

Enrique Navarro Beltrán\*

# El Estado Empresario a la luz de la Constitución de 1980

## I. ¿Neutralidad económica o constitución valorica?

Un primer tema importante, antes de analizar el punto central de esta exposición, es el dilucidar si el ordenamiento jurídico constitucional establece un modelo determinado de economía o sus principios fundamentales o si, derechamente, nos encontramos frente a una carta fundamental neutra.

La pregunta también ha sido formulada por la doctrina extranjera, razón por la cual nos parece importante hacer una breve referencia al derecho comparado, particularmente europeo.

### 1. *Derecho comparado europeo*

En efecto, este tema ha sido intensamente debatido en Europa, especialmente en Alemania y en España, dando origen a las expresiones “Constitución Económica” o “Derecho Constitucional Económico”, acuñadas por el autor alemán Becherath.<sup>1</sup>

Así, la doctrina alemana ha sostenido que “*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.*” Esta afirmación, contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la co-gestión (Mitbestimmungsurteil), de 1 de marzo de 1979, reproduce o viene a concretar la tesis básica, predominante en la jurisprudencia iuspublicista alemana, de la neutralidad política de la Ley Fundamental. Asimismo es expresión de una línea jurisprudencial constante del Tribunal Constitucional: ya en su sentencia acerca de la constitucionalidad de la Ley de ayuda a la inversión, de 20 de julio de 1954, hizo el Tribunal referencia a la *neutralidad político-económica* de la Ley Funda-

\* Profesor de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

1 Herrero R. De Miñón, Miguel: “La Constitución Económica”, en Diez años de régimen constitucional, Madrid, 1989, p. 23

mental, que permite al legislador desarrollar la política económica a su juicio más adecuada, siempre y cuando respete la Ley Fundamental y, en particular, los derechos fundamentales”.<sup>2</sup>

En el caso español, por su parte, el artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa “en el marco de la economía de mercado”. Lo anterior ha llevado a afirmar a ciertos autores que “el hecho de que ni el viejo liberalismo del Estado abstencionista ni el neoliberalismo puro sean los inspiradores de nuestra Constitución no puede significar la negación de la *economía de mercado*. Ciertamente la Constitución española no podría llevar la firma de Friedman, pero seguramente tampoco la de Keynes”.<sup>3</sup>

## 2. La Constitución chilena de 1980

En el caso chileno, hasta antes de la actual carta fundamental la totalidad de las Constituciones participaban de una evidente neutralidad en materia económica, permitiendo —por ejemplo— que bajo la vigencia de la carta fundamental de 1925, en menos de 10 años, se aplicaran sistemas económicos diametralmente distintos: liberal (pero con una alta intervención del Estado en materia económica), comunitarista y, por último, estatista.<sup>4</sup>

Dicha experiencia histórica e inestabilidad económica fue un elemento determinante al momento de redactar la nueva carta fundamental.

Pues bien, como se sabe, en la Comisión de Estudio se planteó la alternativa de incluir un capítulo especial dedicado al orden público económico. Sin embargo, en definitiva, se consideró imposible poder reunir en forma sistemática dicha normativa, de suerte tal que se prefirió consagrar algunas disposiciones en el capítulo I, otras dentro de los derechos y deberes constitucionales o en relación a ciertas funciones del Estado y, por último, algunas fueron incluidas en el ámbito propio de la potestad legislativa.<sup>5</sup>

De esta manera, la Constitución de 1980 consagra en sus artículos un conjunto de principios que configuran el denominado orden público económico, que determinan con absoluta claridad los derechos fundamentales y el rol que le corresponde al Estado.<sup>6</sup>

2 Papier, Juan Jorge: “Ley Fundamental y orden económico”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, 1996, p. 561-562.

3 Garrido Falla, Fernando: “El modelo económico en la Constitución española”, Madrid, 1981, p. 62.

4 Luders Sch., Rolf: “25 años de ingeniería social en Chile: un breve ensayo sobre la historia económica del período 1963-1988”, Instituto de Economía UC, Documento de Trabajo N° 117, 1989. En el mismo sentido, Hachette A., Dominique: “Privatizaciones: reforma estructural pero inconclusa”, *La Transformación económica de Chile*, CEP 2000, 113 y ss.

5 Navarro B., Enrique y Guerrero D., Roberto: “Algunos antecedentes sobre la historia fidedigna de las normas de orden público económico establecidas en la Constitución de 1980”, UFT 1 (1997), p. 117 y ss.

6 Acerca del orden público económico, vid. Guerrero D., Roberto: “La Constitución Económica”, RCHD 6 (1979), p. 79-94; Irarrázaval C., Arturo: “Principios económicos de la Constitución de 1980”; Cea E., José Luis: “Notas sobre el orden público económico” y Cumplido C., Francisco: “Actividades económicas de las personas en la Constitución”, ES 85 (1995); p. 109-145.

Así, en primer lugar, se encuentran los derechos económicos, entre ellos: la igualdad ante la ley (19 N° 2, 20 y 22); la libertad de trabajo (19 N° 16) y empresarial (19 N° 21); el derecho a la propiedad (19 N° 23) y el de propiedad (19 N° 24 y 25). Dichos derechos se encuentran garantizados a través de diversos mecanismos de tutela: recurso de protección (artículo 20), inaplicabilidad de las leyes (artículo 80), nulidad de derecho público (artículos 6 y 7), revisión de los actos legislativos o administrativos por parte del Tribunal Constitucional (artículo 82), toma de razón de los decretos o reglamentos por la Contraloría General de la República (artículo 88), etc.

Por su parte, respecto del rol Estado, éste debe regular la política económica (sin perjuicio de la autonomía del Banco Central), efectuar el presupuesto nacional (art. 64), redistribuir el ingreso (a través de tributos –artículos 19 N° 20, 60 y 62–, del endeudamiento –artículos 60 N° 7 y 98– o mediante la enajenación de activos), fiscalizar la actuación de los privados y –excepcionalmente– intervenir en materia empresarial.

Es precisamente esta última materia la que motiva la presente exposición y que desarrollaremos en los siguientes párrafos.

## II. La Norma Constitucional que Regula la Actuación Empresarial del Estado

Como se sabe, el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política en su inciso 2° señala que El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza, sujetándose en tal caso a la legislación común.<sup>7</sup>

7 Sobre la materia vid. Aróstica M., Iván: "Crónica sobre la expansión del Estado empresario y el retraimiento de la iniciativa privada", IP 2 (1999), p. 129-146; Bertelsen R., Raúl: "El Estado empresario en la Constitución de 1980", RCHD 14 (1987), p.115-126; Collados N., Modesto: "El rol del Estado en economía", P13 (1987), p. 77-88; Cumplido C., Francisco: "Reflexiones sobre el anteproyecto de ley que regula la actividad empresarial del Estado y sus organismos" RCHD 14 (1987), p.141 y ss; Feliú J., Manuel: "El Estado y la empresa privada", P13 (1987), p.47-58; García R., Ricardo: "El rol del Estado en materia empresarial", P13 (1987); P.19-28; Larroulet V., Cristián: "Visión del Gobierno sobre el Estado empresario", RCHD 14 (1987), p.157 y ss; López B., José L.: "Algunas consideraciones jurídicas sobre el desarrollo del Estado", TD9 N°1 (1994), p. 87-103; Muñoz G., Oscar: "Visión del Estado empresarial en Chile", RCHD 14 (1987), p.187-192; Pierry A., Pedro: "Algunos aspectos de la actividad empresarial del Estado", en RDP 37-38 (1985), p.219-239; Precht P., Jorge: "El Estado Empresario: análisis de la legislación complementaria constitucional", G.J. 80 (1987), p.13-24; Soto Kloss, Eduardo: "La actividad económica en la Constitución Política de la República de Chile", IP 2 (1999), p. 119-128; Tironi B. Ernesto: "Otro rol para el Estado de Chile: de subsidiario a promotor", RCHD 14 (1987), p.171-186; Undurraga, Sergio: "Empresas estatales en la Economía", RCHD 14 (1987), p.193-198; Urenda Z., Carlos: "El Estado Empresario: visión de un abogado", RCHD 14 (1987),p.147-156.

### *1. El Anteproyecto de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución*

La norma en cuestión comienza su discusión con motivo de la intervención del entonces Fiscal del Banco Central, Roberto Guerrero, quien consignó como uno de los principios fundamentales que debía contemplar el nuevo texto constitucional “la acción subsidiaria del Estado, establecida en la Declaración de Principios de la Junta de Gobierno y en las Pautas dadas por el Presidente de la República”. Así, se precisó la necesidad de que “el Estado deba desarrollar un papel subsidiario en el campo económico (...) Para concretar ese principio hay que establecer que cualquier creación de servicios públicos o de empresas del Estado debe hacerse por ley; enseguida, que la participación del Estado, mayoritaria o minoritaria, en la gestión o en la propiedad de las empresas, también debe ser autorizada por ley”.<sup>8</sup> En la misma sesión, la señora Romo ratifica la anterior idea, haciendo presente que la actividad empresarial del Estado “debe restringirse sólo a aquellos campos en que los particulares no quieren o no pueden actuar o en que una ley especial así lo dispone; proponiendo al efecto como norma la siguiente: “El Estado no podrá, en forma directa ni indirecta por medio de empresas de su dominio o dependientes, desarrollar actividades industriales o comerciales, con la excepción de aquellas que expresamente sean autorizadas por una ley especial”.<sup>9</sup>

Con posterioridad, el debate mismo en torno a este aspecto de la norma se desarrolló en la sesión N° 388 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. Así, el señor Carmona propone establecer que “sin embargo el Estado podrá desarrollar actividades industriales y comerciales cuando una ley lo autorice”. El señor Bertelsen advierte que en este punto debe considerarse la situación de las sociedades mixtas. La señora Romo explica que por tal razón se consigna la frase “en forma directa o indirecta a través de empresas en las que tenga participación o sea dueño” (...) El señor Bertelsen opina que no sólo se está consagrando aquí la libre iniciativa privada para desarrollar actividades económicas, sino que, por principio, se le está prohibiendo al Estado, el que únicamente podrá abordarlas de un modo excepcional (...) El señor Ortúzar reitera que el Estado requerirá de una ley especial para desarrollar tales actividades, y que, en principio, los particulares no precisarán de ley alguna (...) El señor Guzmán concuerda con el criterio sustentado por la Comisión en cuanto a que la iniciativa particular o privada es preferente y que sólo en virtud del principio de la subsidiariedad el Estado puede desarrollar aquellas funciones que los particulares no pueden efectuar por sí solos (...) El señor Bertelsen destaca que jamás ha pensado que el Estado no deba tener intervención alguna en la economía, por cuanto le compete una función normativa y de control. Pero, añade, no puede, apoyado en el principio de la subsidiariedad, conculcar la libertad personal para desarrollar cualquier tipo de actividad económica, ya sea extractiva, productiva o de

8 CENC, Sesión N° 384, p. 2817. Vid. Guerrero D., Roberto: “La Constitución Económica”, RCHD 6 (1979); p. 79-94.

9 Ibid., p. 2821.

comercialización, excepto cuando los particulares no puedan o no quieran emprenderlas, caso en el cual, fundado en ese mismo principio, el Estado debe asumirlas por razones de interés nacional. Advierte que, en este último caso, no será por simple voluntad del Gobierno que el Estado ejerza esas actividades, por cuanto la ley deberá autorizarlo expresamente para ello (...) piensa que la solución reside en que en el inciso primero se conceda la más amplia libertad para desarrollar cualquier actividad económica, y en el segundo, al hacer la excepción, se establezca que “el Estado podrá desarrollar actividades económicas empresariales”, atendido que otras actividades económicas, como las normativas, las puede realizar sin necesidad de autorización legal”. En dicha sesión se aprueba el inciso en los siguientes términos: “Sin embargo, el Estado podrá desarrollar o participar en actividades económicas empresariales cuando una ley así lo autorice”.<sup>10</sup>

Luego, en la sesión N° 389 se perfecciona los términos del inciso, acordándose la siguiente redacción: “Sin embargo, podrá el Estado desarrollar actividades empresariales o participar en ellas cuando una ley así lo autorice, la que requerirá de un quórum especial”.<sup>11</sup>

Por último, cabe puntualizar que en la sesión N° 398 se discute en torno a la necesidad que el Estado, una vez autorizado para desarrollar actividades empresariales, quede sujeto a la legislación común. Al efecto, “el señor Guerrero expresa que la idea es que el Estado, en el caso de que esté autorizado para tener empresas o para desarrollar una actividad empresarial, deba regirse por las mismas normas vigentes para el sector privado, sin privilegios ni estatutos especiales (...) El señor Ortúzar estima obvio que la “legislación común” es la que rige para todos los que se encuentran en la misma situación. El señor Guzmán arguye que, en un texto jurídico, “legislación común” significa “ley ordinaria”, por lo que cree necesario agregar a aquella expresión alguna connotación que la precise. El señor Ortúzar sugiere indicar que se trata de la “legislación común que rija a este tipo de actividades”. El señor Guzmán expresa su acuerdo con esta proposición (...) El señor Ortúzar puntualiza que la idea es que se aplique “la legislación que rija o regiría para los particulares”.<sup>12</sup>

En definitiva, el texto aprobado por el Anteproyecto señalaba que:

“El Estado podrá desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo cuando una ley de quórum calificado así lo autorice y, en tal caso, ellas estarán sometidas a la legislación común que rija este tipo de actividades para los particulares”.

En este sentido, especialmente esclarecedor resulta el Informe Final redactado por la

10 CENC, Sesión N° 388, p. 2916-2920.

11 CENC, Sesión N° 389, p. 2924.

12 CENC, Sesión N° 398, p. 3109.

Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, en el que se hace presente la conveniencia de que el nuevo ordenamiento jurídico debía contemplar:

“Normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país, de modo que ellas conduzcan a la consecución del bien común”.

Del mismo modo, se consigna que:

“En relación con la necesidad de incentivar la iniciativa privada y de evitar el mal que significa la proliferación de las empresas del Estado, se contempla un nuevo derecho constitucional que tiene por objeto garantizar a todas las personas la libre iniciativa privada para desarrollar cualquier actividad económica, sin más limitaciones que las que establezca la Constitución y siempre que no sean contrarias al interés nacional y una ley lo declare así. Sólo por excepción podrá el Estado desarrollar actividades empresariales o participar en ellas, cuando una ley con quórum calificado así lo autorice y, en tal caso, dicha actividad estará sometida a la legislación común que rijan este tipo de actividades para los particulares”.<sup>13</sup>

## *2. El Proyecto del Consejo de Estado*

Sabido que este tema fue especialmente debatido en el seno del Consejo de Estado, modificándose la exigencia de ley de quórum por la de una ley simple;<sup>14</sup> ello a petición del Vicepresidente del órgano asesor, don Gabriel González Videla.

En efecto, el ex Presidente de la República, en una minuta redactada al efecto y leída en la sesión N° 65, expresa su comprensión a la circunstancia que los hechos vividos a principios de los setenta hiciera pensar a algunos “en la necesidad de consagrar normas que eviten la ampliación ilegal y arbitraria del sector público”. Sin embargo, continúa señalando en su minuta, “la inmensa mayoría del país no desea que se congele una determinada política económica, sino dotar al gobierno de la suficiente libertad para adoptar las políticas económicas que considere adecuadas (...) Lo que Chile desea es que no exista si quiera la remota posibilidad de recaer en una política económica (...) de monopolio estatal. “Pero”, continúa, “no se puede aceptar sensatamente que dentro de las estructuras democráticas, se impida al Presidente de la República optar por el modelo de política económica que corresponde a sus convicciones”. Como consecuencia de lo anterior, propuso que “La creación de empresas

<sup>13</sup> Informe Final de la CENC, p. 28-30

<sup>14</sup> Así fue aprobado, con el voto en contra del señor Cáceres, absteniéndose respecto de la totalidad de la disposición el señor Figueroa (sesiones 65 y 108).

públicas o el traspaso de empresas del sector privado al público o viceversa deberá autorizarse por ley que determine, también, las modalidades de su constitución, desarrollo y funcionamiento”.<sup>15</sup>

Sin embargo, en definitiva, se aprueba como texto del proyecto el siguiente:

“El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas si una ley los autoriza. En tal caso, las actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que, por motivos justificados, establezca la ley”.

Al respecto, el Informe final del Consejo de Estado precisa en relación al proyecto constitucional que:

“El proyecto tiende a evitar el desarrollo exagerado, privilegiado o abusivo de las actividades empresariales por parte del Estado. Con tal propósito contempla una serie de normas dirigidas a ese objeto (...) lo que significa reconocer el principio de subsidiariedad, conforme al cual el Estado hace lo que los particulares son incapaces de hacer, respetando y haciendo posible la iniciativa privada. No parece necesario abundar en este concepto para reconocer que su aplicación involucra una retracción del estatismo que había llegado a dominar la actividad empresarial”.<sup>16</sup>

### ***3. El texto final aprobado por la H. Junta de Gobierno***

La H. Junta de Gobierno, sin embargo, vuelve al texto original aprobado por la CENC, en cuanto a la exigencia de ley de quórum calificado para que el Estado pueda incursionar en el ámbito empresarial.

Así, se indica que:

“El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser asimismo de quórum calificado”.

Sobre este punto, el Tribunal Constitucional ha señalado que, de acuerdo a esta norma “Solamente en forma muy excepcional puede el Estado desarrollar actividades empresariales, siendo la norma general que ellas queden entregadas a la acción de los

<sup>15</sup> CE. Sesión N° 65.

<sup>16</sup> Informe Final del CE, p. 38-39.

particulares. De allí que para poner en movimiento esa excepción sea necesario una ley de quórum calificado, pero no para el regreso a la norma general, lo cual se logra mediante la privatización de la empresa estatal<sup>17</sup>.

El mismo Tribunal ha sentenciado que el artículo 19 N° 21 es una consecuencia del principio de subsidiariedad, consagrado en el capítulo I, disposiciones que “constituyen un marco de carácter valórico y conceptual que viene a limitar la acción del Estado dentro de la sociedad, abriendo el mayor campo posible a la iniciativa de los particulares”<sup>18</sup>.

De este modo, la norma, que tuvo su origen en el seno de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, consagra la excepcionalidad del actuar empresarial del Estado, sólo cuando así lo ha autorizado expresamente el legislador de quórum calificado, sujetándose, en tal caso, a la legislación común, todo ello como consecuencia del principio de subsidiariedad.

### III. Referencia al Derecho Comparado

Ahora bien, cabe preguntarse: ¿tiene algún antecedente esta norma en el derecho comparado?

Analicemos el derecho comparado europeo e hispanoamericano.

#### 1. Europa

- a) En primer lugar, debe destacarse que la Constitución Política de Irlanda, de 1937, señala que:

“El Estado favorecerá, y cuando sea necesario suplirá, la iniciativa privada en la industria y comercio”.<sup>19</sup>

Sin duda, nos encontramos con una norma en la cual se encuentra plasmado el principio de subsidiariedad,<sup>20</sup> reconocido años antes por la Encíclica Papal “Quadragesimo Anno” (Pío XI, 1931). En efecto, este último documento papal consigna que:

17 Tribunal Constitucional, 9-09-91, Rol 134, consid. 5°.

18 Tribunal Constitucional, 6-04-93, Rol N° 167, consid. 9° a 11°.

19 CPR de Irlanda, art. 45 N° 3.

20 Sobre subsidiariedad vid. Cuevas F., Gustavo: “El principio de la subsidiariedad en el régimen político chileno”, P 13 (1987), p. 9-18; Massini, Carlos I.: “Acerca del fundamento del principio de subsidiariedad”, RDP 39-40 (1986), p. 51-57; Sagüés, Pedro: “Principio de subsidiariedad y principio de antiusubidiariedad”, RDP 39-40 (1986), p. 59-70; Silva B., Alejandro: “Proyección política de los cuerpos intermedios”, VII JDP (Valpo., 1977), p. 113-132; Soto K., Eduardo: “Consideraciones sobre los fundamentos del principio de subsidiariedad”, RDP 39-40 (1986), p. 32-48.



“Como es ilícito quitar a los particulares lo que con su propia iniciativa y propia industria puedan realizar, para entregarlo a una comunidad, así también es injusto y al mismo tiempo de grave perjuicio y perturbación del recto orden social, confiar a una sociedad mayor y más elevada lo que pueden hacer y procurar comunidades menores e inferiores. Toda acción social debe por su naturaleza prestar auxilio a los miembros del cuerpo social, nunca absorberlos y destruirlos. Conviene que la autoridad pública suprema deje a las asociaciones inferiores tratar por sí mismas los cuidados y negocios de menor importancia, pues de otro modo le serán de grandísimo impedimento para cumplir con mayor libertad, firmeza y eficacia lo que a ella sola corresponde, y que sólo ella puede realizar: dirigir, vigilar, urgir, castigar, según los casos y la necesidad lo exijan. Por tanto, tengan bien entendido esto los que gobiernan: cuanto más vigorosamente reine el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, quedando en pie este principio de la función supletiva del Estado, tanto más firme será la autoridad y el poder social y tanto más próspera y feliz la condición del Estado”.<sup>21</sup>

- b) En la gran parte de los países europeos, se reconoce –en general– la libertad económica o empresarial. Sin embargo, también se consagran ciertas reservas estatales, tratándose de determinadas actividades económicas. Así ocurre, por ejemplo, en España<sup>22</sup> o Italia.<sup>23</sup>

21 Encíclica *Quadragesimo Anno*, 1931, Ed. San Pablo, 1999, p.149-150. En el mismo sentido, Juan Pablo II en Encíclica *Centesimus Annus* (1991), al referirse al papel del Estado en la Economía expresa que: La actividad económica, en particular la economía de mercado, no puede desenvolverse en medio de un vacío institucional, jurídico y político. Por el contrario, supone una seguridad que garantiza la libertad individual y la propiedad, además de un sistema monetario estable y servicios públicos eficientes. La primera incumbencia del Estado es, pues, la de garantizar esa seguridad, de manera que quien trabaja y produce pueda gozar de los frutos de su trabajo y, por tanto se sienta estimulado a realizarlo eficiente y honestamente (...) Otra incumbencia del Estado es la de vigilar y encauzar el ejercicio de los derechos humanos en el sector económico; pero en este campo la primera responsabilidad no es del Estado sino de cada persona y de los diversos grupos y asociaciones en que se articula la sociedad (...) El Estado tiene, además, el derecho a intervenir, cuando situaciones particulares de monopolio crean rémoras u obstáculos al desarrollo. Pero aparte de estas incumbencias de armonización y dirección del desarrollo, el Estado puede ejercer funciones de suplencia en situaciones excepcionales, cuando sectores sociales o sistemas de empresas, demasiado débiles o en vías de formación, sean inadecuados para su cometido (...) –Finalmente– en este ámbito también debe ser respetado el *principio de subsidiariedad*. Una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo social de orden inferior, privándola de sus competencias, sino que más bien debe sostenerla en caso de necesidad y ayudarla a coordinar su acción con la de los demás componentes sociales, con miras al bien común” (Ed. Paulinas, Santiago, p. 95- 97).

22 CPR de España: “Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en casos de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exija el interés general” (art. 128 N° 2).

23 CPR de Italia: “Podrá la ley, para fines de interés general, reservar originariamente o transferir mediante expropiación y con indemnización al Estado, a entidades públicas o a comunidades de trabajadores o usuarios, determinadas empresas o categorías de empresas que tengan por objeto servicios públicos esenciales o fuentes de energía o constituyen situaciones de monopolio y revistan carácter de interés general prevaicante” (art. 43).

- c) Un caso más extremo lo encontramos –por ejemplo– en Portugal (1976), en donde, sin perjuicio de consagrarse la libre iniciativa privada, se establece una prohibición general al sector privado, al señalarse que: “La ley determinará los sectores básicos en los cuales se prohíbe la actividad de empresas privadas y demás entidades de la misma naturaleza”.<sup>24</sup>

## 2. Hispanoamérica

En lo que dice relación con la actividad empresarial del Estado, pueden distinguirse los siguientes grupos de Constituciones:

- a) Algunas simplemente no regulan la materia (Argentina).
- b) Otras Constituciones hacen referencia a diversos sectores de la economía. Es el caso de Ecuador,<sup>25</sup> en donde el constituyente ha distinguido: el sector público, el sector de economía mixta, el sector comunitario o de autogestión y, finalmente, el sector privado.
- c) Sin embargo, en la mayoría de los casos se hace mención a la actividad empresarial estatal. Así ocurre en las cartas fundamentales de México,<sup>26</sup> Bolivia<sup>27</sup> o Paraguay.<sup>28</sup>
- d) En un cuarto grupo, encontramos –adicionalmente– cartas fundamentales en las que se exige cierta regulación legal para constituir o modificar empresas de propiedad estatal. En este grupo, pueden citarse a Uruguay<sup>29</sup> y Colombia.<sup>30</sup>

24 CPR de Portugal (art. 87).

25 CPR de Ecuador. Se reservan al Estado, entre otras, las áreas de explotación de recursos naturales no renovables; servicios de agua, luz y telecomunicaciones y las empresas estratégicas definidas por ley (art. 46).

26 CPR de México. Se otorga exclusividad al Estado para ejercer actividades económicas en materia estratégica: correos; telégrafos; radiotelegrafía y comunicación vía satélite; petróleo e hidrocarburos; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad, ferrocarriles; y las demás actividades que señale la ley (art. 28).

27 CPR de Bolivia. De acuerdo a la misma, son de propiedad del Estado “el suelo y el subsuelo con todas sus riquezas naturales, las aguas lacustres, fluviales y medicinales, así como los elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento” (art. 136). Lo mismo ocurre tratándose de los yacimientos de hidrocarburos, cuya exploración, explotación y comercialización corresponderán al Estado, a través de entidades autárquicas o concesiones y contratos entregados a sociedades mixtas o personas privadas (art. 139).

28 CPR de Paraguay. Al Estado le corresponde el dominio de los hidrocarburos, pudiendo otorgarse concesiones a empresas públicas, mixtas o privadas (art. 112).

29 CPR de Uruguay. Se regula en esta materia el establecimiento de entes autónomos y servicios descentralizados. Ahora, para que la ley pueda admitir capitales privados en la constitución o ampliación del patrimonio de ambos órganos se requiere de los 3/5 de los miembros de cada Cámara (art. 188); lo mismo para crear nuevos entes autónomos y suprimir los existentes (art. 189). A su vez, el Estado, previa autorización legal (de la mayoría absoluta de los componentes de cada Cámara) puede participar en actividades industriales, agropecuarias o comerciales, de empresas formadas por aportes obreros, cooperativos o capitales privados (art. 188). Finalmente, los entes autónomos y los servicios descentralizados no podrán realizar negocios extraños al giro que preceptivamente le asignen las leyes (art. 190).

30 CPR de Colombia. Los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. Si, por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra Cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que, en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita (art. 365).

- e) Finalmente, ciertas cartas recientes reconocen expresamente el principio de subsidiariedad.<sup>31</sup>

Así lo hace el estatuto fundamental de Perú, de 1993, según el cual: "Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razones de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal".<sup>32</sup>

#### IV. Exigencias Constitucionales para que el Estado en Chile pueda Incursionar en Actividades Empresariales

De la lectura de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 19 Nº 21 se desprende la concurrencia de los siguientes requisitos:

##### *1. Autorización específica contenida en una ley de quórum calificado*

Se trata de una autorización específica contenida en una ley que requiere de la mayoría absoluta de diputados y senadores en ejercicio (art. 63 CPR).

De este modo, la autorización al Estado debe ser expresa y, consecuentemente, debe ser interpretada en términos restrictivos, sin perjuicio de la necesaria adecuación a los cambios circunstanciales y, particularmente, a los nuevos requerimientos tecnológicos (caso La Nación).<sup>33</sup> En este sentido, no puede pretenderse petrificar en el tiempo el objeto social autorizado por el legislador.

Sobre el particular, resulta ilustrativo citar el Informe redactado por la Comisión Conjunta de la Junta de Gobierno y relativo al proyecto de ley que estableció el recurso de amparo económico. Dicho Informe, en el cual se analiza la conveniencia o no de dictar una ley marco en materia empresarial estatal, expresa textualmente que:

"La norma del inciso 2º del Nº 21 del artículo 19 es de carácter excepcional, porque la garantía constitucional pretende que el Estado no actúe como empresario, a menos que se cumplan las condiciones económicas, sociales y políticas que el legislador debe evaluar para autorizarlo a una actividad empresarial. Ahora bien, siendo una norma excepcional, su interpretación jurídica es restrictiva y deben cumplirse estrictamente las condiciones que el precepto indica...".<sup>34</sup>

31 Con posterioridad a la presente exposición, se promulgó la nueva Constitución de Venezuela, que consagra expresamente el principio de subsidiariedad del Estado (art. 165 inc. 1º).

32 CPR de Perú, art. 60.

33 Vid. Nota 51.

34 Informe de Comisión, en Varas A., Paulino: "Amparo Económico", RDP 49 (1991), p. 45-70.

## ***2. Dicha autorización es una concreción del principio de subsidiariedad:***

De acuerdo a la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional, el Estado debe actuar en materia empresarial sólo cuando los particulares no puedan realizar dichas actividades o no estén en condiciones de efectuarlas o, por su importancia, no es aconsejable que sean entregadas al sector privado, dictándose al efecto la ley de quórum habilitante, todo ello como consecuencia del principio de subsidiariedad.<sup>35</sup>

Sin embargo, la propia Constitución señala ciertas excepciones, en las que el Estado es empresario por expreso mandato constitucional:

- a) Estaciones de Televisión (art. 19 N° 12);
- b) Sustancias mineras no concesibles (art. 19 N° 24);
- c) Gran minería del cobre (art. 3 transitoria); y
- d) Actividades empresariales estatales autorizadas por leyes dictadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política, las que se entenderá que cumplen la exigencia de quórum constitucional (art. 5° transitorio).

## ***3. Sujeción del Estado a la legislación común***

Como consecuencia de lo anterior, el Estado se sujeta a la legislación común aplicable a cualquier particular, compitiendo como uno más de ellos. Ahora bien, para estos efectos, el Estado se organizará como empresa pública o, en su caso, se constituirá una sociedad estatal.<sup>36</sup>

Lo importante de la disposición constitucional aludida es que, en todo caso, cuando el Estado ha sido autorizado a participar en una determinada actividad económica éste queda inmediatamente sujeto a la legislación común, en iguales condiciones que los demás actores económicos particulares, salvo las excepciones que, por motivos justificados, establezca la propia ley de quórum calificado.

En otras palabras, "El Estado en sus actividades empresariales recibirá el mismo trato que los particulares".<sup>37</sup>

Confirma lo anterior lo expresado en el seno de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución en cuanto a que:

35 De acuerdo a la Declaración de Principios de la Junta de Gobierno de 1974: "Al Estado le corresponde asumir directamente sólo aquellas funciones que las sociedades intermedias o particulares no están en condiciones de cumplir adecuadamente, ya sea porque de suyo desbordan sus posibilidades (v.gr.: defensa, policía o relaciones exteriores), o porque su importancia para la colectividad no aconseja dejar entregadas a grupos particulares restringidos (v.gr.: empresas estratégicas fundamentales para el Estado) o porque envuelven una coordinación general que por su naturaleza corresponde al Estado" (cap. II).

36 Sobre la materia, vid. Aróstica M., Iván: "Empresas públicas y sociedades del Estado", CFT 3 (1999), p. 29-46.

37 CENC, Sesión N° 389, p. 2.941.

“La idea es que el Estado, en el caso de que esté autorizado para tener empresas o para desarrollar una actividad empresarial, deba regirse por las mismas normas vigentes para el sector privado, sin privilegios ni estatutos especiales”.<sup>38</sup>

Como corolario de lo dicho, debe concluirse además que si el Estado incursiona en una actividad empresarial, autorizado por ley de quórum calificado, al tratarse de un ente privado más tiene el imperativo legal de ser eficiente desde el punto de vista económico, prestando el servicio o realizando su actividad en las mejores condiciones posibles para sus usuarios o consumidores.

Ratificando lo señalado, en la propia Comisión de Estudio se consignó que “si la ley autoriza al Estado para emprender una actividad empresarial, no puede la Constitución poner una traba adicional que atente contra la eficiencia de las empresas”.<sup>39</sup>

En síntesis, una vez autorizado el Estado para desarrollar determinadas actividades económicas,<sup>40</sup> el constituyente ha dejado claramente establecido que aquél pasa a ser un particular más, debiendo, por tanto, sujetarse a la legislación común que regula la materia en cuestión, careciendo de privilegio alguno –a menos que así expresamente lo establezca la propia ley de quórum calificado y siempre y cuando existan motivos justificados para ello– y compitiendo en las mismas condiciones que los demás agentes económicos que participan en el mercado.

## V. Jurisprudencia Emanada de los Tribunales Superiores Nacionales en Materia de Actividad Empresarial Estatal

El artículo 19 N° 21 se encuentra doblemente tutelado, a través de los recursos de protección y amparo económico.<sup>41</sup> Nuestros tribunales han señalado que ambas acciones son perfectamente compatibles.<sup>42</sup>

Sin embargo, los casos en los que se ha tratado el alcance de la actividad empresarial del Estado han sido fundamentalmente resueltos mediante la interposición de la acción de amparo económico.<sup>43</sup>

### *1. Sentencias que han acogido recursos de amparo económico en contra de la actividad empresarial del Estado (Doctrina)*

a) Asociación Gremial de Impresores contra Ejército de Chile (1991). El Institu-

38 CENC, Sesión N° 398, p. 3109.

39 CENC, Sesión N° 398, p. 3119.

40 Sobre el sentido y alcance del artículo 19 N° 21 vid. Navarro B., Enrique: “Notas sobre el contenido esencial del derecho a emprender cualquier actividad económica”, UFT 3 (1999), p. 19-28.

41 Sobre la materia, vid. Navarro B., Enrique, “Protección y amparo de la libertad económica”, UFT 2, 1998, p. 77-93.

42 Corte Suprema, 3.09.98, Rol 2837-98; con comentarios nuestros en RDP 61 (1998-1999), p. 225-229.

43 En relación a la jurisprudencia de los primeros cinco años, vid. Navarro B., Enrique: “El recurso de amparo económico en la jurisprudencia”, GJ 200 (1997), p. 47-55. Una visión completa acerca de dicha acción cautelar en Jaederlun L., John: “El Recurso de Amparo Económico”, Librotecnia, Santiago, 1999.

to Geográfico Militar debe abstenerse de realizar trabajos de impresión gráfica a terceros, que no sean del área de su especialidad (geografía y levantamiento y confección de cartas del territorio), determinados en su ley orgánica.<sup>44</sup>

- b) Asociación Gremial de Impresores contra Correos de Chile (1998). Infringen el artículo 19 N° 21 las actividades comerciales realizadas por Correos y que son ajenas a los objetivos previstos por su ley: impresión de datos y mecanización o ensobramiento automático de correspondencia (correo híbrido). La implementación de este servicio no puede considerarse, por no ser de su específica finalidad, comprendida en el ámbito de la competencia que la ley orgánica de la Empresa de Correos le ha asignado.<sup>45</sup>
- c) Chilexpress y Lan Chile contra Correos de Chile (1999). La empresa de Correos de Chile no está autorizada para realizar el servicio postal de encomienda expresa y paquetería ("ultracom") respecto de bultos o paquetes que excedan de cierto peso y tamaño. Tampoco está autorizada para desarrollar actividades relacionadas con la cobranza de cuentas de consumo ni la recaudación de pagos por cuenta de terceros ("banca de personas").<sup>46</sup>

## ***2. Sentencia en las que se ha rechazado el recurso de amparo económico contra empresas estatales (Doctrina)***

- a) Armat contra Casa de Moneda (1992). Las actividades que desarrolla la Casa de Moneda destinadas a aumentar su capacidad productiva en la elaboración y comercialización tanto de cospeles como de monedas acuñadas, por ser de su propia especialidad, quedan comprendidas en la competencia que su ley orgánica le asigna y, en consecuencia, al ejecutarlas no se ha infringido el Art. 19 N° 21 inciso 2° de la Constitución Política de la República.<sup>47</sup>
- b) Asimet contra Codelco (1993). La actividad de Codelco al vincularse con una empresa extranjera para formar una sociedad anónima, cuyo objetivo queda comprendido dentro de las facultades que a aquella le otorga la ley para el cumplimiento de sus finalidades, no puede por sí sola constituir infracción al Art. 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, mientras esa sociedad no realice actividades que resulten ajenas al objeto social de Codelco definido en el Art. 3 del Decreto Ley 1350 de 1976.<sup>48</sup>
- c) Asociación Gremial de Impresores contra U. de Valparaíso (1996). Se rechaza recurso de amparo económico por estimarse que la recurrente no ha experimentado perjuicio que le dé derecho para ejercer la acción, como consecuen-

44 GJ 138 (1991), p. 59-63.

45 GJ 222 (1998), p. 50-59.

46 GJ 225 (1999), p. 31-35.

47 RDJ 89 (1992), p. 201-206.

48 FM 414 (1993), p. 210-223.

cia de la participación de la Universidad de Valparaíso en una propuesta pública efectuada por la Intendencia Regional para la confección de 5.100 afiches.<sup>49</sup>

- d) Chilexpress contra Correos de Chile (1997). Se declara inadmisibile y extemporáneo recurso de amparo económico. En este caso se impugnaba la realización de ciertos servicios ofrecidos por Correos de Chile que se encontrarían fuera de su objeto social (admisión, transporte y entrega de encomiendas).<sup>50</sup>
- e) Publicaciones Técnicas S.A. contra La Nación (1997). La empresa periodística recurrida se ha regido y se rige por sus estatutos, por las normas aplicables para la generalidad de las sociedades anónimas y otras disposiciones de derecho público, de suerte que las actividades de publicar y editar, por cualquier medio, se encuentran dentro del objeto social de dicha empresa y no vulneran el Art. 19 N° 21.<sup>51</sup>
- f) Confederación Nacional y Sindicatos de Empresas e Interempresas de Trabajadores del Transporte y otros contra Ministerio de Transporte, Metro S.A y otros (1998). No se observan actos ilegales en las actuaciones de Empresa Metro S.A. ni menos en los operadores del servicio de transporte público, llamados Servicios Metrobus, porque la empresa aludida está facultada expresamente para actuar en materia de transporte público de superficie, mediante buses, por una ley de quórum calificado (18.772), y en base a ella se suscriben convenios privados con los operadores, permitiéndoles el uso de las vías ya concesionadas, ruta cuyo trazado fija el Ministerio de Transporte.<sup>52</sup>
- g) Aguas Cordillera S.A. contra Emos S.A. (1998). No resulta apropiado ni establecido en autos, la tesis de la recurrente de no corresponderle a Emos S.A. los derechos de tratamiento de las aguas servidas del Gran Santiago.<sup>53</sup>

#### IV. Conclusiones

De lo señalado puede concluirse lo siguiente:

1. La Constitución Política de la República de 1980 establece una serie de principios y derechos en materia económica, a la vez que fija con precisión el rol del Estado, ya sea en materias que le son propias, regulatorias, redistributivas, fiscalizadoras y, excepcionalmente, productivas.

49 GJ 191 (1996), p. 53-55.

50 Rol 458-97.

51 GJ 208 (1997), p. 76-82.

52 Rol 3441-97.

53 Rol 935-98

2. Como consecuencia de lo anterior, el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República señala que para que el Estado pueda ser empresario se requiere de una ley de quórum calificado, sin perjuicio de las excepciones previstas en la propia carta fundamental. Ahora bien, autorizado el Estado para emprender actividades económicas, queda sujeto a la legislación común, tal como cualquier otro particular, teniendo por tanto el deber de actuar de manera eficiente en su gestión.
3. Así pues, el artículo 19 N° 21 establece una restricción en materia de actividad empresarial del Estado. Se trata de una norma propia del ordenamiento jurídico chileno, inspirada en el principio de la subsidiariedad. Dicho principio sólo tiene precedentes en el derecho constitucional irlandés y en las Encíclicas Papales; habiéndose incorporado, a su vez, en la carta fundamental peruana de 1993.
4. Finalmente, el derecho en cuestión se encuentra doblemente tutelado: a través del recurso de protección (art. 20 CPR) y del amparo económico (Ley 18.971), sin perjuicio de la eventual inconstitucionalidad de la que pudieran adolecer las leyes que infrinjan la aludida disposición.

### Abreviaturas Usadas

CE	:	Consejo de Estado
CENC	:	Comisión de Estudio de la Nueva Constitución
CEP	:	Centros de Estudios Públicos
CPR	:	Constitución Política de la República
ES	:	Estudios Sociales
GJ	:	Gaceta Jurídica
IP	:	Ius Publicum (U. Santo Tomás)
JDP	:	Jornadas de Derecho Público
RCHD	:	Revista Chilena de Derecho (U. Católica)
RDJ	:	Revista de Derecho y Jurisprudencia
RDP	:	Revista de Derecho Público (U. de Chile)
P	:	Política (Instituto de Ciencia Política, U. de Chile)
TD	:	Temas de Derecho (U. Gabriela Mistral)
UFT	:	Revista de Derecho de la U. Finis Terrae