticas públicas que en su momento pudieron ser consideradas arbitrarias, elecciones de gobierno y parlamentarias con resultados similares para las coaliciones políticas, resultados de percepción de la gestión del gobierno y en general de las autoridades políticas democráticamente elegidas, podemos concluir que de una u otra forma nos acercaremos cada vez más a entender la realidad actual del país y si existe o no probabilidades de una guerra civil. A lo ya dicho agregamos, que aunque la mayoría de las variables pueden ser respaldadas cuantitativamente, muchas son meras percepciones y por ende resulta complicado realizar un juicio de valor sobre el panorama actual de un país.

Proponemos sin embargo, considerar las variables ya mencionadas de modo ejemplar y no restrictivamente, de forma que sean elementos mínimos a considerar para analizar lo que podemos llamar el “riesgo institucional” de un país, o lo que lisa y llanamente es que la institucionalidad cambie las reglas del juego.

Otro factor que debemos atender, es los mecanismos de modificación de la ley y en especial la constitución, así entenderemos no solo cuán fácil es modificar la constitución desde el punto de vista del quórum sino también, el hecho que en la práctica para la modificación de un capítulo específico de la carta fundamental se necesite más que un simple diálogo político, sino que derechamente transacciones políticas.

La Constitución como hemos dicho en innumerables ocasiones a lo largo de esta investigación, es no solo la carta fundamental sino la base de la institucionalidad –nuestro constituyente no deja mayor duda al respecto con el

capítulo bases de la institucionalidad- y es sobre todo el primer punto en que se enfocará un eventual gobierno de facto, pues ésta deja de manifiesto la calidad de éste y sobre todo su falta de legitimidad.

A nuestra forma de ver, el mecanismo más directo para garantizar una institucionalidad será por un lado un contrato ley y por otro el cumplimiento de la forma más óptima posible de las variables mínimas ya mencionadas. Sin embargo, el contrato-ley tiene un elemento bastante complejo el cual la aceptación de los derechos adquiridos, toda vez que se entienden existentes pero se discute que si son totalmente accionables por parte de quién sea titular de ellos. El problema a abordar es si un derecho adquirido puede y debe ser accionable ante todo los miembros de una sociedad o solo ante entidades derivadas del estado, al respecto

#### Derechos de los accionistas

Fundamental es esta variable utilizada por el Banco Mundial, toda vez que un gran porcentaje de los inversionistas opta por ingresar el capital de forma directa pero en el contexto de una sociedad o de un modelo corporativo específico.

Para efectos prácticos, el análisis de esta variable se desarrollará en el contexto Chileno de la ley 18.046 que regula las Sociedades Anónimas, por ser precisamente estas receptoras de un gran porcentaje de la inversión extranjera directa que ingresa a nuestro país. Por tanto y por la importancia del tema, será tratado en el siguiente capítulo.

## Capítulo VII: Derechos de los Accionistas como Indicador de Institucionalidad

A continuación, se señalan algunas cifras de ingreso de inversión extranjera a Chile durante el período 2009 (enero a diciembre) por sector, y distribuido en aportes de capital o *equity* y créditos asociados o *associated credits*

Sector/period	2009*		
	equity (aportes de capital)	associated credits (créditos asociados)	Total
Agriculture and Livestock (Agricultura)	0	0	0
Forestry (Silvicultura)	29.081	0	29.081
Fishing and aquaculture (Pesca y acuicultura)	0	0	0
Mining and quarrying (Minería y canteras)	220.526	790.400	1.010.926
Food, beverages and tobacco (Alimentos, bebidas y tabaco)	55.186	0	55.186
Wood and paper products, printing and publishing (Madera, papel, imprentas y editoriales)	1.474	0	1.474
Chemical, rubber and plastics (Química, goma y plásticos)	33.142	0	33.142
Other manufacturing industries (Otras industrias)	367.950	0	367.950
Electricity, gas & water supply (Electricidad, gas y agua)	305.976	0	305.976
Construction (Construcción)	0	0	0
Wholesale and retail trade (Comercio)	741.291	1.939.533	2.680.824
Transport and storage (Transporte y almacenaje)	8.028	0	8.028
Communications (Comunicaciones)	194.547	0	194.547
Financial services (Servicios financieros)	317.374	0	317.374
Insurance (Seguros)	400	0	400
Engineering and business services (Servicios a las empresas)	60.486	0	60.486
Sewage, sanitation and similar services (Servicios de saneamiento y similares)	0	0	0
Other Services (Otros servicios)	16.606	0	16.606
<b>Total per period</b>	<b>2.352.067</b>	<b>2.729.933</b>	<b>5.082.000</b>

Fuente: Estadísticas Comité de Inversión Extranjera, disponible (en línea) <http://www.inversionextranjera.cl/estadisticas/estadisticas.asp>

Como señalamos anteriormente, creemos necesario centrar el análisis en la variable derechos de los accionistas ante la hipótesis de un inversionista extranjero ingresando a Chile aporte de capital directo en forma de acción en una sociedad anónima abierta.

A modo de introducción el art. 1 de la Ley 18046 define las sociedades anónimas como persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables solo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables.

Las características de este tipo de sociedades y que podemos encontrar también en otros modelos societarios son: 1. Es persona jurídica. 2. Sus socios o accionistas aportan dinero o bienes estimados en dinero. 3. Persigue un fin lucrativo. 4. Las pérdidas las soporta el fondo constituido por los accionistas

Por otro lado, se distingue de las demás sociedades por los siguientes elementos: Los derechos de todos los socios están representados por acciones, común denominador que además consta en un título; la Sociedad Anónima es un contrato múltiple o plural en su constitución, pero luego se transforma en colectivo para su modificación, disolución y liquidación; tiene dos órganos colegiados y uno unipersonal; todos los socios responden solo con sus aportes prometidos o entregados; y los derechos de los socios, representados por las acciones son de libre cesibilidad; la Sociedad Anónima como modelo societario, es siempre mercantil, aun cuando se forme para la realización exclusiva de negocios de carácter civil

Salvo el caso de las Sociedades Anónimas especiales todas las restantes sociedades anónimas se constituyen, modifican, disuelven y liquidan sin intervención de la autoridad pública



En cuanto a la diferencia entre Sociedad Anónima Abierta y Cerrada, ésta es esencial para contextualizar la protección al Inversionista por los argumentos que exponemos a continuación.

La diferencia deriva de si quedan o no sometidas a la fiscalización de la autoridad en este caso de la Superintendencia de Valores y Seguros. Son fiscalizadas las sociedades anónimas abiertas, la que se forma con las mismas solemnidades que una sociedad anónima cerrada

La Sociedad Anónima será abierta por el solo ministerio de la ley cuando existan las siguientes circunstancias: 1. Tenga 500 accionistas o más; 2. A lo menos un 10% de su capital suscrito en poder de un mínimo de 100 accionistas, excluidos los accionistas que individualmente o a través de otras personas excedan de ese porcentaje; y 3. haga oferta pública de sus acciones en conformidad a la Ley N°18045 sobre Mercado de Valores o se inscriban en el Registro de Valores. Las sociedades anónimas son abiertas desde el momento en que quieran recurrir al público indeterminado para colocar sus acciones.

Los dos primeros casos miran a la defensa de los accionistas minoritarios o atomizados. No obstante lo ya dicho, las Sociedades Anónimas cerradas pueden por modificaciones de sus estatutos, someterse a las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas. El acuerdo de la junta debe reducirse a escritura pública.

#### *Trámites que deben cumplir las sociedades abiertas*

Debe inscribirse en el Registro de Valores dentro de los 60 días siguientes a la fecha en que haya ocurrido la causal. Si se trata de una sociedad cerrada que voluntariamente se somete a las normas de las abiertas, el plazo se cuenta desde la fecha de la junta que lo acordó. Mientras esté inscrita su inscripción se regirá por las disposiciones legales y reglamentarias de tales sociedades

### *Fiscalización*

Las sociedades anónimas abiertas quedan sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros. En cuanto a los estatutos de una sociedad cerrada que pasa a ser abierta por cualquier circunstancia, existen cláusulas o normas diferentes a las que se aplican por la ley a las sociedades anónimas abiertas que nace como tales, existiendo la obligación de adecuarlos en la primera oportunidad.

En las Sociedades Anónimas la libertad contractual se extiende a todo aquello que no está reglado en la ley por normas inderogables o de orden público.

Es aquí donde encontramos uno de los mejores mecanismos de protección al inversionista en lo relativo a sus derechos como accionista, en tanto será la Superintendencia de Valores y Seguros la que fiscalizará el correcto funcionamiento de los órganos de decisión al interior de una Sociedad Anónima Abierta, específicamente en lo relativo a la convocatoria a juntas, quórum para sesionar, temas y decisiones que se abordan.

### *Derechos del accionista*

Es en este punto donde encontramos el sustento legal para establecer un marco de protección al inversionista-accionista, así entonces podemos dividir los diversos derechos que la ley comentada entrega:

### **Derecho a la información en que se obliga a la sociedad a mantener en su sede principal:**

Materializado en la obligación que tiene la sociedad de contar con ejemplares actualizados de los estatutos firmados por el gerente, con sus diversas modificaciones, así como la lista actualizada de los accionistas, haciendo responsable a los directores, gerentes o liquidadores por los perjuicios que los accionistas o terceros sufran por la falta de fidelidad de estos documentos. Por otra parte existe la obligación de contar con un registro

público que señale los presidentes, directores y en definitiva los cargos gerenciales vigentes y en ejercicio

Un accionista puede pedir además, información sobre la contabilidad y operaciones de la sociedad durante los 15 días anteriores a la fecha de la Junta ordinaria de accionista

### **Derecho a voz y voto en la junta de accionista**

Corresponde a toda acción aunque no esté pagada, salvo norma estatutaria en contrario. Pueden existir acciones sin derecho a voto o con un voto limitado, pero la ley prohíbe en cambio, la existencia de acciones con voto múltiple lo que no parece muy acertado porque, al haber acciones con voto limitado, las demás resultan tener un voto múltiple respecto a ellas. Con todo, el embargo de las acciones no las priva del derecho a voto, ni tampoco las medidas precautorias de prohibición de gravar o enajenar; si nos encontramos en la hipótesis de que las acciones están constituidas en usufructo se inscriben el usufructuario y el nudo propietario en Registro de Accionistas y deben votar de común acuerdo; o si las acciones pertenecen a una comunidad deben designar un apoderado común, más aún se debe señalar que la constitución de prenda sobre acciones no priva al accionista de su derecho a voto ni a opción

### **Derecho a las utilidades o dividendos**

No corresponde a las acciones que no estén íntegramente pagadas, a *contrario sensu* si están pagadas en parte reciben dividendo en proporción a lo pagado, y lo mismo se aplicará en el reparto al momento de la liquidación

### **Derecho a opción preferente en los aumentos de capital**

Con el objeto de permitir que los accionistas mantengan su proporción en la sociedad, la ley concede este derecho de opción preferente cada vez que se aumenta el capital, mediante emisión de acciones de pago. La ley 18046 que hemos venido comentando estableció por primera vez en el país, la posibilidad de que los accionistas se retiren de la sociedad exigiendo el pago de sus acciones, por tanto en nuestra opinión, habría aquí una posibilidad cierta de retiro para un accionista minoritario, cuando las decisiones que se adopten a nivel de órgano colegiado o unipersonal sean contrario a su interés económico, o se expresen en manifiesto perjuicio.

### **Derecho a hacer convocar la junta**

Mediante este derecho se faculta a los accionistas que representen a lo menos un diez por ciento de las acciones emitidas con derecho a voto a exigir que el directorio convoque a junta de accionistas indicando el objeto de la misma.

### **Derecho a formular observaciones**

Permite a los accionistas que representen a lo menos un 10% de las acciones con derecho a voto a formular observaciones sobre la marcha de la sociedad. El directorio debe incluirlas en la memoria.

### **Obligación de los accionistas**

Los accionistas deben ejercer sus derechos sociales respetando los de la sociedad y los de los demás accionistas. Norma de buena convivencia en armonía con el *affectio societatis*, principio inspirador de todo modelo societario.

### **Administración: Gerente y Directorio**

El órgano esencial es el directorio, se considera como un ente colectivo y no como un conjunto de mandatarios. Lo anterior es esencial para comprender que si se quiere revocar a los directores, hay que revocar al directorio entero y no a sus miembros individualmente considerados. Con todo, podemos distinguir

Directorio Provisional: Se designa en la escritura social, dura hasta la primera Junta Ordinaria de Accionistas, y es esencialmente revocable

Directorio definitivo: Es elegido por la junta de accionista, su número debe ser establecido en los estatutos de forma invariable.

El directorio dura por el plazo que señalen los estatutos pero no por más de 3 años. La renovación se efectúa totalmente al término de los 3 años y los directores pueden ser reelegidos. En silencio de los estatutos, el directorio se renueva cada año en la Junta Ordinaria de Accionistas

Directores suplentes: Si los hay tiene que ser uno por director. Se eligen en una misma votación junto con los titulares. Cada suplente reemplaza a un titular que corresponda, sea por causal transitoria en caso de ausencia o impedimento.

Efecto de la vacancia de un director: Si es un director titular y no suplente, el directorio puede nombrarle un reemplazante que dura hasta la próxima Junta Ordinaria de Accionistas. La vacancia de un director produce el acortamiento del período de todos ellos cuando la duración es mayor de un 1 año. Lo mismo ocurre, si el cargo de un director queda vacante o el suplente también renuncia, o si habiendo asumido el suplente se produce la vacancia del cargo con posterioridad

*Inhabilidades para ser director:* Puede ser temporal relacionada con los directores revocados por haberse rechazado un balance, o absoluta e indefinida temporalmente en los siguientes casos:

- Las personas condenadas por delitos que merezcan pena aflictiva
- Los fallidos o los administradores o representantes legales de fallidos
- Funcionarios fiscales, de empresas u organismos del estado en que tenga relación con la Sociedad Anónima, éste es el caso de un funcionario de Servicio de Impuestos Internos

En el caso de Sociedades Anónimas abiertas y sus filiales, existen inhabilidades respecto de los siguientes cargos públicos

- Senadores y diputados
- Ministros y subsecretarios
- Funcionarios de la Superintendencia de Valores y Seguros
- Corredores de bolsas y agentes de valores

Un director debe aceptar expresa o tácitamente el cargo, en el caso que concurra una causal de inhabilidad cesa automáticamente en el mismo

Cabe señalar que el directorio solo puede ser revocado en su totalidad en Junta Ordinaria de Accionistas o en Junta Extraordinaria.

### **Funciones del directorio**

En las Sociedades Anónimas abiertas el directorio celebra sesiones al menos una vez al mes, en las Sociedades Anónimas cerradas esto puede realizarse con menor frecuencia.

Las sesiones extraordinarias las convoca el presidente por sí o a pedido de uno o más directores. Si lo solicita la mayoría absoluta de los directores es obligatorio para el presidente citar, lo que está sometido a su calificación si lo solicita un menor número de directores.

La citación a sesiones extraordinarias se efectúa mediante el envío de carta certificada a cada director, con 3 días de anticipación a la fecha en que se celebrará. Dichas citaciones deben contener la materia que se tratará.

Actúa de secretario del directorio el gerente, salvo que se designe especialmente a otra persona. La ley fija un quórum mínimo de constitución de la sesión de directorio, que es la mayoría absoluta de los directores titulares establecidos en los estatutos, y de aprobación de acuerdos que es la mayoría absoluta de los directores asistentes con derecho a voto.

Los estatutos pueden modificar estos quórum, sin que puedan rebajarlos. Tratándose de sociedades abiertas, la Superintendencia de Valores y Seguros puede requerir al Directorio, para que se pronuncie sobre determinadas materias.

Lo tratado debe ser llevado a un acta que se inserta en un libro que se lleva por cualquier medio que ofrezca seguridad. El acta debe ser firmada por todos los directores asistentes, salvo que alguno fallezca o se inhabilite por cualquier causa, de lo que hay que dejar constancia.

Los directores que quieran salvar su responsabilidad por algún acto o acuerdo del directorio, deben oponerse en la sesión misma.

### **Facultades del directorio**

Tiene la representación judicial y extrajudicial de la sociedad. Está investido de todas las facultades de administración, tales facultades se refieren al cumplimiento del objeto social, lo que significa que si el directorio actúa dentro del objeto social, la sociedad no puede excusarse de cumplir el acuerdo.

El directorio a su vez puede delegar sus facultades en:

1. Gerente
2. los subgerentes
3. abogados

4. director
5. una comisión de directores

Cada director individualmente no tiene facultades de administración de la sociedad. Pero tiene el derecho de ser informado plena y documentadamente en cualquier tiempo por el gerente de todo lo relacionado con la marcha de la empresa, dicho derecho debe ser ejercido en forma de no afectar la gestión social o sea con la debida prudencia.

Esto se traduce en que el directorio como tal y los directores individualmente deben procurar obtener los mejores beneficios para la sociedad que representan, y no favorecer o perjudicar a determinados accionistas o grupos de estos

### **Prohibiciones que afectan a los directores**

Proponer modificaciones de estatutos o acordar emisión de valores que los favorezcan, impedir u obstaculizar responsabilidad, inducir a gerentes o ejecutivos a rendir cuentas irregulares, presentar a los accionistas cuentas irregulares, efectuar actos patrimoniales con la sociedad en beneficio propio, usar en su beneficio o de personas relacionadas las oportunidades comerciales que conozcan con ocasión de su cargo.

En los tres últimos casos deben llevar los beneficios obtenidos a la sociedad e indemnizar los perjuicios. En materia civil la culpa grave equivale al dolo por tanto la mayoría de los actos que equivalen a prohibiciones son prácticamente todos dolosos y constitutivos de delitos.



### **Responsabilidad de los directores**

Se traduce en la indemnización de perjuicios sin que ello prive que además existan sanciones civiles, penales o administrativas.

Los directores, gerentes y liquidadores que incurran en estas infracciones tienen responsabilidad solidaria.

Se estipula que deben emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios. Además los hace solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad y a los accionistas por sus actuaciones dolosas o culpables. Se entiende que la solidaridad corresponde a los que han participado en una sesión de directorio y no se han opuesto al acto censurado y no a los que no asistieron

El Art. 133 de la ley 18.046 establece una acción colectiva para los accionistas, que representen a lo menos un 5% de las acciones emitidas, para demandar en nombre de la sociedad una indemnización de perjuicios a quienes hayan irrogado una pérdida a la misma, como consecuencia de una infracción a la ley.

### **Presunciones de culpa**

Casos de culpa con característica de dolo:

1. Si la sociedad no lleva libros o registros, tomando en consideración que la ley exige que el gerente custodie los libros y registros sociales así como que estos sean llevados con regularidad
2. Si se reparte dividendos provisionales que aparezcan de utilidades presuntas de un ejercicio en curso habiendo pérdidas acumuladas.
3. Si la sociedad ocultare sus bienes, reconociere deudas supuestas o simulare enajenaciones. Estas actuaciones en caso de quiebra llevan a calificarla de fraudulenta

#### 4. Aceptación de aportes diferentes de lo estipulado

#### 5. Pago de remuneraciones no autorizadas

Está también presente el deber del directorio de proporcionar a los accionistas y al público en general las informaciones suficientes, fidedignas y oportunas que la ley o la Superintendencia en el caso de las Sociedades Anónimas abiertas requiera. A mayor abundamiento, hace solidariamente responsables a los infractores de los perjuicios, además de la sanción que pueda aplicar la Superintendencia de Valores y Seguros.

#### Gerentes

Al gerente le corresponde la representación judicial de la sociedad. En todo caso, es al gerente a quien deben notificarse las demandas dirigidas contra la sociedad, por lo que el reglamento obliga al directorio a designar a una o más personas que en caso de ausencia del gerente separadamente, puedan representar a la sociedad en las notificaciones que se le practiquen.

En las sesiones de directorio, el gerente tiene derecho a voz y actúa como secretario, salvo que se haya designado a otra persona. El cargo de gerente es incompatible con el de presidente, auditor o contador de la sociedad. En las abiertas, es incompatible también con el cargo de director.

A los gerentes se les hacen aplicables las normas que rigen a los directores. Además, cuando asista a sesiones de directorio, responde con los directores de los acuerdos perjudiciales para la sociedad o los accionistas, si no consta su opinión contraria en el acta.

*Comité de directores:* La ley obliga a las Sociedades Anónimas abiertas que tengan un patrimonio bursátil superior al equivalente a 1.500.000 UF, a designar un comité de directores que equivale a una auditoría interna de la sociedad, lo ideal sería que se tratarán de directores independientes del controlador.

## **Fiscalización de la administración**

Corresponde a los accionistas inicialmente reunidos en una junta, quienes incluso pueden revocar el directorio. A su vez materializa en los siguientes modelos de fiscalización

- En las Sociedades Anónimas cerradas, las Juntas Ordinarias de Accionistas, deben nombrar anualmente dos inspectores de cuentas titulares y dos suplentes, que pueden ser accionistas o no. Su objetivo es examinar la contabilidad, inventario, balances y todo otro material contable
- En las Sociedades Anónimas abiertas deben tener auditores externos designados por la Junta Ordinaria de Accionistas, y pueden contar además con inspectores de cuentas si así lo establece el estatuto. Deben ser elegidos de una lista o registro que figura en la Superintendencia de Valores y Seguros que tiene la labor de fiscalizar.

La ley se limita a decir que los auditores externos responden hasta la culpa leve por los perjuicios que causen a los accionistas por sus actuaciones

No obstante lo ya desarrollado, creemos que es de suma importancia hablar de un tema que no es tratado de forma sistemática por el legislados como tampoco por la doctrina Chilena, pero que tiene amplio desarrollo en la doctrina comparada, esto es el “*Problema de Agencia*”

## **Problema de Agencia y correctivos que permitan asegurar el cumplimiento de los derechos de los accionistas**

La capacidad real de decisión que tiene un accionista pequeño en una empresa, o el poder de decisión en cuanto a su capital por parte de un accionista extranjero o nacional, es uno de los elementos que serán evaluados

en este punto, sin embargo, consideramos que aun existiendo diversos mecanismos legislativos y judiciales para asegurar el buen manejo de un gobierno corporativo, nos encontramos en Chile con un problema que no ha sido manejado del todo claro por nuestro legislador, como es el caso de los “problemas de agencia”. En Chile el problema de la agencia lo debemos analizar respecto de los directores y gerentes de las sociedades anónimas, y su relación con los accionistas. Esto se encuentra regulado por normas dispersas como: la ley de sociedades anónimas ya analizada, ley de mercado de valores, ley de superintendencia de valores y seguros, código de comercio y el código civil, además de otras disposiciones aisladas.

Lo disperso de las normas, así como el mínimo tratamiento doctrinal chileno no favorecen a la recepción de la inversión, toda vez que si no hay un desarrollo del problema como tampoco de correctivos para solucionar éste, estamos frente a la existencia de un problema sin una solución y con ello ningún mecanismo que garantice que un inversionista al ingresar capital y convertirse por ejemplo en accionista, no verá disminuido su patrimonio ni sufrirá un perjuicio económico derivado de esta situación.

Sin pretender realizar un análisis exhaustivo del problema de agencia, intentaremos dar un concepto que logra enfocar nuestro análisis y mostrar al lector la importancia de desarrollar en Chile no solo correctivos sino garantías específicas para el inversionista-accionista, así entonces el problema de la agencia se refiere a la extracción de valor de las inversiones de los minoritarios por parte de los directores. Ya sea realizando operaciones con relacionados, enajenando derechos a un precio menor del precio de mercado, entre otros mecanismo. Lo anterior, resulta aun más grave cuando consideramos que solo se afectan a los accionistas de una empresa –y en mayor grado cuando ese accionista es inversionista extranjero y por tanto confía su inversión a un tercero- sino también, porque se ve afectado el interés público, toda vez que las sociedades anónimas captan el ahorro del público en general.

Parece importante ante esto, definir el sistema de responsabilidad al que están sujetos los agentes administradores del capital, y para esto debemos en primer lugar distinguir la naturaleza de la responsabilidad, sea

contractual o extracontractual. La primera teoría tiene su base en la teoría de la representación, y la segunda en la teoría del órgano.

Aquellos que consideran la representación argumentan que la personalidad jurídica carece de capacidad, y por lo tanto, debe actuar a través de un representante. Sin embargo, tiene características especiales, ya que la delegación “se encuentra limitada por el ejercicio propio de las funciones del cargo que ostentan los representantes en la sociedad, funciones que en gran medida se encuentran establecidas por ley”<sup>30</sup>.

En oposición se postula a partir de la teoría del órgano que la persona jurídica, plenamente capaz, actúa a través de sus partes, y que el “círculo de competencia de cada uno de ellos valen o se consideran como actos de la persona jurídica de manera que no existe ninguna mediación”<sup>31</sup>. Además, la relación se conformaría con la aceptación del cargo, por lo que las obligaciones generadas tendrían fuente legal.

Hoy, la mayoría de la doctrina se inclina por la segunda teoría. Y la Superintendencia de Valores y Seguros ha dicho que “el directorio es el órgano encargado de la administración social, abandonándose, en consecuencia, la doctrina del mandato de la legislación anterior”<sup>32</sup>.

De esta forma opina también Carey Bustamante al decir que el vínculo proviene de un contrato innominado<sup>33</sup>.

Por lo que es cuestionable la relación de los problemas de la agencia con el mandato, toda vez, que este conflicto de intereses se genera

---

<sup>30</sup> LAGOS VILLARREAL, Osvaldo. “La responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas” Foro de derecho mercantil: revista internacional Legis. Bogotá, Colombia. N° 7, abril-junio 2005. Pag. 129.

<sup>31</sup> Ibid. Pag 129

<sup>32</sup> Oficio 124, ene. 15/88. Superintendencia de Valores y Seguros.

<sup>33</sup> Carey Bustamante, G. “De la sociedad anónima y la responsabilidad civil de los directores”. Editorial Universitaria, 2º edición, Santiago. 1993. Pag. 97

especialmente en la relación entre los directores de sociedades anónimas y los accionistas de las mismas, y dicho vínculo no cuadra dentro de la figura de mandato civil ni comercial.

El régimen de responsabilidad al que afecta a los directores se encuentra regulado en los art. 41 y 133 de la Ley de Sociedades Anónimas. Sin embargo, es difusa la forma en que estas normas deben ser aplicadas, ya que en un principio pueden llegar a ser incluso contradictorios. En atención a esto, es fundamental diferenciar el ámbito de aplicación de cada una de ellas.

El art. 41 LSA se refiere expresamente al la relación entre directores y accionistas. Y las consecuencias que producen una administración negligente que provoca perjuicios a los últimos. Teniendo en mente que “por lo general la obligación de director es una obligación de medios o de diligencia”<sup>34</sup>, hay que decir que no se reprocharán los resultados mientras se haya tenido la diligencia necesaria. El estándar establecido por este artículo corresponde a culpa leve, en concordancia con el art. 44 del Código Civil. Agregando además un régimen de solidaridad entre los distintos miembros del directorio por las decisiones tomadas.

Por otro lado el art. 133 LSA, se refiere la relación de los directores con los actos ejecutados por la empresa con terceros. A diferencia del art. 44, aquí se “impone una responsabilidad por infracción a normas legales y reglamentarias, sin exigir un estándar de diligencia”<sup>35</sup>. Las que harán responsable a los administradores de forma solidaria por daños ocasionados al actuar de forma contraria a la ley, el reglamento, los estatutos sociales o las normas que de la Super Intendencia de Valores y Seguros. Se trata en conclusión de un “régimen de culpa presunta por infracción de la ley”<sup>36</sup>.

Es decir, la responsabilidad de los directores en el derecho chileno se encuentra regulada por reglas especiales, las que se encuentran dispersas en

---

<sup>34</sup> LAGOS VILLARREAL, Osvaldo. Ob. cit. Pag. 135.

<sup>35</sup> LAGOS VILLARREAL, Osvaldo. Ob. cit. Pag. 126

<sup>36</sup> LAGOS VILLARREAL, Osvaldo. Ob. cit. Pag. 138

distintas normativas, en las que se tendrá especial cuidado a la hora de aplicar la responsabilidad respecto de terceros; y las reglas generales, los arts. 44 y 133 de la LSA, que establecen el régimen general de responsabilidad para el actuar de los directores, tanto respecto de los accionistas, como de terceros afectados por el proceder de la sociedad.

En la doctrina comparada<sup>37</sup> los problemas de agencia son tratados en tanto costos de ésta, que surgen en el contexto de la relación entre los *insiders* (directivos), y *outsiders* (accionistas externos). El mayor desarrollo dogmático se encuentra en el derecho anglosajón.

Con todo, en el presente trabajamos consideramos necesario partir de la base teórica establecida por Jensen y Meckling<sup>38</sup> en su trabajo desarrollado en el año 1976<sup>9</sup>, que considera que el problema de agencia se presenta en la hipótesis de que el dueño del recurso delegue la administración del mismo a un tercero –agente-, con el consiguiente problema que el agente no siempre maximizará los beneficios y recursos que pueda percibir el dueño que ha delegado la administración, a menos que exista una planificación de mecanismos tanto correctivos como de incentivos, que permitan disminuir los costos del problema de agencia; un ejemplo de los mecanismos que pueden ser desarrollados son las compensaciones y/o remuneraciones que permitan un entendimiento de intereses.

La mayoría de los problemas de agencia se sitúan ante realidades de endeudamiento, que son consecuencia de malas decisiones gerenciales, sin embargo el factor deuda siempre está presente en los negocios e incluso es un elemento que se considere necesario al momento de emprender o iniciar un nuevo proyecto, ante ello las posibilidades que tiene una empresa como opción al endeudamiento no es solo no adquirir deudas, sino que adquirirlas

---

<sup>37</sup> ROZEFF M. 1982. “*Growth, beta and agency costs as determinants of dividend payout ratios*”. *Journal of Financial Research* 5, p.p. 249 -259

<sup>38</sup> JENSEN M. y MECKLING, 1976, “*Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure*”. *Journal of Financial Economics* 3, p.p. 305-360

bajo otras alternativas como la emisión de éstas con cláusulas que posibiliten que el acreedor exija el pago anticipado a la empresa.

Por otra parte, los problemas de agencia se desarrollan también en el contexto de decisiones no acertadas por parte de los agentes, para lo cual los mejores correctivos pueden de manera doctrinal separarse en los de control y de incentivos, a modo ejemplar la doctrina comparada -y que son ampliamente aceptados en Chile-, propone los siguientes

- **Mecanismos correctivos de control:** serán la utilización de los directorios y las juntas de accionistas como mecanismos de vigilancia de las actuaciones de los directivos

Para hacer de los mecanismo correctivos verdaderos elementos de control, en el caso de nuestro país, el legislador ha comprendido la importancia de asegurar derechos a los accionistas, más aún ha intentado vía modificaciones y proyectos de ley realzar la importancia de la aplicación práctica de estos, un caso ejemplar es la llamada “Ley OPA” o también Ley de Oferta Pública de Acciones, que acoge diversos informes de organismos internacionales para fomentar el buen gobierno corporativo, y diversas acciones como es el caso de la transacción entre partes, la ampliación del derecho a retiro a través de causales amplias taxativas, y una genérica para permitir la auto exclusión de uno de los accionistas de manera más rápida pero dentro de un marco institucional.

**Mecanismos correctivos de incentivos:** El ejemplo más claro en este sentido, son los bonos de desempeño o productividad, la entrega de paquetes de opciones para comprar acciones de la empresa a los ejecutivos, o lisa y llanamente participación accionarios

En Chile, la entrega de participación accionaria está ampliamente difundida, de forma tal que en la legislación laboral de planificación tributaria se ha establecido que para efectos de contabilizar la entrega de participación



accionaria en el impuesto de segunda categoría, esto vale como remuneración si es hecha por el empleador y constituirá renta cuando la acción sea vendida y perciba el dinero por ésta, porque la acción propiamente tal como instrumento solo va a rendir beneficios cuando sea enajenada.

A lo ya mencionado es preciso agregar otro elemento de suma importancia y que solo ha sido considerado por la doctrina anglosajona –de las ciencias económicas y finanzas corporativas-, y en especial en lo relativo a la variable que utiliza el Banco Mundial para medir el *Doing Business*, nos estamos refiriendo a *Protecting Investors* o Protección al Inversionista. En este contexto, y como hemos sostenido a lo largo del presente trabajo, David O. Beim, profesor de Economía de la Universidad de Columbia ha expresado en diversas conferencias, tres elementos a priori que un inversionista debe considerar al momento de ingresar capital directo a un país en forma de acciones de una empresa, a saber:

1. Tanto los países como las empresas destinatarias de la inversión deben mostrar tasas de crecimiento no únicamente sólidas sino sostenibles
2. Que en la historia reciente del país las utilidades hayan sido compartidas no solo con inversionistas nacionales sino también extranjeros
3. Crecimiento rentable

El punto 2 ilustra no solo los derechos de los accionistas – y en el caso de los elementos de O Beim aplicados a las hipótesis de inversión extranjera- sino que el hecho de que los inversionistas extranjeros al ingresar capital directo a un país en forma de acciones, deben tener mecanismos de respaldos que permitan disminuir las hipótesis en que quienes administran la sociedad – llamados agentes- puedan expropiar a los dueños de la sociedad vale decir a los accionistas. El desarrollo dogmático como se mencionó no solo lo encontramos en Estados Unidos, sino que en la mayoría de los países ya desarrollados, toda vez que los gobiernos corporativos están formados por cuerpos gerenciales ajenos al dueño de la sociedad o accionista, por tanto, los inversionistas sean directos o indirectos generalmente tienen un control

externo a la empresa y más aún un lugar pasivo dentro de ésta por lo que necesitan que el ordenamiento resguarde sus derechos, garanticen su efectiva aplicación y que exista una institucionalidad base para la protección de éstos.

Es posible graficar la presente situación observando que los administradores de una empresa pueden utilizar su capacidad de decisión para obtener beneficios personales, los cuales podrían tomar la forma de gratificaciones extras. Con todo, podemos concretar los problemas de agencia en problemas específicos y soluciones concretas, haciendo una observación preliminar a que no es nuestro interés en el presente trabajo desarrollar de forma exhaustiva el problema, sino más bien realizar la vinculación con el tema que nos ocupa, esto es como el problema de agencia se ve inserto en la vulneración a los derechos de los accionistas y como afecta éste a la promoción de la inversión extranjera.

Debido a que los costos de monitorear el desempeño del agente por parte del principal son altos, y los resultados del agente no solo dependen de su esfuerzo, sino también de actuaciones aleatorias que pueden derivar en situaciones exitosas, cuando los resultados sean pobres, el principal no sabrá si el responsable fue el agente o los eventos fortuitos. Al respecto, si bien se han generado sistemas de control, estos se ven limitados por la realidad, generando desconfianza y restringiendo todo mecanismo que de preponderancia a la cooperación interna.

Éste es el problema que constituye el objeto central de la "*Theory of Agency*"<sup>39</sup>: estudiar la configuración contractual entre *principal* y *agente*, en que el mandante delega en su ejecutor competencias de decisión y ejecución, determinándose dicha relación por condiciones de reparto asimétrico de información y sobre todo de riesgos materializados en la incertidumbre.

A lo anterior debemos agregar a todos los elementos de responsabilidad para el directorio, las malas prácticas, insertas en el estándar de la *culpa leve* que el artículo 2129 del Código Civil hace aplicable a los deberes de cuidado del mandatario, regla de prudencia que se complementa con un conjunto de

---

<sup>39</sup> ROSS, Stephen, *The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem; En: American Economic Review, Papers and Proceedings*, 1973, pp. 134-139.

disposiciones destinadas a interpretar la voluntad del mandante en cuanto a la extensión del encargo y los medios para realizarlo.

En cuanto a los deberes de lealtad, la doctrina nacional ha interpretado las reglas sobre autocontratación, de tal forma de establecer un mecanismo para corregir los incentivos del mandatario, cuando éste es la contraparte en una relación de intercambio. Así entonces bajo el prisma de los problemas de agencia, es posible observar que el consentimiento previo prestado por el principal asegura de una forma eficaz la imparcialidad del agente.

En lo relativo a las asimetrías de información ya realizadas, el artículo 2165 del Código Civil, establece como correctivo institucional la revocación del encargo al arbitrio del mandante, además del control sobre la duración del mandato que constituye una poderosa herramienta para disminuir los incentivos contrarios a los intereses del principal. El artículo 2155 del Código obliga al mandatario a llevar y rendir cuentas de su gestión, a mayor abundamiento relevarlo de la obligación de rendir cuentas no implica exonerarlo de su eventual responsabilidad.

Algunos de los sistemas de incentivos que consideramos acordes a nuestra legislación, y esencial a la hora de mostrar al inversionista que nuestro país ofrece garantías legales que impidan los problemas agencia, son:

- Por dicha razón, una solución es lograr que el mandatario perciba que su retribución se establece en función de los resultados de la gestión encomendada, ideando un modelo de remuneración en base a resultados. Por tanto, no resulta lo bastante eficaz la norma del artículo 2147 Código Civil que establece que *“En general, podrá el mandatario aprovecharse de las circunstancias para realizar su encargo con mayor beneficio o menor gravamen que los designados por el mandante; con tal que bajo otros respectos no se aparte de los términos del mandato. Se le prohíbe apropiarse lo que exceda al beneficio o minore el gravamen designado en el mandato. Por el contrario, si negociare con*

*menos beneficio o más gravamen que los designados en el mandato, le será imputable la diferencia”.*

No resulta adecuada, pues no incentiva al mandatario a realizar una gestión de la forma más eficiente, ya que no deriva en retribución. Se observa por tanto, que si el mandato en este caso fuese regulado en base a resultados, habría una vinculación más alta entre los intereses del principal y el agente, derivando en una disminución de los intereses contrapuestos.

- Otro mecanismo interesante puede ser modificar la responsabilidad del mandato, en relación al sistema de calificación del artículo 1547, estableciendo que si el mandato es remunerado debería responderse por culpa leve y si es gratuito por culpa grave (mandato que en este caso no le reporta ninguna utilidad al mandatario).
- También y de igual manera sería interesante, *“la formalización de los contratos [que] contribuye en parte a solucionar el problema de divergencia de intereses, ya que al estipularse las reglas del juego se minimizan los problemas de comunicación, en cuanto a los objetivos que cada cual deba cumplir”*<sup>40</sup>, para realizar lo anterior, se debe disminuir el campo de acción del artículo 2132 Código Civil que establece un ámbito sumamente amplio en relación a los actos de administración.

---

<sup>40</sup> MUÑOZ, Juan Pablo y SIERRALTA, María Isabel. *Conceptos e implicancias para las organizaciones de la Teoría de la Agencia*, Documentos de Trabajo, Serie Docencia, N° 23 Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Universidad de Chile, Santiago, 1990, p. 9.

## **Capítulo VIII: Ausencia de Corrupción como Indicador de Institucionalidad. Análisis de casos: China, Chile, Grecia, Brasil e India.**

Hemos dicho a lo largo del presente trabajo, que el aumento de las instituciones como órganos de apoyo a la gestión gubernamental viene dado por diversas coyunturas no solo económicas y jurídicas, sino que también políticas, al respecto Daron Acemoglu al analizar el patrón de crecimiento de Europa Occidental en el período correspondiente al siglo XVI al XVIII, estableció que Europa Occidental tenía una amplia gama de instituciones derivadas de las diversas guerras y enfrentamientos con otras naciones, lo que había obligado a los países del frente oriental a crear diversos órganos que cumplieren funciones específicas y sirviesen de apoyo directo a la gestión de la monarquía por ejemplo.

Sin embargo el exceso de instituciones, puede sin duda alguna recaer en un exceso de burocracia, que es precisamente la rigidez en diversos procesos ordinarios y de trámite constante que se vuelven de lento desarrollo, lo que se materializa por ejemplo en que si un inversionista requiere para desarrollar un negocio específico una licencia que debe otorgar un organismo del estado, ésta demora más del tiempo normal e incluso ante la eventualidad de no ser otorgada se debe iniciar un proceso de reclamación ante el mismo organismo, cuyo proceso por lo general es más extenso que el inicial.

La corrupción en nuestra opinión viene dada por tanto, como el mecanismo de más fácil obtención de las licencias o franquicias necesarias para iniciar o desarrollar un negocio, por lo que puede ser vista como un elemento de beneficio o pérdida, pero siempre como la vulneración a la democracia entendida no solamente como forma de gobierno sino como estructura social.

El abuso de poder, será siempre para la obtención de un beneficio, sin embargo al respecto no está muy clara la diferencia entre la corrupción real y la percepción de ésta, aunque en la última se suele entender más alta y más eficazmente medible que la primera.

La Organización Internacional para la Transparencia o Coalición Global contra la Corrupción <sup>41</sup> con secretarías en diversos países como Italia, Alemania, Uganda, España, Francia entre otros, ha desarrollado un análisis sobre la percepción de la corrupción a nivel internacional, para esto analizaremos los datos de los países que se señalan a continuación y que serán motivo de la comparación de estadísticas, junto a los tres indicadores institucionales del Banco Mundial.

- China
- Chile
- Grecia
- Brasil
- India

El índice de percepción de la Corrupción se mide en una escala de cero a diez, siendo el diez la ausencia de corrupción, y el cero la percepción de un país absolutamente corrupto, para estos efectos la Organización para la Transparencia define la Corrupción como “el abuso del poder encomendado para beneficio o fines personales” <sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Estadísticas en <http://www.transparency.org/> [En Línea. Consultado 26 de Noviembre de 2010]

<sup>42</sup> [http://www.transparency.org/about\\_us](http://www.transparency.org/about_us) [En Línea, consultado el 26 de Noviembre de 2010]

### Análisis Ausencia de Corrupción e índice de percepción:

Países	Ausencia de Corrupción (Banco Mundial)	Índice de percepción de corrupción
China	3.1	3.5
Chile	7.4	7.2
Grecia	4.9	3.5
Brasil	3.9	3.7
India	2.8	3.3
Israel	6.6	6.1
Tailandia	3.2	sin datos
Venezuela	2.7	2.0
Malasia	4.8	4.4
Argentina	3.5	2.9

### China

Según los últimos reportes del Banco Mundial a través de las perspectivas del Doing Business<sup>43</sup>, China es visto como un país altamente institucionalizado, lo que explicaría a *prima facie* que el índice de ausencia de corrupción sea bastante bajo y que en definitiva, la percepción sería en la misma línea, incluso por debajo de Tailandia en el indicador de ausencia de corrupción, cuyo golpe de estado de 2006 ocasionó un enorme estancamiento de la economía y baja credibilidad en las instituciones, a tal punto que solo en el 2010 se han reiniciado negociaciones de Tratados de Libre Comercio y negocios marcos que habían quedado pendientes el 2006, con es el caso de las negociaciones para la firma del Acuerdo Comercial con nuestro país. Sin embargo, revisando la historia reciente de China podemos encontrar un elemento que sería gravitante en los índices de corrupción, esto es, la importancia de las instituciones en la economía.

---

<sup>43</sup> Disponibles online en <http://www.doingbusiness.org/reports> [En Línea, consultado el 25 de Noviembre de 2010]

En el 2007 China reconoció vía legislativa la propiedad privada, sin desconocer por cierto la propiedad colectiva sobre amplios espacios de tierra apta para la agricultura y entregado por el estado en usufructo a los campesinos, esto implica por tanto, que al existir propiedad colectiva y mecanismos por medio del cual el estado y sus organismos entregan el uso y goce de tierras, hay una serie de elementos que se deben obtener antes de explotar un negocios, como lo son licencias, franquicias o permisos de índole administrativos.

Estamos acá ante una segunda hipótesis para entender el grado de corrupción de un país, no habría aquí solamente un alto grado de institucionalidad, sino la importancia que las instituciones tienen en la economía y sobre todo en el emprendimiento, así entonces, si la importancia es alta y se deben obtener diversos permisos para emprender, existirán mecanismos de obtención más fáciles y ajenos a la ley, ahí donde hay necesidad surgirán las estructuras ilegales de acceso a los permisos.

La percepción de la corrupción en este caso, está altamente ligado con el indicador del Banco Mundial, por tanto la corrupción efectiva o real, como la percepción de ésta, establecen que China es un país con un índice de corrupción alto, y que podría ver fundamentado lo anterior en las hipótesis ya mencionadas.

## **Chile**

Nuevamente se relacionan aquí ambos indicadores, la ausencia de la corrupción es alta, de la misma forma que su percepción. Chile ha iniciado desde la apertura comercial de los 90 un impacto mediático para lograr no solo atraer socios a nuestro país, sino que incluso promover la imagen país.

Al respecto la Fundación Imagen País, ha realizado diversas campañas donde no solo se muestra a Chile, como país de Turismo, Exportaciones, Arte y Gastronomía, por el contrario, también como un país de instituciones sólidas y creíbles que han sido forjadas a la luz de la democracia, sin embargo, alejándose de la imagen que China tiene, en cuanto a la ecuación, más



instituciones más burocracia y más corrupción como resultado de la necesidad, se ha mostrado a las instituciones chilenas como un elemento de fortaleza y seguridad para los negocios.

Por tanto el bajo índice de corrupción o alto índice de ausencia de ésta, como también la baja percepción, son resultado de campañas de promoción del país como es el caso de la campaña imagen país: “*Do It the Chilean Way*”, así como también de leyes específicas que vienen a complementar el trabajo en el exterior, tal es el caso de Ley 20.285 para la Transparencia y acceso a la Información Pública, que favorece el acceso a los mecanismos de otorgamiento de licencias o decisiones administrativas, haciendo público los diversos estándares utilizados para ello.

## **Grecia**

Aquí nos encontramos con una divergencia entre la corrupción real y la percepción de ésta, diferencia que marca al menos un punto, a *prima facie* podemos comprender que si la percepción es mayor que la corrupción efectiva, existen por cierto una errónea apreciación de las instituciones, toda vez que la corrupción real en Grecia es menor que en Brasil y Malasia, ambos con ofensivas de comercio exterior y atracción a la inversión que se ha ido acentuando durante los últimos 5 años.

Hay por tanto, la creencia en que las instituciones están altamente sujetas a la corrupción. Sin embargo, nuestra hipótesis es la llamada por diversos medios de comunicación como la “Crisis de Confianza en Europa”<sup>44</sup>, que devino en un falseamiento de datos y estadísticas económicas sobre las deudas existentes en el período 2009, aún más el riesgo alto se observaba ante la eventualidad de una cesación de pagos por parte de Grecia. El falseamiento de información ya mencionado se refería a constantes gastos sin control ejercidos por el Gobierno de Grecia y contrarios a los acuerdos bases de la Unión Europea, así entonces, los inversionistas exigieron tasas más altas

---

<sup>44</sup> Medios de comunicación que acuñaron el concepto: **Europa Press** en reportaje “*Brusela duda de las estadísticas de Grecia sobre la deuda*” (12 de Enero de 2010), **RTVE** (Televisión Española) en “*Deudas, mentiras y huelgas: la economía griega en cuidado intensivo*” (10 de Febrero de 2010) y **BBC Mundo** en “*Grecia en Problemas preocupa a Europa*” (17 de Diciembre de 2009)

a cambio de prestar dinero a la alicaída Grecia, y la última respondió modificando el patrón euro.

La decisión de modificar el patrón euro so pena de una eventual cesación de pago, no consideró los riesgos de la eurozona, y la realidad no menos evidente de que el Euro es la moneda de circulación no solo de Grecia, sino de países con economías inestables como es el caso de Irlanda, e Italia. Finalmente la Crisis de Confianza, solo tuvo un respiro luego del desarrollo de diversas políticas por parte del Fondo Monetario Internacional para rescatar la economía griega que consistió en un plan de 750.000 millones de Euros, junto con un fondo de estabilización colectivo y un plan individual de cada país para ajustar sus finanzas públicas ante la posibilidad de una nueva caída del Euro. Las anteriores medidas vinieron, a disminuir no solo la desconfianza del pueblo griego, sino la crisis institucional que se vivía en el país gatillada especialmente por la medidas impopulares que presentó el gobierno griego para hacer frente al déficit fiscal, una de éstas fue el aumento en la edad de jubilación, política que se sostenía en el modelo de reparto que tiene gran parte de Europa<sup>45</sup>, mediante el cual el sector activo financia las pensiones del sector pasivo, y que ante una recesión económica con la disminución de los puestos de trabajo y el aumento de la cesantía, ésta hace inviable la mantención de un sistema de pensiones, por tanto la medida impopular que adoptó Grecia (y que también ha sido adoptada por Francia), conduce a que el sector activo se mantenga mas años en éste con el fin de financiar las pensiones actuales del sector pasivo, y que a largo el plazo el último disminuya.

La crisis de confianza por tanto, no fue en grado alguno solo aplicable a los países de la región para con sus relaciones con Grecia, sino también a los mismos ciudadanos Griegos, que vieron como su país había realizados gastos por sobre los acuerdos con la Eurozona, y en definitiva los datos que mostraban las finanzas públicas eran completamente alterados de la realidad. Hacemos presente por tanto, que ante una coyuntura económica, las

---

<sup>45</sup> Modelo diferente del establecido en nuestro país mediante el Decreto Ley 3500 que reguló el sistema de capitalización individual

instituciones no solo verán disminuidas su credibilidad, sino que se sujetan a un riesgo evidente de desaparecer.

El indicador de percepción de corrupción responde a datos de 2010, pero alcanza el período de finales de 2009, por tanto, tiene abierta relación con el temor de la cesación de pagos por parte de Grecia que se inició a finales de 2009 y comienzos de 2010.

A lo anterior cabe señalar, que en Octubre de 2009 se realizaron elecciones donde Yorgos Papandreu llegó al poder como Primer Ministro, bajo el apoyo de la coalición del partido socialista. Al tomar el cargo, anunció que el déficit presupuestario del período 2009 era cercano al 12,5% y no el 3,7% anunciado por el Primer Ministro anterior, acá estuvo ante los ojos de los ciudadanos griegos y de la eurozona, el primer indicio de un falseamiento de datos, el que se vio corroborado, cuando se informó a la opinión pública de la existencia de una deuda con la Comisión Europea tres veces mayor a la que era conocida.

El problema entonces se situaba en dos líneas, la primera que el endeudamiento era superior al 3% que indica el Pacto de Estabilidad y Crecimiento firmado en 1997 por los países de la Comunidad Europea, que aseguraba después de la entrada en vigencia del patrón Euro como moneda de curso en la eurozona, la estabilidad y disciplina fiscal necesaria para cumplir con los criterios de convergencia o de Maastricht, que fueron los requisitos establecidos que debían cumplir los países que pertenecen a la comunidad europea para ingresar a la zona euro. Por otro lado existía a finales de 2009, un endeudamiento de Grecia cercano al 113,4%, casi el doble del aceptado en el Pacto ya mencionado y en los Criterios de Maastricht.

## **Brasil**

En este caso, hay relación directa entre el indicador ausencia de corrupción y la percepción de ésta, lo que resulta de extrema importancia, toda vez que es

la mayor economía de América Latina y octava a nivel mundial<sup>46</sup>, por tanto nos cabe preguntar ¿es el indicador corrupción un indicador válido para medir una mejor economía?, creemos que sí, pero bajo otras variables, por tanto puede haber un índice de corrupción que duplica al de otro país - es el caso de Brasil y Chile-, pero a su vez puede duplicar el Producto Interno Bruto, y esto tendrá a modo de hipótesis, fundamento en variables que pueden afectar de modo directo, como es el caso del área de explotación, ámbito de desarrollo económico, población etcétera.

Es por tanto necesario analizar el índice de corrupción, pero lo será aún más si analizamos otras variables igual de importante, y que para efectos del presente trabajo circunscribimos a tres indicadores del Banco Mundial que tienen directa relación con la institucionalidad.

Nos interesa en este punto hablar de la teoría del BRIC<sup>47</sup>, esto es, la sigla para referirse a los cuatro países del mundo que tienen mayor población, territorio y desarrollo económico en la última década, a saber Brasil, Rusia, India y China.

A mayor abundamiento, un estudio desarrollado por la consultora Price Water House Coopers, tuvo como resultado que los cuatro países del BRIC se encontraban dentro de las primeras opciones a la hora de invertir.

Con lo anterior, no sería difícil afirmar que no se cumpliría la hipótesis que hemos venido estableciendo a lo largo del presente trabajo, toda vez que las diversas crisis institucionales no afectarían el desempeño económico, en tanto Brasil tiene serios problemas de control de armas, delincuencia, asesinatos y drogadicción, etcétera. Creemos que esto no es así, pues no habría una crisis institucional en la extensión del concepto, debido a que el gobierno ha logrado mantener la estabilidad institucional democrática siendo continuo su trabajo en pos de erradicar los principales problemas sociales que sufre el país, no ha habido por tanto una crisis institucional o una pérdida de

---

<sup>46</sup> <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u355967.shtml> [En línea, consultado el 25 de Noviembre]

<sup>47</sup> <http://www.americaeconomica.com/numeros4/357/reportajes/bric357.htm> [En línea, consultado el 26 de Noviembre de 2010]

credibilidad en las instituciones, como si ocurre con Grecia, ni un exceso de burocracia como se manifiesta en China, por el contrario, el gobierno brasileño ha logrado incentivar el desarrollo económico y una apertura comercial, sin embargo, la razón que puede fundamentar el índice de corrupción puede estar basado a modo de hipótesis en los problemas sociales ya mencionados y que de una u otra forma llegan a las instituciones pero no las colapsan ni las fracturan.

Creemos que un país puede estar sumamente sujeto a la corrupción, pero tiene una forma de segura de alejarse de ella, toda vez que dicho país esté capacitado para solucionar los problemas sociales a través de políticas públicas concretas y dirigidas a dar respuesta, y fomentar el desempeño económico, éstas son a nuestro parecer las armas más claras para enfrentar las coyunturas que darían origen a la corrupción y que permitirían que ésta se mantuviese en el tiempo.

## **India**

En este caso estamos frente a una situación completamente diferente de la que apreciábamos al hablar de Grecia, por el contrario la corrupción efectiva es mayor que la apreciación de ésta por parte de la colectividad, existe de todas formas una errónea imagen de la institucionalidad un tanto idealista.

Como lo mencionamos al hablar de Brasil, India es una economía que conforma la sigla BRIC, por tanto tiene una alta población y territorio y desempeño económico, esto se ve reafirmado diversas políticas destinadas al aumento de desarrollo económico de este país.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> MONTEK S. Ahluwalia *“Economic Reforms in India since 1991: Has Gradualism Worked?”* en Planning Commission. 2002

## **Capítulo IX: Marco Normativo de la Organización Mundial del Comercio, en relación al incumplimiento.**

Desde 1945 el orden económico internacional descansó sobre tres pilares institucionales: el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Organización Internacional del Comercio (en adelante, "OMC"). La OMC tenía como principal función actuar como coordinadora de las políticas comerciales, y establecer un organismo dependiente para resolver las controversias que pudiesen surgir en materia de política comercial.

La Organización Mundial del Comercio, tiene su inicio en enero de 1995, y entra en reemplazo del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (también llamado "GATT"). Es una de las organizaciones internacionales más importantes en la actualidad.

El tratado por el cual se constituyó la OMC, propuso un marco institucional que engloba acuerdos y entendimientos interpretativos, los que fueron adoptados por medio de un mecanismo de adopción conjunta al finalizar la Ronda de Uruguay. Los acuerdos alcanzados en la Ronda de Uruguay obligan a todos los suscritos y que se resumen en los siguientes:

- Acuerdo General (el Acuerdo por el que se establece la OMC),
- Acuerdo sobre bienes, servicios y propiedad intelectual,
- Solución de controversias
- Exámenes de las políticas comerciales de los gobiernos.

Finalmente la OMC fue creada por el Acta de la Ronda de Uruguay, la cual fue firmada el 15 de abril de 1994 en Marrakech, Marruecos, y entró en vigor en enero de 1995. La OMC está dirigida por sus miembros, ya que son ellos a través de la Conferencia Ministerial –que se reúne al menos una vez cada dos años- la que determina la dirección estratégica y adopta las decisiones de la organización.

La conferencia Ministerial complementa su trabajo con el Consejo General, órgano permanente con sede en Ginebra. Es precisamente en

Ginebra donde se encuentran las misiones permanentes de los países ante la OMC.

Los principios que rigen el trabajo de la OMC son los siguientes:

- El *principio de transparencia* por el cual los estados miembros deben divulgar públicamente sus políticas y prácticas comerciales
- El *principio de no discriminación* trae consigo dos cláusulas: la nación más favorecida y el trato nacional.

Para efectos del presente trabajo, el principio de no discriminación tal como se señaló se descompone en dos sub principios:

- Cláusula de la nación más favorecida, por la cual un Estado miembro de la OMC debe garantizar a todos los socios comerciales que los beneficios arancelarios establecidos para otro miembro de la OMC, se deben hacer extensivos a los demás miembros.
- El Trato Nacional establece una protección a la no discriminación, la que consiste en que los bienes y servicios importados de otros países deben ser tratados en igualdad de condiciones con los productos nacionales. Un ejemplo de lo anterior, es que deben ser sometidos a los mismos requisitos de solicitudes sanitarias.

El principio de no-discriminación es uno de los elementos más importantes, y es donde el comercio y su regulación se cruzan con los derechos humanos. Es así que “la cláusula de nación más favorecida” y “trato nacional”, buscan comprometer a los Estados a garantizar el ejercicio de los derechos sin existir discriminación. Sin embargo, para asegurar el principio de no discriminación, se exige en ciertas situaciones acciones afirmativas que permitan equilibrar las fuerzas económicas entre diversos países. La situación anterior se ilustra de mejor manera con un trato especial diferencial que se conceda a un país de bajo nivel de ingreso per capita, por ejemplo asistencia a la inversión o concesión de prórrogas de ingreso de inversión.

En solución de controversias, la OMC ha demostrado la posibilidad real de emplear la regulación internacional comercial en paralelo al derecho internacional de los derechos humanos. Lo anterior lo podemos apreciar en el siguiente caso:

- BISD 37 S/200. Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos.

El presente caso fue analizado por el órgano de solución de controversias del GATT en 1990, sin embargo es un precedente actual para fundamentar fallos cuyas consideraciones se alejan del derecho comercial internacional y se entienden insertos en el derecho internacional de los derechos humanos. El órgano decisorio reconoció la estrecha vinculación entre los intereses públicos y las obligaciones comerciales.

Tailandia en 1966 prohibió mediante una ley la importación de cigarrillos y sus derivados, pero autorizaba la venta de cigarrillos de origen nacional, lo anterior basado en una política interna de control del tabaco y en que las estrategias de marketing de las compañías internacionales eran contraproducentes con las campañas internas de salud pública.

Estados Unidos solicitó el establecimiento de un panel bajo el argumento de que las restricciones del Estado Tailandés eran contrarias con el sistema GATT.

Finalmente el panel consideró contraria al GATT la política interna de Tailandia, sin embargo no prohibió que debiera vedarse la prohibición de hacer publicidad por parte de las empresas extranjeras en armonía con la política pública de disminuir los niveles de tabaquismo y enfermedades asociadas, dando prioridad a la salud pública.

En este caso por primera vez el Panel del GATT solicitó un pronunciamiento oficial a la Organización Mundial de la Salud, entendiendo por



tanto que detrás de una decisión comercial, existe un interés público involucrado.

La regulación actual de la OMC, permite que una decisión comercial sea tomada en armonía con los derechos humanos y políticas públicas, de otra forma, las consideraciones económicas en un mundo globalizado serían ajenas a la realidad. Apreciación similar es señalada por el Premio Nobel, Amartya Sen, quien expresa que "existe una necesidad imperiosa de realizar preguntas no solo acerca de los aspectos económicos y políticos de la globalización, sino también acerca de la ética y los valores que moldean nuestra concepción de mundo global"<sup>49</sup>

Así también lo concluyen diversas organismos internacionales a través de trabajos en el área expresando que: "el marco internacional de los derechos humanos, creado durante la última mitad del siglo pasado, puede realizar una contribución vital al logro de objetivos socialmente válidos, a los cuales la OMC se comprometió en virtud del Preámbulo del Acuerdo de Marrakech. Avanzar hacia una mayor concordancia entre los derechos humanos y el comercio contribuiría, en consecuencia, al desarrollo de políticas comerciales que resultarían más sensibles a las necesidades de las personas a las que debe servir, como también a ser vista como una Organización más legítima y sustentable"<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> Citado en Robinson, Mary, "Shaping Globalization: The Role of Human Rights", Fifth Annual Grotius Lecture, American Society of International Law 97<sup>th</sup> Annual Meeting, Washington DC, 2 de abril de 2003.

<sup>50</sup> "Por una globalización justa: crear oportunidades para todos", Informe de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2004.

## **Sección II: Descripción Caso Chileno: Principales instituciones**

### **Capítulo X: Responsabilidad del Estado Administrador**

Al respecto se ha señalado que la llamada nulidad de Derecho Público no tiene una norma que regule su prescripción, y que no sería aplicable la regulación Civil. En dicha línea ha concluido la Excelentísima Corte Suprema

El párrafo anterior nos habla de la denominada “Tesis de la Imprescriptibilidad”, la que además ha considerado que el Artículo 2332 del Código Civil habla de los delitos y cuasidelitos, pero consideramos que estos por su especial naturaleza no pueden ser cometidos por el Estado, por tanto no podríamos integrar normas.

Sin embargo, existe una “Tesis de la Prescriptibilidad”, que postula como principio general que todas las acciones son prescriptibles, salvo que una ley señale lo contrario, especialmente porque la prescripción otorga seguridad jurídica, y ésta es un principio general del Derecho y del estado de Derecho.

El Artículo 2497 del Código Civil señala que la prescripción opera a favor o en contra del Estado, no estableciendo una diferencia al respecto. A mayor abundamiento la acción en contra del Estado en su faz Estado administrador, tiene un carácter patrimonial y por tanto existiría supletoriedad de las normas del Código Civil. Al respecto y bajo esta tesis, solo necesitaríamos distinguir si la prescripción aplicable es de 4 o 5 años.

Tesis aparte, existe una tendencia específica desde la jurisprudencia y doctrina, a aplica normas civiles para resolver los asuntos sometidos a su decisión, no obstante el indiscutible carácter de público de uno de los agentes.

Al respecto la doctrina distingue, las siguientes tesis:

**Tesis Subjetiva:** La falta solo reviste un verdadero carácter de importancia, cuando es grave, de forma que habría faltas excusables tanto por la dificultad de administrar como por la escasez de recursos. Creemos que esta tesis no logra argumentar exactamente las condiciones reales del Estado. La dificultad o la escasez de recursos no resulta un elemento de disminución de responsabilidad para las personas naturales y para que éstas actúen con la diligencia debida por la ley. Si al Estado le permitiéramos solo responder por faltas graves, entregaríamos un aliciente para que emplee un mínimo de diligencia, ya que la dificultad de su actuar o el dinero que involucran sus políticas les impide aumentar su cuidado.

**Tesis Objetiva:** Sería aplicable la responsabilidad extracontractual, vale decir negligencia en el actuar del agente.

La actuación que causa daño debe ser hecha por un Funcionario – lo que no deja lugar a dudas ya que, el Estado actúa a través de los funcionarios debidamente investidos de la facultad y poder para actuar- , por regla general no hay derecho a reembolso, y la excepción la podemos encontrar en el hecho de que sea una falta de carácter personal.

## Capítulo XI: Responsabilidad del Estado Juez.

Desde que se comenzara a discutir la Responsabilidad del Estado Juez con el juicio a un general del ejército francés, quien fue acusado producto de un complot por su condición religiosa-, los sistemas comparados han establecido diferencias importantes, a saber:

- Mal funcionamiento del aparato judicial: Más amplio que un mero error judicial, debido a que comprende no solo actuaciones jurídicas, sino también materiales.
- Error judicial: Preferentemente penal, y sería el establecido en Artículo 19 número 7 de la Constitución Política de la República

En España se establece el sistema de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Sin embargo, es claro que la Responsabilidad del Estado Juez ha sido tratada en el Derecho Internacional, es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto San José de Costa Rica, que en su artículo 10, señala que: toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

La redacción anterior establece por tanto, diversos requisitos: 1. Existencia de una condena por sentencia firme 2. Obligación de establecer normas que señalen y recojan el derecho a la indemnización.

Actualmente, nuestra Constitución Política de la República en su artículo 19 número 7 letra i, establece un sistema de responsabilidad del Estado/ Fisco, que opera solo en materia penal y que procede solo en casos de error judicial y

no de mal funcionamiento del sistema de justicia. Así también entrega a la Excelentísima Corte Suprema el hecho de declarar el carácter de injustificadamente arbitrario o ilegal y su fundamento lo podemos encontrar en la compensación justa que se puede entregar a una persona que ha sido condenada por error judicial.

El sentido de injustificado se relaciona con carencia de motivación o fundamento, mientras que arbitrario implica contrario a la justicia, la razón o las leyes.

En el caso de la presente memoria, al estar radicado el conocimiento de la materia comercial a los tribunales con conocimiento en lo Civil, podríamos señalar que el ordenamiento establece un conjunto de garantía y recursos para neutralizar el error, es decir, sería necesario que la falta se derive de una negligencia grave o lisa y llanamente, una denegación de justicia. Consideramos por tanto y bajo el tenor de nuestra Carta Fundamental que una eventual indemnización por error en materia civil, tendría el carácter de excepcional, y por tanto la responsabilidad del Estado cuando los derechos de los inversionistas han sido vulnerados debe encontrarse en el Estado Legislador, mas no en el Estado Juez aunque no hay duda que es éste quien aplica la ley.

## **Capítulo XII: Responsabilidad del Estado Legislador.**

Consideramos que la responsabilidad que se tratará en ese punto, consiste en el hecho de comprender que la ley es la manifestación de la voluntad soberana. Por tanto, estamos frente a una norma general que señala las bases de la vida en comunidad y por ende del ordenamiento jurídico.

Como mencionamos con anterioridad es en la actuación legislativa donde podemos encontrar la responsabilidad del Estado por vulneración de los derechos de los inversionistas, debido a la escasa regulación y al carácter excepcional de la responsabilidad del Estado Juez en materia civil y comercial.

En relación al Estado Legislador, se ha señalado la existencia de un principio de irresponsabilidad que encontraría sus bases en la soberanía del Estado, pero por otro lado y acorde con el Estado Social de Derecho, estaríamos frente más a bien a un principio de responsabilidad, pues no se podría alegar que en ejercicio de la soberanía el Estado pretenda no cumplir con sus obligaciones derivadas de la protección del bien común.

Creemos que no habría duda de que existe un principio de responsabilidad en torno a la actuación del Estado Legislador, lo anterior no sería más que consecuencia del Estado de Derecho.

En relación a los factores de atribución la equidad y el sacrificio especial deben estar como elemento para existir responsabilidad, por lo cual se puede argumentar que la eventual vulneración de derechos de los inversionistas producto de una nueva ley que restrinja su ejercicio en la esencia misma de ellos, no siempre puede derivar en la responsabilidad del estado, debe existir por tanto una actuación ilícita que implique un sacrificio especial, vale decir que se le imponga a una persona (inversionista) un sacrificio que a la generalidad no se le impone.

La lesión ocasionada por la ley puede ser una privación o una limitación. La primera, se refiere a la restricción que se impone en el ejercicio de sus derechos. El límite está en la afectación del contenido esencia de los derechos, de forma que si a un inversionista se le priva de su derecho de propiedad, en

su faz esencial, desaparece la función social del derecho, y estamos ante la expropiación, que permite y da derecho a ser indemnizado.

Creemos que un derecho es afectado en su contenido esencial cuando resulta impracticable o dificulta su ejercicio, haciendo del mismo un derecho que no es posible ejercer.

El perjuicio producto de la ley debe ser especial, en relación al grupo de referencia, y el daño. Sin embargo, es posible creer que la gravedad resulta más importante que la especialidad, ya que de lo contrario resultaría más gravoso si fuesen más las víctimas del daño y no la naturaleza misma de la restricción del derecho.

No obstante, se presume la constitucionalidad de la ley; por lo tanto, para declarar la inconstitucionalidad de ésta debió ser declarada inaplicable en variadas ocasiones por el Tribunal Constitucional.

La Inaplicabilidad entonces importa un control concreto de la constitucionalidad de la ley en relación a una gestión pendiente, donde eventualmente se aplicará una ley que resulta atentatoria en la esencia del derecho en disputa. Acerca de la inconstitucionalidad ésta puede ser declarada en forma preventiva o represiva en relación a la Responsabilidad del Estado Legislador.

Por tanto, si mediante una ley se atenta contra la esencia misma del derecho de un inversionista, es su aplicación al caso concreto lo que permitirá que eventualmente exista una inaplicabilidad y por cierto un control *ex antes* de verificarse la Responsabilidad del Estado Legislador. Además, es necesario mencionar que la inconstitucionalidad es esencialmente material y es el elemento anterior de la indemnización por daño al cual debe ser condenado el Estado Legislador.

En resumen, cuando se lesionan derechos garantizados constitucionalmente –para los inversionistas el derecho de propiedad por ejemplo- por una Ley que no reúne los siguientes caracteres: generalidad, abstracción, certeza u obligatoriedad, cabe indemnización.

Además, para un inversionista habría una vulneración de la confianza legítima, toda vez que el destinatario de la ley dirige sus acciones en cuanto a que la legislación mantendría su sentido. Así, un Inversionista extranjero espera a que Estado receptor no actúe de forma contradictoria, es decir, no revierta de manera arbitraria las actuaciones realizadas con anterioridad. Las modificaciones a las condiciones que estableció la ley al momento de ingresar capital al país, podrían configurar un factor de atribución. Otro factor de atribución sería la inactividad legislativa.

Vía Constitución Política de la República, podemos encontrar elementos que permitan otorgar un resguardo a los Inversionistas Extranjeros, tal es el caso de:

- Igualdad ante la Ley.
- No discriminación arbitraria por órganos del Estado en materia económica.
- Responsabilidad del Estado- Juez.
- Recurso de Protección.

El Recurso de Protección, podría considerarse como otro mecanismo de control de arbitrariedad para el Inversionista Extranjero, ya que no solo comprende actos de particulares sino también acciones de órganos del Estado o el Congreso. Lo último con especial énfasis en el artículo 5 de la Constitución Política de la República, toda vez que la misma Constitución establece un principio de vinculación positiva a los órganos del Estado –respetar y promover los Derechos Fundamentales- y una vinculación negativa a los particulares –en tanto deben respetar los Derechos Fundamentales.



## **Capítulo XIII: Análisis de casos Chilenos ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)**

### **Sociedad Anónima Eduardo Vieira con República de Chile**

El 5 de noviembre de 2003 la Sociedad Anónima Eduardo Vieira (en adelante, “el solicitante”) presentó ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), solicitud de arbitraje contra la República de Chile (en adelante, “la demandada”), invocando las disposiciones del Acuerdo entre la República de Chile y España para la Protección y Fomento Recíproco de Inversiones (en adelante, “el acuerdo”), suscrito el 2 de octubre de 1991, y vigente a partir del 29 de marzo de 1994.

El 3 de octubre de 1988, la empresa chilena Construcciones y Carpintería Naval Concar S.A. (en adelante, “Concar”) presentó ante la Subsecretaría de Pesca adscrita al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción del Estado de Chile, solicitud de autorización para realizar actividades pesqueras y para operar dos buques fábrica que serían adquiridos con posterioridad a la fecha de la solicitud. En noviembre del mismo año, CONCAR presentó el Comité de Inversiones Extranjeras, un escrito por el que informa que estaba en trámite la autorización para operar dos buques fábrica, y que junto con el capital, serían aportados por la sociedad española Pacegal S.A.

La solicitud presentada por Pacegal S.A. fue aprobada por el Comité de Inversiones Extranjeras en marzo de 1989, días después de que la Subsecretaría de Pesca emitiera la resolución N° 291 que autoriza a Concar a iniciar actividades pesqueras con los buques fábrica, fijándose como área de operación la zona de aguas interiores situada al sur del paralelo 47° L.S.

En julio del mismo año, Pacegal celebra con el Estado de Chile, un Contrato de Inversión Extranjera por la que se acuerda la inversión.

En agosto de 1990, Concar solicitó a Subpesca la ampliación de la Resolución N°291 emitida con anterioridad, a fin que se le permitiera realizar actividades pesqueras en aguas exteriores y no solo en aguas interiores; en septiembre de 1990 la solicitud fue negada.

En noviembre de 1990, Pacegal presentó ante el Comité de Inversiones Extranjeras de Chile, una solicitud para transferir sus acciones en Concar a Vieira y a la sociedad Brusson Societe Anonyme de Vaduz (en adelante,

“BRUSSON”). El 4 de diciembre, se autoriza a Pacegal para transferir el 50% de sus acciones en Concar a Vieira y el otro 50% de esas acciones a BRUSSON.

El 28 de junio de 1991, la Asociación Gremial de Industriales y Armadores de Buques Pesqueros Palangreros de la XII Región (también, “ANAPESCA”) presentó ante Subpesca, una solicitud de regularización de la autorización dada a CONCAR y otras empresas, a fin de que pueda operar en todo el litoral al sur del paralelo 47° L.S.

En julio del mismo año se modificó el Contrato de Inversión Extranjera celebrado entre Pacegal y Chile, constando la cesión de Pacegal de la totalidad de sus derechos contractuales como inversor extranjero a Vieira y a Brusson.

El 29 de marzo de 1994, entró en vigencia el Acuerdo, el cual permitió fundar la presentación de Concar ante el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de Chile, la cual solicita que “en uso de sus atribuciones legales se sirva ordenar que la Resolución de la Subsecretaría de Pesca N°291 de 28 de febrero de 1989, sea modificada o rectificadas, disponiendo por tanto que Concar S.A. sea autorizada para operar en el área de aguas exteriores al sur del paralelo 47 L.S., “corrigiendo con ello una situación de injusticia inexplicable que ha afectado durante años a la empresa, evitando que se sigan produciendo perjuicios”. La negación a este requerimiento deriva en la solicitud presentada ante el CIADI.

Sin embargo, el CIADI no llegó a pronunciarse sobre la materia de fondo y estimó procedente la excepción jurisdiccional *ratione temporis* presentada por el Estado de Chile, en tanto la vigencia del Acuerdo es posterior a la realización del hecho ilícito, que determina la pauta a partir de la cual se debe estimar una cuantificación de los daños y perjuicios que puede sufrir un inversor extranjero.

### **Caso Clarín: Victor Pey con República de Chile**

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), emitió el 2008 el laudo que condena a Chile a compensar daños y perjuicios a Victor Pey, dueño del periódico Clarín. Lo anterior, debido a la expropiación del medio de comunicación y confiscación de sus bienes en 1973.

El laudo señala que el Estado de Chile violó fundamentalmente el Acuerdo de Protección Recíproca de Inversiones con Chile, obligando a pagar indemnización y las costas asociadas al proceso.

Sin embargo, el 18 de diciembre de 2012 el CIADI pronunciándose de una solicitud de anulación presentada por Chile, confirma lo sostenido en el laudo de 2008, en tanto existió expropiación y confiscación, pero anula íntegramente la sección acerca de la indemnización y plantea la posibilidad procesal de modificar la indemnización de 10 millones de dólares impuesta en el laudo anterior, incluso por un monto mayor.

Para efectos de conclusión, debemos señalar que los juicios por inversiones traen aparejados un alto costo para el país demandado, pero quizás, es el costo imagen país uno de los más fuertes y que mayores perjuicios trae a corto o argo plazo. Para un país que requiere de la inversión extranjera para su desarrollo, como es el caso de Chile, la imagen país resulta un pilar fundamental de su desarrollo.

Por su parte, el sometimiento a tribunales internacionales y el cumplimiento de los fallos en que ha sido condenado, son elementos que aumentan la confianza ante los inversionistas extranjeros.

## **Capítulo XIV: Jurisprudencia de Tribunales Chilenos relativo a Responsabilidad del Estado respecto de vulneración de derechos a inversionistas.**

Como se mencionó anteriormente, el Recurso de Protección representa un mecanismo para el Inversionista Extranjero en relación a la protección de sus derechos por un acto ilegal o arbitrario, el que puede ser la dictación y posterior aplicación de una ley o un acto administrativo proveniente. Sin embargo, el Recurso de Protección debe instarse posterior a agotar las impugnaciones contenidas en el Decreto Ley 600, en el caso que la Inversión Extranjera haya ingresado bajo esta plataforma.

La deducción anterior se establece claramente en la siguiente jurisprudencia:

### ***Recurso de Protección: Carter Holt Harvey International y otros contra Comité de Inversión Extranjera***

**Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago**

**28 de Mayo de 1991**

Carter Holt Harvey International, Inversiones y Desarrollo Los Andes S.A., Sociedad Pesquera Guanaye Limitada, y Pesquera Iquique S.A. recurren de protección en contra del Comité de Inversión Extranjera por omisiones arbitrarias que constituyen privación, y amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías señaladas en el Artículo 19 número 3 inciso cuarto de la Constitución Política de la República.

La Sociedad Carter Holt Harvey International Limited Chile realizó inversiones bajo el amparo del Decreto Ley 600 de 1974; mientras que el capital de las Sociedades: Inversiones y Desarrollo Los Andes S.A., Sociedad Pesquera Guanaye Limitada y Pesquera Iquique S.A. participa del mismo Decreto Ley. El Decreto Ley 600 o Estatuto de Inversión Extranjera establece el principio de no discriminación –que por cierto es un principio general del Derecho- en sus Artículos 9 y 10. Así también y respecto a lo ya señalado, el

Contrato de Inversión Extranjera es el origen de derechos y obligaciones para ambas partes, una de las obligaciones del Estado es no discriminar al Inversionista Extranjero, por tanto y a *prima facie* existiría una vulneración de derechos por consecuencia de la vulneración al acto jurídico.

A juicio de los recurrentes la Ley de Pesca contendría disposiciones discriminatorias, por lo cual y siguiendo los procedimientos administrativos del propio Decreto Ley 600 recurrieron al Comité de Inversión Extranjera –en adelante, “el Comité”- solicitando la eliminación de las normas eventualmente antijurídicas. El Comité por su parte entregó una respuesta oficial, la que omite pronunciarse directamente pero si dispone oficiar al Congreso Nacional para que los argumentos señalados en la solicitud por los peticionarios, sean considerados en la revisión de la Ley de Pesca. Al omitir pronunciarse, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago establece que el referido Comité *“incurrió en una omisión ilegal que los priva del legítimo ejercicio del derecho impetrado por ellos tendiente a eliminar la posible discriminación que ha motivado dicha presentación, situación que debe enmendarse por la presente vía procesal.”*<sup>51</sup>

El mismo Tribunal sostiene que el *“Estatuto de la Inversión Extranjera configura un derecho público subjetivo para el titular de dicha inversión y para las empresas en que ella participe, que podría denominarse derecho a la igualdad de régimen; en efecto, su Artículo 9º, inciso 1º establece que ellas se sujetarán al régimen jurídico común aplicable a la inversión nacional, no pudiendo discriminarse respecto de ellas ni directa o indirectamente”*. Por tanto el Comité debió denegar la solicitud en el caso de estimar que la norma

---

<sup>51</sup> Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de Recurso de Protección: Carter Holt Harvey International y otros con Comité de Inversiones Extranjeras. 28 de Mayo de 1991

impugnada no es claramente discriminatoria o acogerla declarándolo por resolución.

El Decreto Ley 600, establece entonces un procedimiento que podría denominarse procesalmente, a iniciativa de parte, toda vez que el legitimado para actuar es el titular de la inversión extranjera o la empresa en cuyo capital intervenga la misma inversión. El Comité tiene un plazo de 60 días desde la presentación de la petición o requerimiento para pronunciarse. Si el acto discriminatorio radica en una norma administrativa, el Comité deberá requerir a la autoridad administrativa que sea competente para que proceda a su eliminación. En el caso de auto creemos que el Comité al no tener potestad legislativa no podría derogar la norma, pero si declarar que ésta es discriminatoria, de forma de establecer un precedente para recurrir ante un juez con conocimiento en lo civil.

Estaríamos por tanto frente a un tipo de inaplicabilidad de la cual no conocería el Tribunal Constitucional, ya que con el precedente señalado por el Comité entrega los principales lineamientos para que el juez de fondo vale decir el juez de primera instancia, establezca por sentencia judicial que la norma al ser discriminatoria no se le debe aplicar, y por tanto respecto al legitimado activo, la norma básicamente no existe.

A mayor desarrollo, a los recurrente se les impidió llevar su acción a la justicia, toda vez que le ley confiere la acción procesal solo en los casos de pronunciamiento negativo o positivo respecto a la norma discriminada, pero no cuando ha existido omisión por parte del organismo llamado a conocer, vale decir el Comité. Así también existe una vulneración al Artículo 19 Número 21 de la Constitución Política de la República, ya que ese actuar discriminatorio de la autoridad –no pronunciarse- perturba el desarrollo de la actividad económica de los recurrentes.

***Amatil Ltda. con Secretario Ejecutivo del Comité de Inversiones Extranjeras de Chile***

***Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago***

***14 de mayo de 1986***

Amatil Limited –en adelante, “la Sociedad”-, recurre de protección en contra de don Pedro Cabezón Barrenengoa, Secretario Ejecutivo del Comité de Inversiones Extranjeras –en adelante, el “Comité”-, por haber negado a la sociedad en su condición de inversionista extranjero y acogido al Estatuto contemplado en el Decreto Ley N°600 el derecho a remesar al exterior el capital total ingresado, al país hace más de tres años, con el producto de la enajenación de la totalidad de las acciones que tuvo con la sociedad receptora de la Inversión, la sociedad "Everscrisp Snack Productos de Chile S.A.". Dicho derecho está contemplado en los artículos 4° y 5° del Decreto Ley ya mencionado.

Con lo anterior, se vulneraría el derecho de igualdad ante la ley, y el derecho de propiedad en lo que respecta al capital legalmente susceptible de ser remesado al extranjero por el Inversionista. El Comité a su turno, al momento de dar respuesta a la solicitud formulada por el Inversionista, señala que respecto al plazo de 3 años, éste solo habría transcurrido para 410 acciones de la Sociedad en "Everscrisp Snack Productos de Chile S.A.", de forma que solo podría remesarse a la fecha, por concepto de capital, el producto o precio de venta en relación a las mencionadas 410 acciones.

Por lo cual el recurrente considera y la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago lo confirma en su sentencia, que la norma aplicable solo establece dos requisitos copulativos, los cuales son, a saber: que el capital haya efectivamente ingresado a territorio chileno y que haya permanecido en él por lo menos durante tres años. Sin embargo el Comité realiza una interpretación posterior al Contrato firmado con la Sociedad, en relación al ejercicio por parte

del Inversionista de su derecho a remesar al exterior el capital y las utilidades líquidas.

Por tanto, al tratarse el caso en referencia de la interpretación de un contrato del cual eventualmente existiría vulneración a los derechos y garantías constitucionales de una de las partes, la Ilustrísima Corte de Apelaciones señala que analizado los únicos requisitos copulativos que señala la norma, y que *“por tratarse de disposiciones que involucran al Estado y que, al transformarse, por la aceptación del aporte extranjero, en un contrato, no le es dado a una de las partes alterarlas por acción unilateral”*<sup>52</sup>. La acción unilateral por cierto sería la interpretación *a posteriori* por el Comité.

Finalmente los sentenciadores concluyen que al establecer requisitos distintos a los pactados, esto contraviene los principios que permiten interpretar los contratos y que finalmente implica que una de las partes contratantes impone condiciones a la otra con posterioridad a la suscripción del contrato.

---

<sup>52</sup> Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de Recurso de Protección: Amatil Limitada con Secretario Ejecutivo Comité de Inversiones Extranjeras. 14 de Mayo de 1986



## CONCLUSIÓN

Uno de los objetivos de la presente investigación fue realizar en base a una hipótesis un análisis acabado de diversos elementos, factores externos y conceptos escasamente discutidos en la disciplina jurídica y económica al momento de hablar de los Tratados de Libre Comercio y del proceso de inversión. Por un lado, las ciencias económicas han enviado el estudio de estas variables a las disciplinas jurídicas o derechamente a las ciencias sociales, mientras que estas últimas han considerado algunas de poca importancia u otras netamente económicas, derivándolas a la economía o simplemente, a ninguna ciencia en específico, llegando a una suerte de reenvío de variables.

Esto, sin duda alguna, nos ha parecido un error, toda vez que el fracaso en las negociaciones de un Tratado de Libre Comercio o el incumplimiento de un acuerdo ya ratificado, encuentra sus bases en muchas de las variables que poco han sido desarrolladas, aún más, los diversos mecanismos que permiten ingresar inversión a un país pueden ser estudiados no solo desde las ciencias económicas sino también desde las ciencias jurídicas, esto sin contar la hipótesis en que dicho capital es del todo imposible de retirar del país que lo recepcionó, en la mayoría de los casos porque el ordenamiento jurídico reflejo de una coyuntura político-institucional específica no lo permite.

Querer negociar con un país que representa ideas y cosmovisión completamente diversas, más que un desafío debiese ser una invitación a entender variables que suelen ser aisladas del análisis, pero que al final del resultado terminan siendo esenciales para éste.

Los quiebres institucionales son consecuencia de cambios políticos lo que es bastante lógico, pero lo son aún más de modificaciones jurídicas, pues ante todo nuestra disciplina es un reflejo de la realidad social y jamás será distinta a ésta.

Aunque se suele pensar que en un orden o secuencia, los cambios jurídicos son anteriores a aquellos de índole social o cultural, por ejemplo y que incluso una alteración en el ordenamiento podría obligar a modificar la idiosincrasia, creemos que es precisamente lo contrario, ya que el ordenamiento jurídico viene a moldear y reflejar en la legislación instituciones sociales pre-existentes.

Un quiebre institucional emanado por ejemplo de un golpe de estado puede derivar en la negación de la Carta Fundamental, base necesaria del ordenamiento jurídico. En efecto, para la cultura Occidental el valor de la Constitución representa el mínimo que el ordenamiento íntegramente considerado debe respetar. Más aún, a través de diversos Tratados que regulan los Derechos Humanos ingresan por vía de ratificación de estos acuerdos a las Cartas Fundamentales, una serie de derechos y garantías que aseguran la protección de la persona desde el nacimiento.

Ante esto ¿qué ocurre en la hipótesis de negar la Constitución?, no existen por ende los Derechos Humanos. Creemos entonces que ante este escenario nos encontraremos frente a un quiebre institucional, mientras que un cambio institucional será una negación o modificación más moderada que la anterior hipótesis.

Un golpe de estado con el correspondiente gobierno de facto va a negar todo aquello que no proporcione justificación a su legitimidad, incluso llegando a modificar los quiebres institucionales, los derechos inherentes a las personas, garantías que pertenecen a un ordenamiento supranacional. Entre nosotros, lo anterior se presenta como un supuesto para tratar los cambios y quiebres institucionales en dos grados, siendo el primero de consecuencias más moderadas que el segundo, al tener un carácter parcial que no alteraría las bases de la institucionalidad.

El problema de diferenciar los cambios de los quiebres y verlos individualmente, se presenta al analizar si los Tratados de Libre Comercio son beneficiosos o representan verdaderas complicaciones para los Estados

partes, dependerá entonces a nuestro modo de ver directamente de qué Estados partes participan en la negociación.

Pero agregamos una variable importante: la tradición jurídica que el Estado tenga, así por ejemplo sea anglosajona o francesa. Por ejemplo, considerar que en temas de protección al inversionista los países en vías de desarrollo sujetos a la tradición francesa poseen un menor sentido de invariabilidad en los derechos que los países con una tradición anglosajona, toda vez que en los primeros las modificaciones son más comunes.

En numerosas ocasiones las tradiciones jurídicas marcarán las negociaciones de los Tratados, pues dentro de la diversidad de los Estados Partes se deben encontrar puntos en común para negociar, y estos serán *a prima facie* la invariabilidad de prerrogativas o de normas que son considerados por la contraparte de gran valor para mantener relaciones comerciales con el otro país.

En nuestra opinión un Tratado jamás estará ajeno a las contingencias sociales, institucionales y- por supuesto- económicas de las Partes. Más aún, dichas contingencias toman incluso mayor importancia cuando estamos frente a quiebres institucionales, que como aludimos anteriormente tienen un carácter de totales en oposición a los meramente parciales o derechamente cambios institucionales.

En tanto, dentro de la negación del ordenamiento jurídico en su totalidad, se puede llegar a pensar la inexistencia de un repudio general a la Constitución, toda vez que las Bases de la institucionalidad con un contenido inserto en normas supranacionales, establece límites al actuar de las autoridades sean gobierno democráticamente elegido, o de facto; más aún, dichas normas supranacionales representan el primer elemento de diálogo entre los Estados Partes, de manera que aunque subsista una tradición jurídica diversa o un gobierno que emane de fuentes diferentes, siempre existirá un mínimo que da el punto de diálogo para negociar. ¿Pero qué ocurre cuando la negación de la Constitución alcanza las Bases de la Institucionalidad? Lo complejo del análisis lo encontramos cuando los ya mencionados puntos de diálogo han desaparecido

Consideramos a su vez, de importancia capital establecer que la hipótesis central que utilizamos al comienzo de este trabajo, la cual corresponde a que la situación interna de las partes negociadoras modifica y condiciona en menor o mayor grado, la postura del país respecto a las relaciones exteriores y por vía consecencial a las negociaciones correspondientes al tráfico comercial, no solo no es refutada sino que comprobada en dos grandes escenarios:

En primer lugar, desde el punto de vista del inversionista y los elementos que debe considerar antes de tomar la decisión de invertir en un país específico, importará acá saber cuáles serán los eventuales escenarios que se producirían ante un hipotético cambio institucional o incluso ante un quiebre de la misma índole. Resulta entonces correcto mencionar que los inversionistas debiesen analizar no solo las garantías tributarias de su inversión, sino más aún las garantías en tanto personas primero que todo y que emanan de la Carta Fundamental, v. gr. Derecho de Propiedad, expropiación solo con fines de utilidad pública etc. A modo ejemplo, con relación a nuestra historia reciente suele decirse que Chile posterior al Golpe de Estado de 1973 dejó de ser un imán para los inversionistas y que la forma de recuperar el sitio anterior fue estableciendo prerrogativas a través de los Contratos Leyes, sin embargo ¿Qué pasó con la figura penal de la nacionalización del cobre por sanción?

Recordemos, que durante el gobierno de Frei Montalva se adquirió el 51% de la Minera El Teniente a empresas norteamericanas, sin embargo, en opinión de los políticos de la época esto no era suficiente, toda vez que las ganancias de empresas extranjeras derivadas de uno de los pilares de la economía Chilena eran bastante altas. Ante lo último se instauró la sanción con carácter penal para las mineras extranjeras –que eran mayoría- que recibiesen ganancias altas en un período de tiempo, la pena era entonces la expropiación con utilidad pública. En este caso, como explicamos a los inversionistas que los derechos que tenían antes de esta expropiación como pena, ya no los tienen; y que esos derechos dejaron de serlo por consideraciones meramente programáticas del cuerpo político de la época. Es así como los inversionistas poco a poco se retiraron de nuestro país,

existiendo una desconfianza en Chile y su capacidad no solo para la recepción de capital sino que para respetar garantías y prerrogativas ya existentes.

En segundo término, lo ya expresado conforme a los Tratados de Libre Comercio, toda vez que el Acuerdo se puede sujetar a una Cláusula democrática o lisa y llanamente quedar al arbitrio de la contraparte continuar con las relaciones comerciales con un país que ha sufrido cambios o quiebres institucionales

Creemos entonces, que la contingencia interna político-social va a modelar estos dos escenarios: la viabilidad de las negociaciones o la puesta en práctica de un Tratado de Libre Comercio, o la existencia de mayor inversión directa. Sin embargo, mientras en el escenario de un Tratado de Libre Comercio estamos frente a una realidad actual en que la contraparte debe tomar una decisión, o ante la existencia de una cláusula democrática de pleno derecho se entenderá el cese del acuerdo; en la hipótesis de ingreso de capital a un país, el inversionista debe hacer una apuesta arriesgada bajo la creencia que las prerrogativas actuales se mantendrán ante cualquier escenario futuro.

Paralelamente a la reflexión anterior, se presenta una variable derivada y necesaria para entender el escenario ante un Tratado Comercial o una inversión, a saber: el desempeño económico de los países partes, o del país que recepciona el capital. Aquí, es donde existen las principales diferencias entre los países en vías de desarrollo y los países desarrollados. En los primeros el Estado suele estar más presente en la vida económica y en menor grado el dejar hacer, debido a que libertad de mercado entendida de forma amplia, no es visto como un valor esencial en el crecimiento económico, sino necesario siempre y toda vez que el Estado por diversas vías controle dicha libertad. Pero el control a la libertad de mercado suele ser contraria a la siempre necesaria rentabilidad, más Estado no significa necesariamente más crecimiento y desempeño económico.

Sin embargo, el estudio del desempeño económico va a ser en la mayoría de las ocasiones cuantitativo, de esta forma, un análisis al caso

concreto con diferentes estadísticas del Fondo Monetario Internacional, se ve reflejado en una primera etapa en dos teorías económicas que analizan aspectos jurídicos, teorías que son desarrolladas *in extenso* en la memoria como lo son la teoría del economista Douglass North respecto a la injerencia de las instituciones y los quiebres de éstas en el desempeño económico, y la teoría de los economistas Daron Acemoglu, Simon Johnson y James Robinson respecto del patrón de crecimiento de Europa Occidental influenciado por variables como la religión, las instituciones, aspectos jurídicos entre otros, ambas teorías analizadas desde la disciplina jurídica.

Podemos concluir por tanto, que la existencia o no de una Constitución en que sienta sus bases el orden público y que trae aparejado una institucionalidad específica modelada, condiciona la posibilidad de mayores prerrogativas para las contrapartes en un acuerdo comercial y aún más para la persona del inversionista, el que se ve atraído por las enormes posibilidades de países en vías de desarrollo sin medir los riesgos que estos traen consigo.

Es entonces de fundamental importancia que un país en vías de desarrollo como Chile o cualquier otro que tenga como meta atraer inversión, o concretar acuerdos comerciales, lo alcance a través de mecanismos que potencien la institucionalidad, el imperio de la ley y el respeto por los derechos adquiridos, no negándolos ante un hipótesis de cambios institucionales o lo que es más grave y que hemos venido señalando, los quiebres institucionales.

Cabe mencionar que los casos no son el fundamento de la tesis que planteamos y de la influencia de las variables, sino que refuerzan la aplicación práctica de éstas en casos concretos y relacionados directamente con Chile. Sin embargo, creemos razonable analizar- a modo de referencia- la historia reciente de los países, con el objetivo de entender la institucionalidad actual y los quiebres que estos han sufrido, como un elemento referencial de la formación social e institucional.

Dicho lo anterior, por cierto creemos que hacer un análisis en base a indicadores netamente económicos dejaría de lado gran parte del objetivo de nuestro trabajo, por eso concluimos que un estudio a la luz de la Cláusula

Laboral que contenga ya no bases para negociar sino derechamente normas jurídicas y sanciones, será un mecanismo para analizar la relación desempeño económico, institucionalidad, acuerdos comerciales. Consideraremos por tanto un análisis a la incorporación de las Cláusulas Laborales en el caso de Chile aplicado al Tratado de Libre Comercio con China, tomando por supuesto como referencia el capítulo primero respecto de los argumentos a favor y en contra de los Tratados de Libre Comercio.

Como conclusión al primer capítulo, mencionamos que los argumentos que históricamente han respaldado los acuerdos comerciales, y la apertura al comercio exterior como la competencia que posibilita una mejor calidad de vida, a través de la capacitación del capital humano, la disminución del precio de los productos, el aumento de la calidad del proceso productivo, versus los argumentos que establecen que los acuerdos comerciales no serían del todo beneficioso –V. gr. Fallos del mercado tratados en profundidad en el capítulo primero- se ven subordinados a la realidad político-social del país en el que se presentan.

Crisis institucionales como golpes de estado, baja credibilidad en las instituciones y en los gobernantes, repercuten a su vez en diversos mercados e incluso de forma directa en las inversiones sean internas o las que en ocasiones son más importantes, las externas. Pero en nuestro criterio aunque los cambios institucionales se pueden producir en diversos países con Producto Interno Bruto óptimo o no, serán las naciones más pobres las que sufrirán una gran cantidad de crisis en sus instituciones derivadas por ejemplo de golpes de estado o guerras civiles, pero padecerán aún más los fallos del mercado, no solo en uno sino en la totalidad del sistema. Diferentes que promueven el comercio internacional como la solución a la pobreza, hambre y conflictos internos de los países menos desarrollados de África, se basan en el supuesto de que las políticas de exportaciones ayudarán a disminuir el impacto de los fallos del mercado o derechamente reducirán los mismos. Sin embargo, las instituciones no se estructuran únicamente en base a recursos, sino al actuar del Estado, por ejemplo en países en vías de desarrollo la línea entre el Estado Subsidiario y el Estado de bienestar, es cada vez más difusa, lo que

posibilita una burocracia extensa que puede llegar a establecer límites a la libertad de comercio.

Al respecto, nos parece correcto mencionar la “modelización del proceso político” que no es más que decisiones por costo de oportunidades, esto solo es entendible en un ambiente en que la ciudadanía en general considere apropiada la apertura económica por la baja de precios en ciertos productos que conlleva, pero que un grupo particular la considere totalmente inaceptable por verse obligado a competir con productos extranjero y con ello terminar con el monopolio interno de sus productos. Lo mencionado es a nuestro parecer una realidad difícil de negar pero que con solo variables cuantitativas es complicado analizar.

Lo anterior se comprende en el contexto de economía de mercado y globalización en que se han desarrollado los Tratados de Libre Comercio, los cuales han sido una verdadera respuesta a la necesidad de nueva demanda para una oferta dispuesta a crecer y aumentar sus condiciones de productividad. Sin perjuicio de lo anterior, el crecimiento económico que es indudable con la apertura de nuevos mercados no asegura en grado alguno un verdadero progreso, por lo que se hace imprescindible un régimen jurídico socio-laboral. La OIT al respecto ha realizado un trabajo enfocado en la promoción del reconocimiento de convenios específicos en lo relacionado al comercio internacional con especial observancia de los derechos laborales, lo que ha traído consigo la incorporación de la cláusula laboral en los Tratados de Libre Comercio, tomando gradualmente importancia al punto de ser en unas décadas más tan necesaria como la cláusula democrática, pero encontrando obstáculo en la voluntad de cada país a la hora de implementar y aplicar uniformemente las medida. La implementación por consiguiente de dichas cláusulas, tiene como objetivo primordial mejorar las oportunidades laborales, conjugar el desarrollo comercial con políticas internas y externas de protección a los derechos laborales, en pro de mejorar las condiciones de trabajo en los países partes de un acuerdo.



El objetivo primordial del trabajo aquí expuesto, no solo fue la realización de un análisis meramente demostrativo de las variables que influyen en la viabilidad de un Tratado de Libre Comercio, en tanto como una negociación puede iniciarse pero no llegar a un acuerdo por coyunturas específicas ocurridas en el espacio de tiempo, también fue un estudio de los elementos que son esenciales a la hora de decidir la factibilidad de una inversión, sea desde el punto de vista del inversionista como desde la mirada del país que recibe la inversión. Pero además nuestro objetivo fue, desde un comienzo, analizar la labor del Estado a la hora de proteger al inversionista o los mecanismos de este último para proteger su capital, siendo de capital importancia por tanto, el nivel de protección estatal, jurídica y social que un país otorgue en el marco de una inversión sea directa o indirecta.

Así entonces en un primer momento analizamos algunos de los indicadores de carácter institucional que el Banco Mundial analiza, esto son: La protección a los accionistas, el respeto a las leyes, y la ausencia de corrupción, las conclusiones al análisis de estos indicadores son las siguientes:

1. La protección a los accionistas, analizada desde el punto de vista de nuestro país y materializado en la ley 18.046 que regula las Sociedades Anónimas, pues consideramos que éste es uno de los modelos societarios más utilizados para la canalización de la inversión vía proyecto o financiamiento directo de nuevas industrias.

Al respecto consideramos también, las implicancias de los problemas de agencia y el escaso tratamiento doctrinal en nuestro país, los métodos correctivos actuales y soluciones que proponemos, siempre con la precisión de que no pretendemos realizar un estudio a fondo de este tema, toda vez que nos centramos en la relación problemas de agencia en los derechos de accionista y estos con el fomento a la inversión

2. El respeto a la ley, fue desarrollado en el contexto de institucionalidad.

Para finalmente analizar la protección al Inversionista en los parámetros nacionales, ya sea desde la Responsabilidad del Estado Juez o del Estado Legislador.

A su respecto cabe mencionar que el Recurso de Protección es un mecanismo para el Inversionista Extranjero en relación a la protección de sus derechos y garantías constitucionales, amenazados o perturbados por un acto ilegal o arbitrario, sin embargo podríamos señalar que el mismo recurso es un mecanismo de resguardo posterior a la presentación de las acciones correspondientes ante el Comité de Inversiones Extranjeras si procede –esto es, que la inversión se haya verificado al amparo de dicho Estatuto-.

Por lo anterior es posible señalar que el Comité de Inversiones Extranjeras cumple un rol gravitante en la protección de los derechos y garantías del Inversionista, en tanto debe pronunciarse sobre todas las acciones que se presenten y que aleguen la existencia de normas o pronunciamientos administrativos que puedan tener el carácter de discriminatorio o que vulneren sus derechos o garantías constitucionales, como es el caso del Derecho de Propiedad.

El mecanismo señalado en el párrafo anterior, descrito en la jurisprudencia asociada y en el acápite sobre el estatuto de Inversión Extranjera, permite establecer una firme institucionalidad y regulación, de forma de atraer no solo más capital sino que señalar a Chile como uno de los países con mayor protección a los Inversionistas.

Sin embargo, creemos- tal como señalamos en el desarrollo de la presente memoria- que una firme institucionalidad es importante en el estatuto de protección al Inversionista, pero no es la única variable que un Inversionista debe considerar. Al respecto y como también se señaló a su turno, el economista David O. Beim ha señalado a lo largo de su trayectoria académica que deben concurrir tres elementos de forma copulativa y que deben ser analizados *a priori* por el inversionista antes de ingresar capital sea por vía directa, o a través de inversión en acciones y bonos públicos o privados, a

saber: A) Tanto los países como las empresas destinatarias de la inversión deben mostrar tasas de crecimiento no únicamente sólidas sino sustentables; B) Que en la historia reciente del país las utilidades hayan sido compartidas no solo con inversionistas nacionales sino también extranjeros; y C) Crecimiento rentable.

Un análisis del estado actual y proyecciones del país receptor, no debe ser un análisis netamente financiero o económico, consideramos que las ciencias jurídicas tienen un rol importante y deben coexistir de forma armónica con la economía y las ciencias financieras. El panorama mundial actual exige la interdisciplina y los países en vías de desarrollo como el nuestro así lo requieren

## Bibliografía

- BARON Jane, DUNOFF Jeffrey. *“Against Market Rationality: Moral Critiques of Economic Analysis in Legal Theory”*. 17 Card. L. Cambridge, Estados Unidos. Harvard University Press Revista 431. 1996
  
- BOLOÑA K., Germán. *“Responsabilidad del Estado por daños: Derecho Chile y Francés”*. Santiago. Editorial La Ley. 2004
  
- DOING BUSINESS REPORT 2010. Banco Mundial
  
- DORNBUSCH / FISCHER / STARTZ. *“Macroeconomía”*. Estados Unidos. Mc Graw- Hill
  
- CHILE- ISRAEL Joint Study Group on the Feasibility of a Free Trade Agreement (FTA). Dirección Económica Internacional. Ministerio de Relaciones Exteriores
  
- FRANCK, Thomas. *“The Emerging Right to Democratic Governance Journal”* en American Journal of International Law. Volumen 86. 1992
  
- HARRIS John y TODARO M *“Migration, Unemployment and Development: A Two-Sector Analysis”* American Economic Review 60. 1970

- HENISZ WITOLD J., ZELNER B. *“Los riesgos ocultos en los mercados emergentes”*. Harvard Business Review América Latina, edición especial “El Liderazgo en la era de la Transparencia”. Abril 2010.
- HUEPE A., Fabián. *“Responsabilidad del Estado, Falta de Servicio y Responsabilidad Objetiva en su actividad administrativa”*. Santiago. Lexis Nexis. 2006
- JOHNSON S., SCHLEIFER A *“Coase v. The Coasians”*. National Bureau of Economic Research. 1999
- JOURNAL OF INTERNATIONAL BUSINESS STUDIES 25 (1994). Cambridge, Estados Unidos. Trabajos de investigación. David Rockefeller Center for Latin American Studies. Harvard University.
- INVESTMENT OPPORTUNITIES: Financial Services. Foreign Investment Committee. Republic of Chile.1996.
- KRUGMAN Paul, OBSTFELD Maurice. *“International Economics: Theory and Policy”*. Estados Unidos. Editorial Addison Wesley. Octava edición. 2007.
- KRUGMAN Paul, OBSTFELD Maurice. *“Study Guide for International Economics: Theory and Policy for International Economics”*. Estados Unidos. Editorial Addison Wesley. Octava edición. 2008
- LA PORTA, R. *“Law and finance”*. Estados Unidos. Journal and Political Economy. 1998

- 
- LAGOS VILLARREAL, Osvaldo. *“La responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas”*. Bogotá, Colombia. Foro de derecho mercantil: revista internacional Legis. Nº 7. Abril-junio 2005
- Ley 18.046 Sociedades Anónimas. Chile. Publicada el 22 de Octubre de 1981 en el Diario Oficial de la República de Chile
- MAYORGA R., MONTT L. *“Inversión Extranjera en Chile”*. Santiago. Editorial Jurídica Cono Sur Ltda. 1993
- MONTEK S. Ahluwalia *“Economic Reforms in India since 1991: Has Gradualism Worked?”* Estados Unidos. Planing Commission. 2002
- NORTH, Douglass. *“Institutions, Institutional Change and Economic Performance”*. Cambridge, Reino Unido. Cambridge University Press, 1990.
- NORTH, Douglass. *“Empirical Studies in Institutional Change”*. Cambridge, Reino Unido. Cambridge University Press, 1996
- ROSS, Stephen. *“The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem”*. Estados Unidos. American Economic Review, Papers and Proceedings. 1973
- ASMUSSEN M., Hans. *“Responsabilidad del Estado por falta de Servicio”*. Santiago. Libro Mar. 2001

- SOTO, H. *"The Other Path: The Invisible Revolution in the Third World"*, Nueva York, Harper & Row, 1989
  
- SOTO, H. *"The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Falls Everywhere Else"*. Nueva York. Basic Books. 2000
  
- TAMAMES, R. Amon y HUERTA, Begoña. *"Estructura económica internacional"*. Editorial Alianza Editorial. Décimo novena edición, España, Madrid, año 1999
  
- TRACHTMAN, Joel. *"The Economic Structure of International Law"*. Harvard University Press, 2008
  
- VILLARREAL, René. *"Economía Internacional I"*. 1era edición. Fondo de Cultura Económica
  
- ZAVALA O. José, MORALES G. Joaquín. *"Derecho Económico"*. Editorial Thomson Reuters. 3ª Edición actualizada. 2009
  
- [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl) .Página de la Biblioteca Nacional de Chile
  
- [www.direcon.cl](http://www.direcon.cl)
  
- <http://www.bilaterals.org>

<http://www.inversionextranjera.cl/> .Página del Comité de Inversión Extranjera