

Francisco Zúñiga Urbina*

Constitución económica y Estado empresario

I. Prolegómenos

1. Constitución Económica como categoría.

Constitución Económica es una categoría «vieja-nueva» del Derecho Constitucional, vieja en la dogmática europea y nueva en nuestra «dogmática constitucional»; ya que se usa con frecuencia la equívoca categoría de «Orden Público Económico», tomada disciplinariamente del Derecho Económico.¹ La Constitución Económica (C.E.) es una categoría vieja utilizada por Beckerath en 1933 en un homenaje a W. Sombart,² en el contexto de la Constitución Económica de Weimar, que plasma una ideología «liberal-socialista», es decir, un conjunto de normas iusfundamentales que consagran valores y principios que han de regir la actividad económica del Estado y de privados (sentido formal); normas iusfundamentales que dan cuenta de una ideología constitucional cerrada o abierta ligada al sistema económico dominante (sentido material). Lo anterior significa construir la categoría de Constitución Económica sobre la negación de la «neutralidad ideológica» de la Constitución estatal, y por tanto la búsqueda en la dogmática germana de categorías de «seguridad»³ o garantías frente a ideologías progresistas o revolucionarias como ocurre con las categorías de «garantía institucional» y «garantías de instituto».⁴ En suma, la premisa –por lo demás ideológica– es que el contenido liberal garantista de la Constitución del Estado de Derecho tiene una significación política y económica.⁵

1 Cea Egaña, José Luis: «Tratado de la Constitución de 1980», Edit. Jurídica de Chile, Stgo, 1989, págs. 155–180. Idem: «Notas sobre Orden Público Económico», Gaceta Jurídica N°135, 1991, pág. 18-32. También Arturo Ferrandois V.: «El Orden Público Económico bajo la Constitución de 1980», *Ius Publicum* N°4, 200, pág. 63-78.

2 «Politische und Wirtschaftsverfassung», Festgabe für Werner Sombart, Munich, 1993.

3 Herrero de Miñón, Miguel: «La Constitución Económica: desde la ambigüedad a la integración», *Revista Española de Derecho Constitucional* N°57, CEPC, 1999, pág. 11-32.

4 Schmitt, Carl: «Teoría de la Constitución» (trad. F. Ayala) Alianza Editorial, Madrid, 1982, pág. 175–179.

5 Bassols Coma, Martín: «Constitución y sistema Económico», Edit. Tecnos, Madrid, 2ª edic., 1988, pág. 23.

* Profesor de
Derecho
Constitucional,
Universidad
Central

En cambio, la categoría «Orden Público Económico» (OPE) tiene su filiación en la dogmática francesa de raíz privatista, en la obra de juristas como Ripert y Farjat; y por tanto a nuestro juicio una categoría anacrónica y constitucionalmente inadecuada. En efecto, Ripert y Farjat utilizan la vieja categoría de «orden público» para dar cuenta de las «regulaciones» de Derecho Público de la economía capitalista desarrollada o de capitalismo tardío,⁶ lo que equivale a una concepción funcional del OPE como lo destacan en nuestro medio Montt y Fermandois.⁷ Una excepción muy notable en nuestro medio es D. Moore Merino, quien tempranamente supo distinguir entre Constitución Económica y Orden Público Económico, intentando superar el lastre privatista en el Derecho Económico.⁸

En la categoría «vieja–nueva» de Constitución Económica laten un conjunto de contenidos garantistas contradictorios (ideología constitucional abierta), fruto de una contradicción propia del capitalismo desarrollado: democracia y capitalismo,⁹ y por tanto de Estado de Derecho (liberal y social) y de modelo económico. Las proyecciones de tal contradicción se observan en las funciones del Estado en la economía capitalista: Estado Regulador, Estado Gestor de Servicios y de Fomento y Estado Empresario. En palabras de Strachey: «En los capitalismo avanzados de la última etapa se ha convertido en un método por el cual los asalariados en su conjunto, y por la otra, los propietarios en su conjunto, tratan de luchar y pactan en lo tocante a la cuestión de quién será el que controle la economía. Simultáneamente, la estructura de la economía se ha modificado de tal manera que requiere imperiosamente de una autoridad reguladora central a fin de que pueda siquiera funcionar (...) Y la transformación de la democracia plantea tajantemente la cuestión de qué clase o, ... qué interés habrá de efectuar la regulación».¹⁰

2. Constitución Económica y Sistema Económico.

La definición clásica de Constitución Económica en atención a las «cláusulas económicas y sociales» de las Cartas, nos conduce a la relación entre sistema político y sistema económico, ambos sistemas en mutua dependencia y vinculados por una relación de retracción positiva, en cuanto cada uno de ellos condiciona y alimenta el desarrollo del otro.

Un elemento principal es determinar el «mínimum constitucional», que, en todo caso, deben respetar los agentes de decisiones económicas que en el marco de la Constitución adoptan diferentes opciones políticas o económicas. En esta materia, el pun-

6 Ripert, George: «Le Regime Démocratique et le Droit Civil Moderne» LGDJ, Paris, 1984. Gerard Farjat: «Droit Economique», PUF, Paris, 1971. De Ripert «Aspectos Jurídicos del Capitalismo Moderno», Ed. Bosch, Buenos Aires, 1950.

7 Montt D., Luis: «Orden Público Económico y Economía Social de Mercado: elementos para una formulación constitucional», Revista de Derecho Económico N°41, Universidad de Chile, 1978. A. Fermandois, ob. cit.

8 Moore Merino, Daniel: «Derecho Económico», Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1962, pág. 71-72.

9 Strachey, John: «El Capitalismo Contemporáneo», (trad. F. Gonzáles), FCE, 1ª ed., 1960, pág. 270-301.

10 Strackey, John: Ob. cit., pág. 295.

to de partida consiste en determinar si procede que una Constitución recoja un determinado sistema económico. S. Martín-Retortillo recuerda que en las constituciones de la post-guerra prácticamente no hay “*constituciones neutrales*”: “La casi totalidad de aquéllas se manifiesta en la dirección señalada: con mayor o menor amplitud asumen y sancionan siempre las líneas fundamentales a las que debe responder la ordenación que prevén de la realidad económica. Ocurre, sin embargo, y este es tema del todo distinto, que tal ordenación no conduce a soluciones únicas, exclusivas”. Luego, una vía sería la sanción de un sistema económico; y la otra, “*rigidez económica*” de la Constitución. El tema expuesto tiene consecuencias prácticas: “En primer lugar, la sanción constitucional de un determinado sistema económico, que generalmente se actualiza a través de una serie de cláusulas generales, con frecuencia susceptibles de muy distintas interpretaciones, obliga a diferenciar el marco que obligadamente impone la Constitución, de las posibilidades que permite. En segundo lugar, recuérdese que toda Constitución tiene una inequívoca dosis de voluntarismo, de insoslayable emplazamiento al actuar o al no actuar de los Poderes Públicos, en este caso el sector económico”.¹¹ En suma, se nos sitúa en el campo de las actuaciones concretas, de lo político concreto.

Otro problema destacado por Oscar de Juan Asenjo, es el de las constituciones resultado de compromisos con cláusulas que suscitan la adhesión de fuerzas políticas. Este autor nos dice: “Ya no se trata del máximo común divisor, sino del *mínimo común múltiplo*, es decir, un compuesto en el que además de los factores comunes intervienen otros no comunes, privativos de cada grupo político, a los cuales éste no podía renunciar sin perder su propia identidad”.¹² En suma, las cláusulas son generales, elusivas, ambiguas, haciendo posible todo o casi todo. En palabras de Schmitt, se trata de “compromisos apócrifos”. En consecuencia, la disputa doctrinal entre quienes sostienen que la Constitución (consenso) define un marco cerrado (sistema económico concreto), o un marco abierto “de referencia” (que se adapta a múltiples sistemas económicos), es, en gran medida, estéril. Tal debate doctrinal se dio en Alemania y en España.

La esterilidad del debate, para O. de Juan Asenjo, deriva de no haber tenido en cuenta la doble naturaleza de la Constitución: “*producto socio-cultural y norma jurídica*”. Desde esta perspectiva, la Constitución Económica es una “*norma abierta*” (García Pelayo, Muñoz Machado, Bassols, López Guerra-de Esteban), que no es lo mismo que una Constitución vacía o sin fuerza jurídica, sino que fija reglas básicas-generales. La doctrina alemana, a través de Stober, fija las coordenadas de su debate: “*la ordenación actual de la economía es así sólo una de las posibles soluciones concretas de tipo económico que permite materializar la Ley Fundamental, la cual se está basando en una decisión concreta social y económica del Legislador, que podría cambiarse o quebrarse por otra*

11 Martín Retortillo, Sebastián: «Derecho Administrativo Económico» (2º vol), Edit. La Ley, Madrid, 1988. Tomo I, pág. 71 y 72.

12 Juan Asenjo, Oscar de: «La Constitución Económica Española», Edit. CEC, Madrid, 1984, pág. 51.

nueva decisión".¹³ En este cuadro, E. R. Huber propone conciliar libertad económica y vinculación al principio del Estado Social, en una "Constitución económica compleja o miscelánea". Para otros, la Constitución permite una "conformación económica socialista" (Abendroth).¹⁴ El Tribunal Constitucional en la "sentencia de la participación de los trabajadores" (B.Verf. GE 50, 290; mitbestimmungsurteil, de 1º de marzo de 1979), ha confirmado la neutralidad de la Ley Fundamental, y la libertad del legislador al conformar un sistema económico. Papier nos indica: «La Ley Fundamental no contiene determinación o garantía de modelo económico alguno, sino que encomienda el régimen económico al legislador, quien decidirá libremente dentro de los márgenes trazados por la Ley Fundamental, sin precisar para ello de mayor fundamento que su genérica legitimación democrática». Tal «mentalidad política» de la Constitución frente al sistema económico, está ligada al reconocimiento de derechos fundamentales (libertades clásicas) por la Ley Fundamental, que sí opera como mínimo constitucional; lo que es reforzado por el Tratado de Unificación de las dos Alemanias que reconoce el modelo o régimen económico social de mercado.

Finalmente, resulta paradigmática la definición de Constitución económica que acepta su «neutralidad política» o apertura, mejor dicho: "...normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica..." (S.T.C. español, de 28 de enero de 1982).

Ciertamente, la Constitución económica tiene dos elementos torales:

- a) Libertad económica (empresa), e
- b) Intervención económica del Estado.

En cuanto a los sistemas económicos, Stober nos refiere a los tipos siguientes:

- a) Economía de mercado. Hombre individual (*homo oeconomicus*), que en un cuadro de autonomía privada, lleva al agente a actuar con su propia responsabilidad y criterios. La actividad económica de privados se limita sólo por el Derecho de policía. (Adam Smith).
- b) Economía centralista. El Estado asume la responsabilidad económica y el individuo actúa como agente en los espacios dejados por aquél. Centralización y propiedad estatal de los medios son caracteres relevantes.
- c) Economía social de mercado: Es una fórmula intermedia que combina elementos de economía de mercado y economía centralista. El Estado in-

13 Stober, Rolf: «Derecho Administrativo Económico», Edit. MAR, (trad. S. González Varas), Madrid, 1992. Pág. 64.

14 Huber, Ernst R.: «Administración Autónoma de la Economía» Edit. ENAP, (trad. C. Fernández), Madrid, 1967. Abendroth Wolfgang: «Sociedad Antagónica y Democracia Política», Edit. Grijalbo (trad. M. Sacristán), Barcelona, 1972, pág. 220-221. También, Benda, Maihofer, Vogel y otros: «Manual de Derecho Constitucional» (trad. A. López P.) IVAP-Marcial Pons, Madrid, 1996. Pág. 561 y ss.

- terviene sólo en procura de justicia social. (A. Müller-Armack, Erhard, F. Böhm). Otras versiones son: 1) Neoliberalismo (Escuela de Freiburg de W. Tlehle); 2) Economía de cooperación; y, 3) Economía social de mercado y ecología.
- d) Economía orientada tributariamente (J. M. Keynes, J. Schumpeter). Se dirige al conjunto de la economía mediante medidas político-económicas y financieras propias de un sistema económico centralista. El fin es el equilibrio económico general.
 - e) Planificación. Economía dirigida por un plan quinquenal o plurianual para lograr crecimiento económico (ordenación) del espacio y progreso social.
 - f) Economía socialista de mercado: Es un modelo con intervención del Estado, pero descentralizado (trabajadores).

En el campo de la interpretación y del concepto de Constitución se han planteado dos opciones teórico-metodológicas: Constitución como "*norma abierta*" y Constitución como "*sistema material de valores*", opciones que permean el tratamiento de la Constitución Económica, e incluso nos llevan al tema de la "neutralidad" de la Carta. Ciertamente, en este debate el pluralismo ético o el absolutismo ético son premisas metateóricas subyacentes.

De esta manera, una Constitución de techo ideológico abierto (propio de los consensos), lleva a una Constitución Económica abierta a modelos o sistemas económicos, campo en que el elemento esencial es definir el "mínimum constitucional" de reglas y principios del sistema. Asimismo, entre la libertad económica y la intervención del Estado, existe una amplia gama de políticas económicas concretas.

3. Constitución Económica y Orden Público Económico.

Según hemos dicho la definición tópica de Constitución Económica hace referencia al plexo de normas constitucionales que regulan la actividad económica del Estado y de los particulares, bajo la forma de disposiciones de principio, cláusulas económico- sociales y normas operativas (V. Crizaffulli).¹⁵ Clásicamente se la define por su contenido, encontrándose constituida por normas iusfundamentales (cláusulas económico-sociales) que prefiguran la relación entre el sistema político y el sistema económico.

El elemento principal que debe determinarse es el mínimo constitucional que deben respetar los agentes económicos. Este marco de la Constitución Económica no es neutral, pero sí evolutivo.

15 Crizaffulli, Vezio: «Sobre la Eficacia Normativa de las Disposiciones de Principio de la Constitución» Revista de Derecho Político N°7, U. de Chile, 1967, págs. 11-56. Idem: «La Costituzione a le sue disposizioni di principio», I Quaderni della Costituzione, Ed. Guiffré, Milán, 1952. En nuestro medio se sitúa en la perspectiva de Crizaffulli el profesor J. A. Ramírez en su tesis «Disposiciones de Principio Constitucional y actividad social y económica del Estado», U. Central, Santiago, 1993.

La discusión actual no gira en torno a la neutralidad de la Constitución Económica, sino sobre la apertura o cierre de su techo ideológico. Hipotéticamente, una Constitución Económica cerrada es un conjunto de normas y principios que consagran un sistema económico concreto. En cambio, una Constitución Económica abierta (no neutral necesariamente), establece principios generales y la posibilidad de modificar el sistema económico concreto.

Las doctrinas alemana y española, que sostienen la existencia de una Constitución Económica abierta (lo que en esa medida importa neutralidad), enseñan que en todo caso ha de considerarse en ellas un mínimo constitucional, el cual operaría como verdadera regla de competencia negativa, impidiendo la sustitución radical del sistema económico en sus bases.

En nuestro medio, Cea Egaña comprende entre los principios y normas de la Constitución con incidencia en aspectos económicos, los siguientes: derecho de propiedad; marco jurídico de la gestión económica; potestades, obligaciones y prohibiciones del Estado en la economía; y principios y reglas sobre organización institucional. Este autor define el Orden Público Económico como *“El conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución”*.¹⁶ De este modo, J. L. Cea, como otros autores, v. gr. Hurtado y recientemente Fermandois, incurren en el error conceptual de establecer una sinonimia, de filiación privatista francesa (Ripert, Fatjat), entre Orden Público Económico y Constitución Económica. Más aún, Cea Egaña señala que el Orden Público Económico y sus objetivos emanan de una axiología sobre el hombre, la comunidad y el Estado plasmada en la Constitución, siendo punto axial el principio de subsidiariedad, propio de un esquema medio entre liberalismo y colectivismo.

Demás está destacar la carga ideológica *“en sentido fuerte”* del concepto de Orden Público Económico en nuestra doctrina y en la historia fidedigna del establecimiento de los preceptos constitucionales asociados al concepto.

A nuestro juicio, el Orden Público Económico es un concepto que pivotea en la actividad administrativa de policía del Estado (Estado Regulador), con una fuerte *“intencionalidad política”*, como se tendrá oportunidad de exponer.

Con la precisión conceptual anterior, podemos hacer nuestra la definición de Constitución Económica de García Pelayo: *“El conjunto de normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, o dicho de otro modo, para el orden y proceso económico”* (p. 2857). Tales normas sirven de parámetros para el comportamiento de actores económicos públicos y privados, bajo la forma de principios, valores o garantías. Para García Pelayo: *“según algunos autores, la Constitución Económica se limita a las*

¹⁶ Cea E., J. L.: “Tratado de la Constitución de 1980”, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 19 pág. 158.

normas en que se expresan las decisiones fundamentales sobre el orden económico de una sociedad nacional y que, en mayor o menor medida, están incluidas en los textos de las constituciones políticas más modernas. Según otros, se extienden al conjunto de las regulaciones jurídicas básicas o significativas de la ordenación de la vida económica, como, por ejemplo, las normas sobre el sistema monetario, la regulación del mercado, las formas de empresa, etc. Pero, aun admitiendo este concepto amplio de Constitución Económica, es claro que, dentro de su ámbito, las normas constitucionales tienen un rango superior y que, por consiguiente, las restantes sólo serán válidas en la medida que no coliden con los preceptos constitucionales".¹⁷

La Constitución Económica aborda, al menos, tres materias: tipo o tipos de propiedad, formas de relación entre actores económicos, y la distribución de roles entre el Estado y los actores económicos de la sociedad (producción, inversión, distribución y consumo).

4. Contenido Dogmático y Orgánico de la Constitución Económica.

El jurista A. Posada difunde en el Derecho Constitucional la distinción hispánica entre parte dogmática y parte orgánica de la Constitución: distinción metodológica no siempre fácil de delimitar en compartimentos, en la medida que la Carta es un verdadero sistema de normas. La parte dogmática comprende valores, principios, derechos y garantías. La parte orgánica comprende instituciones jurídico-políticas del Estado sujeto.

En relación con la Constitución Económica, cabe enunciar los asertos siguientes:

- a) La Constitución Económica se compone de una parte dogmática y de una parte orgánica, ambas, por regla general, no simétricas.
- b) Las normas iusfundamentales de la Constitución Económica son de diverso tipo, y su grado de vinculación con los poderes públicos difiere en cada caso. Con todo, son en último término normas de competencia negativa o positiva. (Vanossi).
- c) La Constitución Económica tiene un techo ideológico abierto en que confluyen la matriz de constitucionalismo liberal y la matriz de constitucionalismo social, merced a las reformas de 1989 y de 1991.
- d) La Constitución Económica posee garantías normativas y jurisdiccionales de envergadura tales como: principio de reserva de ley, garantía de contenido esencial, acción de protección, acción de amparo económico, contencioso administrativo en materia de expropiación, acción de «nulidad de derecho público», y las demás acciones constitucionales.

¹⁷ García Pelayo, Manuel: «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución». Obras Completas. 3 vol. Madrid, CEC, 1991, tomo III, pág. 2857.

- e) En la Constitución Económica, el recurso de amparo económico cumple un rol axial, al poner en tensión el Estado Empresario y la libertad económica del artículo 19 N°21 de la Carta.

Las normas iusfundamentales de la C.E., situadas genéricamente en la parte dogmática y orgánica de la Constitución, requieren de un excursus final acerca de su carácter normativo y eficacia; para superar el liviano adjetivo de «cláusulas programáticas». Utilizando el esquema trinitario de clasificación de normas constitucionales de Vanossi, podemos enunciar las siguientes pautas de distinción: a) por su inmediata aplicabilidad: normas operativas y normas no-operativas; b) por su inmediato o próximo destino: normas de conducta y normas de organización, y c) por su disponibilidad: normas imperativas y normas facultativas o discrecionales.¹⁸

Las normas operativas son de aplicación inmediata e incondicionada, y las normas no-operativas son de aplicación «diferida» por los órganos estatales, es decir, requieren de desarrollo legislativo o de actividad del Estado Administrador, para que tales normas adquieran la condición de aplicabilidad. «La no-operatividad —señala Vanossi— no afecta la validez, pero sí condiciona su vigencia». Las normas de conducta tienen como destinatarios por excelencia a los sujetos privados, ya que para el Estado son normas de competencia negativa o prohibitiva, en la medida que imponen límites a la actividad estatal, reconociendo derechos y garantías. Las normas de organización están dirigidas a los órganos del Estado, fijando reglas de competencia positiva o afirmativa, ya que regulan las funciones de los órganos estatales, sus procedimientos, relaciones, etc. Las mencionadas normas de organización, asumen 2 formas: normas orgánicas, que son «constitutivas» y «funcionales» según que regulen la organización y funcionamiento de los órganos estatales, o bien normas programáticas, que pueden cumplir dos fines, a saber: 1) las que están dirigidas a los poderes «políticos» del Estado, que son las normas directivas, porque establecen o indican los objetivos «inmediatos» del accionar de esos poderes políticos; y 2) las que están dirigidas a los intérpretes en general y al Poder Judicial en particular, que son las reglas de interpretación o verdaderas normas interpretativas, por cuanto prescriben los «fines» mediatos que el Estado debe perseguir por medio de sus órganos. Finalmente, las normas imperativas o de «orden público» son indisponibles por los órganos del Estado y por los privados en general, especie a la que pertenecen por definición las normas iusfundamentales. En cambio, las normas facultativas o discrecionales en cuanto a la disponibilidad de sus contenidos tutelares, están referidas básicamente al Derecho Privado, poseyendo relevancia en la conexión con derechos subjetivos de contenido patrimonial que devienen en derechos subjetivos públicos.

18 Vanossi, Jorge Reinaldo: «Teoría Constitucional» (2 vol.), Edit. Depalma, Buenos Aires, 1976, Tomo II, págs. 1-20. Idem: «El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social», Eudeba, Buenos Aires, 1987, págs. 355-392.

En este contexto, recogiendo la pedagógica taxonomía de Vanossi podemos afirmar que las Constituciones contemporáneas y nuestra Constitución, junto a su no neutralidad ideológica admiten una Constitución Económica de composición normativa compleja, pudiendo situar las normas iusfundamentales en la parte dogmática y parte orgánica de la Carta y encuadrando estas en las más diversas clases o tipos en razón de su aplicabilidad, destinatarios y disponibilidad.

Con todo, las normas iusfundamentales en general y de la Constitución Económica en particular, «cumplen el rol de normas de competencia» (Vanossi), ya que están señalando afirmativa o negativamente, positiva o prohibitivamente, la órbita de la esfera estatal y la órbita o el ámbito de la libertad personal, lo que en definitiva niega que hayan normas iusfundamentales inocuas en su valor normativo y eficacia, ya que aun tratándose de «cláusulas programáticas», éstas tienen una eficacia hermenéutica e interpretativa concreta para los operadores del Derecho; en especial en el campo del control de constitucionalidad de los actos estatales.

En suma, la norma iusfundamental de soporte del tema que nos ocupa es el artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República, que en su inciso primero consagra una norma operativa, de conducta e imperativa: el derecho fundamental a desarrollar cualquier actividad económica y su garantía de reserva legal frente al Estado Regulador, y en su inciso segundo consagra una norma operativa, de organización e imperativa: la cláusula de Estado Empresario también con garantía de reserva legal cualificada.

II. Actividad del Estado en la economía

1. Intervención del Estado en la Economía.

La intervención del Estado en la economía adquiere diversas denominaciones. En el Derecho Administrativo F. Garrido Falla habla de actividad de coacción, estímulo y prestación, y Jordana de Pozas, de actividad de policía, de servicio público y de fomento.¹⁹ O. de Juan Asenjo, propone una tipología que arranca de la distinción entre modalidades de intervención y fines o funciones perseguidas. Las modalidades de intervención son dos: *regulación* y *gestión*. (O. Bachof, H.J. Wolf, R. Alessi): «*En la actividad de regulación el sector público hace uso de su imperium o poder político para imponer obligaciones y prohibiciones a los agentes económicos privados. En la actividad de gestión los poderes públicos disponen de los recursos e instrumentos que tienen en su haber, sin limitar directamente la esfera de libertad de los individuos o grupos sociales. Con frecuencia esta actividad va dirigida a la prestación de bienes y servicios, y de ahí que algunos*

19 Garrido Falla, Fernando: «Tratado de Derecho Administrativo», (2 vol), Edit. CEC, Madrid, 1986, 7ª edic, 1ª reimp. vol. II, pág. 149-168. Idem: «Las Transformaciones del Régimen Administrativo» IER Madrid, 1962, págs. 91 y ss. También L. Jordana de Pozas: «Ensayo de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo» REP N°48, 1949, págs. 41 y ss.

la denominan actividad de prestación". (p. 100) En la actividad del Estado por sus fines o funciones se habla de: funciones de *ordenación* de la actividad económica, funciones de *satisfacción* de necesidades sociales, y funciones de *dirección* del proceso económico general, a las que se agrega una función discontinua y excepcional: la *reforma de estructuras*. "La función ordenadora se realiza casi exclusivamente con medidas de regulación. La atención que los poderes públicos deben dispensar a la satisfacción de las necesidades sociales se materializa principalmente en la actividad de prestación de bienes y servicios a cargo de la administración, organismos autónomos y empresas públicas. La dirección del proceso económico se implementa a través de medidas típicas de política macroeconómica".²⁰ Todo ello configura lo que hemos denominado Estado Regulador, Estado Gestor de Servicios y de Fomento, y Estado Empresario, modalidades de intervención del Estado que atraviesan las funciones clásicas del poder político: legislación, administración y jurisdicción, y en especial la función administrativa.

García Pelayo, afirma que las potestades del Estado en la economía son verdaderos "derechos mayestáticos", una condición de existencia del Estado de nuestro tiempo. El Estado interviene en el orden económico mediante instrumentos legislativos, administrativos, y estrictamente económicos. La actividad económica del Estado puede tener lugar sin necesidad de normas constitucionales sobre la materia. Sin embargo, la dialéctica Estado- sociedad civil, propia del Estado benefactor, ha llevado a la adopción de cláusulas económico-sociales recogidas en la Constitución estatal.

Desde otra perspectiva, Stober sistematiza los "modos de actuación del poder público" en la economía: a) Administración que realiza una actividad de planificación, fomento y dirección; b) Administración que crea infraestructura económica y sienta las bases para el tráfico, aprovisionamiento u otras instituciones; y, c) Administración como consumidora y empresaria.

La "multiforme" participación del poder público desplaza para sí un ámbito propio de la economía en detrimento del sector privado. En la doctrina alemana (R. Scholz) se plantea la legitimidad y límites de la actividad económica bajo el punto de vista de los principios constitucionales económicos. En cuanto al abastecimiento básico o satisfacción de necesidades de la población por la Administración, no se precisa constitucionalmente confirmar su legitimidad (interés público). El campo problemático se verifica en la actividad industrial en la que el Estado aparece como "productor y comerciante", como oferente e inversor de capital para obtener rendimientos. En el fondo cabe reconocer con Giannini: el «intervencionismo» tiene una base política que está en el origen de conflictos político-sociales que el Estado asume.²¹

20 Juan Asenjo, Oscar de: Ob. cit. pág. 101.

21 Giannini, Massimo Severo: «Diritto pubblico dell' economia», Edit. Il Mulino, 1ª ed., 1977, 3ª ed., 1989, pág. 125-156. También de Giannini: «El Poder Político. Estado y Administraciones Públicas», Edit. Civitas S.A. (trad. L. Ortega), Madrid, 1991, pág. 20-22. Con todo cabe anotar la distancia con el maestro italiano acerca de la inocuidad del «intervencionismo» (ordenaciones) e inutilidad del Estado Social. (en especial pág. 113-119). También de Giannini: «Stato Sociale: una nozione inutile» en aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di costantino Mortati, Milano, 1977, pág. 141-165.

2. *Funciones del Estado en la Economía.*

El Estado en cuanto sistema de potestades, despliega una actividad pública en la economía, que hemos caracterizado como Estado Regulador, Estado Gestor de Servicios y de Fomento, y Estado Empresario, que tienen como recipiente central la Administración estatal, y que con matices dados por su Constitución Económica y la forma jurídico-política concreta del Estado (Estado Liberal y Estado Social), están referidas a la economía capitalista en los últimos dos siglos. Con razón Giannini sostiene que la disciplina pública de la Economía se remonta al Estado del siglo XIX; pero debemos destacar que las funciones tienen simetrías o asimetrías, matices que en definitiva importan una concepción del Estado, de lo público y lo privado; que pasa hoy por intentar armonizar capitalismo y democracia. En este orden de ideas Giannini reconoce que el «Estado de clase única» (liberal-burgués) está regido por principios de abstencionismo de los poderes públicos en la vida económica y social, que se limita a defensa, policía administrativa y de orden público y jurisdicción, en suma un «Estado de desigualdades»; lo que contrasta con el «Estado de pluralidad de clases» que asume «funciones» públicas a través de servicios públicos.

2.1. *Ordenación de la Actividad Económica.*

En todo sistema económico “*los poderes públicos deben responsabilizarse de la existencia de un orden público económico*”, en el que el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas y sus grupos no perjudique derechos de terceros ni atente contra el interés general. Esta función supone que el Estado se encuentra dotado de potestades de regulación, es decir, “*capacidad para señalar las reglas del juego económico, imponiendo límites y obligaciones a los agentes que participan en el mismo*”. Esta ordenación nos conduce a la tradicional teoría de **policía administrativa**, cuyo centro de gravedad es el “**orden público**”, concebido como “orden material y exterior, opuesto al desorden y a la alteración” (M. Hauriou).²² Este concepto tradicional cambia radicalmente como consecuencia de “*tres valoraciones distintas*”: El orden público (policía), pasa a ser “*orden institucional y funcional*”, exigible en diversos campos de actividad administrativa (policía general, policía de orden y seguridad, policías especiales), en que destacan las policías especiales que suponen que la actividad de la administración está dirigida al “buen orden” de la actividad de particulares en diferentes ámbitos. El concepto de policía administrativa se amplía, al asumirse el concepto de orden público como paz social (M. Hauriou, O. Mayer). Finalmente, la policía administrativa se juridifica (O. Mayer, A. Merkl), pues, siendo actividad limitativa de particulares (derechos y actividades de éstos), deviene en “*actividades administrativas de limitación*”. De esta manera, los conceptos tradicionales del derecho administrativo ligados a la policía administra-

²² Consultar en perspectiva crítica a Agustín Gordillo: «Teoría General del Derecho Administrativo», IEAL, Madrid, 1984, pág. 525-558.

tiva conservan validez: poder de policía con diversas manifestaciones: reglamentación de policía, autorizaciones o permisos, órdenes, mandatos y prohibiciones, etc.; y en su actividad ordenadora del ámbito privado tiene limitaciones como los principios de mensurabilidad, de proporcionalidad, y de igualdad, en el marco del principio de legalidad.²³

Como se ha sostenido reiteradamente, ligado al concepto de orden público surge el de orden público económico, elaborado por la doctrina francesa (G. Ripert y G. Farjat). Agudamente dice S. Martín Retortillo B.: *“toda actividad administrativa de intervención en la actividad económica privada se remite así, con una inequívoca idea de globalidad, al mantenimiento de lo que ese concepto representa: normal funcionamiento del sistema económico. El esquema responde a una manifiesta intencionalidad política: postular y defender, precisamente, un sistema económico apoyado en los principios de mercado que serán, en definitiva, los que determinen el alcance y contenido del orden público económico. Un concepto que se formaliza, simplemente, mediante la extensión, casi sistemática, del tradicional de orden público al campo económico”*. El concepto de orden público económico, base de la actividad ordenadora de los privados, es una categoría superada dada su carga ideológica e *“innecesariedad”*. *“En el momento actual no parece que sea preciso buscar título de legitimación de la actividad ordenadora de la administración en el sistema económico señalado, como en otro tiempo lo fuera el concepto de orden público: aquél se deriva explícitamente, y de forma muy precisa, del sistema que en cada ordenamiento se deduce de la correspondiente Constitución Económica”*.²⁴

Ahora bien, la actividad ordenadora de la administración en la actividad económica de los privados, guiada por el derecho de libertad económica, se produce a través de *“técnicas de intervención”* muy antiguas en el derecho público. Cada *“técnica de intervención”* es compleja y su extensión-eficacia dependerá del tipo de actividad privada de que se trate. S. Martín Retortillo B. propone situar las *técnicas de intervención* en tres coordenadas: *“En primer lugar, recordar que el núcleo central de la problemática que nos ocupa gira en torno a la ordenación del derecho de libertad económica”*. Cabe entonces, tipificar las técnicas en relación a las diferentes situaciones en que esas actividades pueden encontrarse. Su situación de *“libertad general”* para el ejercicio de determinadas actividades económicas, salvo *“prohibición expresa”*, impuesta generalmente por circunstancias de emergencia o coyuntural. También situación de *“libertad general con carga de notificación”*, obliga a poner en conocimiento de la administración las operaciones realizadas. Además, de la situación de *“libertad de actuación”*, que requiere de aprobación administrativa posterior. Se agregan situaciones de *“prohibición general de ejercer una actividad o de llevar a cabo una actuación concreta, salvo expresa reserva por medio de autorización”*, que nos refiere a técnica autorizatoria.

23 **Rivero, Jean:** «Derecho Administrativo» (trad 9ª ed.), U. Central, Caracas, 1984, pág. 458-462. Idem J. Rivero y J. Waline: «Droit Administratif», Ed. Dalloz, Paris, 14ª ed, 1992, pág. 371-378, también G. Dupuis y M. J. Guédon: «Droit Administratif», ed. A. Colin, 4ª ed., Paris, 1993 pág. 428-431.

24 **Martín Retortillo, S.:** Ob. cit. pág. 185 y ss.

Finalmente, situación de “prohibición absoluta”. “...En segundo lugar, debe considerarse también que en la base de todas las actuaciones administrativas de intervención, habilitando precisamente su puesta en práctica, está la ordenación que del ejercicio del derecho de libertad económica se deriva, con carácter general, del propio ordenamiento jurídico”. V. gr. límites, cargas y limitaciones como obligatoriedad de contratación. “...El planteamiento expuesto, de marcado sentido formal, debe completarse un tanto descriptivamente, referido ahora, en tercer lugar, y en su misma materialidad a diferentes supuestos de intervenciones administrativas en la actividad económica privada”. Recogiendo la sistemática de M. S. Giannini, las acciones de administración son:

- a) Ordenación de los elementos subjetivos de la empresa (régimen de autorización para su constitución, obligatoriedad de fórmulas organizativas, status de la empresa, etc.);
- b) Ordenación de la actividad de la empresa (sujeción a la potestad de inspección de la administración, autorizaciones o aprobaciones de operaciones, carga de la comunicación, sistemas de financiamiento, localización de instalaciones, etc.);
- c) Ordenación de la producción (límites de producción (contingentación), potestad de inspección, régimen de seguridad, inscripción de productos y composición, publicidad de datos, control, estándares, etc.).²⁵

2.2. Satisfacción de Necesidades Sociales:

Nos refiere a la actividad de gestión orientada a la producción y distribución de bienes y servicios (públicos y comunitarios) precisos para la satisfacción de las necesidades colectivas humanas. O. de Juan Asenjo nos recuerda: “El sector público no puede desentenderse de cierto tipo de necesidades (“necesidades sociales”), que dejadas al libre juego de la iniciativa privada, tal vez no llegarían nunca a satisfacerse plenamente”. Al efecto, distingue tres tipos de bienes: **bienes públicos** strictu sensu, bienes comunitarios, y bienes privados; cada uno de los cuales está ligado a un tipo de necesidades sociales. Son bienes públicos strictu sensu aquellos cuya “naturaleza intrínseca impide que sean producidos por la iniciativa privada y prestados en el mercado a cambio de un precio”, como defensa, seguridad pública, relaciones internacionales, justicia, entre otros. Son bienes privados aquellos en los que “no existe ningún tipo de impedimento técnico a su producción y prestación por el sector privado a través de la institución del mercado”. Para concluir, son **bienes comunitarios** los que satisfacen necesidades individuales-sociales, como enseñanza, sanidad, seguridad social. La innovación del Estado Social fue confiar la prestación de estos bienes comunitarios al Estado (Daseinvorsorge o procura existencial), como verdaderas prestaciones públicas que cristalizan en derechos econó-

25 Giannini, M.S.: Ob. cit., pág. 175 y ss.

micos, sociales y culturales para sectores sociales carenciados o vulnerables.²⁶

Ciertamente, los derechos económicos, sociales y culturales son derechos “devaluados”, dada su insuficiente positividad y/o tutela efectiva. La especificidad de estos derechos radica en su contenido: económico, social y cultural, y su relación con el Estado, y por constituir reglas de competencia para el Estado.

2.3. Dirección del Proceso Económico General:

Difícilmente un sistema económico pueda prescindir del Estado como director del proceso económico, independientemente de la adopción de enfoques teóricos como el Keynesiano. Los objetivos de la política macro-económica se presentan en grupos: desarrollo económico, pleno empleo, estabilidad económica y redistribución de la renta. “*Su consecución requiere un control suficiente sobre las decisiones de inversión, consumo y trabajo, que son variables macroeconómicas fundamentales*” (Oscar de Juan Asenjo).

2.4. Reformas estructurales:

La estructura económica informa sobre distribución de los centros de poder económico. En la trilogía de funciones examinadas, el Estado se limita a “*modelar el comportamiento de los agentes económicos y a orientar la asignación de recursos*”. No en vano el Estado Social es una forma jurídico-política del capitalismo tardío (García Pelayo). La reforma de estructuras es una variante de la política de dirección del proceso económico, que incluso puede emplear tradicionales instrumentos de política pública económica. En este orden de ideas, la cláusula L. Basso del artículo 3.2. de la Constitución italiana de 1947 es un paradigma: reformas estructurales con fuente constitucional, dando expansividad a la fórmula de Estado Social.

III. Estado empresario

1. Estado Empresario como categoría.

El Estado Empresario se configura como resultado de la actividad económica del Estado, a través de modalidades de intervención como la gestión y por sus funciones de satisfacción de necesidades sociales. En el complejo ámbito de los satisfactores sociales tenemos bienes y servicios que reconducen al concepto de calidad de vida. Sin embargo, el Estado Empresario se manifiesta a través de la incursión del Estado en actividades económicas tradicionales (sectores de la economía) o resultado de con-

26 Juan Asenjo, O de: Ob. cit., pág. 104 y ss. Para la «procura existencial» o «asistencia vital» consultar a E. Forsthoft: «Tratado de Derecho Administrativo» (trad. L. Legaz) IEP, Madrid 1958, pág. 475. Idem: «El Estado de la Sociedad Industrial» (L. López y J. Nicolás), IEP, Madrid, 1975, pág. 120 y ss. idem: «Sociedad Industrial y Administración Pública» ENAP, Madrid, 1967.

sideraciones geo-estratégicas (reservas), o bien necesarias para la marcha o resultado de la economía del país.²⁷

El Estado Empresario como concepto-función es resultado de una reconstrucción dogmática a partir de categorías iuspublicistas-iusprivatistas y normas constitucionales fragmentarias. El pivote de esta reconstrucción es el artículo 19 N° 21, inciso 2° de la Constitución Política de la República, precepto del que podemos extraer las premisas siguientes:

- a) La norma constitucional no prohíbe al Estado desartollar actividades económico-empresariales o participar en ellas, sino que lo somete a una habilitación o autorización legal. Tal autorización, en virtud de una ley de quórum calificado, importa entregar la determinación de la actividad empresarial del Estado y sus organismos al Congreso Nacional y Presidente de la República, a partir de un consenso de fuerzas políticas, en atención al elevado quórum de aprobación de este tipo de leyes. (artículos 60 N°14, 62 inciso cuarto N°2 y 63 de la Constitución Política de la República).
- b) La actividad empresarial del Estado y sus organismos debe, por regla general, regirse por las normas aplicables a los particulares («legislación común»). La norma del artículo 19 N° 21, inciso 2°, aleja la posibilidad de privilegio del Estado Empresario (cuya expresión garantista es el art. 19 N° 22), y transforma la empresa estatal en una auténtica empresa, competitiva respecto de empresas privadas en un mercado (libre competencia).
- c) También el artículo 19 N° 21, inciso 2° admite excepciones al régimen general de derecho común, bajo las condiciones de responder a motivos justificados establecidos por ley de quórum calificado. Ciertamente, entre esas normas de excepción caben privilegios, pero también cargas para empresas estatales.

En la elaboración de una “*Teoría general*” de las empresas del Estado influyen concepciones ideológicas: a) Liberalismo individualista (Estado gendarme); b) Socialismo (Colectivismo); y, c) Intervencionismo (Estado Social o benefactor). Según hemos planteado el intervencionismo estatal se diversifica en actividad administrativa de coacción, de fomento y estímulo y de prestación. En la *actividad de coacción*, mediante una actividad estatal se pretende alcanzar una finalidad de interés público a través de una limitación coactiva de los particulares (policía). En la *actividad de fomento* se busca estimular la actividad económica de los particulares y que tengan por finalidad la satisfacción de necesidades colectivas. En la *actividad de prestación* el Estado, a través de entes de la Administración o de entidades privadas con título legal, atiende necesidades colectivas.²⁸

27 Baena del Alcázar, Mariano: «Régimen Jurídico de la Intervención Administrativa en la Economía», Edit. Tecnos S.A., Madrid, 1966, pág. 101-129.

28 Baena del Alcázar, Mariano: Ob. cit. pág. 61-74.

En la mencionada actividad prestadora de servicios (bienes y servicios) cabe situar al Estado Empresario moderno, aunque éste exceda muchas veces su rol de «dador» de servicios, erigiéndose como un agente de la economía.

El Estado intervencionista en grado de Estado Empresario ha tenido una evolución histórica marcada por las fases siguientes:

- a) Estado prestador de servicios asistenciales.
- b) Estado titular de servicios de carácter económico. En esta fase de relación Estado-economía, aun la **teoría de la concesión** permite explicar la explotación económica por privados para satisfacer necesidades colectivas, manteniendo el dogma de la administración concedente. También está el expediente de reglamentar la actividad económica (Estados Unidos de Norteamérica).
- c) Estado gestor de empresas. Se quiebra el esquema clásico Estado-economía, sea una actividad lucrativa o meramente asistencial la del Estado empresario (Garrido Falla).

2. Empresa Pública: Un concepto tradicional.

Una paradoja es que la concepción amplia de empresa pública derive de la noción de servicio público, que justifica en razón del interés general o social la actividad prestadora de bienes del Estado. Esta concepción está en la base del régimen de nacionalizaciones en Gran Bretaña en 1945 (Friedman), o en Francia en 1944 – 1946 (J. Rivero). El concepto amplio de empresa pública comprende establecimientos públicos industriales, empresas de la Administración sin personificación y empresas del Estado regidas por derecho común.²⁹

Algunos autores (Villar Palasi, Rivero), propugnan un concepto reducido de empresa pública, reservada a sociedades mercantiles de derecho privado creadas por el Estado, quedando los demás casos bajo la categoría de establecimiento público sometido al Derecho Administrativo. Tipos de empresas: a) Empresa pública en concurrencia con empresa privada, para asegurar cobertura de prestaciones (expansión de servicios públicos); b) Empresa pública en régimen de monopolio, en que la utilidad pública justifica el monopolio estatal, reduciendo la libertad de industria y comercio; y, c) Empresa pública en régimen de nacionalización. Formas Jurídicas de Empresa Estatal: a) Empresa propia sin personalidad jurídica diferenciada; b) Establecimiento público de carácter industrial; c) Empresa de propiedad estatal con forma de sociedad mercantil. Garrido Falla plantea como problema el que la sociedad mercantil fue creada para unir intereses de particulares con un fin lucrativo, lo cual dista del objeto

²⁹ Garrido Falla, Fernando: «Las Empresas Públicas» en libro colectivo «La Administración Pública y el Estado Contemporáneo», IEP, Madrid, 1961 pág. 115-148.

perseguido por las empresas estatales; y, d) Empresa de economía mixta, con intervención pública mayorista en su propiedad y/o gestión.

En consecuencia, la definición tradicional de empresas públicas o estatales son aquellos servicios públicos de carácter comercial o industrial que el Estado crea para satisfacer, sin fin de lucro, necesidades colectivas de utilidad pública, a través de prestaciones específicas y regidas por el derecho común en su funcionamiento y relaciones con usuarios o consumidores. Los elementos de empresa pública se identifican del modo siguiente: a) Personal; b) Patrimonio; c) Régimen jurídico especial; y, d) Finalidad creadora de recursos.

El concepto tradicional de «empresa pública» (Garrido Falla) sumariamente descrito, arranca de la «deformación de la noción de servicio público» según lo cual la Administración pasa de ser prestadora de servicios asistenciales (tradicionalmente educación, sanidad y beneficencia) a ser dador (W. Jellinek, E. Forsthoff) de servicios de carácter económico a través de entidades que crecientemente asumen la forma jurídica de empresas públicas. Tal transformación pivotea en torno a la transformación del tradicional Estado Liberal (Gendarme) en un Estado Social (Benefactor),³⁰ lo que engarza en una dialéctica de estatalización de la sociedad civil y socialización del Estado, cuyo fondo es la transformación de la economía capitalista y de la democracia.

También en Francia la «deformación de la noción de servicio público» llevó a utilizar el concepto de «establecimiento público» con carácter industrial y comercial (Rivero) en el periodo de entreguerras. Respecto de tales establecimientos públicos los poderes de tutela de la administración se flexibilizan, por lo que esta forma de gestionar servicios públicos creció considerablemente.³¹ Con todo, el «establecimiento público» con carácter industrial y comercial sigue siendo una noción mal definida e imprecisa; frente a la noción de «empresa pública» que tampoco posee un concepto unitario (sociedades nacionales y sociedad de economía mixta).³²

3. Estado Empresario.

En suma, la C.E. reconoce en el Estado en cuanto sistema de potestades un conjunto de funciones o cometidos acerca de la economía, que se puede expresar en la tríada: Estado Regulador, Estado Gestor de Servicios y de Fomento, y Estado Empresario.³³ El contenido de la cláusula de Estado Empresario tiene como débil y abierto sustrato el principio de subsidiariedad, como articulador del Estado en la economía, y del ámbito del derecho de libertad económica.

30 García Pelayo, Manuel: «Las Transformaciones del Estado Contemporáneo» en «Obras Completas» Edit. CEC, 3 vol. Madrid, 1991, Vol II, pág. 1585-1758.

31 Drago, R.: «Les crises de la notion d' établissement public», Paris, 1950.

32 Chapus, René: «Droit Administratif Général», 2º vol, ed. Montchrestien, 12ª edition, Paris, 1998, Tomo I, pág. 163-181. También G. Dupuis y M. J. Guédon: Ob. cit. pág. 238-264.

33 L. López Guerra: «Las Dimensiones del Estado Social de Derecho», Revista Sistema Nº 38-39, Madrid, 1980.

En diversas normas constitucionales se hace referencia a la actividad empresarial del Estado (art. 19 N° 21, art. 55, inciso 1°, art. 57, art. 60 N° 9, art. 62 inciso 4° N° 2 y 3, art. 98, entre otros). Sin embargo, el concepto de empresa pública o empresa del Estado es nuevo en nuestra dogmática iuspublicística.

Tradicionalmente se definió empresa pública o establecimiento público como “un conjunto de medios materiales o personales, que, en manos de un sujeto de Administración Pública, están destinados a servir, de manera permanente, a un interés público determinado”.³⁴ En consecuencia, hasta hoy la dogmática alemana habla de empresa o establecimiento público industrial. (E. Forsthoff, R. Stober). Sigue anclada en odres viejos, aunque el vino sea nuevo.

El administrativista suizo-germano Fritz Fleiner, siguiendo la huella de Mayer, sostuvo que los establecimientos públicos están organizados por normas de Derecho Público, pero tales establecimientos creados por el Estado o Municipios, al desarrollar actividades industriales, se rigen por el Derecho Privado, y desde el punto de vista jurídico ostentan la condición de “comerciantes”.³⁵ “Esta huida –agrega Fleiner– del Estado y el Municipio al Derecho Privado lleva consigo la reglamentación del aprovechamiento según este Derecho” (ob. cit., pág. 262). De esta forma, para Fleiner en la primera postguerra se decanta la separación entre “Administración - poder público” y “Administración industrial”, entre actividad de “interés general” y actividad lucrativa. Cierra su notable argumentación Fleiner, señalando que el carácter de Derecho Público de los establecimientos se manifiesta en dos sentidos: “1.- El interés general encarnado en el establecimiento de Derecho Público prevalece contra todos los intereses privados opuestos” (...) “2.- El carácter de Derecho público de las relaciones entre los establecimientos públicos y sus usuarios aparece evidenciado con especial claridad” (ob. cit. págs. 265-270).

En la perspectiva germana tradicional, Forsthoff señala que la organización del Estado permite distinguir una Administración estatal inmediata, de formas privatizadas de actividad de la Administración, ya que ha periclitado la vieja idea de que la Administración-Estado actúe en forma soberana, y Administración privada. La utilización de formas “privatísticas” para los fines de la Administración se basa en el cambio en las relaciones entre Estado y vida social, especialmente en la economía, a saber: la subordinación de la vida social bajo la “disciplina y dirección del Estado” y la “participación activa de la Administración en la vida económica como productor y distribuidor de bienes de primera necesidad o, según también se expresó por algunos, la actividad económico-lucrativa del erario”.³⁶

El concepto axial que justifica al Estado Empresario es la necesidad de “asistencia vital” (Daseinsvorsorge), y puede adoptar tres formas: empresa fiscal sin personalidad

34 Otto Mayer: “Derecho Administrativo Alemán”. Edit. Arayú, Buenos Aires, 4 Vol., 1951-1954, Vol. IV, pag. 179.

35 F. Fleiner: “Instituciones de Derecho Administrativo”, Edit. Labor S.A., Barcelona, 1933, pag. 261.

36 E. Forsthoff: “Tratado de Derecho Administrativo”, Edit. IEP, Madrid, 1958, págs. 655-656.

jurídica propia, institución personificada y sociedad con capacidad jurídica de derecho privado. La **empresa pública autónoma** en sus relaciones sociales se rige por el Derecho de Sociedades y en las relaciones de la empresa con las funciones administrativas de la entidad madre, se rige por Derecho Público, lo que implica un poder de inspección estatal. Para Forsthoff las “**empresas de economía mixta**” no pertenecen a la Administración, sino a la “vida económica general”; “también la inspección estatal sólo puede abordar la empresa de economía mixta en el derecho de influencia que reserva a los órganos administrativos participantes las normas de Derecho de Sociedades y las disposiciones del estatuto de las sociedades” (ob. cit., pág. 670). Además los funcionarios que participan en los órganos de la sociedad en representación de la Administración quedan sujetos en su responsabilidad al Derecho de Sociedades. En esta construcción dogmática encontramos in fieri la construcción dogmática hispánica del núcleo de derecho público de las empresas del Estado.

En Italia el concepto de «entes públicos económicos» designa entes empresariales del Estado que «no tienen ya apenas ningún rasgo iuspublicista», siendo el único rasgo público la «subsistencia de la relación potestad-sujeción que se concreta en un contenido atípico, por el cual el ente auxiliado puede imponer directrices a la empresa para la realización de su propia línea política o administrativa. Esto es, no puede sustituir a los órganos del ente en la fijación de la línea empresarial, pero les puede imponer que se atengan también a una línea política o administrativa de éste» (Giannini «Derecho Administrativo» Ob. cit. pág. 220-221)

La vieja dogmática francesa trató el establecimiento público como una variante del servicio público (G.Jéze), y la moderna dogmática distingue al hacer referencia a la empresa pública, entre función estatal y actividad estatal (J. Rivero, G. Vedel); por lo que la actividad de la empresa pública puede estar referida a un servicio público material o a una actividad productiva o de servicios (“comerciante público”). Los administrativistas galos J.M. Auby y R. Ducos-Ader, señalan que el concepto de empresa pública es nuevo en la dogmática iuspublicística y aparece como un dispositivo de intervención en la gestión directa de actividades económicas.³⁷ En Francia no existe acuerdo acerca del campo de la empresa pública, por lo que algunos autores excluyen las sociedades de economía mixta (Dupont) y otros incluyen dichas sociedades de participación mayoritaria del Estado (Delion). Para Auby y Ducos-Ader lo que hace a la empresa pública en su contenido público: unidad económica y unidad jurídica, requiriendo de ley para ser caracterizada como ente personificado. De esta forma, la empresa pública es comparable por contrastes con la empresa privada y los servicios administrativos, en su finalidad, objeto y estatuto.

En este contexto se explica que en la dogmática francesa se haya intentado con éxito, a través de Georges Vedel y Jean Rivero, separar el tradicional concepto de estableci-

37 “Grands Services Publics et Entreprises Nationales”, Edit. PUF, 2 Vol., 1ª ed., París, 1969. Pág. 80 y ss.

miento público, como variante del servicio público, del concepto de **empresa pública**; reconociendo en ambos conceptos entes morales de derecho público personificados. El administrativista J. Rivero llega a definir **empresas públicas** como aquellas empresas industriales y comerciales “que escapan a la expropiación por el capital privado, y que dependen, en última instancia, de la autoridad del Estado”.³⁸ De esta forma, las empresas públicas adquieren autonomía de los establecimientos públicos y de la técnica de nacionalización y reserva.

Para Rivero, la empresa pública se encuentra sometida de principio a Derecho Privado y Mercantil, en los ámbitos del personal de la unidad, actividad de la empresa con terceros y régimen financiero; y se encuentra sometida excepcionalmente a Derecho Público en ámbitos determinados: directivas de la empresa excepcionales, prerrogativas de potestad pública como las potestades ablativas, y limitaciones en su acción como son la propiedad de los bienes y múltiples controles administrativos y financieros. Esta dualidad público-privado en la empresa pública hace operativa la categoría de comerciantes públicos propuesta por Vedel. Finalmente, en cuanto a las empresas de economía mixta, estas son sociedades anónimas cuyas acciones pertenecen en parte a capitalistas privados y en parte a personas públicas que se encuentran por ello asociadas a su gestión (J. Rivero).

El núcleo público de la empresa de economía mixta es débil, con independencia de la modalidad de creación de este tipo de empresas; ya que aun la propiedad mayoritaria del Estado no modifica su estatuto de sociedad mercantil, de persona moral de derecho privado, sometida en su organización y actividad al Derecho Privado y Mercantil.

En el Derecho Administrativo español son tradicionales los enfoques de F. Garrido Falla y M. Baena del Alcázar, enfoques un tanto anticuados y elaborados en el marco de la ley empresarial de 1956.³⁹

Por ello nos aparece más adecuada la doctrina de García de Enterría y Fernández acerca del **núcleo público** de la empresa del Estado. En la dogmática española las empresas del Estado integran la **Administración “Instrumental” o “Institucional”**, es decir al complejo de entidades de naturaleza fundacional creadas por la Administración Pública para el desempeño de funciones que son competencia de la Administración matriz o de actividades privadas para las que dichas administraciones tienen reconocida plena capacidad jurídica.⁴⁰ En la Administración “Institucional” o “Instrumental” figuran las entidades de derecho público estatales que se crean para desa-

38 **Rivero, Jean**: “Derecho Administrativo”, trad. de 9ª edic. francesa, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, pág. 523.

39 **F. Garrido Falla**: “Las Empresas Públicas”, en colectivo: “La Administración Pública y el Estado Contemporáneo” IEP, Madrid 1961, pág. 115-148 y **M. Baena del Alcázar**: “Régimen Jurídico de la intervención Administrativa en la Economía” Edit. Tecnos S.A., Madrid, 1966, pág. 307 y ss.

40 **L. Parejo A., A. Jiménez B. y L. Ortega A.**: “Manual de Derecho Administrativo”, Edit. Ariel S.A., Barcelona, 1990, p. 252, y **L. Cosculluela Montaner**: “Manual de Derecho Administrativo”, Edit. Civitas S.A., 3ª edic., Madrid 1992, pág. 265.

rollar actividades empresariales en régimen de Derecho Privado, creadas por ley y con una organización interna y control económico de tipo público; y las Sociedades mercantiles pueden adquirir la forma de estatales, autonómicas y locales; interesando para estos efectos las sociedades mercantiles estatales, que regidas por Derecho Privado se basan en títulos representativos del capital, cuya titularidad pertenece a una Administración Pública o ente autónomo, en cuantía mayoritaria. De esta forma se introduce en el cosmos de la Administración estatal las entidades de **Derecho Público estatales** y se reconoce en éstas y en las sociedades **mercantiles** un régimen de Derecho Público. Las sociedades mercantiles constituyen un ejemplo en el Derecho de la Administración Pública de formas propias del Derecho Privado, formas que devienen en técnicas de dimensión instrumental para los entes públicos.

Indudablemente tal “huida” del Derecho Administrativo es reflejo de una crisis conceptual de esta rama del ordenamiento en disciplinar los entes administrativos con la flexibilidad propia de entes privados; sin embargo puede suponer un verdadero “fraude constitucional” (L. Ortega y A. Jiménez Blanco), cuando se eluden fines o cometidos del Estado en la economía fijados en la Carta Fundamental. Luego, la referida “huida” del Derecho Administrativo,⁴¹ no debe olvidar que todos los entes integrados al cosmos administrativo, están vinculados a un principio de legalidad, principio garantista del Estado de Derecho, y en especial de los propios administrados, ya que so pretexto de romper con las “rigideces” la Administración podría hacer crecer el Estado Empresario en dimensiones incompatibles con el régimen de economía social de mercado.

En este orden de ideas el administrativista García de Enterría sostiene que “este carácter instrumental de la utilización por la Administración de formas y técnicas privadas se pone de relieve por el hecho de que siempre encontramos en el fondo de dicha utilización un núcleo público, una previa decisión de carácter público (...). A la hora de organizar sus servicios se ofrece a la Administración Pública una alternativa que, en principio, puede resolver libremente, optando por utilizar medios y formas públicas o formas y técnicas privadas. La decisión en que se plasman estas opciones tiene siempre, sin embargo, carácter público. La eventual utilización de formas privadas es, pues, un arbitrio puramente instrumental, práctico”. “La existencia de este fondo o núcleo constante e irreductible de carácter público... demuestra el error de aquellas corrientes doctrinales para las que la aplicación de técnicas de Derecho Público o de Derecho Privado carece hoy de contenido sustancial, siendo algo completamente accidental (...). Estas afirmaciones son, por lo menos, gravemente equívocas, ya que entre unas y otras técnicas hay una diferencia fundamental, que consiste precisamente en que ese núcleo primero de Derecho Público que acompaña o precede inexcusablemente a toda actuación de Derecho Privado de la Administración es la expresión del centro

41 S. Martín Retortillo: “El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus Instituciones”, Edit. Civitas S.A., Madrid, 1996, 21ª ed., págs. 199-237

subjetivo último de la Administración como organización política, el que somete, domina e instrumentaliza todas las manifestaciones orgánicas y funcionales de la Administración, de modo que en la aplicación al mismo del Derecho Administrativo podemos hablar de un verdadero límite sustancial. Por otra parte, el Derecho Administrativo es el Derecho necesario para la actuación del “poder público” que la Administración inexcusablemente es, y que como tal poder sólo puede justificarse en la Ley y no en el arbitrio de ninguna persona individual (art. 103.1 de la Constitución), más todas las reglas que la Constitución impone a la actuación de estos poderes (interdicción de la arbitrariedad y responsabilidad, art. 9.3; procedimiento debido y participación de los interesados, art. 105; control judicial de la legalidad y del fin de la actuación, Art. 106; inclusión en los Presupuestos Generales de sus finanzas, art. 1.34.2 y censura de cuentas por el Tribunal de Cuentas, art. 136), reglas que sólo el Derecho Público puede articular de manera efectiva”.⁴²

A partir del concepto «núcleo constante e irreductible de carácter público» o «núcleo de Derecho Público», es posible construir un concepto unitario y constitucionalmente adecuado de empresas del Estado; en la medida que la «huida» del Derecho Administrativo de la forma de intervención empresarial, es simplemente una huida del ámbito del servicio público tradicional y no de las regulaciones del ámbito de lo público estatal. De este modo, el Estado Empresario reconoce en lo público el centro decisional último de las empresas del Estado, aunque sus órganos de administración se rijan por Derecho Común, usualmente la Ley N°18.045 sobre Sociedades Anónimas.

En este contexto el concepto «empresa del Estado», que es utilizado en diversos artículos de la Constitución de 1980, diferencia al Estado de sus empresas (art. 19 N°24 inciso 10 C.P.R.), y a las empresas públicas de las empresas en que el «Fisco tenga intervención por aportes de capital» (art. 55 C.P.R.), es una diferenciación mantenida en la preceptiva sobre empréstitos (art. 60 N°9 C.P.R.); y finalmente fundidas bajo la expresión «empresas del Estado» o «empresas» (art. 60 inciso cuarto N° 2 y art. 98 C.P.R.). Con estas referencias fragmentarias e indirectas se hace necesario construir un concepto unitario y constitucionalmente adecuado de empresas del Estado, sobre la base de premisas antes anotadas, a saber:

- a) El Estado Empresario (empresas públicas y empresas privadas del Estado) sometido a un principio de legalidad, requiere para «desarrollar actividades empresariales o participar en ellas» de ley de quórum calificado autorizatoria general o especial (art. 19 N°21 inciso 2° C.P.R.).
- b) El Estado Empresario carece de privilegios (excepciones relativas son los monopolios naturales y legales en que aún existen empresas del Estado), se

42 “Curso de Derecho Administrativo”, Edit. Civitas S.A. Madrid 195, 7ª edición, vol. 1, pág. 51.

someten a las reglas de un mercado concurrencial y a la «legislación común», es decir, el Derecho común que rige la actividad empresarial de que se trate.

- c) Las excepciones al Derecho Común, requieren de motivos calificados, y de ley de quórum calificado al efecto (art. 19 N°21 inciso 2° C.P.R.).⁴³

Las premisas del Estado Empresario importan reconocer en el Estado un sistema de potestades orientadas a un fin central de bien común y fines específicos, para los cuales una de las funciones del Estado es la Administración prestadora de servicios de tipo económico, bajo la forma de empresa del Estado. En este sentido resulta dudoso utilizar el principio de subsidiariedad como regla de competencia operativa, dada la ambivalencia del principio que admite en sus fuentes (Encíclicas, y Documentos Pontificios y Escuela Austríaca) diversas interpretaciones (subsidiariedad como límite, subsidiariedad como «calificación de la ayuda estatal» y Subsidiariedad como Bien Común) y dos dimensiones: una negativa y otra positiva de la intervención estatal.⁴⁴ De este modo a nuestro juicio el principio de subsidiariedad (art. 1° C.P.R.) es una norma no operativa en cuanto a su aplicabilidad y de organización en cuanto a su inmediato destino, específicamente una norma programática que dirigida al Estado y privados fija una directriz acerca de la competencia de lo público y de lo privado.

Por otra parte, tratándose del Estado Empresario y del distingo entre empresas públicas y empresas privadas del Estado, no parece conveniente utilizar la vieja noción de servicio público y actividad con fines de lucro, para distinguir entre servicios públicos y empresas; como en nuestro medio lo hace Pierry a partir de un concepto funcional de servicio público.⁴⁵

4. *Empresas del Estado.*

El desarrollo del marco teórico nos permite distinguir en el Estado Empresario dos tipos de empresas: “empresas públicas” y “empresas privadas del Estado»; distingo que la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República recepciona a cabalidad: las primeras -“empresas públicas”-, creadas por ley, están insertas en la Administración del Estado (art. 1° Ley N° 18.575 orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado), y las segundas -“empresas privadas”-, son

43 Carmona S., Carlos: «Recurso por Amparo Económico. El caso Asimet contra Codelco», inédito, Junio de 1993.

44 Sánchez Agesta, Luis: «Los Principios Cristianos del Orden Político» IEP, Madrid, 1962, pág. 80-107. En palabras de Sánchez Agesta: «El principio de subsidiariedad no define la naturaleza del Estado sino la naturaleza de sus relaciones con otras sociedades» (pág. 96). Una opinión contraria a la nuestra en Osvaldo Oelckers C.: «Reflexiones en torno a la actividad interventora económica de la Administración Pública» pág. 37-248. También resultan útiles los trabajos de los profesores R. Bertelsen, J. Precht y F. Cumplido presentados en Seminario «Marco Constitucional del Estado Empresario», 12986, Revista Chilena de Derecho, PUC, Vol. 14 N° 1, 1987, pág. 115-145.

45 Pierry Arrau, Pedro: «Algunos Aspectos de la Actividad Empresarial del Estado», Revista de Derecho Público N°37-38, 1985, pág. 219-238.

sociedades civiles o mercantiles propiedad total o parcial del Estado (Dictamen N° 10.492, de 1979 C.G.R.). Ratificando este criterio un reciente Dictamen del órgano contralor (D. N° 22.683, de 1996), señala: «En lo que concierne a la condición de órganos de la Administración del Estado que invisten tales entes -aludiendo a las empresas del Estado-, la respuesta la da explícitamente la preceptiva orgánica constitucional contenida en la Ley N° 18.575, cuyo artículo 1º, en su inciso segundo, que se ocupa de la definición de dicho complejo orgánico, luego de mencionar a una serie de organismos centralizados, descentralizados y autónomos que integran la Administración Pública, incluye en su ámbito, en lo que a las entidades empresariales se refiere, solamente a las «empresas públicas creadas por ley».

Por lo tanto, es el propio ordenamiento el que excluye de la Administración Pública a los entes empresariales constituidos con participación de órganos estatales de acuerdo con las normas del derecho común, cual es el caso, precisamente, de las sociedades anónimas en que el Fisco o los órganos personificados de la Administración del Estado tienen participación. Así lo pone de manifiesto, por lo demás, el artículo 6º de la ley orgánica constitucional aludida, al prescribir, en su inciso primero, que «el Estado podrá participar... en entidades que no formen parte de su Administración sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser de quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales».

Incluir a las empresas públicas en el cuadro de la Administración Pública, añadió este dictamen, significa considerarlas órganos del Estado, porque son tales «todos los que integran la Administración de acuerdo con el artículo 1º de la Ley N° 18.575» y «es propio de los órganos del Estado estar sujetos legalmente a un régimen jurídico de Derecho Público, que determina la organización, las funciones y la competencia del organismo estatal, es decir, el ámbito dentro del cual están autorizados para ejercer las atribuciones y los poderes jurídicos o potestades públicas de que están dotados para desarrollar su actividad y cumplir con sus fines».

El mismo Dictamen del órgano contralor referido a “ESVAL S.A.”, como “empresa privada” del Estado señala:

- **Las sociedades anónimas en que el Estado tiene participación son “de naturaleza jurídica privada” y se rigen “por la preceptiva común aplicable a los particulares, sin que formen parte de la Administración Pública”.**
- Su creación supone necesariamente “un acuerdo de las personas naturales o jurídicas que concurren a su formación, el cual se materializa en la escritura pública de constitución”, que debe definir entre otras materias, el objeto social, el domicilio y duración de la sociedad, como también los aspectos relativos al capital social, las acciones y los accionistas, la administración y atribuciones de los órganos societarios internos, el sistema de distribución de utilidades, las normas aplicables en caso de disolución de la persona jurídica y la liquidación en tal evento de su patrimonio”.

- El patrimonio de estas entidades tiene “carácter privado”, por lo cual “los recursos de cualquier naturaleza que a él se integren adquieren aquella misma condición”, cualquiera sea la presencia del Estado en la constitución de su capital, y aun cuando éste pertenezca en su totalidad al Fisco o otros entes personalizados del Estado.
- **Por no integrar estas empresas la Administración del Estado, no le son aplicables los principios de legalidad, competencia y procedimiento de los artículos 6º y 7º de la Constitución Política de la República, sino el principio contrapuesto de libertad contractual y autonomía de la voluntad.**

Sin embargo, la asentada jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República que hemos comentado, y que permite, en el ámbito de las empresas del Estado, distinguir entre empresas públicas y empresas privadas del Estado, situando a esta últimas fuera de la Administración del Estado (art. 38 inciso 1º C.P.R. y art. 1º Ley Nº 18.575); no resulta pacífica hoy, de modo que recientemente la Corte Suprema en sede de apelación de amparo económico (caso Metro S.A.), revocando fallo de Corte de Santiago que sólidamente recogía la doctrina administrativa del organismo contralor, recepcionó un concepto de Administración del Estado y de empresa del Estado fuertemente sometida a principio de legalidad. La Corte Suprema sostiene que Metro S.A. «es un órgano estatal que desarrolla su actividad bajo la forma de una sociedad anónima, por lo que la limitación establecida en el inciso 2º del Nº21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República le es aplicable plenamente y, por lo mismo, su objeto social, impuesto por una ley de quórum calificado y no por la voluntad de sus socios...» (cons. 3º); extendiendo la reserva de ley incluso a los contratos de «colaboración empresarial». Ciertamente, es prematuro sostener que este fallo sienta una doctrina permanente del máximo tribunal, sobre cuyo fundamento básico discrepamos, ya que no corresponde insertar a una empresa privada del Estado en el cosmos administrativo, orgánico-público.

IV. Legislación sobre el núcleo de derecho público de las empresas del Estado.

Del modo expuesto, el Estado Empresario (empresas públicas y empresas privadas del Estado) en el contexto de un Estado de Derecho, se somete a un principio de legalidad. Sin embargo, la cobertura actual de nuestro Estado Empresario es más compleja que su diseño básico contenido en el art. 19 Nº21 inciso 2º C.P.R. en el sentido siguiente:

- a) El Estado Empresario tiene habilitación preconstitucional, tratándose del dominio público minero: Corporación Nacional del Cobre de Chile (D.L. Nº1.350, de 1976 y D.S. Nº37 y legislación común), conteniéndose de las empresas de la gran minería del cobre y de Compañía Minera Andina

nacionalizadas en virtud de Disposición 17ª transitoria de la Constitución de 1925 (Reforma de 1971 y D.L. N°1.167), es un caso de ultraactividad de normas constitucionales (Disposición Transitoria Tercera Constitución de 1980).

- b) El Estado Empresario tiene habilitación legal especial ficta, ya que sus leyes o cuerpos normativos son anteriores a la Constitución de 1980 (Disposición Transitoria Quinta y artículo 19 N°21 inciso 2º C.P.R.), como ocurre con FAMAE (D.S. N°375, de 1978, de Guerra).
- c) Finalmente, el Estado Empresario tiene cobertura en leyes de quórum calificado bajo la vigencia de la Constitución de 1980, que han asumido la forma genérica de empresa del Estado, sean empresas públicas o empresas privadas del Estado.

Asimismo, debemos destacar que la inserción de las empresas del Estado en los cuadros orgánicos del Estado, varía según se trate de empresas públicas creadas por ley que integran la Administración del Estado (art. 1º inciso 2º Ley N°18.575 orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado) o de empresas privadas del Estado que integran lo que se denomina «Administración Invisible». Tal inserción diferenciada no empece el núcleo de Derecho Público del Estado Empresario, que se extiende como mínimo común normativo, aunque los poderes de tutela carecen de una adecuada sintonía o coordinación, y como botón de muestra está la fragilidad de la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO) y su comité asesor, el Sistema Administrador de Empresas (SAE).

Hemos sostenido que las empresas del Estado, sean empresas públicas o privadas de propiedad estatal, tienen un núcleo público consistente, es decir, un conjunto de normas de Derecho Público que puede extenderse a la empresa misma (elementos: giro o fines, patrimonio, personal y régimen jurídico) o bien a su régimen financiero-presupuestario, contenido en un plexo de leyes de quórum calificado y ordinario. Luego, resulta pertinente abordar sumariamente la legislación sobre el núcleo de Derecho Público y su especial acerca de la administración financiera de las empresas del Estado en general, empresas públicas y empresas privadas de propiedad estatal; por tomar un ejemplo; con la salvedad de empresas del Estado del sector minero y define que poseen algunas reglas específicas y peculiares en su núcleo publicístico.

1. Fragilidad de SAE-CORFO.

1.1. CORFO y su Comité SAE se han configurado de hecho como «matriz» de un «holding» de Estado Empresario; siendo tal el artículo 6º letra a) del DFL N° 212, de 1960, que faculta a la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO) «para servir al Estado de organismo técnico asesor para promover y coordinar la inversión de los recursos fiscales, orientándolos hacia fines de fomento a la producción y para armonizar la acción del Estado con las inversiones de los particulares en igual sentido,

tratando de dar a los recursos de que se puede disponer el destino más adecuado. Para estos efectos, los programas de inversión a mediano y largo plazo elaborados por la corporación deberán coordinarse con los presupuestos nacionales anuales».

1.2. La CORFO fue creada por Ley N° 6.334 (Ley N° 6640) de 1940, teniendo como ente público paralelo a la Corporación de Reconstrucción y Auxilio, es decir, creada en un contexto histórico de calamidad pública derivada del terremoto de Chillán, y fruto de una decisión de Estado de fomento de la industrialización en el marco de un modelo de desarrollo hacia adentro.

1.3. El DFL N° 211, de 1960, del Ministerio de Hacienda, fija las normas que rigen a CORFO, persona jurídica de derecho público bajo la dirección y administración de un Consejo integrado por Ministros de Estado (Economía, Fomento y Reconstrucción, Hacienda, Agricultura, Planificación y Cooperación, Relaciones Exteriores), dos Consejeros designados por el Presidente de la República y un Vicepresidente Ejecutivo; entidad encargada del plan de fomento de la producción nacional.

1.4. CORFO tiene la facultad de crear Comisiones y Comités de sustento a sus tareas de línea (art. 7°); como en la especie el Sistema Administrador de Empresas (SAE). El SAE es un Comité interno de CORFO, sin entidad jurídica propia, y en cuanto órgano administrativo es de naturaleza asesora y carece de atribuciones decisorias, y su composición es determinada por actos administrativos internos de la Corporación; a saber el Acuerdo N° 1879, de 1997 y Res. A. N° 18, de 1997.

1.5. Cabe destacar que algunas empresas del Estado se relacionan con el Gobierno a través de ministerios. En cuanto a los ministerios concernidos en el Estado Empresario, estos son órganos de colaboración del Presidente de la República en funciones de Gobierno y Administración de sus respectivos sectores (art. 19 Ley N° 18.575 orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, DFL N° 850 de MOP, de 1997, Título I del Ministerio de Obras Públicas, Ley N° 16.723 y DFL 279, del Ministerio de Hacienda, de 1960 y D.L N° 1762, de 1997 relativa a Transportes, Ley N° 19.032 que reorganiza el Ministerio Secretaría General de Gobierno y Ley N° 18.989 que crea el Ministerio de Planificación y Cooperación).

1.6. Los ministerios concernidos en el Estado Empresario son órganos de colaboración del Presidente de la República, que mantienen con algunas empresas del Estado un vínculo de supervigilancia o tutela, como ocurre en la especie con empresas portuarias, y de servicios. Con todo, los ministerios no mantienen vínculo de jerarquía o dependencia con las empresas públicas sectoriales ya que se trata de entes de derecho público personificados, que usualmente nuestra legislación denomina «organismos autónomos» o «empresas autónomas».

1.7. Finalmente, tratándose del Estado Empresario, dimensión del Estado que se suma a la de regulación y servicios y de fomento, éste se somete a una cláusula de la Constitución Económica (art. 19 N° 21 de la Constitución Política de la República) en

virtud de la cual todo desarrollo de actividades empresariales o participación en ellas deberá ser autorizada por una ley de quórum calificado real o ficta, quedando las empresas del Estado sometidas a derecho común como regla general y a derecho público como regla excepcional, excepción que deberá estar contenida también en ley de quórum calificado.

1.8. El Estado Empresario comprende una amplia gama de empresas del Estado, de producción de bienes o de servicios, en que el Estado actúa como «comerciante público», empresas que son de dos tipos: empresas públicas creadas por ley y que integran la Administración del Estado (art. 1º inciso 2º Ley N° 18.575), y empresas privadas de propiedad parcial o relevante del Estado constituidas como sociedades civiles o mercantiles de derecho común y que no integran la Administración del Estado.

1.9. De este modo, las empresas públicas son verdaderos órganos de la Administración del Estado, constituidos como personas jurídicas de derecho público con patrimonio y personalidad jurídica y una competencia que es su giro como «comerciante público», manteniendo una relación de supervigilancia con el Gobierno (Presidente de la República) a través de los Ministerios sectoriales. En efecto, el Presidente de la República es el jerarca o cabeza de la Administración activa del Estado y mantiene de modo directo o indirecto relaciones de jerarquía o de supervigilancia con los demás órganos, relaciones que dependen de la naturaleza centralizada o descentralizada de estos. En consecuencia, tratándose de entes descentralizados o personificados como las empresas públicas, las relaciones son de supervigilancia o tutela, y los poderes jurídicos que posee el jerarca son poderes de tutela: jurídica, contable y de control; pero en ningún modo poderes jerárquicos.

1.10. Por otra parte, cabe destacar que en virtud de la Ley N°18.899 modificatoria del artículo 25 de la Ley N°6.640, la CORFO, «para concurrir a la formación de empresas o participar en la propiedad o administración de otras distintas a las que al 31 de diciembre de 1989 tenga porcentaje en su capital social o injerencia en su administración, requerirá autorización expresa otorgada por Ley en conformidad a lo dispuesto en el inciso 2º del N°21 del artículo 19 de la Constitución Política. Igual autorización necesitarán para tales actos las empresas o entidades filiales de dicha Corporación» (art. 32 letra a)). Al respecto, la Contraloría General de la República en dictamen N°24.376, de 1992, se pronunció acerca de esta norma legal en orden a que una filial de CORFO (EDELNOR S.A.) no puede dividirse en sociedades anónimas según lo prevenido en art. 94 de la Ley N°18.046, sin previa ley de quórum calificado.

A nuestro juicio, las empresas privadas, incluso las designadas como filiales de CORFO, no están afectas a la exigencia de habilitación legal de quórum calificado del N°21 del art. 19 C.P.R., que se predica del «Estado y sus organismos», es decir, la reserva legal se aplica a lo estatal y no a lo privado. Tratándose de empresas públicas se aplica la

reserva legal cuando los cometidos empresariales importen formar o participar en otras sociedades con giro distinto al de la entidad participante o cuando en dicha actividad estuvieren comprometidos recursos del Estado. A modo ejemplar, una sociedad filial o coligada de una empresa privada del Estado, que atienda actividades complementarias o de apoyo y que digan relación con el giro social, no importan una nueva función empresarial, quedando sometidas en este campo a «legislación común». Nuestra opinión tropieza con la práctica legislativa imperante (Ley N°19.293 habilitante de Sociedad Agrícola y Servicios Isla de Pascua Limitada y Ley N°18.851 habilitante de Polla S.A.).

2. Legislación Común.

Las empresas públicas singularizadas tienen un núcleo duro de derecho público que las rige, integran la Administración del Estado, y se encuentran sometidas a las leyes de quórum calificado real o ficto que las crean; y por tanto se encuentran sometidas al principio de legalidad que preside la actuación de todos los órganos administrativos (art. 2° y art. 6° de la Ley N° 18.575).

En cambio, las empresas privadas de propiedad parcial o relevante del Estado, si bien tienen un «núcleo constante e irreductible de carácter público» o de derecho público, se encuentran íntegramente sometidas al derecho común (derecho mercantil y civil, y legislación de derecho público económico), es decir, se trata de empresas de naturaleza jurídica privada, aserto confirmado por la jurisprudencia administrativa emanada de la Contraloría General de la República y jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia. La doctrina administrativa correcta se resume en el citado dictamen 22683, de 1996 del órgano contralor que señala, aunque con un matiz: la empresa privada del Estado si bien no integra la Administración, sí integra el Estado Empresario, y por tanto se rige en parte por un principio de legalidad.

En materia de personal las empresas privadas del Estado no se rigen por escala de remuneraciones, sino por las normas, reajustes y fijación de retribuciones del sector privado (art. 3° D.L. N°249, de 1974). Con todo, el D.L. N°1.056, de 1975, manda remitir un informe trimestral al Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción, y a la Dirección de Presupuestos, acerca de dotaciones (plantas, contratos, honorarios u otra modalidad, monto global pagado), y aportes de Bienestar. La fiscalización de la legislación laboral de las empresas del Estado compete a la Dirección del Trabajo (Dictámenes 29.848, de 1999, 8.275 de 1999, 7.755 de 1999 y 38.708 de 1998 C.G.R.)

En consecuencia, la legislación común tiene un significado doble: derecho civil y mercantil aplicable a las sociedades y sus negocios, y legislación de derecho público económico que regula la actividad del giro social; legislación especialmente relevante en el campo de los servicios públicos materiales (servicios sanitarios, servicios eléctri-

cos, energía, transportes, correos, entre otros), servicios públicos virtuales (telecomunicaciones) o actividades económicas reguladas.

3. Fiscalización de Contraloría General de la República.

El Estado Empresario, constituido por empresas públicas y empresas privadas del Estado, en razón de su núcleo público, queda sometido en materia de control de fines, regularidad, responsabilidad e información, a la Contraloría General de la República, control que se circunscribe a lo prevenido en el inciso 2º del art. 16 de la Ley N° 10.336, orgánica constitucional ficta del organismo (D.L. N°38, de 1973), que señala:

“También quedarán sujetas a la fiscalización de la Contraloría General las empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o participación, para los efectos de cautelar el cumplimiento de los fines de estas empresas, sociedades o entidades, la regularidad de sus operaciones, hacer efectivas las responsabilidades de sus directivos o empleados, y obtener la información o antecedentes necesarios para formular un Balance Nacional”.

En efecto, la Contraloría General de la República, conforme a lo prevenido en artículo 87 inciso 1º C.P. R. y su ley orgánica, ejerce un control sobre la Administración del Estado y los fondos públicos, que se extiende a empresas del Estado en los términos del citado inciso 2º del artículo 16, en particular, a: fines de la empresa, regularidad de sus operaciones, responsabilidades de sus directivos o empleados, y la información necesaria para formular un balance nacional. Los fines de la empresa son los referidos al objeto social contenido en su escritura de constitución o estatutos, y que en definitiva configuran la naturaleza jurídica de la entidad. La regularidad de las operaciones de la empresa es la conformidad de éstas con las reglas o normas que rigen la actividad económica, que usualmente es «legislación común», criterio aceptado por la Contraloría General de la República (dictámenes 24.694 y 3.355, ambos de 1986 y 32.171 de 1993), todo sin perjuicio de las funciones de policía económica de otros entes de la Administración como las superintendencias. La responsabilidad de directivos y empleados nos exige hacer un distingo: el personal de empresas públicas es genéricamente funcionario público aunque se rige por el Código del Trabajo, debiendo entenderse que tal normativa es «estatuto administrativo», y el personal de empresas privadas del Estado regido por el Código del Trabajo no es encuadrable en la categoría de funcionario público. El distingo anotado a propósito de la responsabilidad es relevante a la hora de determinar los mecanismos para hacer efectivas responsabilidades administrativas, las que en modo alguno pueden perseguirse respecto de trabajadores no funcionarios. También el distingo es relevante a propósito de la responsabilidad frente al Estado, que vía juicio de cuentas se hace efectiva respecto de funcionarios que posean

la calidad de cuentadantes de recursos o bienes públicos (dictámenes 27.759, de 1985 y 34.563, de 1994). Por último, tratándose de información para confeccionar un balance nacional este control está referido a la función básica de la Contraloría de llevar la contabilidad general de la nación (art. 87 inciso 1º C.P.R.).

En suma este control concierne al resguardo del patrimonio público comprometido en la propiedad accionaria del Estado-Fisco o sus instituciones. Sin embargo, tratándose de empresas privadas de propiedad total o parcial del Estado, las responsabilidades de sus “directivos” y “empleados” se rigen por Derecho común: legislación mercantil para directores y gerentes y Código del Trabajo para trabajadores; según se colige de modo elíptico de la jurisprudencia administrativa (Dictámenes 38708/98, 8275/99, 7755/99, 29848/99, 40146/97; 39562/97).

4. Patrimonio Público.

El decreto ley N°1.056, de 1975, en su título II «enajenación de activos», autoriza la enajenación de «toda clase de activos muebles o inmuebles, corporales o incorporeales, del Fisco y de las instituciones o empresas descentralizadas del sector público, que no sean imprescindibles para el cumplimiento de los fines de la entidad respectiva». Tal enajenación es reglada, lo mismo que sus procedimientos, en el citado cuerpo legal, correspondiendo a la Contraloría General de la República fiscalizar la corrección de los procedimientos de enajenación y valores, pudiendo perseguir la responsabilidad administrativa y civil de funcionarios que infrinjan esta normativa (art. 17 y 18). Este cuerpo legal constituye una verdadera ley general de enajenación de activos prescindibles del Fisco e instituciones del sector público, por lo que se admiten leyes especiales de enajenación (dictámenes 21.805, de 1985, 22.543, de 1986 y 28.289, de 1986).

El citado cuerpo legal es aplicable a las empresas públicas, admitiendo excepciones con fuente legal específica, y no se aplica a empresas privadas del Estado, según lo confirma la jurisprudencia de la Contraloría General de la República (dictámenes 50.330, de 1975 y 19.148, de 1982).

También, se aplica a empresas del Estado el decreto ley N°799 de 1974, en lo relativo a circulación de vehículos de propiedad fiscal, semifiscal, de organismos de administración autónoma o descentralizada, municipalidades y empresas del Estado (art. 1º). Corresponde a la Contraloría General de la República perseguir la responsabilidad administrativa por infracción a este cuerpo legal, aplicando medidas disciplinarias previstas en el estatuto administrativo (art. 11).

Es menester agregar además, que el artículo 3º inciso 2º del D.L. N°1.056 de 1975, dispone: «a contar del 1 de enero de 1976, los servicios, instituciones y empresas del sector público solamente podrán efectuar aportes de capital a sociedades o empresas de cualquier naturaleza o hacer depósitos o adquirir instrumentos en el mercado de capitales, previa autorización del Ministerio de Hacienda». A nuestro juicio esta auto-

rización no es aplicable a las empresas privadas del Estado, incluidas las filiales CORFO, cuando estas decidan hacer aportes de capital en otra sociedad, por quedar fuera del «sector público», que resulta asimilable a «Administración del Estado» (dictamen 23.379, de 1959, 14 de 1973, 20.898, de 1976, 10.505, de 1986), como lo entiende el art. 2º del D.L. 1.262, de 1975.

5. Gestión Financiera.

5.1. La Ley N° 18.196, art. 11 dispone que las empresas del Estado y todas aquellas en que el Estado, sus instituciones o empresas tengan un capital igual o superior al 50%, deberán publicar sus balances generales y estados financieros debidamente auditados, con la forma, contenido y oportunidad exigidas para las sociedades anónimas abiertas.

5.2. El mismo cuerpo legal dispone que las empresas del Estado operarán financieramente ajustadas a un sistema presupuestario: Presupuesto de Operación, Presupuesto de Inversiones y Presupuesto de Contratación, Desembolso y Amortizaciones, todos operados a través de un Presupuesto Anual de Caja; el que se aprueba mediante decreto exento del Ministerio de Hacienda y Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, sin perjuicio de la firma del Ministro a través del cual se relaciona la empresa. Junto con el Presupuesto Anual de Caja se remite al Ministerio de Hacienda una línea de endeudamiento anual para su aprobación, y que corresponde a créditos o compromisos del año con instituciones bancarias y financieras. Los ministerios referidos dictarán las normas sobre formulación y clasificación presupuestaria.

5.3. Las empresas del Estado no se rigen por el D.L. N°1.263, de 1975, que aprueba la Ley orgánica de Administración Financiera del Estado, que rige al sector público, excepción hecha a los artículos 29 y 44 del cuerpo legal. El artículo 29 de la Ley confiere al Ministro de Hacienda la prerrogativa exorbitante de ordenar el traspaso a rentas generales de la nación o a otras entidades, de utilidades netas que arrojen los balances patrimoniales anuales de las empresas del Estado; e incluso como mecanismo de financiación pública puede ordenar el traspaso de anticipos de dichas utilidades a rentas generales de la nación, y de producirse un exceso se genera un crédito contra el fisco con cargo a impuesto a la renta. El artículo 44 de la Ley señala que los actos administrativos de las empresas del Estado, que “de cualquier modo puedan comprometer el crédito público, sólo podrán iniciarse previa autorización del Ministerio de Hacienda”.

5.4. Tiene interés la normativa sobre endeudamiento de las empresas del Estado. Tal endeudamiento no constituye en sí mismo crédito público ni garantía estatal del Estado sobre dichas deudas, pero en términos genéricos compromete el crédito público, es decir, la capacidad del Estado para contraer obligaciones internas o externas, en

lo que concierne a programación y planeación. En consecuencia el Ministerio de Hacienda mediante oficio circular N° 37/38 de 25 de junio de 1990, en el marco de D.S. N°551, de 1982 y D.S. N° 1.231, de 1989, reguló el procedimiento para negociación autorización y contratación de préstamos externos, estatuyendo la coordinación y análisis en el Comité Asesor de Créditos Externos (CACE); y sus anexos regulan aspectos complementarios. También, el Oficio Circular N° 14/14 del Ministerio de Hacienda somete al procedimiento referido a los créditos obtenidos de instituciones financieras radicadas en Chile, cuando se trate de préstamos superiores a un año plazo.

Es menester agregar que el D.S. N° 531, de 1982, del Ministerio de Hacienda, sobre procedimientos para contratación de créditos del sector público, desarrolla lo prevenido en artículo 44 de la ley orgánica de Administración Financiera del Estado, en orden a que empresas del Estado deberán requerir autorización del Ministerio de Hacienda "para iniciar gestiones destinadas a obtener préstamos externos, asignación de créditos externos globales ya concedidos o efectuar compras de bienes o servicios provenientes del exterior con financiamiento o con pago a plazo. Con todo no se aplican las normas sobre autorización de la Hacienda Pública, cuando se trate de créditos y compromisos financieros pactados a un año o menos por las empresas del Estado, compromisos que se rigen por las normas y procedimientos que determine el Banco Central de Chile o por Derecho común.

5.5. En cuanto a las autorizaciones de gastos, excluidas las de origen tributario, y el endeudamiento que consigne el Presupuesto Anual de Caja y sus modificaciones, no podrán ser excedidas por la ejecución presupuestaria del ejercicio respectivo, sin que medie previamente la modificación presupuestaria pertinente; norma también aplicable a montos autorizados para estudios y proyectos de inversión (art. 68 de la Ley N° 18.591).

5.6. En cuanto a estudios y proyectos de inversión de las empresas del Estado que involucren la asignación de recursos de un monto superior a la cantidad que anualmente se determine por decreto exento de los Ministerios de Hacienda y de Economía, Fomento y Reconstrucción, sólo podrán efectuarse si cuentan con identificación previa establecida por decreto exento de los mismos órganos. También las empresas del Estado requieren autorización previa para comprometerse en sistemas de contratos de arrendamiento a largo plazo no revocables (art. 24 de la Ley N° 18.482). Con todo la Ley N° 19.596 en su artículo 5° y siguientes fija normas específicas para el resto del sector público en materia de identificación previa de proyectos de inversión, estudios y proyectos de inversión y bienes (adquisición y arrendamiento).

5.7. Desde la perspectiva orgánica o institucional la centralidad la posee el Ministerio de Hacienda y sus órganos dependientes, a saber: Dirección de Presupuestos y CACE, en materia financiera-presupuestaria e incluso en materia de proyectos de inversión (D. S. N° 531, de 1982, del Ministerio de Hacienda y Ley Orgánica de Administra-

ción Financiera del Estado). En este contexto el Ministerio de Planificación y Cooperación es un órgano de colaboración del Presidente de la República en el diseño y aplicación de políticas, planes y programas de desarrollo nacional, proposición de metas de inversión pública, evaluación de proyectos de inversión financiados por el Estado, entre otros (art. 1º y 2º Ley N° 18.989), y a tal efecto se coordina con la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda en materia de presupuestos anuales que presenten empresas del Estado, de acuerdo con las referidas metas. También corresponde a Mideplan establecer los criterios de evaluación económica y social de los proyectos de inversión financiados directa e indirectamente por el Estado, colaborando con el Ministerio de Hacienda en la definición de normas de financiamiento para planes y proyectos de desarrollo, sustentados total o parcialmente en recursos externos y también podrá efectuar estudios de preinversión para una cabal evaluación de proyectos de inversión de financiación estatal. Conforme al reglamento interno de Mideplan, estas materias corresponderán específicamente a la División de Planificación, Estudios e Inversión (art. 1º, 2º y 5º de D.S. N° 39, de 1992, de Mideplan). En la operación con estudios y proyectos de inversión la Dirección de Presupuestos exige previa evaluación de Mideplan.

En suma la centralidad del Ministerio de Hacienda y sus órganos dependientes en materia financiero-presupuestaria y de proyectos de inversión, queda corroborada por lo expuesto; por lo que a los Ministerios de Economía, Fomento y Reconstrucción, Mideplan u otro les corresponde un rol accesorio y de colaboración, en que la información desde empresas, servicios y sector público en general, se canaliza a través del Ministerio de Hacienda o el CACE, que integra representantes de los Ministerios citados.

6. Información al Parlamento y sus órganos.

Las empresas del Estado, empresas públicas y empresas privadas, deben proporcionar vía Dirección de Presupuestos, copia de los balances anuales y los estados financieros, auditados cuando corresponda, a las Comisiones de Hacienda del Senado y de la Cámara de Diputados, sin perjuicio de informar trimestralmente de la ejecución del ingreso y del gasto (art. 21 de Ley N° 19.651 de Presupuestos del Sector Público 2000).

Debe puntualizarse que en este campo las empresas privadas del Estado están fuera de la cobertura del control político de la Cámara de Diputados denominada “potestad fiscalizadora”, por no tener inserción orgánica en la Administración del Estado (art. 48 N° 1 de la Constitución Política de la República y Reglamento de la Cámara de Diputados). A fortiori no existe control político del Senado (art. 49 inciso final C.P.R.). Con todo, las Empresas deberán remitir al Congreso Nacional “memorias, boletines y otras publicaciones que contengan hechos relevantes concernientes a sus actividades”, pero dicha remisión empeece al Ministerio por intermedio del cual se relacionan con el

Presidente de la República tratándose de empresas del Estado (art. 8º de Ley N° 18.918 orgánica constitucional del Congreso Nacional).

V. Conclusiones

La relación Constitución y economía es propia del constitucionalismo del siglo XX, ya que las constituciones liberales del siglo XIX regulan el Estado y no la sociedad civil, fractura Estado-sociedad civil muy propia de la modernidad y del ethos cultural burgués. Más aún, los derechos fundamentales encuentran en la noción de derecho subjetivo público (G. Jellinek) la configuración de voluntad e interés de sujetos de derecho de negación o de participación frente al Estado.

El capitalismo desarrollado en contradicción con la democracia, dan origen al constitucionalismo social y sus dos logros perdurables: el Estado Social y los derechos económicos, sociales y culturales; que constituyen el soporte de un complejo normativo que se denomina Constitución Económica («Wirtschaftsverfassung»). A ello cabe agregar el valor, eficacia y densidad normativa de la Constitución, y por tanto su irradiación como ley fundamental a todo el ordenamiento jurídico (Derecho Público y Derecho Privado).

De este modo, el despliegue del Estado en su dimensión funcional y orgánica en la economía da lugar a lo que hemos denominado la tríada: Estado Regulador, Estado Gestor de Servicios y de Fomento, y Estado Empresario, tríada que engarza notoriamente en la Administración del Estado, pero no se agota en ella.

A nuestro juicio la intervención del Estado en la economía tiene en la Constitución Económica un conjunto de valores y principios constitucionales que configuran un techo ideológico abierto; y el fin central de Bien Común, se materializa en fines concretos producto de decisiones políticas. Un botón de muestra es el principio de subsidiariedad que en cuanto regla de competencia, es una regla no operativa y de organización que a lo sumo fija una directriz abierta acerca de la delimitación de lo público y lo privado.

Asimismo, la conocida sinonimia entre conceptos: Constitución Económica (C.E.) y Orden Público Económico (O.P.E.) en su perspectiva funcional y material, en nuestro medio es más que un yerro conceptual, sino es más bien tributaria de un concepto jurídico indeterminado («orden público») que desde perspectivas privatistas y liberales da cuenta de una versión sesgada acerca de las funciones del Estado en la economía, muy propias del siglo XIX, en que la función es esencialmente de regulación del tráfico y del mercado (Estado Liberal, Gendarme o de «clase única»).

Es consecuencia, el concepto de Estado Social debe a nuestro juicio presidir la determinación del contenido normativo (orgánico y dogmático) de la Constitución Económica y el balance de las funciones del Estado en la economía. Lo anterior deriva de

que la tensión dialéctica entre capitalismo desarrollado y democracia, encuentra en el Estado Social una síntesis que permite una definición desde lo público acerca de los bienes públicos y comunitarios, y de la realidad de los derechos fundamentales (derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, y derechos de solidaridad). En cambio la definición desde lo privado, desde la sociedad civil en cuanto sistema de necesidades (Hegel), es santificar la desigualdad y el mercado.

En razón de lo anterior, el Estado Empresario en el marco de la Constitución Económica, encuentra un concepto unitario que permite diferenciar la empresa del Estado del servicio público; con una «huida» relativa del Derecho Público, ya que estas empresas quedan sujetas a un núcleo de Derecho Público y por tanto, a decisiones políticas que engarzan en la organización política gubernamental concreta. También el Estado Empresario en el marco de la Constitución Económica, encuentra un concepto constitucionalmente adecuado que admite utilizar la empresa del Estado en la gestión o prestación de servicios, también en la producción de bienes y servicios económicos, y en particular en la exploración, explotación y beneficio del dominio público minero en que existen «reservas» constitucionales acatadas.

A modo de conjetura cabe comentar que el núcleo de Derecho Público del Estado Empresario resulta abigarrado y anacrónico en parte, por lo que en la perspectiva de *lege ferenda* resulta aconsejable una legislación en la materia que someta a las empresas del Estado a «legislación común», conservando el núcleo público en las decisiones centrales acerca de producción, distribución, inversión y consumo, configurando de iure un holding empresarial público con su matriz, cuya injerencia en filiales se verifique a través de sus órganos societarios regulares.

En suma, el núcleo de Derecho Público de las empresas del Estado permite someter la actividad empresarial pública al Derecho Común; sin que se verifique una «huida» completa y definitiva del Derecho Público, y por lo tanto, de las decisiones políticas. Ello es congruente con la definición del Estado Social como un Estado de Derecho y como un Estado Democrático.⁴⁶

46 Aragón R., Manuel: «Libertades Económicas y Estado Social» Edit. Mc. Grw- Hill, Madrid, 1995, pág. 140.