

**LA EMPRESA PÚBLICA EN LA NUEVA
CONSTITUCIÓN CHILENA: ALGUNAS
REFLEXIONES CRÍTICAS**

SIMÓN GONZÁLEZ BARRIOS

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. BASES CONSTITUCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN Y CONSTITUCIÓN ECONÓMICA. 3. LA ACTIVIDAD FORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN. 4. LA EMPRESA PÚBLICA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980. 4.1. Empresas del Estado. 4.2. Sociedades del Estado. 4.3. Empresa pública municipal. 4.4. El rol de la jurisprudencia y la doctrina de los primeros años de vigencia de la Constitución en la instalación del modelo económico del constituyente autoritario. 5. LA EMPRESA PÚBLICA EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN: UN EJERCICIO PROSPECTIVO. 5.1. Cambio y continuidad. 5.2. Algunas definiciones para el nuevo texto fundamental. 5.2.1. Una Constitución económica de techo ideológico abierto. 5.2.2. Nueva conceptualización de la empresa pública. 5.2.3. Una regulación constitucional de mayor «maleabilidad». 5.2.4. La situación de los monopolios legales y naturales. 5.2.5. Reconceptualización de su rol: resignificación de la «eficiencia». 6. CONCLUSIONES.

Fecha recepción: 03.06.2021
Fecha aceptación: 19.10.2021

LA EMPRESA PÚBLICA EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN CHILENA: ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS¹

SIMÓN GONZÁLEZ BARRIOS²

Universidad de Chile

*«Patria, naciste de los leñadores,
de hijos sin bautizar, de carpinteros,
de los que dieron como un ave extraña
una gota de sangre voladora,
y hoy nacerás de nuevo duramente
desde donde el traidor y el carcelero
te creen para siempre sumergida.
Hoy nacerás del pueblo como entonces.»
{Pablo Neruda, Canto General, XIX.
América Insurrecta (1800)}*

1. INTRODUCCIÓN

Chile recuperó la democracia en 1990, cuando Patricio Aylwin se convierte en el primer Presidente de la República electo por voto popular, tras 17 años de dictadura cívico-militar, encabezada por Augusto Pinochet, iniciándose una fase de la historia chilena conocida como «transición a la democracia».

La dictadura está instalada y comienza a diseñar una transición hacia un régimen autoritario cívico-militar en 1977, cuando en un acto de estética fascista el dictador

¹ El autor desea expresar su mayor agradecimiento a los profesores Flavio Quezada, Rodrigo Pica y Francisco Zúñiga por los comentarios, observaciones y sugerencias que le formularan al borrador de este artículo. Este trabajo recoge parte de las investigaciones del autor para su tesis de pregrado, aún inédita, así como de documentos de trabajo preparados para el equipo constitucional de la precandidata Paula Narváez, habiéndose enriquecido de las discusiones dadas en el seno de dicho grupo.

² Egresado de Derecho y ayudante del Departamento de Derecho Público de Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Calle Pio Nono N° 1, Providencia, Santiago de Chile. Correo electrónico: simon.gonzalez@derecho.uchile.cl

Pinochet pronuncia su célebre discurso de cerro Chacarillas, en que plantea el «itinerario de la transición».³ En 1980, la Junta de Gobierno aprueba el decreto ley N° 3.464, autodenominado «Constitución Política de la República», sometiéndolo a plebiscito, en el que fue aprobado⁴, y promulgado el 21 de octubre de 1980, entrando a regir parcialmente el 11 de marzo de 1981.

El itinerario de la transición contemplaba un plebiscito en 1988 acerca de la continuidad de Pinochet en el poder, resultando derrotado de forma contundente tras una amplia y masiva movilización popular⁵, convocándose por tanto a elecciones generales en 1989, y pactándose entre los partidos de oficialismo y de oposición a la dictadura una serie de reformas a la Constitución, aprobadas por la vía de referéndum en dicho año, con amplio respaldo ciudadano (91,25% de los votos).⁶ Dicha reforma introdujo 54 modificaciones al Texto Constitucional, entre las que se destaca la derogación del art. 8°, que proscribía los partidos que adhirieran al pensamiento marxista, restringía la compatibilidad entre cargos gremiales y militancia en partidos políticos, bajaba de tres quintos a cuatro séptimos el quórum para modificar leyes orgánicas constitucionales, eliminaba el mecanismo de «doble legislatura»⁷ para reformas a ciertos capítulos de la Constitución, pero al precio de rigidizar aún más el texto constitucional, entre otras enmiendas que avanzaban en el establecimiento de un régimen plenamente democrático.

La Constitución de 1980 contemplaba una serie de controles o resguardos diseñados por la dictadura⁸ para perpetuar el modelo delineado por el constituyente autoritario y neoliberal, denominados genéricamente como «enclaves autoritarios institucionales»⁹, es decir «toda la normativa constitucional que confiere a órganos o instituciones no electas por la ciudadanía atribuciones o potestades tales que les permiten interferir, influir y, eventualmente, condicionar el ejercicio de las facultades o prerrogativas propias de las autoridades democráticamente electas»¹⁰; entre esos

³ Véase: PINOCHET UGARTE, A. (1977). *Discurso en Cerro Chacarillas, con ocasión del día de la juventud, Santiago, sin editor.*

⁴ La opción Sí a la nueva Constitución obtuvo el 65,71%, mientras el No obtuvo el 30,19%, de los votos emitidos. Dichos resultados son cuestionados por amplios sectores, debido a que el referéndum no contó con registros electorales, no hubo apoderados de mesa, no se permitieron casi actos de campaña a los sectores de oposición, entre otras graves irregularidades.

⁵ La opción Sí a la continuidad de Pinochet en la jefatura de Estado obtuvo el 44,01%, mientras el No logró el 55,99% de los votos.

⁶ Promulgadas mediante la Ley N° 18.825 de 1989.

⁷ La exigencia de que, modificaciones a ciertos capítulos de la Constitución, debían ser aprobadas por los integrantes de un periodo legislativo, y ratificadas por los integrantes electos para el siguiente periodo legislativo, petrificándose en consecuencia el texto constitucional.

⁸ GUERRERO BÉCAR, J. L. (2018). *La Constitución Económica Chilena, Santiago, Chile, Der Ediciones, p. 64.*

⁹ Término acuñado por el sociólogo MANUEL ANTONIO GARRETÓN, y de amplia utilización en la doctrina constitucional chilena.

¹⁰ FERNÁNDEZ FREDES, F. (2002) «La Constitución Chilena de 1980: enclaves autoritarios y cerrojos institucionales», en *Sistema representativo y democracia semidirecta, memoria del VII Congreso*

enclaves autoritarios se encontraba el Consejo de Seguridad Nacional, con integración mayoritariamente militar, la existencia de Senadores vitalicios y designados, la inmovilidad de los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, entre otros.

En ese sentido, durante la «transición», mediante los mencionados enclaves autoritarios, «se limitó el accionar político de los gobiernos democráticos [...] no obstante obtener mayorías relativas en las elecciones».¹¹

En materia económica, se advierte continuidad en los gobiernos democráticos con las medidas económicas que había llevado a cabo la dictadura en sus últimos años, fundada en la opción pragmática de mantener una lógica de crecimiento económico, atendido sus buenos resultados en términos de expectativas de los sectores empresariales, políticos y militares que habían negociado la transición. No se innovó en materia macroeconómica, salvo por matices durante el primer gobierno de Michelle Bachelet¹², y de forma más intensa durante su segundo gobierno.

Las políticas económicas han consolidado a Chile como un país con buenos indicadores de crecimiento, pero con problemas en materia de desigualdad. En ese sentido, «Chile se presenta como un país estable económicamente, con niveles de crecimiento relativamente importantes en la región y muy buenas cifras macroeconómicas, pero con problemas microeconómicos importantes, especialmente en desigualdad en la distribución del ingreso.»¹³

El desgaste del modelo político, social y económico trazado por el constituyente autoritario de 1980 empezó a evidenciarse con fuerza a partir de 2006, desde cuando se observa un auge de los movimientos sociales («revolución pingüina» de 2006, «movimiento estudiantil» de 2011, protestas por el fin del sistema previsional de las AFP en 2017, entre otras). El segundo gobierno de Michelle Bachelet, apoyado por la coalición de centro izquierda «Nueva Mayoría» buscó hacerse cargo de la desigualdad y de un incipiente malestar generalizado y de las demandas ciudadanas por transformaciones profundas al modelo, mediante una serie de reformas estructurales en educación, régimen tributario, régimen electoral, y la convocatoria a un proceso constituyente amplio, democrático y participativo, el cual fracasó por la oposición de los sectores de derecha a cambiar la Constitución Política, así como por el agotamiento de la energía política del gobierno de Bachelet, habiendo en dicho cuatrienio perdido apoyo entre las capas medias.

El ciclo de protestas, asociado a un creciente estado de malestar y anomia, llega a su punto culmine en el denominado «estallido social» de octubre de 2019, durante

Iberoamericano de Derecho Constitucional, Hugo Concha Cantú coord.. (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2002): p. 195.

¹¹ GUERRERO BÉCAR, J. L. (2018). *La Constitución Económica Chilena*, Santiago, Der Ediciones, p. 66.

¹² GUERRERO BÉCAR, J. L. (2018). *La Constitución Económica Chilena*, Santiago, Der Ediciones, p. 66.

¹³ GUERRERO BÉCAR, J. L. (2018). *La Constitución Económica Chilena*, Santiago, Chile, Der Ediciones, p. 78.

el segundo gobierno de Sebastián Piñera¹⁴. El movimiento social desató mediante las movilizaciones y protesta social el denominado «nudo gordiano»¹⁵ de la Constitución de 1980. La demanda por cambios profundos al modelo cristalizó en el «Acuerdo Por la Paz Social y la Nueva Constitución» del 15 de noviembre de 2019, en el que los principales partidos políticos con representación parlamentaria comprometieron sus votos para reformar la Constitución Política, entregando al pueblo soberano la posibilidad de desatar un proceso constituyente para dotar a Chile de una nueva Carta Fundamental. Dicha reforma se materializó en la Ley N° 21.200, de 2020, que reformó el capítulo XV de la Carta Fundamental, estableciendo un mecanismo para la adopción de un nuevo Texto Fundamental que derogará orgánicamente la Constitución de 1980.¹⁶ Con dicha derogación orgánica, se producirá a nuestro juicio una ruptura, entre el viejo subsistema normativo de la Constitución de 1980, alumbrándose un nuevo subsistema normativo.

Mediante un referéndum celebrado el 25 de octubre de 2020 se consultó a la ciudadanía respecto de la adopción de una nueva Constitución, triunfando la opción apruebo con el 78,28% de los votos, versus un 21,72% de la opción rechazo. También se consultó en dicho referéndum a la ciudadanía respecto del órgano que debiera redactar la nueva Constitución, imponiéndose la opción de una Convención Constitucional por sobre una Convención Mixta Constitucional¹⁷, con similares porcentajes que la primera votación

Por medio de reformas constitucionales posteriores, se establecieron mecanismos para garantizar la paridad de género en la conformación del órgano constituyente, así como promover la participación de independientes, al permitírseles conformar listas¹⁸, y se establecieron escaños reservados para los miembros de los pueblos originarios, así como para promover la inclusión de candidatos con discapacidades.¹⁹

¹⁴ Respecto de las causas, la gestación y las consecuencias del «estallido social» de octubre de 2019, es posible consultar abundante bibliografía desde las Ciencias Sociales. Véanse, entre otros: DE LA FUENTE, G. Y MLYNARZ, D. (2020) *El pueblo en movimiento. Del malestar al estallido*, Santiago, Editorial Catalonia; JOIGNANT, A., GARRETÓN, M., SOMMA, N. Y CAMPOS, T. (2020). *Informe Anual Observatorio de Conflictos 2020*. Santiago, Chile: COES. <https://coes.cl/publicaciones/informe-anual-del-observatorio-de-conflictos-2020/>; GARRETÓN, M. A. et al. (2016) *La gran ruptura. Institucionalidad política y actores sociales en el Chile del siglo XXI*, Santiago, LOM.

¹⁵ ZÚÑIGA URBINA, F. (2013) «Nueva Constitución y operación constituyente. Algunas notas acerca de la reforma constitucional y de la Asamblea Constituyente», *Estudios Constitucionales*, año 11, N° 1 <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v11n1/art14.pdf>

¹⁶ Se advierte similitud con la estrategia seguida para desarmar el andamiaje jurídico de la dictadura franquista, por medio de la Ley 1/77, de 4 de enero, para la reforma política, la última Ley Fundamental de dicho régimen.

¹⁷ La Convención Constitucional es una asamblea cuyo único propósito es la redacción de un texto constitucional, y en que la totalidad de sus integrantes sería electo por la ciudadanía, mientras en la Convención Mixta Constitucional la mitad de los integrantes sería electo, y la otra mitad provendría de los actuales integrantes del Congreso Nacional, escogidos entre sus pares.

¹⁸ Ley N° 21.226, de 2021.

¹⁹ Ley N° 21.298, de 2021.

Todo ello, por cierto, otorga al proceso constituyente chileno un sello propio y único en el mundo.

2. BASES CONSTITUCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN Y CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

Bajo la denominación de «bases constitucionales de la Administración» designamos al conjunto de normas y principios constitucionales que estructuran el aparato administrativo del Estado. Se encuentra conformado por normas orgánicas y normas de principio.

La 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 principio²⁰, cláusulas económico-sociales²¹ y normas operativas. El elemento principal que la Constitución Económica debe determinar es el mínimo constitucional que deben respetar los agentes económicos.²² Manuel García Pelayo, por su parte, la define como «[e]l 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»²³.

La Constitución económica debe abordar, al menos: el tipo o tipos de propiedad, las formas de relación entre los actores económicos del sistema, y la distribución de roles entre el Estado y los actores económicos de la sociedad (producción, inversión, distribución y consumo).²⁴

Francisco Zúñiga²⁵, estudiando la Constitución económica chilena, enuncia las siguientes aseveraciones:

- a) La Constitución económica se compone de una parte dogmática y una parte orgánica.²⁶

²⁰ Véase: CRISAFULLI, V. (1967). «Sobre la eficacia normativa de las disposiciones de principio en la Constitución» (trad. Mario Cerda Medina), *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, N° 7, 1967, p. 41.

²¹ ZÚÑIGA URBINA, F. (2009) «Constitución y “cláusulas económicas y sociales”. Algunas notas acerca de la operatividad de las normas constitucionales», *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de Derecho Constitucional* 21 (2009)

²² ZÚÑIGA URBINA, F. (2001). «Constitución económica y Estado empresario». *Revista de Derecho Público*, N° 63, p. 343.

²³ GARCÍA Pelayo, M. (1991). *Obras Completas*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 2857

²⁴ ZÚÑIGA URBINA, F. (2001). «Constitución económica y Estado empresario». *Revista de Derecho Público*, N° 63, p. 345.

²⁵ ZÚÑIGA URBINA, F. (2001). «Constitución económica y Estado empresario». *Revista de Derecho Público*, N° 63, p. 345-346.

²⁶ Recogiendo la tradicional distinción introducida por ADOLFO POSADA.

- b) Las normas iusfundamentales de la Constitución Económica son de diversa naturaleza, pero en última instancia son normas de competencia negativa o positiva.
- c) La Constitución Económica tiene un techo ideológico abierto en que confluyen la matriz de constitucionalismo liberal y la matriz del constitucionalismo social, fruto de las reformas de 1989 y 1991.²⁷
- d) La Constitución Económica posee garantías normativas y jurisdiccionales de envergadura, como el principio de reserva legal, garantía de contenido esencial, acción de protección, acción de amparo económico, contenciosos administrativo en materia de expropiación, acción de «nulidad de derecho público», y otras acciones constitucionales.
- e) El recurso (acción) de amparo económico cumple un rol axial, pues coloca en tensión el Estado empresario y la libertad económica del art. 19 N° 21 de la CPR.

La doctrina más conservadora, por su parte, plantea otra visión sobre el contenido del texto constitucional, afincándose muchas veces más en consideraciones doctrinarias que en los propios preceptos constitucionales. Arturo Fermandois, por ejemplo, plantea que el «orden público económico» se estructura en base a principios tales como la primacía del hombre y las autonomías sociales, subsidiariedad económica, interdicción de la arbitrariedad e igualdad y no discriminación en materia económica, propiedad privada, revisión judicial en materia económica, garantía de reserva legal de la regulación económica y política monetaria independiente y disciplina del gasto fiscal. Conceptualiza el «orden público económico» como un conjunto de principios (ya enunciados) y garantías, a saber: derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no se oponga a la moral, al orden público a la seguridad nacional; igualdad y no discriminación arbitraria que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica; libre accesibilidad a la propiedad de los bienes corporales e incorporeales; derecho de propiedad; igualdad, justicia y no afectación tributaria; y la intangibilidad de la esencia de los derechos y garantías constitucionales.

Respecto de la norma del art. 19 N° 21 de la Constitución, la entiende a diferencia de Francisco Zúñiga como una garantía con una faz positiva «derecho a desarrollar cualquier actividad económica» y negativa «derecho al Estado empresario subsidiario».²⁸

²⁷ Debemos agregar también la reforma de 2005 (promulgada mediante Ley N° 20.050).

²⁸ FERMANDOIS VÖHRINGER, A. (2002) *Derecho Constitucional Económico, tomo I, Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica*, especialmente pp. 85, 117 y 218.

3. LA ACTIVIDAD FORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN

José Luis Villar Ezcurra plantea que la actividad de la Administración hace referencia «a los cauces a través de los cuales se manifiestan las potestades que le atribuye el [o]rdenamiento jurídico y que asumen la forma externa de normas, actos o contratos»²⁹. El jurista proponía hace ya algunas décadas un esquema para estudiar la denominada «actividad material de la Administración»³⁰, mediante una trilogía de preguntas: cómo, cuándo y por qué actúa la Administración. Esas interrogantes dan lugar a los títulos, formas y técnicas de intervención administrativa.

Los títulos de intervención responden a la pregunta por «la justificación jurídica (es decir, el por qué) de la actividad administrativa»³¹; las formas de intervención designan a «los cauces a través de los cuales se manifiesta la intervención administrativa»³², buscando dar respuesta al cómo debe intervenir la Administración, encuadrando allí expresiones como policía, fomento, empresa pública o servicio público; y las técnicas de intervención complementan el concepto de formas de intervención, dado que dicho concepto alude a la finalidad, pero no prejuzga los medios que tiene a su alcance la Administración para lograr un determinado objetivo, toda vez que no existe correlación absoluta entre los fines y los medios empleados.

La propuesta de Villar Ezcurra es fruto de una larga evolución, que se origina en la doctrina de la separación de los poderes del Estado de Montesquieu, que lleva a la delimitación de una «actividad del Estado», y luego «actividad del Poder Ejecutivo». Posteriormente, se discutió por la doctrina la clasificación de las «actividades del Poder Ejecutivo» o más propiamente de las «actividades de la Administración». Al viejo Estado liberal burgués del siglo XIX le correspondió el desarrollo de la actividad de policía, núcleo central de la actividad administrativa. Con la crisis del Estado liberal o «Estado gendarme» en las postrimerías del siglo XIX, surge el «Estado providencia» o «de bienestar», en el que la actividad administrativa se amplía a la prestación directa de bienes y servicios. El concepto central de dicha teorización es el servicio público, «alrededor del cual gravita todo el derecho público moderno»³³.

²⁹ VILLAR EZCURRA, J. L. (1999). *Derecho Administrativo Especial. Administración pública y actividad de los particulares*, Madrid, España, Editorial Civitas, pp. 21 y ss.

³⁰ Sobre el concepto, BRIGITTE LEAL indica que «la actividad de la Administración es entendida como la serie de mecanismos o cauces por medio de los cuales sus potestades se manifiestan, con la finalidad de dar fiel cumplimiento a los objetivos propios de la comunidad, cuya protección y defensa corresponden al Estado. La actividad de la Administración tiene como finalidad esencial satisfacer necesidades públicas, las cuales varían constantemente a lo largo del tiempo. El cumplimiento de estas finalidades explica por qué ella actúa en los más diversos aspectos de la ordenación de la vida en sociedad». Véase: LEAL VÁSQUEZ, B. (2015) «La potestad de inspección de la Administración del Estado», *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N° 56, p. 24.

³¹ VILLAR EZCURRA, J. L. (1999). *Derecho Administrativo Especial. Administración pública y actividad de los particulares*, Madrid, España, Editorial Civitas, p. 24.

³² VILLAR EZCURRA, J. L. (1999). *Derecho Administrativo Especial. Administración pública y actividad de los particulares*, Madrid, España, Editorial Civitas, p. 24.

³³ Cfr. DUGUIT, L. (1928) *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, Fontemoing & Cie. Éditeurs, p. 59.

Posteriormente, autores integran ambas visiones, distinguiendo entre actividad policial y actividad de servicio público.

Una tercera actividad administrativa es aislada teóricamente a mediados del siglo XX, la actividad de fomento, siendo crucial en su consolidación en el derecho en lengua hispana el trabajo de Luis Jordana de Pozas.³⁴

Finalmente, se admitiría una cuarta categoría de intervención administrativa: la gestión económica, que se desprende y diferencia del servicio público, y que tiene su origen en la «empresa pública» de los países hispanoamericanos y en el «establecimiento público de carácter industrial y comercial» francés, entre otras entidades administrativas históricas que proliferaron en el periodo de la posguerra.

4. LA EMPRESA PÚBLICA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980

El constituyente autoritario chileno de 1980 trata a la empresa pública desde el recelo y la desconfianza. Ello, porque la Constitución económica actualmente vigente se construye en oposición al desarrollo del constitucionalismo social durante la vigencia de la Constitución de 1925.

La principal norma que da soporte a la regulación constitucional de la empresa pública (también denominado «estatuto del Estado empresario») es el art. 19 N° 21 de la CPR, norma que no ha sido modificada desde su inclusión en el decreto ley N° 3464, de 1980 (autodenominado «Constitución Política de la República»).

En cuanto a sus orígenes, los encuentra en una exposición del Fiscal del Banco Central, Roberto Guerrero, en una sesión de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución («Comisión Ortúzar» o «CENC»), quien planteó que la creación de servicios o empresas públicas, así como la participación del Estado en la gestión de empresas, ya sea en forma mayoritaria o minoritaria, debían ser autorizadas por ley.³⁵ Durante el debate se adicionó que dicha autorización legal debía ser de quórum calificado.³⁶ Durante la revisión de la norma en el Consejo de Estado, el tema fue debatido, y por petición de Gabriel González Videla se modificó la exigencia de ley de quórum calificado por ley de quórum simple. González Videla planteó en una minuta que «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 adecuada [...] no se puede aceptar sensatamente que dentro de las estructuras democráticas, se impida al Presidente de la República optar por el

³⁴ JORDANA DE POZAS, L. (1949) «Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo», *Revista de Estudios Políticos*, N°48.

³⁵ NAVARRO BELTRÁN, E. (2016). *La Constitución Económica chilena ante los Tribunales de Justicia*, Santiago, ediciones Universidad Finis Terrae, p. 66.

³⁶ NAVARRO BELTRÁN, E. (2016). *La Constitución Económica chilena ante los Tribunales de Justicia*, Santiago, ediciones Universidad Finis Terrae, pp. 68-69.

modelo de política económica que corresponde a sus convicciones»³⁷. Sin embargo, pese a que el Consejo de Estado modificó el proyecto de la CENC, la Junta de Gobierno volvió al texto original elaborado por la CENC, que es la redacción que presenta actualmente la norma en comentario.³⁸

Una reconstrucción dogmática de la norma del art. 19° N°21 puede optar por una interpretación «originalista» del precepto, o bien, por una visión sistémica.

Francisco Zúñiga³⁹, diseccionando el art. 19 N°21 CPR, extrae las siguientes premisas: (a) La norma precitada no prohíbe al Estado desarrollar actividades económicas-empresariales o participar en ellas, sino que lo somete a una habilitación o autorización legal. Atendido el elevado quórum, la determinación de la actividad empresarial del Estado y sus organismos requiere de un consenso de fuerzas políticas, y del concurso del Presidente de la República y el Congreso Nacional; (b) la actividad empresarial del Estado y sus organismos por regla general debe regirse por las normas aplicables a los particulares, se aleja la posibilidad de privilegio del Estado empresario y se transforma a la empresa estatal en una auténtica empresa, debiendo competir en el mercado con empresas privadas; (c) si bien se admiten excepciones al régimen general de derecho común, deben obedecer a motivos justificados establecidos por ley de quórum calificado, pudiendo haber privilegios o cargas para las empresas estatales. Es posible extraer, además que el Estado empresario (empresas públicas y empresas privadas del Estado) se someten al principio de legalidad, y requieren para desarrollar actividades empresariales o participar en ellas de ley de quórum calificado autorizatorio general o especial, que el Estado empresario carece de privilegios, con excepción de los monopolios naturales y legales en que aún existen empresas del Estado.⁴⁰

José Luis Guerrero plantea que la regulación de la actividad empresarial del Estado (también llamado «estatuto del Estado empresario»), recogido en la norma que analizamos, ha experimentado una evolución en cuanto a su formulación constitucional. En un inicio, y sobre la base de los antecedentes constitucionales, se entendía sin mayores dudas reconocido el denominado «principio de subsidiariedad económica en la actuación del Estado», pero en etapas más recientes se ha intensificado la discusión «en torno a si el estatuto del Estado empresario debe entenderse solo como reglas constitucionales formales de mera habilitación, o bien, que cuenta con un contenido material que debe ser revisado al momento de la habilitación. Esto es, que en él está presente el principio de subsidiariedad, por lo que no bastaría el cumplimiento de los

³⁷ Consejo de Estado. Acta de la Sesión N°65 de 13 de marzo de 1979. En: ARANCIBIA MATTAR, J., BRAHM GARCÍA, E. e IRARRÁZAVAL GOMIEN, A., editores, (2008). *Actas del Consejo de Estado en Chile (1976-1990), tomo I*, Santiago, ediciones Centro de Estudios Bicentenario, p. 386.

³⁸ NAVARRO BELTRÁN, E. (2016). *La Constitución Económica chilena ante los Tribunales de Justicia*, Santiago, ediciones Universidad Finis Terrae, pp.69-71.

³⁹ ZÚÑIGA URBINA, F. (2001). «Constitución económica y Estado empresario». *Revista de Derecho Público*, N° 63, p. 353.

⁴⁰ ZÚÑIGA URBINA, F. (2001). «Constitución económica y Estado empresario». *Revista de Derecho Público*, N° 63, pp. 360-361.

requisitos formales si, en definitiva, la ley habilitante no observa el cumplimiento del principio de subsidiariedad.»⁴¹

Agrega que la discusión doctrinaria puede ser resumida en dos posturas o visiones, por un lado «históricos o tradicionalistas», quienes sostienen que el principio de subsidiariedad se encuentra implícito en el estatuto del Estado empresario, constituyendo la actuación del Estado en materiales empresariales una excepción⁴²; por otro lado, un sector de la doctrina desconoce o, al menos, cuestiona la presencia del principio de subsidiariedad en el art. 19 N°21 CPR.⁴³ Dicha postura plantea que la disposición analizada solo contempla un mecanismo de habilitación legal para la actuación empresarial del Estado, siendo la regla que el Estado puede intervenir en actividades empresariales, requiriendo sólo de una ley habilitante, que en este caso específico es de quórum calificado. No habría una norma de contenido material en el art. 19 N°21 CPR.

En cuanto al desarrollo legislativo infraconstitucional, advertimos la ausencia de legislación orgánica sobre la materia. Ante la ausencia de dicha legislación orgánica, debemos preliminarmente precisar que cada empresa del Estado creada por Ley cuenta con su estatuto propio. En cambio, tratándose de las llamadas «sociedades del Estado» o «empresas privadas del Estado», se rigen por las normas pertinentes de derecho privado, de acuerdo a la forma de constitución, aunque con algunas excepciones en que se rige por normas de derecho público, como por ejemplo en materia de control.

La Ley N° 18.575⁴⁴ Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE) contempla en su artículo primero, inciso segundo, a las empresas públicas creadas por ley como parte integrante de la Administración del Estado, pero en su artículo 21, inciso segundo, las excluye de las disposiciones del Título II de dicho cuerpo normativo.

Respecto de las «sociedades del Estado», el artículo 6° del citado cuerpo legal las sitúa fuera de la Administración del Estado.

Así las cosas, advertimos que existen dos marcos normativos diferenciados, tratándose por un lado de las empresas del Estado, y por otro de las empresas privadas del Estado o sociedades del Estado.

⁴¹ GUERRERO BÉCAR, J. L. (2018). *La Constitución Económica Chilena, Santiago, Chile, Der Ediciones*, pp. 333-334.

⁴² Adscriben a dicha línea doctrinaria José Luis Cea Egaña, Eugenio Evans de la Cuadra, Germán Urzúa Valenzuela, entre otros. Véase: GUERRERO BÉCAR, J. L. (2018). *La Constitución Económica Chilena, Santiago, Chile, Der Ediciones*, p. 334.

⁴³ Adhieren a esta visión doctrinaria Rodrigo Vallejo Garretón, Diego Pardow Lorenzo, Christian Viera Álvarez, Jaime Bassa Mercado, Juan Carlos Ferrada Bórquez, Patricio Masbernat Muñoz, José Tomás Hurtado Contreras y Francisco Zúñiga Urbina, entre otros. Véase: GUERRERO BÉCAR, J. L. (2018). *La Constitución Económica Chilena, Santiago, Chile, Der Ediciones*, pp. 335-336.

⁴⁴ Cuyo texto fue refundido, coordinado y sistematizado por el DFL N° 1, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 13 de diciembre de 2000.

4.1. *Empresas del Estado*

Las empresas del Estado corresponden a aquellas empresas públicas creadas por ley. No hay una definición constitucional ni legal de esta clase de entidades administrativas, existiendo solo definiciones y conceptualizaciones doctrinarias y jurisprudenciales.

Pedro Pierry, tempranamente, planteaba lo dificultoso que resulta delimitar la actividad empresarial de las instituciones públicas, ya que éstas desarrollan lo que en doctrina (de época) se denomina actividad de servicio público, pudiendo existir colisión entre actividades que revisten tanto el carácter de servicio público como el de empresariales.⁴⁵

Beatriz von Loebenstein⁴⁶, asumiendo la dificultad teórica de definir estos órganos de la Administración, enumera las siguientes características:

- i) Son entidades creadas por ley.
- ii) Tienen personalidad jurídica de derecho público propia y patrimonio propio.
- iii) Forman parte de la Administración del Estado.
- iv) Se trata de entidades autónomas, pero sujetas a la supervigilancia de la Administración.
- v) Se encuentran sometidas al principio de legalidad y de probidad administrativa, así como al control por parte de la Cámara de Diputados, la Contraloría General de la República y el Consejo para la Transparencia.

4.2. *Sociedades del Estado*

Respecto de las sociedades del Estado, por su parte, ni el constituyente autoritario ni el legislador entregan una definición de esta clase de entidades. El inciso segundo del art. 19 N° 21 de la CPR se limita a señalar que «[e]l Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza», al tiempo que el art. 6° de la LOCBGAE señala que «[e]l Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser un quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales» precisando que «[l]as entidades a que se refiere el inciso anterior no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas.»

⁴⁵ PIERRY ARRAU, P. (1985). «Algunos aspectos de la actividad empresarial del Estado», *Revista de Derecho Público*, N° 37-38, pp. 222-223.

⁴⁶ VON LOEBENSTEIN WEIL, B. (2018) *Empresas Públicas, sus características, naturaleza jurídica, marco normativo, régimen jurídico y su vinculación con la Administración del Estado*, Santiago, Chile: Editorial Hammurabi, pp. 33-35.

Patricio Latorre, por su parte, define a las sociedades del Estado como «aquellas [sociedades] en que participa un órgano de la Administración del Estado, facultado por una ley de quórum calificado para desarrollar actividades empresariales»⁴⁷.

Pierry⁴⁸ las clasifica en:

- i) Instituciones creadas por ley, o normada su creación por ley, conforme al derecho privado.
Cita los ejemplos de la empresa Telex Chile Comunicaciones Telegráficas S.A. (DFL 10 de 1981), de las sociedades anónimas portuarias (Ley N° 18.042, hoy derogada), y de la Línea Aérea Nacional S.A. (Ley N° 18.400).
- ii) Empresas creadas para desarrollar actividades que anteriormente tenían a su cargo empresas del Estado de derecho público, sin intervención legislativa.
Ejemplifica con el caso de la Refinería de Petróleo Concón Ltda., luego Refinería de Petróleo Concón S.A.
- iii) Habilitación genérica a instituciones del Estado para constituir o formar parte de instituciones empresariales.
Señala que es el caso del artículo 9° de la Ley N° 18.297, sustituido por la Ley N° 18.416, que dispone en su letra j como función del consejo de ENAER «constituir y formar parte de sociedades públicas o privadas, ya sean nacionales o extranjeras con acuerdo del Consejo», aunque dicha norma fue derogada en 1992.
- iv) Situación especial producida con ocasión de la adquisición de acciones de la Empresa Chilena de Electricidad por parte de instituciones del Estado. Dicha situación se produjo por aplicación de los arts. 75 y siguientes del DFL N° 1 de 1982, del Ministerio de Minería, sobre servicios eléctricos, permitiendo el reembolso de ciertos servicios mediante aportes financieros, entre los que se encuentran acciones. En la práctica, la Empresa Chilena de Electricidad reembolsó a diversas instituciones del Estado a través de acciones aceptadas por dichas instituciones. Contraloría General de la República, por medio de sendos dictámenes, ha sostenido que las Municipalidades pueden aceptar dichas acciones, provenientes de concesionarias de servicios eléctricos de carácter estatal o de economía mixta, siendo improcedente respecto de concesionarios privados, en línea con lo dispuesto en el art. 55 del DL N° 1289.

⁴⁷ LATORRE VIVAR, P. (2008). «Las sociedades estatales en el ordenamiento jurídico chileno: naturaleza, límites y control de sus actividades», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 30, p. 223.

⁴⁸ PIERRY ARRAU, P. (1985). «Algunos aspectos de la actividad empresarial del Estado», *Revista de Derecho Público*, N° 37-38, pp. 224-231.

- v) Facultad otorgada con anterioridad a la Constitución Política de 1980. Esta hipótesis planteada por Pierry se afincaba en el artículo 3° del decreto ley N° 1056, de 1975, el que permitía a las instituciones del sector público hacer aportes de capital a sociedades o empresas previa autorización del Ministerio de Hacienda, sosteniéndose el debate respecto a la derogación tácita o no del precepto, al tenor del art. 19 N° 21 de la Carta Fundamental.
- vi) Con autorización legislativa y facultad amplia. Refiere a la hipótesis de que el legislador «autorice al Estado para desarrollar actividades empresariales», siendo una autorización genérica.

Patricio Latorre, en cuanto a las características de estas entidades, plantea que se trata de empresas que no son creadas directamente por una ley, sino en virtud de una autorización que el legislador hace a otra empresa del Estado, para crear una nueva entidad empresarial, la que se caracterizará por constituirse, organizarse y funcionar de acuerdo a las disposiciones del derecho común, rigiendo las normas de derecho público sólo respecto de materias específicas vinculadas principalmente al control de sus actos, principalmente en cuanto al manejo financiero de los mismos.⁴⁹

Beatriz von Loebenstein, por su parte, identifica las siguientes características comunes a estas entidades⁵⁰:

- i) No son creadas por ley. Son creadas conforme a las reglas del derecho común, al ser personas jurídicas de derecho privado, no obstante la participación y representación de un órgano de la Administración requiere de una ley que lo autorice.
- ii) Tienen personalidad jurídica de derecho privado, rigiéndose por las normas de derecho privado en cuanto a su formación y al desempeño de su giro.
- iii) No forman parte de la Administración del Estado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1° de la LOCBGAE, aunque esta afirmación no es pacífica en la doctrina.
- iv) No existiría una absoluta sujeción a los principios de legalidad y probidad administrativa, al tratarse de sociedades con personalidad jurídica de derecho privado, que se rigen por el derecho común. Lo anterior, sin perjuicio de los controles que puedan existir.

⁴⁹ LATORRE VIVAR, P. (2008). «Las sociedades estatales en el ordenamiento jurídico chileno: naturaleza, límites y control de sus actividades», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N°30, pp. 225-226.

⁵⁰ VON LOEBENSTEIN WEIL, B. (2018) *Empresas Públicas, sus características, naturaleza jurídica, marco normativo, régimen jurídico y su vinculación con la Administración del Estado*, Santiago, Chile: Editorial Hammurabi, pp. 37-38.

- v) Las sociedades del Estado pueden ser creadas por el Estado o existir previamente en el mundo privado. En el primer caso, el Estado crea filiales de empresas públicas, o bien, crea sociedades como continuadoras de algún servicio público. En el segundo caso, el Estado compra o adquiere acciones de alguna empresa privada

4.3. Empresa pública municipal

La Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades (LOCM) preceptúa en su artículo 11 que «[l]as municipalidades podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado las autoriza.»

Se trata de una norma que replica la disposición constitucional del inciso segundo del art. 19 N°21 de la CPR. Debido a que el precepto transcrito distingue entre «desarrollar actividades empresariales» o «participar en ellas», podría sostenerse, mutatis mutandis, la existencia de una «empresa pública municipal» y una «empresa privada de la Municipalidad», o una «sociedad de la Municipalidad».

Esta forma de actividad empresarial pública es escasa en Chile. Uno de los pocos ejemplos lo constituye la Empresa Metropolitana de Disposición y Tratamiento de Basuras Limitada (EMERES Ltda.), constituida el 25 de agosto de 1986 por catorce Municipalidades de la Región Metropolitana, por medio de la suscripción de una escritura pública autorizada por la notaría pública Gloria Acharán Toledo. Las Municipalidades procedieron de conformidad a la Resolución N° 27, de 14 de abril de 1986, del Ministerio del Interior, dictada en virtud del N° 21 del artículo 19 de la Constitución Política que faculta al Estado y a sus organismos para desarrollar actividades empresariales, previa autorización dada por ley de quórum calificado, y considerando que los artículos 55 y 56 del decreto ley N° 1289, de 1975, Ley Orgánica de Municipios y Administración Comunal, permitían la creación de empresas municipales o intermunicipales para atender necesidades imprescindibles que no pudieran ser satisfechas por particulares, previa autorización del Presidente de la República, quien podría delegar su facultad en el Ministro del Interior o en el Intendente Regional respectivo.⁵¹

Pese a la derogación de dicho decreto ley, y su reemplazo por la Ley N° 18.695, la Contraloría General de la República ha dictaminado que EMERES ha podido continuar funcionando como empresa municipal, toda vez que fue constituida válidamente al alero de una «ley de quórum calificado ficta», al amparo de la disposición transitoria quinta de la Constitución de 1980 (DL 3464 de 1980).⁵²

⁵¹ CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE (1998). *Informe de la Comisión Especial Investigadora de la administración que hace la Empresa Metropolitana de Residuos Sólidos (Emeres) del vertedero ubicado en el Fundo Lepanto, en la comuna de San Bernardo, y otras materias afines, creada por acuerdo de la Cámara de Diputados, adoptado el 15 de octubre de 1997, Valparaíso, Chile: Cámara de Diputados de Chile, 1998, pp. 4-5.* <https://www.bcn.cl/laborparlamentaria/wsgi/consulta/verParticipacion.py?idParticipacion=1351615&idPersona=2574&idDocumento=666244&idAkn=entityE6ZN2ZF6>

⁵² Dictámenes de la Contraloría General de la República de Chile N° 20.176, de 5 de julio de 1995 y N°17.917 de 10 de junio de 1997.

EMERES fue creada como sociedad comercial de responsabilidad limitada, regida por las disposiciones del título sexto del DL N°1289, de 1975, por los respectivos reglamentos municipales que se dicten o se hayan dictado al efecto, por las disposiciones de la Ley N° 3.918; por las normas del Código Civil y del Código de Comercio, y en especial por las estipulaciones de su contrato constitutivo. De acuerdo a la escritura de constitución de la empresa:

«(...) el objeto de la sociedad es la administración y operación por cuenta de los socios, de cualesquiera de los lugares que estos actualmente tengan u ocupen o en el futuro establezcan, dentro del Área Metropolitana, destinados a la disposición final de basuras y de todo tipo de desperdicio, a través de la ejecución de obras de relleno sanitario y todas aquellas otras que fueren necesarias; al tratamiento, comercialización e industrialización de esos productos y, en general, la realización de cualquier otro negocio relacionado, directa o indirectamente, con los anteriores y que los socios acuerden dentro del ámbito de la competencia municipal.»⁵³

4.4. *El rol de la jurisprudencia y la doctrina de los primeros años de vigencia de la Constitución en la instalación del modelo económico del constituyente autoritario*

A nuestro juicio, y examinando críticamente el rol desempeñado por la doctrina y la jurisprudencia en el periodo de «instalación» de la Carta autoritaria-neoliberal de 1980, podemos señalar que el ejercicio interpretativo —y muchas veces incluso creativo— respecto del texto del decreto ley N° 3464, desempeñó un rol crucial en el asentamiento de las ideas económicas de la dictadura cívico-militar. Un ejemplo elocuente de ello es el denominado «principio de subsidiariedad», el cual no obstante no figurar en forma expresa en el texto constitucional, constituiría —a juicio de la doctrina más conservadora— el núcleo de la Constitución económica.⁵⁴

La actividad interpretativa de la «Constitución» de 1980 durante su primera década de vigencia fue particularmente sesgada; por parte de la jurisprudencia, debido al excesivo servilismo y adhesión, así como el compromiso ideológico de buena parte de la judicatura con el proyecto refundacional autoritario (y que se expresa desde el propio 11 de septiembre de 1973, en que el Presidente de la Corte Suprema Enrique Urrutia Manzano declaró su «íntima complacencia» por el golpe de Estado, siendo respaldado por el pleno de Ministros de 13 de septiembre del mismo año⁵⁵); como por

⁵³ Escritura pública de fecha 25 de agosto de 1986, suscrita ante la Notaría Pública Gloria Acharán Toledo.

⁵⁴ De hecho, la positivización del citado principio fue objeto de debate en el seno de la Comisión Ortúzar, a propuesta del comisionado Guzmán, siendo rechazada por dicho órgano asesor. Véase la intervención del profesor WILLIAM GARCÍA en: VV.AA. (2015) *Una gran conversación por Chile. Proceso constituyente y nueva Constitución política*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, <http://www.derecho.uchile.cl/dam/jcr:553c2785-5902-4ae0-813c-17dc9e7ad300/propuestas-constitucionales-uchile-2015compressed-1.pdf>

⁵⁵ Véase: PALMA GONZÁLEZ, E. (1998) «Sobre la intervención del Poder Judicial en Chile luego del 11 de septiembre de 1973», *Jueces para la democracia*, N°32, p. 89-92.

parte de la doctrina, debido a la desaparición prácticamente del constitucionalismo social, producto de la intervención de las universidades y los centros de pensamiento tras el golpe de Estado, reapareciendo un constitucionalismo democrático, teórica y metodológicamente influidos por el institucionalismo francés de la «revolución Duverger», a fines de la década con la fundación del Grupo de Estudios Constitucionales (Grupo de los 24) el 21 de julio de 1978. En las universidades, intervenidas o «cautivas» durante el régimen autoritario, el constitucionalismo está ausente a pesar de que en 1976 se reanudan en la Universidad Católica de Valparaíso las VII jornadas chilenas de derecho público, siendo un buen botón de muestra de los “tiempos de silencio” la unilateral orientación temática y la restringida gama de autores recogidos en la Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile.⁵⁶

Así las cosas, advertimos tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia, un horizonte ideológico acotado, cuya mayor énfasis está puesto en acotar y restringir todo espacio en donde el Estado pueda desarrollar actividad económica, con un dogmatismo no visto en otras latitudes.

El interés y preocupación de los ideólogos de la Constitución económica de 1980 y sus herederos, por una interpretación adecuada a sus fines de las disposiciones, aparece nítidamente en autores como Arturo Fermandois, quien expresa

«{...} la comprensión adecuada del estatuto constitucional del Estado-Empresario es una prioridad conceptual para cualquier gobernante, legislador, juez servidor público o empresario privado. De la interpretación que éstos agentes hagan del inciso segundo del numeral 21 del artículo 19 del Código Político dependerá la liberación de una sana energía económica creadora privada, fuente de espacios de progreso y libertad, coexistiendo con una atenta y excepcional intervención subsidiaria. O bien, en el otro extremo, de una asfixiante presencia estatal desincentivadora del empuje económico privado, con libertades individuales decrecientes en un marco de tendencias a la ineficiencia, corrupción y pobreza {...} en la actualidad se ha llegado a un consenso en cuanto a que las direcciones de la intervención estatal y sus bondades o maldades son las dos reseñadas»⁵⁷

Dicha visión doctrinaria, que otorga un carácter cuasi-metafísico a la actividad empresarial privada, encontró amplia recepción en la jurisprudencia durante la dictadura cívico-militar, proyectándose a la transición a la democracia, tanto en el Tribunal Constitucional⁵⁸, como en la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones⁵⁹.

⁵⁶ ZÚÑIGA URBINA, F. (2014). «Nueva Constitución y constitucionalismo en el bicentenario», *Revista de Derecho Público*, N° 76. <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/35373>

⁵⁷ FERMANDOIS VÖHRINGER, A. (2002) *Derecho Constitucional Económico, tomo I, Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica*, pp. 218-219

⁵⁸ Véase, a modo ejemplar, las Sentencias del Tribunal Constitucional de Chile Rol N°467, que en su considerando 14° precisa la consagración del principio de subsidiariedad en el art. 1° de la Constitución; o Rol N° 143, sobre excepcionalidad del Estado para desarrollar actividad empresarial (cons. 5°)

⁵⁹ Véase: Caso «Mersa S.A. con Subsecretaría de Pesca y Alcalde de Santiago» (rol N°2798-95, de 4 de julio de 1995) o en «Asociación Gremial de Impresores de Chile con Empresa de Correos de Chile» (sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, confirmada por la Corte Suprema el 16 de diciembre de 1998, rol N° 4068-98).

Adicionalmente, podemos mencionar otras teorizaciones jurisprudenciales y doctrinarias como el denominado «principio de especialidad de las empresas públicas» o «especialidad del giro empresarial del Estado», que busca evitar el «desborde del Estado empresario», es decir, la incursión de entes empresariales públicos «en actividades que no les son propias», como ocurre en el conocido caso del «correo híbrido».⁶⁰

5. LA EMPRESA PÚBLICA EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN: UN EJERCICIO PROSPECTIVO

5.1. *Cambio y continuidad*

Pellegrino Rossi indicaba que el Derecho Constitucional correspondía a las «cabezas de capítulo» del Derecho Administrativo⁶¹. Otto Mayer, por su parte, señaló que «el Derecho Constitucional pasa, pero el Derecho Administrativo permanece»⁶². Estas dos frases arrojan luz sobre el proceso jurídico legislativo y político que sobrevendrá a partir de la entrada en vigencia de la nueva Carta Fundamental.

Por un lado, tendremos continuidad del ordenamiento administrativo. Continuidad de órganos, reglamentos, circulares y modos de proceder de los funcionarios públicos, pero, por otro lado, el Derecho Constitucional reordenará la estructura administrativa del país; muchas normas se volverán sobrevenidamente inconstitucionales⁶³, otras muchas serán dictadas, debiendo completarse los capítulos del diseño del constituyente de 2022 con normas administrativas *ad hoc*. Habrá una permanente tensión dialéctica entre continuidad y cambio en el nuevo Chile.

En ese escenario de tensión, entre el nuevo orden constitucional como subsistema de normas, y el subsistema conformado por las leyes fundamentales de la Administración, las leyes orgánicas sectoriales y los reglamentos y otras normas de rango infralegal, las bases constitucionales de la Administración y la Constitución Económica, a que hemos hecho referencia, jugarán un rol orientador crucial en la nueva Administración, siendo de resorte de los órganos legislativos y ejecutivos constituidos el interpretar el texto constitucional, e ir amoldando la nueva institucionalidad a las definiciones a que se arribe en la Carta Política.

⁶⁰ Caso Asociación Gremial de Impresores de Chile con Empresa de Correos de Chile, sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago N° 3817-98, de 27 de noviembre de 1998, confirmada por sentencia rol N° 4068-98, de 16 de diciembre de 1998, de la Corte Suprema de Chile.

⁶¹ MARIENHOFF, M. S. (1982). *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Teoría General*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982, tercera edición actualizada, p. 162.

⁶² «*Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht*», en el prólogo de la tercera edición de su obra *Deutsches Verwaltungsrecht* (1923). Véase: PAREJO, L. (1983) *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*. Madrid, Editorial Civitas S.A., pp. 21-22.

⁶³ Véase: DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M. (1990). *La derogación de las leyes*, Madrid, Editorial Civitas, S. A., p. 285 y ss.

Asimismo, tanto el trabajo interpretativo de la jurisprudencia como de la doctrina revisten la mayor relevancia, como vimos en el capítulo precedente, en la configuración del nuevo orden económico.

5.2. *Algunas definiciones para el nuevo texto fundamental*

Entre las decisiones fundamentales que debe abordar el nuevo texto constitucional se encuentran la definición del tipo de Estado, su forma política y las cláusulas económico-sociales, los principios fundamentales del nuevo Estado, procedimiento de elaboración de la ley, instituciones u órganos supremos (una Jefatura de Estado, una Jefatura de Gobierno, Parlamento, Tribunales, etc.), un catálogo de derechos, garantías y deberes constitucionales.

De la revisión de las diversas propuestas constitucionales de los principales partidos chilenos⁶⁴, advertimos convergencia entre los partidos de izquierda y de centro en la consagración de una cláusula de «Estado social y democrático de derecho», fórmula similar a las presentes en constituciones como la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) alemana de 1949 (art. 20), la Constitución de la V República francesa de 1958 (art. 1º), la Constitución española de 1978 (art. 1º), la Constitución colombiana de 1991 (art. 1º), la Constitución boliviana de 2009 (art. 1º), entre otras. La inclusión de esta cláusula no es casual ni antojadiza, sino fruto de largos procesos de reflexión y diálogo, que se inician con el trabajo del «Grupo de los 24» durante los difíciles años de la dictadura, y que se proyecta durante toda la transición, adquiriendo mayor fuerza a la par que se fortalecían los movimientos sociales (con hitos relevantes, como la campaña «Marca AC» de 2013, el programa presidencial de Michelle Bachelet en 2013, y el lanzamiento de un proceso amplio y participativa para debatir contenidos constitucionales durante dicho cuatrienio.⁶⁵

⁶⁴ Véanse, entre otras: ZÚÑIGA URBINA, F. y PEROTI DÍAZ, F., coordinadores (2020). *Bases y fundamentos de una propuesta constitucional progresista*, Santiago, Convergencia Progresista, p. 17 y ss. <https://institutoigualdad.cl/2020/11/26/bases-y-fundamentos-de-una-propuesta-constitucional-progresista/>; COMISIÓN TÉCNICA CONSTITUCIONAL DEL PARTIDO DEMÓCRATA CRISTIANO (2021) *Bases constitucionales de la DC para la nueva Constitución*, Santiago, PDC, pp. 11-12. <https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2021/01/Bases-Constitucionales-de-la-DC-para-la-Nueva-Constitucion%CC%81n-2021.pdf>; REVOLUCIÓN DEMOCRÁTICA (2021) *Programa Convencionales Constituyentes*, Santiago, Revolución Democrática, p. 11. <https://revoluciondemocratica.cl/programa-constituyente-rd/>. Con matices y ambigüedad, véase: HORIZONTAL (2020). *Evolución Constitucional. Bases conceptuales y propuestas para pensar la nueva Constitución*, Santiago, Horizontal, p. 34. <https://www.horizontalchile.cl/wp-content/uploads/2020/10/ECV3.pdf>

⁶⁵ La referencia a la cláusula de Estado social y democrático de derecho, se encuentra presente en múltiples trabajos académicos de la década de 2010. Véanse, por ejemplo: VV.AA. (2014) *Nueva Constitución y momento constituyente*, Santiago, Editorial Thomson Reuters; VV.AA. (2015) *Una gran conversación por Chile. Proceso constituyente y nueva Constitución política*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, <http://www.derecho.uchile.cl/dam/jcr:553c2785-5902-4ae0-813c-17dc9e7ad300/propuestas-constitucionales-uchile-2015compressed-1.pdf>, VV.AA. (2015). *Propuestas para una nueva Constitución*

5.2.1. Una Constitución económica de techo ideológico abierto

A nuestro juicio, debido a que la nueva Carta Fundamental será el producto de la convergencia de visiones político ideológicas diversas sobre la sociedad y el Estado, que debiera cuajar en soluciones de compromiso que aborden aquellos aspectos centrales de la configuración del Estado, su interpretación posterior debiese efectuarse con un horizonte ideológico abierto, que reúna en una norma las diversas perspectivas ideológicas que resulten representadas en el seno de la Convención Constitucional, alejándose de lo que ha sido la interpretación de la actual Carta Fundamental por la doctrina más conservadora, desde una visión interpretativa acotada, como si el Texto Fundamental recogiera tan sólo la visión de un sector político, siendo una «planificación global» de la realidad, y no el resultado de una evolución política.

Así, en suma, se debe tratar de un texto que no busque constreñir la acción gubernamental, sino conducirla y encauzarla, de acuerdo con los valores fundamentales que se consagren, pero dejando espacio a la necesaria acción política para la implementación de planes y programas en un momento y tiempo histórico determinado.

5.2.2. Nueva conceptualización de la empresa pública

Bajo el nuevo esquema constitucional, creemos que debe consagrarse una nueva conceptualización de la empresa pública, siguiendo en líneas generales la propuesta teórica de José Luis Villar Ezcurra.

En primer lugar, planteamos que el concepto «empresa pública» es de naturaleza dual; designando por un lado una forma de intervención administrativa, y por otro, una técnica de intervención administrativa propia tanto del servicio público, como de la empresa pública.

En tanto forma de intervención administrativa, la empresa pública constituye la prestación directa de servicios o la producción de bienes, sin que éstos constituyan actividad de servicio público. El servicio público, por su parte, constituye la garantía de la prestación de servicios mínimos, de forma regular y continua, por parte de la Administración a la población del Estado, satisfaciendo necesidades colectivas.

Como técnica de intervención, entendiendo la técnica de intervención como los medios concretos (jurídicos y materiales), la empresa pública opera tanto en el campo del servicio público (por ejemplo, a través de una empresa de generación y distribución eléctrica), como en el campo de la empresa pública (por ejemplo, una empresa pública de producción de naipes). El servicio público puede valerse de otras técnicas de intervención para llevar a cabo su cometido, como, por ejemplo, la concesión administrativa.

(originada en democracia). Instituto Igualdad, Friedrich Ebert Stiftung y Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; en el proyecto de reforma constitucional iniciado por mensaje 407-365 de la Presidenta Michelle Bachelet (boletín N° 11.617-07, de 2018); entre otras.

Bajo ese nuevo esquema, se requiere la dictación posterior de leyes orgánicas de desarrollo constitucional, que consagren normas y principios comunes para la actividad empresarial pública, en materias tales como control, gobierno corporativo, probidad y transparencia, participación de los trabajadores, responsabilidad ambiental, entre otros.

5.2.3. Una regulación constitucional de mayor «maleabilidad»

Proponemos una regulación constitucional dúctil, bajo las siguientes premisas: (i) reducir el quórum de habilitación legal para que el Estado pueda desarrollar actividad empresarial o participar de ellas; (ii) la actividad empresarial de servicio público se regirá por normas de derecho público, pudiendo ser objeto de regulación especial, pudiendo soportar cargas o bien gozar de privilegios, mientras que (iii) la actividad empresarial que no revista ese carácter se regirá por el derecho común, requiriéndose de habilitación legal expresa para sustraerla de dicho régimen jurídico; (iv) no debe consagrarse el denominado «principio de subsidiariedad», sino reconocerse la posibilidad de que tanto los particulares como el Estado pueden participar de la actividad económica, en el caso del Estado, previa habilitación legal, no siendo dicha norma de carácter «material», sino exclusivamente formal.

5.2.4. La situación de los monopolios legales y naturales

Queda un último aspecto de relevancia, y es el que dice relación con los denominados monopolios legales y naturales.

Tratándose de esa particular situación, en la que se produce una profunda asimetría entre oferentes y consumidores, es en donde se justifica con mayor fuerza la intervención administrativa. Proponemos que, en el caso de los que revistan el carácter de servicio público, corresponda su explotación y gestión directa a las Administraciones, tanto en el nivel central, como en el regional o municipal. En ese sentido, consideramos que no se ha desarrollado adecuadamente la figura de la empresa pública municipal, para la gestión de servicios públicos, planteamos que allí debiese ponerse mayor énfasis, por la cercanía que el municipio representa hacia la comunidad, a fin de explotar todas las potencialidades que esa forma de gestión presenta.

Excepcionalmente, creemos que puede existir colaboración público-privada en la explotación de ciertos monopolios naturales o legales, pero que ella requiere de habilitación legal expresa, y siempre bajo condiciones que permitan al Estado mantener el adecuado control de la actividad.

Tratándose de las denominadas «reservas estratégicas» de ciertos recursos naturales (hidrocarburos líquidos o gaseosos, sustancias mineras, aguas superficiales, etc.), debiese restringirse el actual régimen de concesiones, especialmente en el caso de las aguas.

5.2.5. Reconceptualización de su rol: resignificación de la «eficiencia»

Finalmente, proponemos una resignificación del concepto de «eficiencia empresarial» respecto de las empresas públicas, añadiendo a la evaluación de las utilidades reportadas por una empresa pública, el cumplimiento de otros fines de interés general, como puede ser la conectividad e integración de determinadas áreas del territorio o comunidades, la innovación o experimentación de modelos de gestión, el aporte al desarrollo social y al empleo de determinadas localidades, entre otras funciones.

Así, la «empresa eficiente» no sólo debe corresponder a aquella que logra maximizar utilidades, sino la que responde adecuadamente a los fines para las cuales la ha creado el legislador o el órgano ejecutivo correspondiente.

A modo ejemplar, un ramal ferroviario de propiedad estatal puede operar con «números rojos», pero ser altamente eficiente en cuanto a propender a la integración de poblaciones de sectores rurales aislados.

Lo anterior, como corolario de una concepción general, en la que el Estado eficaz es aquel que lleva adelante transformaciones sociales capaces de erradicar las desigualdades, dando cumplimiento a los principios y directrices que la Constitución establece.⁶⁶

6. CONCLUSIONES

De lo expuesto en este trabajo, podemos concluir:

1. El actual esquema institucional de la empresa pública es fruto del diseño del constituyente autoritario-neoliberal de 1980, sin modificaciones estructurales posteriores durante los gobiernos democráticos, aunque con la salvedad de que durante el ciclo de reformas de esa Carta Fundamental se han introducido principios de constitucionalismo social. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria han hecho, en general, *tabula rasa* con dichos principios, interpretando la Constitución sin considerarla como un cuerpo dinámico, sino como un proyecto político-ideológico «petrificado».
2. En ese sentido, un sector de la doctrina y la jurisprudencia, de matriz conservador y neoliberal, ha desempeñado un importante rol a la hora de extender y preservar, más que el texto de la Constitución, el proyecto ideológico subyacente a ella, y que se expresa en teorizaciones como el principio de subsidiariedad, que no obstante no haber sido consagrado en forma expresa en el decreto ley N° 3464, es considerado como uno de los núcleos del «orden público económico», y la conceptualización del art. 19 N° 21 de la Consti-

⁶⁶ Cfr. PAREJO, L. (1983) *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*. Madrid, Editorial Civitas S.A., p. 121-122.

tución no como una norma de mera habilitación competencial, sino como una norma de contenido material, incluso con rango de «principios fundamentales».

3. Lo anterior, ha operado en la práctica para restringir la agencia política de los diferentes gobiernos desde 1990 a la fecha, imponiéndose una visión ideológica sesgada y extrema, ya sea mediante los elevados quórum legales y de reforma constitucional, como de la utilización del Tribunal Constitucional como «artefacto ortopédico», que ha permitido soslayar mayorías políticas y sociales que han demandado cambios al modelo de crecimiento y desarrollo.
4. Si bien bajo el actual diseño económico institucional se ha producido en general crecimiento y estabilidad económica, se ha mantenido una estructura de profundas desigualdades, con una preocupante concentración de la riqueza, lo que ha afectado al sistema democrático, generándose profundo malestar en la sociedad chilena, lo que condujo (junto a otros factores) al «estallido social» de octubre de 2019.
5. El estatuto del Estado empresario se encuentra conformado, a nuestro juicio, por la Constitución económica, y por las leyes orgánicas de la Administración, pero principalmente por las leyes propias de cada ente empresarial público.
6. En particular, en el desarrollo legislativo infraconstitucional se advierte la ausencia de legislación orgánica adecuada, habiendo construido la doctrina y la jurisprudencia la taxonomía y principios del Estado empresario, en particular el distingo entre empresas públicas creadas por ley, sociedades del Estado, empresas públicas municipales y sociedades municipales, sin reconocimiento expreso en la legislación ni en la propia Carta Fundamental a dichas categorías.
7. Advertimos una confusión en la doctrina entre el servicio público y la empresa pública, no estando plenamente delimitados ambos conceptos.
8. Desde una mirada o enfoque prospectivo o *pro futuro*, proponemos integrar una comprensión del nuevo texto constitucional con un techo ideológico abierto, que albergue diferentes visiones de la sociedad y de la economía, bajo el concepto de un Estado social y democrático de derecho. Ello, a fin de encauzar el debate en el periodo que denominamos de «cambio y continuidad», de igual o mayor relevancia incluso que el periodo de redacción del nuevo Texto Fundamental.
9. Bajo ese esquema conceptual, proponemos el establecimiento de un estatuto orgánico del Estado empresario a través de una ley general, que recoja la

perspectiva taxonómica que propone el profesor José Luis Villar Ezcurra, y las diversas clasificaciones de la empresa pública que alumbre el nuevo Texto Constitucional.

10. Asimismo, creemos en una nueva concepción de la empresa pública como una herramienta al servicio de las finalidades que se atribuirán al Estado en la futura nueva Constitución chilena, la que debería ser promulgada durante el año 2022, en el que su «eficiencia» quede delimitada no sólo por las utilidades económicas que sea capaz de generar, sino también por su contribución a realizar transformaciones sociales que permitan superar o atenuar las desigualdades, haciendo realidad los principios y aspiraciones que se plasmen en la nueva Carta Fundamental.
11. En esa línea, deben removerse todas las trabas para una decidida acción e intervención del Estado en el campo económico, permitiendo su participación cuando así sea necesario para el interés general, y no sólo cuando no hay agentes privados interesados en desarrollar la actividad económica, por ejemplo, para introducir mayor competencia en mercados altamente concentrados, con fallas de mercado de difícil regulación, así como para fortalecer la recaudación fiscal, con ingresos estables, entre otros objetivos que pudieran proponerse, y a los que el Estado empresario pudiese contribuir.
12. En suma, la Carta Fundamental no debe erigirse en un «muro o parapeto» de los grandes grupos empresariales, sino consagrar principios generales, y entregar al desarrollo legislativo, a la deliberación política y a las mayorías sociales, la decisión sobre cuánto Estado y cuánto mercado debe haber en el sistema económico, con el dinamismo necesario para enfrentar los diversos desafíos históricos y coyunturales que depare el futuro.

Title:

The Public Administration on The New Chilean Constitution: Public Enterprise as a pretext

Summary:

1. INTRODUCTION. 2. CONSTITUTIONAL BASES OF THE PUBLIC ADMINISTRATION AND ECONOMIC CONSTITUTION. 3. THE FORMAL ACTIVITY OF THE PUBLIC ADMINISTRATION. 4. THE PUBLIC ENTERPRISE IN THE 1980'S CONSTITUTION. 4.1. State enterprises. 4.2. State societies. 4.3. Municipal public enterprises. 4.4. The role of jurisprudence and doctrine of the first years of legal validity of the Constitution in the installation of the economic model of the authoritarian constituent. 5. THE PUBLIC ENTERPRISE IN THE NEW CONSTITUTION: A PROSPECTIVE EXERCISE. 5.1. Change and continuity. 5.2. Some definitions for the new Fundamental Law. 5.2.1. An economic Constitution with an open ideological ceiling. 5.2.2. New conceptualization of the public enterprise. 5.2.3. A constitutional regulation of greater «malleability». 5.2.4. The situation of legal and natural monopolies. 5.2.5. Reconceptualization of its role: resignification of «efficiency». 6. CONCLUSION.

Resumen:

El estatuto de la empresa pública en el actual ordenamiento jurídico chileno presenta una fisonomía propia y característica del modelo autoritario y neoliberal diseñado por el constituyente de 1980 y que subsiste hasta hoy, en líneas generales, en el derecho público chileno.

En este trabajo revisaremos sucintamente sus principales características, y esbozaremos prospectivamente como debiese configurarse en la nueva Constitución Política, desde el horizonte de un Estado social y democrático de derecho.

Analizaremos también el periodo de “continuidad y cambio” que sobrevendrá a la entrada en vigor del nuevo Texto Fundamental, periodo en el que la adecuada interpretación por parte del legislador democrático y de la propia Administración, así como de la doctrina y la jurisprudencia, resulta crucial para que opere una transformación del diseño institucional trazado por la dictadura cívico-militar, que obedezca a la decisión del constituyente democrático por establecer un nuevo Estado, fundado en nuevos valores fundamentales.

Abstract:

The public enterprise's Statute during the current Chilean Legal System, presents its own physiognomy and characteristics of an authoritarian and neoliberal model designed by the 1980's constitution, that continues

to be until these days, in general terms, on The Chilean's Public Law System.

On this project, we will briefly review its main characteristics, and we may also outline prospectively how it should be configured in the new Constitution, from the horizon of a social and democratic state of law.

We will also analyze the period of "Continuity and Change" that will occur when the new Fundamental Law comes into force, a period in which a proper interpretation by the democratic legislator, and the Administration itself, as well as the doctrine and the jurisprudence, results crucial for a transformation of the actual institutional design outlined by the civic-military dictatorship, it has to take place and obey to the decisions of the Democratic Constituent, in order to establish a new State, based on new fundamental values.

Palabras clave:

empresa pública; Constitución Política de Chile; Constitución económica; Estado empresario.

Key words:

public enterprise; Chilean Constitution; Economic Constitution; Entrepreneurial State.

