



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO**

**EL ESTADO EMPRESARIO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980
Dogmática y jurisprudencia**

**Memoria para optar al grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales**

JAVIER ANTONIO AGUERREA MELLA

PROFESOR GUÍA: DOMINGO VALDÉS PRIETO

**Santiago - Chile
2016**

*A mi madre,
a quien, ciertamente, le debo hartos más que esta dedicatoria.*

*Por todo,
simplemente gracias.*

TABLA DE CONTENIDO

	Página
RESUMEN	viii
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO PRIMERO. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y ESTADO EMPRESARIO. PRECISIONES CONCEPTUALES	16
1. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA	16
1.1. Concepto	16
1.2. La Constitución Económica de Chile	20
1.2.1. Régimen de las personas	20
1.2.1.1. Normas referentes a la elección de la actividad económica	21
1.2.1.2. Normas que regulan el ejercicio de la actividad económica	21
1.2.2. Régimen de los bienes	21
1.2.2.1. Normas que regulan la facultad de adquisición de los bienes	21
1.2.2.2. Normas relativas a la tutela de los bienes incorporados al patrimonio	21
1.2.3. Régimen del poder público	21
1.2.3.1. La actividad del Estado como mero sujeto económico	21
1.2.3.1.1. Los ingresos fiscales	21
1.2.3.1.2. Los egresos o gastos del Fisco	21
1.2.3.1.3. Recaudación, presupuesto e inversiones públicas	21
1.2.3.2. La actividad empresarial del Estado	22
1.2.3.2.1. Regla general	22
1.2.3.2.2. Casos especiales previstos en la Constitución	22
1.2.3.2.3. Otras normas	22
1.2.3.3. Las actividades de fomento de la actividad económica particular	22

1.2.3.4. Las actividades de programación y coordinación de la actividad económica regional o provincial	22
1.2.3.5. Las restricciones que el Estado, en ejercicio de sus potestades legislativas y de regulación, impone respecto de la actividad económica de los sujetos no estatales o particulares	22
1.2.3.5.1. Restricciones al régimen de las personas	22
1.2.3.5.2. Restricciones al régimen de los bienes	22
1.2.3.5.3. Límites dentro de los cuales el Estado puede imponer restricciones	22
1.2.3.5.4. Resguardos que los sujetos no estatales pueden invocar para que se tutelen sus derechos en materia económica	22
2. ESTADO EMPRESARIO	23
2.1. Definiciones en la doctrina	23
2.2. Definición propuesta	24

CAPÍTULO SEGUNDO. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO EMPRESARIO

1. INTRODUCCIÓN	26
2. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DEL ESTADO	27
2.1. Concepto y fundamentos	27
2.2. Las funciones del Estado	32
2.3. Principio de subsidiariedad, actividad económica privada y actividad empresarial del Estado	33
2.4. El principio de subsidiariedad del Estado en la Constitución y especialmente respecto de la actividad empresarial	37
2.5. El principio de subsidiariedad del Estado en la doctrina y la jurisprudencia	38
3. PRINCIPIO DE IGUALDAD	41
3.1. Nociones generales acerca de la igualdad	41
3.2. El principio de igualdad en la Constitución	43
3.3. El principio de igualdad y la actividad empresarial del Estado	47
4. PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL	48
4.1. Concepto	48

4.2. El principio de reserva legal en la Constitución y especialmente respecto de la actividad empresarial del Estado	49
CAPÍTULO TERCERO. EL ESTADO EMPRESARIO Y SU REGULACIÓN EN EL ARTÍCULO 19 NÚMERO 21, INCISO 2º, DE LA CONSTITUCIÓN. ANÁLISIS DE LA NORMA	51
1. TEXTO DE LA NORMA	51
2. NATURALEZA JURÍDICA Y CARÁCTER DE LA NORMA	51
2.1. Naturaleza jurídica	51
2.2. Carácter	52
3. HISTORIA DEL ESTABLECIMIENTO DEL ARTÍCULO 19 N° 21, INCISO 2º DE LA CONSTITUCIÓN	54
3.1. El anteproyecto de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República	54
3.2. El proyecto del Consejo de Estado	58
3.3. El texto definitivo aprobado por la Junta de Gobierno	60
4. CONTENIDO DE LA NORMA	61
4.1. “El Estado y sus organismos...”	61
4.1.1. Sentido y alcance de la expresión “El Estado y sus organismos”	61
4.1.2. Principales formas jurídicas de la actividad empresarial del Estado	65
4.1.2.1. Actividad empresarial del Estado a través de las empresas públicas creadas por ley	66
4.1.2.1.1. Concepto de empresa pública	67
4.1.2.1.2. Características principales de las empresas públicas	69
4.1.2.2. Actividad empresarial del Estado a través de las sociedades del Estado	71
4.1.2.2.1. Concepto de sociedad del Estado	71
4.1.2.2.2. Características principales de las sociedades del Estado	74
4.1.3. El Sistema de Empresas (SEP)	84
4.2. “...podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas...”	90
4.2.1. Concepto de actividad empresarial	90
4.2.2. Actividad empresarial y fin de lucro	91

4.2.3. Actividad empresarial y actividad económica	96
4.2.4. El “desarrollo de” y la “participación en” actividades empresariales	97
4.3. “...sólo si una ley de quórum calificado los autoriza.”	99
4.3.1. La excepcionalidad del Estado empresario en el adverbio “sólo”	99
4.3.2. La autorización por ley de quórum calificado	100
4.3.2.1. Generalidad o especialidad de la ley autorizante	100
4.3.2.2. Especialidad del giro empresarial autorizado	102
4.3.2.2.1. El giro de algunas empresas públicas y sociedades del Estado: ¿específico o genérico?	103
4.3.2.2.2. La especialidad del giro empresarial en la jurisprudencia	106
4.3.2.3. La ley de quórum calificado y la privatización	115
4.3.2.4. La ley de quórum calificado y la disposición cuarta transitoria de la Constitución	117
4.4. “En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado.”	119
4.4.1. Alcance de la expresión “legislación común aplicable a los particulares”	119
4.4.2. Régimen jurídico general aplicable a las empresas públicas y a las sociedades del Estado	119
4.4.2.1. Actividades empresariales	119
4.4.2.2. Organización, funcionamiento y otras materias	120
4.4.2.2.1. Empresas públicas	120
4.4.2.2.2. Sociedades del Estado	122
4.4.3. Disposiciones de derecho público aplicables a las empresas públicas y a las sociedades del Estado	122
4.4.3.1. Disposiciones contenidas en la Constitución	123
4.4.3.1.1. Ampliación del giro y constitución de o participación en sociedades	123
4.4.3.1.2. Contratación de empréstitos	123
4.4.3.1.3. Fiscalización de la Cámara de Diputados	124
4.4.3.2. Algunas disposiciones establecidas por la ley	127
4.4.3.2.1. Remisión de antecedentes al Congreso Nacional	127

4.4.3.2.2. Fiscalización y control de la Contraloría General de la República	130
4.4.3.2.3. Transparencia y acceso a información	136
4.4.3.2.4. Envío de información a Gobiernos Regionales	138
4.4.4. Las excepciones que por motivos justificados puede establecer la ley	138
CONCLUSIONES	139
BIBLIOGRAFÍA	145
ANEXO. ESTRUCTURA DEL ESTADO EMPRESARIO EN CHILE (INFORMACIÓN DISPONIBLE A MAYO DE 2016)	159
1. EMPRESAS PÚBLICAS	159
2. SOCIEDADES DEL ESTADO	160
2.1. Sociedades derivadas de empresas públicas y servicios públicos y otras sociedades no derivadas	160
2.2. Sociedades filiales de empresas públicas y de otras sociedades	160
3. SOCIEDADES COLIGADAS	164
4. INSTITUTOS TECNOLÓGICOS CORFO	166

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto conocer, analizar y comprender la regulación del Estado empresario en la Constitución Política de la República de 1980, tanto desde una perspectiva dogmática como jurisprudencial. En el capítulo primero, se estudian los conceptos de Constitución Económica y Estado empresario. En el capítulo segundo, se analizan los principios jurídicos que, a nuestro juicio, fundamentan la regulación del Estado empresario en la Constitución (subsidiariedad del Estado, igualdad y reserva legal). En el capítulo tercero, en tanto, se efectúa el análisis jurídico del artículo 19 N° 21, inciso 2°, de la Constitución. Finalmente, se exponen las conclusiones.

INTRODUCCIÓN

“El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”.

“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común [...]”^{*}.

“Libres son los hombres, no el Estado; tampoco el Estado como empresario”^{**}.

La actividad empresarial del Estado en la Constitución de 1980

El establecimiento y la regulación de la estructura, potestades y funciones de un Estado, son cuestiones esencialmente complejas y forman parte de uno de los problemas fundamentales de la organización jurídica de una comunidad política –y que, antes o más que solo jurídico, es también, o incluso principalmente, un problema político–, como es la tensión y el conflicto entre la libertad de la persona y el poder del Estado¹.

Una de las materias en que se manifiesta este problema, es la relativa a la actividad empresarial del Estado. En tal sentido, cuestiones como si esta actividad debe o no estar permitida, si debe ser preferente o más bien excepcional con respecto a la actividad económica privada, o cuáles y cuán exigentes deben ser sus requisitos habilitantes y sus limitaciones, entre otras, son expresiones de ese problema fundamental, que el sistema

^{*} Constitución Política de la República de Chile de 1980, artículo 1°, incisos 3° y 4°.

^{**} Frase citada por LAGUNA de Paz, José Carlos. *Las empresas públicas de promoción económica regional: la empresa pública como instrumento de gestión de ayudas*. Madrid, Editorial Montecorvo, 1991, p. 30. En: RODRÍGUEZ Chirillo, Eduardo. *Privatización de la empresa pública y post privatización. Análisis jurídico*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, p. 138 (nota 35).

¹ Como ha dicho un autor, “[a]unque el Estado haga cosas buenas –ha hecho y hace incontables cosas buenas– no está concebido para producir libertad, aunque en muchos casos también la ha producido. Ha creado condiciones que favorecieron la libertad de la gente [...] pero *per se* no tiene una tendencia natural hacia la libertad porque el orden, la organización burocrática y la concentración del poder no la tienen”. PEREIRA Menaut, Antonio-Carlos. *Política y Derecho*. Santiago, Chile, Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2010, p. 101.

jurídico –y especialmente la Constitución– de una comunidad política debe resolver.

En Chile, la respuesta constitucional a tales cuestiones se encuentra en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República de 1980, el cual establece:

“Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas:

21.° 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.

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

El inciso primero de esta disposición reconoce y asegura a todas las personas el derecho a desarrollar libremente cualquier actividad económica lícita. El inciso segundo, por su parte, establece y regula la posibilidad de que el Estado actúe como empresario, disponiendo, además, que dicha actuación debe efectuarse, por regla general, en condiciones de igualdad jurídica con los particulares.

La actividad empresarial del Estado en Chile en el siglo XX

Para comprender la decisión del constituyente de 1980 de regular en la forma indicada la actividad empresarial del Estado, es necesario referirse, aunque sea brevemente, al desarrollo y evolución del Estado empresario en Chile en el siglo XX, especialmente durante la vigencia de la Constitución de 1925.

En este sentido, debemos partir por señalar que en el texto original de la Constitución de 1925 no había referencia alguna a la actividad empresarial del Estado². Este silencio de

² Ello debido a que la estructura orgánica del Estado establecida en la Constitución de 1925, era, en sus lineamientos fundamentales, muy similar a la dispuesta en la de 1833, es decir, una estructura jurídica que correspondía, en lo que nos interesa, a un Estado abstencionista en materia económica. (Cf. ARÓSTICA

la Constitución, sin embargo, no debe entenderse como una señal de inexistencia de dicha actividad en ese tiempo, pues esta efectivamente existía, y para desarrollarla, el Estado actuaba a través de empresas y servicios públicos. Con todo, hasta las primeras décadas del siglo XX, y de acuerdo con el liberalismo económico vigente desde el XIX (uno de cuyos principios era la existencia de un Estado, en general, abstencionista en el ámbito económico), la actividad empresarial estatal era más bien limitada, destacando el desarrollo de actividades en materia de transporte ferroviario de pasajeros y de carga, de prestación del servicio postal y telegráfico y de administración y manejo de los puertos del país, las cuales, en todo caso, deben considerarse como actividades estatales tradicionales para la época³.

Sin embargo, esta situación comenzó a cambiar a partir de la década de 1930, como consecuencia de causas tanto políticas como económicas.

En cuanto a las causas políticas, cabe indicar que desde inicios del siglo XX — incluso ya desde fines del XIX— en nuestro país comenzó a manifestarse una creciente crítica, en importantes círculos intelectuales y políticos, hacia el papel que el liberalismo decimonónico le había asignado al Estado. Las críticas “apuntaban al hecho de que el Estado prescindía de actuar en numerosos campos [como el económico], con lo cual la nación se debilitaría frente a otras [y] las personas, especialmente las más desvalidas en el aspecto económico, se encontrarían en una situación de indefensión frente a aquellos otros más fuertes”⁴. A partir de estas críticas, se concluía y planteaba la necesidad de una activa participación del Estado en la vida económica del país, tanto para fomentar y proteger a la

Maldonado, Iván. *Crónica sobre la expansión del Estado empresario y el retraimiento de la iniciativa privada*. *Revista Ius Publicum* (2), Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás, 1999, p. 130).

Por su parte, el profesor Silva Bascuñán señala que la filiación intelectual entre ambas Constituciones (1833 y 1925) era indiscutible, ya que la de 1925 no era “una recopilación de reglas totalmente novedosas ni en su forma ni en su fondo, porque en 1925 se transcribió sustancial y aun literalmente gran número de las normas contenidas en la Constitución precedente [...]”. Con todo, este autor advierte que el ideal de derecho de la Constitución de 1925 “no corresponde íntegramente, sin embargo, al del liberalismo político, porque subraya en algunas oportunidades la necesidad de que el Estado vele activamente por el progreso del orden social, con preocupación por el bienestar de todos [...]”. SILVA Bascuñán, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo III. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 89-90.

³ Cf. LÜDERS, Rolf J. *El Estado Empresario en Chile. Las bases de su desarrollo hasta 1973 y la privatización durante el régimen militar*. En: WISECARVER, Daniel L. (Ed.). *El modelo económico chileno*. 2ª edición. Santiago, Chile, Centro Internacional para el Desarrollo Económico e Instituto de Economía de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1993, p. 137.

⁴ IBÁÑEZ Santa María, Adolfo. *Herido en el ala. Estado, Oligarquías y Subdesarrollo. Chile 1924-1960*. Santiago, Chile, Editorial Biblioteca Americana, Universidad Andrés Bello, 2003, p. 34.

economía nacional, especialmente a la industria –y, con ello, fortalecer a la nación en su conjunto–, como para proteger a los grupos sociales económicamente más débiles.

Por su parte, en cuanto a las causas económicas, debemos señalar que la crisis de la industria salitrera chilena –al término de la Primera Guerra Mundial– y, principalmente, la crisis económica mundial de 1929, produjeron efectos devastadores en la economía nacional⁵, lo que aumentó las presiones de cada vez más sectores sociales y políticos por una mayor intervención estatal en la economía.

Todo lo anterior precipitó el descrédito y consiguiente abandono de los principios liberales clásicos que hasta entonces habían inspirado el régimen económico chileno, especialmente en lo relativo al papel y a la participación del Estado en la vida económica del país. Ello implicó que el Estado más bien abstencionista en materia económica que había predominado en Chile en los siglos XIX y principios del XX, fuera sustituido, a contar de los años treinta, por un Estado con una mayor intervención en dicho ámbito, lo que se manifestó tanto en una mayor regulación y control estatal de la actividad económica privada, como en un aumento de la actividad empresarial del Estado.

En relación con esta última forma de intervención estatal (empresarial), cabe señalar que “[l]a necesidad de generar una producción exportable para disminuir el impacto que causan las fluctuaciones de la minería y los requerimientos de una producción nacional que atenúe la dependencia del exterior, suponen llevar a cabo un proceso de industrialización que, por ese entonces [década de 1930], sólo el Estado está en condiciones de asumir”⁶.

En estas circunstancias, a partir de esa época, y sin que la Constitución estableciera, ni en su texto original –según fue señalado– ni en sus reformas posteriores⁷, una regulación

⁵ Al respecto, cabe citar un informe preparado por la Liga de las Naciones, denominado “*World Economic Survey 1923-33*”, según el cual Chile fue el país más afectado por la crisis económica mundial. En dicho informe se señalaba que, en promedio, el volumen del comercio mundial había caído en un 26,5% entre 1929 y 1932, mientras que para Chile esa caída había sido cercana al 70%. Algunas cifras reflejan este impacto. Así, por ejemplo, entre 1929 y 1932, el precio total de la producción de salitre cayó en un 95%, desde \$1.050 millones en 1929 hasta \$58 millones en 1932, y las exportaciones de salitre, en un 91%, desde 2.898.000 toneladas en 1929 hasta 250.000 en 1932. Las exportaciones agrícolas, en tanto, en 1932 fueron un 86% más bajas que en el período 1927-1929. Con respecto al total de las exportaciones, estas cayeron en un 58% entre 1929 y 1930. Por su parte, las importaciones debieron contraerse en forma drástica. A ello se agregó la disminución de los créditos externos, desde \$682 millones en 1930 a \$54 millones en 1931, a \$22,4 millones en 1932 y a \$0 en 1933. (Cf. AYLWIN Oyarzún, Mariana *et al. Chile en el siglo XX*. Santiago, Chile, Editorial Emisión, [s.f.], pp. 135-136).

⁶ ARÓSTICA, 1999, op. cit., p. 132.

⁷ Con respecto a estas reformas, cabe hacer notar que recién en 1943, con la Ley N° 7.727, se incorporó en la Constitución una norma (inciso 3° del artículo 45) que hacía expresa mención a las empresas

sistemática y general de la actividad empresarial del Estado, el Estado chileno fue aumentando su tamaño y participación en la economía nacional, desarrollando actividades empresariales en los principales mercados del país.

Para estos efectos, en algunos casos, el Estado creó empresas públicas, como la Línea Aérea Nacional (D.F.L. N° 247, de 1932), la Empresa Nacional del Petróleo (Ley N° 9.618, de 1950), la Empresa de Transportes Colectivos del Estado (D.F.L. N° 54, de 1953), el Banco del Estado de Chile (D.F.L. N° 126, de 1953), la Empresa Marítima del Estado (D.F.L. N° 388, de 1953), la Empresa Nacional de Minería (D.F.L. N° 153, de 1960) y la Empresa Portuaria de Chile (D.F.L. N° 290, de 1960), entre otras.

En otros casos, el Estado procedió a constituir sociedades industriales o comerciales de derecho privado, o bien a adquirir o incorporarse a otras ya existentes. Esta modalidad adquirió especial relevancia con la creación de la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO), organismo estatal creado por la Ley N° 6.334, de 1939. En efecto, aunque esta entidad no abandonó uno de sus principales cometidos, como era incentivar y fomentar la producción privada mediante el otorgamiento de créditos, “cada vez fue destinando mayores recursos para conformar un holding de sociedades filiales a través de aportes”⁸, como la Empresa Nacional de Electricidad S.A. (1944), la Compañía de Acero del Pacífico S.A. (1947) y la Industria Azucarera Nacional S.A. (1953), entre otras⁹.

pertenecientes al Estado, aunque con la impropia denominación de “empresas fiscales” (impropia, pues tales empresas estaban dotadas de personalidad jurídica y patrimonio propios, distintos de la personalidad y el patrimonio del Fisco, de manera que habría sido más correcto denominarlas “empresas del Estado”). En efecto, en el mencionado inciso 3° se estableció la iniciativa legal exclusiva del Presidente de la República “para [...] crear nuevos servicios públicos o empleos rentados y para conceder o aumentar sueldos y gratificaciones al personal de la Administración Pública, de las empresas fiscales y de las instituciones semifiscales [...]”.

Posteriormente, la Ley N° 16.615 (1967) sustituyó el artículo 10 N° 10 de la Constitución (relativo al derecho de propiedad), estableciendo en su inciso 3° que: “Cuando el interés de la comunidad nacional lo exijan, la ley podrá reservar al Estado el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción u otros, que declare de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país [...]”.

Por último, cabe destacar al respecto la Ley de reforma constitucional N° 17.450 (1971), mediante la cual se nacionalizó la gran minería del cobre (artículo 10 N° 10 y disposición decimoséptima transitoria de la Constitución de 1925).

Un análisis de las reformas citadas, puede verse en CEA Egaña, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo I. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002, pp. 60-71.

⁸ ARÓSTICA, 1999, op. cit., p. 138.

⁹ En relación con la importancia de la Corfo en la economía nacional, Óscar Muñoz Gomá (citado por LÜDERS, op. cit., p. 141), señala que “se pretende que planifique el desarrollo del país con miras a coordinar las diversas actividades productivas y que lleve a cabo iniciativas de inversión, tanto a través de la creación de empresas públicas como del apoyo financiero al sector privado. Estas funciones definen el carácter de lo que se ha llamado el ‘Estado Empresario’”.

La culminación del proceso de crecimiento del Estado empresario en nuestro país, se produjo durante el gobierno de la Unidad Popular (1970-1973), cuyo objetivo en esta materia era que el Estado obtuviera el control de los sectores y actividades más importantes de la economía nacional, de manera de constituir un área estatal dominante¹⁰. Para lograr este objetivo, el Estado utilizó diversos medios, como la adquisición de las acciones o los derechos de empresas privadas (entre ellas, por ejemplo, las del sector bancario y financiero), la nacionalización (mediante la cual adquirió la gran minería del cobre, conforme a lo dispuesto en la Ley de reforma constitucional N° 17.450, de 1971), la expropiación, la requisición y la intervención de empresas.

Como consecuencia de este proceso iniciado en los años treinta, en 1973 el Estado empresario chileno estaba constituido por 596 empresas (526 de las cuales pasaron a manos estatales entre 1970 y 1973, 325 de estas mediante la requisición o la intervención), controlando el 85% de la minería, el 40% de la industria, el 100% de los servicios públicos, el 70% del transporte, el 70% de las comunicaciones y el 85% del sector financiero, empresas cuya producción representaba, en total, el 39% del PIB¹¹.

A partir de 1974, en contraste con lo ocurrido en las décadas anteriores –y en especial con lo sucedido entre 1970 y 1973–, la actividad empresarial del Estado experimentó una progresiva y considerable disminución, como resultado de un proceso de privatización de empresas estatales o controladas por el Estado que el gobierno militar llevó a efecto a contar de ese año¹². Por otra parte, la Constitución promulgada en 1980, junto con reconocer y garantizar la libre iniciativa económica privada (artículo 19 N° 21, inciso 1°), reguló expresamente la posibilidad y condiciones de la actividad empresarial del Estado (artículo 19 N° 21, inciso 2°).

¹⁰ Véase “Programa Básico de Gobierno de la Unidad Popular”, en especial el párrafo titulado “La construcción de la nueva economía”. En: FONTAINE Talavera, Arturo y GONZÁLEZ Pino, Miguel (Eds.). *Los Mil Días de Allende*. Tomo 2. Santiago, Chile, Centro de Estudios Públicos, 1997, pp. 954-956.

¹¹ HACHETTE A. de la F., Dominique. *Privatizaciones: Reforma estructural pero inconclusa*. En: LARRAÍN B., Felipe y VERGARA M., Rodrigo (Eds.). *La Transformación Económica de Chile*. Santiago, Chile, Centro de Estudios Públicos, 2000, pp. 113-116.

¹² Un análisis de este proceso de privatización y sus efectos, puede verse, por ejemplo, en LÜDERS (op. cit., pp. 149-166) y en HACHETTE (op. cit., pp. 117-124 y 130-139).

Presentación

En el presente trabajo se intentarán responder ciertas interrogantes con respecto al Estado empresario y su regulación en la Constitución de 1980, a saber, ¿qué es el Estado empresario?, ¿cuáles son los principios en que se fundamenta su regulación constitucional? y ¿cuál es el sentido y alcance del artículo 19 N° 21 de la Constitución y, especialmente, de su inciso 2°?

En síntesis, el objetivo general de este trabajo es conocer, analizar y comprender la regulación del Estado empresario en la Constitución Política de la República de 1980, tanto desde una perspectiva dogmática como jurisprudencial.

Nuestro trabajo consta de tres capítulos. En el primero de ellos, estudiaremos los conceptos de Constitución Económica y Estado empresario. En el capítulo segundo, analizaremos los principios jurídicos que, a nuestro juicio, fundamentan la regulación del Estado empresario en la Constitución (subsidiariedad del Estado, igualdad y reserva legal). Por último, en el capítulo tercero, efectuaremos el análisis jurídico del artículo 19 N° 21, inciso 2° de la Constitución.

Finalmente, expondremos las conclusiones.

Además, como anexo, se incluye una lista de las empresas y otras entidades estatales que, según la información disponible a mayo de 2016, conforman la estructura del Estado empresario en Chile.

CAPÍTULO PRIMERO

CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y ESTADO EMPRESARIO. PRECISIONES CONCEPTUALES

1. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

1.1. Concepto

El concepto de Constitución Económica es relativamente reciente. En efecto, este concepto surge en el primer tercio del siglo XX y su primera formulación corresponde a la doctrina alemana, particularmente al trabajo desarrollado por Beckerath, en 1932, en un homenaje al economista Werner Sombart, y que tituló “*Politische und Wirtschaftsverfassung*”¹³. Hasta esa época, y siguiendo la tradición del constitucionalismo liberal clásico, “el ideal constitucional se satisfacía, cuando mucho, con las garantías de la propiedad y de la libertad de industria y comercio”¹⁴, es decir, no se consideraba necesario que las constituciones incorporaran disposiciones de contenido económico, por cuanto se entendía que las libertades económicas se encontraban implícitamente contenidas en los derechos de libertad y propiedad. Con todo, “preceptos económicos individuales, sin embargo, solían aparecer regulando tal o cual fenómeno económico, u otorgando atribuciones a la autoridad para regular el comercio, la emisión monetaria u otras áreas económicas. Hasta la posguerra, empero, no se registra ningún esfuerzo serio, completo y armónico por dar forma a la llamada ‘constitución económica’ en algún ordenamiento, sino sólo introducción de normas aisladas en algunas constituciones”¹⁵.

¹³ ZÚÑIGA Urbina, Francisco. *Constitución económica y Estado empresario*. Revista de Derecho Público (63), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2001, p. 339; y FONT Galán, Juan Ignacio. *Constitución económica y Derecho de la competencia*. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1987, p. 132 (nota 250).

¹⁴ FERMANDOIS Vöhringer, Arturo. *Derecho Constitucional Económico. Garantías Económicas. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo I. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2001a, p. 24.

¹⁵ Id., p. 25.

Sin embargo, las convulsiones políticas, económicas y sociales que se producen en el mundo en la primera mitad del siglo XX (Primera Guerra Mundial, crisis económica de 1929, Segunda Guerra Mundial, por mencionar los hechos más importantes), determinan que el Estado asuma un mayor protagonismo en la vida económica de los países. En este contexto, la ordenación de la economía comienza a adquirir una creciente relevancia en los ordenamientos constitucionales de los Estados, lo que determina la incorporación de disposiciones de contenido económico en ellos, manifestándose, de esta manera, la voluntad de establecer una nueva relación entre el derecho y la economía, entre el orden jurídico y el orden económico¹⁶⁻¹⁷.

Así, la Constitución Económica es una “categoría conceptual que emerge históricamente para caracterizar al moderno constitucionalismo en cuyo seno parece albergarse un cierto dualismo: la Constitución política, que sería el estatuto jurídico fundamental del poder político o de las relaciones políticas entre el Estado y los ciudadanos; mientras que la Constitución económica atendería a la ordenación jurídica de las estructuras y relaciones económicas en las que no sólo están implicados los ciudadanos, sino también, y de manera creciente, el propio Estado en su función de protagonista del desarrollo de la vida económica”¹⁸.

¹⁶ La primera Constitución que, de acuerdo a la mayoría de los autores, asumió este nuevo paradigma, fue la Constitución alemana de Weimar, de 1919. Sin embargo, fue al término de la Segunda Guerra Mundial cuando esta tendencia se generalizó, debido, principalmente, a la influencia de la denominada Escuela económica de Friburgo (Alemania), la cual planteaba la necesidad de incorporar en el ordenamiento constitucional de un Estado, junto a las normas propiamente políticas (Constitución Política en su sentido clásico), normas y principios de contenido económico y social, aseverando que la eficacia de la economía dependía de su relación con el sistema político y legal.

¹⁷ Según algunos autores, es en esta época en la cual surge la disciplina jurídica denominada Derecho Económico o Derecho de la economía. Quienes sustentan esta opinión, como el profesor Rinck, sostienen la tesis de que el Derecho Económico es el derecho de la intervención del Estado en la economía, es decir, que se trata de una disciplina conformada, precisamente, por normas de carácter intervencionista o dirigista. Esta posición no es compartida, por ejemplo, por el profesor de la Universidad de Salamanca, Eduardo Galán, para quien “es la ordenación de la actividad económica el objeto propio del derecho de la economía”, ordenación que se ha llevado a cabo de muy distintas maneras en las etapas de la historia, y que en el primer cuarto del siglo XX se manifiesta en el intervencionismo estatal. En otras palabras, de acuerdo al profesor Galán, el Derecho Económico no nace con el, ni puede reducirse al, intervencionismo del Estado que se hace patente con la primera gran guerra y años posteriores, sino que, a consecuencia del mismo, adopta una nueva y concreta fisonomía. Cf. GALÁN C., Eduardo. *Sobre el Derecho de la Economía*. En: STREETER Prieto, Jorge. *Materiales de lectura para Derecho Económico III*. Departamento de Derecho Económico, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1986, pp. 1-5.

¹⁸ BASSOLS Coma, Martín. *Constitución y sistema económico*. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1988, pp. 16-17.

Ahora bien, ¿cómo ha sido conceptualizada la Constitución Económica?

En el Derecho comparado, la primera definición de Constitución Económica que conocemos, es la elaborada por Beckerath en su ya citado trabajo de 1932, en el cual señala que aquella es la “ordenación de la propiedad, del contrato y del trabajo, de la forma y extensión de la intervención del Estado, así como la organización y la técnica de la producción y la distribución”¹⁹.

Font Galán, en tanto, entiende por Constitución Económica el “conjunto de normas de contenido específicamente socioeconómico, mediante las cuales se establecen los principios que rigen la actividad económica desarrollada por los individuos y por el Estado, y se determinan las libertades, derechos, deberes y responsabilidades de aquéllos y éste en el ejercicio de dicha actividad”²⁰.

Por su parte, el Tribunal Constitucional de España, en sentencia de 28 de enero de 1982, sostuvo que la Constitución Económica formal es el conjunto de “normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica”²¹.

En el medio jurídico nacional, por su parte, la expresión Constitución Económica no tiene una tradición o una aceptación generalizada. En efecto, al referirse a la ordenación de la vida económica mediante principios y normas constitucionales, la mayoría de nuestra doctrina y jurisprudencia tradicionalmente ha recurrido al concepto de orden público económico –particularmente a una noción material del mismo– y no al de Constitución Económica, o bien ha utilizado ambos términos como si fueran sinónimos²².

En este sentido, en la doctrina tenemos, por ejemplo, la definición de orden público económico formulada por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, en el documento denominado “Proposiciones e ideas precisas” (1978). En el párrafo titulado, precisamente, “Orden Público Económico”, la Comisión indicó que en el nuevo ordenamiento jurídico constitucional se debían contemplar algunas “normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la

¹⁹ Citado por FONT Galán, op. cit., p. 132 (nota 250).

²⁰ FONT Galán, op. cit., pp. 131-132.

²¹ Citado por FERMANDOIS, 2001a, op. cit., p. 22.

²² Al respecto, Francisco Zúñiga critica a la doctrina que incurre en el “error conceptual de establecer una sinonimia, de filiación privatista francesa (Ripert, Farjat), entre Orden Público Económico y Constitución Económica”. ZÚÑIGA, op. cit., p. 344.

iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país, de modo que ellas conduzcan a la consecución del bien común”²³.

En la misma línea se encuentra la ya clásica definición de orden público económico formulada por José Luis Cea, quien lo entiende como “el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución”²⁴.

Finalmente, Sergio Diez define el orden público económico como “el conjunto de ‘normas marco’ o generales contenidas en la Constitución Política, que regulan los derechos y libertades de orden económico de las personas, la actividad económica del Estado y las relaciones de carácter económico entre ellos”²⁵.

En la jurisprudencia, en tanto, cabe destacar una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, la cual expresamente hace sinónimos los conceptos de orden público económico y Constitución Económica. En efecto, en dicha sentencia la Corte señaló: “Que el artículo 19, N° 21 de la Carta Política integra el conjunto de normas que regulan la actividad económica del Estado y de los particulares, bajo la fórmula generalizada en la doctrina con la denominación de ‘Orden Público Económico’, utilizada inicialmente por Ripert en la década de los 60, y que la dogmática moderna designa como ‘Constitución Económica’”²⁶.

²³ COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA. *Proposiciones e ideas precisas*. 1978a. En: Revista Chilena de Derecho 8(1-6), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1981, p. 160.

²⁴ CEA Egaña, José Luis. *Tratado de la Constitución de 1980*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1988, p. 158. Esta definición ha sido ampliamente recogida por la jurisprudencia de los tribunales superiores, así como del Tribunal Constitucional. Al respecto, puede verse, por ejemplo, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 26 de enero de 1996, incluida en la revista Gaceta Jurídica N° 177. En cuanto al Tribunal Constitucional, cabe citar las sentencias Rol N° 207-1995 (considerando 72°), Rol N° 811-2007 (considerando 11°) y Rol N° 1.144-2008 (considerandos 65° y 66°). Cf. LÓPEZ Magnasco, Sebastián. *Libertad de empresa y no discriminación económica. Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional* [en línea]. Santiago, Chile. Cuadernos del Tribunal Constitucional (48). 2012, pp. 49 (nota 45) y 52-53 (nota 55) [fecha de consulta: 04 de octubre de 2014]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_documento.php?id=1839>.

²⁵ DIEZ Urzúa, Sergio. *Personas y valores. Su protección constitucional*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 182.

²⁶ “Asociación Nacional de la Prensa A.G. con Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.” (recurso de amparo económico-rechazado), Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 4.538-1999, considerando 2°. En: REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA (en adelante, “RDJ”), (97), 2ª parte, sección 5ª, pp. 8-19.

Por nuestra parte, entendemos la Constitución Económica como el conjunto de principios y normas constitucionales que estructuran el régimen normativo fundamental de la vida económica de un país, regulando de un modo esencial el régimen de las personas, relativo a las libertades, derechos, deberes, limitaciones y responsabilidades de estas en materia económica; el régimen de los bienes, concerniente a las relaciones de las personas con estos; y el régimen del poder público, relativo a las potestades, funciones, deberes, limitaciones y responsabilidades del Estado en materia económica, así como a las relaciones de carácter económico entre este y las personas²⁷.

1.2. La Constitución Económica de Chile

En el sistema jurídico chileno, la Constitución Política de la República de 1980 contiene una serie de principios y normas de carácter económico que, en conjunto, conforman una Constitución Económica²⁸, cuyo contenido es el siguiente²⁹:

1.2.1. Régimen de las personas

Al respecto, el principio constitucional fundamental es el de libertad económica, el cual se concreta, entre otras, en las siguientes disposiciones:

²⁷ Las expresiones “régimen de las personas”, “régimen de los bienes” y “régimen del poder público”, que hemos utilizado en nuestra definición, corresponden a Joseph Lajugie, quien en su obra “Los Sistemas Económicos” se refiere al concepto de “régimen económico”, el cual define como “el conjunto de reglas legales que, en el seno de un sistema económico dado, rigen las actividades económicas de los hombres, es decir, sus hechos y acciones en materia de producción y de cambio”, señalando que tales reglas pueden tener por objeto regular lo que denomina, precisamente, régimen de las personas, de los bienes y del poder. Cf. LAJUGIE, Joseph. *Los sistemas económicos*. Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963, p. 6.

²⁸ Sin embargo, “no hay que llevar el concepto en cuestión [Constitución Económica] a la idea de que existen varias constituciones paralelas, ya que ello atenta contra el principio de unidad constitucional. La Constitución Económica sólo intentaría agrupar, con un claro objetivo de orden comprensivo, los preceptos constitucionales de índole económica”. BORDALÍ Salamanca, Andrés. *Constitución Económica y protección del medio ambiente*. *Revista de Derecho* (número especial), Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, agosto 1998, p. 45.

²⁹ El esquema que a continuación se presenta, lo hemos elaborado siguiendo el *Esquema para una clasificación de las disposiciones de la Constitución Económica de Chile*, de la profesora Patricia Núñez Figueroa, utilizado como material de clase en su cátedra de Derecho Económico III, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (año 1999), el cual hemos actualizado de acuerdo al texto vigente de la Constitución, fijado por el Decreto Supremo N° 100, de 2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

1.2.1.1. Normas referentes a la elección de la actividad económica: artículos 1º, inciso 4º; 19 N° 12, incisos 4º y 5º; 19 N° 16, incisos 1º a 4º; 19 N° 17; 19 N° 21, inciso 1º.

1.2.1.2. Normas que regulan el ejercicio de la actividad económica: artículos 1º, inciso 3º; 19 N° 15; 19 N° 21, inciso 1º; 23.

1.2.2. Régimen de los bienes

El principio constitucional fundamental y predominante en este régimen, es el de propiedad privada de los bienes, el cual se concreta en las siguientes normas:

1.2.2.1. Normas que regulan la facultad de adquisición de los bienes: artículos 19 N° 23; 19 N° 24, inciso 2º.

1.2.2.2. Normas relativas a la tutela de los bienes incorporados al patrimonio: artículos 19 N° 24; 19 N° 25.

1.2.3. Régimen del poder público

Al respecto, la Constitución contiene principios y normas que regulan las siguientes materias:

1.2.3.1. La actividad del Estado como mero sujeto económico:

1.2.3.1.1. Los ingresos fiscales.

1.2.3.1.2. Los egresos o gastos del Fisco.

1.2.3.1.3. Recaudación, presupuesto e inversiones públicas.

Estas actividades se encuentran reguladas en los siguientes artículos: 19 N° 20; 32 N° 20; 63 N°s. 7, 8, 9 y 10; 65, inciso 2º; 65 N° 3; 67; 98; 100; 109, incisos 2º y 3º.

1.2.3.2. La actividad empresarial del Estado:

1.2.3.2.1. Regla general: artículo 19 N° 21, inciso 2°.

1.2.3.2.2. Casos especiales previstos en la Constitución: artículo 19 N° 12, inciso 5°; artículo 19 N° 24, inciso 10°; disposición tercera transitoria.

1.2.3.2.3. Otras normas: artículos 63 N° 9; 65 N° 2; 115, incisos 5° y 6°.

1.2.3.3. Las actividades de fomento de la actividad económica particular:

artículo 19 N° 22, inciso 2°.

1.2.3.4. Las actividades de programación y coordinación de la actividad económica regional o provincial: artículos 113; 115; 116.

1.2.3.5. Las restricciones que el Estado, en ejercicio de sus potestades legislativas y de regulación, impone respecto de la actividad económica de los sujetos no estatales o particulares:

1.2.3.5.1. Restricciones al régimen de las personas: artículos 19 N° 8; 19 N° 16; 19 N° 17; 19 N° 21, inciso 1°; 43; 44; 45.

1.2.3.5.2. Restricciones al régimen de los bienes: artículos 19 N° 8; 19 N° 23; 19 N° 24; 19 N° 25; 43; 44; 45.

1.2.3.5.3. Límites dentro de los cuales el Estado puede imponer restricciones: artículos 1°; 6°; 7°; 19 N° 2; 19 N° 22; 19 N° 26; 44; 63 N° 19; 98; 99; 109, inciso final.

1.2.3.5.4. Resguardos que los sujetos no estatales pueden invocar para que se tutelen sus derechos en materia económica: artículos 19 N° 3; 20; 38; 45; 76; 93 N°s. 6 y 7.

2. ESTADO EMPRESARIO

2.1. Definiciones en la doctrina

El término “Estado empresario” no aparece en la Constitución de 1980. En efecto, al regular la actuación del Estado como empresario, nuestra Constitución habla de “actividades empresariales” que el Estado y sus organismos podrán desarrollar o en las que podrán participar (artículo 19 N° 21, inciso 2°), de “empresas del Estado” o “empresas públicas” (artículos 63 N° 9, 65 N° 2 y 115, inciso 5°) y de empresas “en que éste [el Estado] tenga participación” (artículo 63 N° 9), pero no de “Estado empresario”. Tampoco es posible encontrar la expresión en alguna de las leyes que autorizan al Estado a desarrollar actividades empresariales o que regulan empresas del Estado.

El concepto “Estado empresario” no es, entonces, una creación del constituyente o del legislador, sino que, más bien, es obra de la doctrina, respecto del cual esta ha propuesto algunas definiciones.

Así, por ejemplo, para un autor “el término ‘Estado empresario’ resulta apropiado para englobar las distintas modalidades bajo las cuales el Estado puede actuar con tal calidad de acuerdo con las solas normas de la Constitución de 1980”³⁰.

Otro autor, por su parte, ha señalado que el Estado empresario “es aquél en que el Estado, de una u otra forma, puede legalmente emprender actividades de producción y distribución de los bienes y servicios no públicos, que está a la expectativa de emprenderlas en competencia o excluyendo a la empresa privada nacional y extranjera, y en el hecho las desarrolla en un volumen de cierta consideración”³¹.

Más recientemente, se lo ha definido como el “complejo normativo que configura una de las variadas formas en que se puede desplegar la actividad estatal en el ámbito económico y, específicamente, la actividad económica empresarial, o sea, la acción estatal, por vía de propiedad o participación, mayoritaria o no, y bajo formas societarias especiales

³⁰ BERTELSEN Repetto, Raúl. *El Estado empresario en la Constitución de 1980*. Revista Chilena de Derecho, 14(1), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1987, p.115.

³¹ URENDA Zegers, Carlos. *El Estado empresario: visión de un abogado*. Revista Chilena de Derecho, 14(1), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1987, p. 147.

o las existentes en el derecho mercantil común, que se despliega en actividades productivas, en el ámbito de un mercado, en principio abierto y competitivo”³².

2.2. Definición propuesta

Por nuestra parte, conceptualizaremos la noción en estudio a partir del contenido de su regulación constitucional. En este sentido, el término “Estado empresario” hace referencia a una dimensión o faceta del Estado, que se manifiesta en el desarrollo o la participación por parte de este o sus organismos, autorizados en la forma establecida en la Constitución, en actividades empresariales, debiendo tal actuación ser subsidiaria respecto de la actividad económica privada y realizarse, por regla general, en condiciones de igualdad jurídica con los particulares, sin perjuicio de las excepciones que con relación a esto último pueda establecer una ley.

En nuestra definición se destacan las siguientes ideas con respecto al concepto de Estado empresario y su regulación en la Constitución (todas las cuales serán desarrolladas en el presente trabajo):

a) El concepto describe una de las dimensiones que el Estado asume en la vida económica del país (además de otras, como el Estado de fomento³³ o el Estado regulador³⁴), la cual se manifiesta en el desarrollo o la participación por parte de este o sus organismos en actividades empresariales.

b) El Estado o sus organismos, para poder desarrollar o participar en actividades empresariales, deben ser autorizados en la forma establecida en la Constitución. Esto es, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 N° 21, inciso 2°, en relación con el artículo 66, inciso 3°, ambos de la Carta Fundamental, deben ser autorizados mediante una ley de quórum calificado; ello sin perjuicio, según veremos, de lo dispuesto en otros preceptos constitucionales, que establecen autorizaciones especiales en esta materia.

³² USEN Vicencio, Alejandro. *El Estado Empresario*. Revista de Derechos Fundamentales (7), Universidad de Viña del Mar, 2012, p. 117.

³³ Cf. *supra* párrafo 1.2.3.3., p. 22.

³⁴ Cf. *supra* párrafo 1.2.3.5., p. 22.

c) La actividad empresarial del Estado o sus organismos debe ser subsidiaria con respecto a la actividad económica privada, esto es, debe estar fundamentada en el principio de subsidiariedad del Estado.

d) El Estado o sus organismos deben realizar las respectivas actividades empresariales, por regla general, en condiciones de igualdad jurídica con los particulares, debiendo tales actividades someterse a la legislación común aplicable a estos últimos, salvo las excepciones que al respecto pueda establecer una ley de quórum calificado.

CAPÍTULO SEGUNDO

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO EMPRESARIO

1. INTRODUCCIÓN

El concepto de Constitución Económica, según la definición que hemos formulado en el capítulo anterior, describe el conjunto de principios y normas constitucionales que estructuran el régimen normativo fundamental de la vida económica de un país.

En lo que respecta específicamente a la Constitución Económica chilena, hemos visto que entre las materias que regula, se encuentra la relativa al Estado empresario, cuya reglamentación general y fundamental se halla en el artículo 19 N° 21, inciso 2° del texto constitucional. En el presente capítulo estudiaremos los principios constitucionales que, en nuestra opinión, fundamentan dicha regulación.

Para efectos de este trabajo, entenderemos los principios constitucionales como las “ideas básicas que orientan el proceso de creación y transformación de la ordenación constitucional, sirviéndole de necesario fundamento y sostén”³⁵.

Con respecto al rol de los principios en la construcción, interpretación y aplicación de las normas constitucionales, se ha señalado que: “En el fondo de las normas jurídicas positivas hay siempre latente un principio de derecho que, una vez descubierto, tiene en sí un impulso suficiente para cobrar rango igual al de la ley misma. [...]. [F]uerza es agregar que los principios constituyen la base de complejos enteros de reglas e instituciones, hasta el punto de que si no son reconocidos, el ordenamiento completo quedaría falseado en su sentido y ninguna de sus disposiciones concretas podría dejar de ser afectada. Por ello, los principios son fuente directa de derecho positivo. Justamente, el concepto material de la Constitución descansa en la admisión de tales principios inmanentes y obligatorios, estén o no formalmente aludidos o desarrollados por la normatividad positiva. [...]. La relevancia

³⁵ MOHOR Abuaud, Salvador. *Concreción institucional de los principios de Derecho Público que inspiran la nueva Constitución*. *Revista de Derecho Público* (29-30), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1981, p. 68.

de los principios, en todo caso, concretamente reside en que sirven de clave interpretativa de las normas constitucionales, fijando consecuentemente el fundamento y límites de las reglas complementarias y de la aplicación de éstas con subordinación a aquéllos”³⁶.

Ahora bien, ¿cuáles son los principios constitucionales que fundamentan e inspiran la regulación del Estado empresario en la Constitución de 1980? A nuestro juicio, son los siguientes: principio de subsidiariedad del Estado, principio de igualdad y principio de reserva legal.

2. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DEL ESTADO

2.1. Concepto y fundamentos

La expresión “subsidiariedad”, explica un autor, “proviene del término latino *subsidium*, que significa ‘ayuda desde la reserva’, es decir, desde una instancia que no es directamente responsable de lo que ocurre”³⁷. Así, y a partir de su etimología, el principio en estudio dice relación con el “papel de ayuda que cada entidad superior ha de desempeñar respecto a las inferiores, siempre y cuando éstas no sean capaces de cumplir con sus obligaciones, cubrir sus necesidades [...]”³⁸.

En este sentido, el principio de subsidiariedad puede ser conceptualizado como un principio de organización jurídica y política, en virtud del cual las entidades mayores de una comunidad política –por ejemplo, y por antonomasia, el Estado– pueden intervenir en los ámbitos de competencia y acción de las personas individuales o de las entidades menores, en la medida en que aquellas o estas, por imposibilidad o negligencia, no cumplan

³⁶ CEA, 1988, op. cit., p. 166.

³⁷ MARTINELL Gifré, F., voz “subsidiariedad”, en *Gran Enciclopedia Rialp*, tomo XXI, Madrid, Ediciones Rialp, 1972, p. 707. En: GONZÁLEZ Grandjean, Denis. *La libertad económica y su protección jurídica en la Constitución chilena: un análisis a través de la jurisprudencia* (Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2001, p. 207.

³⁸ *Ibíd.*

sus fines y actividades propios o no lo hagan adecuadamente y ello implique un perjuicio para el bien común.

Si bien este principio no se aplica solo al Estado –pues también regula la actuación y las relaciones mutuas de los distintos miembros (individuales y colectivos) de una comunidad política–, es precisamente respecto de aquel y su actuación en la comunidad, que su aplicación adquiere mayor relevancia, especialmente para la libertad de las personas, y es a esta aplicación a la que nos referiremos en este trabajo.

La formulación conceptual del principio de subsidiariedad, especialmente con relación al Estado, surge a fines del siglo XIX³⁹, desarrollándose principalmente sobre la base de una serie de documentos sociales pontificios⁴⁰. Asimismo, referencias a este principio pueden encontrarse también en autores como Wilhelm Röpke⁴¹ y Friedrich Hayek⁴².

El de subsidiariedad no constituye un principio evidente por sí mismo, por lo que necesita ser demostrado a partir de otros principios evidentes y a través de un discurso argumentativo⁴³. En este sentido, la validez del principio en estudio se fundamenta a partir de dos proposiciones: a) la libertad de la persona humana y b) la ordenación de la sociedad o comunidad política al bien común, a las cuales nos referiremos a continuación.

a) La libertad ha sido conceptualizada por un autor como “el estado en que un hombre no se halla sujeto a coacción derivada de la voluntad arbitraria de otro o de otros”⁴⁴. La libertad así entendida, entonces, es una condición de la persona, que supone la posibilidad de actuar o no actuar según sus propias decisiones y planes, sin interferencias

³⁹ Con todo, se ha señalado que este principio “encuentra su fundamentación doctrinal en las filosofías de Aristóteles y de Santo Tomás de Aquino, y que Montesquieu, en *El Espíritu de las Leyes* (1734-1748), enunció de la manera siguiente: ‘El pueblo, que tiene el poder soberano, debe hacer por sí mismo todo lo que pueda hacer bien, y hacer a través de sus delegados (ministros) lo que no pueda hacer convenientemente’”. Cf. MORENO Valencia, Fernando. *Iglesia, Política y Sociedad*. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1988, p. 247.

⁴⁰ Entre los cuales destacan las encíclicas *Rerum Novarum* (1891), de León XIII; *Quadragesimo Anno* (1931), de Pío XI; *Mater et Magistra* (1961), de Juan XXIII; *Centesimus Annus* (1991), de Juan Pablo II; *Caritas in Veritate* (2009), de Benedicto XVI, y el Catecismo de la Iglesia Católica (1992).

⁴¹ Cf. COVARRUBIAS Cuevas, Ignacio. *El principio de subsidiariedad*. En: NAVARRO Beltrán, Enrique (Ed.). *20 años de la Constitución Chilena 1981-2001*. Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 2001, p. 75 (nota 33).

⁴² Cf. ZANOTTI, Gabriel J. *Hayek y la filosofía cristiana*. *Revista Estudios Públicos* (50), 1993, pp. 84-85.

⁴³ Cf. MASSINI C., Carlos. *Acerca del fundamento del principio de subsidiariedad*. *Revista de Derecho Público* (39-40), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1986, p. 51.

⁴⁴ HAYEK, Friedrich A. *Los fundamentos de la libertad*. Madrid, Unión Editorial, 2008, p. 32.

indebidas de otros⁴⁵. Esta condición hace a la persona responsable de su vida, siendo, por lo tanto, responsabilidad de cada ser humano satisfacer sus necesidades, tanto materiales como espirituales.

Sin embargo, ciertamente ninguna persona es autosuficiente para satisfacer todas sus necesidades. En este sentido, para satisfacer necesidades que individualmente no pueden –ya sea por la propia naturaleza de estas (v. gr., procreación) o por causas contingentes (v. gr., falta o insuficiencia de recursos económicos)–, las personas deben unirse y asociarse con otras, constituyendo e incorporándose a una pluralidad de asociaciones, agrupaciones o entidades, desde la familia hasta el Estado, pasando por las más diversas sociedades intermedias –también llamados grupos o cuerpos intermedios⁴⁶, cada una con finalidades y competencias propias y específicas, pero todas constituidas como medios o instrumentos para satisfacer necesidades humanas.

Dada la libertad y consecuente responsabilidad de la persona, tanto esta como las asociaciones o entidades que constituye e integra, requieren la necesaria autonomía para tomar las decisiones y realizar las acciones conducentes al cumplimiento de sus fines específicos, así como el respeto por parte de los demás miembros de la comunidad política –en especial de las entidades mayores, como el Estado– de sus respectivas competencias, “pues no hay responsabilidad sin la posibilidad de elegir los caminos que conducen al acabamiento de su naturaleza”⁴⁷⁻⁴⁸.

⁴⁵ La libertad es una exigencia ética de la dignidad de la persona humana o dignidad humana (concepto este último que nuestro Tribunal Constitucional ha entendido como “la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados”, que implica que “éste [ser humano] ha de ser respetado en sí mismo por el solo hecho de serlo, con total independencia de sus atributos o cualidades personales [...] esta cualidad, propia de toda persona, constituye así el fundamento de todos los derechos que le son inherentes y de las garantías necesarias para resguardarlos”; vid. sentencias Rol N° 389, considerando 17°, y Rol N° 433, considerando 25°, respectivamente); exigencia que debe cumplirse en todos los ámbitos de la vida social. Por lo tanto, el respeto a la dignidad humana supone y exige que la persona elabore y desarrolle su proyecto de vida con independencia de (es decir, libre de) la coacción arbitraria de un tercero (otra persona, un grupo o el Estado).

⁴⁶ Las sociedades, grupos o cuerpos intermedios pueden definirse como las asociaciones libremente creadas por el ser humano, que se encuentran entre este y el Estado, dotadas de cierta unidad y permanencia, constituidas para el cumplimiento de fines que aquel, individualmente, no puede cumplir. Estas entidades pueden ser tantas y de tan diversa naturaleza (política, empresarial, gremial, laboral, educacional, etc.), como las necesidades e intereses de las personas y la creciente complejidad social lo requieran.

⁴⁷ MASSINI, op. cit., p. 52.

⁴⁸ A la autonomía de las sociedades o grupos intermedios, se refiere el artículo 1°, inciso 3° de la Constitución de 1980, el cual establece que: “El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”. Al respecto, el profesor Domingo Valdés ha señalado que “la autonomía que el

b) El efectivo y adecuado cumplimiento de los referidos fines, contribuye a crear las condiciones para que cada persona pueda desarrollarse y realizarse, material y espiritualmente, en la mayor medida posible. El conjunto de estas condiciones constituye lo que se denomina bien común. Así, “el bien común es bien de los individuos, pero se distingue del bien exclusivamente individual por una diferencia que no es simplemente cuantitativa, en cuanto a ser bien de la mayoría, sino cualitativa, en cuanto sólo puede ser obtenido en comunidad y conviene, de algún modo, a todos”⁴⁹.

La más importante de las entidades creadas por el ser humano para alcanzar el bien común, es el Estado, que es, por lo mismo, una sociedad jurídicamente perfecta o superior. Al respecto, nuestra Constitución declara que: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece” (artículo 1º, inciso 4º).

Con todo, no obstante ser el principal responsable de su consecución, el logro del bien común no es responsabilidad exclusiva ni excluyente del Estado, sino que esta recae también en los demás miembros de la comunidad política. Siendo esto así, “resulta evidente que [el individuo y los grupos que este forma] tienen al mismo tiempo el derecho de realizar todas aquellas acciones aptas para el logro de ese fin”⁵⁰.

En tal sentido, existen diversas actividades cuyo desarrollo es necesario para la obtención del bien común, algunas de las cuales son propiamente estatales, en tanto que otras “son en principio de la responsabilidad de los particulares, ya sea que actúen ellos personalmente o a través de grupos naturales o voluntarios”⁵¹. Respecto de estas últimas actividades, la función del Estado “es de asistencia, de ayuda, de establecimiento de

Estado asegura a cada uno de los cuerpos intermedios no es sino una garantía de que los privados, en ejercicio del derecho de reunión [asociación], puedan desarrollar los fines lícitos que estimen convenientes, pudiendo al efecto adoptar las decisiones y celebrar los actos y convenciones que consideren pertinentes. El que se ampare una autonomía privada importa el reconocimiento y afirmación constitucional de que la mejor fórmula para alcanzar los respectivos fines específicos queda entregada a la iniciativa del respectivo cuerpo intermedio y no del Estado”. Véase VALDÉS Prieto, Domingo. *Libre competencia y monopolio*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 108.

⁴⁹ RIESLE Contreras, Héctor. *Derecho de propiedad privada, bien común y principio de subsidiaridad*. *Revista de Derecho Público* (15), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1974, p. 36.

⁵⁰ MASSINI, op. cit., p. 53.

⁵¹ Id., pp. 53-54.

aquellas condiciones exteriores que hagan posible su cumplimiento eficaz. [...]. Lo que es más aún, esta ayuda puede llegar a transformarse en suplencia, cada vez que los particulares se manifiesten incapaces de cumplir eficazmente con sus responsabilidades para con el bien común”⁵².

De lo expuesto, es posible concluir que la aplicación del principio de subsidiariedad del Estado admite diversos modos o formas de intervención estatal en los ámbitos de competencia y acción de las personas individuales y de las entidades menores, desde la promoción, ayuda y complemento –a efectos de que puedan cumplir adecuada y eficazmente sus fines y actividades propios–, hasta la suplencia y ejecución directa en el cumplimiento de estos⁵³. Este es, en nuestra opinión, el contenido esencial o propio del principio de subsidiariedad, es decir, el que se refiere a la actuación o intervención estatal, en los diversos modos o formas que esta puede asumir, según lo recién expresado. Por lo mismo, no compartimos la distinción que efectúa gran parte de la doctrina y jurisprudencia, según la cual el principio de subsidiariedad tendría dos dimensiones: (a) una negativa o de abstención y (b) una positiva o de actuación. Conforme a esta distinción, la dimensión negativa del principio importa que el Estado “no debe intervenir en las actividades de las sociedades intermedias cuando desarrollan su actividad y fines real y eficazmente dentro del bien común”, en tanto que la dimensión positiva “implica una protección de las sociedades o grupos intermedios menores frente a los mayores, como asimismo un derecho de intervenir del Estado, cuando las sociedades intermedias no sean capaces de realizar su actividad real o eficazmente o cuando ellas atenten contra el bien común. En tales casos, el Estado debe suplir su tarea, removiendo los obstáculos y restableciendo, una vez superados estos últimos, la autonomía de las sociedades intermedias afectadas”⁵⁴. A nuestro juicio,

⁵² *Ibíd.*

⁵³ A ello, nos parece, alude Rodríguez Chirillo cuando habla de la “subsidiariedad en la utilización del modo interventor”. En efecto, al referirse específicamente a la actuación subsidiaria del Estado en el ámbito económico, este autor señala que “el Estado escoge –en la medida que sea posible– el modo menos restrictivo para la libertad económica de los particulares. La subsidiariedad reclama entonces, proporcionalidad de la actividad estatal en el uso de las potestades, exigencia que procede de los propios intereses generales [...]. El Estado debe optar entre distintas técnicas interventoras –en cuya materialización pueden o no sucederse temporalmente– por aquellas que conforme a su actuación subsidiaria afecten a la libertad económica de los particulares en menor medida, siempre y cuando, claro está, las distintas técnicas satisfagan la necesidad que se procura con la intervención”. Véase RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 140.

⁵⁴ VERDUGO Marinkovic, Mario, PFEFFER Urquiaga, Emilio y NOGUEIRA Alcalá, Humberto. *Derecho Constitucional*. Tomo I. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1994, pp. 111-112. *En*: LÓPEZ, *op. cit.*, p. 36.

reiteramos, lo propio del principio de subsidiariedad es lo que se ha dado en llamar la dimensión positiva o de actuación. Atribuirle una dimensión negativa o de abstención, implica, nos parece, confundir los fundamentos del principio (*supra*, pp. 28-31) –especialmente el primero de ellos– con el principio mismo.

2.2. Las funciones del Estado

Para comprender cuál debe ser el ámbito de correcta aplicación del principio de subsidiariedad del Estado, es preciso determinar qué funciones o actividades le corresponde cumplir a este. Al respecto, en la doctrina se ha señalado que las funciones del Estado pueden clasificarse en dos categorías: a) connaturales, propias o indelegables, y b) subsidiarias⁵⁵.

a) Las funciones o actividades connaturales, propias o indelegables del Estado, son aquellas que el Estado debe cumplir por su condición de tal y que, por lo tanto, no podrían ser asumidas adecuadamente por los particulares. Ellas son fundamentalmente: (i) la regulación normativa de la sociedad, esto es, la dictación y aplicación de las normas jurídicas que organizan y regulan la convivencia social (que el Estado realiza a través del ejercicio de las funciones constituyente, ejecutiva, legislativa, judicial y contralora); (ii) las funciones de policía (orden y seguridad interior); (iii) las relaciones exteriores del Estado, y (iv) la defensa nacional.

b) Las funciones o actividades subsidiarias del Estado, por su parte, son aquellas que, por su propia naturaleza, podrían ser asumidas por las personas privadas o particulares (en forma individual o asociada), pero que en los hechos y por diversas causas, estas no desarrollan o no lo hacen adecuadamente. En estas circunstancias, en tanto sea necesario para el bien común, el Estado deberá asumir, total o parcialmente, el desarrollo de tales

⁵⁵ Así, por ejemplo, ACHURRA González, Marcela, DUSSAILLANT Balbontín, Patricio y ROJAS Sánchez, Gonzalo. *Derecho Político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1996, pp. 52-60; COVARRUBIAS, 2001, op. cit., pp. 81-89; FERMANDOIS, 2001a, op. cit, p. 74.

actividades. Entre estas actividades se encuentran: (i) la educación, (ii) las prestaciones de salud, (iii) las prestaciones de seguridad social y (iv) las actividades empresariales⁵⁶.

2.3. Principio de subsidiariedad, actividad económica privada y actividad empresarial del Estado

Entre las manifestaciones del principio de subsidiariedad del Estado, se encuentra su aplicación en materia económica, especialmente en lo que respecta al desarrollo de actividades económicas o empresariales, esto es, aquellas actividades que tienen por objeto la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios en los mercados.

En efecto, no siendo actividades propias o indelegables del Estado, las actividades económicas o empresariales son de competencia y responsabilidad principal de las personas privadas o particulares, quienes pueden desarrollarlas en forma individual o mediante cualquier clase de asociación lícita. Dicho de otro modo, “la actividad económica [pertenece] de suyo primariamente a los individuos, a las personas, ya asociados o no; como se ha dicho muy bien, ‘el desarrollo de cualquiera actividad económica lícita, sin distinción, pertenece *iure proprio* y *ab initio* a los particulares”⁵⁷.

Esta titularidad originaria de los particulares en materia de actividades económicas, ha sido reconocida y consagrada como un derecho en el artículo 19 N° 21, inciso 1° de nuestra Constitución, el cual establece que: “La Constitución asegura a todas las personas: 21°. El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la

⁵⁶ En lo que respecta a la educación, la salud y la seguridad social, creemos importante señalar que la circunstancia de que la actual o futura realidad social de nuestro país determine y haga necesario que el Estado asuma una parte relevante –o incluso mayoritaria, en algunos casos– de estas actividades, no implica, a nuestro juicio, que ellas pierdan su carácter de subsidiarias. En efecto, tratándose de cualquier actividad que no sea connatural del Estado, la responsabilidad y la acción de este deben entenderse siempre como subsidiarias. En consecuencia, el respeto al principio de subsidiariedad del Estado en un determinado ámbito, no se mide en términos cuantitativos, esto es, de acuerdo a la proporción de las actividades que el Estado realiza en ese ámbito en relación con el sector privado, sino que por la legitimidad de su intervención, como ocurre, en nuestro país, en la educación, la salud y la seguridad social, en que la intervención del Estado está plenamente justificada.

⁵⁷ SOTO Kloss, Eduardo. *La actividad económica en la Constitución Política de la República de Chile (La primacía de la persona humana)*. *Revista Ius Publicum* (2), Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás, 1999, p. 126.

moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”⁵⁸.

⁵⁸ Aunque no analizaremos en profundidad esta norma –pues escapa al objeto específico de nuestro trabajo–, estimamos pertinente hacer algunos comentarios a su respecto.

Este precepto constituye la concreción normativa fundamental del principio de libertad económica en nuestra Constitución, siendo –en palabras del Tribunal Constitucional– “expresión del reconocimiento de la primacía de la persona humana y de su libre iniciativa para emprender y así realizar la plenitud de sus virtualidades para su propio bien y el de sus semejantes, colaborando en la promoción del bien común. Se trata, pues, de un derecho de fundamental importancia para los individuos, al permitir desarrollar tanto el espíritu de iniciativa como la subjetividad creadora de cada una de las personas” (sentencia Rol N° 226-1995, considerando 41°).

El derecho a (libertad para) desarrollar cualquier actividad económica contemplado en esta norma, en tanto concreción de la libertad económica y, en último término, especificación de la libertad individual, es un derecho esencial que emana de la naturaleza humana y, por lo tanto, anterior al Estado, que este tiene el deber de respetar y promover (artículo 5°, inciso 2° de la Constitución).

Con respecto al contenido específico de esta disposición, cabe señalar lo siguiente:

1) Esta norma reconoce y asegura a todas las personas privadas o particulares el derecho a desarrollar libremente –ya sea en forma individual o bien en forma asociada– cualquier actividad económica, sea extractiva, productiva, comercial, financiera, de servicios o de cualquier otra clase. El profesor Domingo Valdés señala al respecto que “la esencia de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica es una libertad de orden social o política, que consiste en el atributo para determinar, con independencia respecto de otras autoridades públicas o privadas y de otras personas públicas o privadas, si se opera o no y en el evento de hacerlo el cómo, cuándo y dónde se realizan actividades económicas, sea que tal operación entrañe actividad normativa (autonomía privada y heteronomía pública), como actividad extranormativa”. (Valdés, 2006, op. cit., p. 126).

2) Una actividad económica solo puede ser prohibida por ser contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional. Estas excepciones “son prohibiciones, absolutas y permanentes, fundadas en la naturaleza objetivamente ilícita que tienen las actividades económicas contrarias a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, de manera que en tales situaciones el derecho examinado no existe, cualquiera sea la forma o medio de practicarlo, y a nadie puede la ley permitirle su ejercicio” (CEA Egaña, José Luis. *Notas sobre Orden Público Económico*. *Gaceta Jurídica* (135), 1991, p. 23). Con respecto a estas causales de prohibición, estimamos importante señalar que su especificación en relación con una actividad económica, es una potestad exclusiva del legislador, en tanto que la declaración de la efectiva concurrencia de alguna de ellas en cada caso concreto, corresponde exclusivamente a los tribunales de justicia.

3) El desarrollo de una determinada actividad económica debe efectuarse respetando las normas legales que la regulen. Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional ha dicho que “sujetar una actividad a una regulación significa establecer la forma o normas conforme a las cuales debe realizarse, pero en caso alguno puede ser que bajo el pretexto de regular se llegue a impedir el ejercicio de una actividad” (sentencia Rol N° 146-1992, considerando 9°; en el mismo sentido, vid. sentencias Rol N° 167-1993, considerando 14°, y Rol N° 226-1995, considerando 43°). En cuanto al sentido de la expresión “normas legales”, somos de la opinión de que este concepto se refiere a las normas emanadas del legislador, es decir, a las leyes. Este es, por lo demás, el significado que se le asigna a dicha expresión en el artículo 66 de la Constitución, que establece los diferentes quórum necesarios para aprobar, modificar o derogar las diversas clases de normas legales (leyes) existentes en nuestro sistema jurídico. En este sentido, consideramos que la regulación específica de una determinada actividad económica solo puede efectuarse por ley (lo cual, ciertamente, debe entenderse sin perjuicio de la aplicación de normas administrativas que ejecuten las disposiciones de una ley, es decir, de normas emanadas de la potestad reglamentaria de ejecución). El fundamento normativo de nuestra opinión se encuentra, además de los argumentos de texto indicados, en los artículos 63 N° 2 y 64, inciso 2° de la Constitución. En efecto, el artículo 63 N° 2 dispone que: “Sólo son materias de ley: 2) Las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley”. Por su parte, el artículo 64, inciso 2°, dispone que la autorización del Congreso Nacional al Presidente de la República para dictar disposiciones con fuerza de ley (decretos con fuerza de ley) no puede extenderse, entre otras materias, a aquellas comprendidas en las garantías constitucionales. Por lo tanto, siendo la disposición del artículo 19 N° 21, inciso 1° de la Constitución, una

El Estado, por su parte, debe respetar y promover este derecho, así como la libertad y autonomía de las personas y asociaciones privadas para desarrollar por sí mismas tales actividades, y, consecuentemente, por regla general, abstenerse de desarrollarlas.

Sin embargo, excepcionalmente, por aplicación del principio de subsidiariedad en materia económica, el Estado podrá –o, más precisamente, deberá– desarrollar actividades empresariales, si se presentan las siguientes condiciones: (1) que se trate de actividades empresariales fundamentales o necesarias para el bien común de la sociedad; (2) que en los respectivos mercados, por imposibilidad, negligencia o fallas de mercado, no exista presencia alguna de particulares, su presencia sea insuficiente o estos realicen tales actividades de modo deficiente o inadecuado⁵⁹; y (3) que el Estado haya agotado todos los medios razonables (como, por ejemplo, el establecimiento de exenciones tributarias, franquicias u otros incentivos y beneficios directos o indirectos; la eliminación de las barreras a la entrada arbitrarias o abusivas, o la regulación o desregulación de los respectivos mercados y actividades empresariales) para crear las condiciones que permitan a los particulares asumir tales actividades en forma adecuada y eficaz.

En tanto concurren estas tres condiciones, la actividad empresarial del Estado será necesaria, legítima e imperativa⁶⁰⁻⁶¹.

materia perteneciente a las garantías constitucionales, la regulación de una actividad económica no puede efectuarse, ni siquiera, por decreto con fuerza de ley, por estar ello expresamente prohibido por la Constitución. En consecuencia, si la Constitución prohíbe la regulación por decreto con fuerza de ley (que es un precepto legal que regula materias propias de ley, pero cuyo origen es distinto al de esta, ya que tiene su fuente en la delegación de facultades legislativas del Congreso Nacional al Presidente de la República), debemos concluir que la Carta Fundamental prohíbe igualmente, y con mayor razón, la regulación de actividades económicas por normas emanadas de las potestades administrativas. La misma posición ha adoptado en la materia el Tribunal Constitucional, en las sentencias Rol N° 146-1992, considerando 11°; Rol N° 167-1993, considerando 12°; Rol N° 226-1995, considerando 43°; Rol N° 467-2006, considerandos 25° y 26°; Rol N° 480-2006, considerandos 9° a 11°, y Rol N° 513-2006, considerando 20°.

⁵⁹ Cualquiera de estas situaciones generará un perjuicio para el bien común, ya que existirán sectores de la comunidad, más o menos amplios, que no tendrán acceso a los bienes o servicios que las respectivas actividades empresariales ofrecen, o para los cuales la calidad de esos bienes o servicios será deficiente o sus precios o tarifas serán monopólicos o abusivos. Al respecto, es importante precisar que corresponde al Estado probar que los particulares no están desarrollando las respectivas actividades empresariales o que lo están haciendo deficientemente, como asimismo que el desarrollo de esas actividades es fundamental para la obtención del bien común.

⁶⁰ Es importante subrayar el carácter imperativo que, en tal caso, tendrá la actividad empresarial del Estado. En efecto, cumpliéndose las condiciones antes señaladas, esta actividad no será facultativa para el Estado, en el sentido de tener la opción de desarrollarla o no, sino que será obligatoria para este, por exigirle el bien común. No implicará, en otras palabras, el ejercicio de un derecho por parte del Estado, sino que de un deber. Con respecto a esto último, cabe citar lo señalado por el profesor Soto Kloss, en el sentido de que el Estado “no tiene ‘derechos’ fundamentales, naturales o esenciales, los que sólo existen respecto del ser humano; ni tampoco ‘derechos’ sin apellidos, desde que sus órganos ejercen ‘funciones’, es decir que a ellos

Ahora bien, una vez asumida una actividad empresarial, el Estado no ha “de perder de vista que su rol es subsidiario –es decir, de ayuda o auxilio y jamás de absorción o aniquilación– y, por tanto, las funciones que en tal carácter asuma han de ser transitorias, orientadas a crear cuanto antes las condiciones que permitan el retorno de los privados a la actividad auxiliada y, en manera alguna, el mentado principio constitucional puede servir de excusa para que el Estado, sus organismos o sus empresas se enquisten *sine die* en un determinado rubro o mercado”⁶².

De este modo, el desarrollo de actividades empresariales por parte del Estado, en virtud del principio de subsidiariedad, es excepcional y temporal, no pudiendo transformarse en una situación permanente, menos todavía si se generan las condiciones para que sean los particulares quienes desarrollen adecuadamente dichas actividades. En este sentido, “el principio de subsidiariedad sitúa la misión del Estado en el ámbito de suplir, coordinar, integrar y estimular la iniciativa particular, pero jamás de absorberla o constreñirla indebidamente. Por ello, refuerza la libertad y creatividad de los individuos, y busca una participación social genuina a través de cuerpos intermedios autónomos para sus fines propios”⁶³. Como señala otro autor, “el Estado actuará ordenando o incidiendo en las actividades de los particulares y también lo hará prestando servicios, creando empresas, pero siempre ponderando a la actuación privada y sirviendo a la libertad económica cuya protección, ayuda e impulso, son exigencias del interés general de primer orden en la economía social de mercado”⁶⁴.

le son atribuidos ‘poderes-deberes’, esto es ‘potestades’, poderes finalizados conferidos para ser actualizados en beneficio de terceros (y no propio), o sea de los miembros de la comunidad nacional”. SOTO Kloss, Eduardo. *Amparo económico y rol subsidiario del Estado*. Temas de Derecho (7), Universidad Gabriela Mistral, 1993, p. 109.

⁶¹ Algunos autores (v. gr., COVARRUBIAS, 2001, op. cit., pp. 86-87), afirman que otro de los casos en que el Estado deberá actuar subsidiariamente en materia empresarial, será aquel en que le corresponda desarrollar “actividades estratégicas”, es decir, actividades que “siendo, en general, propias del ámbito de acción de los particulares, no lo son en un momento preciso, debido a la importancia fundamental de aquellas funciones en una coyuntura histórica determinada, lo que aconseja no entregarlas, mientras tanto, a los particulares”. Este sería el fundamento jurídico de empresas como CODELCO, ENAP o las empresas relacionadas con la defensa nacional (ASMAR, ENAER y FAMAE). Sin embargo, a nuestro juicio, invocar la existencia de razones estratégicas (por lo demás, un concepto amplio e indeterminado) para justificar la presencia del Estado en ciertos mercados, no constituye una aplicación del principio de subsidiariedad, sino que representa, más bien, una excepción a dicho principio, fundamentada en el interés público o nacional que en un momento determinado la autoridad política considera necesario resguardar.

⁶² VALDÉS, 2006, op. cit., p. 110.

⁶³ ACHURRA, DUSSAILLANT y ROJAS, op. cit., p. 56.

⁶⁴ RODRÍGUEZ, op. cit., p. 140.

2.4. El principio de subsidiariedad del Estado en la Constitución y especialmente respecto de la actividad empresarial

El principio de subsidiariedad del Estado es uno de los principios fundamentales de la Constitución de 1980. En efecto, si bien no está expresamente establecido en el texto constitucional, es posible deducirlo del artículo 1° de la Constitución, concretamente a partir de la concordancia de lo dispuesto en sus incisos 1° (“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”), 3° (“El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”) y 4° (“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”). Importante es hacer notar que el referido artículo 1° se encuentra en el capítulo I de la Constitución, relativo a las “Bases de la Institucionalidad”⁶⁵.

En lo que se refiere específicamente a la actividad empresarial del Estado y su regulación constitucional, considerando los antecedentes analizados, a nuestro juicio el artículo 19 N° 21, inciso 2° de la Carta Fundamental es expresión del principio de subsidiariedad del Estado en materia económica. En efecto, la interpretación armónica y sistemática de los artículos 1° y 19 N° 21 (en sus dos incisos) de la Constitución, lleva a concluir: (1) que las personas privadas o particulares tienen el derecho preferente, respecto del Estado, a desarrollar actividades económicas, ya sea en forma individual o bien en

⁶⁵ Cabe destacar que respecto del artículo 1° de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha afirmado: “Que estos preceptos [el artículo 1° y otros del capítulo I] no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también, en cuanto normas rectoras o vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución” (sentencia Rol N° 46-1987, considerando 21°). En otra sentencia, el tribunal sostuvo que el artículo 1° de la Constitución “constituye uno de los preceptos más fundamentales en que se basa la institucionalidad, ya que por su profundo y rico contenido doctrinario refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional” (sentencia Rol N° 53-1988, considerando 12°). En: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. *Jurisprudencia constitucional. Tomos I y II. Sentencias pronunciadas entre 1981 y 1992. Roles N° 1-150* [en línea]. Santiago, Chile, 2014, pp. 283 y 345, respectivamente [fecha de consulta: 06 de octubre de 2014]. Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/wp-content/uploads/Tomos-I-II-para-web.pdf>>

forma asociada, siendo deber de este último respetar y promover la libertad y autonomía de las personas y asociaciones privadas para desarrollar tales actividades, así como también establecer y garantizar las condiciones que permitan el desarrollo adecuado y eficaz de las mismas; y (2) que el Estado, en forma excepcional, puede desarrollar o participar en actividades empresariales, si se da cumplimiento al principio de subsidiariedad en materia económica y, además, concurren los requisitos establecidos en el referido inciso 2° (autorización por ley de quórum calificado y sujeción, por regla general, a la legislación común aplicable a los particulares)⁶⁶.

2.5. El principio de subsidiariedad del Estado en la doctrina y la jurisprudencia

Nuestra opinión coincide con la doctrina⁶⁷ y la jurisprudencia mayoritarias.

Con respecto a esta última, cabe citar, por ejemplo, una sentencia de la Corte Suprema, en la que esta declaró: “Que el precitado artículo 19 N° 21 inciso 2° de la Carta Fundamental –expresión del principio de subsidiariedad, consagrado en su artículo 1° inciso 3°, según el cual, el Estado sólo puede intervenir en aquellas actividades de índole económica que los particulares no estén en condiciones de realizar– dispone que [...]”⁶⁸.

⁶⁶ En este sentido, concordamos con lo señalado por Ignacio Covarrubias, en cuanto a que “[l]as normas del Estado empresario fueron dictadas [...] teniendo como inequívoca fuente inspiradora el mentado principio de subsidiariedad en materia económica, lo que califica a las normas sobre tal materia como ‘disposiciones de principio’, circunstancia que, como señalábamos, no puede dejar indiferente al intérprete legislador y juez al momento de resolver sobre esta materia”. Este autor señala que el concepto “disposiciones de principio” ha sido desarrollado por Alessandro Pissoruzo y recogido en Chile por el profesor José Antonio Ramírez Arrayás, en su obra “Bases de la constitucionalidad económica y la noción de derecho justo en una sociedad democrática”. Cf. COVARRUBIAS Cuevas, Ignacio. *Subsidiariedad y Estado Empresario*. *Revista de Derecho Público* (66), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2004, pp. 256-257.

⁶⁷ Así, por ejemplo, ARÓSTICA Maldonado, Iván. *Derecho Administrativo Económico. Libre iniciativa privada y actividad empresarial del Estado*. Santiago, Chile, Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás, 2001; CEA, 1988, op. cit.; COVARRUBIAS, 2004, op. cit.; FERMANDOIS, 2001a, op. cit.; LÓPEZ, op. cit.; NAVARRO Beltrán, Enrique. *El Estado empresario a la luz de la Constitución de 1980*. *Revista de Derecho Público* (62), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2000; SOTO, 1999, op. cit.; y VALDÉS, 2006, op. cit. Cabe precisar que las obras que respecto de cada autor hemos citado, son solo algunas en las que tales autores han expresado su posición sobre la materia y corresponden a las fuentes que hemos utilizado en el presente trabajo.

⁶⁸ “Asociación Gremial de Industriales Gráficos A.G. con Casa de Moneda de Chile” (recurso de amparo económico-rechazado), Corte Suprema, Rol N° 4.316-2003, considerando 2° [en línea]. [Fecha de consulta: 27 de noviembre de 2014]. Disponible en: <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=226759&CRR_IdDocumento=109395>

Más recientemente, el máximo tribunal, al rechazar recursos de amparo económico interpuestos por infracciones al inciso primero del numeral 21 del artículo 19 de la Constitución, ha sostenido reiteradamente: “Que como se ha venido resolviendo por esta Corte Suprema, el sentido y alcance del instituto jurisdiccional previsto en la Ley N° 18.971 es el de 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 [...]”⁶⁹.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago ha declarado que “el propósito perseguido por la consagración del derecho a que se refiere el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental [es] conferir a los particulares una intervención preferente en el desarrollo de las actividades económicas, reservando, en cambio, para el Estado, sólo un rol subsidiario en ese ámbito, que es precisamente el de los negocios extractivos, productivos, manufactureros, constructivos o de cualquier otra índole semejante”⁷⁰.

En otra sentencia, la misma Corte señaló que el artículo 19 N° 21 de la Constitución “denota que son los particulares quienes tienen libertad para desarrollar actividades económicas en forma exclusiva y que el Estado sólo puede abordarlas si una ley especial, de quórum calificado así lo autoriza, esto es, por aplicación del principio de la subsidiariedad [...]”⁷¹.

Y, por último, en otro fallo, la Corte de Santiago afirmó que “la elucidación de este tema central [actividad empresarial del Estado] no puede intentarse sin tener en cuenta

⁶⁹ “Sociedad Araya Briones Limitada con Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales de la Región de Antofagasta” (recurso de amparo económico-rechazado), Corte Suprema, Rol N° 1.560-2013, considerando 2° [en línea]. [Fecha de consulta: 05 de octubre de 2014]. Disponible en: <<http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/>>. Pueden consultarse también, en el mismo sentido, las sentencias de la Corte Suprema pronunciadas en los recursos de amparo económico Roles N° 8.257-2012, N° 1.623-2013 y N° 1.919-2013, entre otras.

⁷⁰ “Mersa S.A. con Subsecretario de Pesca, Serviu Metropolitano y Alcalde de la Municipalidad de Santiago” (recurso de amparo económico-rechazado), Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2.798-1995, considerando 5°. En: RDJ (92), 2ª parte, sección 5ª, pp. 200-207. Confirmada por la Corte Suprema.

⁷¹ “Asociación Gremial de Impresores de Chile A.G. con Empresa de Correos de Chile” (recurso de amparo económico-acogido), Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 3.817-1998, considerando 3°. En: RDJ (95), 2ª parte, sección 5ª, pp. 270-279. Confirmada por la Corte Suprema.

algunos pasajes de la historia fidedigna del precepto constitucional que interesa [...], particularmente referidos a la acción subsidiaria del Estado en materia empresarial”⁷².

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que “dentro de la filosofía económica de la Constitución de 1980, expresada en el artículo 19, N° 21, antes transcrito, solamente en forma muy excepcional puede el Estado desarrollar actividades empresariales, siendo la norma general que ellas queden entregadas a la acción de los particulares [...]”⁷³.

En otro fallo, declaró que el artículo 19 N° 21 “es una expresión de los contenidos filosófico-jurídicos del Capítulo I de la Constitución Política, y viene a ser una consecuencia del principio de subsidiariedad, como también del deber del Estado de resguardar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”⁷⁴.

Y, en otra sentencia, el tribunal citado reiteró que “dentro de la filosofía económica que se expresa en la norma constitucional contenida en el inciso 2° del artículo 19 N° 21 excepcionalmente puede el Estado desarrollar actividades empresariales, autorizado por ley de quórum calificado, siendo en todo caso la regla general que ellas queden entregadas a la acción de los particulares. Se trata, entonces, de una preceptiva que es consecuencia del principio de subsidiariedad, consagrado en el artículo 1° de la Carta Fundamental [...]”⁷⁵.

Finalmente, en lo que respecta a la jurisprudencia administrativa, cabe citar un dictamen de la Contraloría General de la República, en el que se expresa que la disposición del artículo 19 N° 21, inciso 2° de la Constitución “apunta a dejar establecido el carácter subsidiario del Estado en el campo económico. De ello se deriva que la regla general es la

⁷² “Asociación Nacional de la Prensa A.G. con Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.” (recurso de amparo económico-rechazado), Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 4.538-1999, considerando 11°. En: RDJ (97), 2ª parte, sección 5ª, pp. 8-19. Posteriormente, esta sentencia fue revocada por la Corte Suprema, pero manteniendo, entre otros, el considerando 11°.

⁷³ Sentencia Rol N° 134-1991, considerando 5°. En: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. *Jurisprudencia constitucional. Tomos I y II. Sentencias pronunciadas entre 1981 y 1992. Roles N° 1-150* [en línea]. Santiago, Chile, 2014, p. 664 [fecha de consulta: 06 de octubre de 2014]. Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/wp-content/uploads/Tomos-I-II-para-web.pdf>>

⁷⁴ Sentencia Rol N° 167-1993, considerando 9°. En: NAVARRO Beltrán, Enrique y CARMONA Santander, Carlos (Eds.). *Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011)*. Santiago, Chile, Cuadernos del Tribunal Constitucional, 2011, p. 212.

⁷⁵ Sentencia Rol N° 467-2006, considerando 14°. En: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. *Jurisprudencia constitucional. Tomo VIII. Sentencias pronunciadas entre 2006 y 2007. Roles N° 464-550* [en línea]. Santiago, Chile [s.f.], p. 82 [fecha de consulta: 06 de octubre de 2014]. Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/wp-content/uploads/008-Tomo-VIII-PDF.pdf>>

libre iniciativa individual para el desarrollo de cualquier actividad económica lícita, encontrándose el Estado impedido para actuar en ese ámbito, a menos que exista una habilitación legal de quórum calificado, y siempre que esa actuación se realice sin privilegios ni estatutos especiales, en condiciones de igualdad con los particulares, y sujetándose al régimen jurídico común aplicable a éstos, salvo las excepciones, que por motivos justificados se establezcan”⁷⁶.

Sin perjuicio de la doctrina y la jurisprudencia citadas, cabe señalar que en los últimos años ha surgido una posición doctrinaria crítica y discrepante con respecto a la interpretación que suscribimos. Así, por ejemplo, autores como Pablo Ruiz-Tagle⁷⁷ o Eduardo Niño⁷⁸ afirman que el principio de subsidiariedad carece de una formulación clara y unívoca, por lo que no puede ser considerado como un principio que tenga un contenido estable en nuestro derecho constitucional, que permita determinar el sentido y alcance del artículo 19 N° 21 de la Constitución⁷⁹.

3. PRINCIPIO DE IGUALDAD

3.1. Nociones generales acerca de la igualdad

El concepto de igualdad se encuentra íntimamente relacionado con la noción de justicia (esta última, clásicamente entendida como “dar a cada uno lo suyo”). En tal sentido,

⁷⁶ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen N° 47.681 (2003) [en línea]. [Fecha de consulta: 01 de diciembre de 2014]. Disponible en: <<http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset>>

⁷⁷ Cf. RUIZ-TAGLE Vial, Pablo. *Principios constitucionales del Estado empresario*. Revista de Derecho Público (62), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2000, pp. 48-65.

⁷⁸ Cf. NIÑO Parada, Eduardo. *La vigencia del principio de subsidiariedad en la actividad empresarial del Estado*. Santiago, Chile, Editorial LexisNexis, 2006, especialmente pp. 68-70 y 110-115.

⁷⁹ En la misma línea se encuentran los trabajos de SCHÜRMAN O., Miguel. *Orden público económico y principio de subsidiariedad, argumentos para una crítica*. Revista Derecho y Humanidades (12), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2006, pp. 217-229; PARDOW Lorenzo, Diego y VALLEJO Garretón Rodrigo. *Derribando mitos sobre el Estado empresario*. Revista Chilena de Derecho 35(1), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008, pp. 135-156; LOO Gutiérrez, Martín. *La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile*. Revista de Derecho (33), Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2009, pp. 391-426; y USEN, op. cit., pp. 117-133.

Aristóteles señala: “Por ejemplo, parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales: y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”⁸⁰. A partir de esta idea, ha surgido la formulación clásica de la igualdad, entendida como tratar de la misma manera a lo igual y de diversa manera a lo desigual.

Ciertamente, con esta sola formulación no se avanza mucho en el intento de comprender el concepto y sentido de la igualdad. Por ello, se hace necesario identificar ciertas características que presenta la igualdad, que nos permitan precisar el concepto. Así, en primer lugar, la igualdad posee un marcado carácter de relación o relacional; es decir, es un juicio de valor que recae sobre, al menos, dos objetos, personas o situaciones⁸¹. En segundo lugar, la igualdad, en cuanto juicio que se formula sobre determinados entes (objetos, personas o situaciones), parte siempre desde un cierto punto de vista, que se considera relevante para los efectos de la igualdad (una cualidad, un rasgo de la persona o de las cosas, un ideal, etc.); en suma, la igualdad es una comparación que se efectúa a partir de un cierto *tertium comparationis* o “base de comparabilidad”, desde una cierta perspectiva que se asume como válida o correcta, y que permite afirmar que algo es igual o desigual en relación con otro ente⁸² (es decir, efectuar el juicio de igualdad). Y, finalmente, la igualdad no es un concepto descriptivo de un estado de cosas, sino que normativo, pues, en definitiva, se refiere a cómo se debe tratar a los seres humanos; en otras palabras, la igualdad no se formula como descripción de la realidad (ser), sino que como exigencia que se formula a la realidad (deber ser)⁸³.

A partir de lo expuesto, puede concluirse que la igualdad se cumple cuando se trata de la misma manera a dos elementos que se consideran –a partir de un cierto *tertium comparationis*– iguales entre sí y cuando se trata de diversa manera a dos elementos que se consideran –a partir de la misma base de comparabilidad– desiguales entre sí. A la inversa,

⁸⁰ ARISTÓTELES, *Política*, III, 9, 1280a. En: DÍAZ García, Iván. *Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias* [en línea]. *Revista Ius et Praxis*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, 2012, vol. 18, N° 2, p. 37 [fecha de consulta: 16 de octubre de 2014]. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v18n2/art03.pdf>>

⁸¹ GÓMEZ Bernal, Gastón. *El principio de igualdad constitucional*. En: Navarro (Ed.), 2001, op. cit., p. 166.

⁸² Id., p. 167.

⁸³ *Ibid.*

la igualdad se vulnera cuando se trata de diversa manera a dos elementos iguales y cuando se trata de la misma manera a dos elementos desiguales⁸⁴.

3.2. El principio de igualdad en la Constitución

El principio de igualdad es una de las bases conceptuales de la Constitución chilena. En efecto, dicho principio se encuentra enunciado ya en su artículo 1º⁸⁵ –cuyos incisos 1º y 5º prescriben, respectivamente, que: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (igualdad ontológica o esencial de las personas) y que: “Es deber del Estado [...] asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”–, concretándose luego en una serie de disposiciones y garantías dentro del texto constitucional (como los artículos 19 N° 2, 19 N° 3, 19 N° 17, 19 N° 20, 19 N° 21, inciso 2º, 19 N° 22, 109, inciso final, entre otros). Este principio “importa a la vez *el principio de igualdad en sentido estricto*, ya sea como valor o como principio, y *el mandato de no discriminación*, variable del principio general de igualdad que suele acompañarse de una lista de criterios que se consideran ‘especialmente odiosos’ o sospechosos de violar ese principio general si son utilizados por algún mecanismo jurídico (ya sea, por mencionar algunos casos, en una ley, una sentencia o un contrato)”⁸⁶.

Esta última cita nos conecta con una de las concreciones más importantes del principio de igualdad en la Constitución. Nos referimos al artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, cuyo inciso primero, primera oración, establece que la Constitución asegura a todas las personas: “La igualdad ante la ley”. Así, en esta disposición, es la ley –en el sentido amplio del término, esto es, como sinónimo de Derecho objetivo– el *tertium comparationis* jurídicamente relevante para emitir el juicio de igualdad.

⁸⁴ Cf. DÍAZ, op. cit., pp. 38-39.

⁸⁵ Con respecto a la relevancia normativa y hermenéutica del artículo 1º y los demás preceptos del capítulo I de la Constitución, nos remitimos a las sentencias citadas en *supra*, nota 65.

⁸⁶ VIVANCO Martínez, Ángela. *El principio constitucional de igualdad y la discusión constitucional acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo en Chile* [en línea]. *Anuario de Derecho Público 2012*, Universidad Diego Portales, 2012, p. 88 [fecha de consulta: 12 de octubre de 2014]. Disponible en: <http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2012/07_Vivanco.pdf>. Los énfasis son del original.

En Chile, ha sido especialmente la jurisprudencia –y, en particular, la constitucional– la que, desde la entrada en vigencia de la Constitución, ha ido, a través de diversas sentencias, dando contenido al principio de igualdad en su dimensión de igualdad ante la ley o isonomía⁸⁷⁻⁸⁸. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que la igualdad ante la ley “consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición. Así, se ha concluido que la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad”⁸⁹.

El inciso segundo del artículo 19 N° 2, por su parte, dispone que: “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”, lo que representa una innovación en el texto constitucional. En efecto, “[s]u incorporación tiene por finalidad acrecentar la esfera de contenido que protege el derecho a la igualdad ante la ley y permitir un control estricto de las categorías distintivas contenidas en la ley, en cualesquiera de sus formas. Vale decir, se pretende mejorar el contenido normativo de la igualdad, extendiéndolo no solamente a una igualdad genérica sino a la igualdad ‘en la ley’”⁹⁰⁻⁹¹. Esta

⁸⁷ Ello en razón de que, no obstante ser una de las bases esenciales de nuestro ordenamiento constitucional, la igualdad “es un valor o principio indeterminado en su contenido en nuestra Constitución. El constituyente no nos provee de una definición y sería un despropósito que lo hiciera. [...]. La indeterminación de la idea de igualdad –como de otros valores o principios constitucionales– es de la esencia de su papel constitucional, pues se trata justamente de un valor o concepto abierto que el constituyente ha puesto deliberadamente así”. Vid. GÓMEZ, op. cit., p. 166.

⁸⁸ En el ámbito de la doctrina, se ha señalado que la igualdad ante la ley “se traduce en que en la aplicación que se haga de los contenidos de una fuente normativa no se viole la igualdad proporcional”. Véase VALDÉS Prieto, Domingo. *La Discriminación Arbitraria en el Derecho Económico. Especialmente en la Legislación Antimonopólica*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1992, p. 35.

⁸⁹ Sentencia Rol N° 1.254-2008, considerando 46°. En: NAVARRO y CARMONA, op. cit., p. 83.

⁹⁰ GÓMEZ, op. cit., p. 177.

⁹¹ La idea de prohibir el establecimiento de diferencias arbitrarias por parte de la ley y de toda autoridad, fue tempranamente propuesta en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, en particular por el comisionado Alejandro Silva Bascuñán, quien, en la sesión 93ª (5 de diciembre de 1974), expresó que: “Le parece que la igualdad puede considerarse en dos aspectos. Uno de ellos sería que por ningún motivo sociológico –por decir así– se haga distinción entre las personas. En ese sentido se ha sostenido clásicamente la igualdad ante la ley, en cuanto a que, ante el Derecho, todas las personas tengan, en razón de su situación de raza, sexo, estirpe, condición u otras, un mismo trato. Pero, a su juicio, hay otro aspecto que debe expresar el texto constitucional y que está comprendido sustancialmente en el principio básico de la igualdad ante la ley, que es el de que el constituyente tiene que asegurar que, incluso, sobre la base de respetarla en el primer

igualdad “en la ley” –expresión utilizada por la doctrina y también en algunas sentencias, que consiste en que ninguna de las fuentes normativas puede contener expresa o tácitamente discriminación arbitraria alguna⁹², mejora y garantiza la eficacia del principio constitucional de igualdad, pues ya en el proceso de formación de la ley (en su sentido amplio), la Constitución prohíbe a la autoridad pública establecer diferencias arbitrarias o, dicho de otra forma, incurrir en discriminación arbitraria.

El concepto de diferencia o discriminación arbitraria ha sido, como el de igualdad ante la ley, dotado de contenido por la jurisprudencia, especialmente la constitucional, la que se ha expresado en numerosas sentencias. Así, se ha entendido por discriminación arbitraria “toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o cualquier autoridad pública que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable, lo que equivale a decir que el legislador no puede por ejemplo dictar una ley que imponga distintos requisitos u obligaciones a personas distintas en iguales circunstancias. De la misma forma, por discriminación arbitraria se ha entendido siempre una diferencia irracional o contraria al bien común”⁹³. Asimismo, se ha señalado: “Que en el marco protector de la garantía normativa de la igualdad se garantiza la protección constitucional de la igualdad ‘en la ley’, prohibiendo que el legislador, en uso de sus potestades normativas, o cualquier otro órgano del Estado, establezca diferencias entre las personas y respecto de situaciones o finalidades que tengan una motivación, utilicen medios o bien produzcan un resultado de carácter arbitrario, pues el constituyente no prohibió toda

sentido, ninguna autoridad, ni siquiera el legislador, haga distinciones o discriminaciones manifiesta y notoriamente arbitrarias. Si la igualdad ante la ley se refiere –como hasta el momento lo ha entendido hasta la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema– nada más que al hecho de que frente a la ley todas las personas tienen igual naturaleza y que no pueden hacerse diferencias a su respecto en cuanto a raza, clase social, sexo, etcétera, le parece que no queda suficientemente resguardada, aún cuando estima básico e indispensable mantener esto último. La igualdad ante la ley debe ser concretada por el constituyente para que ninguna autoridad ni persona que conviva dentro de la sociedad política pueda actuar estableciendo discriminaciones notoriamente arbitrarias, sin base racional, porque el legislador no puede estimarse absolutamente soberano para implantarlas”. Véase *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión 93ª, celebrada en jueves 5 de diciembre de 1974* [en línea]. [Fecha de consulta: 14 de octubre de 2014]. Disponible en: <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_III_Comision_Ortuzar.pdf>.

⁹² Cf. VALDÉS, 1992, op. cit., p. 35.

⁹³ Sentencia Rol N° 811-2007, considerando 20°. En: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. *Jurisprudencia constitucional. Tomo XI. Sentencias pronunciadas durante el año 2007. Roles N° 781-945* [en línea]. Santiago, Chile, 2010, p. 396 [fecha de consulta: 16 de octubre de 2014]. Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/wp-content/uploads/011-Tomo-XI-PDF.pdf>>. En el mismo sentido, sentencias Rol N° 986-2007 (considerando 31°) y Rol 1.204-2008 (considerando 19°).

desigualdad ante la ley, sino que, optando por una fórmula de otro tipo, se inclino por establecer como límite a la arbitrariedad, prohibiendo toda discriminación arbitraria”⁹⁴.

El Tribunal Constitucional también ha establecido ciertos criterios para determinar la arbitrariedad de una norma, indicando al efecto que: “Un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador. El segundo consiste en que [la justificación de las diferencias] debe, además, ser objetiva; esto es, si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador. Luego, es necesario, además, atender a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma, como lo ha puntualizado la doctrina autorizada. En otras palabras, la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados”⁹⁵.

En definitiva, “la igualdad ante la ley no es un derecho absoluto, queda sujeto a la posibilidad de diferenciaciones razonables entre quienes no se encuentra en una misma condición. Estas distinciones no podrán ser arbitrarias ni indebidas, por lo que deben fundamentarse en presupuestos razonables y objetivos y su finalidad como sus consecuencias deben ser adecuadas, necesarias, proporcionadas”⁹⁶⁻⁹⁷.

⁹⁴ Sentencia Rol N° 986-2007, considerando 30°. En: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. *Jurisprudencia constitucional. Tomo XII. Sentencias pronunciadas entre 2007 y 2008. Roles N° 946-1.052* [en línea]. Santiago, Chile, 2011, p. 180 [fecha de consulta: 16 de octubre de 2014]. Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/wp-content/uploads/012-Tomo-XII-PDF.pdf>>

⁹⁵ Sentencia Rol N° 1.307-2009, considerandos 12° a 14°. En el mismo sentido, sentencias Rol N° 1.234-2008, considerando 13°; Rol N° 1.254-2008, considerandos 48°, 56° y 60°; y Rol N° 1.414-2009, considerandos 16° y 17°. En: NAVARRO y CARMONA, op. cit., p. 85.

⁹⁶ Sentencia Rol N° 1.399 (1.469)-2009, considerandos 12° a 15°. En: NAVARRO y CARMONA, op. cit., p. 84. Más jurisprudencia constitucional relativa a la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria, puede consultarse en la obra citada, pp. 83-95.

⁹⁷ La misma idea se expresa en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, en la que se afirma que: “El principio de igualdad que establece el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la

3.3. El principio de igualdad y la actividad empresarial del Estado

Cabe preguntarse, finalmente, cómo se relaciona el principio constitucional de igualdad con la regulación de la actividad empresarial del Estado, concretamente en el artículo 19 N° 21, inciso 2° de la Constitución.

Al respecto, esta norma dispone que en caso de que el Estado o sus organismos sean autorizados por una ley de quórum calificado para desarrollar o participar en actividades empresariales, “esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”.

Conforme a la disposición transcrita, si el Estado o sus organismos realizan una determinada actividad empresarial, deben sujetarse, en el ámbito de esa actividad, a la legislación común aplicable a los particulares; es decir, el Estado o sus organismos deben concurrir en el respectivo mercado como un empresario más, en condiciones de igualdad de régimen jurídico con los particulares, sin hacer efectivas potestades públicas ni sujetarse a regímenes normativos especiales o más favorables. Sin embargo, la ley podrá establecer excepciones a este régimen de igualdad jurídica entre el Estado empresario y los particulares, pero solo en cuanto existan motivos justificados para ello; por lo tanto, si esa ley no tiene un fundamento razonable y objetivo que justifique tal desigualdad de trato, o su finalidad no es adecuada o necesaria, o sus consecuencias no son proporcionales a esa finalidad⁹⁸, dicha ley, de acuerdo a todo lo que hemos expresado, incurrirá en discriminación arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional.

Como puede concluirse, la relación entre el artículo 19 N° 21, inciso 2° y el principio constitucional de igualdad –en sus dimensiones de igualdad ante la ley (sometimiento a la legislación común aplicable a los particulares) y de igualdad en la ley o

República no puede entenderse como un concepto absoluto [...] En consecuencia es lícito, jurídica y moralmente que se establezcan adecuadas y racionales diferenciaciones que atiendan por ejemplo, a la naturaleza de las cosas. [...] Lo que no es lícito es que personas que se encuentran en un mismo estadio reciban un trato diferente”. (Cf. “Peralta Wetzel, César Antonio y otros con Soto Silva, Juana”, recurso de protección, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 6.787-2010, considerando 21° [en línea]. [Fecha de consulta: 16 de octubre de 2014]. Disponible en: <<http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/>>).

⁹⁸ Al respecto, considérense los criterios que el Tribunal Constitucional ha establecido para determinar la arbitrariedad de una norma (*supra*, p. 46).

no discriminación arbitraria (excepciones justificadas al régimen de igualdad jurídica)—, es evidente, conclusión en la que concuerdan tanto la doctrina⁹⁹ como la jurisprudencia¹⁰⁰.

4. PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL

4.1. Concepto

Un autor señala que hay reserva legal o reserva de ley —que también puede denominarse legalidad en sentido estricto o formal—, “cuando un precepto constitucional exige que sea la ley la que regule una determinada materia. En tal caso la materia reservada queda sustraída por imperativo constitucional a todas las normas distintas de la ley, lo que significa también que el legislador ha de establecer por sí mismo la regulación y que no puede remitirla a otras normas distintas, en concreto al reglamento”¹⁰¹.

En otras palabras, la reserva legal implica la exigencia constitucional de que determinadas materias, consideradas especialmente relevantes por una comunidad política, sean reguladas exclusivamente por ley (este último término, entendido en su sentido propio, restringido o formal, esto es, como norma jurídica establecida por el legislador); exigencia que parte de la premisa de considerar a la ley como una expresión de la voluntad general o soberana de esa comunidad política.

⁹⁹ Cf., a modo ejemplar, NIÑO, op. cit., especialmente pp. 116-118 y 132-133; RUIZ-TAGLE, op. cit., y VALDÉS, 1992, op. cit., p. 47.

¹⁰⁰ Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha señalado que “una vez autorizado el Estado para desarrollar determinada actividad económica, el constituyente ha dejado claramente establecido que aquél pasa ser un particular más, debiendo, por tanto, sujetarse a la legislación común que regula la materia en cuestión, careciendo de privilegio alguno —a menos que así expresamente lo establezca la propia ley de quórum calificado y siempre y cuando existan motivos justificados para ello— y compitiendo en las mismas condiciones que los demás agentes económicos que participan en el mercado”. Sentencia Rol N° 467-2006, considerando 53°. En: NAVARRO y CARMONA, op. cit., p. 219.

¹⁰¹ DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Barcelona, Ariel, 1987, p. 151. En: PICA Flores, Rodrigo. *Aspectos teóricos y jurisprudenciales en torno a la reserva legal de regulación y limitación en materia de derechos fundamentales* [en línea]. *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, 2013, vol. 20, N° 1, p. 198 [fecha de consulta: 27 de octubre de 2014]. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/rducn/v20n1/art08.pdf>>

En este sentido, se entiende que el principio de reserva legal “tiene una justificación democrática y garantística, que cede a favor del individuo”¹⁰² y constituye uno de los fundamentos del Estado de Derecho. En efecto, “[l]a ley asegura a los individuos la participación –siempre perfectible– de sus representantes en el proceso de su formación. [...]. La ley, entonces, tiene una génesis abierta, formalmente transparente, pluripersonal, basada en la discusión controversial y sometida a contrapesos formidables. [...]. La potestad reglamentaria, por el contrario, tiene una filosofía distinta. Sus normas emanan de una autoridad unipersonal, en un proceso deliberadamente inconsulto ante la Constitución y que por definición no es transparente –aunque pueda ser voluntariamente prístino y bienintencionado– y en que la categoría de sus contrapesos institucionales es por definición inferior a la potestad legislativa”¹⁰³⁻¹⁰⁴.

Entre las materias que, por su evidente importancia política y jurídica, justifican la exigencia de reserva legal a su respecto, se encuentra la relativa al establecimiento, autorización y regulación de los órganos y modos a través de los cuales el Estado puede actuar en una comunidad política.

4.2. El principio de reserva legal en la Constitución y especialmente respecto de la actividad empresarial del Estado

En nuestro sistema constitucional, el principio de reserva legal es una expresión del principio general de legalidad o juridicidad de la actuación del Estado, contenido en los

¹⁰² FERNANDOIS Vöhringer, Arturo. *La reserva legal: una garantía sustantiva que desaparece*. *Revista Chilena de Derecho*, 28(2), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2001b, p. 293.

¹⁰³ Id., pp. 293-294.

¹⁰⁴ En el mismo sentido, se ha afirmado que “se entiende que la reserva de ley es una expresión propia del principio democrático, en la medida que expresa la deliberación de un parlamento que es representante directo del pueblo soberano, en el que está representado todo el cuerpo social, de forma tal que se ‘asegura que la elaboración, debate y aprobación de ciertas materias se produzca mediante el procedimiento legislativo parlamentario. Se trata que sea el Congreso Nacional el que regule las materias que el constituyente le ha dado mayor trascendencia e importancia sometiéndolos al procedimiento legislativo que se basa en los principios de publicidad, contradicción y debate, reforzándose respecto de esas materias la garantía del pluralismo político’”. PICA, op. cit., pp. 198-199. (El texto escrito entre comillas simples, y que Rodrigo Pica cita en su trabajo, corresponde a un fragmento del artículo de NOGUEIRA Alcalá, Humberto. *Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales*. *Revista Ius et Praxis*, 11(2), 2005, pp. 15-64).

artículos 6° y 7° de la Constitución, y que se resume en la llamada norma de clausura del derecho público, según la cual el Estado solo puede realizar aquello para lo que está expresamente facultado por la Constitución y las leyes¹⁰⁵.

El principio de reserva legal, en lo que se refiere a la actuación del Estado y sus organismos, se concreta en diversos preceptos de la Constitución, como, por ejemplo, en el artículo 63, números 7, 8, 9 y 10 de la Carta Fundamental.

En lo que respecta a la actividad empresarial del Estado, el artículo 19 N° 21, inciso 2° de la Constitución es también expresión del principio de reserva legal, manifestándose en dos exigencias: (a) la primera, al disponer que el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas “sólo si una ley de quórum calificado los autoriza”¹⁰⁶; y (b) la segunda, al disponer que las excepciones al régimen de igualdad jurídica entre el Estado empresario y los particulares (en virtud de las cuales una determinada actividad empresarial no se someterá plenamente a la legislación común aplicable a los particulares), deberán establecerse, del mismo modo, por ley de quórum calificado.

¹⁰⁵ El Tribunal Constitucional ha señalado que el principio de legalidad, “conocido tradicionalmente bajo el nombre de ‘principio de clausura del derecho público’, supone que el ejercicio de las competencias de las autoridades públicas se realice de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y las leyes, de forma que se disminuya el riesgo de la extralimitación de funciones. Desde este punto de vista, cabe hablar, más propiamente, de principio de juridicidad, en la medida que asegura el sometimiento integral de las autoridades públicas al imperio del ordenamiento jurídico en su conjunto”. Sentencia Rol N° 790-2007, considerando 48°. En: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. *Jurisprudencia constitucional. Tomo XI. Sentencias pronunciadas durante el año 2007. Roles N° 781-945* [en línea]. Santiago, Chile, 2010, p. 166 [fecha de consulta: 16 de octubre de 2014]. Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/wp-content/uploads/011-Tomo-XI-PDF.pdf>>

¹⁰⁶ Al respecto, Eduardo Niño sostiene: “Un primer análisis de esta exigencia podría conducirnos a establecer que ésta es inocua, por cuanto si ella no se hubiese contemplado expresamente, el Estado de todos modos hubiese requerido de una autorización legal para emprender este tipo de actividades, conforme se desprende de lo preceptuado en las normas de los artículos 6° y 7° de la Carta de 1980, que establece la vigencia del principio de legalidad de las actuaciones del Estado y de sus organismos. Consecuencialmente, lo esencial no está en el imperativo de una ley, sino en el quórum que se exige a la misma: ‘quórum calificado’, esto es, la concurrencia, para su aprobación, del ‘voto conforme de la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio’”. Véase NIÑO, op. cit., p. 127. La misma observación efectúan PARDOW y VALLEJO, op. cit., pp. 141-142.

CAPÍTULO TERCERO

EL ESTADO EMPRESARIO Y SU REGULACIÓN EN EL ARTÍCULO 19 NÚMERO 21, INCISO 2º, DE LA CONSTITUCIÓN. ANÁLISIS DE LA NORMA

1. TEXTO DE LA NORMA

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

2. NATURALEZA JURÍDICA Y CARÁCTER DE LA NORMA

2.1. Naturaleza jurídica

En lo que respecta a su naturaleza jurídica, González Grandjean sostiene que el artículo 19 N° 21, inciso 2º, en sentido estricto, no es una garantía, sino que se inscribe dentro de la llamada parte orgánica de la Constitución, es decir, la que establece la forma cómo se organizan los distintos poderes del Estado, sus atribuciones, modo de actuación y responsabilidades. Por ello, señala este autor, “la norma en comento se hallaría mejor ubicada dentro del título ‘Bases Generales de la Administración del Estado’, o bien en el

relativo a las ‘Materias de Ley’ o, mejor aun, entre las leyes que son de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, más que entre las garantías individuales”¹⁰⁷.

Por nuestra parte, discrepamos de esta opinión. En efecto, el fuerte contenido axiológico de la disposición en estudio –en especial, su relación con los principios de subsidiariedad del Estado y de igualdad–, obsta a calificarla como un precepto meramente orgánico; a nuestro juicio, la citada norma es, precisamente, una garantía de las personas ante el Estado empresario (estando incluida, por lo tanto, en la parte dogmática o relacional de la Constitución). Es una limitación que la Carta Fundamental ha impuesto al Estado para realizar actividades empresariales –en armonía con la decisión constitucional de reconocer a las personas el derecho preferente a desarrollar actividades económicas (artículo 19 N° 21, inciso 1°)–, estableciendo y regulando la posibilidad excepcional de que aquel desarrolle o participe en dichas actividades y que, cuando lo haga, se someta a la legislación común aplicable a los particulares.

En consecuencia, y a partir de una interpretación teleológico-valórica de la Constitución¹⁰⁸, consideramos que es más acorde con el espíritu de la norma, sostener que el artículo 19 N° 21, inciso 2° es una garantía, porque, más que simplemente establecer un tipo de función y un modo de actuación del Estado, lo que hace el precepto es reafirmar, y en ese sentido garantizar, la libre iniciativa económica de las personas, limitando la actividad empresarial del Estado. Por lo mismo, en todas las etapas del proceso de génesis de la disposición en comento, así como en su texto definitivo, se la incluyó dentro del capítulo de las garantías constitucionales.

2.2. Carácter

Con respecto a su carácter, cabe preguntarse si el artículo 19 N° 21, inciso 2° de la Constitución, es una norma imperativa o, antes bien, generalmente prohibitiva. A efectos de

¹⁰⁷ GONZÁLEZ, op. cit., p. 221.

¹⁰⁸ Entendiendo por tal interpretación, aquella “en virtud de la cual las normas constitucionales deben interpretarse ajustándose a la finalidad perseguida con su establecimiento por el constituyente, finalidad que –a su vez– se manifiesta y concreta en la consagración de un conjunto de normas y valores fundamentales”. Cf. NAVARRO Beltrán, Enrique. *Mecanismos de interpretación establecidos en la Constitución de 1980*, en obra colectiva *Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 323. En: COVARRUBIAS, 2004, op. cit., p. 257.

resolver esta cuestión, estimamos pertinente –siguiendo en esto a González Grandjean–¹⁰⁹ citar las explicaciones del profesor Jorge Streeter, en relación con las llamadas “técnicas del orden público económico”. Con respecto a la denominada “técnica de la prohibición”, el profesor Streeter expresa: “La norma prohibitiva es aquella que impone a su destinatario una abstención, que no puede sustituirse por ningún comportamiento positivo [...]”¹¹⁰. Más adelante indica: “La doctrina estima que no son normas prohibitivas aquellas que permiten hacer excepción al deber de abstenerse de la conducta de que se trate. En relación con ello conviene mencionar las normas imperativas y las normas generalmente prohibitivas. Es posible sostener que unas y otras aplican una misma técnica, en cuanto la conducta a la que se refiere la norma sólo será conforme a derecho si, en relación con ella, el súbdito de la disposición legal cumple determinados requisitos. Sin embargo, mientras la ley imperativa supone que la conducta regida por ella es generalmente beneficiosa, y exige el cumplimiento de requisitos sólo por motivos de ordenación y disciplina, la norma generalmente prohibitiva se fundamenta en que la conducta a que ella se refiere es socialmente dañosa y debe ser evitada, permitiéndose sólo por vía excepcional, y para evitar males mayores, que ella en algunas oportunidades y con ciertos resguardos, pueda ser llevada a cabo”¹¹¹.

Considerando estas explicaciones, estimamos que el artículo 19 N° 21, inciso 2° de la Constitución, es una norma generalmente prohibitiva. En efecto, la actividad empresarial del Estado es considerada en la Constitución como una conducta que, en general, debe ser evitada –siguiendo las palabras del profesor Streeter–, por lo que solo por vía excepcional y previo cumplimiento de ciertos requisitos, se autoriza la realización de dicha conducta por parte del Estado¹¹²⁻¹¹³.

¹⁰⁹ Cf. GONZÁLEZ, op. cit., pp. 221-224.

¹¹⁰ STREETER Prieto, Jorge. *Materiales de clase sobre el orden público económico*. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1999, p. 39.

¹¹¹ Id., p. 40.

¹¹² El mismo razonamiento se observa, por ejemplo, en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República. Así, en la sesión 388^a, el comisionado Raúl Bertelsen expresó que “no sólo se está consagrando aquí [en lo que finalmente será el artículo 19 N° 21 de la Constitución] la libre iniciativa privada para desarrollar actividades económicas, sino que, por principio, se la está prohibiendo al Estado, el que únicamente podrá abordarlas de modo excepcional”. Cf. *Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República*. Santiago, Chile, Talleres Gráficos de Gendarmería de Chile, 1981, p. 2.917.

La misma idea se expresa en el documento elaborado por la Comisión, denominado “Proposiciones e ideas precisas”, específicamente en el párrafo 17, letra a). (Cf. *infra*, pp. 57-58).

3. HISTORIA DEL ESTABLECIMIENTO DEL ARTÍCULO 19 N° 21, INCISO 2° DE LA CONSTITUCIÓN

3.1. El anteproyecto de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República

En octubre de 1973, mediante el Decreto Supremo N° 1.064, del Ministerio de Justicia, se oficializó el nombramiento de una Comisión destinada a estudiar, elaborar y proponer un anteproyecto de una nueva Constitución Política. Esta Comisión fue llamada en un principio “Comisión Constituyente”. Sin embargo, considerando su carácter meramente consultivo, en septiembre de 1976 (sesión 246^a) pasó a denominarse, oficialmente, “Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República” (aunque cabe señalar que, desde el comienzo, fue más conocida como “Comisión Ortúzar”, por el nombre de su Presidente, Enrique Ortúzar Escobar).

En lo relativo al Estado empresario, la discusión y análisis se efectuó, fundamentalmente, en las sesiones 384^a, 388^a, 389^a y 398^a, todas las cuales están contenidas en las “Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República”, que fueron declaradas oficialmente historia fidedigna del establecimiento de la Constitución¹¹⁴.

¹¹³ Eduardo Niño plantea una opinión distinta. En efecto, luego de señalar que la norma en estudio “no puede tener un carácter prohibitivo, como se ha postulado por algunos autores, ya que si la intención del legislador [*sic*] hubiese sido prohibir, debió hacerlo expresamente, estableciendo la excepción a la prohibición”, afirma que “esta norma tendría un carácter ‘condicional’; es decir, se reconoce al Estado el derecho potencial de realizar actividades empresariales, pero si opta por ejercer esta prerrogativa, su ejercicio estará subordinado a la condición de cumplir con los requisitos que se le exigen”. Véase NIÑO, op. cit., pp. 124 y 125, respectivamente. Con respecto a la última cita del autor, valgan los comentarios formulados precedentemente, en el sentido de que el Estado no es titular de derechos, sino que ejerce potestades (cf. *supra*, capítulo segundo, pp. 35-36, nota 60).

¹¹⁴ Además de su versión impresa (que es la que principalmente hemos utilizado en el presente trabajo), actualmente todas las actas de la Comisión se encuentran digitalizadas, siendo posible consultarlas en <http://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980>. Las sesiones antes señaladas (384^a, 388^a, 389^a y 398^a), se encuentran en el tomo XI de la versión digitalizada, en <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_XI_Comision_Ortuzar.pdf>

La norma en estudio comenzó a ser discutida en la sesión 384^a (14 de junio de 1978). A ella asistió como invitado el entonces Fiscal del Banco Central de Chile, Roberto Guerrero, quien manifestó que la nueva Constitución debía contemplar como un principio la acción subsidiaria del Estado, planteando la necesidad de que “el Estado deba desarrollar un papel subsidiario en el campo económico [...]. Para concretar ese principio hay que establecer que cualquier creación de servicios públicos o de empresas del Estado debe hacerse por ley; enseguida, que la participación del Estado, mayoritaria o minoritaria, en la gestión o en la propiedad de las empresas, también debe ser autorizada por ley”¹¹⁵.

Posteriormente, en la sesión 388^a (27 de junio de 1978), y luego de que la Comisión aprobara la disposición relativa a la libre iniciativa privada para desarrollar actividades económicas, el comisionado y Presidente, señor Ortúzar, sometió a debate la idea referente a la excepción del Estado empresario. Al respecto, el comisionado señor Carmona propuso establecer, a continuación de la norma recién aprobada, que “sin embargo, el Estado podrá desarrollar actividades industriales y comerciales cuando una ley lo autorice”¹¹⁶. El señor Ortúzar concordó en la conveniencia de establecer, en esa parte, tal excepción, manifestando, además, que esta tiene la virtud de reafirmar más todavía el principio de subsidiariedad, al decir que: “Sin embargo, el Estado podrá desarrollar actividades económicas si una ley especial así lo autoriza”¹¹⁷. En tanto, el comisionado señor Guzmán expresó que “concuera con el criterio sustentado por la Comisión en cuanto a que la iniciativa particular o privada es preferente y que sólo en virtud del principio de la subsidiariedad el Estado puede desarrollar aquellas funciones que los particulares no puedan efectuar por sí solos. [...]. Se opone a decir que el Estado no pueda desarrollar actividades económicas, porque se estaría empleando un término muy amplio. Añade que al Estado le corresponden dos grandes tipos de actividades en materia económica: una, aquella que nunca podrían realizar los particulares y que dice relación a su calidad de gerente del bien común –con facultades que incluyen regulación, control, orientación, estímulo, etcétera–, y la otra, que emprende de manera subsidiaria y que implica aquellas actividades que de suyo podrían efectuar los particulares, pero que no cumplen pese al

¹¹⁵ *Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República*, op. cit., p. 2.817.

¹¹⁶ *Id.*, p. 2.916.

¹¹⁷ *Id.*, p. 2.918.

apoyo prestado por el Estado, y que son necesarias para el país o pertenecen al campo del bien común”¹¹⁸. Ante ello, el señor Ortúzar “considera evidente que, al reconocerse como garantía constitucional la libre iniciativa privada para desarrollar actividades económicas, se está haciendo mención de las actividades industriales o comerciales y no de la función económica que pueda ejercer el Estado. Añade que la excepción asegura que el Estado podrá desarrollar precisamente esas actividades reservadas a los particulares”¹¹⁹. Por su parte, el comisionado señor Bertelsen “destaca que jamás ha pensado que el Estado no debe tener intervención alguna en la economía, por cuanto le compete una función normativa y de control. Pero, añade, no puede, apoyado en el principio de la subsidiariedad, conculcar la libertad personal para desarrollar cualquier tipo de actividad económica, ya sea extractiva, productiva o de comercialización, excepto cuando los particulares no puedan o no quieran emprenderlas, caso en el cual, fundado en ese mismo principio, el Estado debe asumirlas por razones de interés nacional. Advierte que, en este último caso, no será por simple voluntad del Gobierno que el Estado ejerza esas actividades, por cuanto la ley deberá autorizarlo expresamente para ello”¹²⁰. El señor Guzmán “señala que, sobre la base de todo lo dicho, se podría dar más riqueza y armonía al precepto en estudio si se hiciera una referencia a las actividades empresariales precisamente al establecer la excepción que afiance el principio de subsidiariedad y lo delimite con más claridad, aun con la explicitación de las actividades extractivas, productivas, de comercialización, de distribución o de transporte. Añade que, cuando se habla específicamente de ‘actividades empresariales’, se está perfilando con más nitidez a qué actividad económica se hace referencia en el inciso primero y cuál tipo no puede el Estado ejercer sino por razón subsidiaria”¹²¹. Al respecto, el señor Bertelsen “piensa que la solución reside en que en el inciso primero se conceda la más amplia libertad para desarrollar cualquier actividad económica, y en el segundo, al hacerse la excepción, se establezca que ‘el Estado podrá desarrollar actividades económicas empresariales’, atendido que otras actividades económicas, como las normativas, las puede realizar sin necesidad de autorización

¹¹⁸ *Ibíd.*

¹¹⁹ *Ibíd.*

¹²⁰ *Id.*, p. 2.919.

¹²¹ *Ibíd.*

legal”¹²². Por su parte, el señor Carmona propuso agregar, a continuación del término “desarrollar”, la frase “o participar”¹²³. En definitiva, al término de la sesión 388^a, se aprobó el siguiente texto: “Sin embargo, el Estado podrá desarrollar o participar en actividades económicas empresariales cuando una ley así lo autorice”¹²⁴.

En la sesión 389^a (27 de junio de 1978), se perfeccionó la redacción de la norma, acordándose el siguiente texto: “Sin embargo, podrá el Estado desarrollar actividades empresariales o participar en ellas cuando una ley así lo autorice, la que requerirá de un quórum especial”¹²⁵.

En la sesión 398^a (11 de julio de 1978), se analizó la necesidad de que el Estado, una vez autorizado para desarrollar o participar en alguna actividad empresarial, se sujete, en el ámbito de tal actividad, a la legislación común. En este sentido, “el señor Guerrero expresa que la idea es que el Estado, en el caso de que esté autorizado para tener empresas o para desarrollar una actividad empresarial, deba regirse por las mismas normas vigentes para el sector privado, sin privilegios ni estatutos especiales”¹²⁶. Al respecto, el señor Ortúzar manifestó que la expresión “legislación común” es la que rige para todos los que se encuentran en la misma situación, puntualizando que la idea es que se aplique la legislación que rija o regiría para los particulares¹²⁷.

En octubre de 1978, la Comisión Ortúzar presentó al Presidente de la República el anteproyecto de una nueva Constitución Política. Anteriormente, en agosto de ese mismo año, la Comisión había entregado al Jefe de Estado un informe, denominado “Proposiciones e ideas precisas” –que hemos citado anteriormente–, el cual explicaba el contenido del anteproyecto. En lo que respecta al tema que estudiamos, el informe expresaba en su párrafo 17, letra a): “En relación con la necesidad de incentivar la iniciativa privada y de evitar el mal que significa la proliferación de las empresas del Estado, se contempla un nuevo derecho constitucional que tiene por objeto garantizar a todas las personas la libre iniciativa privada para desarrollar cualquiera actividad económica, sin más limitaciones que

¹²² Id., p. 2.920

¹²³ Ibíd.

¹²⁴ Ibíd.

¹²⁵ Id., p. 2.924.

¹²⁶ Id., p. 3.109.

¹²⁷ Ibíd.

las que establezca la Constitución y siempre que no sean contrarias al interés nacional y una ley lo declare así. Sólo por excepción podrá el Estado desarrollar actividades empresariales o participar en ellas, cuando una ley con quórum calificado así lo autorice y, en tal caso, dicha actividad estará sometida a la legislación común que rija este tipo de actividades para los particulares”¹²⁸.

En definitiva, el anteproyecto de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República disponía, en su Capítulo III, “De los Derechos y Deberes Constitucionales”, letra A, “De los Derechos Constitucionales y sus garantías”, artículo 19 N° 20, que la Constitución asegura a todas las personas:

“La libre iniciativa privada para desarrollar cualquiera actividad económica, sin más limitaciones que las que establezca la Constitución y siempre que no sea contraria al interés nacional y una ley lo declare así.

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

No se podrán establecer tributos, condiciones o requisitos que, por su cuantía elevada o por su naturaleza, impidan a los particulares el desarrollo de una determinada actividad”¹²⁹.

3.2. El proyecto del Consejo de Estado

En octubre de 1978, el anteproyecto de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, fue enviado al Consejo de Estado (creado por el Acta Constitucional N° 1, mediante el D.L. N° 1.319, de 9 de enero de 1976), para que este

¹²⁸ COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA. *Proposiciones e ideas precisas*. 1978a. En: Revista Chilena de Derecho 8(1-6), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1981, pp. 160-161.

¹²⁹ COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA. *Texto del anteproyecto*. 1978b. En: Revista Chilena de Derecho 8(1-6), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1981, p. 331.

organismo informara y se pronunciara sobre dicho texto. En lo pertinente al tema que nos ocupa, el informe evacuado por el Consejo de Estado –entregado al Presidente de la República en julio de 1980–, señaló, en su párrafo 5.3, titulado “Actividades empresariales del Estado”, que: “El proyecto tiende a evitar también el desarrollo exagerado, privilegiado o abusivo de las actividades empresariales por parte del Estado. Con tal propósito contempla una serie de normas dirigidas a ese objeto [...], lo que significa reconocer el principio de subsidiariedad, conforme al cual el Estado hace lo que los particulares son incapaces de hacer, respetando y haciendo posible la iniciativa privada. No parece necesario abundar en este concepto, para reconocer que su aplicación involucra una retracción del estatismo que había llegado a dominar la actividad nacional”¹³⁰.

Junto con este informe, el Consejo de Estado presentó su propio proyecto de nueva Constitución Política. En lo que respecta a la actividad empresarial del Estado, este proyecto disponía, en su Capítulo III, “De los Derechos y Deberes Constitucionales”, artículo 19 N° 21, que la Constitución asegura a todas las personas:

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

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas si una ley los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que, por motivos justificados, establezca la ley”¹³¹.

¹³⁰ CONSEJO DE ESTADO. *Informe del Consejo de Estado recaído en la consulta formulada por S.E. el Presidente de la República acerca del anteproyecto sobre nueva Constitución Política del Estado*. 1980a. En: Revista Chilena de Derecho 8(1-6), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1981, p. 396.

Cabe señalar que el tema relativo a la actividad empresarial del Estado, fue tratado por el Consejo de Estado –muy brevemente y sin mayor discusión, según consta en las actas– en las sesiones 65° (13 de marzo de 1979) y 102° (22 de enero de 1980), las cuales pueden revisarse en: <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/31336/5/Sesion65.pdf>> y <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/35194/4/Sesion102.pdf>>, respectivamente.

¹³¹ CONSEJO DE ESTADO. *Texto del proyecto de nueva Constitución Política propuesto por el Consejo de Estado*. 1980b. En: Revista Chilena de Derecho 8(1-6), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1981, p. 433.

Como puede apreciarse, en la materia en estudio, el proyecto elaborado por el Consejo de Estado contenía las siguientes modificaciones en relación con el anteproyecto de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República:

1) La exigencia de autorización legal para desarrollar o participar en actividades empresariales, será aplicable al “Estado y sus organismos” (el anteproyecto de la Comisión Ortúzar aludía solo al “Estado”).

2) Se elimina de la disposición el adverbio “sólo”, para indicar cuándo el Estado y sus organismos podrán realizar actividades empresariales.

3) La autorización para desarrollar o participar en actividades empresariales, deberá ser otorgada por una ley ordinaria o común, no por una ley aprobada con quórum calificado.

4) Finalmente, la ley (ordinaria) podrá, por motivos justificados, establecer para el Estado y sus organismos un trato distinto respecto de los particulares que realicen la misma actividad empresarial que los primeros.

3.3. El texto definitivo aprobado por la Junta de Gobierno

Sobre la base del anteproyecto de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República y del proyecto del Consejo de Estado, la Junta de Gobierno se abocó a la elaboración del proyecto definitivo de Constitución Política de la República. En lo que respecta al Estado empresario, en el proyecto elaborado por la Junta de Gobierno se destaca lo siguiente:

1) Se agrega nuevamente a la disposición el adverbio “sólo” (como aparecía en el anteproyecto de la Comisión Ortúzar), para referirse a cuándo el Estado y sus organismos –distinción esta última que se mantiene– podrán realizar actividades empresariales.

2) Se establece nuevamente que la ley que autorice al Estado y sus organismos para desarrollar o participar en actividades empresariales, deberá ser de quórum calificado.

3) Finalmente, cualquier modificación al régimen de igualdad jurídica entre el Estado y sus organismos y los particulares, deberá, asimismo, establecerse por ley de quórum calificado y por motivos justificados.

Así, el texto definitivo aprobado por la Junta de Gobierno (D.L. N° 3.464, de 1980) y ratificado en plebiscito –y que se mantiene vigente hasta ahora–, es, como ya hemos señalado anteriormente, el siguiente:

“Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas:

21.º 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.

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

4. CONTENIDO DE LA NORMA

4.1. “El Estado y sus organismos...”

4.1.1. Sentido y alcance de la expresión “El Estado y sus organismos”

El sentido de esta expresión –y dado que la Constitución no ha señalado lo que debe entenderse por ella–, ha sido debatido en la doctrina, en la que pueden identificarse dos tesis interpretativas: a) una que puede llamarse restringida o formal, y b) otra que, por oposición, puede denominarse amplia o material.

a) La tesis restringida o formal afirma que la frase “Estado y sus organismos” se refiere a la llamada “Administración del Estado”, definida en el artículo 1º, inciso 2º de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.F.L. N° 1, de

2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia): “La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley”.

Esta tesis aparece formulada, por ejemplo, en algunos trabajos de los profesores Jorge Precht¹³² y Francisco Cumplido¹³³. Similar posición asumió, a principios de 1990, la Comisión Legislativa Conjunta –órgano asesor de la entonces Junta de Gobierno–, al pronunciarse sobre un proyecto de ley que regulaba la actividad empresarial del Estado y sus organismos. En efecto, en el respectivo informe, el organismo asesor expresó lo siguiente: “La Comisión Conjunta estima que las obligaciones y prohibiciones que contiene esta norma para que el Estado o sus organismos adquieran derechos en sociedades y deban enajenarlos debe extenderse, además, expresamente a las sociedades en que el Estado o sus organismos tengan participación, por cuanto estas últimas no están comprendidas en el concepto organismos del Estado”¹³⁴.

b) La tesis amplia o material –y mayoritaria–, en cambio, sostiene que la expresión “Estado y sus organismos” comprende no solo a los órganos de la Administración del Estado, sino que también a la llamada “administración invisible del Estado”, esto es, al conjunto de entidades en las que el Estado participa o tiene representación, pero que no

¹³² PRECHT Pizarro, Jorge. *El Estado empresario: análisis de la legislación complementaria constitucional*. Revista Chilena de Derecho, 14(1), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1987, p. 129. Al respecto, el profesor Precht señala: “Cuando la Constitución habla del Estado y sus organismos, el posesivo indica muy claro que debe tratarse de organismos incluidos dentro de, pertenecientes a la Administración del Estado”. El énfasis es del original.

¹³³ CUMPLIDO Cereceda, Francisco. *Reflexiones sobre el anteproyecto de ley que regula la actividad empresarial del Estado y sus organismos*. Revista Chilena de Derecho, 14(1), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1987, p. 144.

¹³⁴ COMISIÓN LEGISLATIVA CONJUNTA. Informe N° 6583/110/8, de 1 de marzo de 1990, sobre el proyecto de ley que “Regula la actividad y participación productiva del Estado y sus organismos”. En: VARAS Alfonso, Paulino. *Amparo Económico. Recurso Jurisdiccional Especial establecido por la Ley Orgánica Constitucional N° 18.971, de 10 de marzo de 1990, para cautelar la libertad económica consagrada en el Artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental*. Revista de Derecho Público (49), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1991, pp. 60-61.

Cabe señalar que el referido proyecto, como un todo, no se transformó en ley, aprobándose, en definitiva, solo dos de sus artículos (artículos 5° y 6°), cada uno contenido en una ley distinta: la Ley de quórum calificado N° 18.965 (que impuso al Estado una obligación en cuanto a la enajenación de derechos en determinadas sociedades) y la Ley orgánica constitucional N° 18.971 (que estableció el llamado recurso o acción de amparo económico), ambas publicadas en el Diario Oficial de 10 de marzo de 1990.

integran los cuadros orgánicos de la Administración del Estado, y a las cuales se refiere el artículo 6° de la Ley N° 18.575: “El Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser de quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales. Las entidades a que se refiere el inciso anterior no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas”.

Entre quienes sustentan esta tesis, se encuentra, por ejemplo, el profesor y actual Ministro del Tribunal Constitucional, Iván Aróstica, quien señala que “como no pudo estar en el ánimo del constituyente dispensar, de la restricción de que trata [el artículo 19 N° 21, inciso 2° de la Constitución], alguna manera especial a través de la cual el Estado pudiera cumplir funciones empresariales, de allí se deriva el alcance amplio de la norma y comprensiva de todas las formas mediante las cuales el Estado realice esos cometidos”¹³⁵. En definitiva, “la locución ‘Estado y sus organismos’ que ocupa el citado art. 19 N° 21 abarca por ende a todos los sujetos jurídicos estatales o de la Administración del Estado –incluidas las empresas públicas– y, asimismo, a las sociedades privadas del Estado”¹³⁶.

En otras palabras, señala el profesor citado, “el hecho de que las sociedades estatales no estén incluidas dentro del concepto ‘Administración del Estado’, en los términos de la LOC 18.575 (art. 6), no quiere decir que estén excluidas de la expresión ‘el Estado y sus organismos’ que ocupa la Constitución (art. 19 N° 21 inc. 2°). Más aún si se tiene presente que la primera no es una ley interpretativa de la segunda, y que ambas normas persiguen finalidades diversas”¹³⁷.

Por su parte, en una sentencia la Corte Suprema declaró: “Que así, parece a esta Corte que Metro S.A. [sociedad del Estado] 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 [...]”¹³⁸.

¹³⁵ ARÓSTICA, 2001, op. cit., p. 105.

¹³⁶ Id., p. 106.

¹³⁷ Id., p. 154.

¹³⁸ “Asociación Nacional de la Prensa A.G. con Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.” (recurso de amparo económico-acogido), Corte Suprema, Rol N° 248-2000, considerando 3°. Copia de la sentencia tenida a la vista.

En el mismo sentido amplio ha entendido la Contraloría General de la República la expresión “Estado y sus organismos”. Así, por ejemplo, en un dictamen del año 2008 –del cual, por su claridad, hemos seleccionado varios párrafos–, el órgano contralor señaló: “En relación con el sujeto al cual se aplica esta norma restrictiva [artículo 19 N° 21, inciso 2° de la Constitución] y para los efectos de este informe, cabe consignar que la expresión ‘el Estado y sus organismos’ que se emplea en el precepto en estudio, de acuerdo con la finalidad de esta disposición constitucional, debe entenderse como una noción amplia y, por ende, no corresponde interpretarla únicamente en un sentido orgánico, esto es, referida exclusivamente a los entes que menciona el artículo 1° de la ley N° 18.575. [...]. Por otra parte, es indudable que cuando el Estado realiza sus cometidos utilizando la personalidad jurídica del Fisco o de otra entidad de derecho público, en todo caso quien actúa es el mismo Estado, atendido lo cual la expresión ‘sus organismos’ debe entenderse referida a otros entes, distintos del Estado en cualquiera de sus expresiones jurídicas, careciendo de fundamento interpretarla en el sentido de que ella incluiría a los que integran su organización, pues éstos ya están comprendidos en el concepto de Estado. [...]. Asimismo, cabe argumentar que, en concordancia con lo expuesto, el texto del señalado inciso segundo del artículo 19, N° 21, de la Constitución Política, señala que los sujetos de este precepto, sólo podrán ‘desarrollar’ actividades empresariales o ‘participar en ellas’. En efecto, la norma en referencia, al formular esta distinción prevé dos situaciones: que por una parte el Estado ‘desarrolle’ actividades empresariales, es decir, las ejecute directamente a través de su estructura orgánica de derecho público, o que él ‘participe’ en dichas actividades, esto es, las ejecute por medio de entidades de derecho privado, a cuya formación concurre o de las cuales entra a formar parte. [...]. En el mismo sentido, distintas leyes, coincidiendo con la idea de que el Estado puede participar en una entidad privada, ponen el acento en aquellos casos en que dicha participación importa un control o injerencia decisiva en la administración de la misma, sometiéndola a un régimen especial de control. Es interesante consignar que la jurisprudencia administrativa ha discurrido sobre la base de que la expresión ‘El Estado y sus organismos’ que se estudia, no debe interpretarse exclusivamente en sentido orgánico, al declarar que también cabe entender comprendidas dentro de estas categorías, aquellas entidades en las cuales el Estado tiene participación mayoritaria o injerencia decisiva en su administración, no obstante tratarse de

organizaciones que revisten la forma de persona jurídica de derecho privado, aplicándoseles las normas especiales de control o fiscalización, pues de otra manera resultaría fácil que el Estado eludiera tales exigencias por la vía de su intervención en sociedades privadas”¹³⁹.

Por nuestra parte, consideramos que la segunda interpretación doctrinaria y jurisprudencial de la expresión “Estado y sus organismos” –es decir, la tesis amplia o material–, es la correcta. En efecto, una cosa es que un órgano no sea parte de la Administración del Estado, pero eso no significa que esa entidad, en la cual el Estado tiene participación o representación, no deba ser considerada “organismo del Estado”. Porque la Constitución, en el artículo 19 N° 21, inciso 2°, se refiere al “Estado y sus organismos”, a los organismos “del Estado”, y no solo a los organismos de la “Administración del Estado”. Por lo tanto, si el constituyente, en dicho precepto, no distinguió entre entidades integrantes y no integrantes de la Administración del Estado, no es lícito para el intérprete efectuar tal distinción y excluir de la frase “Estado y sus organismos” a los entes en los cuales el Estado tiene participación o representación, en mayor o menor grado, pero que no forman parte de su Administración. En conclusión, estimamos que la expresión en comento comprende a todas las entidades, de derecho público y de derecho privado, a través de las cuales el Estado realice actividades empresariales¹⁴⁰.

4.1.2. Principales formas jurídicas de la actividad empresarial del Estado

Entre las entidades a través de las cuales el Estado y sus organismos pueden realizar actividades empresariales, destacan: (a) las empresas públicas creadas por ley y (b) las sociedades del Estado. A cada una de ellas nos referiremos a continuación¹⁴¹.

¹³⁹ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen N° 20.241 (2008) [en línea]. [Fecha de consulta: 27 de octubre de 2014]. Disponible en: <<http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictámenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset>>. Al respecto, consúltense también los dictámenes N°s. 56.150 (2008) y 7.658 (2009).

¹⁴⁰ Cabe precisar que, en nuestra opinión, para los efectos del artículo 19 N° 21, inciso 2°, en este concepto amplio de “Estado y sus organismos”, están incluidas las fundaciones y corporaciones de derecho privado sin fines de lucro que el Estado puede constituir o en las que puede entrar a participar para realizar actividades empresariales. En efecto, y según veremos más adelante (*infra*, párrafo 4.2.2., pp. 91-96), a nuestro juicio el ánimo o fin de lucro no es un elemento definitorio o esencial de una actividad empresarial.

¹⁴¹ Actualmente (mayo de 2016) se encuentra en tramitación en el Congreso Nacional un proyecto de ley que “Introduce perfeccionamientos en los regímenes de gobierno corporativo de las empresas del Estado y de

4.1.2.1. Actividad empresarial del Estado a través de las empresas públicas creadas por ley¹⁴²

aquéllas en que éste tenga participación”. En el artículo 2º, letras b) a g), del proyecto, se establece la siguiente clasificación respecto de las empresas de propiedad total o parcial del Estado:

“b) Empresas Creadas por Ley: Son las empresas y sociedades del Estado creadas por ley con excepción de la Corporación Nacional del Cobre, de Televisión Nacional de Chile, de la Empresa Nacional del Petróleo, del Banco del Estado de Chile, de la Empresa Nacional de Minería, de Fábricas y Maestranzas del Ejército, de Astilleros y Maestranzas de la Armada y de la Empresa Nacional de Aeronáutica”.

“c) Empresas del Estado: Son las Empresas Creadas por Ley, y aquellas empresas y sociedades en que el Estado, a través del Fisco, o de la Corporación de Fomento de la Producción, o de otras instituciones, tenga una participación en el capital equivalente a la totalidad de las acciones o derechos de la respectiva empresa”.

“d) Empresas con Participación Estatal: Son las Empresas con Participación Estatal Controladora y las Empresas con Participación Estatal Minoritaria”.

“e) Empresas con Participación Estatal Controladora: son las empresas y sociedades en las que el Estado, a través del Fisco o de la Corporación de Fomento de la Producción o de otras instituciones, es dueño de a lo menos el 50% del total de las acciones o derechos societarios de la respectiva empresa, o es capaz de asegurar la mayoría de los votos en juntas de accionistas y elegir a la mayoría de los directores, tratándose de sociedades anónimas, o asegurar la mayoría de los votos en asambleas o reuniones de socios y designar al administrador o representante legal o a la mayoría de los administradores, tratándose de otro tipo de sociedades o personas jurídicas”.

“f) Empresas con Participación Estatal Minoritaria: son las empresas y sociedades en las que el Estado, a través del Fisco o de la Corporación de Fomento de la Producción o de otras instituciones, es dueño de menos del 50% del total de las acciones o derechos societarios de la respectiva empresa, sin que cuente con la capacidad para asegurar la designación de la mayoría de los directores tratándose de sociedades anónimas, o del administrador o representante legal o a la mayoría de ellos, tratándose de otro tipo de sociedades o personas jurídicas”.

“g) Filiales y Coligadas: son las empresas filiales y coligadas, según estos términos se definen en la Ley N° 18.046, de las Empresas del Estado y/o de las Empresas con Participación Estatal Controladora, y las filiales y coligadas de aquellas, con excepción de las empresas señaladas en la letra b) precedente”.

Al respecto, véase *Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que introduce perfeccionamientos en los regímenes de gobierno corporativo de las empresas del Estado y de aquéllas en que éste tenga participación* (Mensaje N° 173-361 / Boletín 9083-05) [en línea]. 2013, pp. 18-19. [Fecha de consulta: 15 de noviembre de 2014]. Disponible en: <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>>

¹⁴² La Constitución, cuando se refiere a las “empresas públicas creadas por ley” (o simplemente, “empresas públicas”), utiliza, en general (salvo en el artículo 115, inciso 5º), las expresiones “empresas del Estado” o “empresas estatales” (artículos 52 N° 1, letra c); 58; 63 N° 9; 65 N° 2, y 109), dando a entender que “empresa pública” y “empresa del Estado” serían términos sinónimos. En el mismo sentido, algunas leyes que crean y regulan empresas públicas, las describen como “empresas autónomas del Estado” (v. gr., el D.L. N° 2.079, de 1977, que fija la Ley Orgánica del Banco del Estado de Chile, o la Ley N° 19.132, que crea Televisión Nacional de Chile), como “organismos de administración autónoma del Estado” (v. gr., el D.F.L. N° 10, de 1981, de Transportes y Telecomunicaciones, que crea la Empresa de Correos de Chile), o también como “empresas del Estado” (v. gr., la Ley N° 19.542, que crea diez empresas portuarias, continuadoras de la Empresa Portuaria de Chile). Así también, algunos dictámenes de la Contraloría General de la República siguen el mismo criterio (v. gr., dictámenes N°s. 10.492, de 1979; 12.720, de 1992, y 39.562, de 1997).

Por su parte, hay autores que, en nuestra opinión, efectúan una interpretación demasiado amplia del concepto de “empresa pública”. Así, por ejemplo, Manuel Daniel Argandoña sostiene: “En una acepción muy genérica, utilizada especialmente en una perspectiva económica, el término empresa pública comprendería todas las formas en que una empresa –que proporciona bienes o servicios a la comunidad– pertenece total o parcialmente al Estado. Siendo así, hablar de empresa pública o empresa del Estado sería lo mismo. No obstante, hay que prevenir que, en Chile al menos, la expresión ‘empresa del Estado’ es reservada para aquellos servicios públicos que, en el esquema orgánico de la Administración, constituyen una especie de los órganos autónomos o descentralizados funcionalmente; es decir, sería una de las formas de la empresa

4.1.2.1.1. Concepto de empresa pública

Conforme al principio de subsidiariedad contemplado en la Constitución –y del cual, como hemos señalado, el artículo 19 N° 21, inciso 2° es expresión–, la actividad empresarial del Estado es excepcional. Solo dándose ciertas circunstancias que justifiquen la intervención del Estado, este se encontrará legitimado para actuar como empresario, previa autorización otorgada por una ley de quórum calificado¹⁴³. Estas situaciones excepcionales podrán determinar la existencia de una necesidad pública, que el Estado deberá satisfacer a través de los órganos de la Administración del Estado¹⁴⁴. Ahora bien, ¿a través de qué órganos de la Administración puede el Estado satisfacer estas necesidades públicas, mediante el desarrollo de actividades empresariales? A través del Fisco, de los servicios públicos descentralizados, de las municipalidades¹⁴⁵ y, principalmente, mediante las empresas públicas.

Ni la Constitución ni la legislación chilenas definen el concepto de empresa pública, solo mencionan el término (v. gr., artículo 115, inciso 5°, de la Constitución; artículo 1°, inciso 2°, de la Ley N° 18.575).

pública; aquella en que nace como parte de la estructura administrativa del Estado”. Véase DANIEL Argandoña, Manuel. *La Organización Administrativa en Chile. Bases Fundamentales*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1982, pp. 143-144.

Por nuestra parte, consideramos que sería más adecuado utilizar las expresiones “empresas del Estado” o “empresas estatales”, en un sentido genérico, comprensivo de las dos principales formas jurídicas en que se manifiesta la actividad empresarial del Estado y sus organismos, ya mencionadas, a saber, las empresas públicas creadas por ley y las sociedades del Estado (un sentido similar al aquí planteado, aunque no igual, es el que se da a la expresión “empresas del Estado” en el proyecto de ley citado en la nota anterior). Ambas son empresas –sin considerar el instrumento jurídico inmediato que les dio origen (Constitución Política, ley o escritura pública) ni su naturaleza jurídica (si son personas jurídicas de derecho público o de derecho privado)– y ambas pertenecen, total o parcialmente, al Estado.

¹⁴³ Sin perjuicio de los preceptos que la propia Constitución contiene y que autorizan al Estado para desarrollar actividades empresariales: (i) artículo 19 N° 12, inciso 5° (estaciones de televisión); (ii) artículo 19 N° 24, inciso 10° (explotación de sustancias mineras no concesibles); (iii) disposición tercera transitoria (gran minería del cobre), y (iv) disposición cuarta transitoria (actividades empresariales del Estado autorizadas por leyes dictadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución, las que se entenderán que cumplen con el requisito de ser leyes de quórum calificado).

¹⁴⁴ El artículo 3°, inciso 1°, de la Ley N° 18.575, dispone al efecto que: “La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal”.

¹⁴⁵ El artículo 11° de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, dispone: “Las municipalidades podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado las autoriza”.

En la doctrina, el profesor Zúñiga señala que “las empresas públicas son verdaderos órganos de la Administración del Estado, constituidos como personas jurídicas de derecho público con patrimonio y personalidad jurídica y una competencia que es su giro como ‘comerciante público’, manteniendo una relación de supervigilancia con el Gobierno (Presidente de la República) a través de los Ministerios sectoriales”¹⁴⁶.

El profesor Valdés, por su parte, indica que las empresas públicas son “personas jurídicas creadas por ley, operando ésta como estatuto orgánico de las mismas, definiendo con toda precisión su fin u objeto, sus atribuciones, régimen de empleados y de bienes y los intereses que el Estado ha determinado perseguir mediante su creación”¹⁴⁷.

En el ámbito de la jurisprudencia administrativa, la Contraloría General de la República en algunos dictámenes ha conceptualizado y caracterizado a la empresa pública. Así, por ejemplo, en el dictamen N° 10.492 (1979), señaló que: “Las ‘empresas del Estado’ o ‘empresas públicas o estatales’, son entidades creadas por ley, que tienen personalidad jurídica de derecho público distinta y separada del Fisco, cuentan con un patrimonio propio que originalmente está constituido por fondos públicos y han sido dotados de autonomía para gestionar el mismo. Son además organismos funcionalmente descentralizados que con tal naturaleza integran los cuadros orgánicos de la Administración. Cabe agregar que, no obstante contar con la citada autonomía, se encuentran bajo la supervigilancia del poder central [...]”. En tanto, en el dictamen N° 39.562 (1997), el órgano contralor declaró que “la naturaleza jurídica y caracteres de las empresas del Estado [públicas] es que éstas son creadas, nacen a la vida del derecho, por la ley de quórum 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, etc. 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 quórum calificado, la que señala un régimen de derecho público, lo que se ajusta estrictamente al artículo 19 N° 21 de la Carta Superior. Por ser servicios públicos, sólo

¹⁴⁶ ZÚÑIGA, op. cit., p. 366.

¹⁴⁷ VALDÉS, 2006, op. cit., p. 119.

pueden crearse por ley y señalárseles sus objetivos, funciones, atribuciones y autoridades también por ley (artículo 62, inciso 4°, N° 2 de la Constitución)”¹⁴⁸.

4.1.2.1.2. Características principales de las empresas públicas

1. En cuanto a su naturaleza jurídica, las empresas públicas son personas jurídicas de derecho público, puesto que son creadas directamente por una ley. Esta ley es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, en virtud de lo dispuesto en el artículo 65, inciso 4°, N° 2 de la Constitución, y, por imperativo del artículo 19 N° 21, inciso 2° de la Carta Fundamental, debe tener rango de ley de quórum calificado, es decir, aprobarse con la mayoría absoluta de los senadores y diputados en ejercicio (artículo 66, inciso 3° de la Constitución). En este sentido, todo lo relativo a aspectos esenciales referidos al objeto, organización, funcionamiento y atribuciones de una empresa pública, solo puede disponerse por una ley de ese rango¹⁴⁹. Asimismo, como hemos señalado precedentemente, las empresas públicas pertenecen a la Administración del Estado, por expresa disposición del artículo 1°, inciso 2°, de la Ley N° 18.575. Finalmente, cabe precisar que estas entidades nunca cambian su naturaleza de derecho público, ni aun al someterse a “la legislación común aplicable a los particulares”, a que se refiere el inciso 2° del artículo 19 N° 21 de la Constitución.

2. En lo que respecta a su finalidad, las empresas públicas, como entidades que forman parte de la Administración del Estado, tienen por objeto o función satisfacer una determinada necesidad pública. En efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 3°, inciso

¹⁴⁸ Ambos dictámenes disponibles en: <http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset>. La referencia, en el último dictamen citado, al artículo 62 de la Constitución, debe entenderse hecha al artículo 65, de acuerdo el texto vigente de la Constitución.

¹⁴⁹ Así se sostiene, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional en la sentencia Rol N° 80-1989, considerandos 13° y 14°. En: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. *Jurisprudencia constitucional. Tomos I y II. Sentencias pronunciadas entre 1981 y 1992. Roles N° 1-150* [en línea]. Santiago, Chile, 2014, pp. 460-461 [fecha de consulta: 27 de octubre de 2014]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/wp-content/uploads/Tomos-I-II-para-web.pdf>

Sin embargo, hay un caso de empresa pública que, bajo la vigencia de la Constitución de 1980, no se creó por ley de quórum calificado, como es el de la Empresa de Correos de Chile, creada por el Decreto con Fuerza de Ley N° 10, de 1981, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (publicado en el Diario Oficial de fecha 30 de enero de 1982).

1º, de la Ley N° 18.575, citado anteriormente: “La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente [...]”. Al respecto, cabe precisar que la calificación de “necesidad pública” –más allá de los elementos concretos o de hecho efectivamente existentes–, corresponde exclusivamente a la ley, la cual deberá encargar su satisfacción a un organismo de la Administración del Estado. En el caso de las empresas públicas, la forma de satisfacer las correspondientes necesidades públicas, es mediante el desarrollo de actividades empresariales.

3. En lo referente a su patrimonio, el de las empresas públicas es un patrimonio público, que deriva de la circunstancia de integrar la Administración del Estado. Pero este patrimonio es distinto del correspondiente al Fisco, por cuanto, como ya lo señalara el dictamen N° 10.492 (1979), de la Contraloría General de la República, las empresas públicas tienen personalidad jurídica y patrimonio propio.

4. En lo relativo a su capacidad de gestión, las empresas públicas tienen grados considerables de autonomía e iniciativa (el propio artículo 8º de la Ley N° 18.575, dispone que: “Los órganos de la Administración del Estado actuarán por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones [...]”), que varían según el tipo de actividad que desarrolle cada empresa, todo lo cual estará determinado en la propia ley que las cree. En todo caso, en tanto órganos del Estado, las empresas públicas están sujetas al principio de legalidad, contenido en los artículos 6º y 7º de la Constitución y concretado en el artículo 2º de la Ley N° 18.575, conforme al cual: “Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes”. Es decir, las empresas públicas deben actuar dentro de la esfera de su competencia y en la forma que establezcan la Constitución y las leyes, *so pena* de incurrir en actos u omisiones que acarrearán las correspondientes sanciones y responsabilidades.

5. En lo que respecta a la posición que ocupan dentro de la Administración del Estado, las empresas públicas son funcionalmente descentralizadas –comúnmente, la legislación las denomina como “empresas autónomas” u “organismos autónomos” (cf., por ejemplo, *supra*, nota 142)–, vinculándose con el Presidente de la República a través de los Ministerios sectoriales. Con todo, esta relación no es de jerarquía o dependencia, dada su calidad de entes públicos personificados, sino que de supervigilancia.

6. En cuanto al régimen jurídico aplicable a las empresas públicas, esa materia será tratada en los párrafos 4.4 y siguientes, cuando analicemos el sentido de la expresión “sometidas a la legislación común aplicable a los particulares”, que utiliza la norma constitucional en estudio.

4.1.2.2. Actividad empresarial del Estado a través de las sociedades del Estado

4.1.2.2.1. Concepto de sociedad del Estado

El Estado y sus organismos pueden realizar actividades empresariales no solo a través de empresas públicas y otras personas jurídicas de derecho público, sino que también mediante sociedades constituidas conforme a las reglas del derecho privado¹⁵⁰. Estos entes “son los que se denominan sociedades del Estado y que se caracterizan por constituirse, organizarse y funcionar de acuerdo a las disposiciones del derecho común [privado], en tanto que el derecho público sólo regirá a su respecto en materias específicas vinculadas principalmente al control de algunos de sus actos, en la mayoría de los casos relativos al manejo de sus recursos financieros. Sus relaciones con los usuarios o consumidores, tendrá siempre lugar bajo las normas del derecho privado”¹⁵¹.

Con respecto al concepto de sociedad del Estado, cabe señalar que ni el constituyente ni el legislador han utilizado esta expresión cuando se refieren a la participación del Estado y sus organismos en actividades empresariales. Así, por ejemplo, el artículo 58 de la Constitución solo se refiere a las empresas “en las que el Fisco tenga intervención por aportes de capital” (inciso 1°), o “en las que el Estado tenga participación por aporte de capital” (inciso 2°); de igual manera, el artículo 63 N° 9 hace mención a las

¹⁵⁰ De ahí la distinción entre “desarrollar” actividades empresariales y “participar” en ellas, que utiliza el artículo 19 N° 21, inciso 2° de la Constitución, conceptos a los cuales nos referiremos más adelante. Por ahora, solo adelantemos que la primera modalidad (desarrollo) se lleva a cabo mediante los órganos de la Administración del Estado, en tanto que la segunda (participación), se realiza, principalmente (aunque no exclusivamente, según veremos), a través de sociedades privadas.

¹⁵¹ LATORRE Vivar, Patricio. *Las sociedades estatales en el ordenamiento jurídico chileno: naturaleza, límites y control de sus actividades* [en línea]. *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2008, vol. 30, p. 226 [fecha de consulta: 03 de noviembre de 2014]. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n30/art05.pdf>>

empresas en que el Estado “tenga participación”. Por su parte, en el ámbito legal, el artículo primero de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, por ejemplo, establece en su artículo 2°, inciso 3°, que: “También se aplicarán las disposiciones que esta ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio”, pero no emplea la expresión en comento.

Por lo tanto, el concepto “sociedad del Estado” no es una creación del ordenamiento jurídico positivo chileno, sino que ha sido obra tanto de la jurisprudencia administrativa (Contraloría General de la República), como –y especialmente– de la doctrina.

Así, por ejemplo, el profesor Soto Kloss ha señalado que las sociedades del Estado son “órganos del Estado con actividad empresarial, regidos por el derecho privado en su funcionamiento y creadas por escritura pública, en virtud de una expresa disposición legal que obliga a hacerlo, determinando: quiénes son sus socios (Corfo y Fisco), su capital social, porcentajes de participación de dichos socios, su objeto social, etc.”¹⁵².

Por su parte, el profesor Valdés ha expresado que las sociedades del Estado “son personas jurídicas de derecho privado preexistentes o que se constituyen al momento en que el Estado decide realizar un aporte patrimonial a las mismas y adquirir la calidad de socio o accionista, según corresponda. Dicho aporte podrá ser mayoritario o minoritario, de allí que –en nuestra opinión– la denominación de ‘sociedades del Estado’ no resulta muy afortunada, pues ello parecería indicar que el Estado es el dueño absoluto o, en su defecto, preponderante de tales sociedades. Luego, estas sociedades no son creadas por ley, no tienen por finalidad la satisfacción de una necesidad pública y, por tanto, no forman parte de la Administración del Estado”¹⁵³.

La Contraloría General de la República, en tanto, en el ya citado dictamen N° 10.492 (1979), se refirió a las sociedades del Estado en los siguientes términos: “Las ‘empresas privadas del Estado’ son entidades privadas en que el Estado o sus organismos tienen aporte de capital mayoritario o de igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o participación, que se indican en la Ley N° 10.336, artículo 16, inciso 2°,

¹⁵² SOTO Kloss, Eduardo. *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*. Santiago, Chile, LegalPublishing-Abeledo Perrot, 2009, p. 204.

¹⁵³ VALDÉS, 2006, op. cit., p. 117.

cuyo texto fue fijado por el D.L. N° 38 de 1973, sin que formen parte de la Administración”. Posteriormente, en el dictamen N° 32.171 (1993), la Contraloría señaló que: “Por sociedades del Estado deben entenderse aquellas cuyo capital esté formado mayoritariamente o en igual proporción por aportes estatales o de empresas o instituciones del Estado, sean centralizadas o descentralizadas, o en que se den las condiciones de representación y participación previstas en el citado artículo 16 [de la Ley N° 10.336]”. Por último, en el dictamen N° 39.562 (1997), indicó que las sociedades del Estado “no nacen directamente de la ley. La ley de quórum 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”¹⁵⁴.

Por nuestra parte, conceptualizaremos la sociedad del Estado como una sociedad de objeto comercial o industrial, en la que el Estado y sus organismos participan como socios o accionistas y que puede estar constituida exclusivamente por estos –Estado o sus organismos– o conjuntamente con terceros, en este último caso, con una participación estatal mayoritaria¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Los dictámenes citados están disponibles en: <http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictámenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset>

Conforme a lo señalado por Latorre, en el último dictamen citado (N° 39.562, de 1997) y en los dictámenes N°s. 14.067 (1992); 25.017 y 22.683 (ambos de 1996); 39.718 y 47.904 (ambos de 1999), y 20.241 (2008), la Contraloría General de la República señala las características de las sociedades del Estado, sin incluir entre ellas que el aporte de capital del Estado debe ser mayoritario o en igual proporción, como sí lo manifiesta en los dictámenes N°s. 20.423 (1975); 3.355 (1986); 32.171 (1993), y 17.005 (1999). Cf. LATORRE, op. cit., p. 226 (nota 4).

¹⁵⁵ En nuestra opinión, desde un punto de vista estrictamente conceptual, la denominación “sociedad del Estado” debe entenderse referida solo a las entidades en que la participación del Estado y sus organismos es absoluta o mayoritaria, excluyendo de esta categoría a las sociedades en que el aporte estatal es en igual proporción que el de terceros, o bien minoritario. Con todo, esta distinción conceptual entre sociedades del Estado y otras sociedades con participación estatal, no tiene relevancia desde el punto de vista normativo, pues cualquiera que sea el porcentaje del aporte estatal, todas las sociedades en las que el Estado y sus organismos participen, estarán sujetas a las normas y restricciones constitucionales que correspondan (v. gr., artículos 19 N° 21, inciso 2° y 63 N° 9), por cuanto la Constitución no distingue al respecto. En el mismo sentido, la Contraloría General de la República, en el dictamen N° 12.720 (1992), estableció que el artículo 63 N° 9 de la Constitución –que se refiere a la contratación de empréstitos por parte de las empresas del Estado y de “aquellas en que éste tenga participación”–, guarda plena concordancia con el artículo 19 N° 21, inciso 2° de la Carta Fundamental, afectando, incluso, a empresas privadas con participación estatal minoritaria.

4.1.2.2.2. Características principales de las sociedades del Estado

1. En cuanto a las formas o procedimientos utilizados por el Estado y sus organismos para constituir las, es posible distinguir las siguientes especies de sociedades del Estado:

a) Sociedades derivadas de una empresa pública o de un servicio público. En este caso, una ley de quórum calificado autoriza al Estado para desarrollar determinadas actividades empresariales, para lo cual ordena la constitución de una sociedad (generalmente sociedad anónima), mediante las formalidades propias del derecho privado (escritura pública de constitución, inscripción y publicación del extracto), disponiendo que determinados organismos estatales —en la mayoría de los casos, el Fisco y la Corfo— deberán concurrir a su formación en calidad de socios o accionistas fundadores. A continuación, esa misma ley (conforme a la facultad que la Constitución le otorga al legislador en el artículo 65, inciso 4°, N° 2), declara u ordena la supresión de la empresa pública o servicio público respectivo (que realizaba la misma actividad empresarial que llevará a cabo la sociedad), estableciendo que la sociedad que se constituirá será la continuadora legal del organismo público suprimido. A esta especie pertenecen sociedades como, por ejemplo, la Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A. (Ley N° 18.772) o la Casa de Moneda de Chile S.A. (Ley N° 20.309), entre otras.

b) Sociedades que el Estado o sus organismos constituyen, ya sea en forma exclusiva o conjuntamente con terceros, y que, a diferencia de la primera especie, no tienen el carácter de continuadoras legales de una empresa o un servicio públicos. A esta especie pertenecen, por ejemplo, las sociedades filiales de la Corporación de Fomento de la Producción (Corfo)¹⁵⁶ y de empresas públicas¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Al respecto, cabe señalar que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 25, inciso final, de la Ley N° 6.640, Orgánica de la Corfo: “[...] la Corporación, para concurrir a la formación de empresas o participar en la propiedad o administración de otras distintas a las en que al 31 de diciembre de 1989 tenga porcentaje en su capital social o injerencia en su administración, requerirá de autorización expresa otorgada por ley en conformidad a lo establecido en el inciso segundo del número 21 del artículo 19 de la Constitución Política. Igual autorización necesitarán para tales actos las empresas o entidades filiales de dicha Corporación”.

¹⁵⁷ En algunos casos, las leyes que crean empresas públicas, permiten que estas, a su vez, puedan constituir sociedades y, en general, participar en ellas. Es el caso, por ejemplo, de las siguientes empresas:

a) Corporación Nacional del Cobre de Chile (CODELCO): Artículo 9°, letra g), D.L. N° 1.350: “El directorio [...] podrá: g) Constituir, participar o tomar interés en corporaciones y sociedades, cualquiera que sea su naturaleza, dentro o fuera del país, para el mejor logro de las metas de la Empresa, sin perjuicio de lo dispuesto en el decreto ley N° 1.167, de 1975, y modificarlas, disolverlas y liquidarlas”.

b) Empresa Nacional del Petróleo (ENAP): Artículo 2°, incisos 2°, 3° y 4°, Ley N° 9.618 (cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.F.L. N° 1, de 1986, de Minería): “La Empresa Nacional del Petróleo podrá ejercer actividades de exploración, explotación o beneficio de yacimientos que contengan hidrocarburos, dentro o fuera del territorio nacional, ya sea directamente o por intermedio de sociedades en las cuales tenga participación o en asociación con terceros. Si ejerciere dichas actividades dentro del territorio nacional por intermedio de sociedades en que sea parte o en asociación con terceros, deberá hacerlo por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije en el respectivo decreto supremo./ La Empresa Nacional del Petróleo puede, además, sin que ello le esté reservado exclusivamente, ya sea directamente o a través de sociedades en que tenga participación, almacenar, transportar, transformar, tratar, procesar, refinar, vender y, en general, comercializar petróleo o gas, así como desarrollar cualquier otra actividad industrial que tenga relación con hidrocarburos, sus productos y derivados. Asimismo, la Empresa podrá, por cuenta del Estado, recibir, readquirir, vender y comercializar en cualquier forma los hidrocarburos provenientes de contratos especiales de operación, y ejercer las demás funciones y derechos que el decreto supremo y el correspondiente contrato le encomienden, sea que en estos contratos tenga o no participación la Empresa. / De igual manera, la Empresa y, o sus filiales podrán tener una participación social que no les permita aprobar con su solo voto las materias señaladas en el inciso segundo del artículo 67 de la ley N°18.046, sobre Sociedades Anónimas, con una o más sociedades en actividades relacionadas con: a) Energía Geotérmica. Para estos efectos, podrán formular solicitudes de concesión, participar en licitaciones, prestar toda clase de servicios a los concesionarios para la ejecución de las labores de exploración y de explotación, y en general, desarrollar todas las actividades industriales y comerciales que tengan relación con la exploración y la explotación de esta energía. b) Generación de Energía Eléctrica. Para estos efectos, podrán producir, transportar y comercializar energía y potencia eléctrica, y en general, desarrollar todos los proyectos y actividades comerciales e industriales relacionadas o necesarias para ello. Las sociedades que se constituyan para ejecutar el objeto referido estarán sujetas a las normas que rigen a las sociedades anónimas y abiertas contempladas en la ley N°18.046. Para estos efectos, la Empresa deberá dar estricto cumplimiento a lo establecido en el artículo 3° del decreto ley N°1.056, de 1975, del Ministerio de Hacienda, que Determina Normas Complementarias Relativas a la Reducción del Gasto Público y al Mejor Ordenamiento y Control de Personal; a lo dispuesto en el artículo 11 de la ley N°18.196, Sobre Normas Complementarias de Administración Financiera, Personal y de Incidencia Presupuestaria, así como al artículo 44 del decreto ley N°1.263, de 1975, Orgánico de Administración Financiera del Estado. Corresponderá al Ministerio de Energía emitir un informe de evaluación económica y financiera de las iniciativas por desarrollar, sin perjuicio de que el Ministerio de Hacienda efectúe evaluaciones adicionales o las encargue a entidades nacionales o extranjeras, para efectos de fundamentar la viabilidad económica y financiera de dichas iniciativas. El informe del Ministerio de Energía será requisito para la autorización que el Ministerio de Hacienda pueda otorgar conforme al referido artículo 3° del decreto ley N°1.056, de 1975, cuando la participación social de ENAP y, o de sus filiales sea igual o superior al cincuenta por ciento. Asimismo, la Empresa y, o sus filiales podrán obtener, adquirir y explotar concesiones y servirse de las mercedes o derechos que obtenga. Además, la Empresa y, o sus filiales podrán realizar estudios y evaluaciones técnicas y comerciales, gestionar y obtener los permisos y autorizaciones requeridos para el desarrollo de proyectos de generación eléctrica con sus respectivas instalaciones de transmisión, así como el completo desarrollo de proyectos de generación eléctrica destinados a cumplir con el giro regulado en los incisos segundo y tercero de este artículo, actividades para lo que no se considerarán las limitaciones de la participación social, la obligación de someterse a las normas de las sociedades anónimas abiertas y los informes previos de los Ministerios de Energía y, o Hacienda”.

c) Televisión Nacional de Chile (TVN): Artículo 22, inciso 3°, Ley N° 19.132: “La empresa sólo podrá constituir o formar parte de sociedades cuyo objeto complementa su actividad y cuya existencia sea estrictamente necesaria para el debido desarrollo de las actividades de la Corporación”.

d) Empresas Portuarias: Artículo 7°, inciso 1°, Ley N° 19.542: “Las empresas podrán realizar su objeto directamente o a través de terceros. En este último caso, lo harán por medio del otorgamiento de concesiones portuarias, la celebración de contratos de arrendamiento o mediante la constitución con personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, de sociedades anónimas. Estas sociedades no podrán tener por objeto la administración o explotación de frentes de atraque, y, para todos los efectos legales posteriores a su constitución, se regirán por las normas aplicables a las sociedades anónimas abiertas”.

c) Sociedades ya constituidas o preexistentes, a las cuales el Estado o sus organismos (como la Corfo, empresas públicas u otras sociedades del Estado) se incorporan, mediante la adquisición de derechos o acciones.

2. En cuanto a la naturaleza jurídica de las sociedades del Estado, la doctrina no es pacífica.

Así, para el profesor Aróstica, las sociedades del Estado constituyen una persona jurídica de derecho privado, señalando que no contradice su carácter de sujeto de derecho privado la circunstancia de que el ente estatal autorizado para participar en una actividad empresarial, pueda ser accionista mayoritario de la empresa así formada, si se tiene en consideración lo dispuesto en el artículo 2.053 del Código Civil, el cual, luego de definir el contrato de sociedad, establece que esta “forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados”¹⁵⁸. Es decir, para el autor citado, la calidad de los socios es independiente de la naturaleza jurídica de la sociedad. Asimismo, para este profesor, como las sociedades del Estado “no han sido creadas directamente por la ley –cuya es la característica fundamental de las personas de derecho público, con arreglo al art. 62[65] inciso 4° N° 2 de la Constitución– por eso mismo el artículo 6 de la LOC 18.575 advierte que no forman parte de la Administración del Estado”¹⁵⁹.

De similar opinión es el profesor Zúñiga, para quien “las empresas privadas de propiedad parcial o relevante del Estado, [son] empresas de naturaleza jurídica privada”¹⁶⁰.

Por su parte, la Contraloría General de la República ha establecido, en diversos dictámenes, que en este tipo de sociedades, la participación del Estado no tiene el alcance de modificar su naturaleza jurídica, que es de derecho privado¹⁶¹.

Una opinión contraria tiene el profesor Fermandois. En efecto, comentando críticamente la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en un recurso de amparo económico interpuesto por la Asociación Nacional de la Prensa A.G. contra la Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A. –y en la cual el tribunal efectúa una distinción entre “empresas públicas” y “empresas privadas” del Estado–, Fermandois

¹⁵⁸ ARÓSTICA, 2001, op. cit., p. 113.

¹⁵⁹ *Ibíd.*

¹⁶⁰ ZÚÑIGA, op. cit., p. 367.

¹⁶¹ Así, por ejemplo, dictámenes N°s. 10.492 (1979), 8.622 (1994), 2.016 y 22.683 (ambos de 1996). Este último dictamen establece que “cualesquiera sean los términos cuantitativos en que se manifieste en dichas sociedades la actividad empresarial del Estado, la naturaleza jurídica de entes privados que ellos poseen no varía”.

rechaza la tesis de que estas últimas empresas sean fruto, no de una ley, sino que de un acuerdo de voluntades entre sus socios, por oposición a las empresas públicas “creadas por ley”. Por el contrario, “todas las empresas estatales, éstas y aquellas, nacen a la vida del derecho en virtud de una ley. [...]. Luego, las sociedades anónimas estatales también son parte de la Administración del Estado y están plena e irrevocablemente afectas al principio de legalidad que rige la actuación de los órganos del Estado. Esto lleva, por cierto, a aplicar una interpretación restrictiva para las expansiones empresariales del Estado, todo de acuerdo al principio de especialidad del giro de las empresas públicas. Cosa distinta es que, por disposición de la ley que la crea, se ordene la estructuración de la empresa pública bajo formas propias del derecho privado, como es la de una sociedad anónima. Se persigue con esto, normalmente, no extraer a la empresa del ámbito de la Administración, sino atribuirle una fiscalización rigurosa, propia del mercado económico privado, y dotarla de mayor flexibilidad empresarial. Pero en ningún caso abandona ella su naturaleza pública”¹⁶².

En similar sentido, el profesor Soto Kloss sostiene que: “La ley que autoriza *desarrollar* actividad empresarial al 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. Corfo y Fisco, para ‘proceder a la creación’ de un ente societario (una sociedad anónima) del cual serán sus socios. [...]. Se trata, pues, de una situación en que la ley establece el nombre del ente, su configuración jurídica societaria, sus socios, sus aportes en el capital social, su patrimonio, su actividad, su régimen jurídico, el régimen de sus empleados, sus activos y pasivos, la continuidad jurídica del ente anterior con este que le continúa y sucede en todas sus atribuciones, poderes y obligaciones, y, por último, dispone una ‘orden’ a los socios que especifica al efecto (dos personas jurídicas estatales, administrativas, integrantes de la Administración del Estado) para que concurren en una escritura pública para la ‘creación’/constitución de ese ente”¹⁶³. Más adelante, el profesor citado se pregunta si, después de lo referido, puede afirmarse sensatamente que tales sociedades anónimas del Estado no son creadas por ley, y si puede sostenerse

¹⁶² FERMANDOIS, 2001a, op. cit., pp. 182-183.

¹⁶³ SOTO Kloss, Eduardo. *Las sociedades del Estado*. Revista de Derecho Administrativo Económico (2), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2000a, p. 337. El énfasis es del original.

sensatamente que el continuador legal de un servicio público estatal, que le sucede en todos sus derechos y obligaciones, sea un sujeto particular, una entidad privada, en circunstancias que continúa realizando la misma actividad que el servicio público estatal y a quien se le ha traspasado incluso todo su patrimonio público estatal, preguntándose, finalmente, si acaso no sería ello flagrantemente inconstitucional, desde que tal actividad o función es intransferible¹⁶⁴.

A nuestro juicio, la naturaleza jurídica de las sociedades del Estado, es de carácter privado. En efecto, si dichas entidades se han organizado como sociedades (casi todas como sociedades anónimas), aunque estas se hayan constituido por mandato de una ley (siendo la ley, en consecuencia, el origen mediato o indirecto de este tipo de sociedades), no podemos sino llegar a esta conclusión, independiente de la naturaleza jurídica de sus socios o accionistas, pues, como ya se ha dicho, la nueva entidad que se constituye o a la cual se pasa a formar parte, es una persona jurídica distinta de sus socios individualmente considerados (artículo 2.053 del Código Civil). Una conclusión diferente implicaría alterar por parte del intérprete las normas jurídicas que regulan las sociedades, sin existir, respecto de las sociedades en que el Estado o sus organismos participan, disposición alguna que permita hacer excepción a las normas generales.

Pero, al mismo tiempo, no puede soslayarse la circunstancia de que las sociedades del Estado, de acuerdo a lo expuesto anteriormente, son entidades en las que el Estado o sus organismos tienen participación y que, por lo tanto, les afectan plenamente los preceptos constitucionales que regulan su actividad, entre ellos, el artículo 19 N° 21, inciso 2° de la Constitución, con todas sus consecuencias, entre las cuales podemos destacar dos: (a) por una parte, dichas sociedades estatales están sometidas a una serie de disposiciones de derecho público, que no constituyen “excepciones” al régimen legal común aplicable a los particulares, pues estas disposiciones se les aplican no en cuanto entidades que realizan actividades empresariales, sino que en cuanto organismos del Estado; y (b) por la otra, estas sociedades, aun cuando sean de derecho privado, no dejan de ser organismos del Estado y, por lo tanto, no gozan de una autonomía tal que les permita decidir o acordar, por sí, la realización de otras actividades empresariales, distintas a las expresamente autorizadas por la ley de quórum calificado que permitió la participación estatal y su incorporación al

¹⁶⁴ Id., pp. 337 y 339.

mercado (es decir, ampliar el giro u objeto de la sociedad); por el contrario, solo pueden actuar dentro del giro específicamente autorizado por la ley.

Es decir, mientras el Estado o sus organismos participen en estas sociedades, estas seguirán rigiéndose, entre otras, por las disposiciones del artículo 19 N° 21, inciso 2° de la Constitución, en general, y por las leyes de quórum calificado que permitieron su participación, en particular (además de la normativa que regule la respectiva actividad económica). En este sentido, discrepamos de lo afirmado en el dictamen N° 22.683 (1996), de la Contraloría General de la República, según el cual las sociedades privadas en que el Estado participa, se rigen por normas jurídicas orientadas por el principio de autonomía de la voluntad, en oposición al principio de legalidad que rige a los órganos estatales¹⁶⁵. Tampoco estamos de acuerdo con la sentencia que –citando y siguiendo el razonamiento, precisamente, del dictamen antes referido– estableció que: “Por no integrar estas entidades la Administración del Estado, no les son aplicables las normas de los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, que sirven de marco al principio de legalidad de Derecho Público, sino su principio contrapuesto, cual es el de autonomía de la voluntad, inherente al sector privado”¹⁶⁶.

La autonomía privada –también, e impropriamente, llamada “autonomía de la voluntad”, como lo hacen el dictamen y la sentencia citados–, ha sido definida como “el

¹⁶⁵ En efecto, en uno de sus párrafos, el dictamen citado señala: “Radicalmente diversa [en relación con los órganos del Estado, entre los cuales están las empresas públicas creadas por ley] es la situación de los entes de naturaleza jurídica privada, que se rigen por la preceptiva común aplicable a los particulares, cual es el caso de las sociedades anónimas en que el Estado tiene participación. Las normas jurídicas propias de esa preceptiva están orientadas por un principio del todo contrapuesto, cual es el de autonomía de la voluntad, en virtud del cual está permitido realizar todo aquello que la ley no prohíbe de manera expresa [...]”.

En esta parte del dictamen, como vemos, se da a entender que solo las sociedades en que el Estado participa se rigen por la “preceptiva común aplicable a los particulares”, derivándose de ello que estas sociedades están orientadas por el principio de autonomía de la voluntad. Sin embargo, la situación es distinta. En efecto, tanto las empresas públicas como las sociedades del Estado, y, en general, toda entidad estatal que desarrolle o participe en actividades empresariales, por expreso mandato constitucional, se someterán, en el ejercicio de las respectivas actividades, a la legislación común aplicable a los particulares, legislación tanto de derecho privado como de derecho público. No es solo en las entidades empresariales de derecho privado en que el Estado participa, en las que recae este mandato. En consecuencia, afirmar que los entes empresariales de naturaleza jurídica privada en que el Estado participa, se regirían por el principio de autonomía de la voluntad, porque a estas entidades les sería aplicable la legislación común que rige a los particulares, no es jurídicamente válido, pues constituye una interpretación que se sustenta en una distinción que ni el constituyente ni el legislador han efectuado.

¹⁶⁶ “Asociación Nacional de la Prensa A.G. con Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.” (recurso de amparo económico-rechazado), Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 4.538-1999, considerando 7°. En: RDJ (97), 2ª parte, sección 5ª, pp. 8-19. Revocada por la Corte Suprema, la que eliminó, entre otros, el citado considerando 7°.

poder de disposición no vinculado al deber jurídico de perseguir una finalidad determinada por otro”¹⁶⁷. Este es un poder propio o inherente a las personas privadas o particulares, para la obtención de sus finalidades, no siendo predicable del Estado. Como bien señala Ferri: “El campo donde actúa la autonomía privada es justamente el de los intereses privados, y los intereses privados vienen determinados por vía de exclusión: son todos aquellos intereses cuya tutela no asume por sí, ni impone a otros el Estado”¹⁶⁸. Por lo tanto, no puede concluirse que las sociedades del Estado, al ser de derecho privado, están dotadas de autonomía para realizar todo aquello que la ley no prohíbe de manera expresa. Un razonamiento así, además de contravenir el principio de legalidad al que todos los organismos del Estado están sujetos (artículos 6º y 7º de la Constitución) –y cabe recordar que las sociedades del Estado son organismos del Estado, no obstante no ser parte de su Administración–, desmoronaría los fundamentos constitucionales en que se sustenta la excepcionalidad y limitación de la actividad empresarial del Estado, generándose eventualmente el riesgo de que el Estado o sus organismos extendieran, a través de estas sociedades, la esfera de su acción empresarial y su poder de mercado, más allá de lo constitucional y legalmente autorizado.

3. En lo que dice relación con el objeto de las sociedades del Estado, cabe señalar que este en caso alguno puede consistir en la satisfacción de las llamadas necesidades públicas, por cuanto tal cometido solo puede ser realizado por los órganos de la Administración del Estado (artículo 3º, inciso 1º, de la Ley N° 18.575) y no por una entidad de derecho privado.

La doctrina uniforme de la Contraloría General de la República, ha establecido al respecto que estas sociedades en caso alguno pueden tener por objeto el cumplimiento de las funciones propias (funciones públicas) que la ley ha radicado en los sujetos estatales de derecho público que concurren a su constitución. Ello debido a que las funciones y atribuciones de tales entes públicos, son materia de ley (artículo 63 N° 14, en relación con el artículo 65, inciso 4º, N° 2, ambos de la Constitución), y solo por ley puede alterarse su competencia. Por lo tanto, estas convenciones (contratos de sociedad) solo pueden

¹⁶⁷ FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. En: VALDÉS, 2006, op. cit., p. 100.

¹⁶⁸ FERRI, op. cit., p. 12. En: VALDÉS, 2006, op. cit., p. 118.

involucrar la ejecución de actividades complementarias o de apoyo a las funciones propias del organismo público concurrente¹⁶⁹.

La misma idea se expresa en una sentencia del Tribunal Constitucional, relativa al entonces proyecto de Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (Ley N° 18.695), en la que se declara que la traslación, en forma amplia, de las funciones que son propias de un organismo estatal a una entidad privada que aquel puede constituir, infringe el ordenamiento jurídico¹⁷⁰.

El profesor Valdés, por su parte –luego de afirmar igualmente que las sociedades del Estado no tienen por finalidad la satisfacción de una necesidad pública–, señala: “Surge, entonces, la pregunta acerca del sentido y justificación de la participación estatal en estas sociedades privadas. Al respecto, cabe advertir que el Estado no puede transferir una función pública a una sociedad privada sin la intervención de una ley que así lo establezca, lo que en estos casos no ocurre porque la ley de quórum calificado sólo autoriza al Estado a participar en estas sociedades, mas no a convertirlas en organismos estatales¹⁷¹. Para que esto último tuviese lugar sería necesario reconvertir una sociedad privada en una empresa pública por la vía de una ley de quórum calificado y dando, por cierto, cabal cumplimiento a las garantías constitucionales aplicables. Parecería que la única justificación de una participación estatal en estas sociedades privadas emanaría del hecho de que éstas desarrollen funciones complementarias o de apoyo a los fines propios y públicos del Estado, lo cual en nuestra opinión deberá ser tratado expresamente por la respectiva ley autorizante de quórum calificado, so pena de violar el principio de subsidiariedad”¹⁷²⁻¹⁷³⁻¹⁷⁴.

¹⁶⁹ Así, por ejemplo, dictámenes N°s. 25.987 (1990), 6.724 y 15.225 (ambos de 1995).

¹⁷⁰ Sentencia Rol N° 50-1987, considerandos 23° y 24°. En: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. *Jurisprudencia constitucional. Tomos I y II. Sentencias pronunciadas entre 1981 y 1992. Roles N° 1-150* [en línea]. Santiago, Chile, 2014, p. 333 [fecha de consulta: 03 de noviembre de 2014]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/wp-content/uploads/Tomos-I-II-para-web.pdf>

¹⁷¹ Creemos entender que cuando el profesor Valdés habla de “organismos estatales”, se refiere a “organismos públicos”, integrantes de la Administración del Estado, que son los organismos que, conforme a la ley, pueden satisfacer necesidades públicas.

¹⁷² VALDÉS, 2006, op. cit., p. 117.

¹⁷³ Con todo, hay quienes sostienen que las sociedades del Estado, al igual que las empresas y organismos públicos, también tienen por objeto satisfacer una necesidad o fin de interés público. En tal sentido, LATORRE, op. cit., pp. 228-231.

¹⁷⁴ La prohibición de que las sociedades del Estado cumplan las funciones propias de los organismos públicos que en ellas participan, en caso alguno puede entenderse infringida en la situación que se presenta en los llamados “contratos de concesión de servicio público”.

En efecto, estos contratos administrativos consisten en un acuerdo de voluntades entre, por una parte, un organismo público integrante de la Administración del Estado (concedente) y, por la otra, una determinada

Excepcionalmente, el propio legislador puede permitir, en forma expresa, que las funciones propias de una empresa pública, sean cumplidas por esta directamente o en conjunto con terceros, mediante sociedades u otras formas jurídicas convencionales¹⁷⁵.

Se señalaba precedentemente, citando jurisprudencia y doctrina, que las sociedades en que el Estado y sus organismos participan, solo pueden cumplir actividades complementarias o de apoyo a las funciones del o los organismos públicos participantes en ellas. Por lo tanto, y considerando la excepcionalidad que constitucionalmente tiene el Estado empresario, tales actividades deben tener directa relación con las funciones propias de esos organismos públicos. De lo contrario, se vulneraría el ordenamiento jurídico, al incursionar las referidas sociedades en actividades empresariales ajenas a las funciones propias de las entidades públicas que hayan concurrido a su formación¹⁷⁶.

persona privada, natural o jurídica (concesionario), cuyo objeto consiste en que el concedente transfiere al concesionario la ejecución de las prestaciones necesarias para la satisfacción de una necesidad pública. En estos casos, una ley debe previamente autorizar al organismo público para concurrir al respectivo contrato. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 37 del D.F.L. N° 1, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575: “Los servicios públicos podrán encomendar la ejecución de acciones y entregar la administración de establecimientos o bienes de su propiedad, a las Municipalidades o a entidades de derecho privado, previa autorización otorgada por ley y mediante la celebración de contratos, en los cuales deberá asegurarse el cumplimiento de los objetivos del servicio y el debido resguardo del patrimonio del Estado”.

Sin embargo, cabe precisar, por una parte, que los contratos de concesión de servicio público nunca podrán implicar una sustitución completa del organismo público concedente, ya que el concesionario no puede asumir todas las funciones ejercidas por aquel, sino solo la realización de acciones específicas, previamente determinadas y por un tiempo determinado, al término del cual las respectivas funciones retornan a su titular. Por otra parte, es importante destacar que los referidos contratos solo tienen cabida cuando la Administración del Estado es titular en la prestación del servicio respectivo.

Al respecto, véase ARÓSTICA Maldonado, Iván. *Transferencia de funciones estatales al sector privado en tres contratos administrativos: concesión de servicio público, externalización y sociedad*. Revista de Derecho Público (55-56), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1994, pp. 143-160.

¹⁷⁵ Al respecto, cf. los ejemplos citados en *supra*, nota 157.

¹⁷⁶ En el mismo sentido, Latorre sostiene que “del análisis tanto de las disposiciones constitucionales que rigen la actividad empresarial del Estado, así como de los límites impuestos a algunas empresas y órganos estatales en sus leyes orgánicas que les permiten constituir sociedades con terceros, surgen las dos siguientes restricciones que deben considerarse respecto del giro o actividad que puede realizar una sociedad estatal y que deben obrar como condiciones esenciales para resolver la procedencia o improcedencia jurídica de constituir las: i) La primera de ellas está representada por el propio giro de la empresa u órgano del Estado. La sociedad estatal no puede desarrollar ninguna actividad que exceda el giro de la empresa u órgano estatal o dicho de una forma más amplia, la actividad empresarial autorizada por la respectiva ley de quórum calificado. De esta forma se resguarda la observancia de la habilitación legal a que se refiere el artículo 19 N° 21 CPR. y de paso se asegura el respeto del principio de subsidiariedad contemplado en el artículo 1 CPR. ii) La segunda, por su parte, consiste en la improcedencia que la sociedad estatal lleve a cabo las mismas actividades empresariales autorizadas realizar por el órgano estatal o aquellas que formen parte de la función o giro principal confiado por la ley a la empresa u órgano del Estado. Esto significa que la empresa u órgano estatal no puede traspasar los cometidos legales que constituyan actividades esenciales de su giro o función. Si así fuese, se estaría alterando el marco legal establecido en su ley orgánica y, específicamente, modificando la asignación de funciones efectuada por el legislador, mediante el traslado de ellas desde su propia

Asumida la prohibición general que tienen las sociedades del Estado de ejercer las funciones públicas que cumplen los órganos que las integran, surge una pregunta, respecto de una clase de sociedad del Estado, las sociedades derivadas de empresas o servicios públicos: ¿se estará vulnerando esta prohibición, cuando las sociedades constituidas como las continuadoras legales de empresas o de servicios públicos que desarrollaban, como función propia, una actividad empresarial, realizan esa misma actividad y no, precisamente, actividades “complementarias o de apoyo”? La actividad empresarial en la que participan, por ejemplo, la Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A. o la Casa de Moneda de Chile S.A. –sociedades del Estado–, ¿no es, acaso, la misma que desarrollaban, respectivamente, la Dirección General de Metro o la Casa de Moneda de Chile, ambos servicios públicos? ¿Estamos, en consecuencia, ante a una infracción del ordenamiento jurídico?

No consideramos que en estos casos se haya vulnerado el ordenamiento jurídico, es decir, que una entidad privada esté cumpliendo una función pública. En efecto, en las sociedades mencionadas en el ejemplo, y, en general, en todas las sociedades del Estado derivadas de una empresa o un servicio públicos, estamos ante casos en que –como ya fuera explicado anteriormente– una ley de quórum calificado, por una parte, autoriza al Estado para desarrollar determinadas actividades empresariales, ordenando para estos efectos la constitución de una sociedad de derecho privado, y, por la otra, suprime la respectiva empresa o servicio público, disponiendo que la sociedad será la continuadora legal de la entidad pública suprimida. Al ser su continuadora legal, la sociedad sucede al organismo público suprimido en todos sus derechos y obligaciones y en todas sus funciones. En consecuencia, es la propia ley la que ordena el traspaso del desarrollo de actividades empresariales desde una empresa o un servicio públicos (que las desarrollaban en cumplimiento de una función propia, para satisfacer una necesidad pública) a una sociedad de derecho privado.

Ahora bien, ¿cuál es la consecuencia jurídica de lo anterior, es decir, de que la misma actividad empresarial que antes desarrollaba una empresa o un servicio públicos, sea

organización a una diferente que no fue considerada por la ley. Precisamente para evitar que lo anterior acontezca, toda sociedad estatal que sea creada sólo puede desarrollar actividades complementarias, esto es, secundarias o accesorias, a la actividad o giro principal establecido por la ley para la empresa u órgano del Estado que le haya dado existencia jurídica”. LATORRE, op. cit., pp. 233-234.

en adelante realizada, por disposición de la ley, por una sociedad privada? A nuestro juicio, la consecuencia que se deriva de ello, es que la propia ley ha determinado que el desarrollo de la respectiva actividad empresarial, ya no constituye una función pública destinada a satisfacer una necesidad de la misma naturaleza, sino que es una actividad privada. Se ha producido, entonces, como señala un autor, la derogación tácita de la *publicatio praevia* en virtud de la cual se creó una empresa o un servicio públicos, como modo de satisfacer una necesidad pública¹⁷⁷.

4. En cuanto al régimen jurídico aplicable a las sociedades del Estado, en los párrafos 4.4 y siguientes nos referiremos a esa materia.

4.1.3. El Sistema de Empresas (SEP)

La dirección y administración de las empresas públicas y de las sociedades del Estado, corresponde a las personas y órganos establecidos, respectivamente, en las leyes que las crearon, tratándose de las empresas públicas, y en la legislación general –según la forma jurídica que adopten, normalmente sociedad anónima–, en el caso de las sociedades del Estado.

Estas personas y órganos (Directores, Directorios, Consejos Directivos, etc.), ejercen sus funciones con autonomía, sin perjuicio de las atribuciones que el Estado, como dueño de la totalidad o de parte de la respectiva empresa, pueda ejercer al respecto. Considerando esto último, en este párrafo nos referiremos, precisamente, a la representación de los derechos que el Estado o sus organismos tienen en las empresas públicas y en las sociedades del Estado.

En este sentido, tanto la representación de los derechos del Estado en determinadas empresas estatales, como asimismo el control de su gestión, están a cargo del llamado Sistema de Empresas (SEP) –también llamado “Comité SEP”–, un Comité creado por el Consejo de la Corporación de Fomento de la Producción (Corfo), en uso de la atribución establecida en el artículo 7º, inciso 3º, del Decreto con Fuerza de Ley N° 211, de 1960, de

¹⁷⁷ Cf. ARÓSTICA Maldonado, Iván. *¿Qué es “privatizar”? (una aproximación jurídica)*. Revista de Derecho Público (57-58), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1995, pp. 246-247.

Hacienda, que “Fija normas por que se regirá la Corporación de Fomento de la Producción”¹⁷⁸.

El Sistema de Empresas fue creado por el acuerdo de Consejo N° 1.879, de 1997 (en ese entonces, bajo el nombre de “Sistema Administrador de Empresas-SAE”), y puesto en ejecución mediante la Resolución (A) N° 18, de 1997, del Vicepresidente Ejecutivo de la Corporación de Fomento de la Producción, cuyo texto coordinado, actualizado y refundido se encuentra contenido en la Resolución (A) N° 381, de 2012, del Vicepresidente Ejecutivo de la Corfo¹⁷⁹.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1° de la Resolución (A) N° 381, de 2012, el Sistema de Empresas será dirigido y administrado por un Consejo Directivo, en el que se delegan las siguientes funciones:

“a) La administración y representación de los derechos, acciones y cuotas que tenga o le correspondan a la Corporación de Fomento de la Producción, en sociedades, para lo cual podrá efectuar, además de otras atribuciones de las que se da cuenta en esta resolución, la designación y remoción de los representantes de CORFO en las juntas de accionistas y en las reuniones o asambleas de socios en las sociedades en las cuales explícitamente se le haya encargado la actuación. [...]”.

“b) La administración y preparación de la venta de los bienes muebles e inmuebles, corporales e incorporeales de propiedad de la Corporación, cuya enajenación sea resuelta por el Consejo de CORFO o la preparación de la venta de acciones o derechos de la Corporación, en aquellas sociedades que el Consejo de CORFO apruebe vender en el futuro cuando el Vicepresidente Ejecutivo, expresa y excepcionalmente, encomiende dichas funciones al Comité”.

“c) La facultad de servir al Estado de organismo técnico asesor en los términos que consulta el artículo 6°, letra a) del DFL N° 211, de 1960, con relación al control de

¹⁷⁸ El artículo 7°, inciso 3°, del DFL N° 211, de 1960, dispone: “El Consejo podrá, asimismo, delegar en el Vicepresidente Ejecutivo, y a petición de éste, en otros funcionarios de la Institución o en Comités cuyos miembros podrán tener la calidad de Consejeros, de funcionarios de la Corporación o de personas extrañas a ella, que el propio Consejo designará, el conocimiento y resolución de materias determinadas”.

¹⁷⁹ La Resolución (A) N° 381, de 2012, está disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1044122&buscar=resoluci%C3%B3n+381+2012>

gestión de las empresas del sector estatal que se relacionen con el Gobierno a través de los distintos Ministerios, incluyendo la facultad de proponer las personas que deban integrar los diversos Consejos o Directorios de tales empresas, siempre que el Comité sea expresamente requerido para prestar esa asesoría técnica y/o proposición por el Presidente de la República y/o los respectivos Ministros, según corresponda”.

“d) La facultad de designar a los Directores o Consejeros y a los Presidentes y Vicepresidentes, según corresponda, y/o removerlos, en la Empresa de Correos de Chile, en la Empresa de Abastecimiento de Zonas Aisladas, en la Empresa de los Ferrocarriles del Estado y en las diez empresas portuarias estatales; y todo ello, en la forma y condiciones que establecen, respectivamente, los DFL N°s. 22, del Ministerio de Hacienda y Transportes y Telecomunicaciones; 23, del Ministerio de Hacienda y Economía, Fomento y Reconstrucción; 24 del Ministerio de Hacienda y de Transportes y Telecomunicaciones, y 25 del Ministerio de Hacienda y de Transportes y Telecomunicaciones, todos de fecha 5 de mayo de 2003 [...]”.

“Además, a este Comité, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2° de la ley N° 19.847, le corresponde suscribir un convenio de programación, en los términos que contempla dicho artículo, con las empresas del Estado, incluidas las entidades a que se refiere el artículo 11 de la ley N° 18.196, que hayan obtenido la garantía del Estado, y entregar en el mes de mayo de cada año al Presidente de la República y al Congreso Nacional un informe de gestión del año precedente, que incluya el desempeño económico y financiero de todas las empresas a las cuales presta asesoría técnica y, en el caso de aquellas empresas sujetas a convenios de programación, una evaluación específica de su grado de cumplimiento”.

El referido Consejo Directivo “estará integrado por los siguientes nueve miembros: a) Tres designados por el Presidente de la República, uno de los cuales vendrá nominado como Presidente del Comité. b) Dos designados por el Ministerio de Hacienda. c) Uno designado por el Ministro de Economía, Fomento y Turismo. d) Tres designados por el Vicepresidente Ejecutivo de la Corporación de Fomento de la Producción, de los cuales dos de ellos podrán ser propuestos, uno por el Ministro de Minería y el otro por el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones” (artículo 2°, letra A), de la Resolución).

Por su parte, el artículo 3° de la Resolución señala que para cumplir con sus fines, el Consejo Directivo tendrá las facultades que en dicho precepto se indican.

Por último, el artículo 18 establece que:

“Las acciones y derechos que en este acto se le encargan en administración al Comité son los que la Corporación posee en las sociedades que a continuación se indican:

EMPRESAS SANITARIAS

1. Empresa Concesionaria de Servicios Sanitarios S.A. - Econssa Chile S.A. (filial)
2. Empresa de Servicios Sanitarios Lago Peñuelas S.A. (filial)
3. Aguas Andinas S.A.
4. Esval S.A.
5. Essbío S.A.
6. Empresa de Servicios Sanitarios de Los Lagos S.A. - Essal.

EMPRESAS DE TRANSPORTES

Empresa de Transporte de Pasajeros S.A. - Metro S.A.

EMPRESAS DE SERVICIOS

1. Zona Franca de Iquique S.A. - Zofri S.A. (filial)
2. Polla Chilena de Beneficencia S.A. - Polla S.A.
3. Casa de Moneda de Chile S.A. - Casamoneda S.A.
4. Comercializadora de Trigo S.A. - Cotrisa
5. Sociedad Agrícola Sacor SpA - Sacor SpA¹⁸⁰
6. Agrícola y Servicios Isla de Pascua Limitada - Sasipa Ltda.¹⁸¹

EMPRESAS PRODUCTIVAS

1. Empresa Nacional del Carbón S.A. - Enacar S.A.¹⁸²
2. Enap Refinerías S.A. - ERSa (filial ENAP)”.

¹⁸⁰ A mayo de 2016, en proceso de liquidación. Fuente: <<http://www.sacor.cl/marco.htm>> [fecha de consulta: 14 de mayo de 2016].

¹⁸¹ En diciembre de 2012, esta empresa se transformó en sociedad por acciones (SpA). Fuente: <<http://www.contraloria.cl>> [fecha de consulta: 15 de noviembre de 2014].

¹⁸² A mayo de 2016, en proceso de liquidación. Fuente: <<http://www.enacar.cl/>> [fecha de consulta: 14 de mayo de 2016].

El Sistema de Empresas ha sido calificado de frágil¹⁸³ y como un Comité al cual “le resulta difícil asumir esta tarea” –ejercer el rol empresarial del Estado en aquellas empresas bajo su tuición y velar por la gestión eficiente y transparente de las empresas que administra– “en forma eficiente debido a, entre otras, restricciones de diseño institucional”¹⁸⁴.

Con respecto a esta última objeción, en el mensaje recién citado se señala: “Como primera consideración, este comité no goza del aporte de miembros independientes del Poder Ejecutivo, que eleven la legitimación política ciudadana de sus decisiones por encima del respaldo provisto por el Gobierno. En segundo lugar, no cuenta con un marco normativo o institucional adecuado para llevar adelante las funciones que por la vía administrativa se le han ido asignando. Por ejemplo, en la actualidad no existe una normativa que establezca claramente cuáles son los deberes, obligaciones y, sobre todo, las responsabilidades de los miembros del Comité CORFO encargado de representar al Estado en su rol empresarial. Por su parte, no se encuentran establecidos los mecanismos o procedimientos a través de los cuales el Estado, como controlador o accionista mayoritario, determina y define las políticas y cuestiones estratégicas de cada empresa. Si no existe el mecanismo formal, no puede exigirse que estas definiciones sean públicas y transparentes. De este modo, puede concluirse que las reformas que se han introducido para mejorar la gestión de las empresas públicas, como los avances en materia de transparencia, de control de gestión y del desempeño de la administración de estas empresas son aún insuficientes”¹⁸⁵⁻¹⁸⁶.

¹⁸³ Cf. ZÚÑIGA, op. cit., p. 364. Este autor, en efecto, habla de la “fragilidad de la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO) y su comité asesor, el Sistema Administrador de Empresas (SAE)” –hoy Sistema de Empresas, SEP–, señalando que ambas entidades “se han configurado de hecho como ‘matriz’ de un ‘holding’ de Estado Empresario”.

¹⁸⁴ *Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que introduce perfeccionamientos en los regímenes de gobierno corporativo de las empresas del Estado y de aquéllas en que éste tenga participación*, op. cit., p. 7.

¹⁸⁵ *Ibíd.*

¹⁸⁶ En el mensaje, se citan una serie de recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE, en materia de administración y gestión de empresas públicas, recogidas en las “Guías de Gobiernos Corporativos para Empresas Públicas”, del año 2005. Así, el mensaje señala: “En lo que se refiere a las instancias de administración u órganos de gobierno de las empresas públicas, los lineamientos de la OECD recomiendan respetar la independencia de los directorios o cuerpos de administración de éstas; profesionalizarlos y establecer procesos estructurados y transparentes de designación de directores, junto con establecer los incentivos adecuados con miras a que ellos persigan el mejor interés de la compañía, haciendo asimismo que sea atractivo, para profesionales calificados, el integrarlos. Pero junto con ello, las guías son claras en determinar que es precisamente en el directorio en quien debe recaer la responsabilidad por la

Por ello, el proyecto de ley propone transformar el actual Comité Sistema de Empresas, en el Sistema de Empresas Públicas, “un servicio público descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo”, cuyo objeto “será velar porque la gestión de las Empresas del Estado, de las Empresas con Participación Estatal, y de las Filiales y Coligadas de éstas, sea eficiente y eficaz en atención a sus objetivos legal y estatutariamente establecidos y siempre con respeto y dentro de los límites del giro específico permitido por el legislador, y de lo establecido en la legislación y normativa vigente aplicable al sector en que se desenvuelven las empresas en cuestión” (artículo 4º, incisos 1º y 2º, del proyecto)¹⁸⁷⁻¹⁸⁸.

En la estructura de este servicio, el proyecto establece un Consejo Superior de Empresas Públicas (artículo 5º)¹⁸⁹, cuyas potestades, funciones y deberes se indican en el artículo 20. Entre estas atribuciones, cabe destacar –por su novedad en el régimen normativo chileno relativo a la actividad empresarial del Estado–, la contemplada en la letra d) del citado artículo: “En cumplimiento de su objeto, corresponderán al Consejo SEP las siguientes potestades, funciones y deberes: d) Elaborar un informe técnico, a lo menos cada tres años, sobre el cumplimiento por parte del Estado, en lo que a su actividad empresarial se refiere, del principio de subsidiariedad y de especialidad del giro empresarial estatal, respecto de cada una de las Empresas del Estado, de las Empresas con Participación Estatal Controladora y de sus Filiales”¹⁹⁰.

gestión de la empresa, por lo que conviene dotarlos de un catálogo claro de deberes y obligaciones, para lo cual es imprescindible que cuenten con mandatos claros para implementar la estrategia de cada empresa”. Id., pp. 5-6.

¹⁸⁷ Id., p. 20.

¹⁸⁸ Cabe hacer presente que, en cuanto al ámbito de aplicación del proyecto planteado, el mensaje indica lo siguiente: “El proyecto de ley propone que las normas establecidas en esta iniciativa legal se aplicarán a todas las empresas creadas por ley y a todas las empresas en las que el Estado participe o llegue a participar en el futuro. Se excluye del ámbito de aplicación de esta ley únicamente a Televisión Nacional de Chile –empresa que se rige por una ley orgánica con normas similares a la ley de sociedades anónimas y con un directorio de consenso nacional–, a CODELCO –que se rige por una ley especial recientemente aprobada que introdujo perfeccionamientos a su gobierno corporativo– y a Banco del Estado, en atención a su carácter estratégico y a que su gobierno corporativo incluye un órgano interno no asimilable a los observables en las demás empresas públicas y cuya existencia ha resultado fundamental para el adecuado funcionamiento de dicha institución. Respecto de las empresas ligadas a la Defensa Nacional, ENAMI y ENAP, en atención a su carácter estratégico, se estima que resulta conveniente abordar su tratamiento con criterios semejantes a los enunciados en esta ley, mediante una legislación especial que permita un análisis de la situación integral de dichas entidades”. Id., pp. 16-17.

¹⁸⁹ Id., p. 21.

¹⁹⁰ Id., p. 29

4.2. “...podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas...”

4.2.1. Concepto de actividad empresarial

El artículo 19 N° 21, inciso 2° de la Constitución, tampoco define lo que debe entenderse por “actividades empresariales”, por lo que, igualmente en este caso, han sido la doctrina y la jurisprudencia las que han señalado el sentido de la expresión.

Al respecto, el profesor Precht señala que “[e]l concepto de ‘actividad empresarial’ ha sido en derecho comparado objeto de un abundante trabajo doctrinal y jurisprudencial”¹⁹¹. Precisamente sobre la base del Derecho comparado, el profesor citado distingue los siguientes elementos de la empresa: “1) la existencia de un organismo determinado y unitario; 2) una cierta permanencia, una cierta duración (nuestro concepto de la habitualidad); 3) posibilidad de realizar un beneficio; 4) actividad económica: producción, intercambio, circulación de bienes o servicios; 5) relación con una clientela, un mercado; 6) sujeto de derecho, persona física o moral; 7) dirección autónoma; 8) contabilidad propia”¹⁹²; agregando más adelante que, a su juicio, “es necesario dejar libres al juez y al órgano de control competente el determinar caso a caso si se realiza o no actividad empresarial”¹⁹³.

Por su parte, el profesor Pierry, citando igualmente doctrina comparada, indica que “Miguel Sánchez Morón [...] señala que la empresa pública realiza actividad económica [empresarial] cuando ésta ‘está orientada a la producción de bienes y servicios destinados a ser vendidos en el mercado’. Este concepto no excluye a las empresas que no persigan fines de lucro ya que lo importante para una empresa no es el afán de lucro sino la ‘maximización de sus resultados, disponiendo con criterios de economicidad de sus medios para la obtención de los fines propuestos’. Otros autores ven en cambio ‘en la obtención de lucros y en la asunción inherente de riesgos, caracteres válidos para la empresa pública’”¹⁹⁴.

¹⁹¹ PRECHT, op. cit., p. 131.

¹⁹² *Ibíd.*

¹⁹³ *Id.*, p. 132.

¹⁹⁴ PIERRY, Arrau, Pedro. *Algunos aspectos de la actividad empresarial del Estado*. Revista de Derecho (9), Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1985, pp. 267-268.

Para el profesor Aróstica, en tanto, caben dentro de la expresión “actividades empresariales” a que se refiere la disposición en estudio, “todos los actos de comercio que se concreten en la producción de bienes y/o prestación de servicios a cambio de una retribución pecuniaria, siendo indiferente de quién emanen tales actos (si de un organismo público integrante del Estado o de una entidad privada en que éste tiene participación o representación)”¹⁹⁵.

Por otro lado, y como antecedente meramente histórico, cabe indicar que el frustrado proyecto de ley que regulaba la actividad empresarial del Estado y sus organismos (discutido por la entonces Junta de Gobierno, entre 1989 y 1990) –el cual hemos citado precedentemente, *supra* nota 134–, disponía, en su artículo 1º, inciso 1º, que: “Para los efectos de toda legislación sobre actividad empresarial del Estado o de sus organismos, se entiende que el concepto de actividad empresarial del Estado o de sus organismos comprende la acción económica destinada a la producción o comercialización de determinados bienes y servicios, para ser transados en el mercado o traspasados a terceros en dominio o a otro título”¹⁹⁶.

Considerando todo lo anteriormente expuesto, es posible conceptualizar la actividad empresarial como aquella actividad que comprende la ejecución de actos de comercio que tengan por objeto la producción, distribución o comercialización de bienes y servicios en el mercado, a cambio de una contraprestación pecuniaria.

4.2.2. Actividad empresarial y fin de lucro

Conceptualizada la actividad empresarial, cabe preguntarse si el fin de lucro es un elemento esencial de ella. En otras palabras, debemos preguntarnos si el carácter

¹⁹⁵ ARÓSTICA, 2001, op. cit., p. 151.

¹⁹⁶ Proyecto de ley que “Regula la actividad y participación productiva del Estado y sus organismos”. En: VARAS, op. cit., pp. 47-48.

Con anterioridad al proyecto citado, el año 1986 se había elaborado un anteproyecto de ley interpretativa del artículo 19 N° 21, inciso 2° de la Constitución (y que tampoco se concretó finalmente), el cual, en el artículo 1º, letra b), definía la “actividad empresarial del Estado” en términos prácticamente iguales, como “la acción económica destinada a la producción o comercialización de determinados bienes y servicios, para ser transados en el mercado”. (Véase *Texto del anteproyecto original de ley interpretativa sobre el artículo 19 N° 21 de la Constitución*. En: Revista Chilena de Derecho 14(1), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1987, pp. 199-201).

empresarial de esta clase de actividades, está definido, precisamente, por la finalidad de lucro que persiga el que la desarrolle, cuestión que es particularmente relevante cuando los que desarrollan o participan en actividades empresariales son el Estado y sus organismos.

Al respecto, la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores no es uniforme, aunque existe una tendencia a considerar que una actividad empresarial está definida por la finalidad de lucro. Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago ha declarado: “Que, desde el punto de vista expuesto, la construcción de la infraestructura para el funcionamiento de un terminal pesquero que sirva a necesidades urgentes y prioritarias de la Región Metropolitana, empleando en ello, fundamentalmente, una donación procedente de acuerdos de cooperación internacional celebrados hace largo tiempo, confiando la realización de la tarea a una fundación sin fines de lucro, todo ello sin perseguir ganancias económicas de especie alguna, y disponiéndose luego a licitar la operación y administración del referido terminal a particulares, no constituye desarrollo de, ni participación en, una actividad empresarial en los términos a que se refiere el artículo 19 N° 21, inciso segundo de la Constitución Política. Por el contrario, se trata del cumplimiento de finalidades sociales que son características de los entes públicos”¹⁹⁷.

En el mismo sentido, en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso se resolvió: “Que, lo prohibido por el artículo 19 N° 21, inciso 2° de la Constitución Política de la República, al Estado y sus órganos, es la realización de cualquier actividad de orden empresarial, y lo que caracteriza a esta actividad, en esencia, es su finalidad de lucro o ganancia, rasgos éstos que no aparecen nítidos en la gestión de salud pública que pretende efectuar la Clínica Veterinaria construida por la I. Municipalidad de Limache, la cual tiene por objeto precaver enfermedades que afecten la salud pública de la comuna por la abundancia de perros vagos, para cuyo efecto se pretende esterilizar las hembras, y no llegar a la eliminación de tales animales, acto éste que se repugna a la sensibilidad de gran parte de la comunidad”¹⁹⁸.

¹⁹⁷ “Mersa S.A. con Subsecretario de Pesca, Serviu Metropolitano y Alcalde de la Municipalidad de Santiago” (recurso de amparo económico-rechazado), Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2.798-1995, considerando 6°. En: RDJ (92), 2ª parte, sección 5ª, pp. 200-207. Confirmada por la Corte Suprema.

¹⁹⁸ “Ebner Paredes, Jorge con Municipalidad de Limache” (recurso de amparo económico-rechazado), Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 665-1999, considerando 7°. En: RDJ (97), 2ª parte, sección 5ª, pp. 236-241. Confirmada por la Corte Suprema (con voto en contra del ministro Ricardo Gálvez).

Por último, cabe citar otra sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, en la que se señaló: “Que para los efectos de este recurso, ha de tenerse en consideración que por actividad empresarial se entiende aquella que uno o varios sujetos realizan a través de medios con los cuales realizan una actividad que importa un riesgo con la finalidad de obtener un lucro. Constituye un riesgo en la medida que deben adoptar diversas decisiones para el logro de sus fines sin que nadie les pueda asegurar un resultado; y constituye un lucro en la medida que el objetivo que se pretende no es la filantropía sino la obtención de una legítima ganancia”¹⁹⁹.

En otra sentencia, por el contrario, la Corte de Apelaciones de Santiago –aunque rechazó el recurso de amparo económico interpuesto– siguió el criterio de que el fin de lucro no es esencial en una actividad empresarial, al sostener que: “Analizada la norma en estudio desde este punto de vista, el contenido esencial del derecho garantizado por el numeral 21° es la libertad que se garantiza a todas las personas sean naturales o jurídicas, para satisfacer sus necesidades –múltiples e ilimitadas– mediante la utilización de bienes escasos y limitados, no siendo indispensable, ergo, el carácter lucrativo de las mencionadas actividades”²⁰⁰.

En el ámbito de la jurisprudencia administrativa, por su parte, cabe citar un dictamen de la Contraloría General de la República, en el cual se expresa que: “al tenor de nuestras disposiciones constitucionales y legales es posible sostener, con buenos fundamentos, que el Estado no sólo puede utilizar la forma jurídica de sociedad, para llevar a cabo actividades de tipo empresarial, sino que existen numerosos casos en los cuales para tal efecto éste constituye o entra a participar en corporaciones de derecho privado de aquellas regidas por el Título XXXIII del Libro Primero del Código Civil. En primer término las normas constitucionales que se refieren a la materia en análisis, no formulan restricción a este respecto. Más aún, los artículos 58, incisos primero y segundo, y 63, N° 9, no aluden a ‘sociedades’ en que el Estado tenga participación, sino que en términos amplios

¹⁹⁹ “Sociedad Inversiones Aéreas Patagonia Limitada con Corporación Nacional Forestal” (recurso de amparo económico-rechazado), Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 6.594-2006, considerando 8° [en línea]. [Fecha de consulta: 17 de noviembre de 2014]. Disponible en: <<http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/>>. Confirmada por la Corte Suprema.

²⁰⁰ “Hinzpeter González, José y otro con Ministro de Transportes y Telecomunicaciones” (recurso de amparo económico-rechazado), Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2.717-2004, considerando 11° [en línea]. [Fecha de consulta: 17 de noviembre de 2014]. Disponible en: <<http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/>>. Confirmada por la Corte Suprema.

se refieren a ‘empresas’ en las que el Estado tenga participación, de tal modo que al constituyente interesa respecto de esas normas que se trate de ‘empresas’, independientemente de la forma que adopten. [...]. Pese a lo expuesto, en una primera aproximación al tema podría sostenerse que atendido que las corporaciones de derecho privado no persiguen fines de lucro, no serían, por tanto, susceptibles de desarrollar actividades empresariales. Sobre ello debemos señalar, por una parte, que no existe acuerdo en el sentido de que el ánimo de lucro sea uno de los caracteres propios de las empresas y, por la otra, que tampoco la legislación examinada lo consigna como tal. Por el contrario, existe una disposición que permite definir la cuestión concluyendo que el constituyente, derechamente, estima que la ausencia de ánimo de lucro no es un elemento cuya concurrencia sea determinante para distinguir si se está o no en presencia de una entidad que desarrolle actividad empresarial. Se trata del artículo 115, del Texto Supremo, el cual establece, en su inciso quinto, que ‘La ley podrá autorizar a los gobiernos regionales y a las empresas públicas para asociarse con personas naturales o jurídicas a fin de propiciar actividades e iniciativas sin fines de lucro que contribuyan al desarrollo regional. Las entidades que al efecto se constituyan se regularán por las normas comunes aplicables a los particulares’, y luego en su inciso sexto –final–, agrega que ‘Lo dispuesto en el inciso anterior se entenderá sin perjuicio de lo establecido en el número 21° del artículo 19’. [...]. Pues bien, la referencia a esta norma no puede entenderse circunscrita a su inciso primero, ya que ello no representaría novedad alguna y consecuentemente no generaría efectos, y es sabido que en la hermenéutica jurídica debe preferirse aquella interpretación que permita a la norma producir efectos por sobre la que conduce a que no los produzca. De este modo, la referencia habrá de comprender a su inciso segundo, regulatorio de la actividad empresarial del Estado, y que para la realización de ésta exige autorización por ley de quórum calificado. En síntesis, para el constituyente la circunstancia de que una entidad privada realice actividades sin fines de lucro no implica necesariamente que no se trate de actividades empresariales, o, en otros términos, supone y asume que las entidades sin fines de lucro pueden desarrollar actividades empresariales. De lo anterior se sigue, naturalmente, como conclusión general, que el Estado o sus organismos, cumpliendo las exigencias constitucionales, podrían participar en actividades empresariales constituyendo o formando parte de entidades sin fines de lucro. Y en la práctica los casos de

corporaciones de derecho privado sin fines de lucro que desarrollan actividades empresariales, generalmente prestaciones de servicios, y en las que participa el Estado o sus organismos, son múltiples. Así, pueden mencionarse, a título meramente ejemplar, los denominados Institutos Corfo, en los que interviene la Corporación de Fomento de la Producción junto a otras entidades públicas y privadas, como el Instituto de Fomento Pesquero, la Corporación Nacional Forestal, el Instituto de Investigaciones Agropecuarias, el Instituto Forestal y la Corporación de Investigación Tecnológica [...]²⁰¹.

Por nuestra parte, estimamos que la finalidad de lucro o ganancia no es un elemento fundamental o esencial para definir una actividad empresarial (y, en especial, para definir la actividad empresarial del Estado). En otras palabras, no consideramos que una actividad empresarial solo se configure cuando el que la desarrolla persiga utilidades económicas. De otra forma –es decir, si el carácter empresarial de una actividad estuviera definido por la finalidad de lucro–, ¿cómo podría el Estado desarrollar o participar en actividades empresariales, si su finalidad, conforme al artículo 1º, inciso 4º, de la Constitución, es promover el bien común –en este caso, a través de la realización de actividades empresariales– y no la obtención de lucro?²⁰² Lo anterior no quiere decir que las empresas públicas, sociedades del Estado y cualquier otra entidad a través de la cual el Estado y sus organismos realicen actividades empresariales, no deban ser eficientes; por el contrario, deben serlo y, en lo posible, obtener utilidades²⁰³. Sin embargo, la ausencia, real o aparente, de la finalidad de lucro en la ejecución de una determinada actividad por parte del Estado y

²⁰¹ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen N° 20.241 (2008) [en línea]. [Fecha de consulta: 17 de noviembre de 2014]. Disponible en: <<http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset>>

Los denominados “Institutos Tecnológicos Corfo” son “entidades creadas mediante decreto supremo como corporaciones o fundaciones de derecho privado sin fines de lucro, en las cuales participa la Corporación de Fomento de la Producción. El objeto de orden social consignado en sus respectivos estatutos, busca colaborar en determinadas áreas o actividades de orden productivo que el Estado trata de impulsar o fomentar”. Cf. <<http://www.contraloria.cl>> [fecha de consulta: 17 de noviembre de 2014].

²⁰² Cf. ARÓSTICA Maldonado, Iván. *Acción de amparo económico: un recuento jurisprudencial*. *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae* (2), Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae, 1998, p. 98.

²⁰³ Con respecto a la obtención de utilidades y la destinación de estas, cabe citar lo dispuesto en el artículo 29, inciso 1º, del D.L. N° 1.263, de 1975, Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado: “El Ministro de Hacienda, por decreto supremo, podrá ordenar el traspaso a rentas generales de la Nación de las utilidades netas que arrojen los balances patrimoniales anuales de las instituciones o empresas del Estado, determinadas según las normas establecidas por el Servicio de Impuestos Internos para el pago de los tributos correspondientes y aquellas instrucciones que tiene vigente la Superintendencia de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio en la presentación de balances de dichas Sociedades. Los balances deberán presentarse dentro del plazo de 3 meses, contados desde la fecha de cierre del ejercicio”.

sus organismos, no impide que esa actividad tenga el carácter de empresarial, en tanto se presenten los elementos mencionados en la definición formulada, lo cual determinará la aplicación a su respecto de las disposiciones constitucionales y legales que regulan la actividad empresarial del Estado.

Además, y conforme a lo dispuesto en los incisos 5° y 6° del artículo 115 de la Constitución (ya aludidos y transcritos en el dictamen de la Contraloría General de la República recién citado), es posible afirmar que la propia Constitución admite la posibilidad de que entidades sin fines de lucro –a las que se refiere el inciso 5°– tengan por objeto realizar actividades empresariales, caso en el cual los gobiernos regionales y las empresas públicas, para poder formar parte de dichas entidades, deberán ser autorizados por ley de quórum calificado, en virtud de la remisión efectuada por el inciso 6° del artículo 115 al artículo 19 N° 21. Por lo tanto, sobre la base de estas disposiciones, cabe concluir que para el constituyente la finalidad de lucro o ganancia no es un elemento esencial o definitorio de la actividad empresarial del Estado y sus organismos.

4.2.3. Actividad empresarial y actividad económica

Por otra parte, cabe preguntarse acerca de la relación que existe entre las expresiones “actividades empresariales”, que utiliza el artículo 19 N° 21, inciso 2° de la Constitución, y “actividad económica”, empleada en el inciso 1° del mismo precepto. ¿Son expresiones sinónimas o, antes bien, se trata de nociones conceptualmente distintas? Al respecto, tanto desde el punto de vista jurídico como desde el económico, debemos entender que ambos conceptos tienen un mismo sentido, ya que se refieren a aquellas actividades que tienen por objeto la producción e intercambio de bienes y servicios en el mercado, destinados a satisfacer las necesidades materiales del hombre.

No obstante, en la historia del establecimiento del artículo 19 N° 21, inciso 2°, y en particular en las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, consta que, respecto del Estado, la expresión “actividad empresarial” fue considerada una especie del género “actividad económica”. En otras palabras, se consideró que esta última expresión era más amplia que la primera. En efecto, en dicha Comisión, y

especialmente en la sesión 388^a –ya analizada precedentemente–, se señaló que al Estado le corresponde el cumplimiento de diversas actividades (o funciones) económicas, las cuales se agrupan en dos grandes categorías: (a) por una parte, aquellas cuyo ejercicio compete al Estado por su propia naturaleza, como la regulación y el control de la economía; y (b) por la otra, aquellas actividades económicas cuyo ejercicio el Estado asume por aplicación del principio de subsidiariedad, debiendo contar, para asumirlas, con autorización legal especial, como las actividades comerciales e industriales (actividades empresariales). En este sentido, recordemos que en la referida sesión, el comisionado Guzmán señaló que “cuando se habla específicamente de ‘actividades empresariales’, se está perfilando con más nitidez a qué actividades económicas se hace referencia en el inciso primero y cuál tipo no puede el Estado ejercer sino por razón subsidiaria”²⁰⁴, y que el comisionado Bertelsen expresó que “la solución reside en que en el inciso primero se conceda la más amplia libertad para desarrollar cualquier actividad económica, y en el segundo, al hacerse la excepción, se establezca que ‘el Estado podrá desarrollar actividades económicas empresariales’, atendido que otras actividades económicas, como las normativas, las puede realizar sin necesidad de autorización legal”²⁰⁵.

4.2.4. El “desarrollo de” y la “participación en” actividades empresariales

Conforme al artículo 19 N° 21, inciso 2°, la actividad empresarial del Estado puede adoptar dos modalidades diferentes: 1) el desarrollo de actividades empresariales y 2) la participación en estas.

1) El desarrollo de actividades empresariales, tiene lugar cuando el Estado y sus organismos realizan por sí mismos, esto es, en forma directa, tales actividades, a través de personas jurídicas de derecho público, que pueden ser el Fisco, los servicios públicos descentralizados, las municipalidades o las empresas públicas.

²⁰⁴ *Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República*, op. cit., p. 2.919.

²⁰⁵ *Id.*, p. 2.920.

2) La participación en actividades empresariales, en tanto, se configura cuando el Estado y sus organismos realizan dichas actividades en forma indirecta. A su vez, esta segunda modalidad admite tres formas de participación:

a) En primer lugar, el Estado y sus organismos pueden participar en actividades empresariales, a través de sociedades comerciales o industriales, ya sean sociedades del Estado, o bien sociedades en que la participación estatal es proporcionalmente igual o minoritaria respecto de terceros.

b) En segundo lugar, el Estado y sus organismos pueden participar en las referidas actividades, a través de fundaciones y corporaciones sin fines de lucro en que estos tengan representación. Ello porque, reiteramos, lo relevante no es que estas entidades no persigan fines de lucro, sino la circunstancia objetiva de que ellas lleven a cabo actividades empresariales.

c) Finalmente, la tercera forma de participación estatal en actividades empresariales que podemos identificar, se configura cuando el Estado y sus organismos, sin constituir una nueva entidad o pasar a formar parte de una ya existente, se asocian con terceros –personas naturales o jurídicas– para realizar una determinada actividad empresarial, por ejemplo, mediante un contrato de colaboración empresarial, como un *joint venture*²⁰⁶.

En la doctrina, por su parte, se ha señalado que el Estado participará en actividades empresariales, “cuando tenga la calidad de accionista minoritario en empresas, cuando se asocie con terceros en uniones de entidades independientes, o cuando en el hecho

²⁰⁶ Un ejemplo de esta modalidad de participación, se dio en el contrato celebrado, en 1999, entre la Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A. y las sociedades extranjeras Modern Times Group y Metro International, para la edición, publicación y distribución gratuita del diario “Metro”. Así lo sostuvo la Corte Suprema, al revocar la sentencia de primera instancia y acoger el recurso de amparo económico interpuesto por la Asociación Nacional de la Prensa A.G. en contra de Metro S.A. En efecto, en su sentencia la Corte declaró: “Que [...] no siendo el contrato en estudio un arrendamiento, debe concluirse que se está frente a un contrato de aquellos denominados de ‘colaboración empresarial’, en el que Metro S.A. participa en la actividad empresarial, colaborando en un quehacer conjunto para la edición, publicación y distribución de un diario”. Cf. “Asociación Nacional de la Prensa A.G. con Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.” (recurso de amparo económico-acogido), Corte Suprema, Rol N° 248-2000, considerando 7°. Copia de la sentencia tenida a la vista.

Otro ejemplo es el *joint venture* formado, el año 2012, por Codelco y la compañía extranjera Mitsui & Co., Ltd. (*joint venture* denominado “Acrux”), para la adquisición del 29,5% de la propiedad de la firma Anglo American Sur (24,5% adquirido por Codelco y 5%, por Mitsui & Co., Ltd.). Fuente: CORPORACIÓN NACIONAL DEL COBRE DE CHILE. *Memoria Anual 2012* [en línea]. [Fecha de consulta: 29 de noviembre de 2014]. Disponible en: <http://www.codelco.com/prontus_codelco/site/artic/20130507/asocfile/20130507131210/memoriacodelco2012_2.pdf>

contribuya al despliegue del giro de una o más empresas de manera secundaria”²⁰⁷. Asimismo, se ha indicado que, sin ser las únicas, algunas formas de participación del Estado en actividades empresariales son “la intervención en la administración de una empresa, la existencia de inversiones significativas en una sociedad que realice actividades empresariales o sea dueña de empresas y, en general, la asociación con otras personas para llevar a cabo estas actividades. Mucho más discutible, pero no menos importante, resulta el determinar cuándo un control estatal excesivo convierte al Estado en administrador”²⁰⁸. Por último, se ha precisado que participar “es ser o tener parte en un acuerdo, convenio, trato o negocio (actividad empresarial) con otro u otros sujetos, y de lo cual se obtiene utilidad y en el cual trato o negocio o convenio se pone algo, se aporta algo, sea tangible o intangible, contribuyendo así a que sea posible el acuerdo con otros”, agregándose a continuación que la participación “puede darse a través no de una sociedad o asociación, y de un contrato de sociedad, sino por medio de cualquier tipo de acuerdo, convenio, o trato con otros sujetos, y bajo cualquiera forma jurídica que se imagine, clásica y tradicional o moderna y no común”²⁰⁹.

4.3. “...sólo si una ley de quórum calificado los autoriza.”

4.3.1. La excepcionalidad del Estado empresario en el adverbio “sólo”

Al utilizar el adverbio “sólo”, la Constitución subraya doblemente el carácter excepcional que le ha otorgado a la realización de actividades empresariales por parte del Estado. Por un lado, el uso de esta expresión implica una restricción de fondo para el Estado y sus organismos, que viene dada por el principio de subsidiariedad; en efecto, solo cuando, en virtud de este principio, se haga necesaria o imperativa la actuación empresarial del Estado, este podrá intervenir como productor, distribuidor o comercializador de bienes

²⁰⁷ FERMANDOIS, 2001a, op. cit., p. 170.

²⁰⁸ BERTELSEN, op. cit., p. 124.

²⁰⁹ SOTO Kloss, Eduardo. *Legitimidad de la distribución gratuita, por un tercero, de un periódico en la red de transporte de Metro S.A. El uso de la marca Metro*. *Revista Chilena de Derecho*, 27(2), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2000b, p. 235.

o como prestador de servicios. Por el otro, constituye una restricción de forma, al establecer que solo autorizado por ley de quórum calificado, el Estado y sus organismos podrán desarrollar o participar en actividades empresariales.

4.3.2. La autorización por ley de quórum calificado

Conforme a la disposición en estudio, el Estado y sus organismos requieren, para desarrollar o participar en actividades empresariales, la autorización de una ley de quórum calificado, es decir, de una ley que para establecerse, modificarse o derogarse, precisa de la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio (artículo 66, inciso 3°, de la Constitución).

4.3.2.1. Generalidad o especialidad de la ley autorizante

Con respecto a la ley de quórum calificado autorizante, cabe preguntarse si esta puede ser de carácter general o debe ser específica.

Algunos autores sostienen que el requisito constitucional se cumpliría dictando una ley de quórum calificado marco, de carácter general, que autorizara al Estado y sus organismos a desarrollar o participar en actividades empresariales, requiriéndose para las autorizaciones específicas solo una ley simple. Esta opinión ha sido sustentada, por ejemplo, por el profesor Precht, quien afirma que al respecto se debe distinguir entre el “Estado y sus organismos” y “otras entidades que no perteneciendo a la Administración del Estado emprendan con representación o participación del Estado actividades empresariales”²¹⁰. Así, este profesor señala: “Respecto de las intervenciones empresariales del Estado y sus organismos, basta a mi juicio una ley marco de quórum calificado que fije las condiciones bajo las cuales estos organismos puedan emprender o participar en

²¹⁰ PRECHT, op. cit., p. 134. Cabe recordar que para este autor, las entidades a que se refiere el artículo 6° de la Ley N° 18.575, no están comprendidas dentro de la expresión “Estado y sus organismos”.

actividades empresariales. Será materia de ley simple la autorización específica caso a caso. La Constitución de 1980 –como he afirmado– no requiere autorización legal de quórum calificado caso a caso. En efecto, el artículo 19 N° 21 no se refiere al requerir ley de quórum calificado a las actividades empresariales, sino que emplea el [artículo] *los* refiriéndose al Estado y sus organismos [...]. Respecto al segundo caso, a saber, las intervenciones empresariales del Estado a través de entidades que no son parte de la Administración, tenemos un texto expreso vigente. Este texto exige, al parecer, *una autorización legal de quórum calificado caso a caso*. Este texto, como sabemos, es el artículo 6° de la Ley 18.575 Orgánica Constitucional [...]”²¹¹.

Sin embargo, la posición mayoritaria de la doctrina –entre cuyos representantes están los profesores Aróstica²¹², Bertelsen²¹³, Fermandois²¹⁴, Navarro²¹⁵ y Soto Kloss²¹⁶– señala que, para hacer realmente eficaz el principio constitucional de subsidiariedad y la excepcionalidad del Estado empresario, cada vez que este pretenda incursionar en actividades empresariales, se deberá dictar una ley de quórum calificado al efecto.

A nuestro juicio, esta última es la interpretación más acorde tanto con la historia del establecimiento, como con la letra y espíritu del artículo 19 N° 21, inciso 2° de la Constitución. La ley de quórum calificado autorizante, en consecuencia, deberá ser específica, ponderando en cada caso las circunstancias –económicas, jurídicas, sociales– que ameriten la incursión del Estado en el ámbito empresarial. De lo contrario, es decir, si se aceptara como válido el otorgamiento de autorizaciones legales generales (leyes marco), estimamos que el principio de subsidiariedad del Estado en materia económica se vería fuertemente debilitado, y la norma constitucional, limitativa de la actividad empresarial del Estado, no estaría cumpliendo su finalidad.

²¹¹ Id., pp. 134-136. Los énfasis son del original.

²¹² ARÓSTICA, 2001, op. cit., pp. 85-86.

²¹³ BERTELSEN, op. cit., p. 123.

²¹⁴ FERMANDOIS, 2001a, op. cit., pp. 171-172.

²¹⁵ NAVARRO, 2000, op. cit., p. 42.

²¹⁶ SOTO, 1999, op. cit., p. 125, y 2000a, op. cit., p. 337.

4.3.2.2. Especialidad del giro empresarial autorizado

Por otra parte, en lo que respecta al giro u objeto empresarial, la ley de quórum calificado autorizante, además, debe señalar en forma expresa y específica “las actividades y negocios que la empresa puede desarrollar, sin que a ésta se le permita realizar negocios fuera de dicho giro, requiriendo una ley autorizatoria de quórum calificado cuando precise ampliar su ámbito de actuación”²¹⁷.

El principio de especialidad del giro empresarial –como se le denomina en la doctrina–²¹⁸, “en su *aplicación preventiva*, obligaría al legislador a regular el objeto de las empresas públicas incorporando en la ley que autorice su funcionamiento un catálogo detallado de las actividades y negocios que se les permite desarrollar. Por otra parte, en su *aplicación represiva*, ordenaría al juez constitucional interpretar restrictivamente la extensión del giro de las empresas públicas, de manera que su capacidad comercial se limite exclusivamente a las actividades o negocios incorporados en el catálogo de la ley que autorice su funcionamiento”²¹⁹.

El fundamento constitucional de la especialidad del giro empresarial autorizado, como ha indicado una autora antes citada (*supra*, nota 218), se halla en el principio de legalidad de la actividad estatal y en el de subsidiariedad del Estado. Con respecto a este último, cabe señalar, en efecto, que si conforme a dicho principio, la actividad empresarial del Estado es excepcional, como necesaria y lógica consecuencia resulta que las leyes que autoricen el funcionamiento de empresas estatales, deben contener un giro empresarial específico, evitando autorizar la creación o constitución de empresas públicas, sociedades del Estado y otras entidades, cuyo ámbito de actividades empresariales sea tan amplio o genérico, que las transforme en entes con múltiples objetos. Además, dichas leyes

²¹⁷ ÁLVAREZ Oñate, Ana. *Análisis crítico del objeto único en empresas de servicio público* (Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales) [en línea]. Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2011, p. 58. [Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2014]. Disponible en: <<http://tesis.uchile.cl/handle/2250/110871>>

²¹⁸ La autora recién citada señala que el denominado principio de especialidad del giro empresarial, “no fue discutido durante las sesiones en que se trató la redacción del numeral 21 del artículo 19 de la Constitución Política, más bien corresponde a una creación doctrinaria y jurisprudencial, derivado del principio de legalidad o juridicidad de los órganos públicos y del principio de subsidiariedad del Estado antes expuesto”. ÁLVAREZ, op. cit., p. 58.

²¹⁹ PARDOW y VALLEJO, op. cit., p. 145, citando a FERMANDOIS Vöhringer, Arturo. *Derecho Constitucional Económico. Garantías Económicas. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo I. 2ª edición, Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, p. 228. Los énfasis son del original.

autorizantes deben ser objeto de una interpretación restrictiva, de manera que si una empresa pública, sociedad estatal u otra entidad con un giro determinado y específico, quieren ampliarlo, será necesario que previamente se dicte una nueva ley de quórum calificado que autorice tal ampliación de giro.

Con todo, lo anteriormente expuesto no puede llevar a concluir que lo que se plantea es una suerte de petrificación del giro u objeto de las empresas estatales. Como toda empresa, estas pueden ejecutar, celebrar y realizar todos los actos, contratos y negocios conducentes a desarrollar su giro, los cuales variarán a medida que el progreso científico, tecnológico y económico, así como la propia actividad de los mercados, lo determinen. Para llevar a cabo tales actos, contratos y negocios, las empresas estatales no requieren de ley de quórum calificado previa y específica que las habiliten; pero debe tratarse de operaciones que tengan directa relación con el giro específicamente autorizado por la ley.

Finalmente, cabe precisar, serán los tribunales –conociendo de las acciones y recursos jurisdiccionales correspondientes– los que deberán determinar si en un caso particular una empresa estatal ha actuado dentro o fuera de su giro específico.

4.3.2.2.1. El giro de algunas empresas públicas y sociedades del Estado: ¿específico o genérico?

El principio de especialidad del giro empresarial exige, como se ha dicho, que el ámbito de actividades y negocios que pueden realizar una empresa, sociedad u otra entidad estatal, esté expresa y específicamente definido en las respectivas leyes de quórum calificado autorizantes.

En lo que respecta a las empresas públicas y sociedades del Estado actualmente existentes en nuestro país, constatamos que en algunos casos, las leyes que las crearon o que ordenaron su constitución, efectivamente contienen la definición de su giro u objeto empresarial en forma bastante específica.

Es el caso, por ejemplo, de la Ley N° 19.132, que crea la empresa Televisión Nacional de Chile, cuyo artículo 2° dispone: “Su objeto es establecer, operar y explotar servicios de televisión y de producción, emisión y transmisión de contenidos audiovisuales

y radiodifusión, cualquiera sea su formato, plataforma audiovisual o medio. / En general, podrá realizar todas las actividades propias de una concesionaria de servicios de telecomunicaciones, de televisión, de radiodifusión sonora, de servicios intermedios de telecomunicaciones y de servicios audiovisuales, con iguales derechos, obligaciones y limitaciones”.

Es también lo que ocurre tratándose del Banco del Estado de Chile, regulado por el D.L. N° 2.079, de 1977, que contiene su Ley Orgánica, cuyo artículo 3°, inciso 1°, establece: “El Banco tendrá por objeto prestar servicios bancarios y financieros con el objeto de favorecer el desarrollo de las actividades económicas nacionales. Para atender el cumplimiento de ese objetivo primordial y demás finalidades que la ley le encomiende, el Banco podrá realizar las funciones y operaciones que el presente decreto ley, la legislación aplicable a las empresas bancarias u otras leyes generales o especiales le autoricen, sujetándose, en todas ellas a las políticas y normas que le imparta la autoridad monetaria en uso de sus atribuciones”.

Sin embargo, hay otros casos en que el giro empresarial autorizado por la respectiva ley, es menos específico –o, dicho de otro modo, relativamente genérico y amplio–, pues luego de señalar las actividades que constituyen el objeto principal de la respectiva empresa o sociedad estatal, la ley indica que estas también podrán realizar actividades “anexas” a dicho objeto, o bien que se relacionen “directa o indirectamente” con este, entre otras expresiones.

Así ocurre, por ejemplo, tratándose de Codelco, en que el artículo 3° del D.L. N° 1.350, de 1976 –que creó la empresa–, establece que para cumplir su objeto principal (consistente en “ejercer los derechos que adquirió el Estado en las Empresas de la Gran Minería del Cobre y en la Compañía Minera Andina, con ocasión de la nacionalización ordenada en la disposición decimoséptima transitoria de la Constitución Política del Estado [de 1925]”), a la empresa le corresponderá: “g) En general, realizar, en el país o en el extranjero, toda clase de actividades civiles, comerciales o de cualquiera otra naturaleza, que se relacionen directa o indirectamente con la explotación, producción, manufactura, elaboración y comercialización del cobre y otros metales o minerales, productos, subproductos y sustancias mencionadas en las letras precedentes, o que sean necesarias o convenientes para la empresa”.

Es también el caso de la Empresa de Correos de Chile, creada por el D.F.L. N° 10, de 1981, de Transportes y Telecomunicaciones, cuyo artículo 2°, inciso 1°, establece: “El objeto de la Empresa será prestar servicios de envíos de correspondencia nacional e internacional. Sin perjuicio de lo anterior, podrá efectuar otras prestaciones de servicio postal, tales como: encomiendas, giros postales, y similares, que acuerde el Directorio”.

En lo que respecta a la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, el D.F.L. N° 1, de 1993, de Transportes y Telecomunicaciones, señala en su artículo 2°, inciso 1°: “La Empresa de los Ferrocarriles del Estado tendrá por objeto establecer, desarrollar, impulsar, mantener y explotar servicios de transporte de pasajeros y carga a realizarse por medio de vías férreas o sistemas similares y servicios de transporte complementarios, cualquiera sea su modo, incluyendo todas las actividades conexas necesarias para el debido cumplimiento de esta finalidad. Asimismo, podrá explotar comercialmente los bienes de que es dueña”.

En el ámbito de las sociedades del Estado, podemos mencionar la Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A., regulada por la Ley N° 18.772, cuyo artículo 2°, inciso 2°, dispone: “La sociedad anónima tendrá por objeto la realización de todas las actividades propias del servicio de transporte de pasajeros en ferrocarriles metropolitanos u otros medios eléctricos complementarios y las anexas a dicho giro, pudiendo con tal fin constituir o participar en sociedades y ejecutar cualquier acto u operación relacionados con el objeto social”.

Por último, cabe citar la Ley N° 20.309, que transformó la Casa de Moneda de Chile en sociedad anónima, cuyo artículo 3° establece: “El objeto de esta sociedad será realizar por cuenta propia o ajena: [...] 10) Otros servicios conexos, complementarios y auxiliares que digan estricta relación con el objeto social contenido en este artículo”.

En estos y otros casos²²⁰, como puede observarse, la ley autorizante utiliza expresiones genéricas, cuyo carácter abierto obliga a su interpretación –particularmente por parte de los tribunales–, a efectos de determinar si una actividad o negocio propuestos o realizados por la respectiva empresa o sociedad estatal, corresponden o no a los autorizados por la ley²²¹.

²²⁰ Por ejemplo, también en la Empresa Nacional de Minería (artículo 2° del D.F.L. N° 153, de 1960) y en las Empresas Portuarias (artículo 4° de la Ley N° 19.542).

²²¹ Es en tales casos de giro empresarial genérico –se ha señalado–, en que se produce el riesgo de lo que se denomina “desborde del giro especial” (expresión que corresponde al profesor Fermandois), cuando una empresa pública, una sociedad u otra entidad estatal pretenden desarrollar o participar en actividades

Ante ello –es decir, ante la existencia de empresas y sociedades estatales cuyo giro es relativamente genérico o amplio–, un autor ha propuesto una modalidad hermenéutica, de acuerdo con la cual tanto el artículo 19 N° 21, inciso 2° de la Constitución, como la respectiva ley de quórum calificado autorizante, “sea[n] iluminad[os] de conformidad al principio de subsidiariedad, relegando a un segundo plano la interpretación formalista de que han sido objeto tales disposiciones (particularmente, el principio de especialidad) [...]”²²². Esto quiere decir, siguiendo al autor citado, que los conflictos originados por un posible desborde del giro empresarial de una empresa, sociedad u otra entidad estatal, deben ser resueltos sobre la base de los supuestos del principio de subsidiariedad, en relación con la actividad empresarial del Estado, esto es: (a) que las respectivas actividades sean de suyo relevantes para el bien común, y (b) que los particulares no las estén realizando o lo hagan de modo insatisfactorio²²³.

4.3.2.2.2. La especialidad del giro empresarial en la jurisprudencia

Nuestros tribunales superiores, conociendo de recursos de amparo económico, han debido pronunciarse con respecto a la especialidad del giro de algunas empresas públicas y sociedades del Estado –en particular, en casos en que dicho giro es relativamente genérico o amplio, según los términos antes señalados–, debiendo resolver si estas han o no actuado fuera del ámbito del objeto empresarial autorizado, existiendo sentencias en diversos sentidos, según veremos.

Así, por ejemplo, en un caso la Corte de Apelaciones de Santiago declaró que la constitución, por parte de Codelco y de una compañía canadiense, de la sociedad “CMS Chile Sistemas y Equipos Mineros S.A.” –cuyo objeto consistía en fabricar en Chile, comercializar y distribuir en Chile y en el extranjero, maquinarias, equipos y repuestos, además de prestar servicios de mantenimiento y reparación de maquinarias y equipos y de

empresariales nuevas, diferentes de aquellas autorizadas inicialmente. Cf. COVARRUBIAS, 2004, op. cit., p. 254.

²²² COVARRUBIAS, 2004, op. cit., p. 253.

²²³ Id., pp. 259, 260 y 262.

venta de repuestos—, “debe entenderse comprendida dentro de los objetivos que tiene CODELCO, según se infiere de la simple lectura de las disposiciones contenidas en la letra g) del artículo 3° y letra k) del artículo 9° del decreto ley N° 1.350 [...]”, razón por la cual rechazó el recurso de amparo económico interpuesto contra esa empresa pública²²⁴.

Elevada en apelación, la sentencia citada fue confirmada por la Corte Suprema, la que al respecto señaló “que en autos no se ha establecido que la denunciada [Codelco] haya ejecutado actividad alguna que deba someterse a la norma del N° 21 del artículo 19 de la actual Constitución [...]”²²⁵. Además, el máximo tribunal reemplazó el considerando 6° de la sentencia apelada, el cual, en consecuencia, quedó con la siguiente redacción: “Que fluye de lo anterior que la actividad de CODELCO, al vincularse con una empresa canadiense para formar una sociedad anónima cuyo objetivo queda comprendido dentro de las facultades que a aquélla le otorga la ley para el cumplimiento de sus finalidades, no puede por sí solo constituir infracción como la que denuncia y motiva el presente recurso, mientras esa sociedad no realice actividades que resulten ajenas al objeto social de CODELCO, definido en el artículo tercero del decreto ley N° 1.350 de 1976”²²⁶.

²²⁴ “Asociación de Industrias Metalúrgicas y Metalmeccánicas Asimet A.G. con Codelco-Chile”, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 575-1993, considerando 4°. En: URETA Silva, Ismael. *El recurso de amparo económico*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1997, pp. 121-128.

Cabe recordar que el artículo 3° del D.L. N° 1.350, de 1976 —que crea Codelco—, establece el objeto empresarial de la empresa, disponiendo en su letra g), que a esta le corresponderá: “En general, realizar, en el país o en el extranjero, toda clase de actividades civiles, comerciales o de cualquiera otra naturaleza, que se relacionen directa o indirectamente con la explotación, producción, manufactura, elaboración y comercialización del cobre y otros metales o minerales, productos, subproductos y sustancias mencionadas en las letras precedentes, o que sean necesarias o convenientes para la empresa”.

Por otra parte, debemos precisar que la referencia a la letra k) del artículo 9° —artículo que establece las facultades del directorio de Codelco—, debe entenderse hecha a la actual letra g) del mismo artículo (conforme a la modificación introducida por la Ley N° 20.392), según la cual el directorio podrá: “g) Constituir, participar o tomar interés en corporaciones y sociedades, cualquiera que sea su naturaleza, dentro o fuera del país, para el mejor logro de las metas de la Empresa, sin perjuicio de lo dispuesto en el decreto ley N° 1.167, de 1975, y modificarlas, disolverlas y liquidarlas”.

²²⁵ Corte Suprema, Rol N° 29.728-1993, considerando 2°. En: URETA, op. cit., pp. 129-130.

²²⁶ Cabe destacar que la sentencia de la Corte Suprema, fue acordada con el voto en contra del ministro Arnaldo Toro, quien estuvo por revocar el fallo de primera instancia. En efecto, este magistrado, luego de señalar que “CODELCO sólo puede realizar actividades empresariales relacionadas con la minería, sea directa o indirectamente, o anexas destinadas a autoabastecerse de sus propios insumos, pero sin invadir otros campos, salvo que sea autorizada para estos efectos por una ley de quórum calificado”, concluyó que el objeto de la sociedad “CMS Chile Sistemas y Equipos Mineros S.A.”, “excede el objeto de CODELCO [...], sin atender al hecho de que la sociedad formada haya o no haya operado, puesto que su sola constitución importa sobrepasar lo dispuesto en el artículo 19 numeral 21 de la Constitución, al entrar CODELCO a asociarse con terceros para fines no contemplados en su ley orgánica”. (Considerandos 4° y 8°, respectivamente, del voto de minoría. En: URETA, op. cit., pp. 131-133).

En otro caso, la Corte de Apelaciones de Santiago –acogiendo un recurso de amparo económico, en sentencia confirmada por la Corte Suprema–, estableció que la implementación, por parte de la Empresa de Correos de Chile, de un servicio de impresión de datos y mecanización o ensobramiento automático de correspondencia (servicio denominado “correo híbrido”), “no puede considerarse, por no ser de su específica finalidad, comprendida en el ámbito de la competencia que la ley orgánica de la Empresa de Correos le ha asignado para realizar actividades comerciales o empresariales e infringe, por ende, la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental. En efecto, como quedó dicho, el procesamiento de datos entregados por particulares, la impresión de los mismos y su mecanización hasta obtener una carta física, no se contemplan en el objeto de la empresa, cual es ‘prestar servicios de envíos de correspondencia nacional e internacional’ (artículo 2° inc. 1° del D.F.L. N° 10, de 1982 [sic]) y si bien la norma permite que se realicen ‘actividades similares’, se refiere indudablemente a otras prestaciones de servicio postal, como son las encomiendas y los giros postales”²²⁷.

Cabe, en tercer lugar, citar también otra sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, en la cual esta –al rechazar un recurso de amparo económico– declaró que “el contrato entre Metro S.A. con las sociedades M.T.G. y M.I., dirigido a la edición, comercialización y distribución de un periódico [...], importa para la sociedad estatal una actividad lucrativa, no reconducible a su giro principal, pero que importa explotación comercial de activos” –actividad que el tribunal entendió comprendida dentro del concepto de “actividades anexas” al giro principal– “a través de la utilización de espacios físicos y del arriendo de la marca ‘Metro’”²²⁸. Al celebrar este contrato, continuó la Corte, Metro

²²⁷ Asociación Gremial de Impresores de Chile A.G. con Empresa de Correos de Chile”, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 3.817-1998, considerando 8°. En: RDJ (95), 2ª parte, sección 5ª, pp. 270-279. Confirmada por la Corte Suprema en autos Rol N° 4.068-1998.

El artículo 2°, inciso 1°, del D.F.L. N° 10, de 1981, de Transportes y Telecomunicaciones, que crea la Empresa de Correos de Chile –antes citado en este trabajo–, establece: “El objeto de la Empresa será prestar servicios de envíos de correspondencia nacional e internacional. Sin perjuicio de lo anterior, podrá efectuar otras prestaciones de servicio postal, tales como: encomiendas, giros postales, y similares, que acuerde el Directorio”.

²²⁸ “Asociación Nacional de la Prensa A.G. con Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.”, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 4.538-1999, considerando 17°. En: RDJ (97), 2ª parte, sección 5ª, pp. 8-19.

El objeto de la empresa Metro S.A. está, como sabemos, definido en el artículo 2°, inciso 2° de la Ley N° 18.772, el cual establece: “La sociedad anónima tendrá por objeto la realización de todas las actividades propias del servicio de transporte de pasajeros en ferrocarriles metropolitanos u otros medios

S.A. “[no] ha incursionado directa o indirectamente en el área de edición, publicación y distribución del Periódico ‘Metro’, labor que ejecutarán exclusiva y excluyentemente sus copartícipes [...]”²²⁹. Además, dicho contrato no puede ser calificado como una sociedad, cuentas en participación o *joint venture*, pues los elementos que identifican a cada una de estas convenciones no concurren en la especie²³⁰. En este caso, concluyó el tribunal, la convención celebrada entre Metro S.A., M.T.G. y M.I., “configura una especie de contrato de arrendamiento, que no sobrepasa el giro social fijado legalmente a la empresa Metro S.A. y que, por tanto, configura una actividad empresarial lícita, que no vulnera el derecho de los particulares a desarrollar actividades económicas, en cuanto se ha ejercido dentro del marco regulado por la ley de quórum calificado que autorizó su funcionamiento como sociedad anónima estatal”²³¹.

Al conocer en apelación esta sentencia, la Corte Suprema la revocó, acogiendo, en consecuencia, el recurso de amparo económico interpuesto. En su razonamiento, el máximo tribunal señaló que “examinado el contrato celebrado entre Metro S.A. y las sociedades M.T.G. y M.I. [...], se puede concluir que no se trata de un simple contrato de arrendamiento”²³², sino que “se está frente a un contrato de aquellos denominados de ‘colaboración empresarial’, en el que Metro S.A. participa en la actividad empresarial, colaborando en un quehacer conjunto para la edición, publicación y distribución de un diario”²³³. Por lo tanto, concluyó la Corte Suprema, “es evidente que entre esta sociedad [Metro S.A.] y MTG y MI, se ha pactado una suerte de alianza estratégica para editar, publicar y distribuir un diario gratuito a los pasajeros de la red del Metro de Santiago, actividad empresarial sin duda lícita pero que, al ser Metro S.A. un órgano estatal, requiere, para participar en dicha actividad, de una ley de quórum calificado que lo autorice para ello, pues así lo establece el citado inciso segundo del N° 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Y, al no haberse dictado dicha ley autorizando a

eléctricos complementarios y las anexas a dicho giro, pudiendo con tal fin constituir o participar en sociedades y ejecutar cualquier acto u operación relacionados con el objeto social. No obstante y sólo respecto de ‘METRO S.A.’, no podrá darse o cederse a ningún título el giro principal de transporte que se realice en las actuales vías o en las que se construyan exclusivamente por dicha sociedad”.

²²⁹ Considerando 18°.

²³⁰ Considerandos 20° y 21°.

²³¹ Considerando 22°.

²³² Corte Suprema, Rol N° 248-2000, considerando 6°.

²³³ Considerando 7°.

Metro S.A. para participar del negocio periodístico ya aludido, el recurso de amparo económico debe ser acogido en todas sus partes”²³⁴.

Por último, podemos mencionar una sentencia en que la Corte de Apelaciones de Santiago, al pronunciarse acerca de la legalidad de la incursión, por parte de la Casa de Moneda de Chile, en actividades empresariales de impresión (impresión de documentos –mediante el sistema llamado impresión de dato variable o “correo híbrido”– e impresión de cheques personalizados para bancos privados), declaró: “Que [...] la Ley Orgánica del Servicio Público Casa de Moneda de Chile²³⁵ está contenida en el Decreto con Fuerza de Ley Número 228, publicado en el Diario Oficial del 31 de marzo de 1960, y que la letra i) de su artículo 1 la faculta para ‘ejecutar toda clase de trabajos de su especialidad que le soliciten organismos públicos o privados, tanto nacionales como extranjeros’, concepto en el que se encuadra –a juicio de esta Corte– la actividad empresarial que es materia de este recurso”²³⁶, por lo cual rechazó el recurso de amparo económico interpuesto.

Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema, la que al respecto expresó: “Que, dada la amplitud y generalidad de los términos empleados en la norma preinserta [artículo 1º, letra i), del D.F.L. N° 228, de 1960] para referirse a la función o atribución que reconoce a la Casa de Moneda de Chile, no se requiere abundar en mayores disquisiciones para entender que en ella se encuentran consideradas las actividades cuestionadas en su regularidad jurídica por la Asociación Gremial de Industriales Gráficos A.G., cuya denuncia, por consiguiente, no puede prosperar”²³⁷.

Además de las referidas, hay otras sentencias que pueden citarse en materia del principio de especialidad del giro empresarial estatal²³⁸.

²³⁴ Considerando 8º.

²³⁵ La Ley N° 20.309, del año 2009, transformó la Casa de Moneda de Chile en sociedad anónima, siendo esta la continuadora legal del servicio público del mismo nombre.

²³⁶ “Asociación Gremial de Industriales Gráficos A.G. con Casa de Moneda de Chile”, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 4.788-2003, considerando 3º [en línea]. [Fecha de consulta: 01 de diciembre de 2014]. Disponible en: http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=90&CRR_IdTramite=1517043&CRR_IdDocumento=1371025

²³⁷ Corte Suprema, Rol N° 4.316-2003, considerando 5º [en línea]. [Fecha de consulta: 01 de diciembre de 2014]. Disponible en: http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=226759&CRR_IdDocumento=109395

²³⁸ Así, por ejemplo, el recurso de amparo económico caratulado “Asociación Gremial de Impresores de Chile A.G. con Ejército de Chile”, en el que se resolvió que el Instituto Geográfico Militar debía abstenerse de realizar trabajos de impresión gráfica a terceros, que no fueran del área de su especialidad

En el ámbito de la jurisprudencia administrativa, por su parte, la Contraloría General de la República ha aplicado un criterio interpretativo más bien estricto con respecto al giro empresarial de las empresas, sociedades y otras entidades estatales. En tal sentido, por ejemplo, cabe citar el dictamen N° 56.500 (2008), pronunciado, entre otras materias, con respecto al objeto de las empresas portuarias. En efecto, el citado dictamen señaló que dicho objeto “se encuentra definido en el artículo 4° de la ley N° 19.542, al disponer que ‘Las empresas tendrán como objeto la administración, explotación, desarrollo y conservación de los puertos y terminales, así como de los bienes que posean a cualquier título, incluidas todas las actividades conexas inherentes al ámbito portuario indispensables para el debido cumplimiento de éste. Podrán, en consecuencia, efectuar todo tipo de estudios, proyectos y ejecución de obras de construcción, ampliación, mejoramiento, conservación, reparación y dragado en los puertos y terminales. Asimismo, podrán prestar servicios a terceros relacionados con su objeto’. A efectos de determinar el exacto alcance del objeto empresarial así definido, resulta necesario considerar lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 13 de la ley, el que, a propósito del plan maestro que debe existir en cada empresa portuaria, dispone que al interior de los recintos portuarios se considerarán áreas para ‘la realización de actividades pesqueras, industriales, turísticas, recreativas, de transporte marítimo, remolque, construcción o reparación de naves, en el evento en que éstas se estén desarrollando’. En el mismo sentido, el artículo 53 de la ley, dentro de sus definiciones básicas, entiende por puerto, terminal o recinto portuario al área litoral delimitada por condiciones físicas o artificiales que permite la instalación de una infraestructura destinada a la entrada, salida, atraque y permanencia de naves, y a la realización de operaciones de movilización y almacenamiento de carga, a la prestación de servicios a las naves, cargas, pasajeros o tripulantes, actividades pesqueras, de transporte

(geografía y levantamiento y confección de cartas del territorio), determinados en su ley orgánica. (Corte Suprema, sentencia de fecha 05 de diciembre de 1991, en Gaceta Jurídica 138, pp. 59-63).

También cabe mencionar el recurso de amparo económico caratulado “Chilexpress y Lan Chile con Correos de Chile”, en el cual se declaró que la Empresa de Correos de Chile no está autorizada para realizar el servicio postal de encomienda expresa y paquetería (“ultracom”) respecto de bultos o paquetes que excedan de cierto peso y tamaño. Tampoco está autorizada para desarrollar actividades relacionadas con la cobranza de cuentas de consumo ni la recaudación de pagos por cuenta de terceros (“banca de personas”). (Corte Suprema, sentencia de fecha 17 de marzo de 1999, en Gaceta Jurídica 225, pp. 31-35).

La referencia a ambas sentencias, en NAVARRO Beltrán, Enrique. *El recurso de amparo económico y su práctica jurisprudencial* [en línea]. *Estudios Constitucionales*, 5(2), Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2007, p. 116 [fecha de consulta: 01 de diciembre de 2014]. Disponible en: <http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/5n_2_5_2007/7_el_recurso_economico.pdf>

marítimo, deportes náuticos, turismo, remolque y construcción o reparación de naves. De la interpretación armónica de las normas citadas, es dable deducir que dentro del objeto de las empresas portuarias se incluyen todas las actividades que indica la ley, no sólo aquellas que son inherentes al ámbito portuario, sino que también otras, como las turísticas y recreativas, que, sin serlo, han sido especialmente consideradas como tales por el legislador. [...]. Conviene precisar que si bien el concepto de actividad portuaria y el objeto de las empresas son amplios –en el sentido que incluyen rubros que no son inherentes al ámbito portuario–, tal amplitud se enmarca dentro de los estrictos términos de la ley N°19.542, de modo que sólo forman parte de tal concepto y objeto, las actividades expresamente consideradas en este cuerpo legal”²³⁹.

Así también, en el dictamen N° 7.658 (2009), el órgano fiscalizador expresó: “La Contraloría General ha debido abstenerse de dar curso a la resolución N° 2, de 2009, de la Empresa Nacional del Petróleo, mediante la cual se ejecuta el acuerdo N° 994-2, adoptado en sesión ordinaria N° 994, del directorio de ENAP, y que dispuso autorizar y facultar la celebración y ejecución de todos los actos y contratos que tengan por objeto aumentar la participación accionaria de esa empresa pública en diversas sociedades, tanto nacionales como extranjeras, por cuanto no se ajusta a derecho. En efecto [...] cabe señalar que la ley N° 9.618 que crea la Empresa Nacional del Petróleo, y cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra contenido en el decreto con fuerza de ley N° 1, de 1986, del Ministerio de Minería, fija en su artículo 2°, entre las atribuciones de la mencionada entidad, la de ‘ejercer actividades de exploración, explotación o beneficio de yacimientos que contengan hidrocarburos, dentro o fuera del territorio nacional, ya sea directamente o por intermedio de sociedades en las cuales tenga participación o en asociación con terceros’. La misma norma recién citada dispone que la Empresa Nacional del Petróleo ‘puede, además, sin que ello le esté reservado exclusivamente, ya sea directamente o a través de sociedades en que tenga participación, almacenar, transportar, transformar, tratar, procesar, refinar, vender y, en general, comercializar petróleo o gas, así como desarrollar cualquier otra actividad industrial que tenga relación con hidrocarburos, sus productos y

²³⁹ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen N° 56.500 (2008) [en línea]. [Fecha de consulta: 01 de diciembre de 2014]. Disponible en: <<http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset>>

derivados'. De esta manera se puede apreciar que las atribuciones de la mencionada entidad si bien son amplias en cuanto a las actividades de la cadena de producción en que puede intervenir, siempre se refieren a la actividad industrial que tenga relación con hidrocarburos, sus productos y derivados. Lo anterior se ve confirmado por la facultad, conferida en la parte final del inciso tercero del artículo 2° de la ley N° 9.618, de participar, bajo determinadas condiciones, en actividades relacionadas con la energía geotérmica, disposición que reafirma la excepcionalidad de la habilitación para realizar actividades empresariales en una determinada área y la necesidad de que sea un precepto legal el que la otorgue expresamente. [...]. Preciso lo anterior, y analizados los estatutos de las sociedades en que se pretende aumentar la participación accionaria de la Empresa Nacional del Petróleo, puede advertirse que entre sus objetos sociales se encuentran comprendidas actividades que exceden la autorización legal otorgada a esa empresa pública mediante la ley que la crea. Es así como en las sociedades Gasoducto del Pacífico (Caymán) Ltda., Gasoducto del Pacífico (Argentina) S.A. y Gasoducto del Pacífico S.A., se contempla como objeto social la realización de toda clase de actividades accesorias que puedan llevarse a cabo a través del sistema de ductos para transportar gas natural, incluido, entre otros, el desarrollo de servicios de telecomunicaciones, los cuales no tienen relación directa con la actividad industrial de hidrocarburos, sino más bien con el aprovechamiento de su infraestructura para desarrollar otros rubros comerciales. En el mismo sentido, la sociedad Gas de Chile S.A. contempla objetos sociales de carácter todavía más amplio, tales como 'participar en cualquier clase de asociaciones, comunidades, consorcios o agrupaciones de empresas y en personas jurídicas de cualquier clase u objeto, en el país o en el extranjero, pudiendo incluso asumir su administración', así como 'invertir en toda clase de bienes raíces o muebles, corporales o incorporales, incluyendo valores mobiliarios, instrumentos financieros y títulos de crédito'. En consecuencia, la resolución aludida resulta contraria al ordenamiento constitucional, pues las sociedades en que se pretende aumentar la participación de la Empresa Nacional del Petróleo, tienen objetos sociales que exceden las actividades empresariales expresamente autorizadas a desarrollar por la ley que regula esa empresa pública"²⁴⁰.

²⁴⁰ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen N° 7.658 (2009) [en línea]. [Fecha de consulta: 01 de diciembre de 2014]. Disponible en:

En el mismo sentido, pueden citarse otros dictámenes²⁴¹.

Como hemos podido apreciar, la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores (no así la de la Contraloría General de la República), no ha sido uniforme en la resolución de los conflictos derivados de posibles infracciones al llamado principio de especialidad del giro empresarial estatal –infracciones que se han denominado “desbordes del giro especial”–, aplicando en unos casos un criterio de interpretación amplio (v. gr. “Asociación de Industrias Metalúrgicas y Metalmeccánicas Asimet A.G. con Codelco-Chile”; sentencia de primera instancia “Asociación Nacional de la Prensa A.G. con Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.”; “Asociación Gremial de Industriales Gráficos A.G. con Casa de Moneda de Chile”) y en otros, uno más bien estricto (v. gr. “Asociación Gremial de Impresores de Chile A.G. con Empresa de Correos de Chile”; sentencia de segunda instancia “Asociación Nacional de la Prensa A.G. con Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.”), sin que, en nuestra opinión, sea aún posible elaborar una doctrina acerca de los criterios interpretativos de los tribunales en la materia.

Por nuestra parte –y siguiendo en esto la tesis planteada por Covarrubias (brevemente explicada en *supra*, p. 106)–, estimamos que la interpretación del objeto de las empresas públicas, sociedades del Estado y de cualquier otra entidad estatal que realice o pretenda realizar alguna actividad empresarial, en aquellos casos en que tal objeto sea relativamente genérico o amplio, debiera efectuarse sobre la base del principio de subsidiariedad y de los supuestos que, conforme a este, hacen legítima y necesaria la

<http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset>

Cabe hacer presente que, con posterioridad a este dictamen, ENAP reingresó a trámite de toma de razón la resolución N° 2, de 2009 –devuelta mediante dicho dictamen–, solicitando la reconsideración del mismo. Al respecto, en un nuevo dictamen, la Contraloría señaló que “un nuevo estudio del instrumento que se analiza permite apreciar que los objetos de las sociedades en que se está aumentando la participación de la Empresa Nacional del Petróleo efectivamente conciernen a actividades industriales relacionadas con hidrocarburos, autorizadas por la ley N° 9.618, no obstante lo cual y considerando que en ellos se incluyen otros giros no previstos en dicha norma, la citada empresa deberá realizar todas las gestiones necesarias para adecuar los estatutos de esas compañías, a fin de excluir del objeto social de cada una de ellas las actividades que excedan dicha habilitación legal, de lo que deberá informar oportunamente a esta Entidad Fiscalizadora. En virtud de lo expuesto, esta Contraloría General reconsidera, en la forma indicada, el dictamen N° 7.658, de 2009, y, con el alcance anotado, cursa la resolución N° 2, de 2009, de la Empresa Nacional del Petróleo”. (Dictamen N° 26.506 (2009) [en línea]. [Fecha de consulta: 01 de diciembre de 2014]. Disponible en: <http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset>).

²⁴¹ V. gr. dictámenes N°s. 19.371 (1999); 24.288 (2001); 20.151 y 42.557 (ambos de 2005); 4.275 y 17.742 (ambos de 2006); 38.432 (2007), y 22.540 (2008).

actividad empresarial del Estado²⁴², superando la interpretación meramente formalista que pueda efectuarse respecto de expresiones como “actividades anexas” o “servicios conexos, complementarios o auxiliares” al giro principal (Metro S.A., Casa de Moneda de Chile S.A.), “actividades similares” (Empresa de Correos de Chile) o actividades que se relacionen “directa o indirectamente” con el giro principal o “que sean necesarias o convenientes para la empresa” (Codelco), entre otras.

En otras palabras, si efectivamente el principio de subsidiariedad es uno de los fundamentos constitucionales de la actividad empresarial del Estado –como ha sido mayoritariamente reconocido y declarado por la doctrina y la jurisprudencia, según pudimos constatar²⁴³, a nuestro juicio es necesario “tomarse en serio” –parafraseando a Dworkin– dicho principio a la hora de enfrentar el problema de un posible desborde del giro empresarial estatal y, en tales casos, antes que efectuar una mera interpretación formalista de la ley autorizante, debieran plantearse preguntas como: ¿es la actividad que la empresa, sociedad o entidad estatal respectiva ha desarrollado o pretende desarrollar, necesaria para el bien común?, ¿existe presencia de particulares en el respectivo mercado?, ¿es suficiente esta presencia para satisfacer adecuadamente las necesidades de los consumidores o usuarios?, ¿o, por el contrario, esta presencia es insuficiente, o bien los particulares realizan o han realizado la respectiva actividad de modo deficiente o inadecuado? Es en las respuestas a estas preguntas –que, como puede observarse, corresponden a los supuestos del principio de subsidiariedad en materia empresarial– donde, en nuestra opinión, el intérprete (juez) debiera encontrar los criterios para resolver los conflictos derivados de un eventual desborde del giro empresarial estatal.

4.3.2.3. La ley de quórum calificado y la privatización

Si de acuerdo a la Constitución, para que el Estado y sus organismos puedan desarrollar o participar en actividades empresariales, estos deben ser previamente

²⁴² Cf. *supra*, capítulo segundo, p. 35.

²⁴³ Incluso en sentencias que, como algunas de las revisadas, han rechazado los recursos de amparo económico interpuestos (v. gr., sentencia de primera instancia “Asociación Nacional de la Prensa A.G. con Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.”, considerando 11°; sentencia de segunda instancia “Asociación Gremial de Industriales Gráficos A.G. con Casa de Moneda de Chile”, considerando 2°).

autorizados por una ley de quórum calificado –especie de precepto legal que, conforme a lo dispuesto en el artículo 66, inciso 3° de la Constitución, requiere de ese quórum especial incluso para su derogación–, surge la pregunta acerca de si para privatizar una empresa pública, una sociedad del Estado o cualquier entidad estatal que realice una actividad empresarial (proceso que implica la transferencia de los derechos, acciones, activos y pasivos de la empresa, sociedad o entidad respectiva al sector privado, lo que es materia de ley, en virtud de lo dispuesto en el artículo 63 N° 10 de la Constitución), se exigirá, asimismo, una ley de quórum calificado que disponga dicha transferencia.

En términos estrictamente formales, la respuesta sería afirmativa, pues en conformidad a un conocido principio, “las cosas en derecho se deshacen de la misma manera en que se hacen”. Es decir, una ley aprobada con quórum calificado, debería derogarse, del mismo modo, por una ley de quórum calificado.

Sin embargo, considerando el carácter excepcional de la actividad empresarial del Estado en la Constitución, concordamos con la doctrina según la cual, para disponer la privatización de empresas públicas, sociedades del Estado y otras entidades, se requiere solo una ley ordinaria, común o simple (es decir, aquella que para su aprobación, conforme a lo establecido en el artículo 66, inciso final de la Constitución, precisa de “la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara”), ya que la calificación del quórum se exige al Estado y sus organismos para ingresar a la excepción –desarrollo o participación en actividades empresariales–, pero no para retirarse de ella.

En este mismo sentido, cabe citar una sentencia del Tribunal Constitucional, pronunciada a propósito de un requerimiento de inconstitucionalidad de un proyecto de ley (futura Ley N° 19.085), que, entre otras disposiciones, derogaba el artículo 10 de la Ley N° 18.846, el cual, por su parte, disponía la privatización de la Zona Franca de Iquique S.A. (ZOFRI S.A.). En dicho fallo, el tribunal señaló que “dentro de la filosofía económica de la Constitución de 1980, expresada en el artículo 19, N° 21, antes transcrito, solamente en forma muy excepcional puede el Estado desarrollar actividades empresariales, siendo la norma general que ellas queden entregadas a la acción de los particulares. De allí que para poner en movimiento esa excepción sea necesaria una ley de quórum calificado, pero no para el regreso a la norma general, lo cual se logra mediante la privatización de la empresa estatal. Por eso no existe ninguna disposición constitucional que, para la privatización de

una empresa estatal exija ley de quórum calificado, como el citado artículo 19, N° 21, lo hace para el desarrollo de actividades empresariales por parte del Estado o de sus organismos. Debe, entonces, concluirse que el artículo 10 de la Ley N° 18.846 no tiene el carácter de ley de quórum calificado”²⁴⁴. A continuación, el tribunal agregó: “Que a idéntica conclusión se llega si se analiza el problema desde otro ángulo: el artículo 10 en examen estatuye una obligación para el Fisco y para la Corporación de Fomento de la Producción cual es la de vender sus acciones en la sociedad anónima creada por ella misma para la administración y explotación de la Zona Franca de Iquique, en la forma y en los plazos que señala. Se trata, por consiguiente, de una ley de las que menciona en forma expresa la Constitución Política en su artículo 60[63], N° 10, cuando dispone que sólo en virtud de una ley es posible fijar normas ‘*sobre enajenación de bienes del Estado o de las municipalidades y sobre su arrendamiento o concesión*’, leyes que no son de quórum calificado desde que no hay precepto constitucional que así lo disponga”²⁴⁵.

4.3.2.4. La ley de quórum calificado y la disposición cuarta transitoria de la Constitución

Finalmente, respecto de la exigencia de ley de quórum calificado en materia de la actividad empresarial del Estado, debemos referirnos a otra norma contenida en la Constitución: la disposición cuarta transitoria (antigua disposición quinta transitoria)²⁴⁶. Esta norma establece que: “Se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales”.

²⁴⁴ Sentencia Rol N° 134-1991, considerando 5°. En: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, *Jurisprudencia constitucional. Tomos I y II. Sentencias pronunciadas entre 1981 y 1992. Roles N° 1-150* [en línea]. Santiago, Chile, 2014, pp. 664-665 [fecha de consulta: 15 de noviembre de 2014]. Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/wp-content/uploads/Tomos-I-II-para-web.pdf>>

²⁴⁵ Considerando 6°, p. 665. El énfasis es del original.

²⁴⁶ Conforme al texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, fijado por el Decreto Supremo N° 100, de 2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, la antigua y original disposición quinta transitoria de la Constitución, pasó a ser disposición cuarta transitoria.

Creemos que esta disposición, en lo que respecta a la materia en estudio, fue dictada por razones de orden práctico y de seguridad jurídica, considerando la cantidad de empresas públicas, sociedades del Estado y servicios públicos de carácter empresarial que existían a la fecha de entrada en vigencia de la nueva Constitución (11 de marzo de 1981) y las dificultades de disponer la derogación orgánica de todos los cuerpos normativos que los regulaban, con las graves consecuencias jurídicas y económicas que ello podría implicar. Así, normas que regulaban empresas públicas, sociedades estatales o servicios públicos empresariales, dictadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución y que, por sus quórum de aprobación o procedimientos de dictación, tenían ahora el carácter de leyes simples, o bien eran decretos con fuerza de ley o decretos leyes²⁴⁷, adquirieron, por mandato constitucional, la categoría de leyes de quórum calificado, formando parte de lo que la doctrina ha llamado “leyes de quórum calificado fictas”, muchas de ellas –como las citadas en la nota al pie anterior– vigentes hasta el día de hoy.

De esta manera, la habilitación constitucional ficta contenida en la disposición cuarta transitoria, implica, en relación con la actividad empresarial del Estado, que se considerarán leyes de quórum calificado y se aplicarán en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los respectivos cuerpos legales: (a) las leyes que crearon empresas públicas (cualquiera sea la denominación que estas tengan en sus respectivos estatutos orgánicos), servicios públicos empresariales o autorizaron al Estado para constituir o participar en sociedades de derecho privado, y (b) las normas legales que establezcan excepciones a la legislación común aplicable a los particulares, respecto de las actividades empresariales que realicen dichas empresas, sociedades y servicios públicos.

²⁴⁷ Así, por ejemplo, la Ley N° 9.618 (Empresa Nacional del Petróleo); el D.F.L. N° 223, de 1953, de Defensa (Fábricas y Maestranzas del Ejército); el D.F.L. N° 153, de 1960, de Hacienda (Empresa Nacional de Minería); el D.L. N° 1.350, de 1976 (Corporación Nacional del Cobre de Chile), y el D.L. N° 2.079, de 1977 (Banco del Estado de Chile).

4.4. “En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado.”

4.4.1. Alcance de la expresión “legislación común aplicable a los particulares”

El artículo 19 N° 21, inciso 2° de la Constitución dispone que, una vez que el Estado o sus organismos han sido legalmente autorizados para desarrollar o participar en actividades empresariales, tales actividades deben sujetarse a la legislación común aplicable a los particulares, concretándose así el principio constitucional de igualdad.

Al respecto, cabe precisar que la expresión “legislación común aplicable a los particulares”, no puede entenderse referida solo a las normas legales de derecho privado que regulen una actividad empresarial, sino que, en un sentido más amplio, debe entenderse que alude al Derecho, al ordenamiento jurídico general, el cual comprende toda la normativa, de derecho privado y también de derecho público, que regule y sea aplicable a la actividad empresarial de que se trate.

4.4.2. Régimen jurídico general aplicable a las empresas públicas y a las sociedades del Estado

4.4.2.1. Actividades empresariales

En esta materia, la remisión a la “legislación común aplicable a los particulares”, implica que tanto las empresas públicas como las sociedades del Estado –y, en general, cualquier organismo o entidad estatal que realice actividades empresariales– deben concurrir en los mercados en condiciones de igualdad jurídica con los particulares, sin hacer efectivas potestades públicas ni tampoco, en principio, sujetarse a regímenes

normativos especiales o más favorables, debiendo ambos –Estado y particulares– regirse, en la ejecución de las respectivas actividades empresariales, por regla general, por las mismas normas jurídicas.

Asimismo, las relaciones comerciales con los consumidores o usuarios, se sujetarán –con algunas excepciones, en el caso de las empresas públicas–²⁴⁸, a la referida legislación común²⁴⁹.

Si en relación con las dos materias antes señaladas, el legislador considera que existen motivos justificados para sustraer a una empresa pública o sociedad estatal de la legislación común aplicable a los particulares, deberá establecerlo mediante una ley de quórum calificado.

4.4.2.2. Organización, funcionamiento y otras materias

4.4.2.2.1. Empresas públicas

Al respecto, cabe señalar que, en el caso de las empresas públicas, toda otra relación que no esté vinculada a una actividad empresarial como tal, como asimismo todo lo relativo a sus funciones, potestades, organización, patrimonio y régimen de control de su funcionamiento²⁵⁰, está sujeto a un régimen jurídico, por regla general, de derecho público, contenido básicamente en sus respectivas leyes orgánicas.

²⁴⁸ Al respecto, se ha señalado que: “Estas excepciones se presentan, especialmente, en los actos preparatorios de los contratos administrativos y privados que celebran las empresas estatales, los que, en razón de la naturaleza de órganos integrantes de la Administración del Estado que ellas detentan, deben cumplir con las exigencias de todo acto administrativo, incluyendo el control de juridicidad que debe hacer la Contraloría General de la República a través del trámite de toma de razón. Tratándose de los contratos administrativos, deben observarse, además, los procedimientos de contratación previstos en el artículo 9° de la Ley N° 18.575, LOCBGAE. En todas estas situaciones, las empresas del Estado deben someterse a estas disposiciones propias del derecho público, salvo que exista un texto legal expreso en contrario”. LATORRE, op. cit., p. 225 (nota 1).

²⁴⁹ Id., pp. 225-226.

²⁵⁰ Id., pp. 224-225.

Sin perjuicio de lo anterior, hay empresas públicas que están sujetas –en lo no previsto en sus leyes orgánicas y demás estatutos de derecho público que las regulen–, a normas de derecho privado, especialmente a las que rigen a las sociedades anónimas abiertas. Es el caso del Banco del Estado de Chile²⁵¹, de la Corporación Nacional del Cobre de Chile²⁵², de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado²⁵³, de las Empresas Portuarias²⁵⁴ y de Televisión Nacional de Chile²⁵⁵.

²⁵¹ Decreto Ley N° 2.079 (1977), artículo 2°: “El Banco se registrará preferentemente por las normas de esta Ley Orgánica, y, en lo no previsto en ella, por la legislación aplicable a las empresas bancarias y demás disposiciones que rijan para el sector privado. No le serán aplicables, por tanto, las normas generales o especiales relativas al sector público, salvo que ellas dispongan de modo expreso que han de afectar al Banco del Estado de Chile”.

²⁵² Decreto Ley N° 1.350 (1976), artículo 1°, inciso 2°: “CODELCO se registrará por las normas de la presente ley y por la de sus Estatutos y, en lo no previsto en ellas y en cuanto fuere compatible y no se oponga con lo dispuesto en dichas normas, por las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas y por la legislación común, en lo que le sea aplicable”.

Esta disposición fue agregada por la Ley N° 20.392, del año 2009. Al respecto, en el mensaje del correspondiente proyecto de ley, sobre la materia se señaló que “lo que se busca es hacer aplicable a CODELCO y a sus ejecutivos y directores, según corresponda, las normas que al efecto se establecen en materia de transacciones con partes relacionadas; responsabilidades, prohibiciones, funcionamiento, deberes y derechos del Directorio y del Gerente general; entrega de información; confección de balances y estados financieros, los que por remisión a las normas de las sociedades anónimas abiertas, deberán ser auditados por auditores independientes y externos; y someterla por ley a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros”. (Véase *Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica el estatuto orgánico de la Corporación Nacional del Cobre de Chile (CODELCO) y las normas sobre disposición de sus pertenencias mineras que no forman parte de yacimientos en actual explotación*. En: Historia de la Ley N° 20.392 [en línea]. [Fecha de consulta: 12 de mayo de 2016]. Disponible en: <<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4726/>>).

²⁵³ D.F.L. N° 1 (1993), de Transportes y Telecomunicaciones, artículo 45: “La Empresa se registrará por las normas de este decreto con fuerza de ley y, en lo no contemplado por él, por las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas. En consecuencia, no le serán aplicables, para efecto legal alguno, las disposiciones generales o especiales que rigen o rijan en el futuro a las Empresas del Estado, a menos que la nueva legislación expresamente se extienda a la Empresa. / No obstante lo dispuesto en el inciso precedente, respecto de esta Empresa seguirán rigiendo las normas que establece el artículo 11° de la ley N° 18.196”.

²⁵⁴ Ley N° 19.542, artículo 48: “Las empresas se registrarán por las normas de esta ley y, en lo no contemplado por ella, por las normas del derecho privado, en particular aquellas que rigen a las sociedades anónimas abiertas, en lo pertinente. En consecuencia, salvo las excepciones que contempla esta ley, no les serán aplicables las disposiciones generales o especiales que rigen a las empresas del Estado”.

²⁵⁵ Ley N° 19.132, artículo 35: “Televisión Nacional de Chile se registrará exclusivamente por las normas de esta ley y, en lo no contemplado por ella, por las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas. En consecuencia, no le serán aplicables, para efecto legal alguno, las disposiciones generales o especiales que rigen o rijan en el futuro a las empresas del Estado, a menos que la nueva legislación expresamente se extienda a la empresa”.

4.4.2.2. Sociedades del Estado

Por su parte, las sociedades del Estado están sujetas, en cuanto a su organización, funcionamiento y regulación de bienes, a las disposiciones del derecho privado –como, por ejemplo, la Ley N° 18.046, sobre sociedades anónimas (por expreso mandato de las leyes que han ordenado su constitución)²⁵⁶, además de los estatutos de la respectiva sociedad.

Con todo, el legislador puede determinar que a estas sociedades se les apliquen, en las materias antes señaladas, ciertas y determinadas normas de derecho público, en razón del “interés estatal y colectivo que está presente en la gestión de dichos entes privados en que el Fisco u otros órganos del Estado tienen participación”²⁵⁷. Como ha señalado un autor ya citado, al referirse a las sociedades del Estado, “el derecho público sólo regirá a su respecto en materias específicas vinculadas principalmente al control de algunos de sus actos, en la mayoría de los casos relativos al manejo de sus recursos financieros”²⁵⁸.

4.4.3. Disposiciones de derecho público aplicables a las empresas públicas y a las sociedades del Estado

En este párrafo veremos algunas normas de derecho público que la Constitución o las leyes han establecido respecto de las empresas públicas y las sociedades del Estado.

Tales normas de derecho público están referidas a materias propias del ámbito interno de dichas entidades (organización, funcionamiento, control y otras) y han sido dictadas considerando el interés público presente en la gestión de estas empresas y sociedades (por ejemplo, en razón de la utilización de recursos públicos). Por lo mismo, las disposiciones de derecho público que a continuación mencionaremos, no dicen relación con

²⁵⁶ Así, Casa de Moneda de Chile S.A. (Ley N° 20.309, artículo 2°); Empresa Concesionaria de Servicios Sanitarios S.A. (Ley N° 18.885, artículo 2°); Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A. (Ley N° 18.772, artículo 2°); Polla Chilena de Beneficencia S.A. (Ley N° 18.851, artículo 2°); y Zona Franca de Iquique S.A. (Ley N° 18.846, artículo 2°).

²⁵⁷ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen N° 22.683 (1996).

²⁵⁸ LATORRE, op. cit., p. 226.

excepciones a la legislación común aplicable a los particulares que desarrollan las mismas actividades empresariales y, por lo tanto, no exigen que sean establecidas por una ley de quórum calificado.

4.4.3.1. Disposiciones contenidas en la Constitución

4.4.3.1.1. Ampliación del giro y constitución de o participación en sociedades

Como fue señalado precedentemente, para ampliar su giro empresarial, o bien para constituir o participar en otras sociedades, las empresas públicas y las sociedades del Estado deberán ser previa y específicamente autorizadas por una ley de quórum calificado (artículo 19 N° 21, inciso 2°).

Además, las empresas públicas podrán ser autorizadas por la ley para asociarse con personas naturales o jurídicas a fin de propiciar actividades e iniciativas sin fines de lucro que contribuyan al desarrollo regional, ley que deberá ser de quórum calificado si las entidades que se formen tengan por objeto la ejecución de actividades empresariales (artículo 115, incisos 5° y 6°).

4.4.3.1.2. Contratación de empréstitos

Conforme al artículo 63 N° 9, son materias de ley: “Las que fijen las normas con arreglo a las cuales las empresas del Estado y aquellas en que éste tenga participación puedan contratar empréstitos, los que en ningún caso, podrán efectuarse con el Estado, sus organismos o empresas”.

4.4.3.1.3. Fiscalización de la Cámara de Diputados

Esta atribución de la Cámara de Diputados está contemplada en el artículo 52 N° 1 de la Constitución. En relación con esta materia, estimamos importante efectuar algunas precisiones.

El antiguo artículo 48 N° 1 de la Constitución (anterior a la reforma constitucional de la Ley N° 20.050, del año 2005), disponía lo siguiente:

“Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados:

1) Fiscalizar los actos del Gobierno. Para ejercer esta atribución la Cámara puede, con el voto de la mayoría de los diputados presentes, adoptar acuerdos o sugerir observaciones que se transmitirán por escrito al Presidente de la República, debiendo el Gobierno dar respuesta, por medio del Ministro de Estado que corresponda, dentro de treinta días. En ningún caso, dichos acuerdos u observaciones afectaran la responsabilidad política de los Ministros y la obligación del Gobierno se entenderá cumplida por el sólo hecho de entregar su respuesta.

Cualquier diputado podrá solicitar determinados antecedentes al Gobierno siempre que su proposición cuente con el voto favorable de un tercio de los miembros presentes de la Cámara”.

Con respecto a esta norma, una de las discusiones más relevantes, especialmente en la doctrina, decía relación con el sentido de la expresión “actos del Gobierno”, de cuya interpretación resultaba, en lo que nos interesa, su aplicación o no a las empresas públicas (su aplicación a las sociedades del Estado era aún más dudosa y cuestionable, al tenor del texto constitucional).

Sobre la materia, un autor señalaba en ese entonces: “Esta expresión ha generado alguna polémica en nuestra doctrina derivada, principalmente, del tipo de actos objeto de control parlamentario y del sujeto controlado. Respecto de lo primero, parece haber unanimidad en la doctrina que la disposición en comento se refiere a todos los actos emanados del Gobierno, ya sean políticos o administrativos, interpretación que es coherente con la propia letra del precepto. Por otro lado, está claro que este control abarca sólo a los

actos emanados del o de los sujetos que ostentan la calidad jurídica de ‘Gobierno’, sujeto identificado expresamente en el Art. 48 N° 1 CPR. En este punto la doctrina no ha sido uniforme y, por el contrario, ha dado diversas acepciones a la voz ‘Gobierno’. Así algunos han entendido por ‘Gobierno’ al conjunto de instituciones que forman parte del Poder Ejecutivo y que está tratado en el capítulo IV de la Constitución, es decir, Presidente de la República, Ministerios y todos los servicios y organismos que están bajo su dependencia, excluyéndose solamente los órganos constitucionalmente autónomos. Otros en cambio sostienen que debe entenderse por ‘Gobierno’, para estos efectos, al Presidente de la República y sus agentes directos e inmediatos en el desempeño de la función pública, incluyendo bajo esta denominación sólo a los Ministros de Estado, a los Intendentes y Gobernadores. Así, el control político que realiza la Cámara de Diputados respecto de la actividad desplegada por la Administración del Estado se agota en los órganos superiores de la Administración central que son, precisamente, los que realizan la función de dirección política y control –según ya vimos–, lo que se extiende, por consecuencia, a los Intendentes y Gobernadores, en cuanto delegados directos e inmediatos del Jefe de Estado y titulares de la función de gobierno en la región”²⁵⁹.

Por su parte, la profesora Luz Bulnes señala que la atribución contenida en el entonces artículo 48 N° 1 de la Constitución, “suscitó diversas interpretaciones, pero en general se entendió que los actos que podían fiscalizarse por la Cámara de Diputados eran los del Presidente de la República y de sus agentes directos quedando excluidos, para muchos, los actos de la administración, e indudablemente los de la administración descentralizada por ser estos últimos entes constitucionalmente autónomos”²⁶⁰.

La Ley de reforma constitucional N° 20.050, sustituyó el artículo 48 N° 1 de la Constitución, el cual, en el texto fijado por el Decreto Supremo N° 100, de 2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, pasó a ser artículo 52 N° 1, cuyo tenor, en lo que nos interesa, es el siguiente:

²⁵⁹ FERRADA Bórquez, Juan Carlos. *La reforma constitucional a la fiscalización parlamentaria en la Constitución de 1980: un análisis preliminar* [en línea]. *Revista Ius et Praxis*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, 2002, vol. 8, N° 1, pp. 461-481 [fecha de consulta: 06 de diciembre de 2014]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100025>

²⁶⁰ BULNES Aldunate, Luz. *La reforma constitucional al Congreso Nacional*. En: NOGUEIRA Alcalá, Humberto (coordinador). *La Constitución Reformada de 2005*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago, Chile, Librotecnia, 2005, p. 263.

“Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados:

1) Fiscalizar los actos del Gobierno. Para ejercer esta atribución la Cámara puede:

[...]

c) Crear comisiones especiales investigadoras a petición de a lo menos dos quintos de los diputados en ejercicio, con el objeto de reunir informaciones relativas a determinados actos del Gobierno.

Las comisiones investigadoras, a petición de un tercio de sus miembros, podrán despachar citaciones y solicitar antecedentes. Los Ministros de Estado, los demás funcionarios de la Administración y el personal de las empresas del Estado o de aquéllas en que éste tenga participación mayoritaria, que sean citados por estas comisiones, estarán obligados a comparecer y a suministrar los antecedentes y las informaciones que se les soliciten.

No obstante, los Ministros de Estado no podrán ser citados más de tres veces a una misma comisión investigadora, sin previo acuerdo de la mayoría absoluta de sus miembros.

La ley orgánica constitucional del Congreso Nacional regulará el funcionamiento y las atribuciones de las comisiones investigadoras y la forma de proteger los derechos de las personas citadas o mencionadas en ellas”.

Como puede observarse, la nueva disposición constitucional incluyó expresamente, entre los actos y sujetos fiscalizables por la Cámara de Diputados, las actuaciones de las empresas del Estado (empresas públicas) y de aquellas empresas en que este tenga participación mayoritaria (sociedades del Estado), criterio que ya se había sentado en el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, del año 2001, que al respecto señalaba: “8. La denominación ‘actos de Gobierno’ incluye las actuaciones de las empresas del Estado, así como de aquéllas en que el Estado tiene participación mayoritaria. En ningún caso, la fiscalización puede incidir en el ámbito privado, de manera que los particulares no están obligados a comparecer ante una comisión

investigadora, aun cuando puedan acudir voluntariamente para aclarar determinadas situaciones”²⁶¹.

4.4.3.2. Algunas disposiciones establecidas por la ley

4.4.3.2.1. Remisión de antecedentes al Congreso Nacional

Al respecto, los artículos 8° y 9° A de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, disponen lo siguiente:

“Artículo 8°. Los organismos de la Administración del Estado, las personas jurídicas creadas por ley o las empresas en que el Estado tenga representación o aportes de capital mayoritario, remitirán al Congreso Nacional sus memorias, boletines y otras publicaciones que contengan hechos relevantes concernientes a sus actividades.

En el caso de las empresas en que el Estado tenga representación o aportes de capital mayoritario, la remisión de dichos antecedentes será responsabilidad del Ministerio por intermedio del cual éstas se relacionen o vinculen con el Presidente de la República”.

“Artículo 9° A. Las empresas públicas creadas por ley, las empresas del Estado y las sociedades en que éste tenga aporte, participación accionaria superior al cincuenta por ciento o mayoría en el directorio, cualquiera sea el estatuto por el que se rijan, incluso aquellas que de acuerdo a su ley orgánica deban ser expresamente mencionadas para quedar obligadas al cumplimiento de ciertas disposiciones, deberán proporcionar los informes y antecedentes específicos que les sean solicitados por las comisiones de las cámaras o por los parlamentarios debidamente

²⁶¹ *Primer Informe Comisión Constitución. En: Historia de la Ley. Constitución Política de la República de Chile de 1980. Artículo 52. Atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados* [en línea], p. 82 [fecha de consulta: 07 de diciembre de 2014]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>

individualizados en sesión de Sala, o de comisión. Estas peticiones podrán formularse también, cuando la Cámara respectiva no celebre sesión, pero en tal caso ellas se insertarán íntegramente en el Diario o en el Boletín correspondiente a la sesión ordinaria siguiente a su petición.

Con todo, no estarán obligadas a entregar los informes y antecedentes cuando éstos:

- a) Se refieran a hechos o antecedentes que tengan el carácter de reservado, de conformidad a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 10 de la ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores; o
- b) Contengan información sujeta al deber de reserva establecido en el artículo 43 y en el inciso tercero del artículo 54 de la ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas; o
- c) Sean documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política.

Para invocar cualquiera de estas causales, será necesario un acuerdo previo adoptado por las tres cuartas partes de los miembros en ejercicio del órgano colegiado encargado de la administración de la empresa o sociedad, o de todos los administradores cuando aquella no corresponda a un órgano colegiado.

Si las comisiones o los parlamentarios insisten en su petición, la empresa o sociedad estará obligada a proporcionar los antecedentes o informes solicitados, salvo que requiera a la Contraloría General de la República para que, previo informe de la Superintendencia de Valores y Seguros, resuelva que concurre alguna de las causales señaladas precedentemente.

Para los casos en que el informe emitido por la Superintendencia de Valores y Seguros establezca que la negativa de la empresa a proporcionar la información requerida no se encuentra amparada en alguna de las causales señaladas en el inciso tercero, la Contraloría General de la República fijará un plazo para que dicha información sea proporcionada.

En ningún caso las peticiones de informes importarán el ejercicio de las facultades señaladas en el párrafo segundo de la letra c) del número 1) del artículo 52 de la Constitución Política”.

El artículo 9° A, recién transcrito, fue introducido, el año 2010, por la Ley N° 20.447. Con anterioridad a esta modificación, y al tenor de lo dispuesto en el artículo 8° y, especialmente, en el antiguo artículo 9° de la Ley N° 18.918 (posteriormente sustituido por la referida Ley N° 20.447)²⁶², hubo casos de empresas públicas que se negaron a proporcionar a la Cámara de Diputados o al Senado, diversos antecedentes solicitados por dichas cámaras. Tales fueron, por ejemplo, los casos de Banco del Estado de Chile, Corporación Nacional del Cobre de Chile y Televisión Nacional de Chile. En todos ellos, el fundamento de la negativa a entregar los antecedentes solicitados, fue básicamente que, conforme a sus leyes orgánicas, dichas empresas se encontraban excluidas de las disposiciones generales o especiales aplicables a las empresas del Estado y, en general, al sector público (como, en la especie, los artículos 8° y antiguo 9° de la Ley N° 18.918), a menos que la respectiva disposición expresamente se extendiera a las referidas empresas²⁶³. Frente a esta negativa, y conforme al procedimiento establecido en el artículo 10 de la Ley N° 18.918, la Contraloría General de la República impuso al Presidente o Presidente Ejecutivo –según correspondiera– de cada empresa, la sanción contemplada en dicho artículo. Ante ello, las empresas públicas sancionadas interpusieron acciones declarativas de mera certeza o de nulidad de derecho público ante los tribunales ordinarios, a efectos de que estos resolvieran, en definitiva, si tales empresas estaban o no obligadas a proporcionar los antecedentes que se les habían solicitado. En algunos litigios, los tribunales acogieron las demandas interpuestas²⁶⁴, pero en la mayoría de ellos, las rechazaron²⁶⁵.

²⁶² El antiguo artículo 9°, disponía lo siguiente: “Los organismos de la Administración del Estado deberán proporcionar los informes y antecedentes específicos que les sean solicitados por las Cámaras o por los organismos internos autorizados por sus respectivos reglamentos, con excepción de aquéllos que por expresa disposición de la ley tengan el carácter de secretos o reservados. / Los informes y antecedentes solicitados que revistan el carácter de secretos o reservados por su naturaleza o por disposición especial que no tenga fuerza de ley, serán proporcionados por el servicio, organismo o entidad por medio del Ministro del que dependa o mediante el cual se encuentre vinculado con el gobierno, manteniéndose los respectivos documentos en reserva. Si tales informes y antecedentes fueren secretos, por comprometer la seguridad nacional, afectar la actividad económica o financiera del país, o por otro motivo justificado, el Ministro sólo los proporcionará a la comisión respectiva o a la Cámara que corresponda, en su caso, en la sesión secreta que para estos efectos se celebre. / Todo lo anterior es sin perjuicio de lo previsto en el inciso segundo del número 1) del artículo 48 de la Constitución”.

²⁶³ Al respecto, y para los ejemplos citados, véanse los artículos 2° del D.L. N° 2.079, de 1977 (Banco del Estado de Chile), 25 del D.L. N° 1.350, de 1976 (Codelco) y 35 de la Ley N° 19.132 (Televisión Nacional de Chile).

²⁶⁴ Así, “Televisión Nacional de Chile con Fisco de Chile” (26° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 10-1994), confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago.

²⁶⁵ Así, por ejemplo, (a) “Corporación Nacional del Cobre de Chile con Fisco de Chile” (17° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 6.446-1999), confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 9.134-

Considerando, entre otros elementos, estos casos, el legislador, en el citado artículo 9° A, estableció, de manera precisa, la obligación de todas las empresas públicas de entregar los informes y antecedentes solicitados por las cámaras del Congreso Nacional.

4.4.3.2.2. Fiscalización y control de la Contraloría General de la República

A este respecto, además de lo que, con carácter general, dispone el artículo 98, inciso 1° de la Constitución²⁶⁶, cabe citar los artículos 16 (incorporado por el D.L. N° 38, de 1973), 21 A y 34, letra d), todos de la Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República.

El artículo 16 dispone, en sus incisos 1° y 2°, lo siguiente:

“Artículo 16. Los Servicios, Instituciones Fiscales, Semifiscales, Organismos Autónomos, Empresas del Estado y en general todos los Servicios Públicos creados por ley, quedarán sometidos a la fiscalización de la Contraloría General de la República, sin perjuicio del control que ejerce la Superintendencia de Bancos sobre el Banco Central y el Banco del Estado de Chile, del que cumple la Superintendencia de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio sobre el Instituto de Seguros del Estado y la Caja Reaseguradora de Chile y del que desarrolla la Superintendencia de Seguridad Social sobre las instituciones y entidades sometidas actualmente a su fiscalización.

2002); (b) “Banco del Estado de Chile con Fisco de Chile” (17° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 2.161-1999), confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 1.027-2003); en contra de esta última sentencia, Banco del Estado de Chile interpuso recurso de casación en el fondo, el cual fue rechazado por la Corte Suprema (Rol N° 6.585-2007); (c) “Televisión Nacional de Chile con Fisco de Chile” (18° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 1.061-2000); la sentencia de primera instancia acogió la demanda de la empresa pública; sin embargo, elevado en apelación, el fallo fue revocado por la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 6.327-2007); y (d) “Televisión Nacional de Chile con Fisco de Chile” (18° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 4.437-2006).

²⁶⁶ Este precepto establece lo siguiente: “Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva”.

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

Por su parte, el artículo 21 A establece:

“Artículo 21 A. La Contraloría General efectuará auditorías con el objeto de velar por el cumplimiento de las normas jurídicas, el resguardo del patrimonio público y la probidad administrativa.

Conforme a lo anterior, a través de estas auditorías la Contraloría General evaluará los sistemas de control interno de los servicios y entidades; fiscalizará la aplicación de las disposiciones relativas a la administración financiera del Estado, particularmente, las que se refieren a la ejecución presupuestaria de los recursos públicos; examinará las operaciones efectuadas y la exactitud de los estados financieros; comprobará la veracidad de la documentación sustentatoria; verificará el cumplimiento de las normas estatutarias aplicables a los funcionarios públicos y formulará las proposiciones que sean adecuadas para subsanar los vacíos que detecte.

El Contralor General establecerá las normas que regularán la forma, el plazo y las modalidades de las auditorías que le corresponda efectuar al organismo fiscalizador. Sin perjuicio de las atribuciones de la Contraloría General, los servicios públicos sujetos a su fiscalización podrán contratar auditorías de sus estados financieros a empresas particulares externas”.

Finalmente, el artículo 34, letra d), dispone:

“Artículo 34. Corresponderá al Departamento de Contabilidad:

[...].

d) Realizar las funciones de examen de las cuentas de las operaciones de las instituciones semifiscales, de administración autónoma, municipales, empresas del Estado y, en general, de todos los organismos cuyos presupuestos no estén contemplados dentro del Presupuesto General de la Nación; sin perjuicio de las comisiones permanentes para la toma de razón y refrendación de los decretos o resoluciones que el Contralor pueda constituir en algunas reparticiones autónomas, en los casos en que se provea a la Contraloría de fondos para el pago de estos servicios”.

No obstante la amplitud de las normas antes citadas, especialmente en lo relativo a las empresas públicas, cabe hacer presente que algunas de estas han sido sustraídas de la fiscalización de la Contraloría General de la República, por expresa disposición legal (Banco del Estado de Chile²⁶⁷), y, en otros casos, la competencia de la Contraloría es limitada (Empresa de los Ferrocarriles del Estado²⁶⁸, Empresa Nacional de Aeronáutica de Chile²⁶⁹ y Televisión Nacional de Chile²⁷⁰).

²⁶⁷ El artículo 1° del D.L. N° 2.079, de 1977 (Ley Orgánica del Banco del Estado de Chile), establece, en lo pertinente, que esta empresa está “sometida exclusivamente a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras”. Además, el D.L. N° 231, de 1973, dispone en su artículo 19: “La Superintendencia de Bancos tendrá la fiscalización exclusiva de todos los bancos del país, incluidos el Banco Central de Chile y el Banco del Estado de Chile, para lo cual no regirá lo dispuesto en el decreto ley 38, publicado en el Diario Oficial de 2 de octubre de 1973”.

²⁶⁸ El artículo 40 del D.F.L. N° 1, de 1993, de Transportes y Telecomunicaciones, establece: “La Empresa sólo estará afecta al control de la Contraloría General de la República en los mismos casos, oportunidades, materias y forma en que lo estaría una sociedad anónima abierta privada. / Con todo, estarán sujetos a este control los aportes y subvenciones que reciba la Empresa del Fisco, en los términos del artículo 32° de este decreto con fuerza de ley”.

Con respecto a lo dispuesto en el inciso 1° de este artículo, cabe precisar que la remisión a las sociedades anónimas abiertas privadas, debe interpretarse en el sentido de que la Empresa de los Ferrocarriles del Estado está sujeta al control de la Contraloría General de la República, en los casos a que se refieren los artículos 25 y 85, inciso final, de la Ley N° 10.336, relativos a la verificación de la correcta inversión de los fondos públicos que dicha empresa perciba por leyes permanentes a título de subvención o aporte del Estado para un propósito específico y determinado, siendo el objetivo de la fiscalización comprobar el cumplimiento de tal finalidad. Sobre esta materia, véanse los dictámenes N°s. 1.110 (1993); 7.933 (1997) y 24.091 (2010), de la Contraloría General de la República.

²⁶⁹ El artículo 15 de la Ley N° 18.297, dispone: “La Empresa Nacional de Aeronáutica de Chile estará sujeta a la fiscalización de la Contraloría General de la República, exclusivamente en lo concerniente al examen de las cuentas de entradas y gastos”.

²⁷⁰ Al respecto, el artículo 34, inciso 3°, de la Ley N° 19.132, establece lo siguiente: “Televisión Nacional de Chile sólo estará afecta al control de la Contraloría General de la República en los mismos casos,

El caso de la Corporación Nacional del Cobre de Chile (Codelco) es especial. En efecto, el artículo 11 del D.F.L. N° 1, de 1987, de Minería, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N° 1.349, de 1976, que crea la Comisión Chilena del Cobre (Cochilco), dispone lo siguiente:

“Artículo 11°. En el ejercicio de sus facultades, la Comisión ejercerá la fiscalización directa de las empresas del Estado productoras de cobre y de sus subproductos o en que el Estado tenga participación mayoritaria, para los cual podrá revisar sus balances, como asimismo los antecedentes que han servido para su confección, conocer los procedimientos de control interno de las empresas, revisar sus contratos de ventas, de agencias y de adquisición, realizar análisis financieros y auditorías globales y de operaciones específicas, revisar los informes de las auditorías externas que contraten las empresas, y demás que le encomienda este decreto ley.

La Comisión informará a los ejecutivos máximos de las empresas fiscalizadoras, sobre los resultados y recomendaciones que surjan de sus auditorías, análisis o estudios, practicados en ellas.

Las empresas podrán recurrir ante la Contraloría General de la República en contra de las medidas de fiscalización adoptadas por la Comisión, y que las afecten, sin que el recurso interpuesto suspenda la medida”.

En consecuencia, Codelco está sujeta a la fiscalización directa de la Comisión Chilena del Cobre. La Contraloría General de la República, en principio, no está facultada para fiscalizar directamente a esta empresa, sino que solo podrá hacerlo indirectamente, a través de la referida Comisión. En tal sentido, agrega el artículo 12 del citado D.F.L. N° 1:

“La Comisión Chilena del Cobre quedará sujeta a la plena fiscalización de la Contraloría General de la República.

oportunidades, materias y forma en que lo estaría una sociedad anónima abierta privada”, debiendo interpretarse la remisión a las sociedades anónimas abiertas privadas, en el mismo sentido explicado en *supra*, nota 268. Sobre el alcance de este artículo, véanse los dictámenes N°s. 26.281 (2000); 28.735 (2013) y 31.251 (2014), de la Contraloría General de la República.

Con todo, sus acuerdos o resoluciones no estarán sujetos al trámite de toma de razón, sin perjuicio de su control posterior.

La Contraloría General fiscalizará a través de la Comisión a las sociedades colectivas del Estado o a la o las empresas que sean sus continuadoras legales, y a las sociedades productoras en que el Estado o sus instituciones o empresas tengan aportes, representación o participación mayoritarias o en igual proporción, en lo referente al cumplimiento de sus objetivos, la regularidad de sus operaciones, a hacer efectiva la responsabilidad de sus funcionarios y directivos, y a la obtención de los antecedentes necesarios para la confección del Balance Nacional.

No obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, el Contralor General de la República, podrá, cuando circunstancias especiales así lo aconsejen, disponer que la Contraloría asuma transitoriamente y en plenitud, todas o algunas de sus facultades de fiscalización o de las que corresponden a la Comisión, respecto de las sociedades colectivas del Estado o la o las continuadoras legales de ellas, dando cuenta al Presidente de la República de los fundamentos de su resolución, de las medidas que adopte en su ejercicio, y de los resultados obtenidos. Lo anterior es sin perjuicio de la facultad que el decreto ley N° 1.141, de 1975, otorga al Presidente de la República”²⁷¹.

Con respecto a la fiscalización por parte de la Contraloría a “las empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o participación” (artículo 16, inciso 2°, de la Ley N° 10.336), se ha señalado que este control “es doblemente excepcional y restrictivo, por las dos siguientes razones: i) por una parte, sólo tiene lugar tratándose de sociedades en que un órgano del Estado o una empresa o sociedad estatal

²⁷¹ El referido D.L. N° 1.141, de 1975, dispone, en su artículo único, lo siguiente: “El Presidente de la República podrá disponer, por decreto supremo, o por oficio, que la Contraloría General de la República ejerza todas o algunas de las facultades que le confiere la ley N° 10.336, y sus posteriores modificaciones, respecto de las instituciones fiscales, semifiscales o autónomas, sobre las empresas del Estado y, en general, sobre los organismos, entidades o sociedades a que se refiere el decreto ley N° 38, de 1973, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que por disposiciones legales preexistentes o que se dicten en el futuro no estén ordinariamente afectas a dicha fiscalización. / En el caso de que se ejerciere esta facultad mediante decreto supremo, éste llevará la firma del Ministro de la Cartera a través de la cual dichos Servicios o instituciones se relacionan con el Ejecutivo o del que dependen, en su caso”.

tenga aportes de capital mayoritario o en igual proporción; y ii) únicamente se ejerce sobre una parte determinada de la actividad realizada por la sociedad y no alcanza a la totalidad de ella. A este respecto cabe señalar que si bien este control sólo puede recaer sobre las materias taxativamente enunciadas en la precitada disposición, la amplitud de los acápites que ella comprende hace posible el ejercicio de una labor más extensa de lo que pudiese desprenderse de la norma, tal como lo ha entendido la jurisprudencia mayoritaria emanada del propio órgano de control. En efecto, de acuerdo a lo que señala la norma transcrita, el control reservado al ente Fiscalizador no excluye, a priori, ninguna competencia del órgano fiscalizado y, por el contrario, puede recaer sobre cualquiera de ellas en la medida que aquél esté dirigido a ‘cautelar el cumplimiento de los fines’ o ‘la regularidad de las operaciones’ del organismo societario o ‘para hacer efectivas las responsabilidades’ de su personal. Como se aprecia de la disposición, la restricción del control está establecida en cuanto al fin de la acción fiscalizadora que ejerza la Contraloría, pero no respecto de las materias sobre las cuales puede recaer. Así, entonces, la fiscalización puede lícitamente llevarse a cabo sobre aspectos relacionados con el funcionamiento interno de la sociedad, como por ejemplo en materias de administración de personal y de bienes y recursos financieros, y también respecto del cumplimiento del giro y de toda la contratación que se haga con terceros, sean o no usuarios, ya que el control de toda esa actividad permitirá determinar si se están cumpliendo o no los fines societarios; si las operaciones son o no regulares y si existen responsabilidades que hacer efectivas²⁷².

Por último, cabe hacer presente que la fiscalización de la Contraloría General de la República respecto de las empresas públicas y sociedades del Estado –con la salvedad hecha al Banco del Estado de Chile–, es sin perjuicio del control de otras entidades (especialmente de las respectivas Superintendencias) al que tales empresas y sociedades puedan quedar sujetas, como el caso de Codelco²⁷³, Empresa de los Ferrocarriles del Estado²⁷⁴, Empresa Nacional de Minería²⁷⁵, Empresas Portuarias²⁷⁶, Televisión Nacional de

²⁷² LATORRE, op. cit., p. 237. Los énfasis son del original.

²⁷³ Artículo 1° del D.L. N° 1.350, de 1976.

²⁷⁴ Artículo 38 del D.F.L. N° 1, de 1993, de Transportes y Telecomunicaciones.

²⁷⁵ Artículo 27 del D.F.L. N° 153, de 1960, de Hacienda.

²⁷⁶ Artículo 44 de la Ley N° 19.542.

Chile²⁷⁷, Casa de Moneda de Chile S.A.²⁷⁸, Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.²⁷⁹ y Empresa Concesionaria de Servicios Sanitarios S.A.²⁸⁰, entre otras.

4.4.3.2.3. Transparencia y acceso a información

La Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, contiene dos disposiciones relevantes en la materia.

En efecto, el artículo primero (que contiene la “Ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado”), dispone en su artículo 2°, inciso 3°:

“También se aplicarán las disposiciones que esta ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio”.

Por su parte, el artículo décimo de la Ley N° 20.285, establece lo siguiente:

“El principio de la transparencia de la función pública consagrado en el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política y en los artículos 3° y 4° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado es aplicable a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y a las sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, tales como Televisión Nacional de Chile, la Empresa Nacional de Minería, la Empresa de Ferrocarriles del Estado, la Corporación Nacional del Cobre de Chile o Banco Estado, aun cuando la ley respectiva disponga que es necesario mencionarlas expresamente para quedar sujetas a las regulaciones de otras leyes.

²⁷⁷ Artículo 33 de la Ley N° 19.132.

²⁷⁸ Artículo 2° de la Ley N° 20.309.

²⁷⁹ Artículo 2° de la Ley N° 18.772.

²⁸⁰ Artículo 2° de la Ley N° 18.885. En el ámbito de su actividad, esta empresa está sujeta, además, a la fiscalización de la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

En virtud de dicho principio, las empresas mencionadas en el inciso anterior deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, los siguientes antecedentes debidamente actualizados:

- a) El marco normativo que les sea aplicable.
- b) Su estructura orgánica u organización interna.
- c) Las funciones y competencias de cada una de sus unidades u órganos internos.
- d) Sus estados financieros y memorias anuales.
- e) Sus filiales o coligadas y todas las entidades en que tengan participación, representación e intervención, cualquiera sea su naturaleza y el fundamento normativo que la justifica.
- f) La composición de sus directorios y la individualización de los responsables de la gestión y administración de la empresa.
- g) Información consolidada del personal.
- h) Toda remuneración percibida en el año por cada Director, Presidente Ejecutivo o Vicepresidente Ejecutivo y Gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa, incluso aquellas que provengan de funciones o empleos distintos del ejercicio de su cargo que le hayan sido conferidos por la empresa, o por concepto de gastos de representación, viáticos, regalías y, en general, todo otro estipendio. Asimismo, deberá incluirse, de forma global y consolidada, la remuneración total percibida por el personal de la empresa.

La información anterior deberá incorporarse a sus sitios electrónicos en forma completa, de un modo que permita su fácil identificación y un acceso expedito.

Las empresas a que se refiere este artículo, cualquiera sea el estatuto por el que se rijan, estarán obligadas a entregar a la Superintendencia de Valores y Seguros o, en su caso, a la Superintendencia a cuya fiscalización se encuentren sometidas, la misma información a que están obligadas las sociedades anónimas abiertas de conformidad con la ley N° 18.046. En caso de incumplimiento, los directores responsables de la empresa infractora serán sancionados con multa a beneficio fiscal hasta por un monto de quinientas unidades de fomento, aplicada por la respectiva Superintendencia de conformidad con las atribuciones y el procedimiento que establecen sus respectivas leyes orgánicas”.

4.4.3.2.4. Envío de información a Gobiernos Regionales

La Ley N° 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional (cuyo texto refundido, coordinado, sistematizado y actualizado, fue fijado por el D.F.L. N° 1, de 2005, de Interior), dispone en su artículo 21, inciso 1°, que:

“Los órganos y servicios de la Administración Pública nacional, las empresas en que tenga intervención el Fisco por aportes de capital y los servicios públicos, deberán informar oportunamente a los gobiernos regionales acerca de las proposiciones de planes, programas y proyectos que vayan a ejecutar en la región”.

4.4.4. Las excepciones que por motivos justificados puede establecer la ley

El artículo 19 N° 21, inciso 2° de la Constitución, en su parte final, admite la posibilidad de que se establezcan excepciones al régimen de igualdad jurídica existente entre el Estado empresario y los particulares, sujetando al primero a normas distintas que las aplicadas a estos últimos en el ámbito de una misma actividad empresarial.

Sin embargo, para que ello sea posible, deben cumplirse dos requisitos:

1) El primero es que estas excepciones deben establecerse mediante una ley de quórum calificado.

2) El segundo requisito consiste en que deben existir motivos justificados que fundamenten el establecimiento de dichas excepciones. Al respecto, consideramos que, al momento de establecer una o más excepciones a la “legislación común aplicable a los particulares”, el legislador debería, en la ley respectiva, dejar expresa constancia de los motivos justificados que lo llevan a alterar el régimen de igualdad jurídica entre el Estado y los particulares. La inexistencia de estos motivos justificados, implicará que la ley que contenga las referidas excepciones, incurrirá en discriminación arbitraria a favor del Estado y, por consiguiente, será inconstitucional²⁸¹.

²⁸¹ Al respecto, nos remitimos a lo explicado en el capítulo segundo de este trabajo, a propósito del principio de igualdad, en especial a lo expresado en el párrafo 3.3, pp. 47-48.

CONCLUSIONES

Al finalizar este trabajo, podemos concluir lo siguiente.

1. La Constitución Política de la República de 1980 contiene una serie de principios y normas de carácter económico –que en conjunto configuran lo que la doctrina más moderna denomina Constitución Económica–, cuyo sentido general está dado por la decisión del constituyente de reconocer primacía a la persona sobre el Estado en el ámbito económico.

2. Entre las materias que reglamenta la Constitución, se encuentra la relativa a la actividad empresarial del Estado, cuya regulación general y fundamental está contenida en el artículo 19 N° 21, inciso 2°, que fue el objeto principal de nuestro estudio.

3. En nuestro trabajo identificamos como los principios constitucionales que fundamentan dicha regulación, los de subsidiariedad del Estado, igualdad y reserva legal, opinión en la que coincide la mayoría de la doctrina (sin perjuicio de la posición discrepante que en esta ha surgido en los últimos años con respecto al principio de subsidiariedad) y la unanimidad de la jurisprudencia (judicial, constitucional y administrativa). De los mencionados, el principio axial de la regulación constitucional del Estado empresario es, a nuestro juicio –y como esperamos haber demostrado en este trabajo–, el de subsidiariedad del Estado.

4. Así, a partir del análisis de los principios antes señalados y su relación con el precepto constitucional estudiado, concluimos que: (a) las actividades económicas o empresariales son de competencia y responsabilidad principal de los particulares; (b) la actividad empresarial del Estado es excepcional, cuya necesidad y legitimidad deben examinarse a partir de los fundamentos y condiciones del principio de subsidiariedad del Estado; (c) la actividad empresarial del Estado, como toda actividad estatal, debe ser previamente autorizada por una ley; y (d) el Estado debe ejecutar las respectivas actividades empresariales, por regla general, en condiciones de igualdad jurídica con los particulares, sin hacer efectivas potestades públicas ni sujetarse a regímenes normativos especiales o más favorables.

5. En síntesis, el artículo 19 N° 21, inciso 2° de la Constitución configura la existencia de un Estado empresario subsidiario y excepcional, legalmente autorizado y sujeto, por regla general, a un régimen normativo de igualdad con los particulares.

6. La expresión “Estado y sus organismos” que utiliza la norma constitucional estudiada, debe interpretarse en un sentido amplio, comprensivo de todas las entidades, de derecho público y de derecho privado, a través de las cuales el Estado realice actividades empresariales, entre las que destacan las empresas públicas creadas por ley y las sociedades del Estado.

7. El Sistema de Empresas-SEP –comité de la Corfo encargado de la representación de los derechos del Estado y del control de gestión en algunas empresas públicas y sociedades estatales– adolece de una serie de deficiencias y restricciones institucionales (por de pronto, su creación, funciones y atribuciones son determinadas no por una ley, sino que por un acto administrativo, como son los acuerdos del Consejo de la Corfo), que lo hacen inadecuado para tan relevante tarea. Por ello, consideramos positivo el proyecto de ley que introduce perfeccionamientos en los regímenes de gobierno corporativo de las empresas del Estado y de aquellas en que este tenga participación –actualmente en tramitación en el Congreso Nacional–, el cual, entre otras disposiciones, propone transformar el actual Comité Sistema de Empresas, en el Sistema de Empresas Públicas, un servicio público descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio.

8. La finalidad de lucro no es, a nuestro juicio, un elemento esencial para definir el concepto de “actividad empresarial”. En tal sentido, discrepamos de la tendencia mayoritaria de la jurisprudencia de los tribunales superiores, la cual, en general, considera la finalidad de lucro o ganancia, precisamente, como un elemento definitorio de la actividad empresarial, criterio que, en cambio, no es seguido por la jurisprudencia más reciente de la Contraloría General de la República.

9. La actividad empresarial del Estado, de acuerdo a lo dispuesto en el precepto estudiado, admite dos modalidades diferentes: (a) el desarrollo de actividades empresariales, en que el Estado y sus organismos realizan por sí mismos, en forma directa, tales actividades (principalmente, mediante empresas públicas), y (b) la participación en dichas actividades, en que el Estado y sus organismos las realizan en forma indirecta. A su vez, esta última modalidad –participación– puede llevarse a efecto a través de tres formas

jurídicas: (i) mediante sociedades, (ii) a través de fundaciones y corporaciones sin fines de lucro y (iii) mediante contratos de colaboración empresarial (como se concluyó, en relación con esta última forma, por ejemplo, en la sentencia de segunda instancia pronunciada en el recurso de amparo económico “Asociación Nacional de la Prensa A.G. con Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.”).

10. Con respecto a la ley de quórum calificado que autorice al Estado y sus organismos a desarrollar o participar en actividades empresariales, concluimos que esta debe cumplir dos requisitos formales: (a) debe ser específica, autorizando en cada caso la ejecución de una determinada actividad empresarial (opinión en la que coincide la mayoría de la doctrina), y (b) debe establecer expresa y específicamente el objeto o giro empresarial autorizado (principio de especialidad del giro empresarial) y, además, debe interpretarse restrictivamente.

11. Sin embargo, en relación con el requisito señalado en la letra (b) del número anterior, constatamos que hay empresas públicas o sociedades del Estado en que el objeto o giro empresarial autorizado por sus respectivas leyes orgánicas o por las que ordenaron su constitución, es relativamente genérico y amplio, pues tales leyes, además de definir el objeto principal de la empresa o sociedad, contienen una referencia genérica a “actividades anexas” a dicho objeto principal, a “actividades que se relacionen directamente o indirectamente” con este, o bien a actividades que sean “necesarias o convenientes para la empresa”, entre otras expresiones, lo cual –ante casos de posible desborde del giro empresarial especial– ha obligado a la interpretación de tales expresiones por parte de los tribunales, para resolver si una actividad o negocio concreto está o no comprendido en el giro empresarial autorizado. Al respecto, y sobre la base de los recursos de amparo económico revisados en el capítulo tercero, concluimos que la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores no ha sido uniforme en la materia, existiendo fallos en que el objeto empresarial de las empresas y sociedades estatales se ha interpretado con un criterio amplio y otros en los que, por el contrario, el criterio interpretativo ha sido restringido (a diferencia de la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, en que la tendencia ha sido aplicar un criterio de interpretación estricto).

12. A nuestro juicio, las soluciones ante los casos de empresas y sociedades con un giro empresarial genérico o amplio, debieran orientarse por dos vías distintas. (a) Una es la solución legislativa, mediante la cual, consideramos, debieran modificarse las respectivas leyes autorizantes, eliminando del catálogo de actividades y negocios permitidos realizar por las empresas y sociedades estatales, expresiones genéricas como las antes mencionadas, acotando del modo más específico posible las actividades autorizadas –habida cuenta de la situación excepcional que se autoriza–, a efectos de evitar o morigerar el riesgo de desborde del giro empresarial. (b) La otra es la solución por vía judicial. En tal sentido, y como ya fuera planteado en este trabajo –siguiendo la tesis de otro autor–, a nuestro juicio la interpretación del objeto empresarial estatal, en los casos en que este sea relativamente genérico o amplio, debiera efectuarse sobre la base del principio de subsidiariedad y de los supuestos que, en virtud de este, hacen legítima y necesaria la actividad empresarial del Estado, superando, de esta manera, la interpretación puramente formalista que se observa en algunos fallos judiciales sobre la materia.

13. La remisión a “la legislación común aplicable a los particulares” que hace el artículo 19 N° 21, inciso 2° de la Constitución, implica que el Estado y sus organismos, al desarrollar o participar en actividades empresariales, estarán sometidos, en el ámbito de esas actividades, a un régimen de igualdad jurídica en relación con los particulares que también las desarrollen, sin perjuicio de las excepciones que al respecto establezca una ley de quórum calificado y en tanto existan motivos justificados para ello (pues, en caso contrario, la respectiva ley incurrirá en discriminación arbitraria).

14. En el ámbito interno (organización, funcionamiento, control y otras materias), en tanto, las empresas públicas están sometidas, por regla general, a un régimen normativo de derecho público; con todo, como fue señalado, hay empresas públicas que en dicho ámbito están sujetas, por expresa disposición legal y en lo no previsto en sus respectivas leyes orgánicas, a normas de derecho privado. Por su parte, las sociedades del Estado están sujetas, en el referido ámbito interno, en general, a un régimen jurídico de derecho privado, sin perjuicio de que pueden quedar regidas por determinadas disposiciones de derecho público.

15. El interés público comprometido en la gestión de las empresas públicas y sociedades del Estado –y, en general, de toda entidad estatal que realice actividades empresariales–, como asimismo el hecho de que unas y otras son una manifestación del Estado, es decir, son organismos del Estado, ha determinado que a ellas se les apliquen diversos preceptos de derecho público, tanto constitucionales como legales, algunos de los cuales fueron revisados en este trabajo. Como conclusión general al respecto, y principalmente por los motivos recién señalados (interés público y carácter estatal), estimamos altamente positivo el establecimiento de tales limitaciones y controles, en tanto no interfieran o entorpezcan la actividad de las empresas, sociedades y otras entidades estatales ni los negocios desarrollados o proyectados por estas.

16. En tal sentido, particularmente relevante ha sido la reforma constitucional (Ley N° 20.050) que modificó la disposición relativa a las facultades fiscalizadoras de la Cámara de Diputados, resolviendo afirmativamente la antigua discusión doctrinaria acerca de si la expresión “actos del gobierno”, en lo que nos interesa, comprendía o no las actuaciones de las empresas públicas y las sociedades del Estado. A partir de la citada reforma y en virtud de texto expreso (artículo 52 N° 1 de la Constitución), ambas entidades pueden ser fiscalizadas por la Cámara de Diputados.

17. Así también, la modificación introducida a la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, en virtud de la cual se incorporó a esta el artículo 9° A, a nuestro juicio es positiva, pues esta última disposición puso término a las pretensiones de algunas empresas públicas –que incluso hicieron valer ante los tribunales de justicia, con resultados, en general, desfavorables para estas– de sustraerse al deber de entregar al Congreso los antecedentes e informes que este pudiera solicitarles.

18. Por el contrario, consideramos negativo el hecho de que algunas empresas públicas estén excluidas de la fiscalización de la Contraloría General de la República, o que, en el caso de otras, las atribuciones del órgano de control a su respecto sean limitadas. En efecto, como ha sido antes señalado, en la actividad empresarial del Estado, si bien hay un ámbito regido por el derecho común, hay también otro que no puede sustraerse del derecho público, habida cuenta –cabe insistir en ello– de la calidad de organismos del Estado que tienen, en este caso, las empresas públicas (y, además, integrantes de la Administración del Estado), como asimismo del interés público que ellas representan

(recordando, además, que tienen por finalidad satisfacer una necesidad pública). Por lo tanto, asimilar ciertas empresas públicas, en lo que al control de la Contraloría General de la República se refiere, a las sociedades anónimas abiertas (como, en el caso de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado o de Televisión Nacional de Chile, lo hacen sus leyes orgánicas) –excluyendo, por ejemplo, el control de legalidad que efectúa la entidad contralora–, o derechamente sustraer a una empresa pública de toda fiscalización de la Contraloría (como en el caso del Banco del Estado de Chile), implica, a nuestro juicio, desconocer la naturaleza y fines de carácter público que todas esas empresas tienen.

BIBLIOGRAFÍA

A. LIBROS

1. ACHURRA González, Marcela, DUSSELLANT Balbontín, Patricio y ROJAS Sánchez, Gonzalo. Derecho Político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1996.
2. ARÓSTICA Maldonado, Iván. Derecho Administrativo Económico. Libre iniciativa privada y actividad empresarial del Estado. Santiago, Chile, Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás, 2001.
3. AYLWIN Oyarzún, Mariana *et al.* Chile en el siglo XX. Santiago, Chile, Editorial Emisión, [s.f.].
4. BASSOLS Coma, Martín. Constitución y sistema económico. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1988.
5. BULNES Aldunate, Luz. La reforma constitucional al Congreso Nacional. En: NOGUEIRA Alcalá, Humberto (coordinador). La Constitución Reformada de 2005. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago, Chile, Librotecnia, 2005.
6. CEA Egaña, José Luis. Tratado de la Constitución de 1980. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1988.
7. CEA Egaña, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Tomo I. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002.
8. COVARRUBIAS Cuevas, Ignacio. El principio de subsidiariedad. En: NAVARRO Beltrán, Enrique (Ed.). 20 años de la Constitución Chilena 1981-2001. Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 2001.
9. DANIEL Argandoña, Manuel. La Organización Administrativa en Chile. Bases Fundamentales. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1982.
10. DIEZ Urzúa, Sergio. Personas y valores. Su protección constitucional. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1999.

11. FERMANDOIS Vöhringer, Arturo. Derecho Constitucional Económico. Garantías Económicas. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo I. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2001a.
12. FONT Galán, Juan Ignacio. Constitución económica y Derecho de la competencia. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1987.
13. FONTAINE Talavera, Arturo y GONZÁLEZ Pino, Miguel (Eds.). Los Mil Días de Allende. Tomo 2. Santiago, Chile, Centro de Estudios Públicos, 1997.
14. GÓMEZ Bernal, Gastón. El principio de igualdad constitucional. En: NAVARRO Beltrán, Enrique (Ed.). 20 años de la Constitución Chilena 1981-2001. Santiago. Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 2001.
15. HACHETTE A. de la F., Dominique. Privatizaciones: Reforma estructural pero inconclusa. En: LARRAÍN B., Felipe y VERGARA M., Rodrigo (Eds.). La Transformación Económica de Chile. Santiago, Chile, Centro de Estudios Públicos, 2000.
16. HAYEK, Friedrich A. Los fundamentos de la libertad. Madrid, Unión Editorial, 2008.
17. IBÁÑEZ Santa María, Adolfo. Herido en el ala. Estado, Oligarquías y Subdesarrollo. Chile 1924-1960. Santiago, Chile, Editorial Biblioteca Americana, Universidad Andrés Bello, 2003.
18. LAJUGIE, Joseph. Los sistemas económicos. Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963.
19. LÓPEZ Magnasco, Sebastián. Libertad de empresa y no discriminación económica. Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional [en línea]. Santiago, Chile. Cuadernos del Tribunal Constitucional (48). 2012 [fecha de consulta: 04 de octubre de 2014]. Disponible en: http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_documento.php?id=1839
20. LÜDERS, Rolf J. El Estado Empresario en Chile. Las bases de su desarrollo hasta 1973 y la privatización durante el régimen militar. En: WISECARVER, Daniel L. (Ed.). El modelo económico chileno. 2ª edición. Santiago, Chile, Centro Internacional para el Desarrollo Económico e Instituto de Economía de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1993.
21. MORENO Valencia, Fernando. Iglesia, Política y Sociedad. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1988.

22. NAVARRO Beltrán, Enrique y CARMONA Santander, Carlos (Eds.). Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011). Santiago, Chile, Cuadernos del Tribunal Constitucional, 2011.
23. NIÑO Parada, Eduardo. La vigencia del principio de subsidiariedad en la actividad empresarial del Estado. Santiago, Chile, Editorial LexisNexis, 2006.
24. PEREIRA Menaut, Antonio-Carlos. Política y Derecho. Santiago, Chile, Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2010.
25. RODRÍGUEZ Chirillo, Eduardo. Privatización de la empresa pública y post privatización. Análisis jurídico. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.
26. SILVA Bascuñán, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo III. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
27. SOTO Kloss, Eduardo. Derecho Administrativo. Temas Fundamentales. Santiago, Chile, LegalPublishing-Abeledo Perrot, 2009.
28. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Jurisprudencia constitucional. Tomos I y II. Sentencias pronunciadas entre 1981 y 1992. Roles N° 1-150 [en línea]. Santiago, Chile, 2014. Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/wp-content/uploads/Tomos-I-II-para-web.pdf>>
29. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Jurisprudencia constitucional. Tomo VIII. Sentencias pronunciadas entre 2006 y 2007. Roles N° 464-550 [en línea]. Santiago, Chile [s.f.]. Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/wp-content/uploads/008-Tomo-VIII-PDF.pdf>>
30. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Jurisprudencia constitucional. Tomo XI. Sentencias pronunciadas durante el año 2007. Roles N° 781-945 [en línea]. Santiago, Chile, 2010. Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/wp-content/uploads/011-Tomo-XI-PDF.pdf>>
31. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Jurisprudencia constitucional. Tomo XII. Sentencias pronunciadas entre 2007 y 2008. Roles N° 946-1.052 [en línea]. Santiago, Chile, 2011. Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/wp-content/uploads/012-Tomo-XII-PDF.pdf>>

32. VALDÉS Prieto, Domingo. La Discriminación Arbitraria en el Derecho Económico. Especialmente en la Legislación Antimonopólica. Santiago, Chile, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1992.
33. VALDÉS Prieto, Domingo. Libre competencia y monopolio. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

B. ARTÍCULOS EN REVISTAS ESPECIALIZADAS

1. ARÓSTICA Maldonado, Iván. Transferencia de funciones estatales al sector privado en tres contratos administrativos: concesión de servicio público, externalización y sociedad. Revista de Derecho Público (55-56), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1994.
2. ARÓSTICA Maldonado, Iván. ¿Qué es “privatizar”? (una aproximación jurídica). Revista de Derecho Público (57-58), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1995.
3. ARÓSTICA Maldonado, Iván. Acción de amparo económico: un recuento jurisprudencial. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae (2), Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae, 1998.
4. ARÓSTICA Maldonado, Iván. Crónica sobre la expansión del Estado empresario y el retraimiento de la iniciativa privada. Revista Ius Publicum (2), Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás, 1999.
5. BERTELSEN Repetto, Raúl. El Estado empresario en la Constitución de 1980. Revista Chilena de Derecho, 14(1), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1987.
6. BORDALÍ Salamanca, Andrés. Constitución Económica y protección del medio ambiente. Revista de Derecho (número especial), Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, agosto 1998.
7. CEA Egaña, José Luis. Notas sobre Orden Público Económico. Gaceta Jurídica (135), 1991.
8. COVARRUBIAS Cuevas, Ignacio. Subsidiariedad y Estado Empresario. Revista de Derecho Público (66), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2004.

9. CUMPLIDO Cereceda, Francisco. Reflexiones sobre el anteproyecto de ley que regula la actividad empresarial del Estado y sus organismos. Revista Chilena de Derecho, 14(1), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1987.
10. DÍAZ García, Iván. Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias [en línea]. Revista Ius et Praxis, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, 2012, vol. 18, N° 2 [fecha de consulta: 16 de octubre de 2014]. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v18n2/art03.pdf>>
11. FERMANDOIS Vöhringer, Arturo. La reserva legal: una garantía sustantiva que desaparece. Revista Chilena de Derecho, 28(2), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2001b.
12. FERRADA Bórquez, Juan Carlos. La reforma constitucional a la fiscalización parlamentaria en la Constitución de 1980: un análisis preliminar [en línea]. Revista Ius et Praxis, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, 2002, vol. 8, N° 1, pp. 461-481 [fecha de consulta: 06 de diciembre de 2014]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100025>
13. LATORRE Vivar, Patricio. Las sociedades estatales en el ordenamiento jurídico chileno: naturaleza, límites y control de sus actividades [en línea]. Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2008, vol. 30 [fecha de consulta: 03 de noviembre de 2014]. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n30/art05.pdf>>
14. LOO Gutiérrez, Martín. La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile. Revista de Derecho (33), Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2009.
15. MASSINI C., Carlos. Acerca del fundamento del principio de subsidiariedad. Revista de Derecho Público (39-40), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1986.
16. MOHOR Abuaud, Salvador. Concreción institucional de los principios de Derecho Público que inspiran la nueva Constitución. Revista de Derecho Público (29-30), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1981.
17. NAVARRO Beltrán, Enrique. El Estado empresario a la luz de la Constitución de 1980. Revista de Derecho Público (62), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2000.
18. NAVARRO Beltrán, Enrique. El recurso de amparo económico y su práctica jurisprudencial [en línea]. Estudios Constitucionales, 5(2), Centro de Estudios

Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2007 [fecha de consulta: 01 de diciembre de 2014]. Disponible en: <http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/5n_2_5_2007/7_el_recurso_economico.pdf>

19. PARDOW Lorenzo, Diego y VALLEJO Garretón Rodrigo. Derribando mitos sobre el Estado empresario. Revista Chilena de Derecho 35(1), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008.

20. PICA Flores, Rodrigo. Aspectos teóricos y jurisprudenciales en torno a la reserva legal de regulación y limitación en materia de derechos fundamentales [en línea]. Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, 2013, vol. 20, N° 1 [fecha de consulta: 27 de octubre de 2014]. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/rducn/v20n1/art08.pdf>>

21. PIERRY, Arrau, Pedro. Algunos aspectos de la actividad empresarial del Estado. Revista de Derecho (9), Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1985.

22. PRECHT Pizarro, Jorge. El Estado empresario: análisis de la legislación complementaria constitucional. Revista Chilena de Derecho, 14(1), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1987.

23. RIESLE Contreras, Héctor. Derecho de propiedad privada, bien común y principio de subsidiaridad. Revista de Derecho Público (15), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1974.

24. RUIZ-TAGLE Vial, Pablo. Principios constitucionales del Estado empresario. Revista de Derecho Público (62), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2000.

25. SCHÜRMAN O., Miguel. Orden público económico y principio de subsidiaridad, argumentos para una crítica. Revista Derecho y Humanidades (12), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2006.

26. SOTO Kloss, Eduardo. Amparo económico y rol subsidiario del Estado. Temas de Derecho (7), Universidad Gabriela Mistral, 1993.

27. SOTO Kloss, Eduardo. La actividad económica en la Constitución Política de la República de Chile (La primacía de la persona humana). Revista Ius Publicum (2), Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás, 1999.

28. SOTO Kloss, Eduardo. Las sociedades del Estado. Revista de Derecho Administrativo Económico (2), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2000a.

29. SOTO Kloss, Eduardo. Legitimidad de la distribución gratuita, por un tercero, de un periódico en la red de transporte de Metro S.A. El uso de la marca Metro. Revista Chilena de Derecho, 27(2), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2000b.
30. URENDA Zegers, Carlos. El Estado empresario: visión de un abogado. Revista Chilena de Derecho, 14(1), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1987.
31. USEN Vicencio, Alejandro. El Estado Empresario. Revista de Derechos Fundamentales (7), Universidad de Viña del Mar, 2012.
32. VARAS Alfonso, Paulino. Amparo Económico. Recurso Jurisdiccional Especial establecido por la Ley Orgánica Constitucional N° 18.971, de 10 de marzo de 1990, para cautelar la libertad económica consagrada en el Artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental. Revista de Derecho Público (49), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1991.
33. VIVANCO Martínez, Ángela. El principio constitucional de igualdad y la discusión constitucional acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo en Chile [en línea]. Anuario de Derecho Público 2012, Universidad Diego Portales, 2012 [fecha de consulta: 12 de octubre de 2014]. Disponible en: <http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2012/07_Vivanco.pdf>
34. ZANOTTI, Gabriel J. Hayek y la filosofía cristiana. Revista Estudios Públicos (50), 1993.
35. ZÚÑIGA Urbina, Francisco. Constitución económica y Estado empresario. Revista de Derecho Público (63), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2001.

C. DOCUMENTOS

1. ACTAS Oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión 93^a, celebrada en jueves 5 de diciembre de 1974 [en línea]. [Fecha de consulta: 14 de octubre de 2014]. Disponible en: <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_III_Comision_Ortuzar.pdf>
2. ACTAS Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República. Santiago, Chile, Talleres Gráficos de Gendarmería de Chile, 1981.

3. ACTAS del Consejo de Estado (sesiones 65° y 102°) [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/31336/5/Sesion65.pdf>> y <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/35194/4/Sesion102.pdf>>
4. COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA. Proposiciones e ideas precisas. 1978a. En: Revista Chilena de Derecho 8(1-6), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1981 (pp. 144-317).
5. COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA. Texto del anteproyecto. 1978b. En: Revista Chilena de Derecho 8(1-6), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1981 (pp. 317-375).
6. CONSEJO DE ESTADO. Informe del Consejo de Estado recaído en la consulta formulada por S.E. el Presidente de la República acerca del anteproyecto sobre nueva Constitución Política del Estado. 1980a. En: Revista Chilena de Derecho 8(1-6), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1981 (pp. 376-421).
7. CONSEJO DE ESTADO. Texto del proyecto de nueva Constitución Política propuesto por el Consejo de Estado. 1980b. En: Revista Chilena de Derecho 8(1-6), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1981 (pp. 422-481).
8. CORPORACIÓN NACIONAL DEL COBRE DE CHILE. Memoria Anual 2012 [en línea]. [Fecha de consulta: 29 de noviembre de 2014]. Disponible en: <http://www.codelco.com/prontus_codelco/site/artic/20130507/asocfile/20130507131210/memoriacodelco2012_2.pdf>
9. HISTORIA de la Ley. Constitución Política de la República de Chile de 1980. Artículo 52. Atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados [en línea]. [Fecha de consulta: 07 de diciembre de 2014]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>
10. MENSAJE de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica el estatuto orgánico de la Corporación Nacional del Cobre de Chile (CODELCO) y las normas sobre disposición de sus pertenencias mineras que no forman parte de yacimientos en actual explotación. En: Historia de la Ley N° 20.392 [en línea].

[Fecha de consulta: 12 de mayo de 2016]. Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4726/>

11. MENSAJE de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que introduce perfeccionamientos en los regímenes de gobierno corporativo de las empresas del Estado y de aquéllas en que éste tenga participación (Mensaje N° 173-361 / Boletín 9083-05) [en línea]. 2013 [fecha de consulta: 15 de noviembre de 2014]. Disponible en: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>

12. TEXTO del anteproyecto original de ley interpretativa sobre el artículo 19 N° 21 de la Constitución. En: Revista Chilena de Derecho 14(1), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1987 (pp. 199-201).

D. TESIS

1. ÁLVAREZ Oñate, Ana. Análisis crítico del objeto único en empresas de servicio público (Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales) [en línea]. Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2011 [fecha de consulta: 24 de noviembre de 2014]. Disponible en: <http://tesis.uchile.cl/handle/2250/110871>

2. GONZÁLEZ Grandjean, Denis. La libertad económica y su protección jurídica en la Constitución chilena: un análisis a través de la jurisprudencia (Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2001.

E. MATERIALES DE DOCENCIA UNIVERSITARIA

1. NÚÑEZ Figueroa, Patricia. Esquema para una clasificación de las disposiciones de la Constitución Económica de Chile. Material de clase de Derecho Económico III. Facultad de Derecho. Universidad de Chile, 1999.

2. STREETER Prieto, Jorge. Materiales de lectura para Derecho Económico III. Departamento de Derecho Económico, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1986.

3. STREETER Prieto, Jorge. Materiales de clase sobre el orden público económico. Facultad de Derecho. Universidad de Chile, 1999.

F. CUERPOS NORMATIVOS

1. CONSTITUCIÓN Política de la República de Chile (1980).
2. D.F.L. N° 211, de 1960 (Hacienda). Fija normas por que se regirá la Corporación de Fomento de la Producción.
3. D.F.L. N° 10, de 1981 (Transportes y Telecomunicaciones). Crea la Empresa de Correos de Chile, dispone la constitución de TELEX CHILE Comunicaciones Telegráficas S.A. y pone término a la existencia legal del Servicio de Correos y Telégrafos a contar de la fecha que indica.
4. D.F.L. N° 1, de 1993 (Transportes y Telecomunicaciones). Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado.
5. D.F.L. N° 153, de 1960 (Hacienda). Crea la Empresa Nacional de Minería.
6. D.F.L. N° 223, de 1953 (Defensa). Ley Orgánica de Fábricas y Maestranzas del Ejército.
7. D.L. N° 931, de 1975. Autoriza la integración de las compañías carboníferas que indica.
8. D.L. N° 1.263, de 1975. Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado.
9. D.L. N° 1.350, de 1976. Crea la Corporación Nacional del Cobre de Chile.
10. D.L. N° 2.079, de 1977. Fija texto de la Ley Orgánica del Banco del Estado de Chile.
11. LEY N° 6.640. Aprueba el texto refundido de la Ley N° 6.334, que creó las Corporaciones de Reconstrucción y Auxilio y de Fomento a la Producción.
12. LEY N° 9.618. Crea la Empresa Nacional del Petróleo.
13. LEY N° 10.336. Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República.
14. LEY N° 18.196. Normas Complementarias de Administración Financiera, Personal y de Incidencia Presupuestaria.
15. LEY N° 18.296. Ley Orgánica de los Astilleros y Maestranzas de la Armada.
16. LEY N° 18.297. Ley Orgánica de la Empresa Nacional de Aeronáutica de Chile.
17. LEY N° 18.575. Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

18. LEY N° 18.695. Orgánica Constitucional de Municipalidades.
19. LEY N° 18.772. Establece normas para transformar la Dirección General de Metro en sociedad anónima.
20. LEY N° 18.846. Autoriza la actividad empresarial del Estado en materia de administración y explotación de la Zona Franca de Iquique.
21. LEY N° 18.851. Transforma a la Empresa del Estado Polla Chilena de Beneficencia en sociedad anónima.
22. LEY N° 18.885. Autoriza al Estado para desarrollar actividades empresariales en materia de agua potable y alcantarillado, y dispone la constitución de sociedades anónimas para tal efecto.
23. LEY N° 18.918. Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.
24. LEY N° 19.132. Crea Empresa Televisión Nacional de Chile.
25. LEY N° 19.175. Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional.
26. LEY N° 19.542. Moderniza el sector portuario estatal.
27. LEY N° 20.285. Sobre acceso a la información pública.
28. LEY N° 20.309. Transforma Casa de Moneda de Chile en sociedad anónima.
29. RESOLUCIÓN (A) N° 381, de 2012 (Vicepresidente Ejecutivo de la Corfo). Pone en ejecución Acuerdo de Consejo N° 2.736, de 2012, que modifica Acuerdo de Consejo N° 1.879, de 1997, relativo al Comité Sistema de Empresas-SEP, y aprueba texto coordinado, actualizado y refundido de la Resolución (A) N° 86, de 2002, que reglamenta al Comité SEP [en línea]. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1044122&buscar=resoluci%C3%B3n+381+2012>

G. SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES

1. “ASOCIACIÓN de Industrias Metalúrgicas y Metalmecánicas Asimet A.G. con Codelco-Chile”. Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 575-1993). Corte Suprema (Rol N° 29.728-1993). En: URETA Silva, Ismael. El recurso de amparo económico. Santiago, Chile, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1997 (pp. 121-133).

2. “ASOCIACIÓN Gremial de Impresores de Chile A.G. con Empresa de Correos de Chile”. Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 3.817-1998). En: RDJ (95), 2ª parte, sección 5ª (pp. 270-279).
3. “ASOCIACIÓN Nacional de la Prensa A.G. con Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.”. Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 4.538-1999). Corte Suprema (Rol N° 248-2000). En: RDJ (97), 2ª parte, sección 5ª (pp. 8-19).
4. “ASOCIACIÓN Gremial de Industriales Gráficos A.G. con Casa de Moneda de Chile”. Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 4.788-2003) [en línea]. Disponible en: http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=90&CRR_IdTramite=1517043&CRR_IdDocumento=1371025
5. “ASOCIACIÓN Gremial de Industriales Gráficos A.G. con Casa de Moneda de Chile”. Corte Suprema (Rol N° 4.316-2003) [en línea]. Disponible en: http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=226759&CRR_IdDocumento=109395
6. “EBNER Paredes, Jorge con Municipalidad de Limache” (recurso de amparo económico-rechazado). Corte de Apelaciones de Valparaíso (Rol N° 665-1999). En: RDJ (97), 2ª parte, sección 5ª (pp. 236-241).
7. “HINZPETER González, José y otro con Ministro de Transportes y Telecomunicaciones”. Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 2.717-2004) [en línea]. Disponible en: <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/>
8. “MERSA S.A. con Subsecretario de Pesca, Serviu Metropolitano y Alcalde de la Municipalidad de Santiago”. Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 2.798-1995). En: RDJ (92), 2ª parte, sección 5ª (pp. 200-207).
9. “PERALTA Wetzels, César Antonio y otros con Soto Silva, Juana”. Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 6787-2010) [en línea]. Disponible en: <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/>
10. “SOCIEDAD Araya Briones Limitada con Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales de la Región de Antofagasta”. Corte Suprema (Rol N° 1.560-2013) [en línea]. Disponible en: <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/>

11. “SOCIEDAD Inversiones Aéreas Patagonia Limitada con Corporación Nacional Forestal”. Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 6.594-2006) [en línea]. Disponible en: <<http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/>>

H. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. SENTENCIA Rol N° 46-1987.
2. SENTENCIA Rol N° 50-1987.
3. SENTENCIA Rol N° 53-1988.
4. SENTENCIA Rol N° 80-1989.
5. SENTENCIA Rol N° 134-1991.
6. SENTENCIA Rol N° 146-1992.
7. SENTENCIA Rol N° 167-1993.
8. SENTENCIA Rol N° 226-1995.
9. SENTENCIA Rol N° 467-2006.
10. SENTENCIA Rol N° 480-2006.
11. SENTENCIA Rol N° 513-2006.
12. SENTENCIA Rol N° 790-2007
13. SENTENCIA Rol N° 811-2007.
14. SENTENCIA Rol N° 986-2007.
15. SENTENCIA Rol 1.204-2008.
16. SENTENCIA Rol N° 1.234-2008.
17. SENTENCIA Rol N° 1.254-2008.
18. SENTENCIA Rol N° 1.307-2009.
19. SENTENCIA Rol N° 1.399 (1.469)-2009.
20. SENTENCIA Rol N° 1.414-2009.

I. DICTÁMENES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

1. DICTAMEN N° 10.492 (1979).

2. DICTAMEN N° 25.987 (1990).
3. DICTAMEN N° 12.720 (1992).
4. DICTAMEN N° 1.110 (1993).
5. DICTAMEN N° 32.171 (1993).
6. DICTAMEN N° 8.622 (1994).
7. DICTÁMEN N° 6.724 (1995).
8. DICTAMEN N° 15.225 (1995).
9. DICTAMEN N° 2.016 (1996).
10. DICTAMEN N° 22.683 (1996).
11. DICTAMEN N° 7.933 (1997).
12. DICTAMEN N° 39.562 (1997).
13. DICTAMEN N° 19.371 (1999).
14. DICTAMEN N° 26.281 (2000).
15. DICTAMEN N° 24.288 (2001).
16. DICTAMEN N° 47.681 (2003).
17. DICTAMEN N° 20.151 (2005).
18. DICTAMEN N° 42.557 (2005).
19. DICTAMEN N° 4.275 (2006).
20. DICTAMEN N° 17.742 (2006).
21. DICTAMEN N° 38.432 (2007).
22. DICTAMEN N° 20.241 (2008).
23. DICTAMEN N° 22.540 (2008).
24. DICTAMEN N° 56.150 (2008).
25. DICTAMEN N° 56.500 (2008).
26. DICTAMEN N° 7.658 (2009).
27. DICTAMEN N° 26.506 (2009).
28. DICTAMEN N° 24.091 (2010).
29. DICTAMEN N° 28.735 (2013).
30. DICTAMEN N° 31.251 (2014).

ANEXO

ESTRUCTURA DEL ESTADO EMPRESARIO EN CHILE

(INFORMACIÓN DISPONIBLE A MAYO DE 2016)

1. EMPRESAS PÚBLICAS¹

1. Astilleros y Maestranzas de la Armada (Ley N° 18.296).
2. Banco del Estado de Chile (D.L. N° 2.079, de 1977).
3. Corporación Nacional del Cobre de Chile (D.L. N° 1.350, de 1976).
4. Empresa de Correos de Chile (D.F.L. N° 10, de 1981, de Transportes y Telecomunicaciones).
5. Empresa de los Ferrocarriles del Estado (D.F.L. N° 1, de 1993, de Transportes y Telecomunicaciones).
6. Empresa Nacional de Aeronáutica de Chile (Ley N° 18.297).
7. Empresa Nacional de Minería (D.F.L. N° 153, de 1960, de Hacienda).
8. Empresa Nacional del Petróleo (Ley N° 9.618).
9. Empresa Portuaria Arica (Ley N° 19.542).
10. Empresa Portuaria Iquique (Ley N° 19.542).
11. Empresa Portuaria Antofagasta (Ley N° 19.542).
12. Empresa Portuaria Coquimbo (Ley N° 19.542).
13. Empresa Portuaria Valparaíso (Ley N° 19.542).
14. Empresa Portuaria San Antonio (Ley N° 19.542).
15. Empresa Portuaria Talcahuano-San Vicente (Ley N° 19.542).
16. Empresa Portuaria Puerto Montt (Ley N° 19.542).
17. Empresa Portuaria Chacabuco (Ley N° 19.542).
18. Empresa Portuaria Austral (Ley N° 19.542).
19. Fábricas y Maestranzas del Ejército (D.F.L. N° 223, de 1953, de Defensa).

¹ Fuente: Contraloría General de la República [en línea]. [Fecha de consulta: 14 de mayo de 2016]. <<http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/appmanager/portalCGR/v3ESP?nfpb=true&pageLabel=P18200239681286226265111>>

20. Televisión Nacional de Chile (Ley N° 19.132).

2. SOCIEDADES DEL ESTADO

2.1. Sociedades derivadas de empresas públicas y servicios públicos y otras sociedades no derivadas²

1. Casa de Moneda de Chile S.A. (Ley N° 20.309).
2. Comercializadora de Trigo S.A.
3. Empresa Concesionaria de Servicios Sanitarios S.A. (Ley N° 18.885).
4. Empresa Nacional del Carbón S.A. en Liquidación (D.L. N° 931, de 1975).
5. Empresa de Servicios Sanitarios Lago Peñuelas S.A.
6. Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A. (Ley N° 18.772).
7. Polla Chilena de Beneficencia S.A. (Ley N° 18.851).
8. Sociedad Agrícola Sacor SpA en Liquidación.
9. Sociedad Agrícola y Servicios Isla de Pascua SpA
10. Zona Franca de Iquique S.A. (Ley N° 18.846).

2.2. Sociedades filiales de empresas públicas y de otras sociedades

A. Astilleros y Maestranzas de la Armada³:

1. Compañía de Ingeniería de Sistemas y Desarrollos Funcionales Limitada.

²Fuentes: Contraloría General de la República [en línea]. Disponible en: <<http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/appmanager/portalCGR/v3ESP?nfpb=true&pageLabel=P18200239681286226265111>>; y Sistema de Empresas-SEP [en línea]. Disponible en: <<http://www.sepchile.cl/empresas-sep/>>. [Fecha de consulta de ambas fuentes: 14 de mayo de 2016].

³Fuente: Astilleros y Maestranzas de la Armada [en línea]. [Fecha de consulta: 14 de mayo de 2016]. Disponible en: <<http://www.asmar.cl/emprelacionadas.html>>

B. Banco del Estado de Chile⁴:

1. BancoEstado S.A. Administradora General de Fondos.
2. BancoEstado Centro de Servicios S.A.
3. BancoEstado Contacto 24 horas S.A.
4. BancoEstado S.A. Corredores de Bolsa.
5. BancoEstado Corredores de Seguros S.A.
6. BancoEstado Microempresas S.A. Asesorías Financieras.
7. BancoEstado Servicios de Cobranzas S.A.
8. Sociedad de Servicios Transaccionales Caja Vecina S.A.

C. Corporación Nacional del Cobre de Chile⁵:

1. Contractual Minera Cía. Minera Picacho.
2. Compañía Contractual Minera Los Andes Ltda.
3. Exploraciones Mineras Andina S.A.
4. Exploraciones Mineras Andina Ecuador EMSAEC S.A.
5. Santiago de Río Grande S.A.
6. Codelco Do Brasil Mineracao Ltda.
7. Cobrex Prospeccao Mineral S.A.
8. Molyb Ltda.
9. Planta Recuperadora de Metales SpA.
10. Energía Minera S.A.
11. Central Eléctrica Luz Minera SpA.
12. Codelco Group USA Inc.
13. Codelco USA Inc.
14. Codelco Metals Inc.
15. Codelco Kupferhandel GmbH.
16. CK Metal Agentur GmbH.
17. Chile Copper Ltd.

⁴ Fuente: Banco del Estado de Chile [en línea]. [Fecha de consulta: 14 de mayo de 2016]. Disponible en: <<http://www.corporativo.bancoestado.cl/transparencia/filiales-y-entidades-relacionadas>>

⁵ Fuente: Corporación Nacional del Cobre de Chile [en línea]. [Fecha de consulta: 14 de mayo de 2016]. Disponible en: <https://www.codelco.com/filiales/prontus_codelco/2016-02-22/171545.html>

18. Codelco Services Ltd.
19. Codelco Shanghai Co., Ltd.
20. Copper Partners Investment Limited.
21. BioSigma S.A.
22. Instituto de Innovación en Minería y Metalurgia S.A.-IM2.
23. Ecometales Limited.
24. Innovaciones en Cobre S.A.
25. Inversiones Gacrux SpA.
26. Inversiones Mineras Acrux SpA.
27. Inversiones Mineras Becrux SpA.
28. Inversiones Mineras Nueva Acrux SpA.
29. Codelco International Limited.
30. Codelco Technologies Limited.
31. Sociedad de Inversiones Copperfield Ltda.
32. Asociación Garantizadora de Pensiones.
33. Clínica San Lorenzo Limitada.
34. San Lorenzo Isapre Limitada.
35. Centro de Especialidades Médicas San Lorenzo Ltda.
36. Isapre Chuquicamata Ltda.
37. Ejecutora Proyecto Hospital del Cobre Calama S.A.
38. Isapre Río Blanco Ltda.
39. Centro de Especialidades Médicas Río Blanco Ltda.
40. Clínica Río Blanco S.A.
41. Complejo Portuario Mejillones S.A.
42. Ecosea Farming S.A.

D. Empresa de los Ferrocarriles del Estado⁶:

1. Metro Regional de Valparaíso S.A.
2. Ferrocarriles Suburbanos de Concepción S.A.
3. Trenes Metropolitanos S.A.
4. Ferrocarril de Arica a La Paz S.A.
5. Inmobiliaria Nueva Vía S.A.
6. Servicio de Trenes Regionales Terra S.A.
7. Infraestructura y Tráfico Ferroviario S.A.

E. Empresa Nacional de Aeronáutica de Chile⁷:

1. Desarrollo de Tecnologías y Sistemas Limitada.

F. Empresa Nacional de Minería⁸:

1. Compañía Minera Nacional Limitada.

G. Empresa Nacional del Petróleo⁹:

1. ENAP Sipetrol S.A.
2. ENAP Refinerías S.A.

H. Fábricas y Maestranzas del Ejército¹⁰:

1. ARCOMET S.A.
2. Fundición de Aceros Especiales S.A.
3. Servicios y Soluciones Tecnológicas S.A.

⁶ Fuente: Empresa de los Ferrocarriles del Estado [en línea]. [Fecha de consulta: 14 de mayo de 2016]. Disponible en: <http://www.efe.cl/empresa/transparencia_activa/filiales_coligadas.html>

⁷ Fuente: Empresa Nacional de Aeronáutica de Chile [en línea]. [Fecha de consulta: 14 de mayo de 2016]. Disponible en: <<http://www.enaer.cl/>>

⁸ Fuente: Empresa Nacional de Minería [en línea]. [Fecha de consulta: 14 de mayo de 2016]. Disponible en: <<http://www.enami.cl/acerca-de-enami/quienes-somos/filiales-y-otras-participaciones.html>>

⁹ Fuente: Empresa Nacional del Petróleo [en línea]. [Fecha de consulta: 14 de mayo de 2016]. Disponible en: <<http://www.enap.cl/pag/5/760>>

¹⁰ Fuente: Fábricas y Maestranzas del Ejército [en línea]. [Fecha de consulta: 14 de mayo de 2016]. Disponible en: <<http://www.famae.cl/gobierno-transparente/antecedentes.html>>

I. Empresa Nacional del Carbón S.A. en Liquidación¹¹:

1. Carbonífera Victoria de Lebu S.A. en Liquidación.

J. Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.¹²:

1. Empresa de Transporte Suburbano de Pasajeros S.A.

3. SOCIEDADES COLIGADAS**A. Astilleros y Maestranzas de la Armada¹³:**

1. Sociedad Iberoamericana de Reparaciones Navales Limitada.

B. Banco del Estado de Chile¹⁴:

1. Administrador Financiero Transantiago S.A.
2. Sociedad Operadora de la Cámara de Compensación de Pagos de Alto Valor S.A.
3. Operadora de Tarjetas de Créditos Nexus S.A.
4. IMERC-OTC S.A.

C. Corporación Nacional del Cobre de Chile¹⁵:

1. Agua de la Falda S.A.
2. Inca de Oro S.A.
3. SCM El Abra.
4. SCM Purén.
5. Anglo American Sur S.A.

¹¹ Fuente: Empresa Nacional del Carbón [en línea]. [Fecha de consulta: 14 de mayo de 2016]. Disponible en: <<http://www.enacar.cl/Ley20285/estados2015.pdf>>

¹² Fuente: Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A. [en línea]. [Fecha de consulta: 14 de mayo de 2016]. Disponible en: <<http://www.metroantiago.cl/corporativo/filiales>>

¹³ Fuente: Astilleros y Maestranzas de la Armada [en línea]. [Fecha de consulta: 14 de mayo de 2016]. Disponible en: <<http://www.asmar.cl/emprelacionadas.html>>

¹⁴ Fuente: Banco del Estado de Chile [en línea]. [Fecha de consulta: 14 de mayo de 2016]. Disponible en: <<http://www.corporativo.bancoestado.cl/transparencia/filiales-y-entidades-relacionadas/entidades-relacionadas>>

¹⁵ Fuente: Corporación Nacional del Cobre de Chile [en línea]. [Fecha de consulta: 14 de mayo de 2016]. Disponible en: <https://www.codelco.com/coligadas/prontus_codelco/2016-03-31/183553.html>

6. GNL Mejillones S.A.
7. Deutsche Giessdraht GmbH.
8. Kairos Mining S.A.
9. C4E S.A. (Copper for Energy).
10. COMOTECH S.A.

D. Empresa de los Ferrocarriles del Estado¹⁶:

1. Empresa de Transporte Suburbano de Pasajeros S.A.
2. Inmobiliaria Paseo Estación.

E. Empresa Nacional de Minería¹⁷:

1. Fundición y Refinería del Pacífico S.A.
2. Puerto de Ventanas S.A.
3. Sociedad Legal Minera Esperanza Una de la Sierra Áspera.
4. Sociedad Legal Minera Esperanza II Una de la Sierra Áspera.
5. Sociedad Legal Minera San Pedro Una de la Sierra Áspera.
6. Sociedad Legal Minera Olimpo II Uno de la Sierra Áspera.
7. Sociedad Legal Minera Waleska Tercera Uno de la Sierra Áspera.
8. Sociedad Proyectos y Construcciones Mineras Limitada.

F. Empresa Nacional del Petróleo¹⁸:

1. Sociedad Nacional de Oleoductos S.A.
2. A&C Pipeline Holding Company.
3. Oleoducto Trasandino Argentina S.A.
4. Oleoducto Trasandino Chile S.A.
5. Terminales Marítimas Patagónicas S.A.

¹⁶ Fuente: Empresa de los Ferrocarriles del Estado [en línea]. [Fecha de consulta: 14 de mayo de 2016]. Disponible en: <http://www.efe.cl/empresa/transparencia_activa/filiales_coligadas.html>

¹⁷ Fuente: Empresa Nacional de Minería [en línea]. [Fecha de consulta: 14 de mayo de 2016]. Disponible en: <<http://www.enami.cl/acerca-de-enami/quienes-somos/filiales-y-otras-participaciones.html>>

¹⁸ Fuente: Empresa Nacional del Petróleo [en línea]. [Fecha de consulta: 14 de mayo de 2016]. Disponible en: <http://www.ena.cl/pag/198/821/filiales_coligadas>

6. Compañía Latinoamericana Petrolera S.A.
7. Forenergy S.A.
8. Biocomsa S.A.
9. Geotérmica del Norte S.A.
10. Empresa Nacional de Geotermia S.A.
11. NORGAS S.A.
12. Innergy Holding S.A.
13. Gasoducto del Pacífico Cayman S.A.
14. Gasoducto del Pacífico Argentina S.A.
15. Gasoducto del Pacífico Chile S.A.
16. Electrogas S.A.
17. GNL Chile S.A.
18. GNL Quintero S.A.
19. Compañía de Hidrógenos del Bío-Bío S.A.
20. Petropower Energía Ltda.

4. INSTITUTOS TECNOLÓGICOS CORFO¹⁹

1. Centro de Información de Recursos Naturales.
2. Instituto de Fomento Pesquero.
3. Instituto Forestal.
4. Instituto Nacional de Normalización.

¹⁹ Fuente: Contraloría General de la República [en línea]. [Fecha de consulta: 14 de mayo de 2016]. <<http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/appmanager/portalCGR/v3ESP?nfpb=true&pageLabel=P18200239681286226265111>>