



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público

El Principio de Igualdad de trato en materia económica: Las empresas del Estado frente a los regímenes concursales

Memoria para optar al grado académico de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Rafael Felipe Fuentealba Soto

Profesora Guía: Ana María García Barzelatto

2021

Santiago, Chile

Agradecimientos:

A Irene, mi abuela, por dejarme como última tarea la finalización de esta Memoria.

A mis padres y a mis amigos, por la compañía y el apoyo permanente.

A la profesora Ana María García Barzelatto, por su disposición y entrega a la academia.

Índice

INTRODUCCIÓN	5
Capítulo I: Artículo 19 N° 21 CPR como marco constitucional de la actividad económica del Estado	6
1.1 El Orden Público Económico	6
1.2 El inciso primero del Art. 19 N°21.....	9
1.3 El inciso segundo del Art. 19 N°21	10
1.4 Clasificación del Art. 19N° 21 CPR y su relevancia.....	12
1.5 El Principio de Subsidiariedad y su relevancia en el presente estudio	15
1.6 Subsidiariedad: Faz positiva y negativa.....	16
1.7 La visión <i>tradicional</i> del Principio de Subsidiariedad: la relevancia de la dimensión negativa.....	18
1.8 La visión crítica y sus aportes al entendimiento del Principio de Subsidiariedad: más allá de la visión tradicional.....	21
1.9 La corriente <i>neotradicional</i> y el Principio de Subsidiariedad: la sociología de los indignados.....	27
1.10) Correlación con el Principio de Igualdad	29
Capítulo II: La evolución de la regulación concursal respecto al Fisco, y en específico a las empresas del Estado	37
2.1 Regulación histórica de los regímenes concursales.....	37
2.2 Antigua Ley de Quiebras 18.175	38
2.3 Las empresas estatales y su marco jurídico: análisis somero.....	42
2.4 Actual Ley de Insolvencia y Reemprendimiento: Ley 20.720	46
Capítulo III: Análisis de la regulación a la luz del principio de igualdad y del marco constitucional vigente.....	53
3.1 La regulación actual y su ajuste al principio de igualdad	53
3.2 La regulación actual y su ajuste al Art. 19 N°21 de la Constitución	57
3.3 Casos de implicancia práctica: la diversidad de emprendimientos estatales, sus diferentes naturalezas jurídicas y su necesidad para el bienestar social.....	62
Capítulo IV: Empresas del Estado y relación con el objetivo de bienestar.....	84
4.1 Las fallas de mercado como causa de la actividad empresarial del Estado	84
4.2 Concebido el Estado Empresario como un catalizador del mercado, ¿Y la insolvencia?	89
4.3 Un análisis legislativo previo para determinar la calidad de sujeto pasivo en un procedimiento concursal.....	91

INTRODUCCIÓN

La investigación que desarrollamos a continuación tiene como objetivo analizar la situación jurídica de las Empresas del Estado, con un enfoque específico en su regulación concursal a lo largo del tiempo. Para eso, transitamos por un análisis somero de los tópicos más importantes del ordenamiento constitucional económico: orden público económico, subsidiariedad y principio de igualdad. También se desglosa el contenido del Artículo 19 N°21 de nuestra Constitución Política para delimitar el marco normativo de la presente investigación, así como los alcances que le ha dado la jurisprudencia al contenido del derecho consagrado en el artículo. En cada uno de esos acápites se realiza un ejercicio metodológico que permite extraer conclusiones para acercarse de forma crítica al aspecto específico de la regulación concursal y su trato a las Empresas Estatales. Luego, pretendemos describir resumidamente la historia de las regulaciones concursales en Chile, la relevancia del sujeto pasivo en el juicio de quiebra, y en paralelo las características jurídicas que ha adquirido la faceta empresaria del Estado chileno. De esta manera, buscamos sustentar nuestra postura respecto a la situación de las empresas del Estado en la normativa concursal actual en observancia al Principio de Igualdad. La problemática identificada se puede resumir en la falta de claridad respecto al estatuto jurídico aplicable a una Empresa del Estado que se enfrente a un estado de insolvencia. Con ese diagnóstico, la etapa final de la investigación propone formas de determinar la aplicación de estatutos concursales a los emprendimientos estatales.

Capítulo I: Artículo 19 N° 21 CPR como marco constitucional de la actividad económica del Estado

1.1 El Orden Público Económico

El marco general en el que se enmarca la presente investigación está íntimamente ligado al concepto de Orden Público Económico, concepto respecto al cual es menester aclarar que su contenido no es neutro.

A modo de aporte al análisis, hemos de consignar dos definiciones que otorgan claridad respecto al OPE, con la prevención ya realizada respecto a los diferentes causes que puede tomar un concepto que generalmente se colmará con aspiraciones políticas y valóricas.

Una primera definición de utilidad la entrega el profesor Víctor Avilés, que conceptualiza el OPE como:

“la recta ordenación de los diferentes elementos sociales en su dimensión económica – públicos y privados – que integran la comunidad, de la manera que esta última estime valiosa para la obtención de su mejor desempeño en la satisfacción de las necesidades materiales del hombre”¹.

En términos similares, Arturo Fermandois define el OPE como:

“el adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad, que permita a todos los agentes económicos, en la mayor medida posible y en un marco subsidiario, el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana”²

Hemos elegido dichas definiciones porque han sido elaboradas a partir de lo que la CPR de 1980 estatuye como marco de OPE para nuestro ordenamiento jurídico, y, por lo tanto, prestan utilidad al análisis que pretende este trabajo respecto a la

¹ AVILÉS H. Víctor. “Orden Público Económico y Derecho Penal”, Ed. Jurídica Conosur, 1998. p. 218.

² FERNANDOIS V., Arturo. Arturo. “Derecho Constitucional Económico”, Tomo I, Ed. Universidad Católica de Chile. p. 58.

normativa de la actividad empresarial del Estado. Adicionalmente, estas definiciones presentan al OPE como un concepto que comprende la actividad del constituyente, el legislador, los órganos constitucionales autónomos y el Poder Judicial. Así, dota de la completitud necesaria a un concepto que ha sido restringido, por algunos autores, a la sola “actividad de la autoridad”.³

De las definiciones aportadas se pueden aventurar ciertas conclusiones: parece ser que la cuestión central del OPE como concepto se enlaza con un problema que acá definimos como *relacional*. En efecto, en las definiciones transcritas se torna trascendental la descripción del aspecto relacional de los elementos de *naturaleza económica*, lo cual parece apuntar a los sujetos que desarrollarán dichas actividades económicas. De hecho, es llamativo que sea dicho aspecto el más relevante en desmedro a la satisfacción de las necesidades económicas propiamente tales, o de la escasez como problema económico paradigmático.

Así, las voces *ordenación* y *modo de relación* dan cuenta, a nuestro entender, que el OPE es un concepto que pretende ser una directriz constitucional que contenga principios dirigidos a regular la iniciativa y participación de los sujetos – públicos o privados – en la actividad económica.

Nuestra intención no es criticar estas definiciones por darle un rol trascendente a este aspecto que hemos llamado *relacional*. De partida, porque dichas conceptualizaciones derivan de un contexto constitucional, son la descripción de lo que nuestra carta fundamental entiende por OPE. Y, en segundo lugar, porque probablemente describir el aspecto relacional de los elementos de *naturaleza económica* es precisamente la manera de abordar, concretamente, las soluciones a esas necesidades económicas y a la escasez como fenómeno económico.

Ahora bien, autores relevantes del constitucionalismo nacional han aportado definiciones que hacen hincapié en otro aspecto que también parece tener trascendencia a la hora de desentrañar el contenido del OPE como directriz constitucional.

³ FERNANDOIS V., Arturo. “El Orden Público Económico bajo la Constitución de 1980”, en Revista Ius Publicum N°4, 2000. p. 65.

Así, Olga Feliú define la finalidad del OPE como:

“la de garantizar los derechos de las personas para emprender actividades económicas, limitar la acción del Estado sobre la base del principio de subsidiariedad, entregar sólo al legislador la regulación de esta materia y reconocer y amparar los grupos intermedios de la sociedad.”⁴

Para Teodoro Ribera, el OPE tiene

“principios y valores en que se funda, entre los que cabe mencionar el bien común, la subsidiariedad, la igualdad, la libertad y la justicia tributaria, entre otros”⁵,

y en la misma línea, Enrique Alcalde sostiene que el genuino significado del OPE apunta

“en la dirección de proteger a los propios administrados antes que limitar su autonomía”.⁶

Entendemos que las definiciones anotadas, sin abandonar el aspecto *relacional* ya analizado, apuntan con mayor vehemencia a la *libertad* y *autonomía* del sujeto particular. Plantean que el OPE como directriz constitucional otorga un velo de protección a la iniciativa particular en materia económica y resguarda la autonomía de éstos en la toma de decisiones que digan relación con ejercer su libertad de emprender.

Corresponde entonces anotar dos conclusiones respecto al OPE en este acápite: por una parte, el OPE no agota su contenido en reglar la actividad estatal respecto a la actividad económica y cumplir un rol limitador para con el particular, noción que ya ha sido superada. Por otra parte, los ejes que sostienen hoy en día el concepto de OPE como directriz constitucional son la descripción de un *aspecto relacional* y la protección a la *libertad* y *autonomía* del particular en materia económica.

⁴ FELIÚ S., Olga. “El ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopolios”, Revista Actualidad Jurídica N°1, Universidad del Desarrollo, p. 74.

⁵ RIBERA N., Teodoro. “La Potestad Tributaria del Estado”, en Revista de Derecho Público N°62, 2000. p. 22.

⁶ ALCALDE R., Enrique. “Persona humana, autonomía privada y orden público económico”, en Revista Actualidad Jurídica N°4, 2001. p. 90.

Respecto a la primera conclusión, permite disipar la aparente contradicción entre la literalidad del término Orden Público Económico y su fin último como directriz constitucional. En efecto, la noción Orden Público en otras áreas del Derecho generalmente implica la postergación o supresión de la autonomía de la voluntad en aras de un interés público superior, que resguarda diversos valores jurídicos relevantes. El OPE entendido contemporáneamente implica la promoción de la autonomía de la voluntad, y no su supresión. Implica, en definitiva, la superación del concepto *dirigista* sugerido por Ripert en sus inicios como jurista⁷ y Farjat, como bien destaca el profesor Femandois.

En tanto, la segunda conclusión anotada la entendemos como una vinculación intrínseca de los dos ejes que el concepto de OPE sustenta hoy: el *aspecto relacional* es precisamente el mecanismo que debe propender a los objetivos constitucionales de protección a la *libertad y autonomía* del particular en materia económica, al menos bajo el tenor de nuestra actual Carta Fundamental y sus lineamientos en materia de sistema económico. Adicionalmente, esta conexión entre ambos aspectos, que hemos identificado a partir de diversas definiciones, serán necesarias para entender el problema que se plantea nuestro trabajo respecto a la actividad empresarial del Estado y el principio de igualdad.

1.2 El inciso primero del Art. 19 N°21

El Art. 19 N°21 mandata, en su primer inciso, “*el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.*” Esta conceptualización amplia, respecto al Derecho a la libre iniciativa económica, es uno de los pilares de nuestro Estado de Derecho y otorga el marco constitucional necesario para la economía de libre mercado que el Constituyente de 1980 ha deseado para nuestro sistema económico.

⁷ A mayor abundamiento véase FERMANDOIS V., Arturo. “Ripert y su influencia en el concepto de Orden Público Económico: auge y caída de una visión dirigista”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 32 N°1, 2005. p. 13, sobre el cambio de paradigma de Ripert respecto al OPE.

Estamos, en efecto, ante lo que Ferrajoli denomina “garantías primarias de prohibición”, en tanto

“constituyen la prohibición de lesión de los derechos fundamentales que deben respetar y asegurar los demás, sea el Estado o terceros públicos o privados”⁸.

Implica, en definitiva, la entera protección de nuestra carta fundamental a la libre iniciativa económica del particular, estatuida como regla generalísima de acción respecto a la actividad económica que se desarrolle en el seno de nuestra República, con excepcionales limitaciones de matriz constitucional, y sujeta a la Ley como toda actividad que desee desarrollarse en un Estado democrático de Derecho.

En la misma línea, Usen describe la regla de derecho contenida en el inciso primero del Art. 19 N°21 de la siguiente forma:

“la regla del inciso primero del artículo 19 N° 21 es una norma iusfundamental: el derecho, que la Constitución asegura a todas las personas, a desarrollar cualquier actividad económica lícita”⁹

Dicho mandato es el que asienta la base constitucional conforme a la cual la actividad económica debe desarrollarse en el marco de la limpia y libre competencia. Precisamente dicho marco es el que enlaza esta expresión de libertad con el principio de igualdad que nuestra CPR reconoce en toda su extensión, y específicamente en su primer artículo, principio que más adelante abordaremos.

1.3 El inciso segundo del Art. 19 N°21

En tanto, el segundo inciso del precepto en estudio plantea “*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*

⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Teoría y dogmática de los Derechos Fundamentales”. p. 101.

⁹ USEN VICENCIO, Alejandro. “El Estado Empresario”, en Revista de Derechos Fundamentales - Universidad Viña del Mar - N° 7 (2012). p. 129.

excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”.

Para Usen, la regla de derecho contenida en el inciso segundo del Art. 19 N°21 se describe de la siguiente manera:

“la regla del inciso segundo del mismo artículo, es una regla de derecho de contenido competencial y orgánica, que opera como cláusula de habilitación a la actividad estatal empresarial, siempre y cuando se encuadre en los márgenes estrictos –del punto de vista de los requisitos habilitantes– que la propia disposición establece”¹⁰

Este inciso contiene la regulación del Estado empresario a nivel constitucional, e implica imponer un piso especial de expresión de voluntad del legislador para justificar la actuación estatal en la actividad económica como:

“organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad determinada. Es decir, la empresa ha sido concebida como la coordinación de ciertos elementos orientada a la obtención de finalidades de variada índole y que posee una personalidad propia, caracterizándose fundamentalmente por la independencia e iniciativa para la consecución de los fines productivos o de servicio que le son propios”¹¹.

Nos parece relevante anotar una definición de empresa aportada por el máximo tribunal, conscientes de la dificultad que ha generado contornear el concepto en cuestión, por la multiplicidad de sus rasgos y por las diversas realidades que son representadas hoy en día por el término *empresa*.

La definición acompañada resulta interesante pues destaca los elementos que a nuestro juicio diferencian la actividad empresarial del Estado de su actividad de gobierno. Por una parte, la referencia a la organización de los medios personales, materiales e inmateriales plantea un primer punto de diferenciación, respecto a una actividad de gobierno en la que dicha tarea dice relación con la administración

¹⁰ *Ibíd*em, p. 129.

¹¹ CORTE SUPREMA, “Ramos con Escandón”, ROL N°6370-2005, 17 de abril de 2007.

de un organismo público, con organización y fines determinados por Ley. Asimismo, la individualidad determinada que requiere la actividad empresarial se aleja del concepto unitario que prima en la actividad de gobierno, que reconocemos intuitivamente en la idea de Fisco. Por último, la independencia e iniciativa que la actividad empresarial reclama para la consecución de sus fines no es tal en la actividad de gobierno, en donde su actuar se desarrolla en primer término conforme a un mandato de la ciudadanía, y con un fuerte ordenamiento jerárquico en torno al desarrollo de las políticas públicas, siempre con sujeción a la Ley administrativa.

En términos más específicos, huelga consignar la interesante prevención que realiza Álvaro Ortúzar Santa María respecto a las consecuencias jurídicas que tiene el inciso segundo del Art.19 N° 21 de la CPR, en especial considerando los postulados de la visión *tradicional* del Principio de Subsidiariedad que más adelante abordaremos.

Para el autor,

“la Constitución no señala en ninguna parte que la ley de quórum calificado que autorice al Estado para desarrollar o participar en actividades económicas o empresariales deba circunscribirse a aquellas en las que no exista interés privado por establecerse”.¹²

Con esta delimitación de lo que entendemos por actividad empresarial del Estado y su contraposición a actividad de gobierno, el análisis del inciso segundo del Art. 19 N°21 nos lleva a clasificar esta garantía que se nos presenta en forma de limitación a la actividad del Estado empresario.

1.4 Clasificación del Art. 19N° 21 CPR y su relevancia

Hemos de aportar un par de desarrollos doctrinarios enfocados en desentrañar la naturaleza de la norma en análisis, y así, tener a la vista más elementos que

¹² ORTÚZAR SANTA MARÍA, Álvaro. “El Estado empresario: convidado de piedra”, en “20 años de la Constitución chilena 1981-2001”, Editorial Jurídica ConoSur, 2001. Pp. 359-369. p. 366.

permitan analizar las implicancias del Art. 19 N° 21 de la CPR en la carencia regulatoria que justifica esta investigación.

Dentro de la clasificación que el profesor Nogueira realiza en su obra “Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales”, debemos ubicar este precepto como una “*garantía específica interna*”, dentro de las cuales se encuentran las “*garantías normativas*”.

Las garantías normativas se definen como aquellas que

“hacen referencia al principio de legalidad en sentido amplio, concentrando su significado en los derechos fundamentales, regulando su desarrollo y aplicación, como su reforma.”¹³

Para Nogueira, una de las fórmulas que contiene una *garantía normativa* en nuestro ordenamiento constitucional es la imposición de quórum calificado de Ley. En efecto, el inciso en estudio encuadra en este tipo de garantía normativa en tanto impone un *quórum agravado* para que el legislador permita la intromisión del Estado en la actividad empresarial. Así, se resguarda mediante esta garantía el derecho fundamental consagrado en el inciso primero al libre emprendimiento en materia económica de los particulares.

Habiendo analizado los incisos del artículo en comento, hemos de acompañar otra clasificación relevante que deseamos traer a colación, y es la que realiza el profesor Ruiz-Tagle con los objetivos que traza Gabriel Amunátegui, aplicados al Art. 19 N°21 de la CPR. Así, la disposición en cuestión cumpliría con los tres objetivos que Amunátegui identifica en la consagración de los derechos individuales:

- Consagra una garantía constitucional de naturaleza jurisdiccional ya que mantiene el régimen de acciones vigentes, es decir, permite recurrir a los tribunales mediante la acción de protección, el recurso de amparo económico y las solicitudes de inaplicabilidad.

¹³ PECES-BARBA, Gregorio. “Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General”. p 505.

- Constituye una forma de limitar la acción tanto de las personas (inciso primero) como del Estado (inciso segundo) en el desarrollo y participación de actividades empresariales.
- Ambos incisos asumen un carácter regulativo, pues remiten la acción de las personas y el Estado a conceptos abiertos (*el orden público, la moral y la seguridad nacional*) y a conceptos jurídicos precisos y diferenciados (*normas legales que la regulen y Ley de quórum calificado* en el caso del actuar del Estado)

Pretendemos aclarar que esta conceptualización del artículo en cuestión no importa sólo para clasificaciones académicas, sino que puede traer claridad a la hora de enfrentarnos al problema que aborda este trabajo y en general a la hora de aplicarlo como marco constitucional.

Respecto al Art. 19 N°21 de la CPR debemos remarcar su estructura compleja, tal como lo enuncia el profesor Ruiz-Tagle a la hora de aplicar las clasificaciones de Jellinek al precepto:

“Pensar que el Art. 19 N°21 como simplemente un derecho negativo de abstención o una forma de derecho subjetivo que tiene exclusivamente una forma defensiva es no entender completamente esta norma constitucional. Esta forma de comprender el Art. 19 N°21 tiene consecuencias desde un punto de vista de las prestaciones que pueden exigirse a las personas, al Estado y respecto de los órganos que ejercen funciones ejecutivas, legislativas y judiciales cuando les exigimos que den cumplimiento a la norma antes citada”¹⁴

Hemos realizado en los párrafos precedentes un estudio del Artículo 19 N°21 de la CPR, superficial por lo demás, pero necesario para encuadrar el análisis venidero con conocimientos y categorizaciones claras a fin de utilizarlo como lineamiento constitucional de trascendencia a la hora de evaluar la actividad empresarial del Estado y su relación con los regímenes concursales. Con las categorizaciones aportadas por Nogueira, Amunátegui y Ruiz-Tagle pretendemos sentar una base de trabajo que delimite el contenido normativo del precepto en estudio.

¹⁴ RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. “Principios Constitucionales del Estado Empresario”, en Revista de Derecho Público N°62, 2000. P. 50.

1.5 El Principio de Subsidiariedad y su relevancia en el presente estudio

En las cátedras de Derecho Constitucional siempre se aportará a nuestros conocimientos el concepto del Principio de Subsidiariedad como máxima constitucional subyacente en el aspecto económico de nuestra carta fundamental, no obstante estar ausente dicho concepto en la literalidad de nuestra CPR.

El Principio en comento ha generado posturas divergentes en cuanto a su reconocimiento efectivo en la CPR, y también respecto a su contenido e implicancias, transitando así desde una visión que hemos de llamar *tradicional*, por la importancia que le otorga a las Actas de la CENC y su correlativo entendimiento del Principio en su dimensión negativa, a una visión *crítica*, que pone en tela de juicio el método interpretativo de análisis de las Actas e incorpora con vehemencia el entendimiento del Principio en su fase positiva. Por último, hemos querido incorporar una tercera visión, que hemos de llamar *neotradicional*, la cual analiza el Principio desde el pensamiento de Jaime Guzmán, acudiendo al sustento histórico del mismo, pero arribando a conclusiones similares a la interpretación tradicional.

La visión tradicional, que nos ha llevado a observar el Principio de Subsidiariedad como directriz constitucional presente en la CPR de 1980, ha definido este concepto haciendo referencia al Art. 1° inc. 3° y al Art. 19 N°21 inc. 2°, ambos de la CPR, y puede resumirse de la siguiente manera:

“El Estado debe siempre propender a que sean los particulares los que asuman las actividades que se pretende subsidiar, porque lo contrario revelaría un vacío y una falta de vitalidad del cuerpo social que naturalmente tiende a subsanarse por obra de la naturaleza humana.”¹⁵

Ahora bien, en la génesis de la carta de 1980, ¿Se encuentra un fundamento jurídico para el Principio de Subsidiariedad que nuestra doctrina reconoce en el Art. 1° inc. 3° y el Art. 19 N°21 de la CPR? Antes de responder esta interrogante,

¹⁵ COVARRUBIAS, Ignacio (2004a): “El Principio Constitucional de Subsidiariedad, su Interpretación y Aplicación en el marco del Estado Empresario”, Tesis para optar al Grado de Magister en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile.

convendrá hacer una reflexión previa respecto a las variantes que puede adquirir el Principio de Subsidiariedad, para luego analizar las tres corrientes interpretativas del Principio que ya hemos identificado. Las conclusiones de dicho análisis serán de vital importancia para dimensionar la carencia regulatoria frente a una hipótesis de insolvencia en una empresa del Estado.

Antes de comenzar dicho análisis, hemos de consignar la complejidad del principio de subsidiariedad para establecer que no es un concepto unívoco, y que la doctrina más tradicional (que abordaremos más adelante) aborda el análisis del principio obviando sus múltiples entendimientos. En efecto, respecto al peso de la ideología subyacente en la interpretación del principio, Viera Álvarez sostiene:

“(la subsidiariedad) no tiene una sola lectura; no es un concepto unívoco, teniendo una comprensión diferente si se trata del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, la Escuela de Chicago o las propuestas del Magisterio Oficial Católico Romano.¹⁶”

1.6 Subsidiariedad: Faz positiva y negativa

En el marco que nos ha otorgado la definición recién anotada del Principio de Subsidiariedad, la doctrina ha establecido que esta directriz constitucional se expresa de dos formas distintas a la hora de analizar el texto en que se sustenta, el Art. 19 N°21 de nuestra CPR.

Por una parte, se encontraría el Principio de Subsidiariedad en su *faz negativa*, que se traduce en la abstención de la actividad estatal en materia económica en protección de la libre iniciativa particular, adquiriendo el Estado un papel de *suplencia*.

Para Sagües, esta fase *abstencionalista* es

¹⁶ VIERA ÁLVAREZ, Christian, “Consideraciones acerca de una Constitución Económica. Hacia una reinterpretación de la Constitución económica chilena”, en: Revista de Derecho Público, Vol. 71 (2009), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 84-101

“limitativa, le da una connotación negativa: el Estado no debe cumplimentar aquellos roles que pueden realizar los individuos o sociedades intermedias”¹⁷.

Se hace hincapié en la substancia limitadora de la acción del Estado.

Similar análisis encontramos en palabras del profesor Silva Bascuñán a propósito de esta dimensión negativa, en donde

“se prohibiría al Estado intervenir o participar en el desarrollo de actividades empresariales respecto de aquellas áreas de la economía donde los particulares estén operando adecuadamente.”¹⁸

Siguiendo el pensamiento del autor español Antonio Millán-Puelles, la faz negativa del Principio de Subsidiariedad se condice con el fundamento moral del Principio mismo, y en específico con el eje central que tiene relación con la

“naturaleza de la persona humana, que, por su libertad, tiene el derecho y el deber de hacerse responsable de si misma”¹⁹.

Por otra parte, el Principio en comento tiene una *dimensión positiva* que se traduce en las acciones o intervenciones que el Estado debe realizar a fin de resguardar diversos derechos y bienes jurídicos de los ciudadanos.

Esta fase positiva es definida por Sagües como aquella que:

“entiende la subsidiariedad como un hacer (subsidium significa socorro, ayuda) del Estado. Desde este ángulo se niega que el aparato estatal tenga una misión meramente supletiva o secundaria: le corresponde dirigir, vigilar, urgir, castigar, fomentar, estimular, coordinar, integrar y hasta suplir (ejecutar él mismo) tareas, con relación a las sociedades intermedias e individuos, conforme a las exigencias sociales de cada medio concreto”.²⁰

Algo más cauteloso, el profesor Silva Bascuñán nos otorga claridad conceptual al describir esta faz positiva del Principio de Subsidiariedad como aquella que:

¹⁷ SAGÜES, Néstor. “Principio de Subsidiariedad y principio de antisubsidiariedad”. En Revista de Derecho Público, N°39-40, año 1986, p. 61.

¹⁸ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. “Sobre la dimensión negativa y positiva del principio de subsidiariedad”, 1997. pp. 51-52

¹⁹ MILLÁN-PUELLES, Antonio. “Persona humana y justicia social”, en Obras completas de Antonio Millán-Puelles, (Madrid, Ediciones RIALP S.A., 2013 [versión ibook]) T.III, cap. VII.

²⁰ SAGÜES, Néstor. *op cit*, p. 61.

“limitaría la actividad empresarial del Estado solamente respecto de aquellos rubros en que la satisfacción de la demanda de bienes o servicios sea necesaria socialmente, y copulativamente, no esté siendo satisfecha por los particulares, ya sea porque estos no puedan o simplemente porque no quieran hacerlo”²¹

Realizando el mismo ejercicio metodológico que ya hicieramos respecto a la faz negativa, en relación con las ideas de Millán-Puelles, esta segunda dimensión se relacionaría con el otro eje central del fundamento moral del Principio de Subsidiariedad, es decir, que la finalidad del Estado es servir a la persona.

Esta distinción de los sentidos que adquiere el Principio de Subsidiariedad nos parece de trascendental relevancia para dos de los objetivos que se plantea esta investigación: en primer lugar, para la tarea que se propone este capítulo de desentrañar la recepción del Principio de Subsidiariedad en nuestro ordenamiento constitucional, y en qué términos lo acoge nuestra carta fundamental. Con esta cuestión resuelta, afrontar el objetivo central de esta investigación en miras a analizar la situación de las Empresas del Estado frente a los regímenes concursales en Chile.

1.7 La visión *tradicional* del Principio de Subsidiariedad: la relevancia de la dimensión negativa

Conforme a la clasificación que hemos realizado de las distintas visiones que han estudiado el Principio de Subsidiariedad, corresponde en este acápite exponer la visión *tradicional* y sus postulados, a fin de marcar claramente cómo esta corriente explicó el Principio en comento en nuestro ordenamiento constitucional y cómo dicha explicación ha sido objeto de revisiones y críticas por doctrinas más contemporáneas.

Para Ignacio Covarrubias Cuevas:

“la importancia de desentrañar el contenido esencial de la subsidiariedad parte de la premisa de que se trata no solamente de un principio consagrado como tal en

²¹ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *op cit.*p. 52.

nuestra Carta Fundamental, sino que, asimismo, llevado al rango de norma material, vinculante y obligatoria”.²²

La visión recién aportada refleja uno de los dos grandes pilares que sostienen la visión que hemos denominado tradicional, consistente en entender que el Principio de Subsidiariedad se encuentra cabalmente recogido en nuestra CPR, con fuerza normativa vinculante, mucho más allá de ser un principio meramente inspirador del constituyente de 1980.

Continúa Covarrubias sosteniendo

“que al tratarse de una norma constitucional expresa (por la consagración del Art. 1° inc. 3° de la CPR), y cristalizada en diversos otros preceptos del mismo texto constitucional, sea también una norma con fuerza vinculante para “toda persona, institución o grupo” como también para la autoridad”²³.

Esta postura, compartida por autores como CEA EGAÑA y REYES RIVEROS²⁴, utiliza el estudio de la historia fidedigna de la normativa constitucional como mecanismo interpretativo imperante, en nuestra opinión casi *monopólico*, acudiendo así a las Actas de la CENC y al Informe del Consejo de Estado para justificar la naturaleza vinculante del Principio en estudio²⁵. Tanto el método como la conclusión a la que arriba este sector de la doctrina han sido criticados, como veremos más adelante.

El segundo pilar que sostiene la visión tradicional en torno a la Subsidiariedad es entender que en la recepción del Principio se encuentra implícito un deber de abstención de la actividad empresarial del Estado, dándole así preminencia a la dimensión negativa del Principio.

Como bien anota el profesor Augusto Quintana²⁶, esta aparente prohibición de actuación del Estado se encuentra presente en la doctrina de diversos tratadistas

²² COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio. “El Principio de Subsidiariedad”, en “20 años de la Constitución chilena 1981-2001”, Editorial Jurídica ConoSur, 2001”, p. 69.

²³ *Ibíd.*, p. 69.

²⁴ *Ibíd.*, p. 74.

²⁵ *Ibíd.*, p. 74.

²⁶ QUINTANA BENAVIDES, Augusto. “El Principio de Subsidiariedad”, en *Revista de Derecho Público / Edición Especial*, p. 125 – 136., p. 128.

que sustentan la visión tradicional, para quiénes el Estado tiene un deber de abstención procedente de la normativa constitucional. En esa línea, José Luis Cea acude a la “nítida orientación valórica” para justificar este deber de abstención, omitiendo identificar la fuente de la prohibición para con la acción del Estado.²⁷

Fernandois por su parte postula tres requisitos para que proceda la acción del Estado, siendo especialmente llamativo aquel que postula que la intervención se justifica cuando:

“el Estado haya agotado lealmente todo su esfuerzo para que los particulares asuman tales actividades. El estado debe siempre propender a que sean los particulares los que asuman las actividades que se pretende subsidiar, porque lo contrario revela un vacío y una falta de vitalidad del cuerpo social que naturalmente tiende a subsanarse por obra de la naturaleza humana”.²⁸

Ambos exponentes de lo que hemos denominado la visión tradicional confirman que en nuestra CPR la acción del Estado está coartada significativamente, en virtud del incentivo a la actividad particular, definiendo así el Principio de Subsidiariedad exclusivamente desde la óptica negativa del Principio en cuestión. Así, esta corriente doctrinal delimita la Subsidiariedad obviando la dimensión positiva que hemos definido en acápite anteriores.

Es precisamente esta visión, que descansa sobre los dos pilares ya descritos, esto es, la Subsidiariedad es una norma cristalizada, vinculante en nuestro ordenamiento jurídico y su definición se traza a partir de la dimensión negativa del Principio, la que será objeto de críticas jurídicas (que se detallarán en el siguiente apartado) y a su vez han sido blanco de serios cuestionamientos políticos que ven en esta conceptualización tradicional una de las fuentes de la desigualdad que caracteriza a nuestro país.²⁹

²⁷ CEA EGAÑA, José Luis. “El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis crítica”. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, 1999. p. 30.

²⁸ FERNANDOIS VOHRINGER, Arturo. “Derecho Constitucional Económico”, Tomo I, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2001. p. 73.

²⁹ FAÜNDEZ-SÁNCHEZ, Eduardo. “Propuesta de reinterpretación y extensión del principio de subsidiariedad económica hacia la cooperación público-privada en Chile”. En Revista Digital de Derecho Administrativo, N°15, 2016. p. 208-209.

1.8 La visión crítica y sus aportes al entendimiento del Principio de Subsidiariedad: más allá de la visión tradicional

El ejercicio que pretendemos hacer en este acápite consiste en destacar los aspectos más interesantes de las voces críticas a la visión tradicional del Principio de Subsidiariedad, que han reformulado los contornos del Principio en cuestión y han dado un entendimiento distinto del mismo en miras a darle una nueva funcionalidad en el sistema económico nacional.

En primer término, y siguiendo el orden metodológico que hemos desarrollado en el acápite anterior, hemos de consignar las voces que han criticado el método interpretativo que la visión tradicional ha desarrollado para considerar al Principio de Subsidiariedad como norma vinculante en nuestro ordenamiento jurídico.

El autor Eduardo Faúndez-Sánchez ha sido categórico en señalar que el método interpretativo que recurre a la historia fidedigna del establecimiento del texto constitucional (en observancia a las Actas de la CENC) es un

“recurso carente de rigor y fidelidad”.³⁰

Esta crítica se sustenta, en primer lugar, en que dichas Actas no expresan una “histórica voluntad del constituyente”, por ser la CENC meramente un órgano asesor, lo cual no permitiría aplicar las reglas del Código Civil como el sector tradicional pretende. En seguida, Faúndez invita a tener presente que las opiniones recogidas en las Actas nacen a partir de un gobierno autocrático y reaccionario, y, por lo tanto, no reflejan el debate de la comunidad política nacional.³¹

A esta carencia interpretativa se debe añadir la vehemencia con que la doctrina tradicional ha sustentado categorías que son ajenas al texto de la Constitución³², extensiva también a la tarea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, como por ejemplo en la sentencia rol N° 352-02, que en su considerando 4° sostiene:

³⁰ *Ibíd.*, p. 211.

³¹ *Ibíd.*, p. 212.

³² *Ibíd.*, p. 212.

“Que, en dicho precepto se consagra en la Carta Fundamental el principio de subsidiariedad como uno de los principios rectores del orden social. Al respecto, en el Informe enviado por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política al Presidente de la República, con fecha 16 de agosto de 1976, en virtud del cual le hace llegar las proposiciones e ideas precisas que ha de contemplar la nueva Constitución, se expresa que “según él ninguna sociedad superior puede arrogarse el campo que respecto a su propio fin específico pueden satisfacer las entidades menores y, en especial, la familia, como tampoco ésta invadir lo que es propio e íntimo de cada conciencia humana.”³³

Más relevante se torna aún la jurisprudencia recién añadida en tanto el caso en cuestión era un requerimiento de inconstitucionalidad preventivo del proyecto de ley que traspasaba la dependencia del Liceo Experimental Manuel de Salas desde la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación a la Universidad de Chile. En efecto, el derecho a la educación y las prestaciones del Estado en dicho ámbito han sido objeto de importantes movimientos sociales, los cuales han utilizado como consigna una férrea crítica al concepto de Subsidiariedad presente en nuestra CPR, probablemente a consecuencia del entendimiento tradicional del que ya hemos dado cuenta.

Loo Gutiérrez³⁴, por su parte, sustenta su visión crítica a la conceptualización del Principio de Subsidiariedad primeramente en términos similares a los de Faúndez, pues el hecho de que sea un principio inspirador del Art. 1° inc. 3° de la CPR no lo convierte en un principio normativamente consagrado, es decir, una disposición de Derecho Positivo. En palabras de los profesores Pardow y Vallejo:

“las exigencias de consagración explícita en el texto autoritativo resultan particularmente intensas respecto de pretendidos principios, como el de subsidiariedad, que carecen de reconocimiento y legitimación en la historia del

³³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Requerimiento de Inaplicabilidad preventivo, rol N° 352-02, pronunciada el 15 de Julio de 2002 .

³⁴ A mayor abundamiento, véase LOO GUTIÉRREZ, Martín. “La disciplina constitucional del Principio de Subsidiariedad en Italia y Chile”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXIII. p. 400.

constitucionalismo y por tanto de un núcleo duro que permita determinar, con una razonable certeza, su contenido y efectos.”³⁵

En definitiva, la ausencia de consagración literal en el Art. 1° inc. 3° hace aún más dudosa la consagración del Principio en el Art. 19 N°21.

Ahora bien, corresponde continuar con el contenido material del Principio de Subsidiariedad y como se ha criticado la delimitación del concepto por atenderse casi exclusivamente a su dimensión negativa.

Preliminarmente debemos destacar el análisis realizado por el autor Martín Loo, a la hora de estudiar en profundidad el Principio de Subsidiariedad y su repercusión constitucional. En efecto, una primera tarea para desentrañar el contenido del Principio en comento será la de comprender la evolución del mismo: desde el origen aristotélico, pasando por el liberalismo clásico, su reconocimiento en el Siglo XX bajo el cariz de la iglesia católica y la conceptualización de las corrientes de pensamiento de Chicago y Friburgo.

Así, previo al surgimiento del Estado Moderno, Aristóteles y Aquino, en sus diversas conceptualizaciones de filosofía política, abordan el problema tanto desde la autarquía como desde los grupos intermedios, respectivamente. No obstante, la inexistencia del Estado como concepto Moderno, se desarrollan hasta la Edad Media ejercicios de reflexión respecto a la relación individuo (o grupos de ellos) y autoridad.

El surgimiento del Estado Moderno trae consigo la necesidad de replantear el conflicto, por transformarse en una problemática valórica que trascenderá hasta nuestra época, y cuyas respuestas siguen generando pasiones y desencuentros. En esa línea, el liberalismo clásico, y su conocida antipatía por los grupos intermedios, trazan el problema como una posición de antagonismo absoluto entre el individuo y el Estado. Así lo expresa Loo:

“Como podemos ver, la concepción liberal de la subsidiariedad es fundamentalmente bipolar: pone en confrontación directa al individuo y al Estado;

³⁵ VALLEJOS GARRETÓN, Rodrigo y PARDOW LORENZO, Diego. “Derribando mitos sobre el Estado Empresario”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 35 N°1, 2008. P. 138.

opone la libertad individual y la intervención pública, se funda en una concepción antagonista de la relación entre el Estado, por una parte, y el individuo, por otra.”³⁶

Es interesante la conceptualización anotada por cuanto sintetiza el pensamiento liberal clásico, pero además parece ser una explicación al Principio de Subsidiariedad que para algunos tiene plena vigencia. En efecto, de ciertas visiones tradicionales del Principio se desprenden fórmulas bastante similares a la hora de evaluar la necesidad de contar con el Principio de Subsidiariedad como directriz constitucional.

Sin embargo, tanto del estudio realizado por Loo Gutiérrez como de la defensa realizada por los precursores de la obra de Jaime Guzmán, se concluye que el Principio de Subsidiariedad que el constituyente de 1980 tuvo a la vista para inspirar el Art. 1° inc. 3° de la CPR es la construcción de la *doctrina social de la iglesia católica*.

En efecto, el extracto de los *papers* que sustentan la obra “Subsidiariedad, justicia y libertad en Chile”, realizada en conjunto por la Fundación Jaime Guzmán y el Instituto Res Pública, presentan dicho trabajo de la siguiente manera:

“(El desaliento y la orfandad) son evitados cuando se honra el principio de subsidiariedad, porque este —en la doctrina social de la Iglesia Católica—, importa cuidar, tutelar, promover y ayudar a las personas y a las expresiones originarias de su sociabilidad (cuerpos intermedios o sociedad civil), lo que significa favorecer el tejido social y su espacio vital, así como respetar el espíritu de libertad e iniciativa, reconociendo el primado de la persona y la familia.”³⁷

Con ese antecedente, corresponde analizar entonces, cuál era el significado que la doctrina social de la Iglesia le otorgó al Principio de Subsidiariedad en el Siglo XX, y realizar un contraste con la conceptualización del liberalismo clásico, para así desentrañar sus implicancias en nuestro ordenamiento constitucional.

³⁶ LOO GUTIÉRREZ, Martín. *Op cit*, p. 397.

³⁷ FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN, “Jaime Guzmán y la Subsidiariedad”. Edición N°198, mayo de 2016. Consultado en http://www.fjguzman.cl/wp-content/uploads/2018/04/IP_198-1.pdf el 19 de diciembre de 2018. p. 5.

Movilizados por las problemáticas que surgieron a fines del siglo XIX, los intelectuales de la Iglesia Católica acuñaron el Principio de Subsidiariedad como una respuesta doctrinaria que les permitiera afrontar las diversas crisis que las circunstancias históricas estaban propiciando. Como bien nos apunta Loo Gutiérrez, ya con el siglo XX en marcha la recepción del Principio en comento se hace en forma consciente y repetitiva en la corriente de pensamiento de la Iglesia.

A diferencia del trazado desarrollado por el liberalismo clásico, la doctrina social de la Iglesia contempla este Principio como promotor de las organizaciones que se articulan a la sociedad civil, es decir, a los cuerpos intermedios.

Lo anterior se esboza ya desde la encíclica *Rerum Novarum*³⁸, promulgada por el papa León XIII en el año 1891. La vigencia y el contenido mismo del principio de subsidiariedad se ratifica y explicita en la carta encíclica *Quadragesimo Anno*, obra del Papa Pío XI.

En la misma línea de contraste, la Iglesia se aleja del postulado del liberalismo clásico, y no obstante reforzar los valores del individuo y la importancia de los cuerpos intermedios,

“no olvida que es también un deber del Estado proveer ayuda a quienes sean incapaces de hacer frente a sus carencias; iniciativa e intervención pública que viene justificada en el deber de solidaridad.”³⁹

Inclusive, la carta del sumo pontífice resalta una idea de *poder público*, de gran interés, que está en abierta contradicción con visiones doctrinales y aplicaciones jurisprudenciales del Principio de Subsidiariedad en Chile. Así, la encíclica expresa que el Principio:

“intenta subrayar que las tareas del Estado que a éste resultan irrenunciables –y, por ello, más allá del ámbito de aplicación del principio– son aquellas legadas al

³⁸ SCHICKENDANTZ, Carlos. El principio de subsidiariedad en la Iglesia: Breve historia, discusiones recientes y campos de aplicación práctica. *Teol. vida* [online]. 2001, vol.42, n.3.

³⁹ LOO GUTIÉRREZ, Martín. *op cit*, p. 400.

ejercicio de los poderes públicos los cuales deben actuar “dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija”⁴⁰

Podemos concluir, entonces, que esta versión del Principio de Subsidiariedad refuerza la tarea del Estado como promotor de bienestar social, participando activamente de diversas actividades cuando así lo requiera el cumplimiento de dicho objetivo, y adicionalmente, sustenta de forma categórica la autoridad que el Estado posee como poder público haciendo un fuerte hincapié en su aspecto regulador.

Como bien anota Loo Gutiérrez, salta a la vista que esta vertiente del Principio de Subsidiariedad tiene mucho más que ver con la faz positiva del Principio en comento que con su dimensión negativa, esta última mucho más trascendente en la lógica del liberalismo clásico y la libertad económica de la escuela de Chicago.

En segundo lugar, aun aceptando dicha extensión de un *principio inspirador* en un *principio normativo*, la evidencia nos muestra que su aplicación y conceptualización han despojado al Principio de Subsidiariedad de su contenido natural a la luz de la doctrina social de la Iglesia Católica, y lo han constituido en una expresión casi absoluta de la faz negativa del Principio, de clave liberal. Se vislumbra una errada conceptualización del *originalismo interpretativo* al intentar explicar la validez y contenido de este Principio. Esta extrapolación, en efecto, es poco fiel respecto a las motivaciones que la misma doctrina identifica en la CPR de 1980. Y más confuso aún es que, ante las críticas que han surgido a la visión tradicional del Principio, la doctrina contemporánea lo justifique en la clave de la doctrina social de la Iglesia, pero lo aplique incesantemente en la clave del liberalismo clásico o de la escuela de Chicago.

En efecto, la defensa del pensamiento de Jaime Guzmán llevada a cabo por la Fundación que lleva su nombre y el Instituto Res Pública, reconociendo un primer momento en donde el ex-senador centra su pensamiento político en torno a la faz negativa del Principio, insiste en destacar que al acuñar el concepto de *bien común* como fin del Estado recoge la dimensión positiva del Principio:

⁴⁰ RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. *op cit*, p. 55.

“fue Guzmán el que insistió en que se incorporara en la Constitución el concepto de bien común como fin del Estado, pero dándole una definición precisa que permitiera excluir la visión colectivista y la individualista. De lo señalado precedentemente, se desprende que Guzmán sí distinguía entre las actividades que corresponden directamente al Estado (subsidiarias) y aquellas que se realizan para reemplazar o complementar (supletorias) a las personas o cuerpos intermedios y, por tanto, que no adhería a una visión meramente negativa o liberal de la subsidiariedad.”⁴¹

Si Jaime Guzmán, proclamado como el inductor de este Principio de Subsidiariedad que hemos analizado en nuestro ordenamiento constitucional, lo pensaba como un principio integral⁴² y conforme a la doctrina social de la Iglesia Católica, ¿Se justifican las implicancias doctrinarias y jurisprudenciales que comúnmente se le otorgan al Principio en cuestión?

Un análisis pormenorizado de estas implicancias en clave liberal, que hacemos bien en criticar, excede el marco de este trabajo. Pero hemos querido ahondar en el estudio del Principio y servirnos los autores que sustentan la visión que hemos llamado *crítica* para rescatar el, creemos nosotros, es el verdadero sentido de la Subsidiariedad en nuestro ordenamiento constitucional. Como bien sostienen Pardow y Vallejos, la disputa en torno al Principio de Subsidiariedad “Al derribar el mito originalista que sostiene al principio de subsidiariedad, puede apreciarse que es precisamente aquí donde está el centro del debate sobre las restricciones constitucionales a la actividad empresarial del Estado.”⁴³ Con dicho insumo, hemos de afrontar entonces el análisis de la actividad empresarial del Estado y los regímenes concursales.

1.9 La corriente *neotradicional* y el Principio de Subsidiariedad: la sociología de los indignados

En este acápite pretendemos visualizar aproximaciones contemporáneas a la visión tradicional del Principio de Subsidiariedad (que hemos llamado

⁴¹ FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN, *Op cit.* p. 11.

⁴² A mayor abundamiento, véase FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN, *Op cit.* p. 12.

⁴³ VALLEJOS GARRETÓN, Rodrigo y PARDOW LORENZO, Diego. *op cit.*, p. 140.

neotradicional), que le dan, incluso, una relevancia que trasciende a la actividad económica y la satisfacción de necesidades en el seno de un país, y fundamentan este Principio desde la sociología: “Uno de los rasgos más patentes de la época moderna, de la mano de la transformación económica y política sucintamente reseñada, parece ser la existencia de un hombre masa que, por lo mismo, está cercado por un cierto hálito de abandono, desamparo y soledad (...) manifiestan su descontento hacia las instituciones y protestan contra las élites, utilicen habitualmente los conceptos de “anónimo” e “indignado” para identificarse.”⁴⁴

El diagnóstico sociológico realizado por esta tendencia contemporánea de la defensa al Principio en comento parte del supuesto de que la vida moderna, con sus evoluciones económicas y culturales, ha generado en el individuo una *pérdida de sentido de la vida* que éste canaliza en sus manifestaciones de descontento contra las instituciones. El sentimiento de “indignación” sería, en realidad, expresión de un estado de alienación, y, por lo tanto, la solución al problema no se encuentra en la promoción del buen funcionamiento de las instituciones y la apertura de las elites, sino en la promoción del individuo a partir de valores conservadores.

El efecto de *alienación* como consecuencia de la vida moderna al que hemos hecho referencia más arriba se sirve de esta dicotomía entre Estado e individuo para instalar la trascendencia del Principio de Subsidiariedad en nuestros días.

Así, el Principio de Subsidiariedad renovaría su trascendencia como el mecanismo constitucional adecuado para proteger los valores individuales que la época moderna estaría socavando en las personas. Plantean, que

“es cierto que muchas veces estas personas están motivadas directamente por reivindicaciones más bien materiales, pero en el trasfondo de las nociones que usan para distinguirse, respiran, qué duda cabe, el desaliento y la orfandad. Estos son evitados cuando se honra el principio de subsidiariedad, porque este —en la doctrina social de la Iglesia Católica—, importa cuidar, tutelar, promover y ayudar a las personas y a las expresiones originarias de su sociabilidad (cuerpos

⁴⁴ FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN, *Op cit.* p. 5.

intermedios o sociedad civil), lo que significa favorecer el tejido social y su espacio vital, así como respetar el espíritu de libertad e iniciativa, reconociendo el primado de la persona y la familia”.⁴⁵

Más allá de las profundas diferencias ideológicas que podamos tener con esta interpretación actual del fundamento del Principio de Subsidiariedad, no deja de llamar la atención que, en el estado actual de la ciencia jurídica, la justificación a un Principio de eminente aplicación normativa provenga casi exclusivamente de la sociología. Y con esto no pretendemos sostener que deben desconocerse los valiosos aportes de dicha ciencia social. Sin embargo, una problemática de raigambre jurídica se está justificando, contemporáneamente, desde una visión sociológica que es, a lo menos, discutible, e invita a reflexionar sobre este Principio y su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, ante las voces críticas que han surgido respecto al cariz que tiene el Principio de Subsidiariedad en nuestro ordenamiento constitucional, la respuesta de los sectores que sustentan hoy la visión tradicional se aleja de una explicación jurídica.

1.10 Correlación con el Principio de Igualdad

En este acápite de la investigación nos proponemos enlazar el análisis realizado respecto al marco constitucional de la actividad empresarial del Estado con el principio de Igualdad, probablemente el Principio más trascendente del constitucionalismo y cuyas implicancias generan discusiones hasta nuestros días, aplicándose sus corolarios en todas las aristas del Derecho. El objetivo de observar el Principio de Igualdad dice relación con extraer conclusiones que justifiquen la preocupación por la carencia regulatoria que esta tesis postula. En definitiva, acudiendo al Principio de Igualdad pretendemos demostrar porque la ausencia de normas que regulen la situación concursal de las empresas del Estado podría atentar contra esta máxima constitucional.

⁴⁵ FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN, *Op cit.* p. 5.

La complejidad e importancia del Principio de Igualdad en los ordenamientos constitucionales contemporáneos hacen de su análisis un campo extenso y multidimensional. Sin embargo, pretendemos anotar ciertas nociones de igualdad que permitan estudiar la actividad empresarial del Estado desde parámetros comúnmente aceptados y de trascendencia para nuestro ordenamiento constitucional, siempre con el objetivo de la *justicia* como paradigma ineludible para la Igualdad.

En la obra *Teoría de la Justicia* de John Rawls, los dos principios de justicia originarios a partir de los cuales se sustenta una sociedad justa están directamente relacionados con la igualdad. Son los siguientes:

- a) Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.
- b) Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen con empleos y cargos asequibles para todos.

Como bien explica el profesor Carbonell⁴⁶, el primer principio está presente en todas las cartas constitucionales contemporáneas y es el sustento del disfrute de los derechos fundamentales por el solo hecho de ser persona. El segundo principio, en tanto, estipula las condiciones en que se considera aceptable hacer una excepción a la regla general de igualdad. Esta regla de tolerancia es de mayor interés para el problema que plantea esta investigación.

En efecto, el art. 19 N°21 de la CPR recoge el postulado de Rawls: el inciso primero es expresión del principio a) anotado, en tanto estipula el derecho fundamental a la libre iniciativa económica. El inciso segundo, por su parte, se hace cargo de los dos aspectos que el principio b) propone. Por una parte, que la

⁴⁶ CARBONELL, Miguel. Los derechos de Igualdad en el Constitucionalismo Contemporáneo. Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile. 2015. p. 59.

desigualdad sea *ventajosa para todos* dice relación con la protección de los más débiles. Dicho objetivo, sin duda, fundamenta buena parte de la actividad estatal, incluida la empresarial. El segundo aspecto del principio b), es decir, el principio de *igualdad de oportunidades* es resguardado por las limitaciones que se imponen al Estado empresario, para que su intervención en la actividad económica reconozca y respete la iniciativa particular, colocándolos en pie de igualdad. Esta limitación en el desarrollo de la actividad empresarial a la legislación común es consistente con la regla de tolerancia que el principio b) de Rawls impone.

Un análisis básico que el Principio de Igualdad exige respecto a la materia que tratamos en esta investigación será el de establecer *qué diferencias son relevantes* a la hora de estatuir las reglas que regirán la actividad empresarial bajo el alero de nuestra CPR. Al ser la igualdad un concepto eminentemente relacional, la tarea del constitucionalismo contemporáneo ha sido la de identificar las diferencias que ameritan un trato desigual, una excepción a la regla general de igualdad, una utilización de la regla de tolerancia que identificaba Rawls.

Corresponde entonces realizar el ejercicio respecto a la actividad empresarial del Estado en relación a la actividad empresarial de iniciativa privada. En palabras del profesor Carbonell, un primer acercamiento a esta materia será realizar un *juicio de relevancia*. La metodología de dichos juicios consiste en analizar:

“si entre dos personas existen diferencias irrelevantes, entonces debemos darles un tratamiento igual; pero también nos exige que si esas personas mantienen diferencias relevantes, entonces el tratamiento que el ordenamiento jurídico les otorgue también debe ser distinto.”⁴⁷

¿Es relevante la diferencia de propiedad que existe entre una empresa del Estado y las empresas de capitales privados? ¿Amerita, dicha disimilitud, un tratamiento diferenciado? De corresponder el trato desigual, ¿Aplica esta regla de tolerancia a todas las materias, o sólo algunos aspectos de la actividad empresarial debiesen soportar la excepción al Principio de Igualdad?

⁴⁷ *Ibíd*em, p. 65.

Nuestra CPR parece plantear una respuesta compleja a estas inquietudes. En primer lugar, estima dicha disimilitud como relevante, lo suficiente como para exigir un *quórum calificado* para permitir la actividad empresarial del Estado. En efecto, el Estado no está en pie de igualdad con el particular para desarrollar una iniciativa económica de naturaleza empresarial. Esta posición tiene sentido por múltiples razones que compartimos. Por mencionar algunas: el fin del Estado, la protección a la libre iniciativa del individuo, el correcto funcionamiento de los mercados, etc.

Al mismo tiempo, nuestra CPR responde a los cuestionamientos planteados de forma aparentemente contradictoria frente a las normas que regulan la actividad empresarial en nuestra República. En efecto, el constituyente ha estimado que la disimilitud en cuestión no es relevante, al establecer que “*esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares*”. Es decir, respecto a la legislación que debe observar el desarrollo de las actividades económicas, prima la regla general de igualdad.

¿Es contradictoria la solución que otorga nuestra CPR a los juicios de relevancia que hemos planteado? No obstante ser contraintuitivo el reconocer una excepción a la regla general de igualdad a la hora de regular la iniciativa empresarial, y al mismo tiempo, reconocer la regla general de la igualdad a la hora de la regulación de dicha actividad empresarial, la solución constitucional ha dirimido, de forma completamente válida, dos juicios de relevancia que son independientes entre sí, y que, por tanto, pueden tender a una respuesta diversa. Por lo demás, resulta coherente la participación en la actividad empresarial *sin prerrogativas* para el Estado empresario con el espíritu (al menos aparente) de nuestra CPR de constreñir la actividad del Estado.

Ahora bien, parte de nuestras dudas respecto a la elección constitucional en la materia tiene que ver con como estructura la CPR la iniciativa del Estado empresario, o como se ha venido interpretando desde la génesis de la carta fundamental. El juicio de relevancia respecto a este ítem ha hecho excepción a la regla de igualdad, y ha establecido como *garantía normativa* que la actividad del

Estado deba ser aprobada por un quórum agravado. ¿Implica dicha garantía normativa una restricción sustantiva a la actividad empresarial del Estado?

La respuesta a la interrogante planteada en párrafos precedentes es de vital importancia para entender como se ha desempeñado la actividad empresarial del Estado desde el retorno de la democracia. Para los más críticos con las interpretaciones tradicionales respecto al Principio de Subsidiariedad, esta garantía normativa se ha traducido en una especie de cercenamiento de la competencia legislativa, o en palabras de Pardow y Vallejo.

“la fórmula conservadora se aparta del texto constitucional y justifica sus restricciones como un principio limitativo de la competencia legislativa.”⁴⁸

Compartimos el postulado de Faúndez a la hora de analizar el Art. 19 N° 21, en donde se demuestra la inexistencia de una prohibición expresa impuesta al Estado para su actuación en materia económica, otorgándole al precepto en cuestión el mero establecimiento de una forma de actuación en conjunto a un procedimiento de habilitación.⁴⁹

Asimismo, suscribimos la opinión de Pardow y Vallejo. En efecto, el juicio de relevancia realizado por el constituyente respecto a la iniciativa empresarial del Estado versus la de los particulares ha considerado que merecen un trato desigual, y en consecuencia, ha impuesto un quórum agravado que implica una especial voluntad legislativa para aprobar la iniciativa del Estado empresario. Sin embargo, la fórmula de reserva legal y quórum agravado no implica necesariamente una directriz constitucional que limite la actividad empresarial del Estado a la excepción absoluta. Como bien sostiene Schürman⁵⁰, la Constitución no prejuzga la oportunidad de la actuación del Estado empresario. Debe ser el debate legislativo, siempre guardando fidelidad a las exigencias constitucionales, la instancia en donde se decida el grado de injerencia de la actividad empresarial del Estado.

⁴⁸ VALLEJOS GARRETÓN, Rodrigo y PARDOW LORENZO, Diego. *op cit*, p. 140.

⁴⁹ FAÚNDEZ-SÁNCHEZ, Eduardo. *op cit*, p. 221.

⁵⁰ SCHÜRMAN OPAZO, Miguel. “Orden público económico y principio de subsidiariedad, argumentos para una crítica.” En *Derecho y Humanidades*, N°12, pp. 217 - 229.

Uno de los problemas que conlleva la interpretación conservadora de la regla en cuestión, en sintonía con el (a estas alturas dudoso) Principio de Subsidiariedad, es que relega al Estado a los *malos negocios*, y por cierto, cercena toda posibilidad de que el Estado pueda constituirse como un actor empresarial de gestión eficiente:

“Así, el mito de la subsidiariedad pretende que las empresas públicas solo puedan abordar aquellos rubros de la economía que por su escasa rentabilidad no interesan a los particulares, obligando al Estado a comprar solamente los malos negocios.”⁵¹

Similar reflexión sostiene Ortúzar Santa María respecto a la interpretación tradicional y sus contradictorias consecuencias respecto a la posibilidad de que el Estado desarrolle una acción directa, en forma de organización empresarial. Al respecto, sostiene que:

“poco sentido tendría crear una “empresa” aprobada por ley de quórum calificado para incursionar en una actividad indeseable para los particulares; de empresa no tendría nada, fuera, quizás, de la fachada formal.”⁵²

Compartimos la postura de Ortúzar Santa María en tanto la interpretación tradicional, por la vía de constreñir a toda costa la acción directa del Estado como productor de bienes o servicios, llega a desnaturalizar el concepto de empresa, y como bien sostienen Pardow y Vallejo, restringen cualquier posibilidad de rentabilidad o eficiencia.

Prosigue Ortúzar Santa María con la reflexión señalando que “menos sentido tendría, a continuación, someterla a la legislación común para evitar que el Estado use de sus privilegios si no tendría nadie respecto a quien hacerlos valer”.⁵³ En efecto, el sesgo de la interpretación tradicional trae aparejada como consecuencia que la regla de igualdad que el Art. 19 N° 21 inciso segundo persigue pierda sentido, en tanto la limitación a las prerrogativas que podría aprovechar el Estado

⁵¹ VALLEJOS GARRETÓN, Rodrigo y PARDOW LORENZO, Diego. *op cit*, p. 136.

⁵² ÓRTUZAR SANTA MARÍA, Álvaro. *Op cit*, p. 366.

⁵³ ÓRTUZAR SANTA MARÍA, Álvaro. *Op cit*, p. 366.

empresario no tendrían un sujeto particular que resguardar, pues nadie desarrollaría ese *tipo de negocios*.

Este diagnóstico es relevante en la presente investigación desde dos aristas: en primer lugar, a consecuencia del papel que la interpretación conservadora le otorga al Estado empresario, éste se haría cargo de actividades empresariales poco rentables (subsidiando el desinterés de los particulares), y, por tanto, proclives a estados de insolvencia. Como veremos más adelante, la regulación concursal no se ha hecho cargo del problema, no menor si aceptamos que el Estado está relegado a negocios poco rentables (con algunas excepciones, claro está).

En segundo lugar, y a modo de hipótesis a futuro, un cambio en la interpretación del Art. 19 N°21 de la CPR hacia la clave democrática que proponen Faúndez, Quintana, Pardow y Vallejo, por nombrar algunos, podría implicar la aceptación de iniciativas empresariales estatales que, lejos de plantear proyectos de socialismo, busquen disciplinar ciertos mercados o participar en mercados de especial relevancia social. Ante ese posible escenario, pretendemos realizar el ejercicio de llevar a cabo juicios de relevancia a la luz del Principio de Igualdad, y analizar en definitiva si todas las empresas del Estado cumplen con una función social relevante, si todas merecen el mismo trato, y en qué pie deben enfrentar la competencia con los particulares.

Es por esto que hemos desarrollado un somero análisis de lo que el Principio de Igualdad implica en esta materia, a efectos de dimensionar la carencia regulatoria en cuestión, y a partir de eso, considerar que tanto la visión tradicional como las reinterpretaciones críticas de la Subsidiariedad hacen necesario que exista un régimen concursal aplicable a las empresas del Estado, tópico descuidado en nuestro ordenamiento jurídico, doctrina y jurisprudencia, y para el cual una herramienta relevante será tener siempre en vista los juicios de relevancia que ya hemos practicado. Sólo así se cumplirá con el mandato que el Art. 19 N°21 de la CPR impone y a su vez se combatirán ciertas fallas de mercado mediante la acción directa del Estado bajo el Principio de Eficiencia.

Capítulo II: La evolución de la regulación concursal respecto al Fisco, y en específico a las empresas del Estado

2.1 Regulación histórica de los regímenes concursales

Haciéndonos cargo de la temática que fundamenta el presente estudio, hemos de consignar una pequeña descripción de lo que ha sido el recorrido histórico de las regulaciones concursales (o quiebras, en *su antigua denominación*) en nuestro país.

Antes de comenzar, hemos querido rescatar algunos pasajes del Mensaje que acompaña a nuestro Código de Comercio, que demuestran que la preocupación por las situaciones de insolvencia tiene larga data y, a la vez, relevancia actual. Pasajes que pretenden ilustrar la trascendencia de las regulaciones concursales y justifican la preocupación que motiva la presente investigación, en orden a dilucidar la situación específica de las empresas del estado y la normativa concursal.

Al presentar el Libro IV del Código de Ocampo, el mensaje destaca que éste “trata de las quiebras. Esta materia, la más difícil, grave e importante de cuantas abraza la legislación mercantil, ha sido por desgracia la más descuidada entre nosotros”.

Continúa el mensaje haciendo hincapié en la necesidad de unificar la legislación que regula la quiebra, objetivo fundamentalmente cumplido como se verá más adelante, pero a partir del cual sustenta una declaración de relevancia sobre el régimen concursal, que hemos querido rescatar, a saber: “para proteger eficazmente a los acreedores y al comercio en general contra los daños materiales y las graves perturbaciones que producen las quiebras, satisfacer a la sociedad entera, y asegurar al deudor, en los casos de desgracia, todos los miramientos conciliables con los diversos intereses que aquellas comprometen.”

Como bien ilustra el profesor Gómez Balmaceda⁵⁴ en su obra “El Derecho de Quiebras”, en Chile la regulación concursal se puede describir en torno a cuatro momentos o periodos fundamentales:

- a) En un primer momento, la regulación concursal chilena estaba recepcionada en el Libro IV del Código de Comercio, que entró en vigor el año 1867, y cuya normativa estuvo vigente hasta el año 1929.
- b) La segunda etapa se desarrolla a partir de la modificación legal introducida por la Ley N° 4.558, que derogó el Libro IV del Comercio, el año 1929. Importante es mencionar que amplió a los deudores no comerciantes la aplicación del juicio de quiebra.
- c) La tercera fase de la regulación concursal nacional comienza con la entrada en vigor de la Ley N° 18.175, vigente a partir del año 1982.
- d) La cuarta etapa, y actual marco normativo concursal en Chile, está dado por la Ley N° 20.720, promulgada el año 2014, que ha surgido como respuesta normativa a las recomendaciones de la OCDE en materia de insolvencia y reemprendimiento.

Realizar un análisis pormenorizado de cada una de las legislaciones antes mencionadas respecto a la empresa del estado como sujeto pasivo excede el propósito del presente trabajo, pero hemos de consignar que ha sido una constante la ausencia normativa respecto al estado empresario y la hipótesis de insolvencia.

2.2 Antigua Ley de Quiebras 18.175

La Ley 18.175, promulgada en octubre de 1982, fue la normativa imperante en materia concursal durante la segunda mitad del gobierno militar y los primeros 23 años de democracia. En definitiva, y con el propósito de situarla históricamente, entra en vigor en plena planificación global⁵⁵ llevada a cabo por el régimen militar,

⁵⁴ GÓMEZ BALMACEDA, Rafael, y EYZAGUIRRE SMART, Gonzalo. “El Derecho de Quiebras”, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2012. p. 60.

⁵⁵ GÓNGORA DEL CAMPO, Mario. “Ensayo histórico sobre la noción de Estado de Chile en los siglos XIX y XX”, Ediciones la Ciudad, 1981.

planificación que sentó las bases del modelo económico que adoptó nuestro país, y cuya cualidad de global la podemos observar, como bien apunta el profesor Gómez Balmaceda, en la profusa legislación económico-comercial de la época, que el autor denomina impulso innovador.⁵⁶

El artículo 1° de la Ley 18.175, en su texto original, consignaba como *definición* “*El juicio de quiebra tiene por objeto realizar en un solo procedimiento los bienes de una persona natural o jurídica, a fin de proveer al pago de sus deudas, en los casos y en la forma determinados por la ley*”. En principio, la definición aportada es omnicompreensiva respecto al sujeto pasivo que podría padecer un juicio de quiebra.

Aportamos, asimismo, la definición que elabora Sandoval, que define el sujeto pasivo como:

“una persona natural o jurídica cuyo patrimonio sufre el estado generalizado y permanente de impotencia de pagar las obligaciones contraídas y en contra de quien se ejerce la acción de quiebra”⁵⁷.

Sin embargo, la amplitud de estas definiciones debe ser tomada con cuidado. Así, el profesor Contador sostiene que:

“esa falta de regulación expresa dio pie a múltiples interpretaciones excluyentes, vale decir, ejercicios orientados a que distintas personas quedaran fuera de la quiebra como tal y en forma anticipada.”⁵⁸

A modo ejemplar, el autor hace referencia a la defensa sostenida por corporaciones y fundaciones bajo el imperio de la Ley 18.175, que frente a la pretensión de sus acreedores esgrimieron que las personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro no podían quebrar⁵⁹.

En términos parecidos, los profesores Araya y Bofill sostienen que:

⁵⁶ GÓMEZ BALMACEDA, Rafael, y EYZAGUIRRE SMART, Gonzalo. *Op cit*, p. 60.

⁵⁷ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Sandoval López, Ricardo (2006). *Derecho Comercial*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, T. IV. p. 69.

⁵⁸ CONTADOR ROSALES, Nelson y PALACIOS VERGARA, Cristián. “Procedimientos Concursales”, Editorial Thomson Reuters, 2015. p. 15.

⁵⁹ A mayor abundamiento, véase *Ibidem*, p. 15.

“Pese a la aparente claridad del artículo 1º recién citado, la cuestión del sujeto pasivo no es en realidad tan simple. En primer lugar, para la doctrina que puede considerarse mayoritaria, procede la declaración de quiebra de cualquier persona jurídica, excepto del Fisco y de las personas jurídicas de derecho público.”⁶⁰

Gómez Balmaceda excepciona, por ejemplo, a la comunidad y a la sucesión del deudor, aunque no sean propiamente excepciones al no poseer el carácter de personas jurídicas⁶¹. Asimismo, el Fisco considerado como el Estado en términos patrimoniales, tampoco puede ser objeto de un juicio de quiebra, tanto bajo el imperio de la Ley que en este apartado analizamos como en la actual regulación concursal de la Ley 20.720. En buena hora que así sea, pues para el cobro de las obligaciones del Fisco existe un procedimiento especial, el Juicio de Hacienda, y por supuesto, por razones de interés público en tanto no puede pretenderse la quiebra de la organización estatal. No ahondaremos en la presente investigación en los conocidos aforismos *fiscus semper locuples o fiscus semper solvens*.

No obstante lo anterior, hemos de complementar la opinión doctrinaria recién anotada con la precisión que aportan los profesores Araya y Bofill. En efecto,

“ellos (el Fisco y las personas jurídicas de derecho público) no podrían ser sujetos pasivos del citado procedimiento, pues existe a su respecto un procedimiento especial, el Juicio de Hacienda, regulado en el Título XVI del Libro III del Código de Procedimiento Civil. Sobre las denominadas Empresas del Fisco, total o parcialmente estatales, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que desarrollan una actividad económica en el mismo ámbito que otras empresas privadas (p. ej. empresas de transporte), un sector minoritario plantea otra solución.”⁶²

La importancia del sujeto pasivo es patente en los regímenes concursales. El hecho de que históricamente, en ciertas legislaciones, sólo los deudores

⁶⁰ ARAYA PAREDES, Ignacio y BOFILL GENZSCH, Octavio. “Análisis y comentarios a la reforma al régimen concursal chileno (Boletín N° 8324-03)”. p. 297.

⁶¹ GÓMEZ BALMACEDA, Rafael, y EYZAGUIRRE SMART, Gonzalo. *Op cit*, p. 77.

⁶² ARAYA PAREDES, Ignacio y BOFILL GENZSCH, Octavio. *Op cit*, p. 298.

calificados de comerciales pudieran ser declarados en quiebra lo demuestra⁶³. Al respecto, Sandoval sostiene que:

“determinar el tipo de sujeto pasivo de la acción de quiebra se relaciona con el presupuesto de la causa de la quiebra, teniendo en cuenta que una cierta clase de deudores son los más proclives en atentar contra el bien jurídico que ella protege. En el fondo, mediante la determinación del sujeto pasivo se trata de establecer quién puede ser declarado en quiebra.”⁶⁴

Consideramos pertinente extender la relevancia anotada, respecto al sujeto pasivo, al contexto en el que se enmarca la presente investigación. En definitiva, así como históricamente las legislaciones se preocuparon del giro o tipo de actividad del deudor para definir el sujeto pasivo del juicio de quiebra, actualmente no es baladí desconocer la diferencia entre las personas jurídicas de derecho público respecto a aquellas de derecho privado. Más aún, las empresas del estado, como participantes en diversos mercados de relevancia, y en observancia al principio de Igualdad, deben necesariamente ser regulados en un régimen concursal. La omisión, en nuestra opinión, no es aceptable.

Ahora bien, ¿podría ser sujeto pasivo de un juicio de quiebra una empresa estatal? El profesor Gómez-Balmaceda, al analizar los presupuestos del sujeto pasivo en el juicio de quiebra, estima que respecto a las corporaciones de derecho público no procede la declaración de quiebra⁶⁵. A propósito del caso de la Editorial Jurídica, el autor sostiene la improcedencia de que las corporaciones de derecho público sean el sujeto pasivo de un juicio de quiebra.

Por su parte, el profesor Sandoval es enfático al postular que:

“en este mismo orden de ideas, hay que dejar constancia de que las personas jurídicas de derecho público, no obstante ser capaces de contraer obligaciones, no pueden ser sujetos pasivos de la acción de quiebra.”⁶⁶

⁶³ En Chile, esa fue la situación previa a la dictación de la Ley 4.558. *“En algunas legislaciones, la acción de quiebra sólo puede intentarse en contra del deudor comerciante, como era el caso de Francia antes de la ley del año 1967 (...)”*, en SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. *Op cit*, p. 70.

⁶⁴ *Ibíd*em, p. 70.

⁶⁵ GÓMEZ BALMACEDA, Rafael, y EYZAGUIRRE SMART, Gonzalo. *Op cit*, p. 80.

⁶⁶ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. *Op cit*, p. 70.

Nuevamente consideramos que la aparente claridad comienza a difuminarse conforme observamos la realidad del estado empresario. Así, el trabajo de los profesores Araya y Bofill, quienes exponen esta falta de claridad a la hora de analizar la posibilidad de ser sujeto pasivo del juicio de quiebra para las empresas del Estado, sostiene que:

“Para Puga Vial, (las empresas del Estado) deben ser sujetas al régimen general concursal, salvo que una ley expresamente las exceptúe. En el mismo sentido, Godoy Hales, recuerda que la actividad empresarial del Estado debe sujetarse al marco legal común, en conformidad al artículo 19 N° 21 de la Constitución, por lo que cumpliéndose los requisitos de esta norma, las empresas del Estado serán sujetos pasivos de la quiebra, salvo que una norma de quórum calificado expresamente las excluya.”⁶⁷

2.3 Las empresas estatales y su marco jurídico: análisis somero

A modo ejemplar, Ortúzar Santa María desarrolla sucintamente diversos casos de *autorización empresarial legal*⁶⁸ bajo el alero de la CPR de 1980. Al mismo tiempo, el autor constata que la forma jurídica elegida para estas empresas estatales, creadas por Ley, es la de constituir sociedades anónimas.

La ya extinta (al menos en su nombre y forma jurídica original) Línea Aérea Nacional Chile S.A. fue autorizada legalmente por la Ley 18.400, publicada en febrero de 1985, formada a partir de la Corporación de Fomento a la Producción y la Empresa Línea Aérea Nacional-Chile. Como bien anota el profesor Ortúzar, el mensaje presidencial de dicha Ley justifica la creación de la S.A. como:

“respuesta a la necesidad de que Línea Aérea Nacional cuente con una estructura que la habilite para desarrollar en forma eficiente y flexible las operaciones aerocomerciales, que le permitan adaptarse con la debida oportunidad a las condiciones imperantes en el mercado.”⁶⁹

⁶⁷ ARAYA PAREDES, Ignacio y BOFILL GENZSCH, Octavio. *Op cit*, p. 298.

⁶⁸ A mayor abundamiento, véase ÓRTUZAR SANTA MARÍA, Álvaro. *Op cit*, p. 359.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 360-361.

El mensaje de la Ley en comento revela que la iniciativa estatal en materia económica, en términos generales, se servirá de la figura jurídica societaria para cumplir con el principio de eficiencia que impera en la actuación estatal.

¿Cómo categorizamos a ojos de un régimen concursal una sociedad anónima que sirve como vehículo a la iniciativa económica estatal? ¿Cabe aún la exclusión que los tratadistas sostienen respecto a las personas jurídicas de derecho público? ¿Basta con atender exclusivamente a la forma jurídica societaria para incluirla como hipotético sujeto pasivo de un juicio de quiebra? La normativa en análisis, Ley 18.175, no contestó estas dudas.

Más trascendente aún, por ser empresa estatal en la actualidad, es la modificación legal que transforma al Metro de Santiago en sociedad anónima, en virtud de la Ley 18.772. Mediante la legislación en comento la Dirección General de Metro pasó de ser un servicio dependiente del Ministerio de Obras Públicas a una sociedad anónima que se rige por la normativa de las S.A. abiertas.

El mensaje presidencial hace hincapié en la eficiencia como el criterio que justifica la mutación jurídica recién mencionada. Así, se plantea que:

“la actual Dirección General de Metro se enfrenta a los múltiples requerimientos de un mercado y en expansión (...) a lo anterior se contrapone una estructura inadecuada, con escasa flexibilidad, que le impide administrar adecuadamente sus recursos y cumplir eficientemente el rol que se le ha asignado economía”⁷⁰.

Nuevamente, el mensaje presidencial nos deja en claro que, para cumplir con el principio de eficiencia en el contexto de mercados competitivos, la iniciativa económica estatal utilizará la estructura societaria para desarrollar la actividad económica que la ley de quórum calificado le autorice. La cita recién anotada revela que el legislador consideraba superadas las estructuras originales de las empresas estatales, y que la forma jurídica elegida para adaptar las empresas estatales a las exigencias del mercado sería la de la sociedad anónima.

⁷⁰ *Ibíd*em, p. 361.

El mismo criterio se ve reforzado en un pronunciamiento de la Corte Suprema en el contexto de la disputa entre la Asociación Nacional de la Prensa, A.G., y Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.:

“La ley, al darle a la organización encargada de administrar el transporte de pasajeros por ferrocarriles eléctricos urbanos el estatuto jurídico de una sociedad anónima, ha pretendido que sea administrada por un directorio, que es designado por Corfo y Fisco, sus únicos accionistas, y que puede realizar todos los actos jurídicos necesarios, destinados al desarrollo de su giro específico, bajo un estatuto jurídico de derecho privado, de por sí el más adecuado para intervenir en la actividad económica, que en el caso de Metro S.A., se circunscribe al transporte de pasajeros en la forma señalada en su ley orgánica y en sus estatutos.⁷¹”

Esta lógica se refleja aún más nítidamente en el mensaje de la Ley 18.846, publicada ya a fines del gobierno militar, en el año 1989. Mediante esta legislación se constituye una sociedad anónima abierta entre CORFO y el Fisco de Chile, para administrar y explotar las Zonas Francas en la región de Tarapacá. El mensaje presidencial sostiene que:

“la experiencia económica vivida en los últimos años en el país ha demostrado que la sociedad anónima es una estructura jurídica eficiente para lograr la administración racional de los servicios públicos que desarrollan actividades empresariales.⁷²”

Los antecedentes transcritos respecto a la estructura jurídica que han adoptado las empresas estatales invitan, en nuestra opinión, a un análisis del marco jurídico que las rige. La claridad respecto a las corporaciones de derecho público y su imposibilidad de ser sujeto pasivo del juicio de quiebra no permite analizar la situación de las empresas estatales, que son las entidades que más debiesen importar en un régimen concursal, atendida su naturaleza y participación en diversos mercados.

⁷¹ Corte Suprema, "Asociación Nacional de la Prensa A.G. con Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.", Rol N° 248-2000. de 31.01.00

⁷² *Ibidem*, p. 362.

En efecto, podemos citar dos descripciones del marco jurídico que rige a las empresas estatales para ilustrar la complejidad que encierra el tema que en el presente estudio tratamos.

Por una parte, el mensaje presidencial de la Ley 18.851, que transformó en sociedad anónima la Polla Chilena de Beneficencia, sostiene que:

“la administración de juegos de azar en nuestro país, está encomendada a personas jurídicamente constituidas como sociedades de responsabilidad limitada, y la Lotería de Concepción, que administra un sistema de sorteo de números en todo idéntico al de Polla, depende de la Universidad de Concepción. De este modo, resulta que la única organización del área sometida a las normas de derecho público, que son restrictivas por naturaleza, es Polla Chilena de Beneficencia.⁷³”

¿Qué nos quiere decir la referencia a la sujeción de las normas de derecho público? Bajo nuestro punto de vista, la explicación del marco jurídico que se desarrolla en la cita recién transcrita deja en claro que la nueva estructura jurídica que adquieren estas empresas estatales, esto es, la de mutar a sociedades anónimas, pretende sustraer a estas entidades de la *naturaleza restrictiva* del imperio del derecho público.

Aceptando la explicación que acabamos de ofrecer, ¿puede aún explicarse la situación de las empresas estatales a partir de la exclusión de las *personas jurídicas de derecho público* como sujeto pasivo del régimen concursal? ¿se entienden incluidos *per sé* como sujetos pasivos del régimen concursal atendiendo a su estructura jurídica societaria? Podrá optarse por alguna de las opciones recién anotadas, pero el silencio normativo es el que esta investigación presenta como conflictivo, más aún, en observancia al principio de igualdad.

Una muestra de la complejidad que encierra la problemática en cuestión la demuestra la información que Metro de Santiago S.A. entrega públicamente en su sitio web. En efecto, al consultar el “marco normativo” que rige a la empresa estatal en comento, la información del portal web dispone que:

⁷³ *Ibíd.*, p. 363.

“Metro se rige por las normas de las sociedades anónimas abiertas, de conformidad a lo dispuesto por el inciso 6 del artículo 2 de la Ley 18.046, y está sometido a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros. Adicionalmente a las normas del derecho común, aplicables a toda sociedad anónima, Metro también está sujeto a las normas de derecho público por las que se rigen las empresas en que el Estado es dueño o tiene participación mayoritaria.⁷⁴”

¿Cómo consideramos la posibilidad de ser sujeto pasivo en un régimen concursal? ¿Cómo parte de las normas de *derecho común aplicables a toda sociedad anónima*? ¿Atendemos, en cambio, a las *normas de derecho público a las que también está sujeto* Metro S.A.? En el capítulo III pretendemos otorgar ciertas respuestas, o criterios, que bajo el principio de eficiencia y en observancia a la máxima constitucional de igualdad, respondan a la inquietud que hemos presentado.

2.4 Actual Ley de Insolvencia y Reemprendimiento: Ley 20.720

El año 2014 entró en vigor la Ley 20.720, que derogó la Ley 18.175 e incorporó un nuevo régimen jurídico concursal. Los ejes de esta ambiciosa reforma son perfectamente identificados por los profesores Araya y Bofill⁷⁵:

- a) El reconocimiento de contar con una normativa anacrónica, y por consiguiente la necesidad de legislar en miras a establecer procedimientos más ágiles y eficientes.
- b) La intención explícita de apoyar a los emprendedores del país, otorgándoles una herramienta práctica que no los haga *mártires* de un proyecto fallido.
- c) El objetivo de propender a la reorganización empresarial cuando el proyecto sea considerado viable, dejando a la liquidación como una alternativa *por defecto*.

⁷⁴ Consultado el 16 de diciembre en <https://www.metro.cl/corporativo/marco-normativo/>

⁷⁵ ARAYA PAREDES, Ignacio y BOFILL GENZSCH, Octavio. *Op cit*, 283.

d) Una respuesta específica del legislador a la problemática de las personas naturales sobreendeudadas con la consagración de un procedimiento especial aplicable a este supuesto.

e) Alcanzar una renovación que ponga a la legislación concursal nacional a la altura de los países OCDE y de los vecinos de la región.

En efecto, estamos frente a una reforma legislativa que surge a partir de un diagnóstico negativo de la normativa concursal, y que hace hincapié en tres aspectos relevantes del régimen de insolvencia, que, a nuestro juicio, son los siguientes: en primer lugar, la conservación del emprendimiento según su viabilidad. En segundo lugar, dotar de agilidad y eficiencia de los procedimientos. Y, por último, atender a la importancia del sujeto pasivo.

Bajo el prisma del presente estudio, es especialmente relevante la referencia al sujeto pasivo de un procedimiento concursal. Como hemos mencionado anteriormente, la relevancia del sujeto pasivo (ya sea por su actividad, tipo de persona jurídica, etc.) es patente en cuanto define la inclusión o exclusión de un procedimiento concursal a una determinada entidad jurídica.

Sin embargo, la Ley 20.720 no fue lo suficientemente clara, como hubiésemos deseado, respecto al sujeto pasivo. En efecto, la gran distinción que la normativa realiza distingue entre la *empresa deudora* y la *persona deudora*. Las diversas definiciones las otorga el Artículo 2° de la Ley en comento, que a continuación transcribimos.

En primer término, el N°12) del Art. 2° define al Deudor como *“Toda Empresa Deudora o Persona Deudora, atendido el Procedimiento Concursal de que se trate y la naturaleza de la disposición a que se refiera.”* Luego, el N°13) del mismo artículo define la empresa deudora como *“Toda persona jurídica privada, con o sin fines de lucro, y toda persona natural contribuyente de primera categoría o del número 2) del artículo 42 del decreto ley N° 824, del Ministerio de Hacienda, de 1974, que aprueba la ley sobre impuesto a la renta.”* Finalmente, y a modo de

categoría residual, el N°25) define a la persona deudora como “*Toda persona natural no comprendida en la definición de Empresa Deudora.*”

En efecto, las definiciones que el régimen concursal establece plantean el siguiente esquema: serán consideradas empresas deudoras todas las personas jurídicas, sin importar su afán de lucro, mientras *sean privadas*, y adicionalmente las personas naturales que reúnan el requisito ya anotado respecto a su forma de tributar.

Como bien anotan Araya y Bofill⁷⁶, una primera crítica a la regulación en comento dice relación con la identidad que la Ley asume entre el concepto de empresa y la personalidad jurídica. La Ley 20.720 prescinde completamente de un análisis del sujeto pasivo y sus particularidades, y establece como *iguales* a un sinfín de entidades que sólo tienen en común la cualidad de *ser personas jurídicas privadas*.

A nuestro juicio, y no obstante las ventajas prácticas que pueda tener la simplificación de esta categorización del sujeto pasivo, la definición de empresa deudora en la Ley 20.720 está reñida con el principio de igualdad que impera constitucionalmente en materia económica. En efecto, y recordando los *juicios de relevancia* que utilizáramos en los capítulos anteriores, es perfectamente posible considerar que una determinada persona jurídica privada dedicada a fines benéficos, organizada por ejemplo como corporación, merezca un *trato desigual* respecto a una sociedad anónima que sirva como vehículo a una multitienda. ¿Podría considerarse que dicha corporación es una *empresa deudora*? Intuitivamente tendemos a pensar que se ha establecido una regla de igualdad en un supuesto que justifica la discriminación.

Misma lógica ha de seguirse frente a las organizaciones empresariales que se sirven de numerosas sociedades, con el modelo de “multirut”, para analizar los defectos de la definición de sujeto pasivo de la Ley en comento. ¿Puede establecerse que cada una de dichas sociedades sea una empresa en sentido

⁷⁶ *Ibíd*em, p. 300-301.

propio? Como bien anotan Araya y Bofill⁷⁷, el legislador ha igualado el concepto de empresa con las formas jurídicas que sirven de vehículo a dichas organizaciones, lo cual genera consecuencias conflictivas a la hora de analizar la multiplicidad de entidades que caben en el supuesto normativo del Art. 2° N° 13) de la Ley 20.720.

Ahora bien, las dudas se multiplican a la hora de observar la situación de las empresas del Estado, organizaciones que motivan la presente investigación. En principio, la referencia a que sean *personas jurídicas privadas* invita a pensar que las empresas del Estado estarían excluidas de esta definición de *empresa deudora* como sujeto pasivo del procedimiento concursal. Sin embargo, hemos de anotar varias precisiones al respecto.

En primer lugar, no se establece que deban ser personas jurídicas de derecho privado, sino que se utiliza la expresión *privadas*, lo cual aumenta la incertidumbre respecto a las entidades que se encuentran encuadradas en el supuesto normativo del Art. 2° N° 13. Por las discusiones jurídicas que se dieron al alero de la aplicación de la Ley 18.175 (que más arriba comentamos), se puede entender de la expresión *privadas* utilizada por el legislador que ha decidido excluir del procedimiento concursal a las corporaciones de derecho público. ¿Excluye también la expresión *privadas* a las empresas del Estado organizadas como S.A.?

A lo anterior, se suman las dudas que en el capítulo anterior hemos reflejado respecto a qué normativa rige a las empresas del Estado que se organizan como sociedades anónimas. Así, hemos transcrito el mensaje de la creación de la sociedad anónima que sirve de vehículo a la Polla Chilena de Beneficencia, del cual hemos desprendido que se pretende sustraer al emprendimiento estatal en cuestión del derecho público. Por otra parte, Metro de Santiago define que se sujeta a las normas de derecho público que en general rigen a las empresas del Estado.

Para nosotros, en definitiva, existen dos niveles de conflicto: en primer lugar, surgen dudas respecto a si efectivamente la definición de empresa deudora contenida en el Art. 2° N° 13 excluye a las empresas del estado como hipotéticos

⁷⁷ *Ibidem*, p. 360.

sujetos pasivos del procedimiento concursal. Ese es el primer nivel del problema en análisis. Luego, si aceptáramos que las empresas del Estado están excluidas en virtud de la norma ya mencionada, surge el segundo nivel de conflicto: ¿Se ajusta al principio de igualdad presente en nuestra CPR que las empresas estatales estén excluidas del régimen concursal? ¿Podríamos considerar que el Art. 2° N° 13 de la Ley 20.720 es inconstitucional?

Respecto al primer nivel de conflicto que hemos identificado, nos inclinamos por considerar que la exclusión de las empresas del Estado en base a la definición de *empresa deudora* que realiza la Ley 20.720 no es tal. De la referencia a *persona jurídica privada* que el Art. 2° N° 13) de la ley 20.720 realiza puede desprenderse que las corporaciones de derecho público no quedan comprendidas en el supuesto normativo, pero ampliar esa exclusión a las empresas del Estado no necesariamente se ajusta a la intención del legislador, ni al espíritu de la normativa.

En efecto, de la forma societaria elegida por el legislador para el desarrollo empresarial del Estado, y tal como lo consigna el mensaje de la Ley 18.851 que crea la Sociedad Anónima que sirve de vehículo a la Polla Chilena de Beneficencia, se desprende la intención de sustraerla de la rigidez del Derecho Público y someterlas a la normativa de las sociedades anónimas como una forma de hacer más eficientes los emprendimientos del Estado en materia económica. Nos parece que dicho objetivo, sumado a la forma jurídica en la que se desenvuelven estos emprendimientos, son razones que al menos nos obligan a revisar si pueden enmarcarse en el término *privadas* que el Art. 2° N° 13) de la Ley 20.720 sustenta.

La mutación de las empresas del Estado a sociedades anónimas que se desencadenó en la década de los 80, y que hemos consignado con algunos ejemplos en el apartado 2.3) de la presente investigación, precisamente ha tenido como objetivo abandonar la *forma jurídica* de corporación de derecho público por no ser útil a los objetivos que la empresa como organización persigue. ¿Es consistente entonces eximir a estas S.A. de los procedimientos concursales bajo

una equiparación con las corporaciones de derecho público? A nuestro juicio es contraintuitivo.

Por lo demás, y conforme a la amplitud y poca claridad con la que el legislador define a la empresa deudora en el régimen concursal vigente, quedan comprendidas en el supuesto normativo del Art. 2° N° 13) de la ley 20.720 las corporaciones de derecho privado sin fines de lucro. Sin embargo, las empresas del Estado, que compiten en variados mercados con emprendimientos particulares, quedarían en principio excluidas de ser consideradas sujeto pasivo en el actual régimen concursal vigente. ¿Corresponde excluir a las empresas estatales de la aplicación del procedimiento concursal en virtud del imperio con que actúa el Estado? Si la respuesta positiva viene dada por los fines beneficiosos para el bien común que hipotéticamente tienen las empresas del Estado, ¿no podría reconsiderarse la situación en la que se encuentran determinadas corporaciones o fundaciones de derecho privado?

A raíz de lo anterior, hemos de consignar que una interpretación sistemática a la luz del Principio de Igualdad consagrado en nuestra carta fundamental y teniendo en cuenta el mandato constitucional de igualdad de trato en materia económica del Art. 19 N° 21 de la CPR, nos hace considerar que las empresas del Estado podrían considerarse incluidas en la definición de empresa deudora que realiza la Ley 20.720.

En efecto, estas empresas estatales compiten en mercados con empresas particulares, y el mandato del constituyente fue claro a la hora de realizar el juicio de relevancia para imponer las reglas de desenvolvimiento de la iniciativa empresarial estatal: se debe desarrollar en pie de igualdad con los particulares. La exclusión de las empresas del Estado de los procedimientos concursales es consecuencia de un juicio de relevancia que consideramos mal desarrollado: se ha optado por excluirlas por considerarlas equiparables a las corporaciones de derecho público. Tal igualdad no es efectiva en nuestra opinión. El mandato constitucional obliga a *discriminar* entre corporaciones de derecho público y empresas del Estado constituidas en sociedades anónimas, para cumplir con la

máxima constitucional de igualdad entre particulares y Estado en cuanto iniciativa económica.

Y dicha conclusión nos lleva al que hemos definido como segundo nivel del conflicto. Aun desechando nuestra interpretación consistente en incluir a las empresas del Estado en el supuesto normativo del Art. 2° N° 13) de la Ley 20.720, correspondería preguntarse si dicha norma es constitucional. Es decir, si considerando que la exclusión de las empresas estatales de la definición de empresa deudora es la interpretación ajustada a la norma, ¿es una norma que respete la máxima constitucional de igualdad en materia económica entre Estado y particulares?

Los que hemos definido como “primer y segundo nivel del conflicto” serán los presupuestos problemáticos con los que se inicia el tercer capítulo de la presente investigación, que pretender aportar elementos al análisis de estos dos conflictos o interrogantes planteados en los párrafos precedentes, intentando incluir en nuestro análisis diversos aspectos prácticos que a nuestro juicio deben ser considerados para delinear una respuesta a la situación de las empresas del Estado frente al procedimiento concursal y las repercusiones que el Principio de Igualdad genera en la temática.

Capítulo III: Análisis de la regulación a la luz del principio de igualdad y del marco constitucional vigente

3.1 La regulación actual y su ajuste al principio de igualdad

Hemos evidenciado ya nuestra posición respecto a las empresas del Estado respecto a la normativa concursal vigente: nos inclinamos afirmativamente a la inclusión del Estado empresario como *empresa deudora* en el lenguaje de la normativa concursal actual, es decir, comprendido en el Art. 2° N° 13) de la Ley 20.720. Conscientes de la posición ampliamente mayoritaria que niega tal posibilidad, debemos atender al que hemos denominado “segundo nivel de conflicto”, es decir, al ajuste de la exclusión de las empresas estatales del procedimiento concursal con el principio imperante en nuestra CPR de igualdad en materia económica.

En el primer capítulo de la presente investigación hemos destacado el aspecto relacional que identificamos en las diversas nociones de Orden Público Económico. En efecto, parte de la sustancia que este concepto encierra (dentro de su heterogeneidad y poca neutralidad) dice relación con la correcta ordenación de los elementos de dimensión económica, así como los roles que se le asignarán a los particulares y al Estado en materia económica.

Del aspecto relacional mencionado deriva la importancia que adquiere el principio de Igualdad en el contexto de la *constitución económica*. La igualdad en términos de iniciativa económica es uno de los pilares que sustenta el OPE en un determinado contexto constitucional.

Asimismo, y en estrecha relación con los conceptos recién señalados, hemos otorgado un panorama general del principio de Subsidiariedad en nuestro ordenamiento constitucional, transitando por sus diversas interpretaciones y trazando nuestra posición en orden a considerar como parte fundamental del principio la dimensión positiva de la subsidiariedad, abandonada en el entendimiento tradicional, y que de ser acogida en plenitud habrá de convertir la preocupación del presente estudio en un tópico más relevante aún.

Con todos estos antecedentes, hemos de desarrollar un análisis somero de la exclusión de las empresas del Estado como sujetos pasivos del régimen concursal. Así, pretendemos aportar elementos para la discusión y entregar nuestra opinión respecto a las implicancias del principio de igualdad en el conflicto específico de las empresas estatales y la normativa concursal.

Comenzamos remarcando que el concepto empresa, utilizado por el legislador a la hora de definir al sujeto pasivo de la Ley 20.720 (por contraposición a la persona, en dicha normativa), presenta importantes dificultades de definición y engloba un sin número de entidades con *algo* en común, pero con mucho de distinto. Así, Ripert menciona esta complejidad sosteniendo que:

“aunque se reunieran todos los textos en los cuales la expresión ha sido empleada por el legislador, no se avanzaría mucho en el camino de su definición jurídica, pues éste se sirve de la palabra según su comodidad, sin preocuparse de emplearla siempre en el mismo sentido.”⁷⁸

Más aún, la situación de las empresas del Estado nunca ha sido cuestión sencilla de resolver. A propósito de la situación francesa del siglo XX, Ripert profundiza respecto a la *tentación de la economía mixta*, sociedades en las cuales el Estado actuaba como una especie de accionista privilegiado en emprendimientos conjuntos con accionistas particulares.⁷⁹ En virtud de las deficiencias jurídicas que dicha fórmula traía consigo, Ripert delinea una conclusión que hemos querido traer a colación:

“La ley lo puede todo, salvo llegar a conciliar lo que es inconciliable. No se puede unir el Estado, cuya acción desinteresada está dictada únicamente por el interés público, a accionistas que persiguen la obtención de ganancias, en interés privado. O bien el Estado aporta sus medios económicos o su crédito a una sociedad en provecho de los accionistas o bien les impone su voluntad, en cuyo caso existe una empresa del Estado disimulada bajo la forma de una sociedad mercantil. No puede entrar en ella sin una modificación profunda del régimen jurídico.”⁸⁰

⁷⁸ RIPERT, George. “Aspectos jurídicos del capitalismo moderno”, Editorial Comares, 2001. Pg. 252.

⁷⁹ *Ibíd.*, pp. 303 y siguientes.

⁸⁰ *Ibíd.*, pg. 306.

En efecto, lo que pretendemos dejar en claro al comienzo de este acápite es que, desde el punto de vista de los intereses que subyacen el desarrollo de una actividad económica, es evidente que no existe igualdad entre empresas de capitales privados y las empresas del Estado. De ahí que a Ripert le repugnara la posibilidad de que el Estado actúe en sociedades mercantiles como un accionista particular más, pero privilegiado. Son, desde el punto de vista de sus intereses y objetivos, categorías incompatibles.

Sin embargo, la constatación de dicho aspecto no justifica un trato desigual en materia económica. Así lo ha decidido el constituyente, que a la hora de establecer el juicio de relevancia respecto a la regulación de la actividad empresarial privada en relación con la estatal ha pospuesto el aspecto que hemos de denominar *intereses subyacentes* y ha privilegiado otros aspectos para plantear una regla de igualdad.

Como el aspecto de los intereses subyacentes ha sido descartado como relevante para justificar un trato diferenciado entre emprendimientos particulares y estatales, es que reforzamos la crítica esbozada anteriormente respecto a la equiparación de las Empresas del Estado con las corporaciones de derecho público. La CPR de 1980 ha considerado otros aspectos de *relación o comparación* para imponer el principio de igualdad que en materia económica impera entre emprendimientos particulares y estatales. Podríamos mencionar la forma organizacional, la producción y oferta de bienes y servicios, la participación en similares mercados como competidores, etc.

No obstante la complejidad que acarrea el término empresa, es precisamente esa forma organizacional la que contiene a los emprendimientos privados y estatales para el desarrollo de una actividad económica, similitud que justifica también la elección de igualdad que ha realizado el constituyente. Acudir a los intereses subyacentes de los particulares versus aquellos que justifican la actividad empresarial estatal no debe ser el foco de análisis para interpretar la aplicación normativa del principio de igualdad constitucional. Ese aspecto ya ha sido descartado como relevante por la carta fundamental y, en consecuencia, no

debiese protagonizar el análisis que se haga de la actividad económica estatal en su faceta empresarial.

Podría esbozarse, incluso, que la fórmula que contiene el Art. 19 N° 21 inc. 2° de la CPR cuando permite un trato diferenciado a la Empresa estatal, bajo autorización de ley de quórum calificado, es la que podría darle cabida a los intereses subyacentes como justificantes de una discriminación entre emprendimientos particulares y estatales. Esta regla de excepción confirma, en nuestro entendimiento, que los intereses subyacentes a la actividad empresarial del Estado por regla general no justifican un trato diferenciado. La discusión política de nuestro Congreso podría recoger la relevancia de estos intereses subyacentes y, tras su sometimiento al debate legislativo, aprobar vía LQC un trato desigual.

Sin embargo, en la asimilación que hemos identificado de las empresas del Estado a las corporaciones de derecho público existe, en nuestra opinión, una suerte de justificación de la exención de las empresas del Estado a ser sujetos pasivos del régimen concursal que dice relación con los intereses subyacentes de estos emprendimientos. ¿Corresponde esta vulneración al Principio de Igualdad, a propósito de los intereses subyacentes?

Como ha quedado demostrado en los acápites anteriores, las transformaciones de las empresas del Estado a sociedades anónimas, sobre todo en la década de 1980, trazaba como objetivo flexibilizar su funcionamiento y mejorar su eficiencia abstrayéndolas de la rigurosidad del derecho público. No obstante, el fundamento doctrinario que hoy en día exime a las empresas estatales de la aplicación del régimen concursal es su sujeción al derecho público, máxime por el tenor de la norma que define a la empresa deudora en la Ley 20.720, que habla de *persona jurídica privada*.

¿La hipotética sujeción al Derecho Público constituye fundamento suficiente para vulnerar el principio de igualdad de nuestra CPR en materia económica? En

capítulos anteriores planteamos nuestra posición escéptica respecto a la efectiva sumisión absoluta de las S.A. estatales al derecho público, en virtud de los mensajes que acompañaron diversos proyectos de Ley en los que mutaron empresas estatales de corporaciones a sociedades anónimas. Pero aun aceptando que dichas empresas estatales constituidas en sociedades estén sujetas a las normas de derecho público, ¿se ajusta al principio de igualdad que los emprendimientos estatales no puedan acogerse, voluntaria o forzosamente, al procedimiento concursal vigente?

3.2 La regulación actual y su ajuste al Art. 19 N°21 de la Constitución

La jurisprudencia actual de la Corte Suprema, a la hora de analizar el papel del estado empresario y sus limitaciones, a propósito de la Ley 18.971, sostiene:

“Que, el sentido y alcance del instituto jurisdiccional previsto en la Ley N° 18.971 es el amparar la garantía constitucional de "la libertad económica" frente al Estado empresario, cuando éste, transgrediendo un principio de la esencia del Orden Público Económico Nacional, como lo es el de la subsidiariedad, interviene en el campo económico no acatando las limitaciones contempladas en el artículo 19 N° 21 inciso 2° de la Carta Fundamental, ya sea por desarrollar esa actividad sin autorización de una ley de quórum calificado o sin sujetarse a la legislación común aplicable en dicho ámbito a los particulares.”⁸¹

Nuestro máximo tribunal, en su pronunciamiento, vincula el OPE y la Subsidiariedad directamente con el Art. 19 N°21 de la CPR y en específico con el recurso de amparo económico, lo cual refuerza la relevancia de decantar estos conceptos y revisar las interpretaciones tradicionales, como se ha intentado en el presente estudio. Pero, además, es tajante en plantear que el recurso en comento protege en su esfera de aplicación que el Estado empresario actúe sin sujetarse a la legislación común aplicable a los particulares.

La lógica detrás del pronunciamiento de la Corte Suprema se condice con lo expresado en estas líneas, en orden a que la posibilidad de excepcionar al

⁸¹ Corte Suprema, “ASOCIACIÓN DE COMERCIANTES DE PRODUCTOS DEL MAR CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DEL TERMINAL PESQUERO S.A. Y OTROS”, causa ROL 26399-2018.

emprendimiento estatal de las normas aplicables a los particulares sólo procede bajo LQC. Así, lo que hemos denominado *intereses subyacentes*, como motivo justificante de una excepción a la regla de igualdad en materia económica, podrá ser un factor válido y trascendente al momento de votar un proyecto de Ley, de quórum calificado, para permitir que las empresas estatales no sean sujetos pasivos del procedimiento concursal.

Actualmente una excepción de origen legal de ese tipo no existe. Esto quiere decir que no se encuentra alterada la norma del Art. 19 N°21 inc. 2° en materia concursal, que hipotéticamente permita sostener que conforme a la CPR las empresas del Estado no pueden ser sometidas a un procedimiento concursal. Además, reiteramos nuestra opinión en el sentido de que la sujeción de estas empresas al derecho público no permite sortear el mandado constitucional de igualdad.

Es tal la relevancia del principio de igualdad en la interpretación del Artículo que en este acápite analizamos, que la Corte Suprema sostiene respecto al denominado “Recurso de Amparo Económico” lo siguiente:

“Contempla así la Ley N° 18.971 una acción popular, que trasunta el designio del legislador en orden a amparar por su intermedio el derecho a la libertad económica, no en cuanto a transgresiones a la misma que afecten en general a los individuos particulares en su interés personal, sino cuando tales vulneraciones provengan de la actividad empresarial del Estado quebrantando las normas de Orden Público Económico consagradas en el mencionado artículo 19 N° 21 inciso 2° de la Constitución Política. La generación de un instrumento jurídico específico en defensa de esta garantía, sin duda, es la respuesta legislativa frente a la insuficiente eficacia del recurso de protección para asumir ese rol en diversos aspectos, tales como la explicable falta de motivación de las personas, individualmente consideradas, para deducir un recurso de protección en resguardo del derecho a la libertad económica como un

derecho de carácter general, al no sentirse afectadas en un derecho subjetivo que les concierna en lo particular.”⁸²

En efecto, respecto a la motivación de la Ley que regula el procedimiento del Recurso de Amparo Económico, la Corte indica que se trata de una respuesta legislativa a la insuficiencia que el recurso de protección del Art. 20 de la CPR adolecía. Así, se constituye este recurso específico como una *acción popular*, de titularidad amplia, y que no exige la lesión de un derecho subjetivo en particular a quién la alega.

Del tenor del pronunciamiento de la Corte, así como de lo sostenido por la doctrina, se desprende que la titularidad amplia del Recurso de Amparo Económico dice relación con un interés general por resguardar la igualdad de trato en materia económica, que en consecuencia se plantea como un derecho de carácter general, susceptible de ser protegido por la judicatura sin que el recurrente sea titular de un derecho en particular o justifique su pretensión en una determinada lesión que lo afecte individualmente.

El profesor Fermandois, cercano a la concepción tradicional del principio de subsidiariedad, hace énfasis en la importancia del Recurso de Amparo Económico en los siguientes términos:

“El Amparo Económico tiene una fuerte connotación penal, pese a no dirigirse a investigar delitos ni infracciones a la garantía de la libertad personal del artículo 19 N° 7. No obstante, el bien jurídico tutelado -la subsidiariedad económica del Estado- es tan relevante para el legislador que este exige una participación activa, inquisitiva, acusatoria del Tribunal. El requerimiento se llama "denuncia", y se tramita por las reglas del recurso de amparo (penal).”⁸³

Del tenor de la conceptualización que el profesor Fermandois realiza, se desprenden dos elementos que hemos querido traer a colación para analizar el Art. 19 N° 21 y su relación con las empresas del Estado en sede concursal: por una parte, el bien jurídico protegido mediante la acción constitucional en análisis

⁸² Corte Suprema, causa reservada, ROL 25431-2014.

⁸³ FERMANDOIS VOHRINGER, Arturo. Comentario de Jurisprudencia “Piña Parraguez, Ignacio con Alcalde de Viña del Mar y otro”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 26 N° 1, pp. 193-201 (1999). Pg. 198.

es la subsidiariedad económica del Estado. Por otro lado, el Recurso de Amparo Económico refleja la especial trascendencia de dicho bien jurídico mediante la imposición de un procedimiento *cuasipenal*. Hacia la misma conclusión apunta la característica de *derecho de carácter general* que detallábamos en los párrafos precedentes.

En síntesis, el artículo 19 N°21 de la CPR, que es expresión del principio de igualdad en materia económica, tiene como mecanismo de protección una acción constitucional especialísima, cuya titularidad y procedimiento denotan una especial preocupación del legislador en otorgar herramientas de tutela ante las posibles vulneraciones que el Estado realizare a sus márgenes de actuación en materia económica.

¿Se condice con las características que hemos apuntado del Artículo 19 N°21 que nuestra legislación omita referirse a las empresas del Estado como sujetos pasivos de procedimiento concursal? Ante dicha omisión, ¿es constitucional estimar, como estima la doctrina mayoritaria, que las empresas del Estado no pueden ser sujeto pasivo en el procedimiento concursal de la Ley 20.720?

En palabras del profesor Fermandois, nos encontramos frente a una situación de *desborde inconstitucional del principio de subsidiariedad en materia económica*⁸⁴, en este caso no por involucrarse el Estado en actividades empresariales no autorizadas por Ley, sino por desacatar la norma contenida en el Art. 19 N°21 de la CPR y, en consecuencia, gozar de un trato diferenciado a los particulares sin una LQC que lo autorice.

Más allá de la conceptualización que se sostenga respecto al principio de subsidiariedad, ya sea en su vertiente tradicional o en los enfoques críticos y más modernos que hemos mostrado en el presente estudio, la transgresión al mandato de igualdad en materia económica que se encuentra recogido en el Art. 19 N°21 de la CPR es, en efecto, una vulneración a dicho principio en su dimensión negativa. Por eso compartimos el diagnóstico de desborde inconstitucional del principio de subsidiariedad.

⁸⁴ *Ibíd*em, pg. 195.

Porque aún aceptando la relevancia de la dimensión positiva del principio, desconocida en la doctrina tradicional que hemos apuntado en el comienzo de esta investigación, precisamente el sentido de la subsidiariedad como principio imperante en materia económica, en cualquiera de sus facetas, es enmarcar la actividad empresarial del Estado en un plano de igualdad con los particulares, respetando así sus garantías. Contrario a lo que pudiese creerse, la aceptación de la dimensión positiva de la subsidiariedad en nuestro ordenamiento jurídico no conduce a reconocerle prerrogativas al Estado en su faceta empresarial, sino a comprender que la norma del Art. 19 N°21 de la CPR no contiene un mandato constitucional de constricción *ex ante* de la actividad empresarial del Estado.

En consecuencia, y realizado el análisis del Artículo 19 N°21 de la CPR, nos permitimos concluir que la exclusión de las empresas del Estado de los procedimientos concursales es inconstitucional, porque implica desconocer en nuestro ordenamiento jurídico el principio de igualdad, de subsidiariedad, y la fuente normativa que los recoge. Ninguna interpretación permite sostener que la sujeción de las empresas estatales a las normas de derecho público justifique la vulneración a la norma contenida en el Art. 19 N°21 de la CPR. Ante el silencio de la Ley 20.720 respecto a la situación de los emprendimientos estatales como hipotéticos sujetos pasivos del procedimiento concursal, incluso podría intentarse un Recurso de Amparo Económico para conseguir tutela de la judicatura ante lo que hemos delineado como un desborde inconstitucional del principio de subsidiariedad.

Ahora bien, en los capítulos venideros pretendemos abarcar consideraciones más prácticas, que permitan analizar la situación de las empresas del Estado, diferenciarlas, y adicionalmente revisar jurisprudencia respecto a la Editorial Jurídica, que como se detallará más adelante, es una corporación de derecho público y no una empresa estatal, pero da luces de las problemáticas de eficiencia que interesan también a la presente investigación.

3.3 Casos de implicancia práctica: la diversidad de emprendimientos estatales, sus diferentes naturalezas jurídicas y su necesidad para el bienestar social

En el presente capítulo pretendemos aterrizar la investigación a los casos prácticos en los que se traduce la actividad económica estatal en la actualidad. En efecto, sólo un acercamiento práctico a las actividades en las que se desenvuelve el Estado y las respectivas naturalezas jurídicas que tenga el estado empresario permitirán dimensionar la importancia de la problemática que hemos reflejado en este trabajo.

El listado de Empresas del Estado al año 2019⁸⁵, proporcionado por el Sistema de Empresas (en adelante, “SEP”), consigna los siguientes emprendimientos estatales categorizados por el área económica en la que se desenvuelven:

Empresas Portuarias:

- Empresa portuaria Arica.
- Empresa portuaria Iquique.
- Empresa portuaria Antofagasta.
- Empresa portuaria Puerto de Coquimbo.
- Empresa portuaria Valparaíso.
- Empresa portuaria San Antonio.
- Empresa portuaria Talcahuano - San Vicente.
- Empresa portuaria Puerto Montt.
- Empresa portuaria Chacabuco.
- Empresa portuaria Austral.

Empresas de Servicios:

- Casa Moneda S.A.
- Correos Chile.
- Cotrisa S.A.

⁸⁵ <http://www.sepchile.cl/empresas-sep/> Consultado por última vez el 14 de mayo de 2019.

- Econssa S.A.
- Polla S.A.
- Sacor SpA
- Sasispa SpA
- Zofri S.A.

Empresas de Transportes:

- Empresa de los Ferrocarriles del Estado.
- Metro S.A.

El SEP es un Comité creado por la CORFO como organismo técnico asesor del Estado, cuya materia de competencia es la evaluación de gestión y gobierno corporativo de las empresas estatales. Concentra las decisiones y representación que le cabe al Estado como accionista en estas empresas del sector estatal, entregando orientaciones y velando por el cumplimiento de los objetivos particulares de cada una de las empresas estatales, y facilitando el desarrollo de posibles sinergias.⁸⁶

De la definición recién transcrita se desprende que el SEP es un órgano a cargo de supervigilar lo que se ha denominado en doctrina como Sociedades del Estado (o a algunas de ellas en las que CORFO sea socio), cuya creación está autorizada por LQC:

“La primera premisa que debemos resaltar en el análisis de estas sociedades, es que ellas se conforman como tales, a través de la debida autorización legal de quórum calificado a sus respectivos socios (artículo 19 N° 21 de la Constitución Política). Así por ejemplo la sociedad RPC. S. A. se constituyó conforme atribuciones expresas que se otorgaron a sus socios la Empresa Nacional del Petróleo (ENAP), empresa comercial con personalidad jurídica propia de derecho público, y que se rige justamente por la ley 9.618 de 1950, cuyo texto refundido,

⁸⁶ A mayor abundamiento, véase: http://www.sepchile.cl/nuestra-organizacion/quienes-somos/?no_cache=1
Consultado por última vez el 14 de mayo de 2019.

coordinado y sistematizado es el DFL. N° 1/86 de Minería publicado en el Diario Oficial con fecha 24 de abril de 1987.⁸⁷

Respecto al mecanismo de nacimiento a la vida jurídica de estas Sociedades, continúa el autor Oelckers detallando la autorización legal que le permite a CORFO constituir Sociedades, en la expresión de la faceta empresarial del Estado como accionista en un emprendimiento:

El otro ente público que opera normalmente como socio es la Corporación de Fomento de la Producción. La atribución legal para constituir sociedades por parte de la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO) organismo autónomo de la Administración del Estado, con personalidad jurídica propia atribuida por ley y, por lo tanto, de derecho público, con patrimonio propio distinto al del Fisco, consta de la ley 6.640 del año 1941, artículo 25 y en su decreto reglamentario 360/45 del Ministerio de Economía y Comercio, artículo 10. Son estas atribuciones generales que le permiten a CORFO aportar capitales para la realización de actividades productivas y celebrar los consiguientes contratos, entre ellos el de sociedad.⁸⁸

Las Sociedades recién definidas no son la única figura jurídica de la que se sirve el Estado para ejercer la actividad empresarial. En efecto, se suele distinguir entre las *empresas creadas por Ley*, de las Sociedades que hemos anotado cuya existencia está autorizada por Ley, pero no son creadas directamente por la misma.

El profesor Patricio Latorre anota una serie de características que detallan el procedimiento y la naturaleza de las empresas estatales creadas por Ley, de la siguiente manera:

“Cuando el Estado decide llevar a cabo actividades empresariales, lo usual es que propicie la creación de una empresa que forme parte de los cuadros orgánicos de la Administración del Estado, para cuyo efecto se requiere la emisión de una ley, la que debe poseer el carácter de quórum calificado, conforme a lo previsto por los artículos 63 N° y artículo 65, inciso cuarto, N° 2, en relación al artículo 19 N° 21

⁸⁷ OELCKERS CAMUS, Osvaldo. “Las Sociedades de capital mayoritario del Estado. Sus vínculos y diferencias con la Administración del Estado. Su estatuto y control.”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XXI, 2000, Valparaíso, Chile. Pg. 61.

⁸⁸ *Ibidem*, pg. 62.

CPR. La primera de dichas disposiciones se refiere a las materias de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República en tanto que la segunda contempla dentro de estas últimas a las que disponen la creación de "empresas del Estado". El último de los preceptos citados, por su parte, exige que la intervención del Estado en actividades empresariales sea autorizada por una ley de quórum calificado.

En estos casos, el órgano empresarial es creado con personalidad jurídica de derecho público y bajo la naturaleza propia de un órgano descentralizado funcionalmente, característica en cuya virtud pasa a formar parte integrante de la Administración del Estado.

Tales son las empresas del Estado o empresas públicas a las cuales alude el artículo 1 °, inciso segundo, de la Ley N° 18.575: *Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*.

Ellas se caracterizan, entonces, por regirse por un estatuto jurídico de derecho público, el cual regula las funciones, potestades, organización, personal y patrimonio de ese órgano estatal.⁸⁹

En efecto, la actividad económica del Estado tiene, en principio, dos formas de desarrollo diferentes, no obstante ser ambas expresiones de una actividad empresarial. Estas formas de desarrollo del Estado empresario poseen diferencias jurídicas relevantes, ¿Justifican dichas diferencias en el marco normativo efectuar una discriminación a la hora de analizar su situación respecto a procedimiento concursal?

Para algunos autores la existencia de las ya definidas Sociedades del Estado es, no obstante su forma jurídica, expresión del Estado *asimilable* a los organismos que lo componen (al Estado):

“La Ley que autoriza *desarrollar* esa actividad empresarial del Estado, luego de otorgar tal autorización, entra a otorgar potestades de poder público/atribuciones jurídicas propias de un órgano estatal administrativo, a órganos estatales, v. gr.

⁸⁹ LATORRE VIVAR, Patricio. “Las sociedades estatales en el ordenamiento jurídico chileno: Naturaleza, límites y control de sus actividades.”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XXX, 2008, Valparaíso, Chile, pp. 223-240.

Fisco y Corfo, para “proceder a la creación” de un ente societario (...) y numerosas otras circunstancias o condiciones, declarando incluso que este nuevo ente es el “sucesor legal” o su “continuador legal” del organismo estatal que ha sido transformado de “empresa del Estado”, de “organismo autónomo del Estado”/institución, o de “órgano fiscal”, en sociedad anónima.⁹⁰

Para este autor, el vehículo jurídico que contiene estos emprendimientos estatales, eso es, la forma societaria que han adquirido no implica desconocer que estas empresas del Estado son una extensión del órgano del Estado que las ha creado, en una suerte de continuador legal. Insiste el profesor Soto Kloss en esa línea:

“¿Puede afirmarse sensatamente que tales “sociedades anónimas del Estado” no son creadas por ley? ¿Puede sostenerse lealmente que no ha sido el legislador quien ha dado el *fiat* (hágase) creador de ellas? ¿Puede, acaso, un artificio que no es sino un subterfugio para evitar caer en la expresión literal “creadas por ley” (Ley 18.575, art. 1°), impedir que se afirme que es la ley quien las crea, las configura, determina su régimen y la introduce en el ordenamiento jurídico?⁹¹”

Para Soto Kloss el hecho de que el Estado utilice el vehículo jurídico de la Sociedad para organizar sus emprendimientos no permite concluir que dichos entes societarios no son creados por Ley, y acude a la falta de voluntad del Fisco (o de CORFO), como accionistas, en la suscripción de un contrato de Sociedad:

“El artilugio que significa la aparente expresión de voluntad -enteramente forzada y dirigida- de ambos organismos públicos (Fisco y Corfo) para “formar” esa sociedad anónima aparece como un mero “velo” tan transparente e inmaterial, que es incapaz en lo sustancial de alterar la realidad concreta y tangible de la ley que le da creación⁹²”

Ahora bien, la conclusión que el autor extrae de esta aparente falta de voluntad parece ir demasiado lejos. En efecto, se puede llegar a coincidir en que la voluntad que otorgue el Fisco o CORFO como accionista en una Sociedad difiere de la

⁹⁰ SOTO KLOSS, Eduardo. “Las Sociedades del Estado”, en Revista de Derecho Administrativo Económico, Volumen N° II, 2000, Pp. 335-342. Pg. 337.

⁹¹ *Ibidem*, pg. 337.

⁹² *Ibidem*, pg. 337-338.

voluntad que puede tener un accionista particular en la creación de un ente societario. Sin embargo, con este antecedente el profesor Soto Kloss argumenta:

“Por cuanto en un Estado de Derecho no hay órganos soberanos, todos están bajo la Constitución y ninguno sobre ella; todos están *sujetos* a ella y no desvinculados o desligados de su acatamiento u obediencia; y, por lo tanto, todos ellos están *limitados y condicionados* en su actuar por los derechos de las personas, derechos que emanan de la naturaleza humana, los cuales el Estado y cada uno de sus órganos no solo deben respetar en su integridad y en su esencia sino que incluso promover en su ejercicio.

Y es que este subterfugio o mero “velo inmaterial” no tiene la consistencia intelectual, racional, ni jurídica, para esconder la verdadera finalidad que es escapar a controles, a su integración en la Administración del Estado (art. 11 Ley 18.575), y al derecho público, en sus bases constitucionales y en sus principios fundamentales.⁹³”

Para el autor, hacer eco a la forma jurídica que contiene estos emprendimientos estatales es desconocer la verdadera *naturaleza jurídica* de las Sociedades estatales, que constituirían órganos del Estado completamente sometidos a las normas y restricciones que el Derecho Público impone.

Como esbozamos anteriormente, una interpretación tan categórica como la que postula Soto Kloss desconoce los fundamentos que justificaron la creación de varias de las Sociedades Anónimas que hoy sirven de vehículo al emprendimiento estatal. Como mencionamos más arriba, los mensajes de Ley que acompañaron a los cuerpos legislativos que crearon algunas de las denominadas Sociedades del Estado mencionan expresamente que uno de los objetivos de la nueva forma jurídica de estas empresas estatales era escapar a la rigidez que les imponía el Derecho Público, y en consecuencia dotarlas de la flexibilidad necesaria para competir en determinados mercados y/o hacer más eficiente su gestión.

Pero, además, el autor comete en nuestra opinión dos errores más, de razonamiento jurídico: por una parte, intenta acudir a la autorización legal para la

⁹³ *Ibidem*, pg. 338.

creación de estas Sociedades para sostener que son una suerte de Sociedad Legal, de una forma a nuestro juicio artificiosa, sin grandes argumentos que permitan establecer dicha conexión. Con una lógica parecida a la del autor, se podría sostener que una Sociedad de Responsabilidad Limitada suscrita por tres particulares que sirva de vehículo jurídico para una lavandería es creada por Ley pues el Código de Comercio autoriza su creación. El autor no otorga argumentos jurídicos que permitan desconocer la forma jurídica de estas sociedades.

Por otro lado, el argumento tendiente a descartar como relevante la figura societaria que contiene a estos emprendimientos estatales atendiendo a la falta de voluntad del Estado también carece de sustentos jurídicos que permitan sortear la clasificación y naturaleza de los distintos tipos sociales en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, nos parece que hacer caso omiso a la naturaleza de cada tipo social y su pertenencia a determinadas regulaciones no puede fundarse exclusivamente en una interpretación arbitraria de la voluntad del Estado (o falta de ella) en constituir estas Sociedades, buscando una especie de causa psicológica que ni siquiera en los particulares puede identificarse necesariamente.

En resumen, la postura del profesor Soto Kloss apunta a igualar las Sociedades del Estado a las empresas estatales creadas por Ley, y, asimismo, considerar que ambos tipos jurídicos son en realidad órganos del Estado. Soto Kloss sostiene que cualquier argumentación en orden a atender al tipo social de estos emprendimientos por sobre su relación con el Estado es, en realidad, una artimaña para eximir a estas empresas de la normativa de derecho público y sus limitaciones. Su visión, errada bajo nuestro punto de vista, es, sin embargo, de capital relevancia a la hora de atender, por ejemplo, a la aplicación de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, 18.575.

En contraposición a la doctrina que hemos reflejado en los párrafos anteriores, encontramos al profesor Patricio Latorre, que invita a una interpretación que se sustenta sobre dos ejes claramente apuntados: por una parte, observa en su análisis la forma jurídica de los emprendimientos estatales, la diferencia entre las

empresas creadas por Ley y las sociedades del Estado, y, en consecuencia, los marcos normativos que rigen a cada una. Por otra parte, no olvida que las empresas estatales en general tienen un fin público intrínseco que debe ser considerado a la hora de analizarlas.

A diferencia del profesor Soto Kloss, Latorre funda su razonamiento en evidenciar las diferencias que mantienen las empresas del Estado creadas por Ley de las Sociedades del Estado, para a partir de ahí extraer conclusiones que permitan descifrar el marco jurídico de los emprendimientos estatales y la sujeción de estas empresas a las normas constitucionalmente relevantes.

En esta línea, Latorre cita la opinión de Contraloría General de la República (en adelante, "CGR") en el seno del proyecto de Ley sobre probidad administrativa, mediante dictamen N° 39.562 de 1 de diciembre de 1997, que sostiene:

"La naturaleza jurídica y caracteres de las empresas del Estado es que éstas son creadas, nacen a la vida del derecho, por la ley de quorum calificado, la que señala su naturaleza jurídica de servicio público descentralizado funcionalmente, establece sus objetivos, sus funciones, su estructura, incluidas sus autoridades y atribuciones de ellas, su régimen financiero, su régimen de personal. Todas estas normas son de derecho público y por tanto toda empresa del Estado se encuentra en la situación de ser aprobada por ley de quorum calificado, la que señala un régimen de derecho público, lo que se ajusta estrictamente al artículo 19 N° 21 CPR. Por ser servicios públicos, sólo pueden crearse por ley y señalarse sus objetivos, funciones, atribuciones y autoridades también por ley.⁹⁴"

En efecto, el pronunciamiento de la CGR es categórico en sostener que las empresas del Estado creadas por Ley se ajustan al artículo 19 N° 21 de la CPR y a su vez quedaría confirmada su sujeción a las normas del derecho público. Se vislumbra en la opinión de la CGR un especial énfasis en el papel que juega la Ley en la creación de la empresa estatal. En efecto, es la jerarquía y la naturaleza de la Ley la que le otorga a este tipo de empresas la naturaleza de *servicio público*.

⁹⁴ LATORRE VIVAR, Patricio. Ibid, pg. 225.

Del tenor de la opinión recién transcrita puede estimarse que este tipo de emprendimientos estatales se eximirían de ser sujetos pasivos en los regímenes concursales. En efecto, su calidad de servicio público y la sujeción a las normas de derecho público obligan a concluir que las empresas de Estado creadas por Ley no se encontrarían comprendidas en la definición de empresa deudora que entrega la Ley 20.720. Nos parece que esta línea de argumentación permite justificar el quebrantamiento del principio de igualdad, específicamente con este tipo de emprendimientos estatales, en orden a establecer una diferencia respecto a las condiciones que enfrentan las empresas particulares. Ahora bien, la sujeción que la misma CGR apunta al Art. 19 N° 21 de la CPR nos permite indicar que la LQC que crea estas empresas debiese consignar expresamente el trato desigual con los particulares en materia de procedimientos de insolvencia.

Al mismo tiempo, la CGR se encarga de definir a las Sociedades del Estado en el pronunciamiento ya apuntado. El órgano de control aporta elementos para reforzar las diferencias que existen entre ambas formas de desarrollo del emprendimiento estatal, esgrimiendo que son diametralmente opuestas:

"porque ellas no nacen directamente de la ley. La ley de quorum calificado faculta a determinado órgano u órganos estatales para crearlas bajo la fórmula de sociedades privadas, por lo que no es ni la ley la que las crea y su régimen jurídico es el de derecho privado que es determinado en una escritura social.⁹⁵"

A partir de estas diferencias el profesor Latorre estima, en contraposición a Soto Kloss, que las Sociedades del Estado no forman parte de la Administración del Estado, categorización relevante a la hora de analizar las obligaciones que determinadas Leyes les imponen (la LOCBGAE, por ejemplo) o la sujeción a los procedimientos concursales que motivan la presente investigación:

"Las características expuestas llevan a sostener que estas sociedades no forman parte de la Administración del Estado, a diferencia de lo que ocurre con las empresas públicas propiamente tales, sino que integran la denominada "administración invisible del Estado", formada por organismos en que el Estado

⁹⁵ *Ibíd.*, pg. 226.

participa o tiene representación para cumplir una función que sea de interés de aquél, pero que no integran su Administración.⁹⁶”

A continuación, Latorre apunta a una distinción de la cual nos servimos, pues grafica la situación de las Sociedades del Estado respecto al marco jurídico que las rige, y va en la dirección que pretende sustentar este trabajo para resolver la problemática de los emprendimientos estatales frente a la Ley concursal y su relación con el principio de igualdad.

“Es importante reiterar que lo que no debe confundirse es el fin perseguido por una determinada actividad que el Estado haya creído necesario ejecutar, el que sólo puede poseer un carácter público, con exclusión de aquellos que sólo miren al interés privado, con los medios e instrumentos de los cuales él se sirva para satisfacer dicho tópico.⁹⁷”

El profesor Latorre apunta a que el interés público que deben perseguir las Sociedades del Estado es en efecto una exigencia constitucional, y en efecto, nosotros vemos en dicha exigencia una expresión del principio de subsidiariedad. Esta referencia al fin público que desempeñan las Sociedades del Estado nos parece más certera y ajustada al contexto constitucional en el que se desarrollan estos emprendimientos estatales que la búsqueda de *voluntad* que Soto Kloss sugiere, por cierto, imposible de igualar a la voluntad de los particulares en la constitución de una Sociedad, por la cual el autor criticado pretende declarar la sujeción de estas Sociedades del Estado a la normativa de derecho público.

Asimismo, la remisión al fin público de las Sociedades del Estado otorga un criterio de interpretación en la materia más ajustado al OPE que la interpretación que postula Oelckers. En efecto, atender sólo a aspectos formales basados en su tipo social para negar el interés público que revisten estas Sociedades es, jurídicamente, desconocer que forman parte del *sujeto pasivo* al que se dirige la norma contenida Art. 19 N° 21 de la CPR.

⁹⁶ *Ibidem*, pg. 226.

⁹⁷ *Ibidem*, pg. 230.

En la interpretación que propone Oelckers se plantea una suerte de contradicción en cuanto, al iniciar su artículo respecto a las Sociedades del Estado, describe el marco jurídico atinente a ellas de la siguiente manera:

“La primera premisa que debemos resaltar en el análisis de estas sociedades, es que ellas se conforman como tales, a través de la debida autorización legal de quórum calificado a sus respectivos socios (artículo 19 N° 21 de la Constitución Política).⁹⁸”

En efecto, el autor, al comenzar su planteamiento, tiene como premisa que las Sociedades del Estado nacen a la vida jurídica en virtud del procedimiento de autorización de contenido en el Art. 19 N° 21 de la CPR. Continúa su análisis realizando un ejercicio práctico de reconstrucción de la historia de constitución de la Refinería de Petróleo de Concón S.A., sociedad constituida por la Empresa Nacional del Petróleo y CORFO (ambos organismos del Estado facultados por Ley para conformar sociedades).

Respecto a la naturaleza del ente societario en análisis (lógica que puede extenderse perfectamente a las Sociedades del Estado), el autor remarca el carácter lucrativo que tendrían las sociedades en análisis:

“La esencia de una sociedad comercial es justamente el lucro, situación que se desprende claramente del artículo único de la ley 18.888, que autoriza a ENAP a formar sociedades cuyo objeto sea almacenaje, transporte, transformación, tratamiento, procesamiento, refinación, venta y en general comercializar petróleo o gas, así como realizar cualquier otra actividad industrial que tenga relación con hidrocarburos y sus productos derivados.⁹⁹”

Para luego, concluir con la siguiente idea:

“Debe pues concluirse que la sociedad RPC. S. A. constituye una sociedad anónima cerrada, se rige por la tantas veces citada ley 18.046 y por sus propios Estatutos, sin que obste a ello el hecho que sus socios ENAP y CORFO, sean instituciones que formen parte de la Administración del Estado, puesto que la

⁹⁸ OELCKERS CAMUS, Osvaldo. Pg. 61.

⁹⁹ *Ibíd*em, pg. 63.

sociedad que conformaron es una persona jurídica distinta a la de sus accionistas individualmente considerados.

Queremos dejar establecido desde ya, que todas las leyes y reglamentos citados constituyen normas que autorizan para conformar sociedades comerciales y no creadoras por sí mismas de la sociedad, la que se constituye conforme a su estatuto como sociedad según la escritura pública suscrita.¹⁰⁰

Oelckers opta por sostener que, una vez constituida la Sociedad del Estado, esta se desliga completamente de su origen ligado a organismos del Estado, y, en consecuencia, pasa a ser una más de las miles de sociedades creadas por los particulares. Así, el autor interpreta el desenvolvimiento de las Sociedades del Estado y su relación con la normativa constitucional, en específico con el Art. 19 N° 21 de la CPR, de la siguiente manera:

“Hay en este artículo constitucional un elemento clave para definir la intención del constituyente que no es otra que disponer que si los organismos de la Administración del Estado deciden participar en actividades empresariales ellos deberían hacerlo conforme a la legislación común aplicable a los particulares y que no es otra que la legislación mercantil de sociedades comerciales, pues lo que ellos pretenden es realizar una actividad empresarial, entendiendo por tal la actividad productora de bienes y/o servicios en competencias de mercado, con fines lucrativos y para lo cual el legislador ha creado específicamente las sociedades comerciales en el ámbito privado. Por otra parte el concepto de participar que utiliza el constituyente refleja igualmente la idea de asociación con otros, lo que se materializa evidentemente en este tipo de actividades empresariales, en sociedades comerciales como la sociedad anónima cerrada que conforma el estatuto de la sociedad RPC S.A. que hemos tomado como ejemplo.¹⁰¹”

Nos parece que en este pronunciamiento se evidencia la contradicción que presenta el análisis del autor. Menciona, acertadamente, que la norma constitucional que rige la actividad empresarial del Estado propugna que éste lo haga sin prerrogativas especiales, es decir, con la legislación aplicable a los

¹⁰⁰ Ibídem, pg. 65.

¹⁰¹ Ibídem, pg. 66.

particulares. Dicha afirmación es aplicable a todas las Empresas del Estado, y no exclusivamente a las Sociedades del Estado que el autor analiza. Pero a partir de esta premisa, correcta y compartida por nosotros, el autor termina por concluir que las Sociedades del Estado han sido creadas en miras a los fines lucrativos que persiguen las sociedades comerciales, y, en definitiva, niega su relación con la Administración del Estado.

Para nosotros, la norma contenida en el Art. 19 N° 21 de la CPR efectivamente postula la regla general de igualdad ante la Ley entre Estado y particulares en sus emprendimientos. El hecho de que sea una norma aplicable a las empresas del Estado creadas por Ley tanto como a las Sociedades del Estado indica que el razonamiento del autor es equívoco, pues las Empresas del Estado creadas por Ley se sujetan al derecho público, no tienen fines lucrativos ni la idea de asociación que el autor menciona, y aún así deben observar la regla contenida en el Art. 19 N° 21 de la CPR en su desenvolvimiento. A igual conclusión arriba Cordero, que sostiene:

“Por esta razón coincidimos con quienes afirman que la norma constitucional precitada rige a cualquier tipo de empresas, sin consideración al porcentaje y prescindiendo de la manera que intervenga el Estado en la gestión de ella, afirmando de ese modo el principio de subsidiariedad, lo que impide considerar como ajenas al Estado Empresario aquellas sociedades mercantiles que se rigen por el derecho privado. Ellas son, por ende, práctica y verdaderamente del Estado, aunque en apariencia no le pertenezcan por ser entes constituidos y regidos por normas de derecho comercial.¹⁰²”

Este criterio es recogido expresamente por la Corte Suprema en una disputa legal ya citada en la presente investigación, que enfrentó a la Asociación Nacional de la Prensa, A.G. con Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A. En dicho pronunciamiento la Corte confirmó la sujeción de las Sociedades del Estado a la normativa constitucional en comentario:

¹⁰² CORDERO VEGA, Luis. “Lecciones de Derecho Administrativo.” Editorial Legal Publishing. Santiago, 2015. Pg. 488.

“Que así, parece a esta Corte que Metro S.A. es un órgano estatal que desarrolla su actividad bajo la forma de una sociedad anónima, por lo que la limitación establecida en el inciso segundo del N° 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República le es aplicable plenamente y, por lo mismo, su objeto social, impuesto por una ley de quórum calificado y no por la voluntad de sus socios como ocurre en la generalidad de las sociedades, circunscribe a Metro S.A. a desarrollar sólo esa actividad económica pues, para realizar una distinta, es menester que otra ley, también de quórum calificado, le permita desarrollarla o participar en ella.¹⁰³”

En efecto, apuntar a dicha norma constitucional para negar el fin público que persiguen las Sociedades del Estado, y equipararla a los fines lucrativos que persiguen la generalidad de las sociedades comerciales, nos parece errado.

El sentido del Art. 19 N° 21 de la CPR es, precisamente, regular la actividad empresarial del Estado considerando que ella tiene fines diversos al emprendimiento particular, pero que tales fines no justifican un trato diferenciado en desmedro de los particulares, al menos por regla general. Es la propia CPR la que lleva a cabo dicho juicio de relevancia, como afirmáramos en los primeros acápite de la presente investigación. Por todo lo anterior, el precepto constitucional en comento no debe ser considerado una negación a los fines públicos que persiguen las Sociedades del Estado, sino un mandato que ordena que se desenvuelvan en pie de igualdad no obstante el interés público que revisten.

La distinción que lleva a cabo Oelckers en su artículo entre Empresas del Estado creadas por Ley y Sociedades del Estado es correcta en cuanto a diferenciar las naturalezas jurídicas de cada una. Pero su análisis es excesivamente formalista a la hora de analizar la Sociedades del Estado en específico, porque para negar su pertenencia a la Administración del Estado omite el fin público que estas Sociedades soportan, basado en definiciones legales inconexas que omiten la razón de ser de esta forma de emprendimientos estatales. Así, Oelckers sostiene:

¹⁰³ Corte Suprema, "Asociación Nacional de la Prensa A.G. con Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.", Rol N° 248-2000. de 31.01.00.

“Por otra parte, ¿podríamos decir que estas sociedades realizan dentro de sus funciones una tarea de satisfacción de necesidades públicas? A nuestro entender ello no es concebible, pues no constituye Administración del Estado, no es un servicio público, ni empresa pública, no ejerce potestades públicas y no está sometida a la dependencia (control jerárquico), o supervigilancia (control de tutela), del Presidente de la República, conforme lo establece el artículo 3º y 26 de la ley 18.575. Por el contrario, ellas conforme a su estatuto o pacto social, realizan las actividades lucrativas, comerciales e industriales que sean necesarias para el logro de sus objetivos y revestida de la calidad de sociedad anónima que compete en el mercado con los particulares.¹⁰⁴”

Frente a la postura de Oelckers, consistente en la negación del interés público que revisten las Sociedades del Estado y la completa desconexión que tendrían con la Administración del Estado, aparece la posición de Latorre, que podríamos ubicar como intermedia entre las posiciones de Soto Kloss y Oelckers, y que apunta a la hipótesis que la presente investigación busca sustentar.

En efecto, ante el formalismo de Oelckers para situar a las Sociedades del Estado fuera de la Administración del Estado, Latorre prefiere descartar el análisis puramente orgánico para desentrañar la naturaleza y función que cumplen este tipo de Sociedades

“Debe reconocerse que bajo nuestro ordenamiento jurídico no parece relevante recurrir a la noción de servicio público para dilucidar la naturaleza de la actividad y del fin pretendido por estas sociedades, puesto que, con arreglo a lo establecido en el artículo 28, inciso lo de la Ley N° 18.575, que estatuye: "servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua", es posible advertir que el legislador optó por una definición orgánica de servicio público.¹⁰⁵”

En otras palabras, Latorre estima que en términos orgánicos las Sociedades del Estado no son propiamente un servicio público, lo cual se deriva de la definición que ha aportado el legislador en la LOCBGAE. Eso no obsta a que ciertas

¹⁰⁴ OELCKERS CAMUS, Osvaldo. Ibid. Pg. 68-69.

¹⁰⁵ LATORRE VIVAR, Patricio. Ibid, pg. 229.

entidades puedan considerarse parte de la Administración del Estado en miras a otros aspectos, como el fin público que persiguen, en desmedro del análisis puramente orgánico.

Así, Latorre apunta a incluir en el análisis la naturaleza de las actividades que desarrollan este tipo de Sociedades, así como el fin público que justifica su existencia:

“Pareciera lógico sostener que todo ente societario creado por un órgano de la Administración del Estado debe ser creado en la medida que se tenga en vista la necesidad de satisfacer un interés público, particularmente cuando aquél surge de la voluntad de dos entes públicos. Y lo mismo debe acontecer cuando el ente societario es creado con el concurso de particulares, puesto que aun cuando estos últimos puedan pretender fines puramente privados, el fin de interés público, en cuanto fundamento de toda la actividad estatal, no puede estar ausente tampoco cuando decida incursionar en la actividad empresarial.¹⁰⁶”

Nos parece doblemente acertado el razonamiento que aporta Latorre, pues por una parte apunta a la necesidad de satisfacer un interés público que soportan los emprendimientos estatales, y, por otra parte, postula que la participación de particulares en este tipo de Sociedades no despoja a estos entes del fin de interés público que justifica su existencia. Que los particulares persigan fines lucrativos en sus emprendimientos no obsta a la existencia de un interés público en las Sociedades del Estado. Nos parece que confinar los fines de los emprendimientos particulares exclusivamente al afán lucrativo es una posición discutible bajo doctrinas más modernas de la actividad empresarial (por nombrar algún ejemplo, la importancia que se le ha dado a los *stakeholders*).

Adicionalmente, Latorre acude a la historia de estos emprendimientos estatales para sustentar su opción de observar a la naturaleza de la actividad que desarrollan las Sociedades del Estado por sobre un análisis puramente orgánico. En efecto, y tal como mostramos en acápites anteriores, buena parte de las Sociedades del Estado son la evolución de empresas estatales que se

¹⁰⁶ *Ibidem*, pg. 230.

desenvolvían bajo otras formas jurídicas, propias del derecho público, y que buscaron en la figura societaria abstraerse de la rigidez del derecho público. ¿Implica esa evolución un absoluto desconocimiento de los intereses públicos que persiguen estos emprendimientos estatales? ¿Podría decirse que esas empresas del Estado, el día previo a mutar a Sociedades del Estado, perseguían fines públicos y bajo su nueva forma jurídica sólo son vehículos de afán lucrativo? Sostiene Latorre:

“Debe tenerse en cuenta que en un sentido material varias de estas sociedades cumplen una función y persiguen un fin de servicio público, desde el momento que en diversos casos desarrollan cometidos de características similares a los ejercidos por los órganos estatales que les dieron vida jurídica. A vía de ilustración, pueden citarse las sociedades anónimas de servicios sanitarios creadas al amparo de la autorización otorgada por la Ley N° 18.777, entidades que no obstante su naturaleza jurídica privada cumplen una actividad y un fin de interés colectivo o público, como lo ha reconocido reiteradamente la Contraloría General de la República y la Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A., constituida en virtud de la autorización otorgada por la Ley N° 18.772, que se halla en igual situación. En ambos casos se trata de actividades que eran desarrolladas por servicios públicos integrantes de la Administración del Estado y que por imperativo de una disposición legal pasaron a ser ejercidas por sociedades anónimas, en las cuales el Estado sigue manteniendo una importante presencia.¹⁰⁷”

En un sentido material, parece innegable que las Sociedades del Estado, en especial aquellas que fueron creadas a partir de una empresa estatal preexistente, tienen en su naturaleza la persecución de un fin público que justifica el desarrollo de su actividad económica. Esta es precisamente una consecuencia del principio de subsidiariedad, consistente en que el emprendimiento estatal persiga necesariamente un interés público en miras al bien común.

¹⁰⁷ LATORRE VIVAR, Patricio. Ibid, pg. 229.

La importancia del aspecto material, en desmedro de atender exclusivamente a un enfoque orgánico, es también recogida en la doctrina española, en específico por el autor Martín-Retortillo Baquer¹⁰⁸.

Por último, Latorre hace referencia a la tendencia actual de utilizar herramientas y mecanismos del derecho privado para llevar a cabo actividades con fines públicos, de los cuales la Administración del Estado se sirve para llevar a cabo tareas que involucran intereses públicos en diversas áreas, entre ellas, el desarrollo empresarial:

“Parte importante de la doctrina y del derecho comparado corroboran que en la actualidad la Administración en forma cada vez más creciente recurre a técnicas e instrumentos del derecho privado para cumplir sus cometidos, particularmente en el campo de las actividades de carácter empresarial. Que ello tenga lugar respecto de entidades que no formen parte de los cuadros orgánicos de la administración estatal carece de significación suficiente para negar el carácter público del fin perseguido por la actividad que ellos desarrollan, ya que lo que importa es la función que ejercen y el fin que ella persigue y no sólo los elementos formales que caractericen al órgano de que se trate.”¹⁰⁹

En consecuencia, las condiciones actuales del desenvolvimiento del Estado en materia empresarial, para cumplir con fines de interés público, obligan a realizar un análisis integral, que no abarque solamente una concepción orgánica sino también integre el aspecto material a fin de otorgar certeza jurídica respecto al marco jurídico que rige a los diversos entes en los que se desenvuelve la faceta empresarial del Estado. Por esta razón nos parece que, en miras a la problemática que esta investigación abarca, la posición de Latorre es la que otorga mayores precisiones respecto a las Sociedades del Estado, constituyéndose en una posición intermedia entre las ya expuestas de Soto Kloss y Oelckers. Concluye Latorre que:

¹⁰⁸ A mayor abundamiento, véase MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. “Reflexiones sobre las privatizaciones” en “Estudios de derecho mercantil : homenaje al profesor Justino F. Duque”, Vol. 1, Valladolid, 1998.

¹⁰⁹ LATORRE VIVAR, Patricio. Ibid, pg. 229.

“El Estado también desarrolla actividades empresariales a través de empresas que no son creadas directamente por una ley y que no pasan a formar parte de los cuadros orgánicos de la Administración del Estado. Ellas son las denominadas sociedades estatales, formadas por un órgano del Estado y particulares o por dos entes estatales, sobre la base de una autorización legal especial que debe ser otorgada también mediante una ley de quorum calificado.”

Las sociedades estatales son creadas de acuerdo al derecho común, de modo que su organización y funcionamiento se rigen por las mismas normas que regulan a las sociedades constituidas por los particulares.

No obstante su naturaleza jurídica, las sociedades estatales persiguen un fin público o de interés general, sin perjuicio de aquél que pueda motivar a los particulares que, en su caso, concurran a su formación.¹¹⁰”

Es precisamente ese orden de ideas el que apunta al análisis e interpretación integral del desenvolvimiento de las Empresas del Estado en el ordenamiento jurídico, que implica integrar el aspecto orgánico en el que se desarrollan los emprendimientos estatales y tener a la vez en observancia los fines públicos que sostienen. Oelckers sólo considera el primer aspecto para sustentar su postura frente al tema, e iguala estas Sociedades a todas las sociedades comerciales. Soto Kloss en cambio lo obvia completamente y justifica su doctrina netamente en los intereses públicos que persiguen las Sociedades del Estado para asimilarlas a órganos de la Administración.

Adicionalmente, es la propia jurisprudencia de la Corte Suprema la que ha llevado el análisis de las Sociedades del Estado a una perspectiva histórica, prescindiendo de un estudio puramente orgánico, considerando así el sentido material que ellas envuelven. Así, en un interesante pronunciamiento que aborda las concepciones maximalistas y minimalistas por las que transitó el Estado chileno el siglo pasado, con evidentes repercusiones en su faceta empresarial, la Corte postula que:

“Se dicta la Ley N° 18.777, la cual sólo se limitó a cambiarle el modus operandi a las empresas del Estado por sociedades anónimas, pero en la realidad seguían

¹¹⁰ Ibídem, pg. 239.

siendo empresas públicas; y en lo que aquí interesa es necesario determinar quién tiene la propiedad mayoritaria de las acciones que es lo que permite dilucidar si es empresa pública o una empresa privada, por consiguiente, el concepto de empresa pública no está vinculado con la organización jurídica que tenga sino que con la propiedad del capital de la misma.¹¹¹”

En la misma línea del análisis integral que venimos comentando, e incluso hilando más fino en la actividad empresarial del Estado, encontramos la posición del profesor Luis Cordero, quien ejemplifica tres fines diversos que justifican la actividad empresarial, en un ejercicio de disgregación de lo que hemos venido denominando *finés públicos*:

“En efecto, como señala la doctrina, la utilización de este instrumento carece de finalidad en si misma o, por mejor decir, puede ser utilizada para las finalidades más diversas. Así, por ejemplo, los motivos detrás de esta figura son: (a) *obtención de ingresos o rentas* por parte de la Administración, para lo cual la empresa pública puede actuar en concurrencia con otras empresas privadas, que es precisamente la situación del Banco Estado, o en régimen de monopolio; (b) *gestionar una actividad de servicio público*, igualmente, en concurrencia con empresas privadas o en régimen de monopolio, que es el caso de puertos y televisión; (c) *actuar de mecanismo regulador o corrector* de las tendencias de libre mercado, obteniendo así un resultado equivalente a la intervención por vía de policía.¹¹²”

También menciona Cordero la idea de llevar a cabo análisis integral de las empresas públicas en tanto, por una parte, destaca la utilidad de observar su fisonomía orgánica, pero, asimismo, considerar el enfoque económico, que antes hemos mencionado como sentido material, relacionado al fin (o fines públicos, sirviéndonos de la desclasificación del mismo Cordero) que ellas persiguen:

“Como puede apreciarse, la empresa pública responde a un tipo de intervención con motivaciones muy diversas y de ahí que por esta vía sea difícil delimitar el concepto, siendo preferible optar por sus características externas o formales. Sin

¹¹¹ “Gobierno Regional de la Quinta Región demandó en juicio ordinario a la Empresa de Obras Sanitarias de Valparaíso, ESVAL S.A.”. Rol N° 1234-2003.

¹¹² CORDERO VEGA, Luis. Ibid. Pg 481-482.

embargo, dado que lo central será el sometimiento a las normas del Derecho común, con el objeto de garantizar la igualdad, la doctrina señala que hoy prevalece un concepto de empresa pública basado antes que en un criterio estrictamente orgánico, en un enfoque puramente económico o material.¹¹³

En consecuencia, el profesor Cordero identifica cinco tipos de empresas del Estado¹¹⁴, las cuales no obstante se sujetan a las cláusulas constitucionales de legalidad e igualdad. La tipología que propone se puede resumir de la siguiente manera:

- a) Empresas del Estado con estatus de servicio público descentralizado, como Correos de Chile.
- b) Empresas del Estado creadas como personas de Derecho Público, pero sometidas por mandato de la misma fuente legal al régimen de las sociedades anónimas abiertas, como TVN y EFE.
- c) Empresas del Estado creadas también como personas jurídicas de Derecho Público que administran monopolios públicos, como Codelco.
- d) Empresas del Estado creadas como personas jurídicas, que realizan actividades privadas en condiciones de competencia de mercado claras y abiertas, sometidas a las autoridades competentes en los mercados en los que compiten, como Banco del Estado.
- e) Empresas del Estado que son sociedades anónimas por directo mandato legal y habilitación administrativa, donde concurren Corfo y el Fisco como accionistas, por ejemplo, Metro S.A., ZOFRI y Polla Chilena de Beneficencia S.A.

En principio, podríamos decir lo siguiente respecto a las empresas del Estado y su posibilidad de ser sujetos pasivos de un procedimiento concursal:

- a) Las empresas del Estado creadas por Ley no son susceptibles de ser encuadradas en la definición de empresa deudora que otorga la Ley 20.720 por estar sujetas a la normativa de derecho público, elemento decisor para

¹¹³ *Ibidem*, pg. 482.

¹¹⁴ *Ibidem*, pg. 492-493.

considerarlas excluidas de la hipótesis recién anotada. No obstante lo anterior, nos parece que la normativa constitucional exige que esta eximición conste expresamente en la LQC que crea la empresa estatal para justificar la excepción a la regla general de igualdad con los particulares. Sin embargo, la indudable sujeción de estas empresas del Estado creadas por Ley al régimen de derecho público obliga a concluir que se eximen de ser sujetos pasivos de un procedimiento concursal.

- b) En principio las Sociedades del Estado sí pueden ser sujetos pasivos de un procedimiento concursal, pues el estatuto que las rige es el de las sociedades comerciales, y en efecto podrían quedar enmarcadas en la definición que la Ley 20.720 entrega de empresa deudora. Sin embargo, y en miras a los fines públicos que persiguen, nos parece perfectamente plausible que vía LQC se exima a determinadas Sociedades del Estado de ser sujeto pasivo de un procedimiento de insolvencia.

Sin embargo, el análisis integral al que apuntamos en los párrafos anteriores implica, en nuestro concepto, abstraerse por un momento de la distinción entre Derecho Público y Derecho Común, para otorgar propuestas que resuelvan la tensión entre los regímenes concursales y las empresas del Estado, teniendo en cuenta el fin de bienestar común del Estado y el principio de eficiencia. A ese ejercicio se dedicarán los últimos acápites de la presente investigación.

Capítulo IV: Empresas del Estado y relación con el objetivo de bienestar

4.1 Las fallas de mercado como causa de la actividad empresarial del Estado

Como se ha venido mostrando hasta ahora en la investigación, el OPE y el Principio de Subsidiariedad son parte fundamental de la “Constitución económica” chilena, entendido dicho término como:

“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.¹¹⁵”

En ese entendido, nuestro constituyente ha optado muy claramente por recoger el dogma neoliberal y, en consecuencia, la autorregulación de los mercados por regla generalísima, propiciando así la iniciativa particular para la producción de bienes y servicios y la satisfacción de necesidades de la población. Es en ese contexto constitucional que hemos desarrollado el análisis de la presente investigación. De ahí que nos pareciera tan relevante comenzar este trabajo delineando conceptos y características del OPE y el principio de subsidiariedad.

Ahora bien, con todos los insumos generados en los párrafos precedentes, pretendemos analizar la motivación del Estado para participar directamente en una actividad económica organizado como empresa. Asimismo, discriminar entre dichas motivaciones y extraer parámetros que nos permitan discernir respecto a la posibilidad de determinadas empresas estatales de ser sujetos pasivos de un procedimiento concursal, prescindiendo por un momento del estatuto jurídico (Derecho Público o Derecho Común) del que hemos dado cuenta en el capítulo anterior.

En efecto, la actividad empresarial del Estado se justifica, en los sistemas de libre mercado como el nuestro, a partir de problemáticas de mercado que se pueden clasificar en tres:

¹¹⁵ García-Pelayo, Manuel, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en: *Obras completas*, Vol. III (1991), Centro de Estudios Constitucionales, España.

“hace siempre su aparición ante la inexistencia, los fracasos o fallos del mercado”¹¹⁶

Para el autor, las fallas de mercado como fundamento a la actividad económica estatal son las que el sistema neoliberal omite, en tanto implican reconocer la debilidad del sistema económico en comento y negar, en consecuencia, el dogma del mercado autorregulado.

Para nosotros las fallas de mercado presentan un especial interés como fundamento de la actividad empresarial del Estado por dos razones: en primer lugar, porque las fallas de mercado pueden ser superadas o resueltas y en esa línea, el principio de subsidiariedad invitaría a la supresión de la actividad económica estatal. ¿Podría ser el procedimiento concursal un parámetro para decidir la continuidad de una determinada empresa estatal? Al contrario, ¿debiese subordinarse un hipotético estado de insolvencia de la empresa estatal a la corrección de la falla de mercado que justifica su existencia? ¿Quién podría pronunciarse respecto a esa corrección de la falla de mercado?

En segundo lugar, son precisamente las fallas de mercado las que remarcan la importancia del principio de igualdad en la temática que esta investigación aborda. En efecto, es en el contexto de las fallas de mercado como fundamento de la actividad empresarial del Estado en donde habría escenarios de competencia entre emprendimientos particulares y emprendimientos estatales. En definitiva, se trata de la concurrencia en determinados mercados de las empresas particulares y estatales, lo cual justifica una especial observancia al principio de igualdad.

No se trata de desconocer las implicancias del principio de igualdad en los casos de inexistencia o fracasos de mercado, en donde el Estado empresario también debe sujetar su actividad a los límites constitucionales ya identificados. Sin embargo, más trascendente será, en especial considerando los derechos subjetivos hipotéticamente afectados, que el desenvolvimiento de las empresas del Estado se realice respetando el principio de igualdad constitucional en los

¹¹⁶ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, Principios de Derecho Público Económico –3ª edición–, España, Editorial Comares, 2004, p. 603.

contextos de competencia a los que hacemos referencia. Por todo lo anterior, las fallas de mercado como fundamento de la faceta empresarial del Estado revisten un interés especial para la presente investigación. Pretendemos analizar algunas de las empresas del Estado que fundan su existencia en fallas de mercado para delinear conceptos en relación con el principio de igualdad aplicado específicamente en los procedimientos concursales.

En términos de conceptualización histórica, Marshall apunta al tránsito que se experimentó en el Siglo XX en orden a reconsiderar al mercado como único sistema de organización de las actividades económicas:

“Gradualmente, la confianza del liberalismo clásico en el mercado comenzó a desvanecerse. Hacia mediados del siglo XX la idea de fracaso o insuficiencia de los mercados se consolidó en la teoría económica, especialmente a través del tratamiento de los conceptos de bienes públicos, externalidades y rendimientos crecientes. Se quebró la relación entre eficiencia y mercado como un absoluto teórico. Surgió entonces la pregunta: ¿cómo organizar las actividades económicas cuando el mercado fracasa? Por años la respuesta ha sido invariable: el Estado corrige las imperfecciones de los mercados.¹¹⁷”

A modo ejemplar, Usen detalla el catálogo de fallas de mercado que pueden fundamentar la actividad empresarial del Estado, dejando en claro que no sólo las alteraciones de las condiciones de competencia justifican la actividad empresarial estatal:

“Podemos señalar que las fallas del mercado justifican la actividad estatal en la economía no solo por las alteraciones a las condiciones de competencia –que es una cuestión pacífica–, sino que por otras fallas, por ejemplo: la incapacidad del mercado de proveer en cantidad o calidad suficiente bienes públicos; la

¹¹⁷ MARSHALL RIVERA, Jorge. Exposición en la conferencia “Modernización de la Institucionalidad Reguladora del Estado”, realizada en el Centro de Convenciones Diego Portales, Santiago, el 23 y 24 de abril de 1998.

compensación de externalidades negativas, la completitud del mercado, su ineficiencia distributiva, la asimetría de información, etc.¹¹⁸

Complementa el autor la identificación de las fallas de mercado recién anotada con los objetivos que, en cada caso, persigue la actividad económica estatal, en una reformulación de la faceta del estado empresarial que compartimos plenamente, y que parece más acorde a la realidad que rodea los emprendimientos estatales que analizaremos sucintamente más adelante. Sostiene Usen:

“Así, el fundamento de la actividad empresarial del Estado, enriquecido por el constitucionalismo social, es de mayor extensión: no solo ante la inexistencia o fracaso privado sino que como correctivo a fallas del mercado, como la incapacidad de proveer [todo o cantidad suficiente de] bienes públicos o por tratarse de mercados incompletos y, en algunos casos, como un agente de equilibrio y moderación de las condiciones de competencia, favoreciendo –y no estropeando como alegan los partidarios del dogma neoliberal– la existencia de un mercado abierto y competitivo.¹¹⁹”

En efecto, la fórmula que propone el autor permite entender al Estado como un dinamizador de la competencia no sólo desde el punto de vista del regulador, sino también como un actor competitivo en determinados mercados afectados por alguna de las fallas identificadas precedentemente.

Así, podríamos conceptualizar la actividad empresarial del Estado como una tercera vía a la correcta distribución de bienes y servicios. Tras el mercado como sistema de distribución de bienes y servicios, y ante las fallas de éste, surge la regulación como *second best*:

“en los casos en que se producen fallas de mercado que afectan los hechos de la realidad sobre los cuales se aplica el derecho privado, se abre camino a la posibilidad de regular. Los casos más relevantes en materia de fallas de las suposiciones acerca del mercado son aquellos en los cuales no se cuenta con

¹¹⁸ USEN VICENCIO, Alejandro. “El Estado Empresario”, en Revista de Derechos Fundamentales - Universidad Viña del Mar - Nº 7 (2012), pp. 117-133, pg. 128.

¹¹⁹ *Ibidem*, pg. 128.

información perfecta, no existe competencia efectiva, o se dan externalidades. La regulación, no obstante, no es una panacea, sino quizá un segundo mejor, también expuesto a problemas, por lo que es factible hablar de “fallas regulatorias”. Todo esto lleva a que la regulación más que una “ciencia exacta” sea un “arte” en permanente evolución.¹²⁰”

De la conjunción del pensamiento de Usen, en orden a reconocer al Estado como un actor catalizador del mercado más allá de su faceta reguladora, y de lo expuesto por Solanes y su conceptualización de la regulación como *second best*, podemos concluir que ante las fallas de mercado es factible concebir a la actividad empresarial del Estado como una tercera vía para llegar a la mejor distribución de bienes y servicios posibles.

A mayor abundamiento, y a efectos de desmitificar la diferencia que necesariamente habría entre la faceta reguladora del Estado y la faceta empresarial del mismo, Solanes sostiene:

“Se acepta que el mayor obstáculo para mejorar la productividad de las empresas públicas puede ser la voluntad de los políticos para favorecer a los grupos que se favorecen de las ineficiencias productivas, más que a los que se perjudican: los primeros tienen intereses más concretos que los segundos y están mejor organizados. Sin embargo, es conveniente tener presente que exactamente estos argumentos podrían justificar que la regulación en definitiva probablemente termine favoreciendo a los concesionarios de los servicios, en detrimento de los consumidores: los primeros tienen intereses más concretos, son menos en número y están mejor organizados; además, están muchas veces integrados horizontal y verticalmente a nivel nacional e internacional.¹²¹”

Para el autor, todas aquellas razones que permiten sospechar de la actividad empresarial del Estado son también razones que aparecen en la actividad reguladora del Estado, y desde esa perspectiva concebir a la actividad empresarial como una herramienta para disciplinar al mercado es factible y compatible con la noción de subsidiariedad que hemos expuesto en capítulos anteriores.

¹²⁰ SOLANES, Miguel. Servicios públicos y regulación. *Consecuencias legales de las fallas del mercado. serie, (2)*. p. 21

¹²¹ *Ibidem*, p. 44.

4.2 Concebido el Estado Empresario como un catalizador del mercado, ¿Y la insolvencia?

Hemos sostenido hasta acá que, en el contexto de nuestra CPR, el Estado Empresario tiene como mandato desarrollar su actividad bajo un principio de igualdad con los particulares. Asimismo, hemos revisado el principio de subsidiariedad para descubrir que una interpretación contemporánea del mismo es perfectamente compatible con permitir que el Estado se involucre en actividades empresariales respetando el mandato constitucional de igualdad, y que en definitiva el contenido del principio no necesariamente implica una exclusión absoluta de la faceta empresarial del Estado, como se ha interpretado tradicionalmente.

Luego, para justificar la iniciativa empresarial del Estado, consideramos que no sólo la inexistencia de mercado es fundamento del emprendimiento estatal, sino también las hipótesis de fracasos o fallas de mercado. ¿Cómo relacionamos todo lo anterior con los regímenes de insolvencia que puedan afectar al Estado empresario?

La investigación ha transcurrido también sobre la regulación de la insolvencia en Chile, y la fisonomía jurídica de las empresas del Estado. Considerando todos estos elementos, pretendemos otorgar criterios para responder a la pregunta inicial de la presente investigación, en orden a determinar en qué situación se encuentran las empresas estatales frente a la regulación de insolvencia.

Como bien se explicitó en el acápite 3.3 del presente trabajo, los emprendimientos estatales se sirven de diversas formas jurídicas para cumplir con su objeto, formas jurídicas que han mutado con el tiempo y cuyas variaciones se deben a diversas razones de orden político, histórico, de eficiencia, etc.

Por lo anterior, en esta investigación hemos optado por no considerar la naturaleza jurídica de la empresa estatal para determinar si puede ser el sujeto pasivo de un procedimiento de insolvencia. En consecuencia, son otros los criterios que debiesen ser considerados, pues nos parece que la doctrina

enfocada exclusivamente en la dimensión orgánica de los emprendimientos estatales no analiza en su complejidad el desarrollo de esta faceta empresarial.

Así las cosas, ¿qué criterios proponemos para determinar si las empresas del Estado pueden ser sujetos pasivos de un procedimiento de insolvencia? ¿Es una respuesta única?

Habiendo descartado un análisis puramente orgánico, creemos que una buena posibilidad para determinar la calidad de sujeto pasivo en un procedimiento de insolvencia de un emprendimiento estatal es identificar el defecto de mercado que justifica la existencia de la empresa del Estado.

Usando la categorización efectuada por Ariño¹²², nos parece que un buen elemento de discriminación para determinar la sujeción de la empresa estatal a un procedimiento de insolvencia será identificar si dicha empresa del Estado nace como una necesidad ante la inexistencia de mercado, como una solución a un fracaso de mercado o una forma de disciplinar un mercado con fallas.

En esa línea, la propuesta que planteamos se sirve de dicha categorización para poder determinar la calidad de sujeto pasivo de un procedimiento de insolvencia de la empresa estatal. En efecto, si el emprendimiento estatal existe en virtud de una inexistencia o fracaso de mercado, creemos que por la función que dicha empresa estatal cumple es razonable que no pueda ser considerado sujeto pasivo de un procedimiento concursal, y contará con una prerrogativa frente a los emprendimientos particulares precisamente por situarse en el contexto de un mercado inexistente.

En cambio, si la empresa del Estado de la que se trate ha tenido como objeto corregir fallas de mercado, en la función catalizadora a la que hemos hecho referencia, nos parece que el mandato constitucional de igualdad analizado en los capítulos anteriores obliga a hacer aplicable el procedimiento concursal a dicho emprendimiento estatal. De hecho, el procedimiento concursal y el análisis del estado de insolvencia de la empresa estatal podría incluso ser un elemento a

¹²² ARIÑO ORTIZ, Gaspar, Principios de Derecho Público Económico –3ª edición–, España, Editorial Comares, 2004, p. 603.

considerar para analizar la situación del mercado del que se trate y, en virtud del principio de subsidiariedad, considerar que la función catalizadora de la empresa estatal ya no es necesaria.

En definitiva, cuando se trata de fallas de mercado, la empresa estatal llevará a cabo sus operaciones compitiendo con particulares, y en dichas circunstancias el mandato del Art. 19 N°21 de la CPR obliga a que la actividad empresarial sea desarrollada en pie de igualdad entre Estado y Particulares. Esta definición podrá efectuarse en sede legislativa, y ante la ausencia de dicha regulación, incluso en sede judicial.

4.3 Un análisis legislativo previo para determinar la calidad de sujeto pasivo en un procedimiento concursal

Una segunda posibilidad para determinar que una empresa estatal sea sometida como sujeto pasivo de un procedimiento concursal es efectuar dicho análisis legislativamente, al momento de determinar su creación. A estos efectos, insistimos en no considerar necesariamente la fisonomía jurídica del emprendimiento estatal, pudiendo ser cualquiera de los tipos que identifica el profesor Cordero¹²³ y que hemos analizado anteriormente.

Utilizando el estudio efectuado por Susan Rose-Ackerman¹²⁴ que versa sobre en análisis costo-beneficio (o evaluación de impacto, según el ordenamiento jurídico del que se trate) requerido en diversos países a la hora de legislar, vemos una posibilidad de aplicar dicha herramienta para el desarrollo del Estado empresario, y por esa vía dar observancia al principio de subsidiariedad.

Aunque el análisis de la autora está efectuado para la legislación en términos generales, y con foco en la formulación de políticas públicas y la esfera regulatoria de la actividad del Estado, nos parece que, con adaptaciones a nuestro sistema legislativo, es una opción plausible para determinar que una empresa estatal sea o

¹²³ CORDERO VEGA, Luis. Ibid. Pg 481-482.

¹²⁴ ROSE-ACKERMAN, Susan. Putting cost-benefit analysis in its place: Rethinking regulatory review, 65 U. Miami L. Rev. 335 (2011).

no considerada una empresa deudora a efectos del régimen concursal que la Ley 20.720 contiene.

La autora, al analizar este sistema de examen previo a ciertos proyectos de Ley, nos entrega algunas luces de sus elementos en el ordenamiento jurídico francés, donde constituye un mandato legal.

“Aunque la Ley Orgánica francesa nominalmente sea procedimental, sus requisitos tienen implicaciones sustantivas. El Gobierno debe evaluar los impactos de carácter económico, financiero, laboral y ambiental, así como calcular los costes y beneficios financieros. Y debe hacerlo de forma transparente aun cuando sus métodos de cálculo puedan cuestionarse.¹²⁵”

En efecto, si bien estamos frente a una evaluación de impacto de la regulación, nos parece que es trazable una institución similar a la hora de legislar sobre Estado empresario. A la luz del principio de subsidiariedad, se podría estimar que un procedimiento de este tipo satisface dicha máxima constitucional por la vía de tecnificar y aportar elementos de evaluación que incentiven un debate legislativo menos ideológico y que observe en mayor medida, por ejemplo, a las condiciones de mercado que en capítulos anteriores hemos apuntado como fundamentos de la actividad empresarial del Estado.

Adicionalmente, la autora apunta los elementos que según la Ley Orgánica francesa se deben considerar al momento de efectuar este examen de evaluación de impacto. Algunos son eminentemente regulatorios, y otros dicen relación con la relación entre la legislación nacional y el ordenamiento de la Unión Europea, por lo que hemos decidido prescindir de ellos. Los elementos que son perfectamente adaptables a la legislación relacionada con el Estado empresario son los siguientes:

- “a) el estado en que se encuentra la aplicación de la ley a nivel nacional en las áreas o ámbitos que contempla el proyecto de ley;
- b) las cuestiones de Derecho transitorio que la medida depara;

¹²⁵ *Ibidem*, p. 123.

- c) la evaluación de los impactos económico, financiero, de empleo y medioambiental y los costes financieros, así como de los beneficios esperados de las disposiciones previstas para cada categoría de la Administración pública y personas naturales y legales afectadas, indicando el método de cálculo utilizado;
- d) la lista provisional de la implementación de la legislación necesaria.¹²⁶

De los elementos recién anotados, nos parece que un proyecto de Ley que se haga cargo de la creación o regulación de un emprendimiento estatal puede contener cada uno de ellos, e incluso establecer como un requisito de la moción o mensaje del que se trate, los elementos correspondientes a las letras b) y c), con las correspondientes adecuaciones.

En específico, el elemento de la letra c) establecido como un requisito o “cortapisa” para la discusión del proyecto de Ley permite satisfacer el principio de subsidiariedad cuando la materia en cuestión sea la faceta empresarial del Estado. Con esa técnica legislativa se permite respetar esta máxima constitucional, aceptando por cierto la interpretación más moderna que en la presente investigación se ha desarrollado.

Se trata de aportar elementos de análisis objetivos ante una materia que, como hemos visto, está cargada de interpretaciones valóricas frente a las cuales pierde terreno el análisis jurídico constitucional, y, en consecuencia, se soslayan variados aspectos de sumo interés que debiesen figurar a la hora de concebir al Estado empresario.

Así, del tenor del elemento contenido en la letra c), nos parece perfectamente plausible que el análisis multidimensional del que se trata incluya, como requisito fundante, un análisis de la falla de mercado que justifica la existencia del emprendimiento estatal, y adicionalmente tome postura, observando los elementos técnicos en cuestión, respecto a la posibilidad de que dicha empresa del Estado se sujete al régimen concursal.

¹²⁶ *Ibíd.*, p. 122.

En el contexto de la presentación de un proyecto de Ley, establecer como condición necesaria la evaluación de impacto que venimos comentando, o al menos algunos de sus elementos, implica enriquecer la técnica legislativa, sirviéndose de una herramienta procedimental para dotar de cierta seriedad técnica a la idea de la que se trate.

Además, una cortapisa de dicho tenor permitirá despejar incógnitas a efectos de desarrollar un debate legislativo que evalúe el emprendimiento estatal como una planificación completa que surge sólo a consecuencia de una falla de mercado, y que deje de lado al menos por un momento la discusión centrada en principios. Como aclara Ackermann respecto a la evaluación de impacto:

“Para estas políticas públicas, el objetivo consistente en hallar la solución económicamente más eficiente parece relativamente sencillo. El problema reside en la medición, no es una cuestión de principio o de base. Y, sin embargo, también aquí surgen cuestiones de principio, cuando se buscan los criterios de medición adecuados.¹²⁷”

Si bien la autora centra su reflexión en las leyes propiamente regulatorias, hemos sostenido en la presente investigación que los elementos de un análisis costo-beneficios nos parecen transmutables a las leyes que creen o regulen empresas estatales.

No se trata, entonces, de prescindir del sustrato ideológico de la discusión legislativa, sino de acordar ciertos elementos de evaluación básicos que doten de seriedad y completitud al proyecto de Ley del que se trate.

Todo lo anterior, se enmarca en definitiva en la preocupación que se ha recogido en las legislaciones más desarrolladas respecto a la eficacia funcional del Derecho:

“En esencia, la evaluación de impacto resulta indicativa de la preocupación por la eficacia funcional del Derecho. El Estado debe evaluar las leyes y los reglamentos para determinar qué efectos tendrán sobre el comportamiento humano y si

¹²⁷ *Ibidem*, p. 137.

lograrán beneficios públicos. Tema éste que en sí no parece cuestionable. La evaluación de impacto no se concentra en las propiedades formales del Derecho, sino en lo que éste hace, consigue o genera. El orden, la certidumbre, la claridad en los proyectos y la coherencia tienen valor en cuanto medio para un fin, no como fines en sí mismos.¹²⁸

La lógica anterior va en sintonía con la propuesta de este trabajo, en orden a no contestar la pregunta respecto a la aplicación del régimen concursal a las empresas estatales desde la observación de las formas jurídicas que éstas pueden adoptar.

Así, la implantación de un sistema de evaluación de impacto que aborde las preguntas que hemos detallado en párrafos anteriores, respecto a las fallas de mercado y al régimen concursal en específico, permite prescindir de las formas jurídicas de las empresas estatales, priorizando la utilización de un requisito procedimental que, sin embargo, cumplirá una función específica consistente en dotar de elementos técnicos la discusión legislativa, dejando en claro (como le efectúa Ackermann) que la *discusión de principios* aparecerá de todas maneras.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 125.

Conclusión

La situación jurídica en la que se encuentran las empresas estatales respecto a los regímenes concursales no es del todo clara en nuestras fuentes legales. Tampoco ha sido una preocupación abordada por la doctrina o jurisprudencia nacional, probablemente por la imposibilidad de embargar bienes fiscales, así como la tradicional conceptualización en la que “el Fisco no quiebra”. Sin embargo, la máxima constitucional contenida en el Art. 19 n°21 de la Constitución Política de la República obliga a reflexionar al respecto.

La presente investigación abordó las consecuencias jurídicas que se siguen del citado precepto constitucional, a la vez que se analizaron las distintas interpretaciones que ha suscitado el principio de subsidiariedad en la doctrina nacional. Luego, una breve revisión de la normativa concursal permite aventurar que las empresas del Estado no cabrían en la actual definición de empresa deudora que aporta la Ley 20.720. Todo lo anterior conduce a dimensionar la importancia de solucionar la inquietud en torno al Estado empresario y su relación con el régimen concursal actual.

Tras reconocer las diversas fisonomías jurídicas en las que se desarrollan las empresas estatales, y luego de efectuar un contrapunto entre las diversas doctrinas que han analizado el asunto, nuestra investigación propone que, para determinar la situación de las empresas estatales frente a los regímenes concursales, no se analice exclusivamente la naturaleza jurídica de la empresa estatal en cuestión, sino se amplíe el prisma para incorporar otros elementos relevantes.

Así, éste trabajo postula que no se puede prescindir de las fallas de mercado como el elemento fundante del emprendimiento estatal, y que se debe observar a cuál falla de mercado responde el desarrollo de la empresa del Estado para encontrar una respuesta a la incógnita respecto a un supuesto de insolvencia.

Adicionalmente, y a modo de propuesta de *lege ferenda*, se analiza la evaluación de impacto como una forma de responder a la interrogante que involucra a las

empresas del Estado y los regímenes concursales. A partir del estudio de la doctrina extranjera, se propone una adaptación de ciertas técnicas legislativas a efectos de utilizar esos elementos como oportunidades para tomar partido respecto a las empresas estatales y las hipótesis de insolvencia. Todo lo anterior, sin ánimo de taxatividad, considerando que el asunto en cuestión tiene diversas soluciones que permitan otorgar certeza jurídica.

Lo medular, en definitiva, consistió en observar lo que el principio de igualdad de trato en materia económica reclama. A partir de eso, desmenuzamos diversos elementos de análisis para plantear alternativas que se muestren conformes al Orden Público Económico que nuestra Constitución traza, y a la vez permitan llevar a cabo la función social que las empresas del Estado envuelven. Es dicha tarea la que ha intentado abordar nuestra investigación.

BIBLIOGRAFÍA

ALCALDE R., Enrique. “Persona humana, autonomía privada y orden público económico”, en Revista Actualidad Jurídica N°4, 2001.

ARAYA PAREDES, Ignacio y BOFILL GENZSCH, Octavio. “Análisis y comentarios a la reforma al régimen concursal chileno (Boletín N° 8324-03)”.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, Principios de Derecho Público Económico –3ª edición–, España, Editorial Comares, 2004

AVILÉS HERNÁNDEZ, Víctor. “Orden Público Económico y Derecho Penal”, Ed. Jurídica Conosur, 1998.

CARBONELL, Miguel. Los derechos de Igualdad en el Constitucionalismo Contemporáneo. Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile. 2015.

CEA EGAÑA, José Luis. “El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis crítica”. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, 1999.

CONTADOR ROSALES, Nelson y PALACIOS VERGARA, Cristián. “Procedimientos Concursales”, Editorial Thomson Reuters, 2015.

CORDERO VEGA, Luis. “Lecciones de Derecho Administrativo.” Editorial Legal Publishing. Santiago, 2015.

COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio. “El Principio de Subsidiariedad”, en “20 años de la Constitución chilena 1981-2001”, Editorial Jurídica ConoSur, 2001.

COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio (2004a): “El Principio Constitucional de Subsidiariedad, su Interpretación y Aplicación en el marco del Estado Empresario”, Tesis para optar al Grado de Magíster en Derecho constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile.

FAÚNDEZ-SÁNCHEZ, Eduardo. “Propuesta de reinterpretación y extensión del principio de subsidiariedad económica hacia la cooperación público-privada en Chile”. En Revista Digital de Derecho Administrativo, N°15, 2016.

FELIÚ SEGOVIA, Olga. “El ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopolios”, Revista Actualidad Jurídica N°1, Universidad del Desarrollo.

FERNANDOIS VOHRINGER, Arturo. Arturo. “Derecho Constitucional Económico”, Tomo I, Ed. Universidad Católica de Chile.

FERNANDOIS VOHRINGER, Arturo. “Derecho Constitucional Económico”, Tomo II, Ed. Universidad Católica de Chile.

FERNANDOIS VOHRINGER, Arturo. “El Orden Público Económico bajo la Constitución de 1980”, en Revista Ius Publicum N°4, 2000.

FERNANDOIS VOHRINGER, Arturo. “Ripert y su influencia en el concepto de Orden Público Económico: auge y caída de una visión dirigista”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 32 N°1, 2005.

GARCÍA BARZELATTO, Ana María. “Recurso de Amparo Económico. Observaciones sobre su aplicación jurisprudencial 2013-2014”, en “La Constitución Económica”, Editorial Thomson Reuters, 2015.

GARCÍA-PELAYO, Manuel, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en: *Obras completas*, Vol. III (1991), Centro de Estudios Constitucionales, España.

GÓMEZ BALMACEDA, Rafael, y EYZAGUIRRE SMART, Gonzalo. “El Derecho de Quiebras”, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2012.

LATORRE VIVAR, Patricio. “Las sociedades estatales en el ordenamiento jurídico chileno: Naturaleza, límites y control de sus actividades.”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XXX, 2008, Valparaíso, Chile, pp. 223-240.

LOO GUTIÉRREZ, Martín. “La disciplina constitucional del Principio de Subsidiariedad en Italia y Chile”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXIII.

MARSHALL RIVERA, Jorge. Exposición en la conferencia “Modernización de la Institucionalidad Reguladora del Estado”, realizada en el Centro de Convenciones Diego Portales, Santiago, el 23 y 24 de abril de 1998.

MILLÁN-PUELLES, Antonio. “Persona humana y justicia social”, en Obras completas de Antonio Millán-Puelles, (Madrid, Ediciones RIALP S.A., 2013 [versión ibook]) T.III, cap. VII.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique. “La Constitución Económica chilena ante los Tribunales de Justicia”. Ediciones Universidad Finis Terrae, 2016.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Teoría y dogmática de los Derechos Fundamentales”.

OELCKERS CAMUS, Osvaldo. “Las Sociedades de capital mayoritario del Estado. Sus vínculos y diferencias con la Administración del Estado. Su estatuto y control.”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XXI, 2000, Valparaíso, Chile.

ORTÚZAR SANTA MARÍA, Álvaro. “El Estado empresario: convidado de piedra”, en “20 años de la Constitución chilena 1981-2001”, Editorial Jurídica ConoSur, 2001. Pp. 359-369.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. “Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General”.

QUINTANA BENAVIDES, Augusto. “El Principio de Subsidiariedad”, en Revista de Derecho Público / Edición Especial, p. 125 – 136.

RIBERA NEUMANN, Teodoro. “La Potestad Tributaria del Estado”, en Revista de Derecho Público N°62, 2000.

RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. “Principios Constitucionales del Estado Empresario”, en Revista de Derecho Público N°62, 2000.

SAGÜES, Néstor. “Principio de Subsidiariedad y principio de antissubsidiariedad”. En Revista de Derecho Público, N°39-40, año 1986.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. (2006). *Derecho Comercial*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, T. IV.

SCHICKENDANTZ, Carlos. El principio de subsidiariedad en la Iglesia: Breve historia, discusiones recientes y campos de aplicación práctica. *Teol. vida* [online]. 2001, vol.42, n.3

SCHÜRMAN OPAZO, Miguel. “Orden público económico y principio de subsidiariedad, argumentos para una crítica.” En *Derecho y Humanidades*, N°12, pp. 217 – 229.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. “Sobre la dimensión negativa y positiva del principio de subsidiariedad” ,1997.

SOLANES, Miguel. *Servicios públicos y regulación. Consecuencias legales de las fallas del mercado. serie, (2)*

SOTO KLOSS, Eduardo. “Las Sociedades del Estado”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Volumen N° II, 2000, Pp. 335-342.

USEN VICENCIO, Alejandro. “El Estado Empresario”, en *Revista de Derechos Fundamentales - Universidad Viña del Mar - N° 7 (2012)*.

VALLEJOS GARRETÓN, Rodrigo y PARDOW LORENZO, Diego. “Derribando mitos sobre el Estado Empresario”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 N°1, 2008.

