

**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**Facultad de Derecho**  
**Departamento de Derecho Público**

**ORIGEN, CONCEPTO Y EVOLUCIÓN DE LA EMPRESA PÚBLICA  
Y SU DESARROLLO EN CHILE HASTA 1973**

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

**AUTORES**

José Tomás Herreros Nogueira  
Constanza Gabriela Schönhaut Soto

**PROFESOR GUÍA**

Carlos Carmona Santander  
Santiago, Chile

2016

A Martina, Camila y Teresa.

## **Agradecimientos**

En primer lugar, agradecemos al Profesor Carlos Carmona Santander, quien asumió la tarea de guiar el presente trabajo. Sus aportes, rigor y paciencia fueron decisivos en la conducción de nuestras inquietudes académicas, personales y políticas.

Agradecemos a nuestras familias y amigos por su apoyo permanente. Este consistió en una invariable confianza y compañía, junto con aportes concretos en el contenido mismo de esta memoria, a veces en forma velada, a veces con contornos definidos.

Agradecemos al Movimiento y a la música, que nos movilizan día a día.

*“La orientación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo no puede seguir siendo la misma. Al organizar sistemáticamente las formas de actuación administrativa, no se puede perder de vista lo esencial, que es explicar adecuadamente cuál es la posición que el Estado tiene en la actualidad en relación con la sociedad. Este es el punto de partida inexcusable”.*

Santiago Muñoz Machado. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* (2011)

## Índice General

INTRODUCCIÓN .....	1
CAPÍTULO I: LA EMPRESA PÚBLICA COMO FORMA DE INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN. ....	10
1. Del concepto de actividades del Estado a las formas de intervención.....	10
1.1 Funciones del Estado. ....	12
1.1.1 Funciones estatales y atribuciones estatales.....	15
1.1.2 Funciones estatales y tareas, cometidos y fines. ....	19
1.2 Perspectiva histórica de la doctrina entorno a las actividades de la Administración del Estado.....	28
1.2.1 Clasificaciones de la actividad de la Administración. ....	29
1.2.2 División sectorial de la actividad de la Administración del Estado.	35
1.2.3 El enfoque tradicional. ....	37
1.2.4 Primeros desarrollos en el Reino Prusiano y Francia. ....	39
1.3 Teorías duales. ....	43
1.3.1 Teorías duales: perspectivas formales y materiales. ....	44
1.3.2 Teorías duales: actividad jurídica y actividad social. ....	46
1.3.3 Teorías duales: actividad de prestación de la Administración a los particulares y de los particulares a la Administración. ....	48

1.4 Trilogía de actividades: policía, servicio público y fomento. ....	53
1.5 Actividad material de la Administración del Estado en la doctrina chilena. ....	58
1.6 Crítica a la tripartición: actividades como títulos, formas y técnicas de intervención.....	63
1.6.1 Títulos de intervención.....	64
1.6.2 Las formas de intervención .....	65
1.6.3 Técnicas de intervención.....	66
1.6.4 Técnicas de cada actividad.....	67
<b>CAPÍTULO II: DESARROLLO CONCEPTUAL. DEL SERVICIO PÚBLICO A LA EMPRESA PÚBLICA.....</b>	<b>73</b>
1. El concepto de Servicio Público. ....	73
1.1 Origen del Concepto: De la transformación social a la noción política de Servicio Público.....	75
1.1.1 Contexto histórico. ....	75
1.1.2 La discusión dogmática.....	82
1.1.3 Relevancia jurídica.....	96
1.2 Evolución del concepto: De la noción política a la categoría jurídica. ..	99
1.2.1 Evolución dogmática.....	100
1.2.2 Evolución jurisprudencial en Francia.....	128

1.3 Primera crisis del concepto de servicio público: Los servicios públicos comerciales e industriales, el auge de la concesión y la noción funcional de servicio público.....	136
1.3.1 Servicios públicos industriales y comerciales.....	136
1.3.2 El auge del mecanismo de la concesión.....	144
1.3.3 El concepto funcional de servicio público. ....	149
1.4 Hacia un concepto de servicio público. ....	157
1.4.1 Diversos criterios para una noción de servicio público. ....	159
1.4.2 Hacia un consenso conceptual .....	169
1.4.3 Elementos del concepto de servicio público. ....	175
1.4.4 Categorías de servicios públicos. ....	200
1.5 Segunda crisis y replanteamiento de los servicios públicos.....	207
1.5.1 Segunda crisis conceptual del servicio público: Hacia el servicio de interés general.....	208
1.5.2 Revisión de la teoría del servicio público. ....	216
1.5.3 Replanteamiento del sistema: regulación, autorregulación, desregulación de los servicios públicos o de interés general. ....	219
2. Servicios públicos industriales y comerciales: Hacia la empresa pública.	228
CAPÍTULO III: LA EMPRESA PÚBLICA.....	239
1. El concepto de Empresa Pública. ....	239
1.1 Cuestiones terminológicas previas. ....	243

1.2 Origen del concepto.....	248
1.2.1 Desarrollo histórico.....	248
1.2.2 Desarrollo jurídico.....	267
1.3 Hacia un concepto de Empresa Pública.....	289
1.4 Las diversas formas jurídicas de gestión de actividades económicas. .	304
1.5 Clasificación de la empresa pública. ....	323
1.6 Elementos del concepto de empresa pública. ....	325
2. El devenir de las empresas públicas: de las nacionalizaciones a las privatizaciones y la revisión de la teoría clásica. ....	326
2.1 Nacionalizaciones y socializaciones del siglo XX. ....	326
2.2 Privatización, liberalización y subsidiariedad del Estado. ....	331
2.2.1 Proceso histórico: El cambio de paradigma. ....	331
2.2.2 Proceso jurídico-teórico: La revisión de la teoría y el estado actual de la discusión. ....	343
CAPÍTULO IV: LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO EN CHILE. ....	356
1. Concepto de Empresa Pública en Chile: Incorporación del concepto por la doctrina chilena y su aparición en el Derecho positivo. ....	356
1.1. El particular tratamiento de los servicios públicos en Chile: La empresa pública como forma del servicio público.....	360
1.1.1. El servicio público.....	360
1.2. Clasificación de los servicios públicos. ....	366



1.3 Los entes autónomos: La Administración descentralizada. ....	377
1.3.1 Los entes autónomos en la legislación. ....	382
1.4 Las empresas públicas: forma organizativa de los entes autónomos. ..	397
1.4.1 La noción de empresas públicas en el Derecho positivo. ....	404
2. Origen histórico de la actividad económica del Estado en Chile.....	406
2.1 Cuestiones historiográficas previas .....	408
2.2 La economía de la Colonia. ....	413
2.3 Primer período: crecimiento hacia afuera.....	416
2.3.1 Fin de la era colonial: la herencia del mercantilismo.....	416
2.3.2. La independencia y los consulados (1810 - 1830).....	420
2.3.3 Decreto de Libre Comercio de 1811. ....	424
2.3.4 Efectos paralelos del librecambismo.....	427
2.3.5. Primera experiencia “proteccionista” (1830 – 1860).....	432
2.4. Segundo período: Crecimiento hacia adentro.....	440
2.4.1 Aumenta la producción y política de construcción de obras públicas.....	441
2.4.2 La industrialización chilena: dos fases.....	457
2.4.3 Crisis y nueva revolución industrial: 1875. ....	470
2.4.4 Efectos de la Guerra del Pacífico. ....	474
2.4.5 Industrialización chilena a fines del siglo XIX .....	480
2.4.6 Polémica contra el liberalismo económico a fines del siglo XIX. .	485
3.1 Constitución de 1833. ....	505

3.1.1 Características generales de la Constitución Política de 1833.....	508
3.1.2 La actividad económica del Estado bajo la Constitución de 1833: República Conservadora. ....	526
3.1.3 La actividad económica del Estado bajo la Constitución de 1833: República liberal.....	547
3.2 Constitución de 1925 .....	565
3.2.1 Características generales de la Constitución Política de 1925.....	566
3.2.2 La actividad económica del Estado desde la Constitución Política de 1925 hasta el Gobierno de Salvador Allende.....	577
CONCLUSIONES. ....	650
BIBLIOGRAFÍA.....	666

## INTRODUCCIÓN

Toda investigación, ya sea en el plano de los fenómenos físicos o sociales, ya en el plano de la intimidad personal o en el plano de la política, comienza a partir de una ausencia, el espacio inerte que exhibe los signos de que algo estuvo presente, o debería estarlo. El punto de partida de esta investigación es, desde luego, una ausencia que existe en el plano de nuestra propia interioridad, desencadenando los sucesivos actos de la voluntad que la llevaron a materializarse. Ese punto de partida, sin embargo, está en relación con otro mucho más tangible y susceptible de articulación en el discurso, y que es el que nos interesa relevar aquí.

En un momento en que la sociedad chilena ha puesto en entredicho aspectos fundamentales de la institucionalidad, la economía, la política y la cultura de nuestro país, se vuelve imperativo intentar un análisis crítico de cómo el Estado se hace responsable del aseguramiento del acceso y la prestación de derechos fundamentales y cómo, frente a las necesidades económicas, ambientales, sociales y culturales actuales, el Estado despliega

una política económica determinada dentro de un modelo económico y de desarrollo determinado.

Al observar con atención el proceso de construcción y desarrollo del Estado en Chile, es posible visualizar que se trató de un complejo proceso de edificación, fundamentalmente a lo largo del siglo XIX. Las causas de esta complejidad fueron múltiples: el carácter transicional de una economía colonial dependiente a una que quedaba –nuevamente- subyugada al comercio internacional por las corrientes librecambistas imperantes; un Estado en construcción, que ensayaba sus primeras formas de intervención en la sociedad; una economía que, a diferencia del capitalismo europeo, no se caracterizó por estar acompañado de un proceso de acumulación, de innovación y de difusión de tecnología, entre otros.

Durante la primera mitad del siglo XX y a través de desarrollos no menos intrincados, el Estado llegó ser una organización política que alcanzó a proveer la prestación directa de servicios públicos y una intervención económica activa en la producción de riqueza material. Este largo proceso de desarrollo sería violentamente interrumpido, dando un firme e inverso golpe de timón hacia un Estado de carácter neoliberal regido por el principio de

subsidiariedad, que ha asentado una práctica profunda y sostenida de abstención en su actividad empresarial y de concesión privada de lo colectivo, consagrándose además a realizar un rol “complementario” en la provisión de servicios públicos en su modalidad prestacional (salud, educación, cultura), limitándose al aseguramiento del acceso, esto es, la mayoría de las veces, al aseguramiento del mercado de servicios públicos.

Este tránsito, ciertamente, ha sido estudiado y analizado por diversos actores. Una multitud de tratadistas, ensayistas, personas de Estado y profesores, entre muchos otros, se abocaron a la tarea de dar con una conceptualización adecuada a una realidad siempre cambiante, llegando a tiempo y a destiempo a saturar, mediante la teoría, aquello que la realidad brindaba en forma precipitada. Estas descoordinaciones determinaron la existencia de una relación difusa entre muchos de los conceptos que se emplearon para capturar nuestra realidad política y administrativa en movimiento.

Uno de estos problemas de alcance, es el que motiva esta investigación y que dice relación con el impreciso origen de la empresa pública y la actividad económica o empresarial del Estado. Esta carencia historiográfica y

analítica significó la consecuente debilidad dogmática administrativa del tratamiento de la “empresa pública” como fenómeno político y como forma de intervención administrativa, lo que finalmente nunca permitió esclarecer el sentido más prístino de la actividad empresarial del Estado en términos objetivos, es decir, considerando sus específicos mecanismos, áreas de intervención y formas de organización

De esta forma, nos enfrentamos al problema de reconstruir el origen y desarrollo de la actividad económica del Estado, y más precisamente de la empresa pública, con un escaso material contemporáneo que haga referencia al análisis y transformaciones del ámbito económico y el rol del Estado en el mismo. Situación que en el contexto chileno fue más dramática. El desarrollo teórico de la empresa pública fue profundamente insuficiente y fragmentado y, a falta orientación técnico-jurídica, la organización del Estado careció de la sistematicidad necesaria para su correcta comprensión como actividad autónoma del servicio público, encontrándonos con una elaboración teórica y un despliegue administrativo bastante improvisado.

En este sentido y anticipando una de las proposiciones más importantes de la presente memoria, nos gustaría adelantar y visibilizar la imprecisión

conceptual que ha determinado la intercambiabilidad acrítica de conceptos como “empresa estatal” y “empresa pública”. Así, como tendremos oportunidad de desarrollar, la palabra “estatal” es un adjetivo que solo parece informar acerca de la propiedad del Estado sobre una empresa, sin explicitar ni connotar ningún otro atributo al carácter de ella y “público”, por su parte, posee un carácter más adjetivo, democrático y social. Aunque con una aproximación aún incipiente, parecería correcto sostener que cuando hablamos de “empresa pública”, no se trata solo de que el Estado tenga una participación significativa en los activos de una determinada empresa, sino que la empresa misma estará encaminada a finalidades que responden a un interés mucho más complejo que el ánimo de lucro, y por lo tanto ya no solo sirven, en su evaluación, los parámetros de rentabilidad como únicos criterios de producción de “riqueza”.

El derecho administrativo no puede ser entendido de manera neutra, porque su deber es ser lo suficientemente creativo y flexible para ser técnica y herramienta -no obstáculo- para alcanzar de manera efectiva los objetivos sociales y políticos que se plantea la sociedad, y para facilitar el procesamiento de las necesidades que surgen de nuestra vida colectiva.

En este sentido, creemos que no se puede renunciar a la tarea de pensar las formas de organización de un Estado más democrático, feminista, ambientalista y ciudadano. Y es inspirados en la necesidad de ser un aporte a esta tarea que nos embarcamos en esta investigación que se encamina a dilucidar, mediante un estudio sistemático y amplio, los orígenes y el desarrollo histórico y dogmático de la actividad empresarial o económica del Estado, para lo cual comenzaremos con una reconstrucción del servicio público desde su aparición hasta nuestros días, considerando la importancia que tiene como antecedente directo de la empresa pública, en tanto mecanismo de ejecución de la actividad económica-empresarial del Estado.

En particular, la presente investigación se propone los siguientes objetivos: identificar el origen y caracterizar la evolución del concepto administrativo de empresa pública a partir de la reconstrucción del concepto de servicio público; delimitar los márgenes de la actividad de servicio público respecto de la actividad económica o empresarial del Estado, en tanto que una y otra reposan sobre un fundamento distinto; dilucidar el fundamento, en consideración a su origen y justificación, de la actividad empresarial del Estado; distinguir las diferencias que podrían establecerse entre la actividad empresarial del Estado y la empresa pública propiamente tal; realizar una



sistematización histórica y dogmática del desarrollo de los servicios público y las empresas públicas a fin de comprender la evolución y permitir una visión crítica de la relación entre interés público e intereses privados y la consecuente relación Estado-particulares.

En esta investigación, hemos escogido como metodología, la indagación bibliográfica histórica y teórica comparada de los más diversos autores que se abocaron en mayor o menor medida al desarrollo conceptual del servicio público y de la empresa pública como fenómenos de actuación administrativa. Así mismo, realizaremos este mismo trabajo respecto de las principales aproximaciones teóricas en Chile, para luego volcarnos a un trabajo descriptivo que recopila, por un lado, los principales acontecimientos históricos en que prematuramente se pudo visualizar el origen de la intervención económica del Estado en Chile y, por otro, los principales hitos en la producción legal y orgánica hasta el año 1973.

La presente memoria cuenta con cuatro capítulos y una sección final de conclusiones.

En el primer capítulo se propone ordenar la terminología con la cual hacemos referencia a la actividad administrativa. Además, estudiar las causas históricas y bibliográficas de por qué en Chile llegamos a ordenar, clasificar y comprender de un determinado modo las actividades del Estado y cuáles son las consecuencias de preservarlas de forma acrítica.

En el capítulo II se realiza una reconstrucción histórica y dogmática del origen del fenómeno y concepto de servicio público, en miras a identificar los elementos que constituyen un servicio público, las áreas económicas o sociales en las que intervine, las concepciones políticas y estatales de fondo y el punto de origen de la empresa pública.

En el capítulo siguiente se estudia el concepto y el fenómeno de la empresa pública a la luz del servicio público, identificando los puntos de encuentro y las diferencias entre estas dos formas clásicas de intervención estatal, para proponer un punto de origen, origen, una reconceptualización de la forma de intervención “empresa pública” como “actividad económica del estado” o, más precisamente como “gestión económica” y, finalmente, sugerir una caracterización de la empresa pública en sentido estricto, como fórmula de organización administrativa para la intervención económica.

El capítulo IV se aboca al estudio concreto de la forma en que en Chile fuera concebida, en tiempo real, las empresas públicas junto a otros organismos que poblaron el Estado. El objetivo es abocarse a las formas de sistematización, organización y clasificación de los servicios públicos que se dio, tanto en base al escueto desarrollo técnico o dogmático del concepto en sí como a la estructuración de la actividad directa del Estado. También se presenta una recopilación de la forma en que fuera concebida la actividad empresarial del Estado en el orden constitucional chileno.

Finalmente, en la sección de conclusiones, se presentan los elementos más importantes del estudio realizado, buscando hacer un eficaz resumen de las ideas antes desarrolladas.

# **CAPÍTULO I: LA EMPRESA PÚBLICA COMO FORMA DE INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN.**

## **1. Del concepto de actividades del Estado a las formas de intervención.**

La Administración del Estado no sólo realiza producciones jurídicas. Produce, en efecto, normas y actos jurídicos, en lo cual coincide con los otros poderes del Estado –el poder legislativo produce Leyes, de la misma manera que el Juez, las Sentencias, los actos jurisdiccionales<sup>1</sup>. Pero tales normas y actos no tienen una finalidad sustantiva *per se*, sino auxiliar de los objetivos y fines más destacados de la Administración: la satisfacción de las necesidades públicas mediante organizaciones, servicios y prestaciones al público que se manifiestan en una variada actividad técnica y material.

Las necesidades públicas, en el marco específico en que nos interesa tenerlas en cuenta, pueden ser definidas como “todo deseo o interés de un extenso grupo social que es imprescindible satisfacer”<sup>2</sup>. Hay indudablemente

---

<sup>1</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Madrid, Ed. Civitas. Tomo II, 1977. 693p.

<sup>2</sup> Jordana de Pozas, Luis. El problema de los fines de la actividad administrativa. Revista de Administración Pública 4: 1951. 15p.

una jerarquía de necesidades, desde las primarias o elementales de que depende la vida hasta aquellas otras en que el daño producido por no atenderlas es de carácter cultural o económico. Y hay, también, una escala de modos empleados por la Administración para lograr su fin respecto de cada una de las necesidades generales. Pero aunque la Administración tiene la capacidad de anticipar y atender las necesidades públicas, la situación suele ser más compleja: las jerarquías de necesidades no son tan evidentes y, a su vez, los modos empleados por la Administración son múltiples y disímiles.

El ejercicio de la actividad administrativa puede ser considerado desde más de una perspectiva. Se puede analizar un momento singular, un concreto acto de dicho ejercicio, de forma que éste resulte “un fotograma o una radiografía, del *acto administrativo*, es decir, del acto genérico mediante el cual se ejerce la función administrativa”<sup>3</sup>. Un segundo método, en cambio, consistiría en tomar como objeto de estudio no un solo momento del ejercicio de la función, sino que todo su desarrollo, “analizando cinematográficamente, por así decirlo, en forma que se relieve especial a todo el fenómeno de la actuación, unitariamente considerada”<sup>4</sup>. Este trabajo se concentra en el

---

<sup>3</sup> Alessi, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1970. 239p.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

segundo tipo de análisis, es decir, aquel que considera las actividades del Estado en el tiempo y que no ha dejado de ser un asunto complejo para el desarrollo de la doctrina.

Se suma a lo anterior la existencia de una gran diversidad de criterios para clasificar el quehacer estatal. Esta variedad de criterios se debe a la extensa variedad de sistemas políticos, económicos y jurídicos que estructuran la organización del Estado y a la fragmentación de los desarrollos doctrinarios, que no siempre pudieron converger en un mismo lenguaje para referirse a su objeto de estudio. **Funciones, atribuciones, actividades, cometidos y fines** son sólo algunos conceptos con los que la doctrina ha intentado sistematizar el conjunto de tareas estatales. Para allanar el camino a la dilucidación de la actividad empresarial del Estado, por lo tanto, es necesario hacer un alto en el orden de estas categorías.

### **1.1 Funciones del Estado.**

Montesquieu, en el capítulo IV del Libro XI de su obra “El Espíritu de las Leyes”, ve como condición de la realización de la libertad política la ausencia del abuso de poder. “Para que no se abuse del poder”, sostiene, “es

preciso que, por la disposición de las cosas el poder frene al poder”<sup>5</sup>. A partir de esta sentencia histórica, concibió su conocida y difundida teoría de la separación de poderes del Estado. Cada uno de estos poderes –legislativo, ejecutivo, judicial- puede ser definido, simultáneamente, como órgano y función. El principio de división de poderes se establece por primera vez en Chile en la Constitución Política de 1828, que en el Capítulo V (“De la división de poderes”) señala: “Artículo 22. El ejercicio de la soberanía, delegado por la Nación en las autoridades que ella constituye se divide en tres poderes, que son: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, los cuales se ejercerán separadamente, no debiendo reunirse en ningún caso”. La doctrina, de forma casi unánime, no ha controvertido la comprensión de poderes estatales tripartito.

El poder del Estado desempeña su actividad por medio de las funciones del mismo. La función administrativa, que es la que aquí nos interesa investigar, puede ser definida ampliamente como la actividad que normalmente corresponde al Poder Ejecutivo, que se realiza bajo el orden jurídico y limita sus efectos a los actos jurídicos concretos o particulares y a los actos materiales, y que tienen por finalidad la prestación de un servicio

---

<sup>5</sup> Montesquieu, Charles. El Espíritu de las leyes. Barcelona, Ediciones Orbis S.A., 1984. 142p.

público o la realización de las demás actividades que le corresponden en sus relaciones con otros entes públicos o con los particulares, reguladas por el interés general y bajo un régimen de policía o control<sup>6</sup>.

El Poder Ejecutivo se integra con todos los órganos a los que se encomienda la función administrativa, que se resuelve en un conjunto de actos administrativos de connotación y alcance jurídicos muy variados. La función administrativa consiste en tomar decisiones particulares, creadoras de situaciones jurídicas concretas, bajo la forma de actos subjetivos que se encaminan a la satisfacción de las necesidades de interés público.

Hoy por hoy, parece más correcto llamar a esta tripartición “división de funciones” del Estado, toda vez que el poder es sólo uno<sup>7</sup>. Sin embargo, la conceptualización de los poderes–funciones del Estado no ha sufrido mayores variaciones en el tiempo, y su vetusta y auténtica definición debe ser puesta en contraste con otros conceptos que han permitido sistematizar y comprender el actuar de la Administración.

---

<sup>6</sup> Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. 8ª Ed. México, Editorial Porrúa S.A. Tomo I, 1977. 28p.

<sup>7</sup> Gordillo, Agustín. Tratado de derecho administrativo. 7ª Ed. México, Editorial Porrúa, Tomo II, 2004. 85p. La misma opinión en: Jellinek, George. Teoría General del Estado. Madrid, Editora Nacional. Tomo II, 1914. 299p. y ss., y Villegas B., Benjamín. Derecho administrativo. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina. Tomo I, 1974. 7p.



### **1.1.1 Funciones estatales y atribuciones estatales.**

Funciones y atribuciones estatales tienden a confundirse. Ambos conceptos parecen denotar una misma cosa, a saber, la actividad que le es propia a la Administración. Sin embargo, el uso de ambas palabras ha tendido a diferenciarse y ya no es admisible considerarlas como sinónimos. La cuestión de qué son y qué realizan las atribuciones no ha sido un asunto exento de debate para la doctrina.

Uno de los primeros en realzar el concepto de “atribución” ha sido el profesor Roger Bonnard, discípulo del reconocido publicista francés Léon Duguit, quien propone a éste como un concepto clave del derecho administrativo<sup>8</sup>. Las funciones son los medios que permiten al Estado cumplir sus atribuciones. Del mismo modo las personas realizan ciertas operaciones para ejercer una profesión, el Estado ejecuta ciertas funciones a efecto de poder cumplir sus fines. Atribución coincidiría con el concepto lato de “tarea estatal”, que será desarrollado más adelante. Distribuyó las atribuciones del Estado respecto de los particulares en los tres grupos siguientes: a)

---

<sup>8</sup> Bonnard, Roger. *Précis Elementaire de Droit Administratif*. Paris, Recueil Sirey, 1926. 18p.

atribuciones del Estado para reglamentar la actividad privada; b) atribuciones que tienden al fomento, limitación y vigilancia de la misma actividad y c) atribuciones para sustituirse total o parcialmente a la actividad de los particulares o para combinarse con ella en la satisfacción de una necesidad colectiva<sup>9</sup>.

El autor italiano Gabino Fraga, fue aún más lejos y propuso poner en estrecha relación el concepto de atribuciones con el concepto de funciones estatales. De acuerdo con su Tratado de Derecho Administrativo “las funciones constituyen la forma de ejercicio de las atribuciones”<sup>10</sup>. Siendo las atribuciones medios para alcanzar determinados fines, es natural que el número y extensión de aquéllas varíen al variar éstos. Los criterios para fijar unas y otras no constituyen cuestiones jurídicas, sino que corresponden al campo de las ciencias políticas. Como se puede apreciar, el problema de cuáles son las atribuciones del Estado se encuentra íntimamente vinculado con el de las relaciones que en un momento dado guarden el Estado y los particulares, ya que las necesidades individuales y generales que existen en

---

<sup>9</sup> Bonnard, Roger. Op. cit., 16p. y ss.

<sup>10</sup> Fraga, Gabino. Derecho administrativo. México, Editorial Porrúa, 1990. 26p.

toda colectividad se satisfacen por la acción del Estado y por la de los particulares<sup>11</sup>.

Este autor llamó atribuciones tanto a las ya clásicas actividades del Estado como a las que estaban en pleno desarrollo: atribuciones de mando (actividad de policía), atribuciones para regular las actividades económicas de los particulares (actividad de fomento), atribuciones para crear servicios públicos (actividad de servicio público estatal) y atribuciones para intervenir mediante gestión directa en la vida económica, cultural y asistencial del país (actividad empresarial del Estado)<sup>12</sup>.

Sin embargo, la confusión que alberga la palabra “atribución” determinó que, en el otro hemisferio del planeta, el autor argentino Benjamín Villegas Basavilbaso sostuviera que las atribuciones juegan el papel justamente opuesto, al decir, que “constituyen la forma de ejercicio de las funciones”<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Fraga, Gabino. Op. cit., 15p.

<sup>12</sup> *Ibíd.*

<sup>13</sup> Villegas B., Benjamín. Op. cit. 6p.

Ante las confusiones que ha generado esta noción, la doctrina contemporánea ha considerado que el concepto “atribución” es demasiado general y no puede desempeñar un papel tan sustancial como aseguraba Bonnard<sup>14</sup>. Así, para el autor Andrés Serra Rojar, “atribución” puede ser un concepto útil para ciertos propósitos, pero por su generalidad, que suele inducir a confusiones, es preferible dejarlo de lado en un análisis que pretende mayor coherencia conceptual. Siendo un concepto de fácil empleo dentro de ciertos límites muy convencionales no puede considerarse como un elemento básico ni menos aceptarlo como un elemento necesario para definir las instituciones administrativas<sup>15</sup>.

Sin embargo, consideramos que aún subsiste una forma de entender el rol de las atribuciones que sea sistemáticamente consecuente con nuestro ordenamiento jurídico. Para ello, basta con basarse en el propio texto de la Carta Fundamental, que en su artículo 32 señala, expresamente: “Son atribuciones especiales del Presidente de la República [...]”, para, a continuación, enumerar sus facultades y prerrogativas en el ejercicio de la *función* administrativa. En este mismo sentido, el artículo 84 de la

---

<sup>14</sup> Cfr. Serra Rojas, Andrés, Op. cit. 21p., y Sayagués Laso, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo, Depalma. Tomo I, 1953. 48p.

<sup>15</sup> *Ibíd*em, 21p.

Constitución Política de la República vuelve a resaltar este carácter “auxiliar” de las atribuciones respecto de las *funciones*, al señalar que “una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones del Ministerio Público [...]”. Al poner en contraste los conceptos de “organización” y “atribuciones”, parece claro que las segundas hacen una referencia a las facultades o prerrogativas del Ministerio Público, en el ejercicio de su *función*. El uso de la expresión en comento a nivel constitucional permite comprender que existe una relación de medios a fines entre las atribuciones y las funciones: las primeras son facultades o prerrogativas que la Constitución o la ley otorga a un determinado órgano para el correcto y fiel ejercicio de su función, excluyendo la posibilidad de intercambiar ambos conceptos como si fueran sinónimos.

### **1.1.2 Funciones estatales y tareas, cometidos y fines.**

Otros conceptos que tienden a confundirse con el de función estatal son las tareas, cometidos y fines del Estado. A primera vista, los cometidos y fines estatales parecen ser más bien un asunto sociopolítico, mientras que las

funciones son un asunto de técnica jurídica, condicionado por el primero<sup>16</sup>. En esta línea, Carré de Malberg, autor francés fiel a la tripartición de funciones, opta por separar tajantemente el campo de estudio de las funciones con el de los fines del Estado, al sostener que “la teoría de las funciones no debe confundirse con la de atribuciones o cometidos del Estado”<sup>17</sup>. En cuanto a las tareas, fines y cometidos, sostiene que “es indudable que el Estado está llamado a desempeñar una misión cultural en virtud de la cual ha de trabajar por sí mismo, o sea por cuantos medios especiales de que dispone, en el desarrollo de la prosperidad moral y material de la nación”<sup>18</sup>. En la misma línea y con un afán de sistematicidad mayor, el autor argentino Manuel María Diez sostiene que “el término función pública debe reservarse para designar los modos primarios de manifestarse la soberanía, de donde viene la numeración primaria de las funciones del Estado, legislativa, ejecutiva y judicial”<sup>19</sup>.

En Chile, el profesor Enrique Silva Cimma, haciendo eco de la opinión del publicista uruguayo Enrique Sayagués Laso, se ha esforzado por distinguir

---

<sup>16</sup> Cfr. Martínez Marulanda, Diego. Fundamentos para una introducción al Derecho. Medellín, Editorial Universidad de Antioquía, 2007. 361p.

<sup>17</sup> Carré de Malberg, Raymond. Teoría general del Estado. México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2000. 249p.

<sup>18</sup> Cfr. Carré de Malberg, Raymond. Op. cit. 249-252pp.

<sup>19</sup> Diez, Manuel M. Derecho Administrativo. Buenos Aires, Plus Ultra, 1967. 187p.

tajantemente funciones de cometidos. “Son funciones [...] la constituyente, la legislativa, la administrativa, etc. Son, en cambio, cometidos la regulación de la actividad privada y, en general, las diversas actividades de un Estado que, evidentemente, serán más numerosas en un Estado de Bienestar que en uno Liberal”<sup>20</sup>. Sostiene que analíticamente pueden diferenciarse tres conceptos distintos. En primer lugar, *servicio*, entendido como cuerpo orgánico; la *actividad* interpretada como acción desarrollada por este servicio, dirigido a un fin; y *cometido*, que coincide con el fin buscado por el servicio y que se alcanza mediante la actividad<sup>21</sup>.

El profesor español Fernando Garrido Falla, por su parte, ha señalado cuál es el lugar específico de los objetivos y tareas del Estado. De acuerdo con el autor, “lo que la doctrina tradicional denomina ‘fines del Estado’ (o misiones a cumplir) vienen establecidos en la Constitución y desarrollados por las Leyes del Parlamento; el Gobierno, como suprema instancia del Poder Ejecutivo (es decir, el Consejo de Ministros), establece las políticas concretas dentro del amplio margen que la Constitución y las Leyes puedan permitir, para alcanzar los fines del Estado; la Administración gestiona la organización

---

<sup>20</sup> Sayagués Laso, Enrique. Op. cit. 34 y 48pp., citado en Silva Cimma, Enrique. Derecho Administrativo chileno y comparado. El servicio público. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1995. 13p.

<sup>21</sup> Silva Cimma, Enrique. Op. cit. 15p. (el destacado es nuetros).

de medios personales y materiales cuya actuación concreta resulta necesaria para alcanzar la satisfacción de los intereses públicos y las necesidades colectivas de los ciudadanos. Estas organizaciones serían, en una primera aproximación, los servicios públicos. Dicho en breve fórmula: los intereses públicos a conseguir y las necesidades a satisfacer vienen ya preestablecidos; a la Administración toca satisfacerlos a través de los servicios públicos”<sup>22</sup>.

Luis Jordana de Pozas vislumbró que en el planteamiento acostumbrado del tema de los fines administrativos suele hacerse una referencia al de los fines del Estado. De esta forma, reconoció que “si se parte de la división de poderes, los fines administrativos serán los del Poder Ejecutivo; si de la división de funciones, los de la actividad administrativa, determinada por vía excluyente, como toda la actividad del Estado, menos la de carácter legislativo y judicial”<sup>23</sup>.

Las atribuciones -al igual que otros conceptos gramaticalmente cercanos, como prerrogativas, facultades, etc.- son en realidad fines del Estado que se incorporan al orden jurídico, es lo que Hartmann ha llamado “el arte de

---

<sup>22</sup> Garrido Falla, Fernando. El concepto de servicio público en Derecho Español. Revista de Administración Pública, 135: 1994. 8p. y ss.

<sup>23</sup> Jordana de Pozas, Luis. Op. cit. 11-28pp.



transformar tendencias sociales en formas jurídicas”. Cuando una corriente de opinión precisa un camino, se requiere organizarlo en fines, clasificarlos en órganos, proveerlos de medios, para que puedan ser cumplidos en bien de la comunidad. Una vez reconocidos como principios jurídicos, es entonces cuando hablamos de atribuciones, funciones, competencia, jurisdicción, prerrogativas, facultades, derechos, poderes jurídicos y otras denominaciones. Como hemos sostenido aquí, han sido múltiples los esfuerzos de los científicos para dotar al Derecho Administrativo de una base general y de una terminología apropiada.<sup>24</sup>

Para el profesor mexicano Jorge Fernández Ruiz, las llamadas atribuciones, cometidos y fines son sólo formas diversas de nombrar el *telos* del Estado, y por eso tienden a confundirse entre sí<sup>25</sup>. La importancia de entender estos conceptos como distintas formas de nombrar y entender la teleología del Estado es que se despejan del campo de estudio de las actividades de la administración según la comprensión más difundida por la doctrina contemporánea.

---

<sup>24</sup> Cfr. Serra R. Andrés. Op. cit. 20p.

<sup>25</sup> Fernández Ruíz, Jorge. Derecho Administrativo. México D.F., Universidad Autónoma de México, 1997. 75p.

Finalmente y en este mismo sentido, la doctrina chilena más actualizada ha precisado elementos trascendentales para la comprensión de las diferencias entre uno y otro concepto, tomando como referencia permanente nuestra Carta Fundamental. Conforme al artículo primero de la Constitución Política de la República de Chile, 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 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 [...]”. En este sentido, la *finalidad* es el objetivo o propósito para cuya consecución existe el Estado y que lo justifica, sea objetivamente o en función de las circunstancias concretas de cada Estado en un tiempo dado. La finalidad del Estado es contribuir a la realización del bien común, en la mayor medida legítima posible<sup>26</sup>.

Distinto de la finalidad y de las funciones como han sido caracterizados hasta aquí, se pueden identificar *cometidos* estatales. Estos pueden ser comprendidos como “las tareas, trabajos o misiones que, con el carácter de deberes, comisiones o encargos el ordenamiento jurídico fija a los órganos

---

<sup>26</sup> Cea, José Luis. Teoría del Gobierno. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2000. 49p.

estatales para cumplir realmente sus finalidades”<sup>27</sup>. Estos varían de acuerdo a la mayor o menor extensión y naturaleza de las tareas que se asignen al Estado por la Constitución y las leyes, lo que a su vez, no es una creación libre de los órganos respectivos sino que una respuesta concreta a las demandas y necesidades de la población. A través de estos *cometidos* el Estado cumple en forma concreta la *finalidad* de bien común que le asigna el ordenamiento político-jurídico y que demarca el ámbito de acción o trabajo de los múltiples órganos públicos.

Se ha puntualizado que los cometidos no pueden ser considerados sencillamente servicios, porque su sentido y alcance es más amplio, comprensivo de las comisiones encargos o tareas que el sistema jurídico impone ejecutar al Estado Gobierno<sup>28</sup>. Un ejemplo claro de ellos sería un acto sancionatorio de la administración, que no puede ser considerado como una actividad propia del servicio público pero que sí apunta a concretar un *cometido*, orientado siempre a su *finalidad*. Pese a ello, lo cierto es que, en general, existe una coincidencia amplia entre cometidos y servicios

---

<sup>27</sup> *Ibíd.*

<sup>28</sup> *Ibíd.*, 51p.

proporcionados por el Estado para satisfacer, de manera regular y continua, las necesidades o demandas de la sociedad nacional (el destacado es nuestro)<sup>29</sup>.

¿Qué lugar cabe, entonces, a las funciones del Estado? Del tratamiento anterior se extrae que ellas no pueden ser confundidas con la *finalidad* de una determinada sociedad política ni con sus *cometidos*, porque la función es, en su significado natural y obvio, la capacidad de acción propia de los órganos en los cargos y oficios institucionales respectivos<sup>30</sup>. En este sentido pueden considerarse como funciones del Estado los medios de acción a través de los cuales los órganos públicos cumplen los *cometidos* explicados. Dichas *funciones* o medios, permiten, en consecuencia, realizar los *cometidos* y también concretar la *finalidad* del Estado.

De forma clásica, como señalamos en el primer apartado de este capítulo, asistimos a una comprensión tripartita de las funciones del Estado, o sea legislar, ejecutar la ley y juzgar los litigios mediante la aplicación de las leyes. Los medios a partir de los cuales se efectuaban dichas funciones eran la ley, los actos administrativos y las sentencias, respectivamente. Conforme a la interpretación del profesor chileno José Luis Cea, esta tripartición

---

<sup>29</sup> *Ibíd.*

<sup>30</sup> *Ibíd.*

caracterizaba a los tiempos de la primacía de la ley, porque toda acción estatal arrancaba de esa especie de norma jurídica y transcurría junto a ella. La Constitución, por ende, y el Constitucionalismo, no existían aún, al menos con la autonomía conceptual y la superioridad normativa que los singulariza hoy<sup>31</sup>.

Conforme a su interpretación, las funciones estatales habrían evolucionado en los últimos siglos. Así, ellas se han expandido desde las tres típicas del “Estado guardián” – función legislativa, ejecutiva y judicial – a otras nuevas, propias del Estado democrático en lo político y de bienestar en el campo socioeconómico, para culminar en el “Estado social” del presente (así se reconocerían otras funciones, como la función constituyente, función electoral, función monetaria y cambiaria, función jurisdiccional, función contralora, entre otras).

Para finalizar y ubicar, preliminarmente, el lugar de las *actividades* de la administración, se puede afirmar que la *finalidad* gubernativa es una idea de importancia y prioridad, pues estriba en contribuir a la realización del bien común en un Estado determinado; los *cometidos*, subordinados a la finalidad, es la medida que toma un determinado Estado para alcanzar la finalidad. Por

---

<sup>31</sup> *Ibíd.*

último, la *función*, también estaría supeditada a la finalidad, presentándose con el carácter de forma o medio de ejecutar los cometidos, sea a través de la ley, **la actividad administrativa**, de las resoluciones de entes constitucionales autónomos, o de la intervención jurisdiccional.

## **1.2 Perspectiva histórica de la doctrina entorno a las actividades de la Administración del Estado.**

Es poco común hallar una definición categórica de actividad estatal. La doctrina persiste en definirla de un modo amplio, puesto que es un concepto que ha intentado dar cuenta de los medios institucionales disponibles para dar cumplimiento a las mencionadas tareas, fines y cometidos. La actividad administrativa constituye un elemento dinámico de capital importancia, puesto que le permiten cumplir con su objeto social, el cual es la promoción del bien común. Éste último, sin embargo, posee un desglose amplio, múltiple y responde directa o indirectamente al medio social y sus necesidades. En este escenario, el profesor español José Luis Villar Ezcurra, con agudeza, ha sostenido que las mayores disputas doctrinales se deben a que “al abordar el problema de la actuación administrativa se trata de algo íntimamente relacionado con la forma de entender la relación entre el Estado (o, más

genéricamente, los poderes públicos) y la sociedad civil”<sup>32</sup>. Estas relaciones sufren variaciones históricas en el tiempo.

No obstante lo anterior, el autor Andrés Serra Rojas ha ofrecido una definición genérica de actividad del Estado que satisface plenamente las necesidades de precisión que ha impuesto nuestro tiempo. De acuerdo con él, la actividad del Estado “se origina en el conjunto de operaciones, tareas o facultades para actuar –jurídicas, materiales y técnicas- que le corresponden como persona jurídica de derecho público y que realiza por medio de sus órganos”<sup>33</sup>. Se trata de una aproximación que es anterior a cualquier clasificación. Teniendo a la vista una definición moderna de actividad administrativa, pueden entrar en consideración los criterios clasificatorios que enriquecen la comprensión de este concepto.

### **1.2.1 Clasificaciones de la actividad de la Administración.**

La actividad administrativa puede ser clasificada conforme a un número amplio de criterios, como la efectividad de su actuación, la forma en que ésta

---

<sup>32</sup> Villar Ezcurra, José Luis. Derecho Administrativo especial: Administración pública y actividad de los particulares. Madrid, Editorial Civitas, 1999. 23p.

<sup>33</sup> Serra Rojas, Andrés. Op. cit. 21p.

se externaliza, la legalidad, la perspectiva desde la que se observa y el régimen jurídico que se le aplica. La profesora chilena Gladys Camacho<sup>34</sup>, propone al menos seis clasificaciones:

1. Desde la perspectiva de la efectividad, la actuación administrativa podría ser positiva (real, manifiesta) o negativa (también llamada omisión o inactividad de la Administración), allí donde existe un deber jurídico de actuación. El profesor español Alejandro Nieto ha sostenido que el “concepto de inactividad material se corresponde con la idea ordinaria de la misma: es una pasividad, un no hacer de la Administración en el marco de sus competencias ordinarias. La inactividad puede ser material o formal. La inactividad formal se refiere, por su parte, a la pasividad de la Administración dentro de un procedimiento, es la simple no contestación a una petición de los particulares”<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Camacho, Gladys. Tratado de Derecho Administrativo: La actividad sustancial de la Administración del Estado. Santiago de Chile, Legal Publishing. Tomo IV, 2010. 84p.

<sup>35</sup> Nieto García, Alejandro. La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo. RAP, 37: 1962. 80p., Tawil Santiago, Guido. Administración y Justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa. Buenos Aires, Depalma, 1993. 286p.: “la inactividad material sería aquella que se traduce en el incumplimiento por parte de la Administración de sus competencias ordinarias, en la pasividad de los entes administrativos para ejecutar o llevar a su debido cumplimiento los objetivos que le son propios”.



2. Desde la perspectiva de cómo se externaliza la actuación, ésta puede ser: actuación jurídica o formal (actos administrativos y contratos) o actuación sustancial, comprendiendo dentro de ésta aquellas actuaciones que se reconocen como hechos administrativos a través de los cuales se hace efectivo el comportamiento material o actividad física de los órganos administrativos, en cuya virtud se realizan su actividad administrativa. Este criterio clasificatorio es de suma importancia, puesto que es la actividad material o sustancial de la administración la que interesa en este capítulo. La mayoría de los autores da por supuesta esta clasificación y vincula de forma inmediata el concepto de actividad administrativa con la actividad material.
  
3. Desde el punto de vista de la legalidad, la actuación administrativa puede ser legal o ilegal, según sea acorde o no con el ordenamiento jurídico. Este criterio clasificatorio es simple y no es necesario explicitar sus diferencias extensamente, pues sólo atiende al cumplimiento de los presupuestos de legalidad de la actividad administrativa.

4. Desde la perspectiva de las partes que intervienen para su perfeccionamiento, puede ser: unilateral o convencional (actos administrativos y contratos respectivamente).
  
5. Desde la perspectiva de la que se observa, la actuación administrativa puede ser interna o externa, según atienda al ámbito doméstico de la organización o atienda a la incidencia que ésta tiene sobre los derechos o intereses de los particulares. De acuerdo con el profesor Miguel Marienhoff, Administración “interna” es la actividad que el órgano administrador realiza para su propia organización, y en cuya labor no entra en relación con terceros. Se trata de medidas o normas que la Administración se da a sí misma<sup>36</sup>. La Administración “externa” trasunta la actividad que el órgano administrador desarrolla en su vinculación con terceros. La actividad “externa” tiene por objeto la satisfacción de los intereses públicos, cuya gestión le compete a la Administración. La actividad “interna” no tiene ese objeto, sino el de lograr el mejor funcionamiento del ente. El fundamento de la actividad administrativa “externa” es la ley, *lato sensu*. En el Estado de derecho, todo acto de este tipo debe fundarse en una norma jurídica. En cambio, la actividad “interna”

---

<sup>36</sup>Cfr. Marienhoff, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot. Tomo I, 1977. 61p.

constituye el ejercicio del poder de auto-organización, que no implica una simple facultad, sino un “poder-deber” que ha de ejercitarse de conformidad con los principios de una buena administración<sup>37</sup>.

6. Desde la perspectiva del régimen jurídico que se le aplica, ésta puede ser de derecho público o de derecho privado, según haya optado el legislador.

El autor chileno Jorge Bermúdez, en su Tratado de Derecho Administrativo General<sup>38</sup>, ha propuesto otras interesantes clasificaciones, que aquí pueden tenerse también en cuenta:

1. Según el objeto de la administración: Administración educacional, de obras, económica, financiera, tributaria, de investigación, de defensa, ambiental, etc.
2. Según las finalidades de la administración: (i) Administración del orden público (tránsito, orden público, control de epidemias). Sería cualitativamente distinta de la Administración de policía tradicional de los

---

<sup>37</sup> Cfr. Marienhoff, Miguel. Op. cit. 62p.

<sup>38</sup> Bermúdez Soto, Jorge. Derecho Administrativo General. 2ª ed. Chile, Legal Publishing Chile, 2011. 5-6pp.

siglos XVII y XVIII; (ii) Administración prestacional, la cual tiende a garantizar y mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos, por ejemplo, ayuda social, educacional, etc., a través de la mantención de establecimientos públicos (escuelas, transportes, hospitales, etc.); (iii) Administración directiva, encargada de la dirección de un amplio espectro de actividades, social, económica, cultura, etc.; (iv) Administración tributaria, la cual proporciona recursos económicos al Estado en su totalidad para la realización de sus funciones; (v) Administración de “necesidades administrativas” (“*Bedarfsverwaltung*”), encargada de proporcionar los medios humanos y materiales para el cumplimiento de las tareas administrativas.

3. Según los efectos para el ciudadano de los medios jurídico-administrativos: (i) interventora o intervencionista: interviene la esfera jurídica del ciudadano, limitando su libertad y/o propiedad, imponiéndole cargas y obligaciones; (ii) administración prestacional: es aquella que otorga una prestación o privilegio al ciudadano (por ejemplo: subvenciones, asistencia social, etc.).

4. Según la forma jurídica de la administración: de derecho administrativo público o de derecho privado.
  
5. Según el grado de atadura legal de la administración: Se aplica principio de juridicidad, pero existen distintos grados de vinculación. A diferencia del criterio dicotómico propuesto por Gladys Camacho (legalidad/ilegalidad), Bermúdez propone un criterio clasificadorio según grados.

Estas clasificaciones, sin embargo, no agotan todos los aspectos que involucran a la actividad del Estado. Otras clasificaciones que pueden entrar en consideración son: Administración consultiva y manifestación activa de la Administración; reglada y discrecional; activa y jurisdiccional, etc.<sup>39</sup>.

### **1.2.2 División sectorial de la actividad de la Administración del Estado.**

Antes de comenzar el análisis de lo que en la doctrina chilena puede considerarse el “cauce principal” en cuanto a la terminología, conceptos y presupuestos del estudio de las actividades de la Administración del Estado, es

---

<sup>39</sup> Marienhoff, Miguel. Op. cit. 59–66pp.

necesario internarse, brevemente, en otras formas distintas de organización del estudio y las metodologías.

Un ejemplo de esta forma de sistematizar la actividad administrativa del Estado, consiste en seguir la forma en que se estructura la normativa sectorial de éste. La Administración del Estado sigue el sistema departamental, dividiéndose en sectores a cargo de ministerios<sup>40</sup>. Cada sector sería definido como ‘campo específico de actividades’ en los que el ministerio tiene la facultad de ejercer sus funciones<sup>41</sup>. De acuerdo con esta división, un ministerio puede tener uno o más sectores a su cargo (v.gr. el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo tiene más de un sector, mientras que el de Justicia tiene sólo uno).

Este criterio sirvió de base durante la formación de la República de Chile durante el S. XIX, donde podían señalarse como principales actividades las funciones de Interior, Justicia, Hacienda y Guerra, creciendo el número a lo largo del tiempo: Obras públicas, Educación, Salud, Trabajo, Vivienda,

---

<sup>40</sup> Artículo 22 de la LOCBGAE: “Los ministerios son los órganos superiores de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración de sus respectivos sectores, los cuales corresponden a los campos específicos de actividades en que deben ejercer dichas funciones”.

<sup>41</sup> Camacho, Gladys. Op. cit. 85p.

Agricultura, Mujer, Energía, Medio Ambiente, etc.<sup>42</sup>. El jurista italiano Guido Zanolini, en esta misma línea, llegó a distinguir las actividades según la precedencia de los fines a los que atendía. Así, señaló que era oportuno dar prioridad a “aquellas actividades que se dirigen exclusivamente al fin de conservación, esto es al orden público y a la seguridad general; a continuación, aquellas en las que el propio fin concurre con fines de bienestar y progreso (sanidad y economía) y, por último, considerar la actividad de los servicios en los que el cuidado del bienestar social aparece como fin único y del todo prevalente (como la beneficencia y la instrucción pública)”<sup>43</sup>. El problema central de este desarrollo fue que suscitó discusiones en torno a la determinación de los campos de intervención administrativa y, por lo tanto, de los fines que Administración debía asumir. Esta discusión implicaba exceder el ámbito jurídico, lo que terminó por disminuir la utilidad e importancia de este criterio.

### **1.2.3 El enfoque tradicional.**

La forma tradicional de comprender las actividades de la Administración del Estado, más allá de las clasificaciones señaladas

---

<sup>42</sup> Camacho, Gladys. Op. cit. 86p.

<sup>43</sup> Parada, R. Derecho Administrativo: Parte General I. Madrid, Editorial Marcial Pons, 1996. 434p.

anteriormente, se ha hecho a partir de la evolución histórica de las tareas del Estado<sup>44</sup>. Dicha evolución coincide con el impresionante fenómeno de la expansión actividad administrativa en los últimos siglos, un fenómeno “de tal manera universal, constante y acelerado ha de tener causas mucho más profundas e incontrastables. Esas causas son el aumento demográfico, el progreso material, la concentración de la población, la elevación del nivel general de vida, la inseguridad producida por la ruptura de la unidad espiritual y política y por la expansión exterior de algunos pueblos y otras menos importantes”<sup>45</sup>. Esta evolución va desde las formas primitivas de actuación de la Administración, que se construyeron sobre la base de la policía durante el siglo XIX y del servicio público a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, hasta el desarrollo de otras actividades, como el fomento y la producción de bienes y servicios.

Con el fin de ilustrar el concepto de actividad de la Administración, recurriremos a diversos tratadistas contemporáneos. Es preciso aclarar que la doctrina nacional no ha sido particularmente creativa en esta materia, limitándose a importar criterios de clasificación foráneos. Este estudio se centrará, principalmente, en la fundamentación de qué puede entenderse como

---

<sup>44</sup> Cfr. Camacho, Gladys. Op. cit. 84p.

<sup>45</sup> Jordana de Pozas, Luis. Op. cit. (El problema de los fines...), 16p.



actividad de la Administración, para luego revisar el análisis de las distintas actividades que realiza el Estado.

## **1.2.4 Primeros desarrollos en el Reino Prusiano y Francia.**

### **1.2.4.1 Reino Prusiano.**

Los primeros desarrollos doctrinarios en torno a la actividad administrativa, fueron explicados sobre la base de ideas nucleares<sup>46</sup>. En el Reino Prusiano, su desarrollo comenzó desde la denominada Ciencia Cameralística (siglo XVIII), la que nace en el Estado feudal con el *kammerer*, el tesorero del electorado de la marca de Brandemburgo, que más tarde se convertirá en el Reino de Prusia. Este funcionario único evolucionará hasta conformar el Consejo de Cámara del príncipe, organismo que se ocupará de las finanzas, de la política internacional y la administración del Estado<sup>47</sup>. En este contexto, el concepto básico o nuclear para comprender el quehacer estatal era el de policía. Se entenderá que la policía tiene una faceta negativa, que se desarrolla en la seguridad y el orden, y otra positiva, que se expresa en

---

<sup>46</sup> Villar Ezcurra, José Luis. Op. cit. (Administración pública...), 32p.

<sup>47</sup> Nieto García, Alejandro. El mito de la Administración prusiana. Sevilla, Instituto García Oviedo, 1962. 29p. y ss.

el bienestar. Surge así la división entre policía de seguridad y policía de bienestar. La actividad administrativa se reducirá a la coacción<sup>48</sup> y no al fomento o bienestar, que pasarán a ser tareas de la sociedad civil. La idea nuclear rectora, en este caso, es la actividad de policía, cuya estructura rige todo el quehacer estatal, sin recurrir a las actividades de servicio público o fomento.

Jordana de Pozas identifica en esta doctrina a una teoría clásica que compendia en el *bonum commune* el fin único del Estado, dejando a los tiempos y a los gobernantes la determinación concreta de lo que es bueno para la comunidad y de los medios de lograrlo, y que llega desde Aristóteles hasta los *cameralistas* y cultivadores de la ciencia de la policía, quienes lo interpretan con máxima amplitud, puesto que consiste en proporcionar la felicidad humana en esta vida en la triple clase de bienes que comprende: los del alma, los del cuerpo y los de fortuna<sup>49</sup>.

Villar Ezcurra muestra similitudes entre la doctrina en comento y el punto de partida de la intervención de los poderes públicos en España. Esta

---

<sup>48</sup> Nieto García, Alejandro. Algunas precisiones sobre el concepto de policía. Revista de Administración Pública 81: 1976, y en, Nieto García, Alejandro. Estudios de derecho y ciencia de la Administración. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2001. 351-352pp.

<sup>49</sup> Jordana de Pozas, Luis. Op. cit. (El problema de los fines...). 12p.

intervención se consagraba en la Constitución 1812, en donde se reflejan dos posibles formas de intervención administrativa: “de un lado, lo que la doctrina de la época calificará como ‘policía del orden público’ que se manifiesta en el artículo 4 de la citada Constitución (“la Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la prosperidad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen”). De otro, lo que con raíces en la doctrina alemana se calificaría como ‘policía del bienestar’ (*Wohlfahrtpolizei*) y que en una expresión propia de ese momento se explicita en el artículo 13 (“el objeto del Gobierno es la felicidad de la Nación puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen”)<sup>50</sup>.

A comienzos del siglo XX y bajo una perspectiva distinta, el *iuspublicista* alemán Ernst Forsthoff acuñará el concepto de “*Daseinvorsorge*” (que puede ser traducido como “procura de la existencia”, “existencia vital” o “procura existencial”) para aludir a la función global del Estado dirigida a hacer posible lo necesario para el bienestar de los individuos<sup>51</sup>. Este amplio concepto nuclear designó el espacio de necesidades que el individuo no está en capacidad de atender efectivamente, requiriendo por ello la asistencia del

---

<sup>50</sup> Villar Ezcurra, José Luis. Op. cit. (Administración pública...), pp. 30 – 31.

<sup>51</sup> Villar Ezcurra, José Luis. Op. cit. (Administración pública...). 32p.

Estado. Esta doctrina fue expresada por primera vez en 1938, en un libro de título significativo: *Die Verwaltung als Leistungsträger*; esto es, “La Administración como soporte de prestaciones”<sup>52</sup>. Corresponde al Estado la responsabilidad de garantizar las posibilidades de realización de esas condiciones existenciales, a través de la Administración, que de esta manera recibe una nueva función esencial junto a la tradicional de intervención: la función de presentación. Éste fue uno de los aportes más importantes al Estado de bienestar en la república Federal de Alemania<sup>53</sup>

### **1.2.3.2 Francia.**

En Francia, a fines del siglo XIX, el concepto nuclear fue el de servicio público. El resurgimiento<sup>54</sup> de este concepto está relacionado con el paso de un Estado “gendarme”, limitado al servicio de policía, defensa nacional y recaudo de impuestos, a un Estado “providencia”, que tomó a su cargo otros

---

<sup>52</sup> Forsthoff, Ernst. *Die Verwaltung als Leistungsträger, Königsberger Rechtswissenschaftliche Forschungen*. Berlin, Stuttgart, 1938. Citado en Martín-Retortillo, Lorenzo. La configuración jurídica de la administración pública y el concepto de “*Daseinsvorsorge*”. *Revista de Administración Pública* 38: 1962. 38p.

<sup>53</sup> El desarrollo pormenorizado de la tesis de este autor ha sido tratado en: Magaldi, Nuria. *Procura existencial, Estado de Derecho y Estado Social. Ernst Forsthoff y la crisis de Weimar*. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2007.

<sup>54</sup> El concepto tiene un origen prerrevolucionario durante la administración de Luis XVI, al organizar un servicio real de correos. (Pinard, Michel. *La tradición francesa del servicio público*. En: *Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., 2005. 469p.).

asuntos como la educación o la salud<sup>55</sup>. El desarrollo doctrinario fue llevado a cabo fundamentalmente por la “*École du service public*”, entre cuyas filas se encontraban Léon Duguit, Gaston Jèze, Roger Bonnard y Louis Rolland. Duguit, máximo representante de la escuela francesa, llegó a sostener que los servicios públicos eran el fundamento del Derecho Administrativo<sup>56</sup>. El desarrollo pormenorizado de esta noción y el tratamiento específico de sus desarrollos posteriores se encuentra en el capítulo II de este trabajo.

### **1.3 Teorías duales.**

Ante la imposibilidad de reducir a un único criterio nuclear la totalidad de la actividad de la Administración, la doctrina del siglo XX se vio en la necesidad de renovar su comprensión. En Europa continental, fundamentalmente en Alemania y en Italia, se desarrollaron las llamadas “teorías duales”. De forma lata, estas teorías distinguieron entre la actuación jurídica y material de la Administración.

---

<sup>55</sup> Maldonado G., Tomás. La noción de servicio público a partir de la concepción de Estado Social de Derecho. Colombia, Revista Actualidad Jurídica, 2010. 55p.

<sup>56</sup> Duguit, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris, Ancienne Librairie Fontemoing, 1927. Citado por Montaña Plata, Alberto. El concepto de servicio público en el Derecho Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005. 141p.

La división obedeció a un criterio “puramente empírico cargando el acento sobre la forma en que externamente se manifiesta la actividad administrativa (actividad jurídica frente a actividad material)”<sup>57</sup>. La aproximación dualista al fenómeno del actuar del Estado aportó criterios clasificatorios diversos, que permitieron trascender los límites doctrinarios que había planteado el reduccionismo de, o reducir toda la actividad estatal a la actividad de policía, o asimilarla al concepto de servicio público.

### **1.3.1 Teorías duales: perspectivas formales y materiales.**

Diversos autores, principalmente representantes de Alemania e Italia, distinguieron entre la actuación jurídica de ordenación y otra material de ordenación. Existió, por lo tanto, una Administración soberana frente una Administración industrial o económica que se pondría en relación con la prestación de servicios públicos. La actuación jurídica se centraría en los instrumentos o vehículos a través de los cuales la Administración lleva a cabo su actividad más característica en el terreno jurídico. Una perspectiva material,

---

<sup>57</sup> Villar Ezcurra, José Luis. Op. cit. (Administración pública...). 33p.

en cambio, responde a la pregunta del por qué actúa la Administración y qué tipo de funciones sociales desempeña<sup>58</sup>.

Una de las características más importantes de la actividad material de la Administración es su heterogeneidad. De acuerdo con el profesor Santamaría Pastor, la Administración se presenta como “una organización de funcionalidad universal: hace, literalmente de todo, desde las funciones más genéricas (p. ej., gestionar las relaciones exteriores) hasta las de alcance más individual (p. ej., atender a los enfermos); desde las tareas más altas en términos intelectuales (p. ej., promover la investigación, organizar conciertos) hasta las teóricamente menos nobles (como cuidar de la eliminación de residuos)”<sup>59</sup>. Pero esta gran variedad de tareas no siempre estuvo a cargo de la Administración. Durante gran parte del medioevo, la Administración limitaba su actividad a las relaciones exteriores, guerra, finanzas, la justicia y la denominada policía, “cajón de sastre en la que se hacían entrar todas las tareas no encajables en los rótulos precedentes”<sup>60</sup>. Esta característica se debe a una razón determinable: mientras la llamada actividad administrativa jurídica se expresa en actos formales, como actos, contratos y procedimientos que poseen

---

<sup>58</sup> Cfr. Santamaría Pastor, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo General. Madrid, Iustel. Tomo II, 2009. 237p.

<sup>59</sup> Santamaría Pastor, Juan Alfonso. Op. cit. 237p.

<sup>60</sup> Santamaría Pastor, Juan Alfonso. Op. cit. 239p.

características inalterables, la actividad material de la administración se expresa en operaciones físicas, algunas de ellas regidas por criterios científicos o técnicos<sup>61</sup>. La heterogeneidad en el actuar que caracteriza a la Administración contemporánea está estrechamente relacionada con la dirección que han seguido los Estados sociales en la actualidad.

### **1.3.2 Teorías duales: actividad jurídica y actividad social.**

Otra forma de dividir analíticamente la actividad de la Administración se la debemos al jurista italiano Vittorio Emanuele Orlando. El autor distingue entre una actividad jurídica o de policía y una actividad social. La primera es aquella que desarrolla el Estado de forma necesaria para asegurar la paz y el orden público, mientras que la segunda da lugar a prestaciones materiales que también pueden ser ofrecidas por los particulares.

Orlando, en su trabajo intitulado “Primer tratado completo de derecho administrativo italiano” ofrece una concepción unitaria de la acción de los poderes públicos, en el supuesto de que “la administración social supone siempre la intervención y la acción del Estado en cualquiera de las relaciones

---

<sup>61</sup> Cfr. Santamaría Pastor, Juan Alfonso. Op. cit. 239p.



sociales, para promoverla y mejorarla. Ahora, debido a que la sociedad fue concebida como el conjunto de individuos que viven juntos con el propósito de la satisfacción de necesidades humanas, es fácil entender cómo las diversas necesidades sociales, en los que interviene el Estado, deben coincidir con los del individuo”<sup>62</sup>.

De acuerdo al enfoque de Orlando, en lo que respecta a la individualización de las actividades del Estado, le corresponden la administración extraordinaria de las relaciones exteriores, la administración de justicia y la administración interna. El autor, por tanto, optó por dividir las actuaciones del Estado en grandes grupos de actividades. Sin embargo, dentro de lo que denominó administración interna, encontramos otra subdivisión. La administración interna comprende (i) actividades jurídicas (organización de la administración pública, la policía y de expropiación, de defensa de los ciudadanos contra la administración) y (ii) actividades sociales, lo que “implica la intervención de las autoridades públicas en las ‘relaciones físicas’ (la salud pública), en las ‘relaciones intelectuales’ (la instrucción primaria), en

---

<sup>62</sup> Orlando, Vittorio E. *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*. Milano. Tomo I, 1900 78p. En el original: “*l’amministrazione sociale suppone sempre l’intervento e l’azione dello Stato in alcuno dei social rapporti, per promuoverlo e migliorarlo. Or siccome la società fu da noi concepita come l’insieme degli individui conviventi al fine del soddisfacimento degli umani bisogni, è facile comprenderé come i varii bisogni social nei quali lo Stato interviene debbano coincidere con quelli dell’Individuo*”. La traducción es nuestra.

las ‘relaciones económicas’, teniendo en cuenta, sin embargo, distinguir el impacto sobre la producción (industrial y la legislación laboral) y la distribución de la riqueza (bienestar y organizaciones benéficas)”<sup>63</sup>. Éstas, las llamadas “relaciones físicas” vienen a ser aquellas actividades que desarrolla la Administración en términos materiales y concretos con los ciudadanos, trascendiendo las actividades jurídicas.

### **1.3.3 Teorías duales: actividad de prestación de la Administración a los particulares y de los particulares a la Administración.**

En el apartado anterior, puede apreciarse un importante giro en la comprensión del actuar de la Administración. Ésta ya no se define abstractamente a partir de un concepto nuclear del que se deduce analíticamente todo el resto de la actividad. El punto de partida son las relaciones entre la Administración y los “administrados”.

---

<sup>63</sup> Orlando, Vittorio E. Op. cit. 78p. En el original: “*Quest’ultima, a sua volta, viene distinta in attività giuridica (organizzazione della pubblica amministrazione, polizia ed espropriazione, difesa dei cittadini contro l’amministrazione) e in attività sociale, che implica l’ingerenza delle autorità pubbliche nei “rapporti fisici” (la sanità pubblica), nei “rapporti intellettuali (l’istruzione primaria), nei rapporti economici”, dovendosi tuttavia distinguere al riguardo l’incidenza sulla produzione (legislazione industriale e operaia) e quella sulla distribuzione della ricchezza (assistenza pubblica e opere pie)*”. La traducción es nuestra.

El tratamiento de las relaciones entre particulares y Administración será también el punto de partida del análisis para el profesor Santi Romano. El profesor italiano, discípulo del *iuspublicista* liberal V. E. Orlando, dominó la cultura jurídica italiana durante la primera mitad del siglo XX, ya que exploró prácticamente la totalidad del campo del derecho público (administrativo, constitucional, internacional y eclesiástico). El principal aporte doctrinario que hizo fue la idea del Derecho como institución.

Su concepto de ordenamiento jurídico se configura sobre la base de atribuir al Derecho objetivo el significado primordial de la organización, proporcionando así una nueva configuración del concepto de Derecho, al superar las concepciones tradicionales que enfocaban la experiencia jurídica sobre la exclusiva base de las normas jurídicas, o de las relaciones jurídicas<sup>64</sup>. El autor señalaba que “[e]l Derecho no es equivalente a la suma o totalidad de sus normas. El Derecho es un ente superior resultante de la abstracción y unificación de las conciencias individuales de los miembros de la sociedad, por lo que el Derecho no está integrado sólo por normas, sino por otros elementos, entre los cuales se encuentra la propia sociedad, y la idea de orden

---

<sup>64</sup> Romano, Santi. *El ordenamiento jurídico*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963. 101p. y 113p.

y organización”<sup>65</sup>. De acuerdo con Romano, frente a los apologistas del régimen totalitario de la Italia fascista y su visión unitaria y monocrática del ordenamiento estatal, toda sociedad en cuanto tal se convierte en ordenamiento jurídico. Incluso llegó a sostener “que las asociaciones ilícitas sólo lo son desde un punto de vista externo, pero desde el punto de vista interno también son instituciones jurídicas; por lo tanto, existe una pluralidad de ordenamientos jurídicos dentro y fuera del Estado, no susceptibles de ser reducidos al derecho de este último”<sup>66</sup>.

Esta comprensión, por tanto, se aleja de la doctrina formalista de Kelsen, en la que se operaba una ecuación entre el Estado y el ordenamiento jurídico, y no se permitían exclusiones<sup>67</sup>. Esta distancia, le permite al autor distinguir entre (i) actividad administrativa de limitación y (ii) actividad administrativa de prestación. La actividad administrativa de prestación le pertenece un tipo de prestación especial: de los particulares a la Administración, que incluye expropiaciones, exacciones públicas,

---

<sup>65</sup> Vid. Romano, Santi. Op. cit.111-113pp. Citado en GARCÍA MIRANDA, Carmen María. 1998. La unidad en el concepto de ordenamiento jurídico de Santi Romano. *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña* (2).

<sup>66</sup> Frossini, Vittorio. Las transformaciones de la doctrina del Estado en Italia. *Revista de estudios políticos* 202: 1975. 148p.

<sup>67</sup> Frossini, Vittorio. Op. cit. 148p.

prestaciones personales<sup>68</sup>. Esta forma de prestación es de gran importancia, puesto que hasta el momento las únicas formas de limitación, restricción o afectación en sentido negativo de la esfera jurídica de los particulares se encontraban en la actividad de policía mediante órdenes, autorizaciones, sanciones y coacciones<sup>69</sup>.

Coincide el desarrollo anterior con el trabajo de Renato Alessi, quien señaló que la gestión que realiza la Administración en cumplimiento de los fines del Estado se lleva a cabo bien en el marco del derecho público, desde una posición de supremacía en la que dispone de la titularidad de una serie de privilegios, bien en el marco del derecho privado a través del cual la Administración, en vez de imponer su voluntad al particular, desciende a tratar con él desde su misma posición jurídica. Sin embargo, aun en este caso, tratándose del derecho privado como normativa reguladora de este tipo de relaciones, van a encontrarse una serie de elementos jurídico-públicos que condicionan la actuación administrativa y definen su estatus<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. Op. cit. 97p.

<sup>69</sup> García de Enterría, Eduardo. Op. cit. 97p.

<sup>70</sup> Verlarde F., Juan. ¿Sector privado, colaborador del, o frente al, sector público? Revista española de control externo. Vol. 10, 28: 2008. 17p.

Agrupar en cuatro tipos el universo de la actividad administrativa: el primero atiende a la organización jurídica, objetiva y subjetiva del órgano administrativo; el segundo se destina a obtener los elementos indispensables para la operación y funcionamiento del aparato estatal; el tercero garantiza el orden jurídico, la seguridad interna de la comunidad social y la seguridad externa del estado; el cuarto tipo de actividades busca proporcionar utilidad a la población, tanto de orden jurídico como de orden económico y social<sup>71</sup>. La clasificación queda dispuesta de la siguiente forma<sup>72</sup>: (i) Una actividad que se refiere a la organización jurídica objetiva o subjetiva del ente administrativo; (ii) una actividad para conseguir los medios necesarios para el funcionamiento de la maquinaria estatal; (iii) una actividad dirigida a asegurar el orden jurídico y la seguridad social en las relaciones internas y la seguridad del Estado en las relaciones externas; y (iv) una actividad dirigida a proporcionar utilidad a los particulares bien de orden jurídico -como el servicio del registro de la propiedad-, bien de orden económico-social en relación con las necesidades físicas, económicas, intelectuales, etcétera, de la población.

---

<sup>71</sup> Fernández Ruiz, Jorge. Op. cit. 79p. También, Cfr. Villar Ezcurra, José Luis. Op. cit. (Administración pública...). 32p.

<sup>72</sup> Alessi, R. Op. cit. 240p.

#### **1.4 Trilogía de actividades: policía, servicio público y fomento.**

Las teorías duales que intentaron explicar la naturaleza de las actividades de la Administración del Estado tuvieron un éxito relativo. Debido a la expansión de las actividades de la Administración por un lado y de las dificultades teóricas que surgieron en su sistematización por otro, el desarrollo doctrinario europeo experimentó un viraje general en su comprensión de las actividades de la Administración. Las actividades de policía y servicio público por separado no podían dotar de sentido a toda la actividad desempeñada por el Estado. Con una notable capacidad compiladora, el doctor Jorge Fernández Ruiz muestra cómo se dio un desarrollo simultáneo en la doctrina de distintos lugares del mundo en torno a las actividades administrativas, toda vez que “un sector importante de la doctrina encabezado en Italia por Errico Presutti<sup>73</sup>, en Francia por Rogger Bonnard<sup>74</sup>, en España por Luis Jordana de Pozas<sup>75</sup> y en México por Andrés Serra Rojas, reconoció tres modalidades dentro de la actividad administrativa: policía, fomento y servicio público; después admitió

---

<sup>73</sup> Presutti, Errico. *Principii fondamentali di Scienza dell'Amministrazione*, Milán, Società Editrice, 1903. 47p. y ss.

<sup>74</sup> Bonnard, Roger. Op. cit. 12-15pp.

<sup>75</sup> Jordana de Pozas, Luis. Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. *Revista de Estudios Políticos* 48: 1949. 41p. y ss.

la gestión económica”<sup>76</sup>. Estos tres conceptos fueron categorías conceptuales que se fundaron en el efecto de la actuación administrativa sobre la esfera subjetivo y otras garantías de los particulares.

El esquema tripartito de la actividad administrativa ha arraigado en la doctrina hispanohablante gracias a que el profesor Luis Jordana de Pozas “importó” la tripartición propuesta por los autores de la Europa continental. Y aunque introdujo y caracterizó las categorías, no realizó un tratamiento pormenorizado de éstas. Fernando Garrido Falla, al analizar la autonomía del servicio público en el Derecho Administrativo, lamenta que el profesor Jordana de Pozas no haya dado cumplido desarrollo de su pensamiento en un tratado sistemático<sup>77</sup>. Sin embargo, a través de sus publicaciones que abordaban el tópico de la actividad administrativa, nos es posible acceder a su división esquemática y a elementos que realmente envuelven una innegable originalidad.

Su trabajo más importante sobre la actividad administrativa del Estado, en realidad, pretendía singularizar y describir específicamente la actividad de

---

<sup>76</sup> Fernández Ruiz, Jorge. Op. cit. 32p.

<sup>77</sup> Garrido Falla, Fernando. Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales. Revista de Administración Pública, 7: enero/abril, 1952. En: Nieto García, Alejandro (pr.). 34 artículos seleccionados de la revista de Administración Pública con ocasión de su centenario, Madrid: I.N.A.P., 1983. 44p.



fomento, puesto que las actividades de policía y servicio público ya habían sido ampliamente discutidas en la doctrina española. En su “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo”, la propuesta de la tripartición comienza con el examen de qué son las necesidades públicas. Se distingue entre un número reducido de necesidades públicas que pueden considerarse como universales y constantes, frente a un amplio número de necesidades que son determinadas culturalmente. El límite que separa el campo de las necesidades privadas de las necesidades públicas varía constantemente a través de la historia. “Una de las funciones políticas más importantes es discernir cuanto antes qué necesidades se han convertido en públicas y cuáles han perdido este carácter”<sup>78</sup>.

El concepto de necesidades públicas, que coincide con aquellas de carácter universal, es clave para entender la actividad administrativa, puesto que “para lograr la satisfacción de las necesidades generales (frase equivalente a la del buen orden de la cosa pública) se utilizan una gran variedad de medios, que pueden agruparse en cuatro grupos o modos: legislación, policía, fomento y servicio público”<sup>79</sup>. El autor se ocupa inmediatamente en describir qué es lo que queda comprendido por el modo “legislación”. Como modo de

---

<sup>78</sup> Jordana de Pozas, Luis. Op. cit. (Ensayo de una teoría...). 41p.

<sup>79</sup> Jordana de Pozas, Luis. Op. cit. (Ensayo de una teoría...). 42p.

satisfacer necesidades generales, le da un sentido estricto: el de “emanación de normas obligatorias, la ejecución de las cuales corre normalmente a cargo de los particulares y excepcionalmente compete a los jueces y tribunales”<sup>80</sup>. Si el cumplimiento de las normas requiere una acción pública distinta de la judicial, se trata, realmente, de alguno de los otros modos. Esto quiere decir que la legislación puede ser o no administrativa, mientras que los otros modos de satisfacción de necesidades públicas siempre son de carácter administrativos. La policía consiste en una forma de actividad administrativa que tiene por finalidad el mantenimiento del orden público utilizando, para ello, limitaciones y medidas de tipo coactivo. El servicio público se define como la actividad que tiende a satisfacer una necesidad pública con exclusión o en concurrencia con los particulares. Finalmente, el fomento, se identifica como la actuación encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidas a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general sin usar la coacción ni crear servicios públicos<sup>81</sup>.

La originalidad de éste autor no sólo radica en dar una explicación más completa y categórica de la actividad administrativa, sino en que añade un

---

<sup>80</sup> *Ibíd.*

<sup>81</sup> Villar Ezcurra, José Luis. *Op. cit.* (Administración pública). 34p.

elemento claramente teleológico que queda estrechamente vinculado a las formas de intervención administrativa. Como señala Villar Ezcurra, “la policía se relacionará con el mantenimiento del orden público y la utilización de medidas coactivas o limitativas de los derechos. El fomento con el estímulo a la actividad de los particulares y la exclusión de cualquier tipo de limitación o coacción. Finalmente, el servicio público quedará como categoría residual con perfiles menos nítidos que los anteriores ya que englobará toda actividad prestacional de carácter no jurídico imputable a la Administración”<sup>82</sup>.

La lucidez del autor Jordana de Pozas no solo estribó en introducir la tripartición de actividades en el mundo hispanohablante. Por ejemplo, alcanzó a visualizar el trasfondo político que envolvía la clasificación tripartita. Las tres actividades de la Administración del Estado guardan una cierta correspondencia con distintas formas históricas de gobierno. La predominancia de una actividad u otra marca el carácter de nuestros gobiernos contemporáneos: “La policía es la modalidad administrativa más propia del antiguo régimen; el fomento es la más adecuada para el Estado liberal, y el

---

<sup>82</sup> Villar Ezcurra, José Luis. Op. cit. (Administración pública). 34p.

servicio público es el modo predilecto del Estado intervencionista. Mas se trata del *predominio* de uno u otro sistema, sin exclusión de los demás”<sup>83</sup>.

### **1.5 Actividad material de la Administración del Estado en la doctrina chilena.**

El tópico de la actividad material de la Administración del Estado, en los diversos tratados chilenos, ha sido abordado de un modo general y acrítico. Da por supuesta la existencia de categorías indiscutibles o dispone categorías nuevas, sin exhibir un diálogo real con el largo desarrollo y perfeccionamiento de los conceptos que aquí hemos tratado. El profesor Patricio Aylwin A., en su Manual de Derecho Administrativo, por ejemplo, distingue perfectamente entre los dos modos en que puede clasificarse la actividad del Estado, al sostener que ésta “puede ser jurídica o simplemente material, según produzca o no consecuencias de derecho”<sup>84</sup>. A continuación, caracteriza el actuar propiamente jurídico de la Administración para luego hacer un breve tratamiento de la actividad material: “Por el ejercicio de su función administrativa el Estado satisface, de manera concreta, inmediata y directa las

---

<sup>83</sup> Jordana de Pozas, Luis. Op. cit. (Ensayo de una teoría...). 49p.

<sup>84</sup> Aylwin, Patricio. Manual de Derecho Administrativo. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1952. 17p.

necesidades colectivas de que se ha hecho cargo, dentro del marco fijado por la ley y de acuerdo con las circunstancias. La función administrativa se materializa, así, en los servicios públicos”<sup>85</sup>.

La autora Gladys Camacho, yendo sólo un poco más lejos que el profesor Aylwin, toma directamente la clasificación tradicional de Jordana de Pozas y la actualiza “a la luz de las nuevas funciones del Estado con los datos que nos proporciona la realidad de la actual actuación administrativa”<sup>86</sup>, postula que en atención a la incidencia que dicha actuación tiene sobre la esfera subjetiva de los particulares, debe hacerse una nueva clasificación. Las categorías que se proponen para examinar la actividad administrativa, consiguientemente, “son de limitación sobre las actividades de los particulares, de servicio público, de regulación, fomento y de gestión económica”<sup>87</sup>. Sostiene que todas estas formas de actuación pueden ser empleadas por la Administración, con independencia del ámbito concreto en que tenga lugar esa intervención. Propone, por ejemplo, el sector minero, en el cual pueden concurrir actuaciones de tipo limitativo, de servicio público, de fomento o de gestión empresarial. En síntesis, además de renombrar la

---

<sup>85</sup> Aylwin, Patricio. Op. cit. 18p.

<sup>86</sup> Camacho, Gladys. Op. cit. 87p.

<sup>87</sup> *Ibidem*.

tripartición clásica que introdujera Jordana de Pozas, se refiere en términos generales a las técnicas que están implicadas en cada forma de intervención. Volviendo a la categorización propuesta por el autor español Villar Ezcurra, puede decirse que la autora chilena afirma la realidad de la intercambiabilidad de las técnicas de intervención en áreas concretas en las que se desarrolla la actividad administrativa.

Luego desarrolla una a una las formas de intervención mencionadas, exponiéndolas en mayor detalle:

1. Actividad administrativa de limitación, referida a toda actuación orientada a restringir la libertad de acción de los particulares con el objetivo de asegurar que ésta se ajuste al interés común;
2. Actividad de servicio público, aquella orientada a asegurar la prestación de determinados servicios que resultan esenciales para la vida en sociedad;
3. Actividad de regulación, que ha cobrado auge con la liberalización de la economía y el repliegue de la actividad productiva del estado. Es la actividad que desarrolla el Estado a fin de asegurar que la actividad

económica se realice con arreglo a la libre competencia, para lo cual utiliza técnicas diversificadas que combinan aquellas clásicas con otras de nueva factura, caracterizadas por su adaptabilidad al fin perseguido;

4. Actividad de fomento de actividades particulares, que busca promover e incentivar el desarrollo o ejecución por parte de los particulares de determinadas actividades prioritarias para la realización de los intereses públicos;
5. Actividad de gestión económica, dirigida a la producción de bienes servicios con la proscripción de gozar de mayores prerrogativas en relación con los competidores privados.

Jorge Bermúdez<sup>88</sup> ha tomado distancia de la clasificación clásica de la actividad administrativa. En su clasificación de la actividad de la Administración del Estado que atiende a las finalidades<sup>89</sup>, sostiene que en un determinado órgano administrativo pueden encontrarse:

---

<sup>88</sup> Bermúdez, Jorge. Op. cit. 5–6pp.

<sup>89</sup> Nuestra posición entorno al uso del concepto “fin” para referirse a las actividades administrativas se encuentra en la sección 1.2 de este capítulo.

1. Administración del orden público (o gubernativa): A ella pertenece, por ejemplo, el tránsito, el orden público, el control de epidemias (sanitaria), etc.
  
2. Administración prestacional: Tiende a garantizar y mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos, por ejemplo, ayuda social, educacional, etc., a través de la mantención de establecimientos públicos (escuelas, transportes, hospitales, etc.).
  
3. Administración directiva: Encargada de la dirección de un amplio espectro de actividades, (social, económica, cultura, etc.). El instrumento típico de dirección es el plan (de ayuda social, cultural, de fomento a la empresa, etc.) que su vez utiliza la subvención como herramienta. En tal sentido, la subvención respecto del beneficiado concreto se transforma en una herramienta de la Administración prestacional.
  
4. Administración tributaria: la cual proporciona recursos económicos al Estado en su totalidad para la realización de sus funciones.



5. Administración de “necesidades administrativas”: Encargada de proporcionar los medios humanos y materiales para el cumplimiento de las tareas administrativas. Un ejemplo claro de esta clase de organizaciones lo representa la creación de Mercado Público (para la adquisición de bienes y prestación de servicios), que hoy lleva por nombre “Chilecompra”<sup>90</sup> y el Servicio Civil (selección de personal de alta dirección pública).

Esta clasificación, a diferencia de los demás tratamientos, sí propone categorías nuevas. Sin embargo, el tratamiento demasiado amplio y poco exhaustivo en la caracterización de cada actividad no permite tener por justificada la introducción de estas novedosas categorías.

### **1.6 Crítica a la tripartición: actividades como títulos, formas y técnicas de intervención.**

El profesor español José Luis Villar Ezcurra ha emprendido un interesante esfuerzo por dar una mayor coherencia sistémica a la tripartición

---

<sup>90</sup> La Dirección ChileCompra es la institución que administra el Sistema de Compras Públicas de Chile, ChileCompra ([www.chilecompra.cl](http://www.chilecompra.cl)), que funciona con un marco regulatorio único, basado en la transparencia, la eficiencia, la universalidad, la accesibilidad y la no discriminación. Es un Servicio Público descentralizado, que se relaciona con el Ministerio de Hacienda, y sometido a la supervigilancia del Presidente de la República. Se creó con la Ley de Compras Públicas N° 19.886 y comenzó a operar formalmente el 29 de agosto de 2003.

de actividades de la Administración del Estado. Para eso, comenzó haciendo una crítica sustancial a la terminología utilizada, “ya que de nada sirve hablar de policía fomento, servicio público o empresa pública si no se otorga contenido a estas expresiones, por mucha tradición que tengan en la doctrina administrativa. Con ello se trata, simplemente de comenzar por la descripción para pasar después a la definición y no a la inversa, lo cual evitará no pocos problemas terminológicos”<sup>91</sup>.

Villar Ezcurra considera que la intervención estatal, que se expresa en las diversas y disposiciones que la autorizan, debe ser sometida a una clasificación que permita ver con claridad el contenido de la actividad administrativa. Para conocer este contenido, se debe responder las preguntas por el cómo, dónde y por qué actúa la Administración pública. Las respuestas a estas preguntas se encuentran en las expresiones de títulos, formas y técnicas de intervención, respectivamente<sup>92</sup>.

### **1.6.1 Títulos de intervención**

---

<sup>91</sup> Villar Ezcurra, José Luis. Op. cit. (Administración pública...). 30p.

<sup>92</sup> Villar Ezcurra, José Luis. Op. cit. (Administración pública...). 24–41pp.

Con esta expresión se alude a la justificación jurídica (es decir, el por qué) de la actividad administrativa. Actualmente, la pregunta por el por qué actúa la Administración tiene una sola y única explicación. La Administración Pública actúa mediante el ejercicio de potestades previamente atribuidas por una norma de rango suficiente. En esto reside la justificación. Por esta razón, los títulos de intervención anticipan las respuestas a las preguntas del cómo y el dónde, puesto que son la Constitución y la ley los que definen el ámbito de competencias en que la Administración actúa.

### **1.6.2 Las formas de intervención**

Con ello se trata de respuesta al “cómo” de la intervención administrativa en la actividad de los particulares. Aquí es donde la doctrina suele proponer expresiones tales como la policía, el fomento o el servicio público y que, con mayores o menores discrepancias, se utilizara para designar los “cauces” a través de los cuales se manifiesta la intervención administrativa. Las formas son referibles a la finalidad específica que se asigna a la Administración. El significado de esta expresión no es preciso. Varía según la relación Estado – ciudadano que establece el orden jurídico. El autor anota dos formas clásicas de teleología estatal: Estado liberal y Estado

intervencionista o Estado social. Sin embargo, la doctrina hoy alcanza a distinguir otros tipos de Estado: Estado constitucional, Estado liberal de derecho, Estado social de derecho y Estado existencial<sup>93</sup>.

Por razones didácticas, el autor asimila las formas de intervención a las finalidades que cumplen. Las clasifica en los siguientes grupos: (i) mantenimiento del orden público; (ii) estímulo a la actividad de los particulares; (iii) prestación directa de servicios y bienes y (iv) garantía de la prestación de servicios.

### **1.6.3 Técnicas de intervención.**

Aun cuando las tres preguntas iniciales parecen haber encontrado respuesta, la última de ellas (el cómo) no resulta totalmente cubierta por las formas de intervención. Y ello porque la finalidad a la que responde cada una de estas formas tiene diferentes cauces de manifestación, lo cual, lejos de complicar la cuestión, no hace sino añadir mucha más precisión y claridad. Ejemplos de técnicas de intervención son la concesión, para entregar a un particular el ejercicio de un servicio público, o las múltiples técnicas que se

---

<sup>93</sup> Pantoja, Rolando. El Derecho Administrativo. Clasicismo y modernidad. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1994. 51p.

adscriben en la actividad de policía, como las autorizaciones, los registros, las órdenes, etc. Sin embargo, el centro de nuestra atención será dirigido a las formas de intervención, en donde se encuadra la actividad empresarial del Estado.

En definitiva, las formas de la intervención administrativa deben aludir, antes que nada, a las diversas finalidades que el ordenamiento jurídico adjudicará al papel desempeñado por la Administración Pública en su relación con los particulares. Villar Ezcurra propone la siguiente distribución entre actividades y fines generales: (i) Actividad de mantenimiento del orden público en todas sus manifestaciones, lo cual se identifica con la actividad de policía; (ii) actividad de estímulo a los particulares, que se identifica con la actividad de fomento; (iii) actividad de garantía de prestaciones que se identifica con el concepto de servicio público; (iv) Actividad de prestación material de servicios o bienes que se identifica con el concepto de empresa pública<sup>94</sup>.

#### **1.6.4 Técnicas de cada actividad**

---

<sup>94</sup> Villar Ezcurra, José Luis. Op. cit. (Administración pública...). 36p.

Ante este nuevo panorama de actividades, el autor reconoce que las categorías tienen perfiles poco definidos. Pero será justamente a partir de las técnicas que se asignan a cada una de ellas el criterio que hace más clara su diferenciación<sup>95</sup>. También hace una prevención. Debe tenerse en cuenta que entre estas categorías puede darse un cierto nivel de intercambiabilidad, y así, por ejemplo, realizar la actividad de mantener el orden público (actividad típicamente de policía) por la vía del servicio público (ordenando un sector). Las técnicas que caracterizan a cada sector se pueden ver reflejadas en el siguiente cuadro:

### **Cuadro N° 1.**

---

<sup>95</sup> VILLAR EZCURRA, José Luis. Op. cit. (Administración pública...). 37p.

Formas de intervención administrativa.	Técnicas de intervención.
Actividades de mantenimiento del orden público (tradicionalmente, actividad de policía).	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Regulación.</li> <li>✓ Obligaciones y prohibiciones.</li> <li>✓ Autorizaciones.</li> <li>✓ Actos de comprobación (certificaciones, verificaciones).</li> <li>✓ Ablación de derechos patrimoniales (actividad expropiatoria).</li> <li>✓ Limitaciones a la propiedad.</li> <li>✓ Sanciones.</li> </ul>
Actividades de estímulo (actividad de fomento).	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Subvención.</li> <li>✓ Otros tipos de ayudas económicas (préstamos,</li> </ul>

	<p>anticipos, exenciones y bonificaciones).</p> <p>✓ Estímulos no económicos (honorarios, premios, títulos, etc.).</p>
<p>Actividades de garantía de prestación (actividad de garantía del servicio público).</p>	<p>✓ <i>Publicatio</i></p> <p>(Administración se reserva la titularidad de una actividad y/o su ejercicio).</p> <p>✓ Concesión (como derivación de la <i>publicatio</i>).</p>
<p>Actividad de prestación directa (actividad de gestión económica).</p>	<p>✓ Técnica no es encuadrable en el Derecho Administrativo, sino en el derecho privado y consiste en la utilización de la personalidad jurídica.</p>



Cada forma de intervención utiliza las técnicas que le son propias de acuerdo a este cuadro. Sin embargo, dado que las técnicas son meros instrumentos, es inútil acotar de forma tajante y universal una técnica a una cierta forma de intervención. Este es uno de los aportes fundamentales de Villar Ezcurra, puesto que permite ver la “intercambiabilidad” de las técnicas de intervención. Así, “la finalidad de estímulo (fomento) puede requerir la utilización de técnicas encuadrables en la actividad de policía (autorizaciones, obligaciones y sanciones) y la de servicio público puede utilizar “empresas públicas” (es decir, personas jurídicas creadas por la propia Administración<sup>96</sup>) para gestionar un determinado tipo de actividad”<sup>97</sup>. El legislador acude a los títulos, formas y técnicas en las más diversas combinaciones para definir la actividad administrativa del Estado.

No obstante en el capítulo siguiente analizaremos profundamente el origen del concepto de “empresa pública”, importa tener claro que la aparición de este término nace al alero de la concepción de la actividad de gestión económica o de prestación de bienes de la Administración, y como tal, por la doctrina comparada al menos, esta categoría fue encuadrada en el marco de las

---

<sup>96</sup> El completo alcance del concepto de empresa pública, lo veremos en el capítulo II.

<sup>97</sup> Villar Ezcurra, José Luis. Op. cit. (Administración pública...), p. 40.

forma de intervención de la Administración o de las actividades de la Administración.

## **CAPÍTULO II: DESARROLLO CONCEPTUAL. DEL SERVICIO PÚBLICO A LA EMPRESA PÚBLICA.**

### **1. El concepto de Servicio Público.**

Como veníamos adelantando, el servicio público es una forma de intervención de la Administración mediante la cual el Estado toma un rol activo y prestador (o, como veremos luego, vigilante y regulador) en la actividad de prestación de ciertos servicios que, por unas u otras razones, responden a necesidades calificadas como de “interés general” –concepto que abordaremos más adelante. La definición de ese rol de la Administración, la determinación de los servicios sujetos a este procedimiento de servicio público, el régimen jurídico aplicable y el titular de la actividad, así como el fundamento habilitador de la intervención estatal en esta materia, han sido algunos de los ejes fundamentales que ha arrastrado la discusión sobre servicio público desde el siglo XIX.

El servicio público puede ser concebido como la primera categoría jurídica que habilita y legitima al Estado moderno a inmiscuirse directamente

en el desarrollo de actividades económicas reservadas hasta ese momento a la libre iniciativa privada. Es en este sentido que resulta relevante su tratamiento en las próximas líneas, ya que constituye una puerta de entrada a lo que posteriormente será definido como empresa pública, figura que vendrá, primero, a resolver la primera crisis de la noción de servicio público y, luego, a emanciparse como categoría jurídica autónoma, representativa de la actividad económica de la Administración.

Procedimentalmente, por tanto, es imposible comenzar a hablar de la empresa pública, sin hablar de servicio público. Y, más aún, para tratar la empresa pública y el servicio público en Chile, se requiere necesariamente referirse primero al origen y desarrollo de estas instituciones en Europa. En consecuencia, en lo que sigue intentaremos realizar una reconstrucción histórica y jurídica de la evolución de estos conceptos desde sus orígenes: el servicio público en Francia y la empresa pública en España, para luego identificar y sistematizar su incorporación por la doctrina chilena a la realidad nacional.

## **1.1 Origen del Concepto: De la transformación social a la noción política de Servicio Público.**

### **1.1.1 Contexto histórico.**

Podemos identificar el origen de la noción de servicio público en Europa, específicamente en Francia, situado en un contexto histórico marcado por determinantes conflictos bélicos (Guerra Franco-Prusiana<sup>98</sup> y Primera Guerra Mundial) y por un proceso de industrialización que avanzaba y alcanzaba su auge en todo el mundo.

La guerra librada entre 1870 y 1871 que termina con la derrota francesa, promueve el comienzo de un largo desarrollo teórico en Francia sobre el concepto de Estado, que se planteará como alternativa a la noción tradicional alemana. Entre fines del siglo XIX y principios del XX, las exigencias sociales aumentan y se complejizan debido a las consecuencias de la primera guerra mundial y al cambiante proceso industrializador que origina una significativa migración de la población campesina hacia la ciudad. Estas circunstancias

---

<sup>98</sup>Según algunos autores, la derrota francesa abre con fuerza la disputa política que marcará la discusión dogmática germano-francesa sobre el concepto de Estado, y abrirá paso a la noción de servicio público que desarrollaremos a continuación.

terminan impactado en la capacidad de cobertura de ciertos servicios básicos de las ciudades (transporte, salubridad, enseñanza, por ejemplo) y, finalmente, conlleva a la manifestación de nuevas necesidades sociales, respecto de las que, sea por razones de rentabilidad económica o de capacidad técnica, la actividad privada resulta incapaz para responder en criterios temporales y estándares necesarios. Lo que empieza a ocurrir durante el siglo XIX “[...] es que por factores económicos y sociales esa actividad adquiere una importancia tal para la colectividad, que su prestación continuada y permanente se hace indispensable para la vida social, y su falta provoca algún tipo de quebranto.”<sup>99</sup>

Ante este nivel de exigencia, comienzan a quebrantarse ciertos pilares fundantes del liberalismo de la época. Parecía ser que los principios constitutivos del Estado liberal -la libertad de empresa y el régimen mercantil- no lograban adaptarse a la velocidad que avanzaban las transformaciones sociales que se daban durante este periodo histórico. Y ante esta situación, los entes públicos –primero las municipalidades y luego la Administración del

---

<sup>99</sup>Valls Hernández, Sergio. La noción de servicio público en el Estado Social de Derecho [en línea] Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2654/17.pdf>> [10 de noviembre de 2014]. 437p.

Estado- se verán obligados a vulnerar la vigencia de tales principios e intervenir más activamente en la vida social y económica de la nación.<sup>100</sup>

Es el siglo XIX, y en pleno régimen político-económico liberal, el Estado y particularmente los órganos locales de Administración, comienzan a responder directamente a las necesidades colectivas, haciéndose parte activa, y en algunos casos protagonista, de ciertas actividades de carácter social y económico hasta el momento puestas a resguardo de la libre iniciativa privada. Como describe Jordana de Pozas, en las “[...] postrimerías [del siglo XIX], el intervencionismo económico, las circunstancias nacidas de las grandes guerras y las nuevas doctrinas sociales y financieras, producen una abundante floración de nuevos servicios en todas las esferas administrativas y en los más diversos campos de la actividad.”<sup>101</sup> En la misma línea, Benoit agrega que “[a]l propio tiempo [de los nuevos fenómenos políticos y administrativos], los grandes inventos técnicos del siglo XIX implican una ampliación importante del campo de la acción de la Administración. Los ferrocarriles, el agua corriente, el gas, la electricidad, hacen necesaria una intervención de las autoridades administrativas en estos dominios industriales. La importancia de

---

<sup>100</sup> En este sentido, García de Enterría, E. La actividad industrial y mercantil de los municipios. Revista de Administración Pública 17: 1955. 87-138.

<sup>101</sup> Jordana de Pozas, Luis. 1949. Op. cit. (Ensayo de una teoría del fomento), 41p y ss.

las obras a realizar, la necesidad de facilitar su ejecución, la voluntad política de asegurar una buena distribución de prestaciones, que adquieren rápidamente un carácter esencial para la población, obligan a las colectividades públicas a controlar la organización y la gestión de estas actividades, haciendo así de ellas verdaderos servicios públicos”<sup>102</sup>. En este mismo sentido se manifiesta Carro, explicando que “[...] a pesar de los presupuestos liberales no intervencionista de los partió en su actividad [sic] en los inicios del XIX, hubo de ir asumiendo prestaciones de forma continua ante la poca respuesta de la sociedad para subvenir a las necesidades ciudadanas y ante las exigencias de desarrollo social y económico, planteadas desde la primera revolución industrial.”<sup>103</sup>

Para el profesor Valls Hernández, además, en este proceso no puede pasarse por alto el “[...] impacto del principio marxista de la propiedad pública de los medios de producción para que el Estado asumiera la realización de actividades empresariales, así como tampoco el hecho de haberse advertido la importancia que tenían esos servicios y los

---

<sup>102</sup> Benoit, Francis-Paul. *El Derecho Administrativo Francés*. Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1955. 15p.

<sup>103</sup> Carro, José Luis. *Servicio público e intervención pública. Una reflexión general sobre los servicios públicos de relevancia económica*, En: Cosculluela, Luis (coord.). *Estudios de Derecho Público Económico: Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*. España, Editorial Civitas, 2003. 585-609pp.



inconvenientes que se derivaban de su ejecución por parte de quienes tenían como meta la obtención de un lucro o beneficio, lo que no siempre era congruente con la índole propia del servicio público.”<sup>104</sup>

Esta actividad estatal, que en un inicio se limitaba a una participación en actividades prestacionales de carácter asistencial -como educación, beneficencia y sanidad-, luego comienza a ganar terreno en otro tipo de actividades de carácter propiamente económico, particularmente, la construcción de infraestructura para prestación de servicios denominados de interés general que, a la época, resultaban fundamentales para el desarrollo industrial, cuál sería el caso, por ejemplo, de puertos, obras hidráulicas y vías férreas.

No obstante, en un primer momento este acercamiento a las actividades económicas por parte de la Administración se condecía con una prestación de instalaciones para el ejercicio de actividades económicas más que con acciones económicas propiamente dichas, es decir, de explotación de estas instalaciones. Será ya entrando al siglo XX, cuando el Estado chocará de frente con el liberalismo económico decimonónico cuando adopta la decisión

---

<sup>104</sup>Valls Hernández, Sergio. Op. cit. 435p.

de explotar económicamente estos servicios (ferrocarriles, correos, telégrafos, distribución de electricidad, manufacturas en metales, etc.) haciéndose cargo de su prestación o explotación) y gestión directa por medio de órganos o instituciones públicas. Así, comenzará a configurándose una actividad empresarial propiamente tal por parte del Estado.<sup>105</sup>

A pesar de la determinación estatal de asumir la titularidad de estas actividades, esta evolución del carácter de la intervención que termina con la declaración de titularidad exclusiva de algunas actividades por parte de la Administración se enfrentará a un doble problema: “por una parte el postulado liberal respecto a la incapacidad de los entes públicos para realizar actividades “empresariales”, y consecuentemente, considerar que éstas se reservaban a sujetos privados” y, en segundo término, la ausencia de un título jurídico específico “para la prestación de servicios de contenido económico, pues esto contradecía a la filosofía política liberal de un gobierno acotado y no intervencionista.”<sup>106</sup>. La primera dificultad, como veremos, se resolverá sin mayor cuestionamiento y la segunda, por el contrario, se resolverá con la declaración de reserva de titularidad exclusiva de estas actividades

---

<sup>105</sup>Sobre la evolución de la intervención del Estado en las actividades de servicio público y empresariales, Vid. Carro, José Luis. Op. cit. 587-609pp. En el mismo sentido, véase también Valls Hernández, Sergio. Op. cit.

<sup>106</sup> Valls Hernández, Sergio. Op. cit.

estratégicas a la Administración, justificándose “[...] en un primer momento, de manera indirecta, en la idea de dominio público [...] y, más tarde, ya directamente, en la idea misma de servicio público, la cual acabará configurándose como un título independiente de intervención.”<sup>107</sup>.

En términos históricos, y no obstante situaciones prestacionales residuales que se pueden identificar durante el periodo medieval y colonial<sup>108</sup>, podemos afirmar que es en el siglo XIX donde podemos identificar los primeros indicios de lo que entenderemos luego como servicios públicos. Esto no quiere decir que estas actividades antes no existieran, más bien se trata de un momento en el que estas actividades son concebidas sistemáticamente, adquiriendo así particular relevancia en el actuar estatal, por representar intervenciones que aunque vulnerando los principios liberales predominantes,

---

<sup>107</sup> Carro, José Luis. Op. cit. 585-609pp.

<sup>108</sup> Valls Hernández, por ejemplo, sostiene que “En el siglo XVIII, el Estado inició la que podríamos calificar como una tercera línea de actuación (...) cuando abarca la producción de bienes y servicios destinados a satisfacer las necesidades de la población es cuando comienza a funcionar como un prestador de servicios públicos”. Más adelante, agrega: “Hay autores que sostienen que desde antes de la expansión del constitucionalismo, los Estados llevaban a cabo los servicios públicos de justicia, defensa y relaciones exteriores; empero, estas actividades se realizaban con un espíritu más bien delimitador de conductas o sancionador de las mismas mediante el uso de la coacción, por lo que no se podían considerar propiamente como un servicio; además, dichas actividades no estaban pensadas para proporcionar utilidad a personas concretas, sino para atender necesidades abstractas de la colectividad o a la mera conservación del poder de un grupo y la imposición de una dominación como forma correcta de garantizar la convivencia pacífica entre los hombres”. No obstante lo anterior, afirma que la extensión propiamente tal de las actividades de servicio público ocurrieron durante el siglo XIX. (Valls Hernández, Sergio. Op. cit. (La noción de servicio público...), 433-437pp.)

resultaban fundamentales para la existencia de condiciones materiales y sociales mínimas.

De esta manera, es posible afirmar que el surgimiento de la actividad de servicio público y, posteriormente de la actividad empresarial, tiene un origen fenomenológico, justificado por condiciones históricas, que solo con posterioridad es traducido y perfeccionado a través de las más variadas construcciones dogmáticas, que desarrollaremos a continuación. En palabras de Bassols, una vez que “el Estado liberal abandona su postura abstencionista e inicia las primeras intervenciones económicas y sociales, la noción de Servicio público hace su aparición para cubrir esta etapa de transición, no sólo como modelo de recambio de la actuación policial de carácter limitativo de los derechos individuales, sino también con la análoga pretensión de fundar una cosmovisión, autónoma e integral del régimen jurídico administrativo, distinto y separado del derecho privado.”<sup>109</sup>

### **1.1.2 La discusión dogmática.**

---

<sup>109</sup> Bassols, Martín. Servicio público y empresa pública: Reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales. Revista de Administración Pública 84: 1977. 27-60pp.

Hacia fines del siglo XIX, en medio del contexto histórico brevemente descrito más arriba, comienza a gestarse la discusión jurídico-teórica en torno a la reconfiguración del quehacer estatal que se evidenciaba. Los grandes protagonistas fueron la Escuela francesa y la Escuela germana y el debate se centró principalmente en la forma de integración de esta nueva actividad estatal prestacional en el esquema vigente del Derecho Público, pero también se dio espacio al debate sobre los fundamentos del Estado mismo y sobre el impacto y la transformación que significaba este nuevo y legítimo protagonismo del Estado en la vida social.

Esta discusión sobre la idea del Estado y las transformaciones del Derecho Público; planteada primeramente por Duguit -luego ya propiamente por la Escuela de Burdeos-, será la antesala de más de cien años de evolución y discusión en búsqueda de la construcción de la noción más correcta, atingente, real y completa de servicio público. La discusión en torno al alcance y sentido del servicio público será la piedra angular de las transformaciones jurídicas y las disputas teóricas desde fines del siglo XIX y particularmente durante el siglo XX -no obstante la permanente revisión y transformación del concepto hasta la actualidad. Como dijera Adolfo Posada en el Estudio Preliminar a Las Transformaciones del Derecho Público: “Las sugestivas y

sutiles disquisiciones del profesor Duguit entrañan las líneas generales –y la posibilidad- de una sistematización del derecho público – político y administrativo-, que puede discutirse, pero que en manera alguna se estimarán sin valor y sin fuerza.”<sup>110</sup>.

Duguit da inicio a lo que fue sido llamado la “guerra de escuelas”. Con una determinante crítica a la concepción germana del Estado<sup>111</sup> que estaba centrada en la idea de poder y autoridad como fundamento de éste y de su quehacer en la sociedad sienta las bases de una perspectiva que caracterizará a la escuela francesa. Para la escuela francesa, esta noción del Estado-gendarme ya no era capaz de englobar los nuevos roles que comenzaban a asumir los estados. Esta escuela pone la atención en la intervención pública en actividades económicas y no económicas prestacionales que, de hecho, incluso ya venían dándose en un régimen jurídico privilegiado y distinto del derecho común. Es en este sentido que se planteará el concepto de servicio público en miras a separar competencias jurisdiccionales, pero fundamentalmente, como la piedra angular del Derecho Administrativo, a fin de sustituir las tradicionales bases de esta rama del Derecho que giraban en torno a la

---

<sup>110</sup> Duguit, León. Las transformaciones del derecho público. Madrid, Francisco Beltrán, 1913. 14-15pp.

<sup>111</sup> Disputa marcada por la derrota francesa en la Guerra Franco-Prusiana, ver *supra* “Origen del concepto...”.

construcción alemana de la soberanía, por la nueva concepción de la actividad estatal prestacional.<sup>112</sup>

### **1.1.2.1 La escuela alemana.**

Para la doctrina alemana, el Estado era constitutivamente un Estado-poder, el detentor de lo que llamaron “soberanía nacional”. Por tanto, era este elemento el único que configuraba el fundamento del régimen jurídico especial de la Administración. Como consecuencia de esto, las nuevas actividades prestacionales se situaban jurídicamente desde la actividad de policía, como el ejercicio de un poder de mandato hacia la sociedad. De esta manera, a pesar de la nueva forma de actuación, jurídicamente, esta nueva relación Estado-ciudadano quedaba encuadrada en el tradicional marco del gobernante-súbdito. Explica Maljar que “[p]ara los autores alemanes como Laband, el criterio diferencial del Estado lo constituía el poder de dominación, es decir, la potestad de ordenar a las personas libres para que realizaran ciertas acciones, abstenerse de otras y efectuar prestaciones, así como al de forzarlas a cumplir ciertas exigencias. En síntesis “el Estado es poder”.<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup>Cfr. Valls Hernández, Sergio. Op. cit. 437-438pp.

<sup>113</sup>Maljar, Daniel E. 1998. Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos. Buenos Aires, Hammurabi. 24p.

Explica Duguit que la concepción alemana se construye sobre la perspectiva de la personalidad jurídica, de manera que “[l]a nación es una persona titular del derecho subjetivo de poder público, del poder de mando o soberanía. El Estado es la nación organizada; es por tanto titular de la soberanía; y el derecho público (el *Staatsrecht* de los alemanes) es el derecho del Estado; es decir, el conjunto de reglas aplicables a esta persona soberana [...]”<sup>114</sup>

Benoit, refiriéndose a la concepción alemana, sintetiza: “[...] el papel de la Administración parece ser sustancialmente el mantenimiento del orden; las actividades de prestación son asunto de los particulares. Es la concepción del Estado-gendarme admitida por la opinión dominante. Llegándose con toda naturalidad a considerar que la Administración es esencialmente un autoridad, un poder. Con igual naturalidad se considera que esta idea de poder es la que caracteriza al derecho administrativo y constituye su criterio: todas las reglas que implican la actuación del poder público, y solo ella, constituirán reglas de

---

<sup>114</sup>DUGUIT, León. Op. cit. (Las transformaciones...). 67-68pp.



derecho administrativo, cuya aplicación corresponderá a la jurisdicción administrativa.”<sup>115</sup>

Se trataba de resolver cuál era el criterio que justificaba la aplicación de un régimen jurídico especial para la Administración y esa respuesta, para la escuela germana, se encontraba en la idea del Estado-gendarme, como autoridad dedicada a la mantención del orden público.

### **1.1.2.2 La escuela francesa.**

Por su parte, la nueva dogmática francesa, sobre la base del diagnóstico de la incapacidad de la noción germana para explicar y justificar las nuevas tareas del estado, proponía la reconstrucción del concepto de Estado a fin de adecuarlo a la nueva realidad socio-política de la época. De esta forma, se intentaría “[...] encontrar un nuevo fundamento al mismo [al Estado] con base en la idea de solidaridad social; idea que justificaba mucho mejor, especialmente en el plano político, el nuevo intervencionismo público de carácter económico y de claro interés general.”<sup>116</sup>

---

<sup>115</sup>Benoit, Francis-Paul. Op. cit., pp. 106-107.

<sup>116</sup>Carro, José Luis. Op. cit.

La idea central en la teoría *duguitiana* parece ser la de solidaridad social. Para Duguit, este elemento tiene su fundamento en la interdependencia social propia de las sociedades modernas. Por tanto, en la medida que los gobernantes forman parte también de esa relación de interdependencia social [y no de dominación], sería su posición de poder lo que los sometería a una correlativa obligación de asegurar los medios para la realización plena de esa interdependencia, la que sería posible sólo a través de los servicios públicos. En palabras del propio Duguit: “Siendo los gobernantes individuos como los otros se hallan sujetos, como los otros, por los lazos de la interdependencia o solidaridad social, y están obligados a llenar los deberes que les impone la regla fundada en esta solidaridad o interdependencia social, fundamento de lo que hemos llamado en otra parte la disciplina social.”<sup>117</sup> Y agrega más adelante: “Esta disciplina obliga a los gobernantes, sean cuales fueren, a emplear la mayor fuerza que monopolizan en la realización de la solidaridad social en sus dos formas concebidas.”<sup>118</sup>

Afirmará, entonces, que la misión del Estado ya no es, como otrora, la sola actividad de policía como ejercicio de la fuerza legítima de los gobernantes, sino la de gestionar los intereses sociales. “El Estado no es un

---

<sup>117</sup> Duguit, León. 2005. Manual de Derecho Constitucional. Granada, Editorial Comares. 64p.

<sup>118</sup> Duguit, León. Op. cit. 65p.

fenómeno de fuerza, sino protagonista y lazo de la solidaridad social. Su fin es expresar e identificar dicha solidaridad. Su función no es dominar a los hombres, sino suscitar los medios que requieren su interdependencia. El servicio público, destinado a proporcionar prestaciones sociales, es la actividad esencial de la Administración.”<sup>119</sup>

Como bien sintetiza Benoit, la teoría *duguitiana* “[...] niega la realidad sociológica de un poder público y sólo admite, como fenómeno de base de la organización social, la existencia de individuos considerados de la misma manera, gobernantes como gobernados, en los vínculos de lo que él llama la solidaridad social. Repudia en consecuencia la idea jurídica de poder público y pretende construir la noción de Estado y todo el derecho público interno sobre la única noción de servicio público.”<sup>120</sup>

El segundo argumento que despliega Duguit es el del carácter añejo de la soberanía como fundamento del Estado. Argumentaba que si la concepción de la soberanía se situaba correctamente, esto es, en términos históricos - específicamente para la revolución alemana-, resultaba pertinente realizar las modificaciones necesarias a la misma, en virtud de las nuevas circunstancias

---

<sup>119</sup> Maljar, Daniel. Op. cit., pp. 24-25.

<sup>120</sup> Benoit, Francis-Paul. Op. cit. 108p.

históricas. En concreto, sostenía que “[...] el concepto de personalidad de la nación, soporte de la soberanía, no había sido consagrado por el derecho revolucionario más que para conciliar la tradición monárquica, siempre viva, con los principios de la filosofía política que en aquella época entusiasmaba y satisfacía a todos los espíritus.”<sup>121</sup>. El punto es que esta noción se justificaba al momento de su creación por su fuerza creadora y de cambios necesarios para los objetivos políticos propuestos, pero al perder su “virtud creadora”, su capacidad de ser “principio de acción y progreso”, quedaba obsoleto para explicar la realidad de los estados modernos, “[...] se halla en evidente contradicción con los hechos más ciertos, que es impotente para proteger a los individuos contra los que detentan la fuerza gobernante y para dar un fundamento que se les impone de asegurar la organización y el funcionamiento de los servicios público.”<sup>122</sup>

En base a estos dos argumentos, la preponderancia de la interdependencia social y el vencimiento del concepto de personalidad de la nación, concluye Duguit que una vez de acuerdo con el “punto de partida, que es la interdependencia social, la idea que hemos expresado viene a ser indiscutible. Y de ser aceptada, ella nos conduce necesariamente a nuestro

---

<sup>121</sup> Duguit, León, Op. cit. (Las transformaciones...). 68p.

<sup>122</sup> Duguit, León. Op. cit. (Las transformaciones...). 71p.

concepto del servicio público, esto es, al concepto que implica la existencia de cierta actividad de tal índole que los gobernantes se encuentran obligados a intervenir, ejerciendo el monopolio de la fuerza detentada por ellos, para asegurar su cumplimiento. Los gobernantes estarán, por tal virtud, obligados a intervenir para reglamentar, para organizar, para controlar esta actividad, para reprimir todos los actos contrarios a su realización, para sancionar todos los actos conformes a su objeto”<sup>123</sup>. Se constituye así la noción política del servicio público.

Explica Maljar que en la teoría de Duguit, “nada queda de la relación soberano-súbdito ni del derecho a la soberanía: sólo perdura la regla fundamental que impone a los gobernantes la obligación de organizar las actividades intersociales indispensables. La noción de servicio público reemplaza el concepto de soberanía como fundamento del Derecho público”<sup>124</sup>. El Estado sería, por tanto, ya no “como se ha pretendido hacerle, y como durante algún tiempo se ha creído que era, un poder de mando, una soberanía; es una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes”<sup>125</sup>. En esta línea, se suma también Mariano Peset Reig,

---

<sup>123</sup> Duguit, León. Op. cit. (Manual de derecho...). 67p.

<sup>124</sup> Maljar, Daniel. Op. cit. 25p.

<sup>125</sup> Duguit, León. Op. cit. (Manual de Derecho...). 64p.

expresando que “[l]os gobernantes poseen el Poder y lo ejercen en el servicio público. La soberanía, como poder justificado, se ha convertido en el poder de unos para el servicio de todos. La fuerza sirve para organizar y controlar una serie de actividades o servicios que se presta a los demás. El estado es un conjunto de servicios públicos.”<sup>126</sup>

Así, en base a estos dos elementos, solidaridad social y superación de los criterios de personalidad jurídica y soberanía, explica Bassols, “[...] el Servicio público se erige en fundamento y límite del *pouvoir gouvernementaly* [poder de gobierno], en concepto clave del Derecho público”<sup>127</sup>, y comienza a configurarse, efectivamente, una nueva teoría de Estado que articulará a otros autores para dar pie a la constitución de la llamada “Escuela del servicio público”<sup>128</sup>, la que se hará presente durante gran parte del siglo XX en la disputa tanto por el carácter del Derecho público como por la noción de servicio público.

Esta escuela, también llamada Escuela de Burdeos nuclearmente constituida por Duguit, Jèze, Bonnard y Rolland- defenderá la transformación

---

<sup>126</sup> Peset Reig, Mariano. Notas para una interpretación de León Duguit (1859-1928): Dimensión psicológica y sociológica de su obra jurídica. Revista de estudios políticos 158: 1968. 169-208pp.

<sup>127</sup> Bassols, Martín, Op. cit. 32p.

<sup>128</sup> También llamada “Escuela de Burdeos” o “Escuela realista”.

del Derecho Público desplazando la noción de Estado como una mera relación de poder y subordinación e instalando a la actividad de servicio público en el centro de análisis de esta rama del derecho. Explica Valls Hernández que la “[...] escuela tenía la pretensión de construir una nueva teoría del Estado, eliminando la noción de soberanía como concepto central para sustituirla por la idea de servicio público; esto es, el Estado se concebiría como una organización prestadora de servicios públicos, y toda la actividad administrativa sería actividad de servicio público que se realizaría con sujeción a una regulación normativa especial, que sería el derecho administrativo”<sup>129</sup>

En la doctrina francesa, entonces, será preponderante esta nueva concepción del Estado y del deber de los gobernantes, del principio de solidaridad social por sobre el de autoridad y la idea de gobernantes como gestores de las necesidades colectivas más que como meros titulares de la soberanía<sup>130</sup>. Por otro lado, pujaran las condiciones históricas, que darán espacio a la reivindicación de ciertos ámbitos de la economía como estratégicos para el desarrollo económico, social e individual de los ciudadanos, y por tanto dignos de asegurarse por el poder gobernante,

---

<sup>129</sup> Valls Hernández, Sergio. Op. cit.

<sup>130</sup> Cfr. Maljar, Daniel E. Op. cit. 25p.

justificándose tanto la intervención estatal como la exclusividad pública en el desarrollo de ciertas actividades denominadas de interés general. La incorporación del concepto de servicio público, que pronto pasará a ser autónomamente parte de las actividades propias de la Administración, hará posible la comprensión integral de la transformación estatal que hasta ese momento no es posible con las solas nociones de soberanía y policía.<sup>131</sup>

### **1.1.2.3 Posición intermedia: Hauriou.**

No obstante tuvo un carácter dual el debate recién desarrollado, también hubo autores franceses que tomaron distancia de los planteamientos de la Escuela realista. Es el caso de Hauriou, quien propuso una nueva comprensión del servicio público que fue luego continuada por Berthelemy y Vedel.

Sobre la discusión dicotómica que se plateaba entre soberanía o servicio público, Hauriou desarrolló una idea intermedia que trataba de romper con la pretensión unitaria de los criterios del servicio público. Para este autor la idea de *puissance publique* [poder público] era el fundamento del posicionamiento de la Administración por sobre el derecho común, de manera que eran las

---

<sup>131</sup> Cfr. Valls Hernández, Sergio. Op. cit.



potestades exorbitantes –elemento de poder público- las que permitirían el ejercicio por parte de la Administración, de las actividades de servicio público. Tal cual explica Benoit, Hauriou era contrario a las teorías divergentes, “afirmó con fuerza la necesidad de conservar las dos ideas a la vez y se negó a aponerlas [sic]. Para él la Administración es a la vez poder y encargada de prestar servicios. El poder es el medio; el servicio, la obra a realizar, el fin”<sup>132</sup>. Para este autor, la dicotomía planteada era falsa y denunciaba: “[L]a Escuela del Servicio Público, aun cuando pretende eclipsar la idea de poder público, no hace más que acudir a ella de modo frontal e inmediato, ya que la utilización de un régimen especial de derecho público para la realización del servicio no supone otra cosa que precisamente, la utilización del poder o potestad pública; a su vez, la variabilidad de la organización del servicio presupone la apelación a análogo recurso [...]”<sup>133</sup>.

Las conclusiones que elabora Benoit al respecto son tajantemente coincidentes con la propuesta de Hauriou: “Ciertamente la noción de servicio es también antigua: el poder no resultó soportable y no pudo mantenerse más que por los servicios prestados. Pero estos servicios no han sido y no son

---

<sup>132</sup> Benoit, Francis Paul. Op. cit. 109p.

<sup>133</sup> Bassols, Martín. Op. cit. 35p.

posibles todavía más que gracias al poder. Poder y servicio son dos realidades concomitantes.”<sup>134</sup>

De esta manera, junto al desarrollo de la Escuela alemana y de la Escuela de Burdeos, Hauriou se incorpora a la discusión, proponiendo la unificación de los criterios respecto a los fundamentos del Estado y el Derecho público para, desde ahí, contribuir al desarrollo teórico del concepto de servicio público.

### **1.1.3 Relevancia jurídica.**

La noción política de servicio público fue avanzando al tiempo que la actividad prestacional del Estado tomaba realidad y protagonismo en las sociedades decimonónicas, y que se iban gestando cuestionamientos profundos a los pilares fundantes del Estado liberal moderno. Exigido por dichos procesos, la noción de servicio público comenzará a tomar ribetes políticos y jurídicos aún más concretos y mayor sistematicidad. El servicio público empezará a fungir así como noción jurídica: por un lado como título

---

<sup>134</sup> Benoit, Francis Paul. Op. cit. 108p.

de intervención legítima y, por otro, propiamente como actividad de prestación de servicios materiales.

En Francia, donde la escuela realista logra su mayor instalación positiva –no obstante la evidente influencia y presencia en la construcción dogmática de otros países, como España e Italia<sup>135</sup>-, la relevancia de la discusión sobre la extensión del concepto de servicio público, tuvo tempranamente una repercusión estrictamente jurídica. Se configuró rápidamente como criterio de atribución de competencia de tribunales administrativos y civiles. Y a partir de esta influencia, fue gestándose en la jurisprudencia una vía de configuración del concepto de servicio público. Explica al respecto el profesor Gordillo, que “[l]a relación con el servicio público era lo que justificaba competencia de los tribunales llamados contencioso administrativos, la naturaleza del contrato administrativo que asumían ciertos convenios con la administración, el régimen jurídico del dominio público, la monopolización del servicio público o falta de libre competencia, etc.”<sup>136</sup>

---

<sup>135</sup> Cfr. Souvirón, José María. La actividad de la administración y el servicio público. España, Editorial Comares, 1998. 115p. En este mismo sentido, Gallego Anabitarte, Alfredo. La influencia extranjera en el Derecho Administrativo español desde 1950 hasta hoy. Revista de Administración Pública 150: 1999. 75-114pp.

<sup>136</sup> Gordillo, Agustín. Tratado de derecho administrativo. 7ª Ed. México, Editorial Porrúa. Tomo II, 2004. 161p.

Las diversas aristas en las que la nueva noción de servicio público fue influyendo, demandaban un concepto claro del mismo. La primera noción, fundada por la escuela del servicio público, apuntaba a una amplitud sin límites. Para estos juristas, toda actividad de la Administración constituía un servicio público llamado a satisfacer necesidades de interés general. El Estado era un conjunto de servicios público.

En un principio se acogerá este concepto amplio de servicio público y para la mayoría de los autores habrá consenso en que existen ciertos servicios públicos que estarían exclusiva e indudablemente bajo responsabilidad directa del Estado, como el caso de las actividades de Defensa, la Justicia, la Policía<sup>137</sup>. Sin embargo, respecto de las actividades de carácter económico (industriales y comerciales) y sociales (educación, sanidad), se encontrarán las mayores divergencias. Es por esta razón que la evolución y consolidación del concepto de servicio público, como analizaremos a continuación, estará ligado fundamentalmente al debate en torno a la legitimidad y la justificación del Estado liberal para intervenir en este tipo de actividades concebidas previamente como propias e inalienablemente de los particulares. Será la

---

<sup>137</sup> Cfr. Duguit, León. Op. cit. (Manual de Derecho...). 67-68pp. Véase en el mismo sentido Jèze, Gastón. Principios generales del Derecho Administrativo. Buenos Aires, Depalma. Tomo II, 1950 3p.

ponderación de estas consideraciones las que finalmente determinarán la intensidad que estas intervenciones, los principios que regirán el actuar de la Administración, las relaciones entre la Administración y los particulares, etc.

## **1.2 Evolución del concepto: De la noción política a la categoría jurídica.**

Como explica Souvirón, “[l]as instituciones del Derecho Administrativo están condicionadas no en escasa medida por un trasfondo histórico-político que puede darnos cumplida noticia de su significado. Así sucede con el servicio público, pudiendo detectarse en nuestra cultura jurídica un hilo histórico que lleva desde el concepto político del mismo a su posterior funcionalidad jurídica.”<sup>138</sup>

En este sentido, no obstante afirmábamos que el servicio público fue primero fenómeno antes que concepto político, es precisamente por el impacto jurídico que éste implicó -su posterior incorporación como categoría autónoma del quehacer administrativo y justificación de una nueva forma de

---

<sup>138</sup> Souvirón, José María. Op. cit., 153p.

actuación administrativa-, por lo que se hace necesaria la construcción de un concepto más depurado y funciona. La construcción de un concepto jurídico.

Este proceso de construcción ocurrirá por dos vías evolutivas que explicaremos a la luz del proceso francés y que irán de la mano durante un buen tiempo: la dogmática y la jurisprudencial. La primera estará conducida por una disputa basada en el alcance del concepto –más amplio o más restringido-, la segunda, y siempre interrelacionada, estará empujada por el problema de determinar la competencia jurisdiccional y el régimen de actuación administrativa en dichas actividades.

### **1.2.1 Evolución dogmática.**

#### **1.2.1.1 La escuela de burdeos: primera noción del servicio público en términos jurídicos. El concepto amplio.**

Los tres principales autores franceses que participan a fines del siglo XIX en la construcción del concepto de servicio público, fueron Duguit, Jéze y Hauriou. Los dos primeros, siendo parte de la Escuela de Burdeos,

adscribían a la idea de una “[...] noción de servicio público [como] la pieza central del Derecho administrativo y el fundamento único de la competencia jurisdiccional administrativa.”<sup>139</sup>. De manera que toda actividad del Estado debía ser considerada como actividad de servicio público.

En términos generales, (i) funcionamiento regular y continuo, (ii) régimen jurídico especial y (iii) mutabilidad de la organización, serían las ideas centrales de la “Escuela de Burdeos, [...] cuya influencia será muy sensible durante muchos años y cuya máxima aspiración será la presentación del Derecho administrativo como «aquél conjunto de reglas relativas a la organización y al funcionamiento de los Servicios públicos y las relaciones de éstos con los particulares» (Rolland) o «el derecho de los Servicios públicos» (Bonnard)”<sup>140</sup>.

Como precursor de la Escuela del Servicio Público, Duguit realizó una primera definición de los servicios públicos, que quedó configurada en los siguientes términos: Servicio público será “toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esa actividad es indispensable para la realización y el

---

<sup>139</sup> Carro, José Luis. Op. cit.

<sup>140</sup> Bassols, Martín. Op. cit. 33p.

desenvolvimiento de la interdependencia social, y porque, además, es de tal naturaleza que no puede ser completamente asegurada sino mediante la intervención de la fuerza gobernante.”<sup>141</sup>

En esta definición se puede identificar claramente tanto el protagonismo que se le otorga a la actividad de la Administración en la ejecución de las actividades de servicio público, como el fundamento mismo de esta forma de intervención (actividad indispensable para la realización de la interdependencia social).

Ahora, si bien esta definición parece ser suficiente para entender que se trataban de actividades en exclusiva y prestación directa del Estado (excluyendo la iniciativa privada), lo cierto es que desde ya Duguit avizoraba la posibilidad de que algunos tipos de estos servicios fueran prestados por otros agentes distintos de los estatales, reservando, no obstante, siempre y de manera imprescindible a la Administración, la facultad de establecer los límites, estándares, regulaciones, sanciones, etc. aplicables invariablemente al ejercicio de estas actividades. Así, advierte que “el carácter de servicio público no implica su monopolio en provecho de los gobernantes y de sus

---

<sup>141</sup> Duguit, León.. Op. Cit. (Manual de Derecho...). 65p.



agentes, y que ciertas actividades aunque pueden ser libremente ejercitadas por los particulares, son objeto de servicio público en la medida y límites en que los gobernantes y sus agentes las ejercitan a su vez. La enseñanza y beneficencia, son dos ejemplos bien patentes de lo que acabamos de decir.”<sup>142</sup>

E insiste más adelante, “[d]ecir que un servicio se convierte en público o debe convertirse en público, quiere expresar que este servicio habrá de ser organizado por los gobernantes y que funcionará bajo su control. Pero esto no quiere decir necesariamente que los agentes encargados de este servicio y los fondos que a su cumplimiento se destinen quedarán bajo la dependencia directa e inmediata de los gobernantes. Por el contrario, el aumento de número de servicios públicos implica una descentralización cada vez mayor de éstos.”<sup>143</sup>

Lo que sí queda claro de la definición de Duguit, específicamente de la última parte de ésta, que invoca a la permanente presencia de la Administración en la gestión de este tipo de actividades, es que los servicios públicos suponen siempre una *publicación* previa, es decir, una decisión pública de reservar determinadas actividades a la exclusiva disposición de la Administración, de manera que estas actividades quedan sometidas

---

<sup>142</sup> Duguit, León. Op. Cit. (Manual de Derecho...). 67p.

<sup>143</sup> Duguit, León. Op. Cit. (Manual de Derecho...). 69p.

exclusivamente al control y administración del Estado, al contrario de las demás actividades económicas y sociales que se encontrarían regidas por el principio de libre iniciativa privada. Esto, como decíamos, aunque no se traduce en la necesaria gestión directa de la actividad, sí se manifiesta en que la prestación de dicha actividad por parte de privados está sujeta a algún tipo de control estatal (concesión, supervigilancia, etc.). Según lo explica Souvirón, a partir de las connotaciones fundantes del servicio público –tarea propia de la colectividad y satisfacción de una necesidad colectiva- “[...] el elemento determinante para la definición de una actividad como servicio público va a ser su “*publicatio*”, la atribución de su titularidad a la Administración y la exclusión de su desarrollo por los particulares (a no ser que éstos dispongan de la concesión otorgada a su favor por la Administración que continuará en todo caso siendo la titular de la actividad).”<sup>144</sup>

Ahora, respecto a la determinación específica de las actividades que debiesen quedar bajo la definición de servicio público, Duguit reflexionaba: “[...] A esta pregunta no es posible dar una respuesta categórica. Hay en ello algo esencialmente variable [...] Todo lo que puede afirmarse es que, a medida que la civilización avanza y se desarrolla, aumenta el número de

---

<sup>144</sup>Souvirón, José María. Op. cit., p. 154.

actividades susceptibles de servir de base a servicios público, y el número de estos servicios públicos crece de día en día por esta misma causa”<sup>145</sup>. Lo más que se puede decir, sustentándose en su tratamiento del servicio público es, tal como sugiere Gascón y Marín, que habrá servicio público siempre que haya una “misión considerada obligatoria por el Estado en un momento determinado, un cierto número de agentes jerarquizados o disciplinados encargados de cumplirlas y una cierta cantidad de riqueza afecta a ella.”<sup>146</sup>

Sobre estos elementos, podemos concluir que el núcleo de la tesis de Duguit, radica en cuatro afirmaciones: i) toda actividad que realiza el Estado es un servicio público, porque es la misión de los gobernantes y fundamento del derecho público; ii) los servicios públicos son los que dan cumplimiento efectivo al desenvolvimiento de la interdependencia social; iii) los servicios públicos deben estar siempre bajo control y organización de la Administración, lo que supone una *publicación* previa de dicha actividad; iv) pueden prestarse de manera directa e inmediata por el Estado y sus agentes, o de manera indirecta a través de concesionarios.

---

<sup>145</sup> Duguit, León. Op. cit. (Manual de Derecho...), p. 66.

<sup>146</sup> Gascón y Marín, José. Tratado de Derecho Administrativo. 8ª edición revisada. Madrid, C. Bermejo. Tomo I, 1943. 225p.

Como podemos ver, no obstante ser el impulsor de la teoría, el concepto *duguitiano* de servicio público resultaba muy incompleto y demasiado indeterminado como para prevalecer en el tiempo sin mayores problemas o modificaciones, lo que por supuesto fue motivo de nuevas profundizaciones jurídicas, teóricas y judiciales, en las cuáles Jèze tuvo importante participación.

Jèze, como integrante de la Escuela del Servicio Público, mantuvo la centralidad en la idea de que el fundamento de la actividad estatal está en la prestación de servicios que permitan el desenvolvimiento de la solidaridad social, sin embargo, su trabajo apunta a establecer ciertas precisiones respecto a la noción de servicio público, así como a darle una perspectiva integral y funcional al Derecho Administrativo. Para esto, sin abandonar las bases de la teoría de Duguit, entrega algunos elementos que permiten delinear más concretamente la noción de servicio público.

Para este autor, el servicio público ya no se identifica con, a secas, toda actividad realizada por la Administración, sino que viene a identificarse sólo con aquellas actividades llevadas a cabo a través del procedimiento de derecho

público. Explica Garrido Falla, que como “[...] continuador de la escuela [realista], continuó tal visión unilateral poniendo el acento sobre el procedimiento jurídico especial por el que se rige la gestión de los servicios públicos: procedimiento de servicio público y régimen jurídico-administrativo venían así a identificarse”<sup>147</sup>.

El concepto de servicio público que desarrolla Jèze pretende complementar y delimitar de mejor manera la noción *duguitiana* del mismo, aportando una nueva definición elaborada en los siguientes términos: “El servicio público es un procedimiento técnico –y no el único- con que se satisfacen las necesidades de interés general. Decir que en determinado caso existe servicio público, significa que los agentes tienen la posibilidad de usar procedimientos de derecho público, de apelar a teorías y a reglas especiales, o sea, de recurrir a un régimen jurídico especial: este régimen se caracteriza por la subordinación de los intereses privados al interés general; la organización del servicio es siempre modificable con arreglo a las necesidades del interés general y, en consecuencia, legal y reglamentaria”<sup>148</sup>

---

<sup>147</sup> Garrido Falla, Fernando. Tratado de derecho administrativo. 11ª Ed. Madrid, Editorial Tecnos, Tomo II, 2002, 387p.

<sup>148</sup>Jèze, Gastón. Op. cit. (Principios generales del Derecho Administrativo), 18p.

Con esta definición, el autor entrega nuevos elementos que vienen a caracterizar más estrictamente al servicio público, específicamente en lo relativo al régimen jurídico que se le aplica, que para Jèze será el eje articulador de toda la idea de servicio público. A pesar de que luego será objeto de reevaluaciones, para el autor, ese régimen jurídico aplicable a los servicios públicos es el procedimiento de derecho público. Éste vendría a ser un régimen jurídico especial, distinto al régimen privado, que tendría su fundamento en la subordinación de los intereses particulares al interés general.

En este sentido, la idea de servicio público sería inseparable a la de procedimiento de derecho público, “[d]ecir que en determinada hipótesis existe servicio público equivale a afirmar que los agentes públicos –para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general- pueden aplicar los procedimientos de Derecho público, es decir, un régimen especial”<sup>149</sup>.Dicho de otra forma, “es evidente que solo puede existir dependencia del dominio público si la cosa está afectada a un servicio público. Por otra parte, la idea de servicio público constituye la base de todas las reglas

---

<sup>149</sup>Maljar, Daniel E. Op. cit., 29p.

del régimen jurídico que se denomina régimen de dominio público y que difiere del régimen jurídico de la propiedad privada.”<sup>150</sup>

Ahora, para la correcta comprensión del planteamiento de Jèze, es necesario aclarar que no obstante es la utilización del procedimiento de derecho público lo que caracteriza a los servicios públicos, para el autor también es posible la utilización del derecho privado. Dice Jèze que “para hacer funcionar un servicio público, pueden o deben servirse de los procedimientos del derecho público”<sup>151</sup>. Más precisamente, en su teoría, esto significará que en algunas ocasiones “los agentes públicos tienen la obligación de usar el procedimiento del derecho público”<sup>152</sup>, pero no obstante ello, en el resto de situaciones donde no se encuentren obligados, podrán si así lo prefieren y resulta de mejor manera para la prestación, hacer uso de la facultad que tienen para utilizar los procedimientos de derecho privado<sup>153</sup>.

Aunque parezca lo contrario, la elaboración de Jèze, no restringe el concepto de servicio público sino que lo especifica terminológicamente. Lo que hace el autor, en estricto rigor, es enfatizar el significado de servicio

---

<sup>150</sup> Jèze, Gastón. Op. cit., 14-15pp.

<sup>151</sup> Jèze, Gastón. Op. cit., 6p.

<sup>152</sup> *Ibidem*. 7p.

<sup>153</sup> *Ibidem*. 6p.

público construido por Duguit, “extrapolando el régimen de los servicios públicos a toda la actuación de la Administración en cuanto actividad indispensable para la interdependencia social y proponiendo en fin, la identificación del régimen administrativo con el régimen de servicio público.”<sup>154</sup> De esta manera, sostiene, “[l]a idea de servicio público sirve, pues, para aglutinar en torno a ella a todo el derecho administrativo, en la medida que si hay servicio público, los agentes, los bienes, las obras, los actos, el procedimiento, serán especies, distintos del régimen privado y, por lo mismo, objeto de la competencia jurisdiccional de la justicia administrativa”<sup>155</sup>. Es decir, bajo este planteamiento, si hay reconocimiento de un servicio público, hay procedimiento especial; si hay reconocimiento de un procedimiento especial, hay servicio público. La Administración actuaría siempre bajo un régimen especial, distinto del derecho común.

El autor, sobre la base del procedimiento administrativo especial, incorpora en la definición las llamadas potestades exorbitantes o prerrogativas públicas. Éstas serían reglas y teorías especiales (en relación al derecho común) que permiten al servicio público autonomía para definir su organización y para cumplir con la finalidad de obtener el mejor

---

<sup>154</sup> Souvirón, José María. Op. cit., 113-114pp.

<sup>155</sup> Maljar, Daniel E. Op. cit., 30p.



funcionamiento posible del servicio. Estas prerrogativas serían el contenido del principio de ‘inalienabilidad de la soberanía’ del servicio público, que supone la prohibición de fijar obstáculos jurídicos al ejercicio a las necesidades de los servicios público<sup>156</sup>. La manifestación concreta de este principio se encontraría en la “mutabilidad de la organización” o *ius variandi*, es decir, la potestad para hacer modificaciones y reformas a la organización (agente público o concesionario) de servicio público en atención a las transformaciones económicas políticas o sociales, con la finalidad de hacer funcionar lo mejor posible al servicio.<sup>157</sup>

Respecto a las formas de gestión, Jèze aclara también que el servicio público no supone necesariamente un monopolio por parte de la Administración en su prestación directa. Basándose el servicio público en satisfacer aquellas necesidades que tengan carácter de interés general, habrá algunas que únicamente podrán ser satisfechas por la Administración con exclusión de los particulares (defensa), algunas que quedarán en manos de los particulares (alimentación), y otras en las que la administración podrá resolverlas de manera concurrente con los particulares (teatro)<sup>158</sup>.

---

<sup>156</sup> Jèze, Gastón. Op. cit., 8p.

<sup>157</sup> Jèze, Gastón. Op. cit., 7p.

<sup>158</sup> Jèze, Gastón. Op. cit., 3p.

Ahora, tomando distancia de la indeterminación de Duguit respecto a qué actividades debiesen ser ascendidas a servicio público, Jèze argumenta que la identificación de un servicio público como tal no pasa por construir un criterio general y abstracto sobre cuáles actividades debiesen constituir un servicio público, sino que depende esencialmente de la voluntad de los gobernantes en un momento determinado, quienes estarían llamados a definir qué actividades en qué momento serán consideradas servicios públicos, de manera que las actividades sujetas a este carácter serían variables en el tiempo. En palabras del autor, “[s]e habla única y exclusivamente de servicios públicos cuando las autoridades de un país, en determinada época deciden satisfacer las necesidades de interés general mediante el procedimiento del servicio público. La intención de los gobernantes es lo único que debe considerarse.”<sup>159</sup> Se podría considerar servicio público únicamente a “las necesidades de interés general que los gobernantes de un país determinado, en una época determinada, han decidido satisfacer por el procedimiento de servicio público”<sup>160</sup>.

---

<sup>159</sup> Jèze, Gastón. Op. cit., 19p.

<sup>160</sup> Carro, José Luis. Op. cit., 590p.

Para Bassols, esto no es solo un elemento de la definición que construye Jèze, sino que, más aún, un presupuesto de la misma, ya que indica que “[...] existe una disociación entre el plano político y el de la técnica jurídica en el campo del Derecho administrativo; el punto de vista político, pone de relieve el fin perseguido por las instituciones; las reglas y los procedimientos jurídicos por medio de los cuales se persiguen los fines son, por el contrario, los temas propios de la técnica jurídica; el jurista debe detectar el fin de las instituciones y proyectar toda su actividad sobre los medios y procedimientos típica y exclusivamente jurídicos para alcanzarlos.”<sup>161</sup>.

De esta forma, el concepto desarrollado por Jèze queda sostenido, también, en cuatro pilares fundamentales: i) El servicio público es uno de los procedimientos técnicos posibles para la satisfacción de necesidades de interés general; ii) el servicio público se caracteriza por la facultad de utilizar un régimen especial y distinto del privado, el procedimiento de derecho público; iii) La organización de servicio público es esencialmente modificable en cualquier momento atendidas las necesidades para la mejor prestación; iv) la categoría de servicio público las tendrán aquellas actividades que sean

---

<sup>161</sup> Bassols, Martín. Op. cit., 32-33pp.

definidas por los gobernantes en determinado momento y en determinado lugar.

En conclusión, en palabras de Souvirón, “[...] según esta concepción típicamente francesa, la satisfacción de las necesidades de interés general se identifica con el servicio público y éste con el régimen especial administrativo y su fiscalización judicial. De esta manera el servicio público deviene en un concepto sinónimo de la actividad administrativa, definiéndose consecuentemente el Derecho Administrativo como el Derecho de los servicios públicos”<sup>162</sup>. Estaría constituida, entonces, la llamada noción amplia de servicio público: El servicio público es la actividad administrativa. Dirigida a la satisfacción de necesidades de interés general, se rige por un procedimiento especial de Derecho público, queda investido de potestades exorbitantes y su realización es de exclusividad de la Administración (aproximación orgánica o subjetiva de la definición), de manera que la participación de los particulares sólo es posible mediante la concesión en determinados casos.

---

<sup>162</sup>Souvirón, José María. Op. cit., 114p.

## **1.2.1.2 Las críticas al concepto amplio de servicio público.**

### **1.2.1.2.1 Hauriou.**

Los problemas del concepto amplio de servicio público fueron avizorados por varios autores desde un principio, de manera que no pasó mucho tiempo antes que comenzaran a aparecer críticas y propuestas más restringidas a la definición que entregaba la escuela realista.

Podríamos definir como primer detractor de la construcción teórica de la Escuela de Burdeos a Hauriou, quien no obstante haber sido integrante en un principio de esta Escuela, tempranamente, en plena discusión de la noción política de Estado, se inclinó por una idea matizada de las propuestas duguitianas. Como anunciábamos más arriba, este autor sostenía la idea de *puissance publique* como fundamento del servicio público. Para este autor “la utilización de un régimen especial de derecho público para la realización del servicio no supone otra cosa, precisamente, que la utilización del poder o

potestad pública”<sup>163</sup>. Pero, fundamentalmente, defendía el autor, el servicio público se trataría de una actividad más de la Administración y no de la única.

Dice Weil, además, que Hauriou sugería ya hacia 1899, la distinción entre gestión privada y gestión pública: “Se admitía así que la colectividad pública, actuando para cumplir un servicio público, podía renunciar al empleo de los medios exorbitantes del derecho común para transformarse en civil y actuar en las condiciones del derecho común”<sup>164</sup>, tomándose así distancia de las inalienables potestades exorbitantes de Jèze.

Sobre esta base, la idea de servicio público en términos jurídicos para el autor sería la de “[...] un servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública”<sup>165</sup>. De esta manera, indica Souvirón, “[...] para él, la noción básica del Derecho público no era el servicio público sino el poder, la potestad”, no obstante lo cual aceptará -aunque matizada- dicha noción amplia, tal como lo hizo en su *Precis* al concebir al servicio público en términos de “la obra a realizar por la Administración, si bien el poder es el medio para su realización”<sup>166</sup>. Expresa,

---

<sup>163</sup> Maljar, Daniel E. Op. cit., 35p.

<sup>164</sup> Weil, Prosper. Derecho Administrativo. Madrid, Editorial Civitas, 1986. 101p.

<sup>165</sup> *Ibidem*, 36p.

<sup>166</sup> Souvirón, José María. Op. cit., 114p.

así mismo Garrido Falla, que no obstante “[...] la polémica que durante tanto tiempo mantuvo Hauriou contra los representantes de la escuela realista, también acepta ocasionalmente el concepto amplio de servicio público: éste es la obra a realizar por la Administración, si bien el Poder es el medio para su realización. Surge así el servicio público como la justificación teleológica del poder, lo que, desde el ángulo de su legitimación, no deja de tener una importancia fundamental.”<sup>167</sup>

De esta manera para el autor, el servicio público es un servicio técnico, que responde a una necesidad pública, cuya realización, pudiendo ser de gestión privada o de gestión pública, se rige por los principios de continuidad y regularidad del servicio. Investida de potestades exorbitantes, esta prestación tendría su fundamento en el poder del Estado, por tanto, en principio, se trataría de una tarea de la Administración, aunque no de la única.

Son estos tres autores, principalmente, los que nos entregan las primeras nociones sobre servicio público y en base a las cuales el concepto comenzará a desarrollarse y mutar hasta llegar a lo que comprendemos hoy por esta forma de intervención administrativa. Esta evolución estará muy marcada,

---

<sup>167</sup> Garrido Falla, Fernando. Op. cit., 387p.

especialmente, por la jurisprudencia del Consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos francés, debido a la importancia que tenía este debate en atención a su doble jurisdicción (común y administrativa) y la necesidad de determinar la competencia de uno y otro tribunal en temas que involucraban a la Administración. Para esta determinación, resultaba trascendental determinar un criterio claro que mantuviera la división de los poderes del Estado.<sup>168</sup> Pero, antes de entrar al desarrollo jurisprudencial del concepto, incorporaremos algunas nociones desarrolladas tempranamente por otros autores y escuelas.

#### **1.2.1.2.2 Italia.**

La doctrina italiana, en busca de la funcionalidad del concepto, intentó realizar una distinción entre funciones y servicios públicos, es decir, actividades de la esencia y actividades asumidas pero no de la esencia de la Administración, respectivamente. En estos términos, explica Bassols que “[l]a discriminación jurídica del concepto de Servicios público alcanza su punto álgido en aquella corriente doctrinal (De Valles y Alessi), que pretende distinguir entre «funciones» y «Servicios públicos», caracterizando a los primeros por el contenido estrictamente jurídico de la actividad, mientras que

---

<sup>168</sup>Cfr. Maljar, Daniel E. Op. cit., 41pp. y ss.



la nota configuradora de los segundos es la de atender a finalidades estrictamente sociales.”<sup>169</sup>

Explica Souvirón que: “[p]ara Zanobini, dentro de la actividad administrativa, la noción de “función pública” presupone el ejercicio de potestades como expresión de la soberanía; el “servicio público”, una actividad material, técnica o de producción puesta a disposición de los particulares. Abundando en el distingo, para Giannini la titularidad de las “funciones” (defensa, policía, tributos, etc.) corresponde necesariamente al Estado, mientras que los “servicios” son asumidos por la Administración por razones técnicas, sociales o económicas, pero, como tales, no excluyen su realización por particulares.”<sup>170</sup>

Someramente, la propuesta de Alessi contempla, primero, una limitación del sentido tradicionalmente amplio de servicio público, limitando esta noción sólo a aquellas actividades orientadas a satisfacer necesidades de orden jurídico y económico-social, dejando fuera aquellas actividades que tienen como fin la organización de la administración, la búsqueda de medios de funcionamiento y la seguridad social interna y externa, para luego dar

---

<sup>169</sup> Bassols, Martín. Op cit., 43p.

<sup>170</sup> Souvirón, José María. Op. cit., 115-116pp.

cabida a una distinción entre los servicios público *uti universi* y los servicios público *uti singuli*, siendo los primeros actividades que brindan utilidad a la sociedad en su conjunto y de manera indeterminada, mientras los segundos suponen prestaciones propiamente tales, específicas y a determinados ciudadanos<sup>171</sup>. Concluyendo, acto seguido, que en términos estrictos y técnicos, sólo estas últimas actividades pueden considerarse como servicio público propiamente tal, ya que configurarían “en sentido técnico la noción de prestación: actividad personal objeto de una relación de carácter obligatorio intercurrente entre dos sujetos, ya que únicamente en el caso de servicios públicos disfrutados por los ciudadanos *uti singuli* es posible configurar una concreta relación jurídica que tenga por objeto la actividad administrativa objeto del servicio, entre la Administración que presta el servicio y el particular que lo disfruta.”<sup>172</sup> El resto de actividades, en conclusión, configurarían las “funciones” de la Administración.

### **1.2.1.2.3 España.**

---

<sup>171</sup> Cfr. Alessi, Renato. Instituciones de Derecho Administrativo. Traducción de la 3ª edición. Barcelona, Bosch, Tomo II, 1970. 364p.

<sup>172</sup> Alessi, Renato. Op. cit., 365p.

Si bien el proceso español en un inicio no tuvo un desarrollo doctrinario unitario ni coherente que contrapesara a la teoría tradicional de servicio público, según Souvirón, esto no impidió igualmente la incorporación de algunos elementos diferenciadores por los autores españoles: “[...] en la línea de Hauriou, el carácter técnico de la actividad (A. Posada, Gascón y Marín); bien la división tripartita de la acción administrativa en policía, fomento y servicio público (Jordana, Álvarez Gendín); bien los rasgos consustanciales de la institución (continuidad, igualdad, etc.) (García Oviedo).”<sup>173</sup>

En este sentido, por ejemplo, Gascón y Marín, en cuya obra se ve con claridad la influencia francesa, pone el énfasis en el modo regular y continuo de la prestación y en el régimen jurídico especial para su ejercicio que supone la investidura de prerrogativas de derecho público afirmando, sin embargo, que los servicios públicos pueden ser prestados por entes públicos y privados sin necesidad de su ejercicio en monopolio.<sup>174</sup> Para este autor el elemento determinante de un servicio público serían las prerrogativas especiales, más no el carácter jurídico de la entidad.<sup>175</sup>

---

<sup>173</sup> Souvirón, José María. Op. cit., 120p.

<sup>174</sup> Gascón y Marín, José. Op. cit., 222-224pp.

<sup>175</sup> *Ibidem.*, 224p.

Alvarez-Gendín, por otra parte, ha sostenido que el servicio público es “[...] una coordinación, o conjunto de actividades jurídico-administrativas, financieras y técnicas que organizan el Estado o las Corporaciones autárquicas, por pertenecer a su iniciativa, encaminadas a satisfacer económicamente necesidades públicas, de una manera regular y continua”<sup>176</sup>, arguyendo, como Hauriou, que se trata de una actividad de la Administración y no la única, pero criticando, de hecho, la definición elaborada por el francés, argumentando que terminaba igualmente subjetivando la noción de servicio público lo que llevaría a confundir la actividad prestacional propiamente tal con el medio de prestación del servicio.<sup>177</sup>

### **1.2.1.3 Otros sistemas de servicio público.**

Sin intención de ahondar demasiado en otras fórmulas de servicio público, distintas de la francesa, llevadas a cabo en occidente, sí nos parece relevante al menos nombrarlas para lograr al menos advertir que, no obstante la vanguardia francesa en la actividad prestacional del Estado y su influencia en los diversos regímenes jurídicos del Europa y América, se construyeron

---

<sup>176</sup> Álvarez-Gendín, Sabino. Tratado general de Derecho Administrativo. Barcelona, Bosch, Tomo I, 1958. 475p.

<sup>177</sup> Op. cit., 474p.

regímenes de servicio público con una estructura distinta de la que hemos desarrollado hasta ahora y que tendrán también cierta influencia en el desarrollo y desenlace de los servicios públicos hasta la actualidad.

### **1.2.1.3.1 Alemania.**

Distinto fue el caso Alemán, donde el concepto de servicio público nunca fue acuñado como tal, no obstante desarrollar efectivamente una actividad prestacional del estado. El análogo al *service public* francés, sería el *Daseinsvorsorge* (“previsión de los bienes y servicios necesarios para la existencia”) alemán, y no obstante erigirse sobre fenómenos y principios convergentes, los medios y manifestaciones de la actividad estatal serán diversos, a tal punto que la idea de “servicio público” como tal nunca fue un término jurídico en el derecho administrativo alemán.<sup>178</sup>

Entre las razones que se pueden encontrar para explicar este divergente desenlace del servicio público en Alemania, podemos nombrar en primer lugar, la tradición jurídica alemana que desarrollábamos más arriba, según la

---

<sup>178</sup> Cfr. Pielow, Johan-Christian. “Servicio público” en Francia y “Daseinsvorsorge” en Alemania: convergencia de los objetivos, diversidad de los medios. *Revista de Derecho Administrativo Económico* 12: 2004. 17-31p.

cual es el “poder público” el criterio determinante al momento de distinguir entre actividades sujetas al derecho privado y las sujetas al derecho público; en segundo término, la estricta separación de poderes que se tradujo en que la solución de conflictos que implicaban la aplicación de derecho público se llevaba a cabo normalmente en los tribunales ordinarios; y, finalmente, puede decirse que el concepto surge en un momento histórico marcado por un esfuerzo jurídico de unificar lo que tradicionalmente había sido separado como las áreas de incumbencia del Estado y las áreas de incumbencia de la sociedad, por lo que el impacto mismo del *Daseinsvordorge*, fue en alguna medida imperceptible para efectos prácticos.<sup>179</sup>

En términos concretos, son tres las diferencias centrales que podemos identificar entre el servicio público francés y el *Daseinsvordorge* alemán. Lo primero es que este último surge como un término jurídico de carácter más bien descriptivo que prescriptivo, que resultó aplicable a aquellas actividades de prestación estatal, que se encontraban en expansión post Primera Guerra Mundial. En segundo lugar, una prestación estatal entendida como *Daseinsvordorge*, no requiere de *publicación*, por lo que resulta irrelevante la calidad jurídica del ente prestador y, por tanto, su ejercicio por un particular

---

<sup>179</sup> *Ibidem*.

no requiere tampoco de una delegación previa, como es el caso de la concesión. Incluso para el caso en que se haya decretado un monopolio estatal respecto de cierta actividad, la delegación de esta actividad en manos de un particular queda normalmente exenta de intervención o imposición de obligaciones por parte de la Administración. Y, por último, la obligación de interés general para quienes ejercen dichas actividades emana del derecho civil que se orientan fundamentalmente al “suministro global y completo de prestaciones que deben realizarse a partir de una infraestructura dada”, y no del derecho público. Las veces que se imponen obligaciones de derecho público, éstas se fijan por leyes específicas con independencia, como decíamos, del carácter público o privado del ente prestador. De manera que no hay decisiones administrativas en estos casos, como sí lo es en el caso de las concesiones en el régimen francés.<sup>180</sup>

#### **1.2.1.3.2 Estado Unidos.**

Similar es el caso estadounidense y, en general, el de los países anglosajones que, tras los conceptos de “*public utilities*” y “*bussiness affected with a public interest*” reemplazarán la *publificación* y la asunción del Estado

---

<sup>180</sup> *Ibíd.*

en actividades de “interés general”, por intensas regulaciones públicas a los privados que las ejecutan.<sup>181</sup>

Sostiene Souvirón que las diferencias entre la teoría del servicio público francés y el desarrollo del sistema de regulación de la gestión de las *public utilities*, encuentra su fundamento en que “la interacción entre libertades sociales y poder público tienen allí origen y evolución bien diferentes a los de la Europa continental, como bien distintos resultan así mismo tanto el trasfondo filosófico (predominio del empirismo y el pragmatismo frente al racionalismo continental) como el sistema jurídico (*common law* frente al *régime administratif*)”<sup>182</sup>

El mismo autor, emulando a Montero Pascual (1996), argumenta que uno de los presupuestos centrales para la divergencia anglosajona se relaciona con la concepción del interés general como la combinación de intereses particulares, razón por la que parecería razonable asumir que la prestación por privados satisface tanto los intereses de los prestadores como los de los usuarios y, en consecuencia, los de la comunidad en su conjunto.<sup>183</sup> Así, el

---

<sup>181</sup> Souvirón, Jose María. Op. cit., 154p.

<sup>182</sup> *Ibidem*.

<sup>183</sup> Op. cit., p. 155. En sentido similar, Muñoz Machado, Santiago. Servicio público y mercado. Los fundamentos. Madrid, Civitas, V. I, 1997. 28-29pp.



régimen de regulación y control de abusos e insuficiencias, resulta adecuado y suficiente.

El concepto, entonces, puede asociarse a la idea de “empresas reglamentadas” -denominación acuñada, según Maljar, por Villegas Basabilbaso-, y se caracterizarían por ser siempre empresas de carácter privado, sometidas a un régimen de contralor policial (regulación, supervigilancia), fundado en su vinculación con los intereses públicos y por ser dependientes de un instrumento habilitador previo distinto de la concesión, específicamente, el permiso, la licencia o autorización.<sup>184</sup>

De esta manera, no concurriendo la *publificación*, pero exigiendo por parte del Estado, estándares mínimos y universalidad en su prestación, acceso sin discriminación y tarifas razonables, podríamos afirmar que el concepto anglosajón para estas actividades que en Francia son llamadas servicios públicos, sería más bien el de “servicio de interés general”, concepto que posteriormente será acuñado, incluso por la doctrina europea, para la

---

<sup>184</sup> Maljar, Daniel E. Op. cit., 160p.

reestructuración de los servicios públicos, expandiendo el alcance de su concepto durante el siglo XX.<sup>185</sup>

### **1.2.2 Evolución jurisprudencial en Francia.**

Como habíamos adelantado, la noción de servicio público también fue forjada a partir de las decisiones jurisdiccionales que se dieron principalmente en el Consejo de Estado francés<sup>186</sup>, a propósito del proceso deliberativo sobre los criterios aplicables para la determinación de la competencia de los tribunales para conocer de aquellos conflictos en los cuales la Administración estaba involucrada. Esto, debido a que desde 1880 aproximadamente, con el caso *Cadot*, y hasta 1953, “[...] el Consejo de Estado era juez de derecho común en primera instancia, es decir que todo asunto perteneciente a la competencia de la jurisdicción administrativa debía en principio ser llevado por el requirente ante él [...]”<sup>187</sup>.

---

<sup>185</sup> Cfr. Souvirón, José María. Op. cit., 155p.

<sup>186</sup>Explica Benoit que, no obstante su existencia y rol previo, es en 1872 cuando toma su configuración definitiva hasta 1940: “[...] comporta por una parte, órganos que desempeñan la función de consejero del Gobierno en materia legislativa, reglamentaria y administrativa; y, por otra, órganos que constituye una verdadera jurisdicción y competentes para conocer el contencioso administrativo, es decir de los litigios que enfrentan los particulares a la Administración.” (Benoit, Francis-Paul. Op. cit., 153p.)

<sup>187</sup> Benoit, Francis-Paul. Op. cit., 445p.

Esta discusión no era banal, ya que implicaba la aplicación de uno u otro régimen jurídico a efectos de la resolución del conflicto. En concreto, se trataba de establecer si la Administración en determinada situación había o debía haber actuado como persona particular, en vez de como ente público con las prerrogativas y potestades espaciales que eso implicaba. A estos efectos, se han podido identificar diversos criterios utilizados por el Consejo de Estado que fueron delineando el concepto de servicio público hasta mediado del siglo XX.

#### **1.2.2.1 El criterio de los actos de autoridad.**

Hasta 1873, el Consejo de Estado usaba la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión para determinar en qué casos la Administración actuaba como privado y en cuáles como poder público. Explicado por Benoit, “[e]l acto de autoridad es aquel que manifiesta el ejercicio por el Estado de sus potestades de poder político: una decisión de policía, un reglamento. Estos actos unilaterales van a pertenecer por principio al contencioso administrativo. El acto de gestión es aquel que parece semejante a aquellos que son realizados por los particulares: así sucede especialmente con los contratos concluidos por

el Estado con los particulares. Por principio, estos actos deben abandonarse a la competencia de los Tribunales judiciales.”<sup>188</sup>

### 1.2.2.2 El criterio del servicio público.

Desde 1873, con el *Arret Blanco* se supera esta distinción entre actos de autoridad y actos de gestión para dar pie al criterio del servicio público como factor atributivo de competencia<sup>189</sup>. Bajo este nuevo criterio, cada vez que la Administración actuara en términos de servicio público, la sede competente sería la administrativa. Tomando así particular relevancia y generando suficiente inquietud, por tanto, la vigente noción amplia de servicio público.

Como expresa el profesor Maljar, “La novedad que se produjo – situados desde la perspectiva de su importancia histórica- fue la de incluir ‘a los actos de gestión de los servicios públicos dentro de la categoría de actos de poder público’ y de convertir al servicio público en factor autónomo atributivo de competencia”<sup>190</sup>. En opinión de Carro, este fallo, únicamente avanza en la homologación de los actos de gestión con los actos de autoridad, lo que

---

<sup>188</sup> Benoit, Francis-Paul. Op. cit., 485p.

<sup>189</sup> Cfr. Benoit, Francis-Paul. Op. cit., 487p.

<sup>190</sup> Mairal, Hector (1984) en Maljar, Daniel E. Op. cit., 54p.

supondría concluir que “[...] en la gestión de servicios públicos, el Estado actuaba siempre como *puissance publique*”<sup>191</sup>, razón de competencia del tribunal administrativo.

Para Garrido Falla, por su parte, esta forma de aplicación del criterio, se identifica con la definición erigida por Jèze que analizábamos más arriba. Básicamente se trataba de determinar en qué casos la Administración actuaba en régimen de derecho público, correlacionando el procedimiento administrativo con el servicio público.<sup>192</sup>

Para Carro, por otro lado, la verdadera sentencia donde se puede ver la doctrina de Duguit en su máxima expresión es el *Arret Feutry* de 1908, donde puede verse la introducción “[...] con toda radicalidad, del criterio de servicio público como criterio exclusivo de la competencia de la jurisdicción administrativa, sin referencia alguna a la posibilidad de la gestión privada del mismo [...]. El concepto de servicio público quedó así prácticamente equiparado al de actividad administrativa”<sup>193</sup>, y en la misma línea se mantendría esta interpretación hasta al menos el *Arret Théron* de 1910.

---

<sup>191</sup> Carro, José Luis. Op. cit., 589p.

<sup>192</sup> Cfr. Garrido Falla, Fernando. Op. cit., 387p.

<sup>193</sup> Carro, José Luis. Op. cit., 589p.

Reconociéndoles la misma relevancia a los fallos recién citados, Maljar, sin embargo, destaca previamente el *Arret Terrier* de 1903, como el fallo que “[...] supera la anterior distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, por la teoría que encuentra en la sola presencia de un servicio público la nota distintiva del contencioso-administrativo: según esta teoría el servicio público define el criterio de la competencia del juez administrativo”<sup>194</sup>

Para Benoit, la diferencia aportada por los casos *Terrier* y *Feutry* en relación al caso *Blanco* radicaba en el campo de aplicación del criterio del servicio público por parte del Consejo de Estado. Con el caso Banco, se habría consolidado el criterio para efectos de los actos de la Administración central o nacional, y desde 1903, entonces, se habría hecho extensiva la aplicación de este criterio a la actuación de las administraciones locales. En sus palabras, “[e]ste triunfo del criterio de servicio público respecto de las colectividades locales fue iniciado por el Consejo de Estado en su célebre fallo *Terrier*, después consagrado sistemáticamente en 1908 por el Tribunal de Conflictos en una serie de fallos concernientes a las diversas colectividades locales.”<sup>195</sup>

---

<sup>194</sup> Mairal, Héctor (1984) en Maljar, Daniel E. Op. cit., 55p.

<sup>195</sup> Benoit, Francis-Paul. Op. cit., 488p.

Hasta aquí entonces, podría entenderse el servicio público como toda actividad realizada por la Administración, sea por criterio de poder público, sea por criterio de procedimiento administrativo, al más puro estilo realista.

Sin embargo, como ya venía advirtiendo Jèze, esta noción de servicio público era demasiado amplia y poco específica como para mantenerse en el tiempo sin mayores problemas y así fue como tempranamente comenzaron las transformaciones del concepto. Con todas las transformaciones, son embargo, indica Carro que “lo que podríamos denominar el ‘núcleo duro’ de la institución, común a todo tipo de actividades descritas como actividades de servicio público, cristalizará alrededor de los tres grandes principios formulados por L. Rolland: continuidad, igualdad y mutabilidad.”<sup>196</sup>, elementos que, de hecho, se mantendrán hasta la actualidad.

### **1.2.2.3 Criterio de las potestades exorbitantes.**

Esta aplicación en sentido amplio de la noción de servicio público, no duró mucho tiempo. La primera relativización o acotación del criterio, podemos identificarlo a partir del *Arret Voges*, en 1912.

---

<sup>196</sup> Carro, José Luis. Op. cit., 590p.

Con este fallo, por primera vez se desplaza el criterio del servicio público como factor de competencia para introducir la idea de las potestades exorbitantes de la Administración como criterio más efectivo para radicar en uno u otro tribunal el conocimiento de un determinado conflicto en el que estuviera involucrada la Administración.

Lo que viene a manifestar este fallo es la posibilidad de que la Administración celebre contratos que no estén sometidos al derecho público, afirmando así la posibilidad de que los servicios públicos ejecuten contratos de naturaleza privada o pública, debiendo los tribunales determinar esta naturaleza en atención a la presencia o no de potestades exorbitantes en favor de la Administración. Explica Maljar: “Así, los contratos de interés de un servicio público pueden ser administrativos o comunes. La competencia del Consejo de Estado no viene dada por la existencia de un servicio público. Lo que hay que analizar es la naturaleza del contrato en sí, con independencia de la persona que lo otorga y del fin para el que se celebra. Esto conduce a Blum a afirmar que el criterio básico es la presencia de cláusulas exorbitantes del Derecho común.”<sup>197</sup>

---

<sup>197</sup> Maljar, Daniel E. Op. cit., 57p.



Con estas conclusiones del Consejo de Estado francés podemos identificar el primer atisbo de la mutación que vendrá luego respecto a la concepción clásica del servicio público. En esta sentencia se ven las primeras manifestaciones de una noción de la Administración como ente que en algunos casos puede actuar en iguales términos que los particulares y, en base a ello, no contar con el respaldo de un régimen jurídico especial. A partir del caso *Voges*, toma fuerza uno de los elementos que había sido introducido por Jèze, serán las potestades exorbitantes el criterio de radicación jurisdiccional.

Así las cosas, en conclusión, desde 1912, “[e]l principio es que toda acción relativa a los servicios públicos pertenece a la competencia de la jurisdicción administrativa. A este principio, sin embargo, dos excepciones de alcance limitado. Por una parte el caso de los contratos sometidos a las normas del derecho civil [...]; por otra parte, el contencioso de los usuarios de los servicios públicos concedidos, al estar considerado en esta época el concesionario como un industrial ordinario”<sup>198</sup>, situaciones que, por tanto, quedarían sometidas a la jurisdicción civil.

---

<sup>198</sup> Benoit, Francis-Paul. Op. cit., 489p.

#### **1.2.2.4 El criterio de los servicios públicos industriales o comerciales.**

Hacia 1921, nos encontraremos con una de las transformaciones más determinantes para la elaboración contemporánea del concepto de servicio público. A propósito del caso *Société commerciale de L'Ouest African/Bac D'Eloka*, nacerá una nueva perspectiva del servicio público que vendrá a poner fin definitivamente al concepto amplio del servicio público. Plasmada en el fallo del mismo conocido como *Arrêt Eloka*, la distinción entre servicios públicos administrativos y servicios públicos industriales o comerciales, dará cabida a lo que se ha caracterizado como la primera crisis del servicio público.

### **1.3 Primera crisis del concepto de servicio público: Los servicios públicos comerciales e industriales, el auge de la concesión y la noción funcional de servicio público.**

#### **1.3.1 Servicios públicos industriales y comerciales.**

El *Arrêt Eloka*, en 1921, viene a quebrar definitivamente con la noción de servicio público tradicional, poniendo el límite de éste en las actividades de carácter económico. Sería preciso prevenir, de la misma manera que lo hizo Benoit en sus textos, que los fallos en cuestión son la simple manifestación de las reflexiones de los jueces en aquella época. Como veníamos advirtiendo, el impacto no sólo jurídico sino que profundamente político que trae consigo la actividad prestacional de la Administración no pasa inadvertida por los actores de la jurisdicción francesa. “[...] Estos magistrados, que resolvían en 1921, eran hombres formados en el liberalismo tal y como éste era concebido en el siglo XIX [...]. No pudiendo oponerse a la creación de tales servicios, encontraron este medio indirecto, para frenar la evolución en curso, del afirmar que estos servicios funcionaban como empresas privadas a fin de aplicarles la competencia judicial, y creían, el derecho privado. En su mente se trataba en ello de limitar la colectivización de estas actividades sometiéndolas al derecho de las empresas privadas.”<sup>199</sup>

Por variados autores, como Bassols, hay consenso en que esta sentencia representa “[...] la primera y una de las más importantes crisis conceptuales de la institución, la aparición de la llamada categoría de los Servicios Públicos

---

<sup>199</sup> Benoit, Francis-Paul. Op. cit., 952-953pp.

Industriales y Comerciales [...] que implica el reconocimiento por la similitud con la gestión del empresario particular de la sumisión al derecho privado de determinados servicios públicos cuya prestación a los particulares se lleva a cabo a través de una contraprestación.”<sup>200</sup>

Este fallo, explica Carro, “[...] reconocerá los llamados servicios públicos industriales y comerciales sometidos a reglas del Derecho privado y, por tanto, a la competencia de la jurisdicción ordinaria.”<sup>201</sup>. Maljar añade que este criterio “[...] implicó la sumisión al Derecho privado de determinados servicios públicos, cuya prestación a los particulares se llevaba a cabo a través de una contraprestación”<sup>202</sup>

Con el *Arrêt Eloka* se supera la distinción en términos de contrato, para consolidar la idea de que la Administración puede actuar en ambos regímenes jurídicos: derecho público y derecho privado. Estableciendo además, como criterio ex ante, que toda actividad de carácter económico en la que pudiesen concurrir particulares, sería tratada en régimen jurídico de derecho común, naciendo así el término de “servicios públicos industriales y comerciales”.

---

<sup>200</sup> Bassols, Martín. Op. cit., 37p.

<sup>201</sup> Carro, José Luis. Op. cit., 590p.

<sup>202</sup> Maljar, Daniel E. Op. cit., 58p.

Mediante este nuevo concepto, no se excluía derechamente al Estado de la participación de estas actividades, pero en caso de ser prestador, su intervención estaría sujeta al tratamiento común de cualquier otro interventor privado en el área. En consecuencia, deja de existir “[...] una correspondencia entre la satisfacción de un interés general y la idea de Servicio público, por cuanto aquéllas pueden obtenerse a través de procedimientos de derecho privado, mientras que el «Servicio público» alude exclusivamente a la utilización de medios y procedimientos de derecho público.”<sup>203</sup>, rompiendo así con las ideas centrales de Jèze.<sup>204</sup>

Muñoz Machado también recopila lo que los jueces Blum y Romieu venían configurando en el Consejo de Estado desde algunos fallos anteriores, con el fin, según escribe, de establecer límites a la expansión del derecho administrativo en detrimento del derecho común: “Después de subrayar que las actividades de naturaleza industrial y comercial pertenecían a la gestión privada, enfatizaba la importancia de ese tipo de gestión porque al mismo tiempo que hacía posible la asunción por las personas públicas de servicios de

---

<sup>203</sup> Bassols, Martín. Op. cit., 34p.

<sup>204</sup> Bassols, sobre este punto sostiene, luego, que “[...] JEZE lo resuelve apelando a una cuestión puramente «terminológica», para los casos de satisfacción de una necesidad de interés general por parte de los agentes públicos, siguiendo exclusivamente los procedimientos de derecho privado, se podría emplear las palabras «gestión administrativa» o cualquier otra expresión.” (Bassols, Martín. Op. cit. Servicio público y empresa pública, 34p).

interés común, les obligaba a que adquirieran ‘*peu à peu cet esprit comercial qui fait prospérer les entreprises particulières*’. Es decir, que pretendía, como ha observado A.S. Mescheriakoff, que en todos los ámbitos en que interviniera el Estado en competencia con las actividades privadas ‘utilizara los mismo métodos de modo que los particulares puedan luchar con armas iguales’<sup>205</sup>

Para la justificación de esta afirmación se ensayaron distintos criterios, el de la remuneración, el criterio de la naturaleza de la actividad y el de las condiciones de funcionamiento. Sobre la idea de la remuneración, explica Benoit “[...] el Tribunal de conflictos se limita en efecto a afirmar ‘que al efectuar, mediante remuneración, las operaciones de paso de peatones y coches de una a otra orilla de la laguna, colonia de la Costa de Marfil explota un servicio de transporte en las mismas condiciones que un industrial ordinario’, de lo que se deduce que la competencia para conocer de una acción intentada por un usuario, por razón de un accidente, corresponde a la jurisdicción judicial.”<sup>206</sup>

La idea de la naturaleza de las actividades estaba basada en la concepción de que habían actividades intrínseca y naturalmente de carácter

---

<sup>205</sup> Muñoz Machado, Santiago. Op. cit., 40-41pp.

<sup>206</sup> Benoit, Francis-Paul. Op. cit., 958p.

administrativo y otras que normalmente no debían ser asumidas por la Administración, por ser propiamente actividades pertenecientes a los privados. Para Bassols, por su parte aunque confluyendo con Benoit, sostiene que “[...] más que una manifestación de las crisis de la noción de servicio público representaron en sus orígenes un intento jurisprudencial de configurar una ‘contrafigura’ que evitara la progresiva extensión de la Administración pública hacia los servicios de naturaleza económica, pues se consideraban en la mentalidad de la época como constitutivamente privativos de la iniciativa privada y se calificaba como de anormal sustracción a la empresa privada cuando la Administración gestionaba servicios de esa naturaleza”<sup>207</sup>.

Jimenez De Cisneros y Gallego, analizando el planteamiento de Benoit al respecto, expresan que “[...] la idea de ‘servicio público industrial o comercial’ apunta en Francia, en contraposición a servicios públicos de naturaleza administrativa, a actividades privadas más allá del círculo de tareas y funciones propias de la Administración pública. Es por ello que el régimen jurídico aplicable a estos servicios públicos de naturaleza industrial o comercial es de carácter jurídico-privado (...), en los supuestos en que los servicios públicos de naturaleza industrial o comercial sean prestados por

---

<sup>207</sup> Bassols, Martín. Op. cit., 37p.

establecimientos públicos de carácter industrial o comercial, la jurisdicción extiende el ámbito del Derecho privado, sin entrar a conocer en qué condiciones o bajo qué formas se ejerce la actividad o se presta el servicio”<sup>208</sup>.

Finalmente, el criterio de las condiciones de funcionamiento habría aparecido para Benoit, en 1932, con en el fallo *Kuhn*, el que afirmaba que “[e]l servicio público industrial o comercial se definiría por elementos de régimen y de estructura, tales como la organización financiera y contable, así como por el régimen de los contratos. Sería industrial o comercial el servicio que se presenta como una verdadera empresa”<sup>209</sup>.

Para Bassols, “[...] la raíz conceptual de los llamados servicios industriales y comerciales es eminentemente política y ello explica las dificultades desde el punto de vista técnico-jurídico con que la doctrina ha tropezado para lograr una caracterización [...] hasta el extremo que su configuración se pretende llevar a cabo a través, precisamente, de los

---

<sup>208</sup> Jiménez de Cisneros, Francisco y Gallego Anabitarte, Alfredo. Los organismos autónomos en el Derecho Público español: tipología y régimen jurídico. Alcalá de Henares, Instituto Nacional de Administración Pública, 1987. 30-31pp.

<sup>209</sup> Benoit, Francis-Paul. Op. cit., 960p.



instrumentos de su gestión: los llamados Establecimientos comerciales e industriales.”<sup>210</sup>

Es en estos términos que, luego, tomará relevancia la caracterización de los establecimientos públicos como instituciones mediante las cuales la Administración lleva a cabo su actuar, la forma jurídica de gestión de las actividades de servicio público, sean administrativas o comerciales e industriales.

En suma, es desde 1921 que se contempla en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés una categoría, aunque no autónoma, sí distinta de la noción de servicios públicos en los términos que se había construido durante el siglo XIX y principios del XX. Serán así, los servicios públicos comerciales e industriales, regidos por el derecho privado. Y en este tipo de actividades la Administración será tomada en consideración como a cualquier otro privado, radicándose, en consecuencia, la competencia de estos casos en la justicia civil. Se configurará así, a partir de esta nueva categoría, la primera crisis del servicio público.<sup>211</sup>

---

<sup>210</sup> Bassols, Martín. Op. cit., 38p.

<sup>211</sup> En este sentido también Souvirón, José María. Op. cit., 144p.

Para Maljar, este proceso significó la expansión del “[...] contenido clásico de la noción [en términos de que se advierten como actividad distinta pero dentro de la categoría general de “servicio público”], pero perdió uno de sus caracteres básicos: la plena sujeción al Derecho administrativo.”<sup>212</sup>

### **1.3.2 El auge del mecanismo de la concesión.**

Con la consolidación del concepto de servicios públicos comerciales e industriales y, sobre los mismos presupuestos, se afianza también el mecanismo de la concesión como forma –típica–de gestión indirecta de este tipo de servicios públicos en el Estado liberal<sup>213</sup>. La concesión surge a mediados del siglo XIX<sup>214</sup> al alero del dogma liberal, sobre la noción de la incapacidad empresarial del Estado, como alternativa a la gestión directa de la Administración vía “establecimientos públicos” o empresas públicas, como apertura del Estado a la actividad privada y como freno a la expansión de la actividad prestacional de la Administración, pero sobre todo, a la actividad empresarial<sup>215</sup>. Sin embargo es hacia fines del siglo decimonónico y principios

---

<sup>212</sup> Maljar, Daniel E. Op. cit., 66p.

<sup>213</sup> Garrido Falla, Fernando. Op. cit. (Tratado de Derecho...), 417p.

<sup>214</sup> Weil, Prosper. Op. cit., 74p.

<sup>215</sup> En este sentido, véase Carro, José Luis. Op. cit., 587p.; Bermúdez Soto, Jorge. Op. cit., 264p. En sentido similar, Weil, Prosper. Op. cit., 74p.

del siglo XX, cuando la concesión toma mayor auge, a propósito de la búsqueda de un equilibrio entre la aceptación de ciertos servicios públicos industriales y el reconocimiento de la titularidad pública con la insistencia del carácter eminentemente privado de las actividades económicas<sup>216</sup>.

Así, con la idea del concesionario interpuesto (y también con otras figuras similares, como el contratista) se congeniaba la necesidad de mantener el resguardo de dichas actividades bajo la titularidad del Estado (dogma de corte social) con la idea de que el Estado no debía realizar gestiones económicas por su cuenta, resguardando su explotación al sector privado (dogma de carácter liberal)<sup>217</sup>.

Para Garrido Falla, la forma “[...] más típica –aunque no la única- de las formas de gestión indirecta de los servicios públicos está constituida por la concesión. Aquí la Administración, permaneciendo titular del servicio, encomienda su explotación a un particular que corre con los riesgos económicos de la empresa. Esto supone obviamente un acuerdo previo entre Administración y concesionario que se obtiene, al menos en nuestro Derecho,

---

<sup>216</sup> García de Enterría. Op. cit.

<sup>217</sup> Garrido Falla, Fernando. Op. cit. (Tratado de Derecho...), 393p.

a través del mecanismo contractual”<sup>218</sup>, asegurando la fórmula contractual como el elemento característico de las formas de gestión indirectas y mixtas<sup>219</sup>.

Tempranamente, según veíamos, Jèze afirmaba: “[...] el servicio público no siempre es atendido por los agentes públicos; hay un caso especial de gestión de los servicios públicos: la concesión de servicio público. Un individuo o una compañía privada se encargan del funcionamiento del servicio público, recibiendo una remuneración que, muy habitualmente, consiste en la percepción de tasas o rentas provenientes de los individuos que usan el servicio público concedido”<sup>220</sup>.

Gascón y Marín, por el lado español, continuaba esta línea definiendo la concesión de servicios públicos como un acto de la Administración mediante el cual se otorga a una actividad de interés general realizada por un particular, bajo determinadas condiciones, el carácter de servicio público como si estuviera siendo prestado por la Administración<sup>221</sup>, dejando entrever que para el autor la concesión se trataría más bien de un acto de reconocimiento de un

---

<sup>218</sup> Op. cit., 417p.

<sup>219</sup> Op. cit., 416p.

<sup>220</sup> Jèze, Gastón. Op. cit., 73p.

<sup>221</sup> Gascón y Marín. Op. cit., 361p.

actividad privada que de una delegación *ex ante* por parte de la Administración. Sin embargo, ya contemplaba, más adelante, que la Administración se resguardaba potestades de modificación de la organización del servicio (potestad exorbitante) y que se trataba de actividades para las cuales la Administración abría un proceso de otorgamiento basado en la sujeción del privado a las condiciones previamente impuestas<sup>222</sup>, completando la definición con la consideración necesaria de un proceso público *ex ante* al ejercicio de la actividad por el particular.

Para Bielsa, por otra parte, la concesión de servicios públicos es “[...] un acto administrativo por el cual se atribuye a una persona, con el fin de que ésta realice el servicio público, una determinada actividad de la Administración pública. De esto se sigue: 1º) la Administración atribuye a otra persona física o jurídica (que es concesionario) la prestación de un servicio público (actividad originariamente pública); 2º) el concesionario (a diferencia del funcionario, el órgano o el ente administrativo autárquico cuando ejerce también parte de la actividad administrativa) no actúa en nombre del Estado sino en nombre propio o por cuenta propia.”<sup>223</sup>

---

<sup>222</sup> Op. cit., 362p.

<sup>223</sup> Bielsa, Rafael. Principios de Derecho Administrativo. 3ª Ed. Buenos Aires, Depalma, 1963. 151p.

Garrido Falla agrega, además, que por su carácter, la concesión es aplicable sólo a actividades prestacionales *uti singuli*, ya que supone la posibilidad de una explotación económica determinada por la obtención de tarifas o precios que pagan los usuarios a cambio del servicio. De esta manera, los concesionarios serían titulares de dichas contraprestaciones, otorgadas como retribución de la gestión a riesgo propio de la actividad de servicios público<sup>224</sup>.

El hecho de la titularidad estatal suponía a su vez obligaciones que debía cumplir el concesionario -normalmente relacionadas con los elementos constitutivos del servicio público concebido de manera tradicional

---

<sup>224</sup> Garrido Falla, Fernando. Op. cit., 417p. Esta idea de concesión no ha tenido grandes variaciones en el tiempo, es la misma que venía desarrollándose con Jèze, quien sostenía que en la concesión de servicio público “Un individuo o una compañía privada se encargan del funcionamiento del servicio público, recibiendo una remuneración que, muy habitualmente, consiste en la percepción de tasas o rentas provenientes de los individuos que usa el servicio público concedido (“Principios Generales...”, 1950, p. 73); que se repite en Bonnard, quien define la concesión como “[...]como un modo de gestión de un servicio público en el que un particular, llamado concesionario, adquiere el compromiso con la autoridad administrativa concedente, de organizar y hacer funcionar el servicio público por un tiempo determinado, percibiendo, en contraprestación, remuneraciones de los usuarios y, en ocasiones, ciertas subvenciones de la Administración.” (Bonnard, Roger. Op. cit), en Martínez-Abarca Ruiz-Funes, Carlos. La colaboración particular y la crisis de la noción de servicio público. Anales de la Universidad de Murcia, Derecho 16 (1-2): 1958.; y que podemos ver aun en Bermúdez Soto, “El contrato de concesión de servicio público es aquél por el cual una persona pública, el concedente, encarga a una persona privada, el concesionario, hacer funcionar un servicio público, asumiendo las cargas y remunerándose con cargo a los usuarios.” (Bermúdez Soto, Jorge. Op. cit.).

(continuidad, acceso, universalidad, etc.)- de manera que se desplegaba, en cualquier caso, sobre el concesionario, una constante actividad de control por parte de la Administración, reforzada con la delimitación temporal del contrato<sup>225</sup>.

### **1.3.3 El concepto funcional de servicio público.**

En esta misma línea, el Consejo de Estado francés fue desarrollando nuevos criterios que hicieran efectivamente posible la aplicación de una distinción y justificación de los servicios públicos industriales y comerciales y de los administrativos.

Así, en 1935 con el *Arrêt Vezia* y luego en 1942 con el *Arrêt Monpeurt*, se dará pie a una expansión orgánica del concepto de servicio público a través de una comprensión funcional del mismo. Esto quiere decir que se termina por desplazar el elemento orgánico del concepto de servicio público y el criterio determinante será la finalidad buscada por la actividad, es decir, un criterio funcional del mismo. Se elimina así, de plano, la importancia que tenía el ente prestador del servicio, y ahora sólo se pondrá énfasis en la misión que se

---

<sup>225</sup> Cfr. Martínez-Abarca Ruiz-Funes, Carlos. Op. cit., 29-149pp.

persigue por el mismo. Consecuencia inmediata de esta perspectiva es que se da paso a que los particulares sean incuestionablemente posibles prestadores de servicios público, dejando de concebirse como actividad exclusiva de la Administración.

El fallo *Veza* introduce el criterio de servicios en interés público, con el que se pretendía incorporar “[...] una noción material de servicio público, que posibilitara distinguirlo de las actividades privadas por naturaleza, intentando superar la concepción orgánica o formal hasta entonces vigente.”<sup>226</sup>

Para Bassols, con este fallo se pretendía resolver la dificultosa diferenciación entre actividades “propiamente privadas” y “naturalmente públicas” que se venía dando desde el *Arrêt Eloka*, afirmando que “[t]oda esta preocupación ha determinado la adopción de categorías nuevas intermedias — servicio público virtual o funcional o la de empresa privada de interés general o interés público [...]”<sup>227</sup>, agregando más adelante que, sin embargo, “[l]a doctrina señala unánimemente la insusceptibilidad de localizar en la naturaleza de las cosas, una actividad de Servicio público [...]”<sup>228</sup>. El fallo,

---

<sup>226</sup> Maljar, Daniel E. Op. cit., 59p.

<sup>227</sup> Bassols, Martín. Op. cit., 40p.

<sup>228</sup> *Ibidem.*, 41p.



para este autor, “[...] fundó el criterio de empresa privada de interés general, para significar la contingencia y la raíz política-jurídica y, por tanto, discrecional de la atribución a una clase de actividades de la naturaleza del servicio público (misión de servicios públicos)”<sup>229</sup>

Con el *Arrêt Monpeurt*, posteriormente, esta pre-configuración de la nueva noción de servicio público que se estaba forjando mediante la adjetivación “de interés general”, termina por cuajar definitivamente. En este fallo se pasa a reconocer plenamente esta concepción material que aparecería en el *Arrêt Vezia*, plasmando la posibilidad de que los particulares gestionasen servicios que pudiesen calificarse de carácter público y de interés general. Así, afirmará Carro, “[e]l mismo Consejo de Estado, ya en los años treinta, empezará, por su parte, a reconocer la posibilidad de servicios públicos gestionados por personas privadas”<sup>230</sup>.

El mayor impacto de esta decisión, sin embargo, no fue sólo el de la inclusión de la gestión privada sin concesión de servicios públicos, sino el hecho de que, al reconocerlo, se daba a pie a reconocer también la capacidad de los establecimientos privados de gestión de servicios públicos para dictar

---

<sup>229</sup> *Ibidem*.

<sup>230</sup> Carro, José Luis. *Op. cit.*, 590p.

actos administrativos. Esto, aparentemente, en el entendido de que los actos administrativos estaban íntimamente ligados ya no al procedimiento administrativo, sino al servicio público. Esto, sumado a que anteriormente, por el mismo tribunal, se había separado la correlación procedimiento público-servicio público, entonces, era imposible concluir que un ente privado en gestión de servicios públicos podría efectivamente ser fuente de actos administrativos. Maljar ejemplifica: “El Consejo de Estado declaró que los comités de organización, aunque no tenían atribuido por el legislador carácter de establecimiento público, participaban en la ejecución de un servicio público, y las decisiones que tomaban en la esfera de estas atribuciones por vía de reglamentos o disposiciones de carácter individual, constituyen actos administrativos”<sup>231</sup>

Bassols también aborda este proceso explicando que “[l]a disolución del elemento orgánico venía preparada por la concepción del servicio funcional al disociar el Servicio público de la órbita de la Administración. El paso decisivo se opera través del *Arrêt Monpeurt* (1942) -calificado recientemente por Ch. Lavialle como decisión de principio y trascendental- y del *Arrêt Bouguen* (1943), que vienen a sancionar una concepción puramente funcional del

---

<sup>231</sup> Maljar, Daniel E. Op. cit., 60p.

Servicio público e inclusivo del acto administrativo y, en última instancia, del Derecho administrativo, por cuanto aquél ya no será una institución con soporte orgánico público sino simplemente, como ya señaló Chenot, un «régimen» especial.”<sup>232</sup>.

A mayor abundamiento, este autor sostiene que, la novedad del *Arrêt Monpeurt* es la habilitación a la gestión y a la dictación de actos administrativos por parte de privados (en términos de propiedad), sin necesidad de mecanismo de delegación alguno por parte de la Administración, bastando así la sola calificación de la actividad como servicio público en términos funcionales<sup>233</sup> (es decir, en términos de finalidad, de interés general). Sobre esto, que podría ser objeto de una presentación en sus propios términos, sólo advertiremos las radicales implicancias que conlleva este quebrantamiento de la comprensión original del acto administrativo como acto propio de la Administración y su consecuente flexibilización a nivel tal de poder ser dictados por privados legitimados en la sola alusión a la gestión de servicio público.

---

<sup>232</sup> Bassols, Martín. Op. cit., 41p.

<sup>233</sup> Cfr. Bassols, Martín. Op. cit., 41-42pp.

Insiste Bassols en que “[l]a evolución experimentada por la noción de servicio público —especialmente en la doctrina francesa— representa el sucesivo derrumbamiento de la ecuación de los elementos que componen aquel concepto según la formulación clásica de la Escuela del Servicio Público: satisfacción de un interés público o necesidad pública a través de una Administración pública y por un procedimiento de derecho público. En cada una de las sucesivas crisis de la noción de Servicio público uno de estos componentes experimenta un fuerte impacto que amenaza con la destrucción del concepto básico y, lógicamente, deja sentir sus efectos sobre los demás elementos de la ecuación.”<sup>234</sup>

Esta primera crisis del servicio público implica la pérdida de importantes elementos que constituían la concepción clásica o tradicional. Ya no hay exclusividad estatal en la titularidad de la prestación de estos servicios (*publificación*), por lo que no se requiere título habilitador previo de la Administración (concesión) para la gestión privada; deja de hablarse de servicios públicos como categoría unitaria, ahora podremos identificar tipos de servicio público (administrativo, industrial y comercial, sociales); las cláusulas

---

<sup>234</sup> Bassols, Martín. Op. cit., 36p.

exorbitantes, propias del procedimiento de derecho público, durante este periodo pasan, incluso a ser aplicables a la gestión por privados.

Toda actividad ligada al área comercial e industrial de la economía que se considere constituye servicio público, estará sometida a las reglas del libre mercado, de manera que la Administración al gestionar este tipo de actividades, será considerado un actor económico más en el mercado, sometiéndose por tanto a las normas del derecho privado.

No obstante, en la medida que la noción fundamental del servicio público se sostiene en la identificación de un interés general en las actividades económicas y no de la organización que lo ejecuta, la intervención administrativa en la gestión privada quedará limitada a técnicas de intervención distintas de la concesión, tales como autorización o registro. Pero, igualmente, se considerará la potestad de supervigilar aquellas actividades que sean definidas como de interés general, de tal manera que la Administración respecto de ellas, podrá llevar un rol de resguardo, regulación y aseguramiento de cumplimiento de finalidades de interés general<sup>235</sup>.

---

<sup>235</sup> En este sentido, Souvirón, José María. Op. cit., 132p.

Elemento que podemos identificar en el concepto elaborado por Duguit a inicios del siglo XX.

En este sentido, Carro sostiene que luego de este proceso de evolución conceptual, lo fundamental es que, con todo, permanece “la idea que, con independencia de todo elemento orgánico, en el ámbito de las prestaciones de naturaleza económica, existen unas actividades de interés general, sobre las cuales el Estado ha de guardar, al menos, un poder de supervisión y control en aras de la necesaria justificación de su actuación”<sup>236</sup>, agregando luego que “[l]o que en esencia ha permanecido, en todo caso, es su función legitimadora de la actividad estatal que justifica, por lo que [sic], en concreto, a las actividades de índole económico se refiere, la posibilidad, a través de distintas formas, de una permanente intervención pública en su desarrollo.”<sup>237</sup>

A modo de cierre, destacaremos a Bassols, quien nos recuerda la necesidad de esta reconstrucción de la transformación del servicio público durante la primera mitad del siglo XX, para entender la aparición de la empresa pública: “[...] las inflexiones que son la traducción al campo jurídico de las transformaciones de la sociedad industrial: el Servicio público industrial

---

<sup>236</sup> Carro, José Luis. Op. cit., 591p.

<sup>237</sup> *Ibidem.*, 591p.

y comercial y el Servicio público virtual o funcional. Al término de la Segunda Guerra Mundial, su aportación es decisiva en el movimiento nacionalizador (posteriormente detenido o frenado) y sirve de justificación inicial a las primeras manifestaciones de actividad empresarial del Estado, aun cuando progresivamente éstas se van liberando de su vinculación con el de Servicio público para afirmar la emergencia de un nuevo concepto de contornos imprecisos, pero cuya realidad económica y jurídica es irreversible: las empresas públicas.”<sup>238</sup>

#### **1.4 Hacia un concepto de servicio público.**

Lograr construir un concepto de servicio público, requiere necesariamente una recopilación de las diversas visiones e intentos teóricos que se dieron desde la primera crisis del servicio público hasta hoy. Desde mediados del siglo XX, con la distinción entre servicios públicos administrativos y servicios públicos comerciales e industriales y con el establecimiento de criterios funcionales en desmedro de los orgánicos, podemos identificar diversos esfuerzos por construir definiciones de servicio público tanto en uno como en otro sentido.

---

<sup>238</sup> Bassols, Martín. Op. cit., 29p.

Hay consenso en algunos aspectos, como en la idea de que el servicio público es una actividad que forma parte de las actividades de la Administración, debido al carácter de interés general que se reconoce en ellas. En este sentido, Garrido Falla ha defendido expresamente que “[e]l interés público no sólo justifica la actuación administrativa por vía de coacción o fomento, sino que puede exigir que la Administración aparezca como titular de una actividad fundamental consistente en proporcionar bienes y servicios a los administrados”<sup>239</sup>.

También hay consenso –o al menos amplia adherencia- respecto de que los servicios públicos pueden realizarse por parte del Estado o por parte de los privados, habiendo divergencia, no obstante, respecto de la densidad de la titularidad de las prestaciones y, por tanto, respecto también de la habilitación que requiere la gestión privada, siendo para algunos imprescindible la concesión o *despublificación* previa.

---

<sup>239</sup> Garrido Falla, Fernando. Op. cit., 381p.



Hay divergencia también respecto de los tipos de actividades que quedan consideradas en el ámbito de los servicios público y, por tanto, respecto de los posibles tipos de servicios públicos.

Para Valls, estas divergencias se deben a la dificultad de consensuar un solo criterio y una sola concepción del servicio público. Afirma que “[d]esde mediados del siglo XX, los autores convienen en las dificultades que presenta definir suficientemente la noción de servicio público y han propuesto varios criterios: orgánico, material, jurídico, técnico y formal”<sup>240</sup>. Y son estos criterios basales de demarcación del concepto de servicio público los que analizaremos a continuación, para posteriormente hacer una propuesta – esperamos- más clara y completa del mismo.

#### **1.4.1 Diversos criterios para una noción de servicio público.**

Souvirón, interpretando a Rivero, sostiene que estos diversos criterios se debieron a la desintegración del concepto de servicio público durante la primera mitad del siglo XX, explicando que “[...] los tres elementos definidores del servicio público (organismo administrativo responsable,

---

<sup>240</sup> Valls Hernández, Sergio. Op. cit., 430p.

actividad de interés general, régimen jurídico exorbitante) que se presentaban unidos en la institución, se disociaron: si las actividades de interés general (servicio público en sentido funcional) podían ser desarrolladas por un organismo de Derecho privado, o bien por organismos de Derecho público (servicio público en sentido orgánico) conforme al Derecho privado; y si éstos, por otra parte, podían desarrollar actividades que, como las propias de la empresa privada, de suyo no podían ser calificadas como servicio público en sentido funcional, la pretendida unidad del concepto se difuminaba.”<sup>241</sup> Y así difuminada, el servicio público podía comprenderse desde tres ópticas distintas: orgánica, funcional y jurídica.<sup>242</sup>

La primera definición y más antigua es la idea de servicio público en sentido jurídico. Éste criterio designa la idea de servicio público a aquella actividad que sea realizada mediante un procedimiento de derecho público. “El servicio público, en este sentido, define un *cierto régimen jurídico*. Un conjunto de procedimientos derogatorios del derecho común”<sup>243</sup>. De igual forma, explica Valls Hernández, el enfoque jurídico “considera que lo esencial

---

<sup>241</sup> Souvirón, José María. Op. cit., 118p.

<sup>242</sup> Fernández Ruiz sugiere además, los criterios técnico y legales, el primero relativo a prestación concreta, el último a la intención de la ley (Fernández Ruiz, Jorge. Servicios públicos municipales. México, Instituto Nacional de Administración Pública, A.C, 2002. 99p.)

<sup>243</sup> Rivero, Jean. Derecho Administrativo. Traducción de la 9ª Ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984. 472p.

del servicio público es que éste se somete a un régimen especial que lo regula, en el que los usuarios deben ser considerados como sujetos de derecho frente al prestador que se beneficia de una situación exorbitante.”<sup>244</sup> Esta idea tradicional, está ligada a una perspectiva subjetiva del servicio público, en la cual lo relevante para determinar su presencia es la identificación de un ente prestador de carácter público. Es a perspectiva desarrollada por Jèze.

En este sentido, Benoit afirmaba: “Considerar una actividad como una actividad de servicio público corresponde a la voluntad de ver asumir esta actividad según un régimen diferente del que es aplicable a las actividades privadas de los particulares, y que vamos a ver que está fuertemente marcado por la idea de poder público. Por oposición a las actividades privadas, las actividades de servicio público son las actividades que las autoridades competentes han decidido hacer asumir según un régimen de poder público.”<sup>245</sup>

Pero, como sabemos, este criterio fue tempranamente desechado tanto por la aparición del concepto de servicios públicos industriales y comerciales - ya que implicaban la prestación de servicios públicos a través de un régimen

---

<sup>244</sup> Valls Hernández, Sergio. Op. cit., 443p.

<sup>245</sup> Benoit, Francis-Paul. Op. cit., 936p.

de derecho privado-, como por la intención generalizada de limitación de la acción estatal que avanzaba en perjuicio de la actividad privada mercantil. Cuenta Muñoz Machado que ya Hauriou, “[...] hacía notar que el criterio subjetivo aplicado para la definición del servicio público permitía un progresivo crecimiento de las regulaciones públicas en detrimento de las privadas, un incremento de la intervención administrativa en la vida social, una ruptura de la distinción entre lo público y lo privado que había servido, desde la Revolución de 1789, para explicar la noción de Estado limitado.”<sup>246</sup>

Surge entonces la distinción entre los servicios públicos comprendidos en sentido orgánico o subjetivo y por otro lado, en términos funcionales u objetivos. Entender el servicio público orgánicamente implica aceptar que el servicio público lo será en la medida que esa actividad esté, también, organizada y gestionada por un ente público, por la Administración directamente. Por su parte, la perspectiva funcional, pone el énfasis no en el órgano prestador, sino en la finalidad de la actividad, es decir, lo determinante es si dicha actividad cumple o no la “misión de servicio público”, siendo irrelevante si ésta es gestionada por un privado o por la Administración.

---

<sup>246</sup> Muñoz Machado, Santiago. Op. cit., 17p.

En este sentido lo ha explicado Vedel, quien sostiene que “[e]l servicio público se puede definir de dos formas: de una manera orgánica o formal, o de una manera material. En su sentido orgánico o formal, el servicio público se caracteriza por una cierta organización, se trata de una empresa regida por la Administración. La definición material se refiere a la naturaleza de la actividad, considerada independientemente de la organización mediante la cual se ejerce la misma. Se definirá el servicio público como la actividad que tiende a satisfacer una necesidad de interés general.”<sup>247</sup>

Para Parejo, es la idea de concurrencia de privados a actividades reservadas a la Administración, la que “[...] da lugar a un concepto más amplio y, por tanto, a la distinción entre servicio público subjetivo (el que es tal en sentido estricto) y servicio público objetivo. En este último, la reserva, al ser mero apoderamiento, no enerva el juego de la libre empresa en régimen de libre competencia, por lo que en la materia concurre la acción pública y la de los sujetos privados, aunque la concurrencia pueda ser desigual en función del régimen jurídico-público a que queda sujeta la acción pública. Es el caso de materias tan clásicas como las de sanidad y educación. El servicio público

---

<sup>247</sup> Vedel, Georges. Derecho Administrativo. Traducción de la 6a. Ed. por Juan Rincón Jurado. Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980, 688p.

objetivo reposa, pues, sobre una noción sustantiva o funcional, alusiva sin más a la satisfacción de necesidades colectivas de interés general”<sup>248</sup>.

Benoit también aborda el problema y explica que se trata de “[...] la elección entre los criterios formales y los criterios materiales. ¿Para definir una institución conviene fijarse en los elementos formales de sus estructuras y del régimen que le es aplicable, es decir, tener en cuenta los medios; o, por el contrario, fijarse en su función y su razón de ser, es decir, tener en cuenta el objeto, la finalidad? El criterio formal es el más simple: las formas y los regímenes son fácilmente perceptibles. El criterio material es más atractivo: va al fondo de las cosas, no se para en lo superficial, descansa sobre la finalidad. El problema es éste: para definir una institución es preciso pasar por el intermediario de sus formas y de su régimen, o hay que ir derecho al objeto en las profundidades de sus razones de ser.”<sup>249</sup>

En base a este criterio, surge a su vez una subclasificación determinada por el ente prestador: por un lado tendríamos los servicios públicos propios y por otro, los impropios. Explica Bielsa que “[...] es preciso diferenciar los

---

<sup>248</sup> Parejo, Luciano. Servicios públicos y servicios de interés general, la renovada actualidad de los primeros. *Revista de Derecho de la Unión Europea* (7): 2004. 51-68pp.

<sup>249</sup> Benoit, Francis-Paul. *Op. cit.*, 111p.

servicios propios, de los servicios impropios. 1º) Servicios públicos propios son los que presta el Estado, sea directamente, sea por concesionario; 2º) Servicios públicos impropios son aquellos que tienen en común con los propios el satisfacer en forma más o menos continua necesidades colectivas, pero no es Estado quien los presta ni los concede, son que tan solo los autoriza, permite y reglamenta. Entre estos últimos se comprenden algunos de los llamados servicios de interés público o de utilidad pública (farmacias, carruajes de alquiler, etc.)”<sup>250</sup>

Dicho de otra forma, reconocemos necesidades de interés general que la autoridad decide confiar a los privados y, por otro lado, actividades entendidas propiamente como de privados que comienzan a ser asumidas también por entes públicos. Surge así, en medio de estas discusiones, el servicio público virtual al alero de servicios que, por ser de interés general, no obstante su régimen privado de ejecución, son susceptibles de aplicación de elementos del régimen de servicio público<sup>251</sup>. Sin embargo, en opinión Rivero este criterio debiese ser desechado, ya que en sus palabras “[...] una noción

---

<sup>250</sup> Bielsa, Rafael. Op. cit., 49p.

<sup>251</sup> Rivero, Jean. Op. cit., 472-473pp.

como esa, puramente subjetiva, es demasiado vaga y demasiado arbitraria para que se le puede [sic] reconocer un valor jurídico cualquiera”<sup>252</sup>.

En la misma línea, también Vedel se hace parte al evidenciar el problema y afirma que las “[...] dificultades empezaron a partir del momento en que estas dos nociones se disociaron y cuando se vio a personas administrativas desarrollar actividades que no correspondían estrictamente a un interés general (p. ej., establecimientos corporativos como el Colegio de médicos o el de farmacéutico) y, por otra parte, a partir del momento en que se admite que órganos privados puedan administrar servicios públicos (p. ej., los Comités de organización, las Cajas de Seguridad Social).”<sup>253</sup>

Hasta aquí está claro entonces que la mayor parte de la discusión doctrinaria sobre los criterios que permitirían determinar la existencia de un servicio público se disputa entre, por un lado, el criterio orgánico, formal o subjetivo, y por otro lado, el criterio funcional, material u objetivo, dando además pie a una primera ‘clasificación’ de servicios públicos: aquellos denominados “propios”, ligados a una noción orgánica del mismo, incluyendo la concesión, y los “impropios”, ligados a la noción funcional.

---

<sup>252</sup> *Ibidem*, 473p.

<sup>253</sup> Vedel, Georges. *Op. cit.*, 688-689pp.



Valls Hernández, concluye que a partir del criterio orgánico se pueden “[...] distinguir cuatro tipos de situaciones: personas gubernamentales dedicadas a la prestación de un servicio público; un servicio público explotado por particulares concesionarios; personas gubernamentales explotando una actividad económica, en forma exclusiva o concurrente, sin carácter de servicio público, y un particular realizando actividades de carácter privado”<sup>254</sup>. Siendo sólo las dos primeras situaciones las que se podrían considerar propiamente servicio público, en su opinión.

Como bien ejemplifica Souvirón, las actividades privadas consideradas servicio público (impropio), lo son “[...] o son susceptibles de serlo- (enseñanza, farmacias, taxis, actividad bancaria, algunos servicios e transporte, etc.), aunque realizadas por los particulares y por su cuenta, constituye prestaciones al público de interés general para la colectividad. Por eso, ya formalmente declaradas como servicio público –pero sin que ello implique su asunción en exclusiva por el sector público-, bien sin esa declaración, se exige para su desarrollo una autorización administrativa que impone una serie de cargas y obligaciones, y se reconocen a la Administración

---

<sup>254</sup> Valls Hernández, Sergio. Op. cit., 448pp.

determinados poderes de control sobre la actividad”<sup>255</sup>. Este es el caso que, según el mismo autor, juristas como Gianini han considerado bajo el nombre de “servicios de interés general”<sup>256</sup>.

Sobre este último punto, importante es recalcar lo que escribíamos más arriba en relación a la potestad de control que mantiene la Administración no sólo respecto a las actividades de servicio público que estén bajo su gestión propia o delegación inmediata, sino también respecto de todas las actividades que comprometan de alguna u otra forma el buen funcionamiento social y económico de la sociedad. Lo decía recién Souvirón y lo acoge también Garrido Falla, dictando que “[...] está claro que la potestad reglamentaria del Estado sobre las actividades privadas se justifica por la simple conexión que éstas tengan con el interés público, sin necesidad de que sean elevadas a la categoría técnica de servicios público”<sup>257</sup>.

Con esta introducción a los criterios utilizados para la identificación de un servicio público, podemos hacer el esfuerzo por consensuar un concepto de servicio público.

---

<sup>255</sup> Souvirón, José María. Op. cit., 132p.

<sup>256</sup> *Ibidem*, 132p.

<sup>257</sup> Garrido Falla, Fernando. Op. cit. (Tratado...), 382-383pp.

### **1.4.2 Hacia un consenso conceptual**

De estas definiciones y de lo que hemos venido explicando en las páginas previas, la construcción del concepto de servicio público ha estado y sigue estando en una constante revisión y adaptación a las exigencias socio-económicas y a la hegemonía político-ideológica de cada momento histórico. La discusión durante la segunda mitad del siglo XX estará marcada por los procesos de postguerra en Europa y las revoluciones en Latinoamérica, contextos que llevarán a una álgida discrepancia sobre la necesidad de asumir una perspectiva formal o material del servicio público. De la preponderancia del concepto material, en ciertos momentos, surgirán nuevas transformaciones y nuevas figuras jurídicas para la prestación de servicios, como será el caso de los procesos de liberalización y la privatización a fines del siglo XX. De la preponderancia del sentido formal, en otros tiempos, se justificarán intervenciones estatales como, por ejemplo, las nacionalizaciones. En lo que sigue, revisaremos someramente algunos elementos de la discusión vigente durante la segunda mitad del siglo XX e incluso hasta nuestra actualidad.

Con Jordana de Pozas, podemos obtener una primera aproximación a una definición de servicio público. Para él se trataba de “[...] una modalidad de la acción administrativa que consiste en satisfacer la necesidad pública de que se trate de una manera directa, por órganos de la propia Administración creados al efecto y con exclusión o en concurrencia con los particulares”<sup>258</sup>.

Hacia mediados del siglo XX, Benoit señalaba “[...] el servicio público se caracteriza por el hecho de que tiende a procurar una prestación a la población, es decir, que su finalidad es asegurar de forma positiva la satisfacción de una necesidad de la colectividad. El servicio público es un servicio prestado al público. La construcción y la conservación de las vías públicas, los cuidados a los enfermos en los hospitales públicos, los ferrocarriles públicos, los correos y telecomunicaciones, la enseñanza pública, las redes públicas de distribución de agua, gas y electricidad, los puertos y los aeródromos públicos, las bibliotecas públicas. He aquí algunos ejemplos de servicios públicos”<sup>259</sup>.

---

<sup>258</sup> Jordana de pozas, Luis. Op. cit. (Ensayo de una teoría del fomento...), 44p.

<sup>259</sup> Benoit, Francis-Paul. Op. cit., 931p.

Rivero, por su parte, pero en los mismos términos amplios, sostiene: “El servicio público es una forma de acción administrativa en la que una persona pública asume la satisfacción de una necesidad de interés general”<sup>260</sup>.

Para Vedel, continuador de la escuela de Hauriou se trata de una concurrencia del criterio material y formal. Para él, “[e]l problema de la determinación del servicio público, se reduce, en definitiva, a dos casos [...] El primer caso, relativamente simple, es aquel en que, orgánicamente, una actividad es asumida por una colectividad pública o, como en la concesión, por cuenta de ella. Se trata entonces de saber si esta actividad corresponde a un fin de interés general, y se comprueba que, dejando aparte la gestión del dominio privado, la misiones encomendadas a las personas morales de Derecho público, son misiones de interés general. La coincidencia del criterio funcional o material y del criterio orgánico o formal nos lleva así a la certidumbre de estar en presencia de un servicio público”<sup>261</sup>

Villar Palasí, por ejemplo, concluye en la misma línea de lo que hemos venido escribiendo que “[c]on el acrecimiento de las funciones estatales surgió la noción de servicio público, desligada de las anteriores, como aquella

---

<sup>260</sup> Rivero, Jean. Op. cit., 474p.

<sup>261</sup> Vedel, George. Op. cit., 689-690pp.

actividad administrativa de prestación positiva, a través de un servicio técnico, regular y continuo, realizado para y frente al público por organización pública *nomine proprio* o por delegación”<sup>262</sup>. Esta definición, además de reconocer la prestación directa o indirecta de la administración, contempla que la organización del servicio es de carácter público.

Así mismo, Parejo sintetiza las propuestas de varios autores, anunciando que en “el sentido más estricto posible, se entiende por servicio público, desde los años cincuenta del s. XX el conjunto de actividades prestacionales asumidas por o reservadas al Estado para satisfacer necesidades colectivas de interés general, entendiendo por reserva la *publicatio* de la correspondiente actividad con atribución de su titularidad a la Administración (lo que significa: establecimiento de monopolio a favor de ésta y exclusión, por tanto, de la libre iniciativa privada), sin perjuicio de que aquella pueda abrir ésta a la referida iniciativa privada (en caso de optar por la gestión indirecta)”<sup>263</sup>, declaración que contempla como elemento esencial la reserva previa y atribución exclusiva estatal, exclusión del principio de libre iniciativa

---

<sup>262</sup> Villar Palasí, J.L. La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo, (3) septiembre/diciembre: 1950. 53-130pp.

<sup>263</sup> Parejo, Luciano. Op. cit., 52-53pp.

privada en estas actividades, no obstante la posibilidad de gestión directa o indirecta (concesión).

Ahora bien, Garrido Falla nos ilustra del proceso italiano y reformulación del debate. Cuenta que A. de Vallés, “[d]espués de hacer un recorrido por la literatura jurídica referente al tema, llega a la conclusión de que en la mayor parte de las definiciones, si bien se hace una apreciación exacta de lo que es el servicio y de lo que significa público, se ve erróneamente lo que el servicio público sea, y ello se debe a que éste tiene su significación global, que no corresponde al significado particular de cada uno de los vocablos que lo constituyen”<sup>264</sup>. Para el autor, la definición de público debe estar determinado no por el ente que realiza la actividad, sino por el receptor de la misma que, en este caso, sería el público, entendido como una colectividad, “considerada en su aspecto fluctuante e indeterminado de individuos”<sup>265</sup>.

Con todo, Alessi, comparte la idea clásica de que el servicio público viene “[...] precisamente a proporcionar utilidad a los particulares, bien de orden jurídico (por ejemplo, mediante el Servicio de Inscripción de

---

<sup>264</sup> Garrido Falla, Fernando. Op. cit. (Sobre el Derecho Administrativo...).

<sup>265</sup> Cfr. Garrido Falla, Fernando. Op. cit. (Sobre el Derecho Administrativo...).

Hipotecas), o bien de orden económico-social, en relación con las necesidades físicas económicas, intelectuales, etc. (mediante los servicios de transporte, alumbrado, telecomunicaciones, etc.). Es cabalmente este tipo de actividad el que en su sentido técnico y restringido merece la calificación de servicio público; esto es, actividad dirigida a procurar utilidad a los particulares, sea de orden jurídico o de orden económico-social”<sup>266</sup>.

Zanobini, por su parte, agrega la importancia de incorporar la distinción entre funciones y servicios públicos, estipulando que la primera “[...] representa siempre el ejercicio de una potestad pública, entendida esta como una esfera de la capacidad jurídica del Estado, o sea, de su soberanía; los servicios públicos representan, por su parte, otras tantas actividades materiales, técnicas, incluso de producción industrial, puestas a disposición de los particulares para ayudarlos a conseguir sus fines”<sup>267</sup>.

La mirada regional de la época, representada en esta ocasión por el profesor Bielsa, adhiere a la amplitud del concepto. Sostiene el autor “[...] que es servicio público propio toda acción o prestación (diferénciese, desde luego, la “acción” de la “prestación”) realizada por la Administración pública activa,

---

<sup>266</sup> Garrido Falla, Fernando. Op. cit. (Tratado de Derecho Administrativo), 388p.

<sup>267</sup> Garrido Falla, Fernando. Op. cit. (Sobre el Derecho Administrativo...), 43p.



directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas, y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía”<sup>268</sup>.

Del análisis de las diferentes aproximaciones a la noción de servicio público, Garrido Falla, concluye: “El concepto de servicio público que hemos admitido tiene unas características propias que se resumen en las siguientes notas: 1. Viene a sistematizar aquella parte de la actuación administrativa que se concreta en prestaciones ofrecidas al público por la Administración a través de una organización montada por razones de interés público. 2. No comprende las explotaciones que conserva el Estado en sus manos única y exclusivamente por motivos fiscales. 3. No prejuzga el carácter público o privado del régimen jurídico al que está sometido esta actuación administrativa”<sup>269</sup>.

### **1.4.3 Elementos del concepto de servicio público.**

De las definiciones dadas en el punto anterior y en atención a las definiciones tradicionales de principios de siglo XX, podemos obtener algunos elementos constitutivos transversalmente de las nociones de servicio público. En principio, creemos que estos son: la finalidad de satisfacer una necesidad

---

<sup>268</sup> Bielsa, Rafael. Op. cit., 49-50pp.

<sup>269</sup> Garrido Falla, Fernando. Op. cit. (Tratado de derecho administrativo), 389p.

de interés general, la dependencia, en alguna medida, a la Administración, el régimen de derecho (público o privado), la forma de desarrollo de la gestión directa o indirecta, la investidura de potestades exorbitantes de la Administración y el carácter prestacional con sus específicas características.

#### **1.4.3.1 Necesidad de interés general: consecuencia y finalidad de la prestación.**

Quizás se trata del único elemento del concepto del servicio público que se ha mantenido vigente sin cuestionamiento desde los inicios de la noción. Se trata del fundamento y la finalidad del servicio público, que sería uno de los elementos más gravitantes al momento de catalogar cierta actividad como servicio público. Ahora, a pesar de su permanencia irrefutable a lo largo del desarrollo de la teoría del servicio público, lo cierto es que el contenido “interés general” no ha logrado ser consenso y su contenido ha servido tanto para legitimar la acción estatal, como para ampliar el alcance del servicio público a la casi totalidad de la actividad particular. Asimismo, como hemos podido ver en las páginas anteriores, la terminología del objetivo del servicio público también ha sido diverso: necesidad pública, necesidad general, interés público, interés general, necesidad de interés general, necesidades colectivas,

bienestar social, etc., sin haberse podido encontrar mayor consenso tanto en la terminología correcta como en el contenido de la misma. Nos detendremos un momento para intentar dilucidar el problema y tomar la necesaria posición a efectos de continuar este trabajo.

Para Villar Palasí la “necesidad pública” era el elemento que justificaba la actuación directa del Estado, y a fin de determinar la “naturaleza” pública de determinadas actividades, sostenía: “La presencia de necesidades consolidadas, sentidas *uti universi* y no *uti sinpuli*, la expectativa que supone una hacienda de guerra, la imposibilidad de satisfacer necesidades privadas por los particulares, la funcionalidad de una necesidad o una solución respecto al paro y al empleo total, etc., son coeficientes que, aplicados al concepto abstracto de necesidad, la matizan y califican de pública.”<sup>270</sup>

Fernández Ruiz, analizándolo desde otro punto de vista, sostiene que la “[n]ecesidad pública es, por tanto, la que tiene cualquier institución pública, ya sea estado, municipio, administración pública, órgano legislativo o judicial, órganos constitucional autónomo u organismo descentralizado. Así, sería necesidad pública la que tiene el municipio de cobrar impuestos para cubrir

---

<sup>270</sup> Villar Palasí. José Luis. Op. cit., 56p.

los gastos municipales.”<sup>271</sup> Y agrega que, por otra parte, la necesidad general sería aquella sentida directamente por la sociedad y que viene a ser la “suma de necesidades individuales iguales que tiene un gran número de personas particulares”<sup>272</sup>. Luego incorpora la categoría de “necesidades colectivas”, que serían aquellas que no requieren tener carácter general, pero que derivan de la vida colectiva, de la vida en comunidad, aquellas que derivan de la “sociedad como ente distinto a los individuos (establecer un orden jurídico, un Estado, una moral pública)”<sup>273</sup>.

Por otra parte, agrega el autor –citando a Villegas Basavilbaso–, estaría la idea de “interés general” o “interés público”, diferente de la idea de necesidad general en términos en relación género - especie. El interés general sería el género, la necesidad general la especie. Pudiendo haber, en opinión del autor citado, intereses generales no necesarios, pero siendo toda necesidad general de interés general o público.

Sobre estas definiciones, podemos concluir, en principio, que el interés general o público es el concepto más amplio de las finalidades del Estado, por

---

<sup>271</sup> Fernández Ruiz, Jorge. Op. cit. (Servicios público...), 108p.

<sup>272</sup> *Ibidem*.

<sup>273</sup> Fernández Ruiz, Jorge. Op. cit. (Servicios Públicos...), 109p.

lo que es el concepto que utilizaremos para referirnos a la finalidad de los servicios públicos. Lo entenderemos sin un contenido estático, sino político, como el fin que la sociedad se propone a alcanzar a través del estado. Como el fin último, dentro del cual podremos encontrar diversos fines u objetivos de carácter más inmediato que operarán como títulos de justificación concreta de determinadas intervenciones estatales (“necesidades públicas”, “necesidades generales”, “necesidades colectivas”, “necesidades esenciales”, etc.).

Junto a esta aclaración, creemos necesario cuestionar el consenso tácito o expreso al comprender “lo público” como adjetivo que da cuenta de la propiedad, en este caso, como aquello que pertenece a la Administración, ya que sugiere la fatal separación entre Estado y sociedad, sugiere que el Estado tiene objetivos o intereses por fuera o con independencia de la sociedad, difumina el carácter instrumental del aparataje estatal. Lo público no puede referir sino, en amplios términos, a lo colectivo, a lo de todos. Los fines del Estado en este sentido son, por tanto, públicos, porque responden a lo que en determinado momento histórico una sociedad define o legitima como objetivos colectivos. Nos limitamos a respaldar la afirmación que realizaba Montalvo: “Verdaderamente, no resulta concebible a día de hoy cualquier tendencia doctrinal que abogue por la separación artificial entre el Estado y la

sociedad, ya que ese camino conduce a la deslegitimación del poder público, propiciando la utilización de la función pública para fines ajenos a los que está llamada a cumplir. El Estado es la instancia en donde se define y expresa lo que en un determinado momento se considera el interés general.<sup>274</sup>

Sobre esta perspectiva, entonces, y con la única pretensión de aclarar los términos y dar coherencia a los que sigue, consideraremos, entonces, que a lo que responden los servicios públicos es a necesidades de interés público o general, siendo entonces, los servicios públicos, empresas (en el sentido de organización para un resultado) de interés general.<sup>275</sup>

Ahora bien, la efectiva satisfacción de una necesidad de interés general es el resultado o consecuencia del desarrollo de una actividad de servicio público y que este resultado, eventualmente podría alcanzarse tanto desde la realización de una actividad privada como de una propiamente de servicio público. La diferencia estaría, entonces, en que en la actividad de servicio público, la satisfacción de estas necesidades de interés general no es solo el resultado, sino su sentido y finalidad. Es decir, la actividad se configura, se

---

<sup>274</sup> Esta idea puede desprenderse de Montalvo, Juan Carlos. Interés general y Administración contemporánea. Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política 14: 2011. 129-149pp.

<sup>275</sup> Serra Rojas, Andrés. Op. cit., 111p.

organiza y se ejecuta con una sola finalidad: un determinado interés general<sup>276</sup>. Esto, a diferencia de lo que podría justificar la realización por de una actividad privada o de la prestación de servicios por parte de agentes privados.

En estos términos, entonces, el servicio público se configura como instrumento administrativo de gestión de actividades que se han considerado necesarias para la consecución del interés general, específicamente, para la satisfacción de necesidades sociales/públicas/genrales que resulta necesaria para alcanzar los fines públicos<sup>277</sup>. Como bien dice Rivero: “[...] el interés general no está reducido a los servicios públicos solamente. Así mismo, un gran número de actividades privadas concurren poderosamente en la satisfacción de necesidades de interés general; pero en cierta forma, podría decirse que es, por añadidura: su finalidad es [sic] –salvo la excepción de las actividades desinteresadas- la satisfacción del interés personal del particular. Por el contrario, la satisfacción del interés general es el fin exclusivo del servicio público.”<sup>278</sup>

---

<sup>276</sup> En este sentido Rivero, Jean. Op. cit., 474p.

<sup>277</sup> No confundir esta definición con una concepción amplia del servicio público al estilo de Duguit. No se trata de que toda actividad de la Administración sea un servicio público, sino que siendo toda actividad del Estado necesariamente guiada por el interés general, el servicio público sirve como instrumento administrativo para dichos efectos. Creemos que los servicios públicos se utilizan, por su carácter jurídico, a efectos de la realización de los derechos sociales, pero esta reflexión será abordada en las conclusiones.

<sup>278</sup> Rivero, Jean. Op. cit., 474p.

Ahora, qué se entiende por interés general es otra discusión que solo introduciremos. La importancia de dar solución o al menos alguna aproximación al problema de la determinación de su contenido es mayor, debido a que en honor o alusión a esta idea, se han justificado regímenes democráticos y dictatoriales, liberales y socialistas<sup>279</sup>. Al respecto, prevenimos, nos aproximaremos sólo superficialmente, a fin de mantener la centralidad de este trabajo.

La concepción del interés general ha sido abordada desde diversas perspectivas. Una de ella, la utilitarista, como la mera suma de intereses individuales, por tanto el rol de la “[...] Administración como garante del interés general sería el de maximizar las oportunidades para la elección individual”<sup>280</sup>. Por otra parte, están las teorías contractualistas, ampliamente conocidas, en las que el interés general -podríamos sintetizar- respondería primero, con Locke, a la protección de los derechos del ser humano; luego, con Rousseau, en términos más amplios, al cumplimiento de la voluntad general; y, con Rawls, a la atribución de derechos y deberes sin distinciones arbitrarias en base a una distribución adecuada de los beneficios y cargas de la cooperación social. Como teoría posterior, también podemos ubicar la de la

---

<sup>279</sup> Montalvo, Juan Carlos. Op. cit., 130p.

<sup>280</sup> Montalvo, Juan Carlos. Op. cit., 132p.



acción comunicativa de Habermas, en base a la cual, podríamos afirmar, el interés general está determinado por procesos de diálogo y comunicación en el espacio público, mediante los cuales se da lugar a una determinación social del mismo.<sup>281</sup>

Para efectos prácticos, nos remitiremos a Benoit, quien expresa que “[...] en cualquier régimen que sea, las actividades del hombre nunca tienen por naturaleza un carácter público o privado. Cualquier actividad puede pertenecer a uno u otro sector: la enseñanza, la medicina, el notariado, la radiodifusión, la prensa, las carreteras, la electricidad, la banca, la resolución de litigios, pueden, en régimen liberal como en régimen socialista, ser asunto público o privado”<sup>282</sup>. Se trata en todo caso de una determinación política. En este mismo sentido, ha planteado Valls Hernández: “[...] Sobre este punto hay que resaltar que el interés público no es la simple suma de los intereses individuales de la mayoría, ni el interés de la administración, ni es solo una conveniencia material, porque aunque su contenido sea eminentemente económico, la determinación de la existencia del servicio público implica una

---

<sup>281</sup> Cfr. Montalvo, Juan Carlos. Op. cit., 132-135pp.

<sup>282</sup> Benoit, Fracis-Paul. Op. cit., 935p.

valoración social sobre la procedencia del mismo y su impacto en la aspiración de la justicia.”<sup>283</sup>

#### **1.4.3.2 Dependencia de la Administración: a propósito de la *publificación*.**

El acto de *publificación* de ciertas actividades, como habíamos dicho, implica la reserva de titularidad de dichas actividades por la Administración, de manera que la gestión de éstas por particulares está sujeta a un título habilitador previo a cargo de la misma Administración. Esta reserva de titularidad, aunque la prestación se delegue o se posibilite a la gestión por parte de privados, supondrá una reserva de control y supervigilancia (incluso la intromisión) sobre los particulares prestadores de servicios públicos. De esta manera, puede afirmarse que los servicios públicos dependerán siempre de una persona jurídicamente pública, tanto en la habilitación como en la fiscalización. Esto no tiene que ver con la gestión del servicio, sino con quien en última instancia, ante la sociedad es responsable por el servicio, esto es,

---

<sup>283</sup> Valls Hernández, Sergio. Op. cit., 439p.

una autoridad pública<sup>284</sup>. Como bien veníamos diciendo, la *publificación*, con las crisis del servicio público, también fue perdiendo fuerza como elemento estructural del concepto de servicio público, sin embargo, aunque esta *publificación* ha ido matizándose, no podemos afirmar que ha sido desechada.

Consecuencia de este desplazamiento de la *publificación* es que ésta ya no conlleva la monopolización o reserva estatal absoluta de los servicios públicos. La concesión, además, ya no es el único medio de habilitación a la gestión privada de ciertos servicios públicos, sino que pueden utilizarse mecanismos más flexibles, como la autorización o el registro. Pero, lo cierto es que el poder de control e intervención en dichas actividades por parte del Estado, permite afirmar que algo de la esencia de la *publificación* siempre queda en el concepto de servicio público.

#### **1.4.3.3 Gestión directa, indirecta o privada: *régis*, establecimiento público, concesión y el particular.**

En la línea de lo que veníamos anunciando, los servicios públicos pueden ser gestionados directamente por la Administración, como servicio

---

<sup>284</sup> En este sentido, Rivero, Jean. Op. cit., 476p.

público estatal (o municipal), o indirectamente mediante particulares que asumen vía delegación de la Administración la prestación de dichos servicios, esto es, por concesión<sup>285</sup>. La gestión directa supondrá la instalación por parte de la Administración de “establecimientos públicos”, la herramienta orgánica para la gestión directa del Estado. La gestión indirecta implicará un contrato de concesión de servicio público y una organización, aunque sujeta a obligaciones de índole público, definida por el particular a cargo.

Es preciso recordar que este elemento es clave en el proceso de evolución del concepto de servicio público. Como bien sabemos, durante el primer tercio, aproximadamente, del siglo XX, los servicios públicos eran definidos en términos orgánicos, de manera que “[...] donde había cuerpo administrativo –Estado, departamento, municipio, establecimiento público- las prestaciones eran un servicio público, y solamente ahí podía haber servicio público. En este sentido se puede decir que, en esta época, el servicio público era una institución, el cuerpo y su actividad no constituían sino un todo que parecía específico e indisociable”<sup>286</sup>.

---

<sup>285</sup> También se han considerado como formas de gestión indirecta el arrendamiento y la gestión interesada.

<sup>286</sup> Benoit, Francis-Paul. Op. cit., 942p.

Esta perspectiva, sin embargo, fue superada luego por un criterio material del servicio público, donde el soporte orgánico del mismo deja de ser parte de la esencia del concepto, tomando preponderancia la idea de los objetivos o finalidades buscadas por dicha actividad. Así, el servicio público “[...] puede ser una persona administrativa clásica, o una persona de nuevo tipo, incluso una simple persona privada. El órgano importa poco, lo que se desea es la aplicación de un régimen de poder público que debe permitir, por sí solo, que la actividad sea ejercida como quiere el legislador.”<sup>287</sup>

Así, podremos ver servicios públicos gestionados directamente por la Administración mediante organismos sin personalidad jurídica propia (*régis*), otros gestionados directamente pero mediante entes con personalidad jurídica propia (establecimientos públicos, sociedades mercantiles), algunos por sociedades privadas concesionarias (caso de la concesión) y, en algunos casos, derechamente gestionados por parte de personas privadas. Podemos ver, entonces, gestión privada en servicios públicos (concesión), servicio público en gestión privada (sometida a derecho privado, generalmente los servicios económicos) e incluso, en algunos casos, gestión privada en régimen de derecho privado, diversos tipos de gestión con altos niveles de flexibilidad

---

<sup>287</sup> Benoit, Francis-Paul. Op. cit., 944-945pp.

para la elección de procedimientos aplicables para efectos de, por ejemplo, celebración de contratos, contratación de personal y administración de bienes<sup>288</sup>.

#### **1.4.3.4 Gestión por procedimiento de Derecho público o privado.**

Tal como hemos desarrollado a lo largo de este capítulo la gestión de servicio público permite ser realizada tanto bajo el procedimiento de derecho privado, como por el procedimiento de derecho público, no obstante las potestades exorbitantes que se puedan atribuir específicamente para el primer caso, en virtud del propio carácter de servicio público. Explica Weil que esta distinción entre gestión pública y privada es la que entraña la distinción entre los servicios públicos administrativos y los servicios públicos industriales y comerciales, pero previene también que la distinción no es tajante, pudiendo haber modos de gestión o actuaciones de la Administración sujetas a uno u otro régimen a pesar de ser servicios administrativos o industriales y comerciales.<sup>289</sup>

---

<sup>288</sup> Weil, Prosper. Op. cit. 100-103pp.

<sup>289</sup> Cfr. Weill, Prosper. Op. cit., 116-117pp.

Citando a autores como Auby o Lamarque, Weil evidencia que incluso cuando la Administración actúa bajo el régimen de derecho privado, las excepciones son múltiples: “[L]a Administración no goza de libertad para elegir contratistas en los contratos de derecho privado; en los servicios industriales y comerciales se imponen los principios del servicio público; las deudas de naturaleza privada pueden estar cubiertas con procedimientos exorbitantes del derecho común [...]” y así otro tanto de ejemplos. Afirma así, que incluso el derecho privado aplicable a la acción administrativa siempre está cubierto de cierto particularismo, diferenciándose siempre del que rige a las relaciones entre privados. Y va aún más allá. Sostiene que “[n]os encontramos así conducidos a descartar la distinción señalada más arriba entre Derecho Administrativo lato sensu y Derecho Administrativo stricto sensu. Todo el derecho aplicable a la acción administrativa es Derecho Administrativo especial [...] la especialidad del Derecho Administrativo reside, precisamente, en una amalgama de elementos de Derecho Público y de Derecho Privado, en dosis variables según las materias”<sup>290</sup>.

---

<sup>290</sup> Weill, Prosper. Op. cit., 122-123pp.

#### **1.4.3.5 Potestades exorbitantes de la Administración: las prerrogativas de poder público y las sujeciones.**

Esta característica está íntimamente ligado con lo que Jèze concebía como procedimiento de derecho público, para quien se trataba de un conjunto de reglas jurídicas especiales y teorías jurídicas especiales con el fin de facilitar el funcionamiento y el cumplimiento de los objetivos y estándares del servicio público. La diferencia fundamental con el procedimiento de derecho privado, radicaba entonces, en que este último suponía la igualdad de las partes en virtud de igualdad valoración a intereses particulares<sup>291</sup>.

Este es un rasgo del concepto que, como veremos, en la actualidad, con la revisión de la teoría del servicio público, se pondrá en cuestión, pero que nos parece constituye aún elemento estructural de lo que se ha concebido durante al menos la totalidad del siglo XX, como servicio público.

Importante es destacar que las prerrogativas de poder público radican en la propia Administración y que se ejerce sobre los servicios públicos en general, sea vía directa o concesionario mediante y su fundamento se

---

<sup>291</sup> Jèze, Gastón. Op. cit., 4-5pp.



encuentra en la necesidad de asegurar un estándar mínimo de calidad y cobertura en la prestación. Tal como lo plantea Garrido Falla, “[s]i no se admitiese la prerrogativa y la Administración hubiese de realizar su tarea de asegurar los servicios públicos con solo los medios de cualquier persona privada, el servicio público podría correr el riesgo de no satisfacerse [...]”<sup>292</sup>.

Explica Benoit que las actividades concebidas como servicios públicos se tratan en definitiva de materias “consideradas por los gobernantes como esenciales para la colectividad”. En cuanto actividades esenciales requieren ser realizadas sin mayores obstáculos jurídicos que entorpezcan su finalidad y, por tanto, requieren de un régimen que se sobreponga al propio de las empresas privadas, un régimen que actúe con la jerarquía necesaria para asegurar que la organización y el funcionamiento de los servicios públicos se puedan dar en las “mejores condiciones jurídicas posibles”. Concluyendo que “[p]or esta razón el servicio público goza de las prerrogativas del poder público en tanto que medios para vencer los obstáculos con los que podría chocar.”<sup>293</sup>

---

<sup>292</sup> Garrido Falla, Fernando. Op. cit. (Sobre el Derecho Administrativo y...), 37p.

<sup>293</sup> Benoit, Francis-Paul. Op. cit., 939p.

Algunos ejemplos que otorga el mismo autor de prerrogativas de la Administración son: “[...] poder de decisión unilateral; derecho a percibir tasas; derecho a expropiación; régimen de las obras públicas; inmunidades con respecto al apremio; régimen de protección de la demanialidad pública”<sup>294</sup>. Souvirón, por su parte, también enumera: modificación unilateral por motivos de interés público de materias como calidad, cantidad, tiempo y lugar de la prestación y alteración de tarifas y retribuciones al concesionario; dirección y control, basado esencialmente en un “poder irrenunciable de vigilancia del funcionamiento del servicio público concedido”; intervención temporal del servicio o resolución del contrato por incumplimiento sustancial, entre otros.<sup>295</sup>

Finalmente Weil, considera que el conjunto de elementos exorbitantes de la acción administrativa está compuesto por los actos jurídicos (decisión ejecutoria, modificación y término unilateral de contratos administrativos y sanciones; complementariamente, poder reglamentario, de policía, de modificación y adaptación), el derecho de la función pública (relacionado con el régimen de los funcionarios públicos), el régimen de bienes (expropiación,

---

<sup>294</sup> *Ibidem.*, 940p.

<sup>295</sup> Souvirón, José María. *Op. cit.*, 546-553pp.

limitaciones, servidumbres, etc.) y, trabajos y obras públicas (dirección y control, principio de intangibilidad de la obra pública)<sup>296</sup>.

Ahora, cuando hablamos de potestades exorbitantes, debe considerarse tanto las prerrogativas de poder público que hemos desarrollado recién, pero también, tal como la ha sostenido Weil, las sujeciones de la Administración, que consisten, por contrapartida, en limitaciones y obligaciones a las que la Administración se encuentra sometida al momento de actuar, de manera que al tiempo que identificamos una “Administración imperativa” también existe como contrapartida, una “Administración obligada”, junto al “Poder público” una “servidumbre pública”<sup>297</sup>

Estas sujeciones de la Administración se ven reflejadas en las normas de contratación de funcionarios públicos, normas de competencia para contratos de concesiones y obras públicas, obligación de prestación de ciertos servicios, principio de indisponibilidad de bienes públicos, entre otros.<sup>298</sup>

---

<sup>296</sup> Weil, Prosper. Op. cit., 84p y ss.

<sup>297</sup> *Ibidem.*, 83-84pp.

<sup>298</sup> *Ibidem.*, 87p. y ss.

### **1.4.3.6 Prestación técnica de servicio al público.**

El servicio público es en esencia, como lo dice su nombre, una prestación de servicios estructuralmente públicos, al público. El carácter técnico de la prestación viene del énfasis que incorporaba Hauriou en la definición de servicio público<sup>299</sup> y se refiere básicamente a una prestación positiva, efectiva y específica. Sin embargo, estas prestaciones tienen ciertas características propias. En palabras de Bielsa, características “virtuales” derivadas de sus características “objetivas”, tratadas previamente. Estas características que en el esquema de Souvirón y Rivero vendrían a constituir los principios del servicio público y, además, fungen como deberes de la Administración en la relación prestacional.

#### **1.4.3.6.1 Continuidad y regularidad.**

La regularidad y continuidad del servicio público son principios esenciales del servicio público que, de hecho lo acompañan desde los inicios, cuando Hauriou propone su concepto del mismo. Se trata, en concreto, de una

---

<sup>299</sup> Ver *supra*: “1.2.1.2.1. Hauriou.”

obligación de prestación “de modo ininterrumpido y con sujeción a las normas establecidas para su funcionamiento.”<sup>300</sup>

El sentido de este principio está íntimamente ligado con la finalidad de interés general. Bien explica Rivero que “[...] la satisfacción del interés general no podría ser discontinua; toda interrupción puede ocasionar problemas graves para la vida colectiva”<sup>301</sup>. Y en la misma línea, Vedel sostiene que este principio es propio de la actividad por el solo hecho de haber concebido dicha actividad como un servicio público, precisamente por su carácter “particularmente imperioso para la vida nacional o local”<sup>302</sup>. Bielsa, además, agrega que la continuidad y regularidad son los presupuestos necesarios para hacer efectiva una satisfacción concreta de las necesidades colectivas.<sup>303</sup>

Este mismo autor nos permite especificar un poco más el alcance del principio. Como lo dice el enunciado, primero, se trata de un “funcionamiento puntual y regular”, siendo contrario a este principio cualquier interrupción que no tenga su fundamento en una situación de fuerza mayor. Esta obligación,

---

<sup>300</sup> Souvirón, José María. Op. cit., 511p.

<sup>301</sup> Rivero, Jean. Op. cit., 481p.

<sup>302</sup> Vedel, Georges. Op. cit., 691p.

<sup>303</sup> Bielsa, Rafael. Op. cit., 51p.

además, resulta ser más intensa para los concesionarios, ya que obliga incluso para el caso de que el servicio nos sea remunerativo o haya riesgo de déficit. En este principio, de hecho, está fundamentada la prohibición de huelga de los funcionarios de servicios<sup>304</sup>.

Se trata, en definitiva, de un principio por resguardar el interés general de manera permanente y constante, sin alteraciones arbitrarias o perjudiciales para la mayoría de la población y de la sujeción de los servicios a la legislación y su regulación específica.

#### **1.4.3.6.2 Igualdad y universalidad.**

Los siguientes principios aplicables y exigibles a los servicios públicos son la igualdad y universalidad, ambos relativos al acceso al servicio.

La universalidad se refiere a la obligación de asegurar un servicio que se encuentre accesible y asequible a la totalidad de la población, en virtud de su naturaleza y finalismo. Explica Souvirón que el servicio debe asegurar “[...] la cobertura de una necesidad sentida universalmente mediante su

---

<sup>304</sup> Vedel, Georges. Op. cit., 691-692pp.

satisfacción asimismo universal a todos los que la soliciten ajustándose a lo legalmente establecido”<sup>305</sup>.

Por su parte, en lo que respecta a la igualdad, ésta refiere al aseguramiento de iguales condiciones para los usuarios, tanto en lo relativo a las cargas como a los beneficios, prohibiéndose así cualquier tipo de discriminación o variación de tarifas de manera arbitraria.<sup>306</sup> Exige así “[...] igualdad en el acceso, funcionamiento y utilización del servicio, sin que esta pueda ser negada a nadie”, ni en lo relativo a discriminaciones de acceso o funcionamiento, ni en lo que respecta a modalidades, contraprestaciones o cargas exigidas.<sup>307</sup>

#### **1.4.3.6.3 Obligatoriedad y gratuidad.**

La obligatoriedad y la gratuidad de los servicios públicos como parte de los elementos conformadores del concepto han sido planteadas, aunque no universalmente por la doctrina<sup>308</sup>. Explica en este sentido Fernández Ruiz que

---

<sup>305</sup> Souvirón, José María. Op. cit., 514p.

<sup>306</sup> En este sentido, Bielsa, Rafael. Op. cit., p. 52; Rivero, Jean. Op. cit., 483p.

<sup>307</sup> Souvirón, José María. Op. cit., 514p.

<sup>308</sup> Fernández Ruiz, Jorge. Régimen del servicio público y de la empresa pública en el sector energía [en línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/153/22.pdf>> [consulta: 20 enero 2015]

“[n]o estriba tanto la gratuidad del servicio público en que su uso sea gratuito como en prestarlo sin ánimo de lucro, lo cual no ocurre, salvo casos excepcionales, cuando queda a cargo de particulares [concesión o gestión por particulares], circunstancia que impide aceptar a la gratuidad como carácter esencial del servicios público”<sup>309</sup>.

#### **1.4.3.6.4 Adaptación.**

Para Vedel, la obligación de adaptación constituye, más específicamente, una modalidad del principio de continuidad y no un principio autónomo. En cualquier caso, sin embargo, refiere fundamentalmente al deber y potestad de modificación del servicio en atención a los cambios circunstanciales que terminen por afectar su funcionamiento<sup>310</sup> (tecnología, capacidad, infraestructura, por ejemplo). Esto se haría efectivo, por ejemplo, mediante el poder de modificación que tiene la Administración en la ejecución de los contratos administrativos.<sup>311</sup>

---

<sup>309</sup> *Ibidem*.

<sup>310</sup> Vedel, Georges. *Op. cit.*, 694p.

<sup>311</sup> *Ibidem*.



Souvirón, explica que este deber es el que fundamenta la gran mayoría de los poderes exorbitantes de la Administración, especialmente las prerrogativas de modificación unilateral de los contratos, y que su contenido refiere a la necesaria “plasticidad” del servicio público para responder efectivamente a las necesidades y exigencias de interés general a efectos de dar mejor solución a las necesidades cambiantes de la población.<sup>312</sup>

El servicio público, en conclusión, podría ser concebido como una forma de intervención administrativa, que responde y tiene como finalidad la de satisfacer una necesidad de interés general, consistente en una prestación técnica, regular, continua, de acceso universal e igualitario a la población, sujeta a la obligación y el poder de modificación de la organización y el funcionamiento en atención a las exigencias sociales -para lo cual la Administración cuenta con ciertas sujeciones y prerrogativas a fin de asegurar el cumplimiento cabal de estos principios, deberes y estándares del servicio a la población-, pudiendo ser gestionada directa (*régis*, establecimiento público) o indirectamente (concesión, agente privado) y siendo, en cualquier caso, dependiente de una autoridad pública y sujeto a un régimen de control estatal.

---

<sup>312</sup> Cfr. Souvirón, José María. Op. cit., 515p. En este mismo sentido, Rivero, Jean. Op. cit., 482p.

#### 1.4.4 Categorías de servicios públicos.

Podríamos clasificar a los servicios público en base a diversos criterios:

(i) según titularidad: estatal o local; (ii) según necesidad de su prestación: obligatoria o facultativa para el Estado; (iii) por el contenido de su prestación: esenciales (justicia, policía, defensa nacional) o secundarios (educación, salud, transporte), en sentido estricto (transporte) o sociales (salud), asistenciales (salud) o económicos; (iv) por exclusividad de su ejercicio: concurrencia o monopolio; (v) por participación de los usuarios en sus ventajas: *uti universi* (generalidad de la colectividad) o *uti singuli* (administrados en concreto).<sup>313</sup>

Sin embargo, para efectos de explicar la aparición de la empresa pública en el derecho administrativo, nos centraremos en la categorización según el contenido de la prestación, más concretamente, en la distinción entre servicios administrativos/asistenciales y económicos.

A lo largo de la historia del servicio público, se pueden distinguir tres etapas de evolución de la naturaleza de estos servicios, que creemos constituyen, en términos generales, tipos o categorías de servicios públicos.

Según Garrido Falla, estas tres fases de la naturaleza de los servicios públicos

---

<sup>313</sup> Cfr. Garrido Falla, Fernando. Op. cit. (Tratado de Derecho Administrativo) 435-437pp. En un sentido similar, Rivero, Jean. Op. cit., 483-485pp.

son: prestadora de servicios asistenciales, prestadora de servicios de carácter económico, gestora de empresas económicas<sup>314</sup>. Rivero, concluye que las dos categorías generales de servicios públicos son (1) los de carácter administrativo y (2) los de carácter industrial y comercial<sup>315</sup>. No obstante, como sostiene Weil, esta categorización tiene como antecedente la necesidad de definir un criterio de aplicación de régimen jurídico, y en su opinión, estas categorías van perdiendo importancia para dichos efectos<sup>316</sup>, abordaremos someramente estas categorías para explicar la aparición de la empresa pública.

#### **1.4.4.1 Servicios públicos asistenciales/administrativos.**

Los servicios asistenciales son la categoría más antigua de la actividad prestacional de la Administración, entre otras razones, debido a la incapacidad de las entidades privadas (la iglesia principalmente, en áreas como educación y salud) de responder al aumento demográfico de los sectores urbanos desde principios de siglo XIX.

---

<sup>314</sup> Cfr. Garrido Falla, Fernando. Op. cit. (Tratado de Derecho Administrativo), 433-435pp.

<sup>315</sup> Rivero, Jean. Op. cit., 483-484pp.

<sup>316</sup> Weil, Prosper. Op. cit., 116-117pp.

Garrido Falla define estos servicios como “[...] aquellos que garantizan el derecho del administrado a la conservación de la vida y la salud y al desarrollo de su personalidad: beneficencia (más adelante seguridad social), sanidad y educación.”<sup>317</sup>. Benoit a su vez complementa: “Los servicios ‘propriadamente administrativos’ constituyen el caso general. Son administrativos todos los servicios públicos, a excepción de los servicios industriales y comerciales y de los servicios judiciales. Así son, en particular, servicios propriadamente administrativos, los servicios de educación nacional, sanidad, puentes y caminos, correos y telecomunicaciones, los servicios de Hacienda, etc.”<sup>318</sup>.

Serra Rojas, también se pronuncia estableciendo que es una actividad encomendada a la Administración y a los particulares y comprende “los servicios de acción sanitaria y asistencial y la ayuda social en general”. No obstante, sugiere que “[l]a noción de servicio público social se ha desarrollado en Francia por determinados autores, aunque otros la impugnan.”, sumándose a algunos análisis al plantear que, en cualquier caso, representa un “esfuerzo por devolver a la noción de servicio público, su importancia inicial”<sup>319</sup>.

---

<sup>317</sup> Garrido Falla, Fernando. Op. cit. (Tratado de Derecho Administrativo), 381p.

<sup>318</sup> Benoit, Francis-Paul. Op. cit. 950p.

<sup>319</sup> Serra Rojas, Andrés. Op. cit., 113p.

La característica que ha marcado la diferencia entre éstos y los servicios público industriales y comerciales, radica fundamentalmente en que son actividades respecto de las cuales, no obstante considerarse servicios públicos, no ha recaído una reserva de titularidad por parte del Estado, de manera que su ejercicio no ha sido sujeto al monopolio administrativo. De esta forma se han constituido como actividades en las que la Administración y los particulares han concurrido conjuntamente en su prestación sin necesidad de una concesión previa. Garrido Falla explica a este respecto que “[n]i los servicios públicos sanitarios o de beneficencia, ni la aparición de un sistema administrativo de enseñanza pública implicaron la prohibición a los particulares de montar actividades paralelas. Solo excepcionalmente, y en relación con la enseñanza, llegó a propugnarse en Francia la necesidad política del monopolio estatal”<sup>320</sup>. Agregando más adelante que “[c]abalmente es ese carácter no monopolístico del servicio el que determina que en su gestión no tenga cabida en su sentido riguroso la formula concesional [...]”

Finalmente, y junto a lo anterior, los servicios asistenciales, se caracterizan por “[...] su sumisión de principio al conjunto de las reglas del

---

<sup>320</sup> Garrido Falla, Fernando. Op. cit. (Tratado de Derecho Administrativo), 382p.

derecho administrativo y, por este hecho, a la competencia de la jurisdicción administrativa”<sup>321</sup>, al igual que su funcionamiento y organización. Circunstancia que también los diferencia de los servicios industriales y comerciales que, como veremos, estarán sujetos, salvo excepciones, a las reglas del derecho común.

#### **1.4.4.2 Servicios públicos de carácter económico: De la prestación de servicios económicos a la gestión de empresas económica. El servicio público industrial y comercial.**

Según expresamos anteriormente, es preciso distinguir dos momentos de la actividad económica de la Administración, la primera es la relacionada con la participación estatal en actividades de carácter económico, y la segunda es la que implica la gestión directa de actividades económicas a través de empresas públicas o estatales. La primera etapa supuso, principalmente, la construcción de infraestructura básica para la sociedad, como construcción de carreteras, hidráulicas, puertos, alumbrado, etc., y la segunda supuso no sólo la prestación de infraestructura, sino la gestión de las actividades propiamente

---

<sup>321</sup> Benoit, Francis-Paul. Op. cit., 950p.

tal, como es la distribución de energía eléctrica, explotación de recursos naturales, gestión de transporte de pasajeros y carga (como ferrocarriles), etc. Según Garrido Falla, “[...] lo que representa un riguroso cambio en el perfil funcional de la Administración pública moderna no es tanto la declaración de titularidad sobre determinados servicios económicos, cuanto la consagración de la competencia para gestionarlos directamente”<sup>322</sup>.

Es esta última forma de gestión de servicios públicos la que chocará más claramente con los presupuestos liberales del siglo XIX y principios del XX. Se les denominará servicios públicos industriales o comerciales, en atención al área económica en la que se realizan. Tendrán un tratamiento jurídico restringido en comparación a los servicios públicos administrativos, por tratarse los primeros de actividades “propias de los particulares”. Será de hecho esta última característica, la razón de la reestructuración y masificación de la utilización del mecanismo de concesión como instrumento de consenso público-privado, ya que, como veíamos, para la Administración –en tantos servicios públicos- se trataba de actividades estratégicas y de suficiente relevancia en términos de interés público, como para al menos tener un control directo y determinante en su prestación, y por los particulares –en tanto

---

<sup>322</sup> Garrido Falla, Fernando. Op. cit. (Tratado de Derecho Administrativo), 384p.

vigente una economía liberal- se consideraban como actividades esencialmente privadas y, por tanto, externas a las actividades tradicionales de la Administración. “He aquí por qué la fórmula de la concesión vino a suponer la obligada solución de compromiso en estos casos: respetaba la explotación del servicio –en cuanto empresa económica- en manos de un particular (o concesionario) y simultáneamente establecía el dogma de la titularidad administrativa del servicio (a favor de la Administración concedente).”<sup>323</sup>

La razón del tratamiento del servicio público previamente al análisis de las empresas públicas se debe a que, posteriormente, el derecho administrativo tratará a los servicios públicos de carácter económico o industriales y comerciales como una nueva categoría de las actividades de la administración: surgirá la idea de la gestión económica o de la “empresa pública” como quehacer estatal autónomo<sup>324</sup>.

Sobre este punto nos quedamos, en principio<sup>325</sup>, con la conclusión de Garrido Falla: “De momento sólo nos interesa señalar que la aparición de estas empresas se debe a razones que le prestan un fundamento múltiple: en primer

---

<sup>323</sup> *Ibidem.*, 383p.

<sup>324</sup> Cfr. Garrido Falla, Fernando. *Op. cit.* (Tratado de Derecho Administrativo), 385p.

<sup>325</sup> El tratamiento completo de los servicios públicos industriales y comerciales será tratado al final de este capítulo en exclusiva atención a su relación directa con el surgimiento de la empresa pública.



lugar, por la necesidad de suplir inversiones privadas en países de escasa capitalización; en segundo lugar, como consecuencia de la extensión cada vez más considerable de las concepciones políticas socialistas; finalmente, por una combinación de motivaciones políticas y prácticas”<sup>326</sup>.

### **1.5 Segunda crisis y replanteamiento de los servicios públicos.**

No obstante la construcción conceptual que hemos realizado del servicio público en atención a los procesos materiales que se fraguaron desde el siglo XIX, en la actualidad se ha afirmado por diversos autores que el servicio público pasa por su segunda crisis, gestada en la década de 1980 y 1990, a propósito de la consolidación global de las economías neoliberales y los consecuentes procesos de privatización y liberalización, cada vez más extensos, llevados a cabo desde dichos años hasta la actualidad.

Esta segunda crisis, que tiene sus orígenes en las concepciones político-económicas hegemónicas de las sociedades occidentales, pretende ser resuelta con una nueva concepción del servicio público y de las actividades económicas del Estado, realizando una revisión de toda la teoría del servicio

---

<sup>326</sup> Garrido Falla, Fernando. Op. cit. (Tratado de Derecho Administrativo), 385p.

público que hemos desarrollado aquí, que pretenderá superar los presupuestos y finalidades que constituyeron el concepto durante casi la totalidad del siglo XX.

### **1.5.1 Segunda crisis conceptual del servicio público: Hacia el servicio de interés general.**

En la teoría del servicio público, estas transformaciones se manifiestan en una nueva crisis del concepto con el surgimiento, también en Europa, de la idea de los “servicios de interés general”.

Con el proceso de integración europeo se cuestionó que los “servicios públicos establecidos tradicionalmente en los Estados miembros fueran compatibles con la ideología liberalizadora y privatizadora de la economía que protagonizó las políticas comunitarias a partir de los años setenta”<sup>327</sup>, se planteó también la dificultad de unificar las distintas formas que el servicio público había tomado en cada Estado miembro y junto a ello, además, se hizo necesario resolver la regulación aplicable a los servicios públicos estatales vigentes en cada nación.

---

<sup>327</sup> Muñoz Machado, Santiago. Op. cit., (Tratado de Derecho...), 563p.

De esta forma, buscando una convergencia entre los Estados miembros de tradición de servicio público francés y aquellos, como Alemania, que no incorporaron el concepto más que en términos de *daseinvorsoge* o de “*public utilities*”, el “[...] Derecho comunitario, sin desconocer la noción de servicio público, su significación y alcance, ha basado su regulación en el concepto de “servicio de interés general”. Cuando una actividad, sea pública o privada, puede considerarse un servicio de interés general, se justifica la no aplicación al mismo de las reglas de competencia y se permite la restricción de las libertades económicas comunitarias esenciales”<sup>328</sup>. Así mismo, para efectos de determinar aquellos servicios públicos que quedarían fuera del régimen de competencia, se incluyó un nuevo concepto en el Tratado de la Comunidad Europea: el “servicio de interés económico general”, figura más específica que la anterior que permite, bajo determinadas circunstancias, ser excluida del régimen de libre competencia<sup>329</sup>. Luego, como subcategorías de los servicios de interés general, se contemplaron los “servicios no económicos de interés general”, el que a su vez contiene a los “servicios sociales de interés general”, los que se caracterizan por no estar regidos por principios de libre

---

<sup>328</sup> *Ibidem.* 614p.

<sup>329</sup> *Ibidem.*, 563p.

competencia y los “servicios universales” y “misiones de servicio público”<sup>330</sup>, que veremos en los próximos párrafos.

Explica Martín Rebollo que con los “[...] llamados ‘servicios de interés general’ o ‘servicios de interés económico general’ se trata, como digo, de compaginar el mercado y el interés colectivo [...] rompiendo la identificación entre servicio público y titularidad pública del mismo”<sup>331</sup>, diferenciándose así, de la noción tradicional del servicio público. Serían concebidos, por tanto, como servicios de interés general, aquellas actividades –públicas o privadas- que cumplan “misiones de interés general (para efectos de cohesión social, protección de consumidores, igualdad, etc.) y que están sometidas por ello, a obligaciones de servicio público. “Pueden abarcar todos los servicios –de mercado y no de mercado- que las autoridades públicas consideren de interés general”<sup>332</sup>.

El servicio de interés general, por tanto, vendría a reemplazar al tradicional servicio público que hemos tratado aquí. Es un concepto que

---

<sup>330</sup> *Ibidem.*, 565p.

<sup>331</sup> Martín Rebollo, Luis. Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras. En, Cienfuegos, David y Rodríguez, Luis (Coord.). Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica. España, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas, 2008

<sup>332</sup> *Ibidem.*

abarca todos los demás conceptos enumerados anteriormente, los que constituyen subcategorías del mismo. Son llamados así por considerárseles por los poderes públicos de dicho interés, razón por la cual se les aplica además, más o menos, obligaciones características de los tradicionales servicios públicos. “Servicio de interés general es, por su amplitud, una noción parecida a la de servicio público, ya que abarca servicios económicos, sometidos o no a la libre competencia (es decir, comprende los servicios de interés económico general y otros servicios de interés general de naturaleza económica que se prestan en los mercados en régimen de competencia) y, además, servicios de carácter no económico”<sup>333</sup>.

Los servicios de interés general pueden dividirse en servicios de tipo económico y no económico. Los servicios de interés general económicos, a su vez pueden dividirse en los que quedan regidos por el derecho de la competencia y los que no. Así, los servicios económicos de interés general (SEIG), definidos por el artículo 106.2 TFUE<sup>334</sup> como los “servicios de

---

<sup>333</sup> Muñoz Machado, Santiago. Op. cit., (Tratado de Derecho...), 564p.

<sup>334</sup> Principios generales del artículo 106 del TFUE: (i) las empresas públicas y servicios públicos de carácter económico se regulan en el 101 y ss.; (ii) SEIG no es diferente de los servicios económicos industriales o comerciales de algunos Estados, pueden gestionarse por empresas o establecimientos públicos o por empresas privadas; (iii) se reconocen ciertas prerrogativas de poder público que las sitúan en posición de desigualdad en el mercado, pero sólo para el caso de ser indispensable para cumplir misión de interés general; (iv) las empresas públicas se rigen por el Derecho de la competencia, prevaleciendo el principio de libertad de empresa y competencia; (v) las misiones de

mercado a los que, por razones de interés general, se imponen concretas obligaciones de servicio público”<sup>335</sup>, son aquellos que quedarán sustraídos del régimen de la libre competencia. Y, por otra parte, todos aquellos servicios de interés general de carácter económico que, cumpliendo (como todo servicio de interés general) obligaciones de servicio público, se rijan, como es por regla general, por las normas de libre competencia, serán llamados servicios universales.<sup>336</sup> Así mismo, explica Martín Rebollo, los “[...] servicios de interés económico general [...] son los servicios de mercado a los que se imponen obligaciones de servicio público en virtud de, o en atención a, intereses generales, y que suelen ser los servicios de red (transportes, energía, comunicaciones...)”<sup>337</sup>, mientras que, “[e]l nuevo concepto de servicio universal pivota sobre la idea de la igualdad, la regularidad y la generalidad. Debe ser igual para todos. Y con un mínimo de calidad garantizado”<sup>338</sup>. Y, salvo algunos sectores específicos, como Telefonía o Correos, los demás “[...] servicios incluidos en el llamado ‘servicio universal’ los pueden desempeñar entidades privadas previamente autorizadas. Y todo lo que no sea servicio universal queda al juego de la libre competencia y la libertad de precios,

---

servicio público pueden llevarse a cabo por empresas públicas o privadas. (Cfr. Muñoz Machado, Santiago. Op. cit., (Tratado de Derecho...), 616-618pp).

<sup>335</sup> Muñoz Machado, Santiago. Op. cit., (Tratado de Derecho...), 616p.

<sup>336</sup> Cfr. Muñoz Machado, Santiago. Op. cit., (Tratado de Derecho...), 631p.

<sup>337</sup> Martín Rebollo, Luis. Op. cit. (Sobre el nuevo...),

<sup>338</sup> *Ibidem*.

aunque hace falta la inscripción en un registro público y una autorización reglada.”<sup>339</sup>

El “servicio universal”, “noción empleada en el marco de los procesos de liberalización como complemento de los mismos para garantizar la disponibilidad permanente y la calidad de los servicios existentes para todos los usuarios y consumidores”<sup>340</sup>, es definido por la Comisión como “el conjunto mínimo de servicios de una determinada calidad a los que tienen acceso todos los usuarios y consumidores, en función de las condiciones nacionales específicas, a un precio asequible”<sup>341</sup>.

El servicio universal, en conclusión, es de aquellos servicios que por su carácter esencialmente público, se considera que deben estar accesibles a todos los usuarios y clientes, pero son gestionados por empresas privadas que quedan sujetas a obligaciones de servicio público y, por tanto, a regulaciones específicas. Se trata fundamentalmente de los servicios que se prestan en red: telecomunicaciones, ferrocarriles, correos, sector eléctrico y de hidrocarburos. Dicho de otra forma, son servicios de interés económico general prestados en

---

<sup>339</sup> *Ibíd.*

<sup>340</sup> Muñoz Machado, Santiago. *Op. cit.*, (Tratado de Derecho...), 616p.

<sup>341</sup> *Ibíd.*

régimen de competencia y sobre el principio de libertad de empresa en dichas áreas, pero que son obligados a una gestión que garantice acceso, conexión y distribución de suministros en igualdad a usuarios y consumidores<sup>342</sup>. En concreto, mediante estos servicios se pretende “[...] evitar que la gestión privada de un servicio, antes atribuido en exclusiva a establecimientos de carácter público, determine que los ciudadanos dejen de tener a su disposición prestaciones que los empresarios privados consideren no rentables”<sup>343</sup>.

En esta línea, la propuesta de Gaspar Ariño sobre el nuevo concepto de servicio público viene dada por la idea, primero, de distinción entre “lo que son prestaciones de mercado y prestaciones de ‘servicio esencial universal’”. Estas últimas son aquellas modalidades a las que el mercado, por sí solo, no daría respuesta y la autoridad entiende que deben ser cubiertas porque constituyen un estándar mínimo de servicio al que todos tienen derecho [...] En tales casos, la regulación de nuevo interviene, imponiendo la prestación obligatoria a cualquiera de los operadores del sector. Es justamente este planteamiento el que ha venido a suponer una transformación radical del concepto de servicio público [...] La apertura de los servicios a la competencia y a las leyes de mercado (frente a la idea tradicional de que todo

---

<sup>342</sup> Cfr. Muñoz Machado, Santiago. Op. cit., (Tratado de Derecho...), 642-643pp.

<sup>343</sup> *Ibidem.*, 644p.



servicio público, como actividad reservada, otorgaba derechos de exclusiva) se caracteriza básicamente por”<sup>344</sup>: (i) “La no calificación como servicio público de una actividad o sector en su conjunto, sino sólo de algunas tareas, misiones, actuaciones concretas dentro de aquel”; (ii) El abandono del concepto de reserva, acercándose al régimen anglosajón de las actividades regladas: despublicación; (iii) Se sustituye el régimen cerrado por un régimen abierto, en régimen en autorización reglamentada”<sup>345</sup>.

Finalmente, estarían los servicios de interés general no económicos constituidos por los servicios de autoridad, ligados a ámbitos vinculados a las prerrogativas públicas (justicia, defensa, policía, procedimiento de concesiones), y por los servicios de solidaridad, relacionados principalmente al ámbito del bienestar social (entidades gestoras de seguros de enfermedades, gestión de servicio de seguridad social), las que quedarán al margen la competencia sea imprescindible para el cumplimiento de sus fines<sup>346</sup>.

En conclusión, podríamos afirmar que esta nueva crisis del servicio público que se traduce en la recharacterización y reemplazo del concepto, deja

---

<sup>344</sup> Ariño, Gaspar. Op. cit., p. 572.

<sup>345</sup> Cfr. Ariño, Gaspar. Op. cit., pp. 572-574.

<sup>346</sup> Un tratamiento más profundo al respecto en Muñoz Machado, Santiago. Op. cit., (Tratado de Derecho...), pp. 632-642.

intacto, sin embargo, un elemento esencial del tradicional servicio público: su fundamento, el interés general. La crisis no se produce, por tanto, respecto al reconocimiento de necesidades sociales y la obligación de satisfacción de manera universal, continua y accesible a la población, más bien afecta la forma mediante la cual se llevará a cabo esa satisfacción. El nuevo concepto de “servicios de interés general” viene a ampliar la gama de soluciones organizativas y sujetos gestores de dichas prestaciones, las que desde ahora, irán, no obstante las reglas generales antes dichas, “desde el extremo presentado por el mercado sin más, pasando por toda la gama de restricciones-correcciones a éste justificadas en y proporcionadas al interés general pertinente, hasta el otro extremo: la exclusión del mercado y la reserva en exclusiva de la Administración”<sup>347</sup>.

### **1.5.2 Revisión de la teoría del servicio público.**

La revisión de la teoría del servicio público se ha fundado en la radicalización del concepto funcional de servicio público, al punto, de intentar reemplazarlo por una noción que se desligue de todo residuo orgánico del mismo, razón por la que se ha afirmado una y otra vez la muerte del servicio

---

<sup>347</sup> Parejo, Luciano. Op. cit., p. 65.

público. Esto es a lo que varios autores han respondido invocando la arbitrariedad y falta de justificación de dicho decreto<sup>348</sup>, no obstante aceptar las transformaciones estructurales del concepto.

Sostiene Carro que, a pesar de las “matizaciones e inflexiones” que ha sufrido el concepto, los “países del servicio público” al fin y al cabo, han hecho propia una defensa de la necesidad de permanencia de la idea de servicio público “[...] que, en último término, está aludiendo, dejando aparte las actividades vinculadas directamente a la soberanía o también las de naturaleza social, a la necesaria existencia de prestaciones económicas de interés general que, por ello, deben ser satisfechas de modo regular y continuo y cuyo concreto alcance ha de ser responsabilidad siempre de los poderes públicos, los cuales la ejercerán, sea a través del ejercicio de potestades de regulación, tutela o supervisión sobre los sujetos privados encargados de su gestión”<sup>349</sup>.

Así, si bien es cierto que la finalidad perseguida desde los orígenes hasta la actualidad es la misma, los mecanismos para satisfacer las necesidades de interés general, el régimen jurídico y el rol que cumple el

---

<sup>348</sup> Por ejemplo, Muñoz Machado, Santiago. Op. cit., (Servicio público y mercado...), 24p.

<sup>349</sup> Carro, Jose Luis. Op. cit., 599p.

Estado en dicho proceso serán los ejes diferenciadores de las nuevas teorías que pretenden superar la idea clásica del servicio público. En este sentido, como explica Carro, tomará fuerza la idea del “fin” que destacaba ya en los textos de Martín Rebollo, idea que se traducía en el hecho de que el Estado debe proporcionar a los ciudadanos unas prestaciones reales y tangibles, de forma regular y continua, que fomenten la solidaridad social y coadyuven a la igualdad”<sup>350</sup>, pero el punto de inflexión estará en la fórmula organizativa y el régimen jurídico: dichas prestaciones podrán realizarse “con independencia del concreto régimen jurídico a que dichas prestaciones se vean sometidas, pues lo importante aquí es, precisamente, el hecho de que esta idea de fin de interés general, que la noción de servicio público encierra, justifica y obliga al Estado a asumir alguna responsabilidad en la realización de aquellas”, responsabilidad que, como decía más arriba, y como veremos, radicará fundamentalmente en la idea de “regulación”<sup>351</sup>.

Como explica Muñoz Machado, esta es la nueva orientación que ha tomado el derecho administrativo en nuestros tiempos, donde se pretende que en las funciones de regulación y garantía, reservadas a los poderes públicos, pueda encontrarse “[...] la clave del nuevo equilibrio de las relaciones entre el

---

<sup>350</sup> Carro, José Luis. Op. cit., 597p.

<sup>351</sup> Carro, José Luis. Op. cit., 597p.

Estado y la sociedad y la delimitación del papel que debe desempeñar en relación con los derechos de los ciudadanos [...]”<sup>352</sup>.

### **1.5.3 Replanteamiento del sistema: regulación, autorregulación, desregulación de los servicios públicos o de interés general.**

Con esta nueva perspectiva, el Estado empieza su retirada de la actividad económica en la sociedad. Bajo el nuevo modelo de la liberalización y la mercantilización de los servicios públicos, los privados protagonizan las prestaciones y las gestiones de las actividades que persiguen un “interés general”, para lo cual la gestión de dichos servicios se plantea realizada en un régimen competitivo basado en los principios de (i) desintegración vertical de cada sector; (ii) libertad de entrada al sector; (iii) libertad de acceso al mercado (a infraestructuras necesarias para la gestión); (iv) libertad de contratación y formación competitiva de los precios; y (v) libertad de inversión y planificación económica<sup>353</sup>, sistema que será aplicable a todo el sector económico, con excepción de aquellas actividades que, como decíamos, por su carácter monopólico en la gestión de algunos aspectos de los sectores

---

<sup>352</sup> Muñoz Machado, Santiago. Op. cit., (Tratado de Derecho...), 499p.

<sup>353</sup> Cfr. Ariño, Gaspar. Op. cit. (Empresas...), 212-216pp.

económicos (aquellos que requieren instalación y gestión de infraestructuras), estarán sometidos a excepciones de régimen y cargas de derecho público (el caso de los servicios universales, como vimos).<sup>354</sup>

El carácter de interés general de dichas actividades, hace imposible la idea de desechar completamente la participación estatal, pero, como veíamos advirtiendo, la reconfiguración de su rol lo limitará a actuar sólo como ente de regulación, concepto que podremos concebir en un sentido amplio (toda la actuación de supervigilancia del Estado en relación con la sociedad) y en un sentido estricto (normas y actuaciones específicas “referidas a la ordenación y garantía de los derecho económicos o sociales”)<sup>355</sup> y que luego, en algunos sectores económicos, evolucionará a un carácter aún más restringido: como simple regulador de la “autorregulación” (esquemas de regulación llevados a cabo en determinado sector, definidos mediante los consensos establecidos por los respectivos operadores del mismo). A partir de la liberalización de los sectores económicos, se construye así un sistema de intervención estatal que sustituye la *publicatio* por la *ordenatio*, una regulación muy intensa de la actividad fundamentada en la técnica de policía.

---

<sup>354</sup> Ariño, Gaspar. Op. cit. (Empresas...), 216pp.

<sup>355</sup> Muñoz Machado, Santiago. Op. cit., (Tratado de Derecho...), 500p.

Ahora, para Muñoz Machado el nuevo modelo no implica una despreocupación estatal respecto de la calidad y el alcance de las prestaciones, por el contrario, el actual rol de regulación y garantía que asume la Administración implicaría “[...] una más intensa actividad de los órganos administrativos competentes en cuanto concierne a la formulación de normas y al ejercicio de vigilancia sobre todos los operadores económicos o sociales, que desarrollan actividades de utilidad pública e las que los intereses generales y los derechos de los ciudadanos aparecen concernidos”<sup>356</sup>, esto en el entendido de que el nuevo modelo de los servicios públicos es el de los “servicios públicos competitivos”<sup>357</sup>. No se trataría, entonces, de una actitud pasiva de los poderes públicos. El Estado asumiría un rol activo en el aseguramiento de las actividades de interés general, sea sometiendo algunas de ellas al régimen tradicional de servicio público, sea imponiendo mecanismo de control propios de policía.<sup>358</sup>

Se configura así el objetivo de la función regulatoria. Será la regulación el poder la Administración para “[...] utilizar todos los instrumentos, normativos y ejecutivos, precisos para orientar el funcionamiento de los

---

<sup>356</sup> Muñoz Machado, Santiago. Op. cit., (Tratado de Derecho...), 500p.

<sup>357</sup> Ariño, Gaspar. Op. cit.

<sup>358</sup> Cfr. Villar Ezcurra, José Luis. Derecho Administrativo especial: Administración pública y actividad de los particulares. Madrid, Civitas Ediciones, 1999. 205p.

mercados hacia la competencia e imponer obligaciones de servicio público a los operadores para que su natural afán de beneficio fuera compatible con las exigencias del interés general”<sup>359</sup>. No sería entonces la regulación contraria o incompatible a la intervención estatal, en la medida en que se trataría en sí de una forma de intervención. “Lo que se habría producido es un cambio en las técnicas dando lugar a servicios públicos sin actividad publicitada, de forma similar a lo que la doctrina conocía ya bajo el nombre de servicios virtuales o impropios [...]”<sup>360</sup>.

Muñoz Machado, citando a Selznick, explica que la regulación puede ser comprendida como “un control prolongado y localizado, ejercitado por una agencia pública, sobre una actividad a la cual una comunidad atribuye relevancia social”<sup>361</sup>. Dice Ariño por su parte, que “se trata de pasar de la regulación omnipresente, sustitutiva del mercado a una regulación complementaria y subordinada al mercado: si la actividad es potencialmente competitiva, la regulación re-crea el mercado y lo defiende, y si la actividad no es competitiva, la regulación sustituye al mercado con mecanismos que no distorsionen las reglas del mercado que rigen en otras fases de la actividad”<sup>362</sup>.

---

<sup>359</sup> Muñoz Machado, Santiago. Op. cit., (Tratado de Derecho...), 499p.

<sup>360</sup> Villar Ezcurra, José Luis. Op. cit. (Derecho Administrativo especial...) 206p.

<sup>361</sup> Muñoz Machado, Santiago. Op. cit., (Tratado de Derecho...), 502p.

<sup>362</sup> Ariño, Gaspar. Op. cit., 564p.



En la misma línea se manifiesta Souvirón, quien citando a Cassague sintetiza las hipótesis del nuevo sistema de actuación estatal en: (i) “No intervención del Estado siempre que el mercado, sin posiciones dominantes que lo distorsionen, permita la libre elección de los consumidores”; (ii) “Redefinición del servicio público como actividad desarrollada por la empresa privada bajo un control del Estado”, excluyendo la titularidad estatal, incorporado intervención para velar por acceso de los usuarios y cumplimiento obligaciones; y (iii) “Limitación del servicio público, como actividad prestacional estatal, al caso de las necesidades primordiales de la comunidad” cuando el mercado no logra resolverlas, en principio, bajo los mismos criterios de competencia<sup>363</sup>.

Desde esta manera, el Estado interviene de manera subsidiaria para parchar aquellas áreas en las que el mercado no puede dar respuesta eficiente a las distribuciones de renta y riqueza socialmente consensuadas, cuando se verifica su incapacidad para alcanzar niveles de crecimiento económico y empleo o cuando se producen usos ineficientes de los recursos. El Estado, por

---

<sup>363</sup> Souvirón, José María. Op. cit., 143p.

tanto, interviene para “corregir” al mercado, legitimado por tres motivos: redistribución, estabilidad, eficiencia<sup>364</sup>.

En concreto, el Estado a través de la regulación vendría a resolver los problemas de monopolios, competencia imperfecta, conductas anticompetitivas, información imperfecta, externalidades y mercados incompletos; además de dejar al Estado el aseguramiento de suministro suficiente de bienes públicos (policía, defensa, justicia) y garantizar la existencia y niveles de prestación de servicios públicos de carácter económico o social<sup>365</sup>.

La autorregulación, por su parte, surge entre los últimos años del siglo XX y principios del siglo XXI. Podría tener su origen en algunas fórmulas tradicionales de participación de los entes privados en ejercicio de tareas públicas, principalmente, en lo que se había conocido como “delegación de funciones públicas” o “ejercicio privado de funciones públicas” y surge con el objetivo de privilegiar el consenso entre los propios operadores respecto de los estándares y reglas de funcionamiento de los sectores en los que participan,

---

<sup>364</sup> Muñoz Machado, Santiago. Op. cit., (Tratado de Derecho...), 502p.

<sup>365</sup> Cfr. Muñoz Machado, Santiago. Op. cit., (Tratado de Derecho...), 502-505pp.

restringiendo aún más el ámbito y la intensidad de regulación por parte del Estado.<sup>366</sup>

En palabras de Muñoz Machado: “El gran hallazgo de la autorregulación, tal y como se está imponiendo en nuestro tiempo, es que no implica una fractura entre el Estado y la sociedad, no supone la separación completa entre ambos. Por el contrario, permite desarrollarse en plenitud esta nueva emergencia de la sociedad civil y da plena fuerza a la capacidad creativa de los privados, para, inmediatamente, aprovecharse de ello, recogerlo y ordenarlo haciendo que los intereses privados y los públicos confluyan. Esta operación se lleva a término canalizando la autorregulación, fijándole ámbitos, misiones y procedimientos. Se hace esto mediante la regulación pública de la autorregulación [...], facilita una nueva integración dejando a ambas instancias con protagonismo razonable y suficiente”<sup>367</sup>.

En suma, las diferencias entre la teoría clásica del servicio público y el nuevo modelo de servicio de interés general en régimen de competencia, saltan a la vista. Podemos identificar que las principales transformaciones se expresan en la liberalización de sectores y privatización de empresas y

---

<sup>366</sup> Cfr. Muñoz Machado, Santiago. Op. cit., (Tratado de Derecho...), 508-509pp.

<sup>367</sup> Cfr. Muñoz Machado, Santiago. Op. cit., (Tratado de Derecho...), 510-511pp.

actividades de servicio público (*despublificación*), el régimen jurídico aplicable: libre competencia; el rol del Estado: regulador y subsidiario; y, por tanto, mercantilización del sistema de prestaciones a la sociedad. A modo de síntesis, ver ANEXO N°1: Cuadro de diferencias entre el tradicional y el nuevo servicio público.<sup>368</sup>

A partir de estas profundas transformaciones se ha pretendido dar muerte a lo que conocíamos como servicios públicos, usando el concepto simplemente para referirse a las obligaciones que significan, más dejando de lado todos los demás elementos que fueron constitutivos del mismo. Pero, dice Muñoz Machado, incluso “[...] suponiendo que la liberalización y la privatización alcancen los extremos máximos que los ideólogos del Estado mínimo pretenden, sería injustificada la conclusión de que la reforma incluye como precio la muerte de los servicios públicos”<sup>369</sup>. La actual forma de los servicios públicos tampoco han logrado dar respuesta cabal, efectiva y eficiente a las obligaciones de servicio público, dice Ch. Stoffaes, citado por Muñoz Machado, que “[...] la eliminación sin matizaciones de los regímenes particulares del servicio público, en el marco de la competencia y del libre cambio, sería susceptible, al término, de entrañar consecuencias negativas

---

<sup>368</sup> Ariño, Gaspar. Op. cit. 587p.

<sup>369</sup> Muñoz Machado, Santiago. Op. cit. (Servicio público y mercado...), 27p.

desde el punto de vista de la realización del gran mercado: concentraciones económicas excesivas y riesgos de abuso de posición dominante por parte de monopolios privados que han tomado el lugar de los monopolios públicos regulados; penalización de las inversiones a largo plazo [...], atentados al medio ambiente y al desarrollo estable; desigualdades regionales entre regiones urbanas y rurales, centrales y periféricas, etc. Todo esto tiene un coste, que es necesario estimar: el de la Europa del no servicio público”<sup>370</sup>.

Finalmente, se trata de lo que somera pero explicativamente escribe Souvirón: El servicio público se encuentra en una tensión “[...] entre la rentabilidad económica en su explotación y su desarrollo en competencia conforme al mercado, con la rentabilidad social y no solo económica y el monopolio hasta ahora característicos del servicio público; entre la diversificación de las prestaciones y su libre elección, con la uniformidad y la igualdad tanto de éstas como de las contraprestaciones económicas de los usuarios; entre el juego de la oferta y la demanda, y la continuidad y regularidad que, aseguradas por las reglas del servicio público, los puros mecanismos del mercado no podrán por sí solo garantizar”<sup>371</sup>.

---

<sup>370</sup> Cfr. Muñoz Machado, Santiago. Op. cit., (Tratado de Derecho...), 576p.

<sup>371</sup> Souvirón, José María. Op. cit., 143p.

## **2. Servicios públicos industriales y comerciales: Hacia la empresa pública.**

Desde el Arrêt Eloka, los servicios públicos fueron categorizados según el carácter de la actividad que llevaban a cabo. Así, aquellos servicios públicos estatales de carácter económico serían sometidos a un régimen jurídico distinto del de los servicios público “propriadamente tales”. Los servicios públicos industriales y comerciales, por lo tanto, estarían regidos por las normas del Derecho común. En este apartado trataremos de ahondar un poco más en los fundamentos y objetivos de esta clasificación y su derivación: la empresa pública.

Se han sostenido dos hipótesis respecto al fenómeno de la “privatización” del régimen jurídico de los servicios públicos de carácter económico. Por una parte se sostiene que se trata de una “huida del derecho administrativo”, fundada en la necesidad por parte de la Administración de flexibilizar respecto de dichas actividades, las reglas tradicionales del derecho administrativo<sup>372</sup>. De manera que este proceso habría sido iniciado por la

---

<sup>372</sup> Vedel, Georges. Op. cit., 695p.

Administración y consagrado por la jurisprudencia francesa bajo la noción de servicios públicos industriales y comerciales.<sup>373</sup>

Sin embargo, hay otros autores que han considerado que el beneficio de flexibilización de las normas de derecho administrativo para la gestión económica de la Administración, vendría a ser más bien una especie de externalidad positiva de un proceso de freno de la expansión de los servicios públicos, impulsado principalmente por los jueces de los tribunales franceses. Muy pronto, Jèze establecería que los jueces se encontraban jugando un rol de orden “político o económico” respecto de la materia de los servicios públicos: determinación de las circunstancias de hecho que hacen necesario la implementación de un servicio público; y determinación de aquellos casos en que la organización de un servicio público podría importar un atentado contra la libertad de comercio e industria<sup>374</sup>. Concluyendo al respecto que fueron los jueces del Consejo de Estado quienes bajo una formación ortodoxa y liberal, llevaron a cabo un proceso hostil en relación al desarrollo de los servicios públicos<sup>375</sup>.

---

<sup>373</sup> Vedel, Georges. Op. cit., 695p.

<sup>374</sup> Jèze, Gatón. Op. cit., 114p.

<sup>375</sup> *Ibidem*.

En la misma línea, Benoit denunciaba que la noción de servicio público industrial y comercial no se trataba de “una trivial noción de técnica jurídica”, sino que correspondía al movimiento político, económico y social de principios de siglo XX, tratándose entonces de una noción más política (liberal) que jurídica<sup>376</sup>. Agrega que “[n]o puede ser más que una noción transitoria: habrá sido el freno creado por los magistrados atemorizados en 1921 por el paso, que se dibujaba ante sus ojos, de la administración puramente “política” del siglo XIX a la administración “económica” de nuestros días”<sup>377</sup>.

La definición de esta categoría de servicios públicos no ha logrado ser desarrollada con mucho éxito. Concluye Vedel que “[...] es más fácil determinar los criterios de exclusión de la cualidad de servicio público industrial y comercial, que aquellos que implican el reconocimiento de la misma [...]”<sup>378</sup>, de manera que, en términos generales, el reconocimiento de un servicio público industrial o comercial pasaría por determinar si sus características en relación a la naturaleza del servicio, la organización, condiciones de funcionamiento, relación con los usuarios, etc., son semejantes

---

<sup>376</sup> Benoit, Francis-Paul. Op. cit., 953-954pp.

<sup>377</sup> Benoit, Francis-Paul. Op. cit., 975p.

<sup>378</sup> Vedel, Georges. Op. cit., 697p.



al servicio de una empresa privada<sup>379</sup>. Sin embargo, no podríamos afirmar que este esfuerzo de identificación corresponde a una definición jurídica.

A modo de paneo general, Benoit realiza una pequeña recopilación de los esfuerzos por definir al servicio público industrial y comercial: Bonnard, lo definió “[...] como aquel que busca realizar beneficios con vistas a procurar recursos a una colectividad pública.”; Chavanon decía que “[...] los servicios públicos que realizan actos de comercio, en el sentido del término en el Código de comercio.”; para Chalier, serían aquellos respecto de los cuales “[...] la autoridad competente para crearlos optaría por hacer que se rigiere por el derecho privado”<sup>380</sup>. Para el autor, sin embargo, la respuesta a la falta de una definición clara de esta noción es tajante: “Si la noción de servicio público industrial o comercial sigue sin estar definida, es que sin duda es indefinible. La cosa es fácil de comprender: ni las actividades, ni los servicios, tienen naturaleza por sí mismos. Ningún servicio existe que por su naturaleza sea, objetivamente, industrial o comercial: es industrial o comercial el servicio que se decide someter al régimen correspondiente. El carácter industrial o comercial no puede resultar sino de una elección voluntaria”<sup>381</sup>

---

<sup>379</sup> *Ibidem*. Este sería el carácter empírico que habría sido usado por los tribunales, y que el autor considera impreciso para su determinación.

<sup>380</sup> Benoit, Francis-Paul. *Op. cit.*, 962p.

<sup>381</sup> Benoit, Francis-Paul. *Op. cit.*, 966p.

La consideración de estas actividades del Estado como servicios público, en principio, no podría radicar sino en la identificación en ellos de alguno de los elementos que enumerábamos más arriba, como el objetivo de interés público, o las prerrogativas de poder público a favor de la Administración. Ahora, la adjetivación de los mismos con la expresión “industrial y comercial”, parece ser un esfuerzo por asemejarlos o por manifestar expresamente que se incorporan a un área reconocida al libre ejercicio económico de los particulares. Un esfuerzo por evidenciar ese “intervencionismo” estatal en materias económicas. Sin embargo, en términos estrictos, la conclusión de que estos servicios por la posibilidad de ser administrados como empresa privada, deben regirse en sus relaciones con los privados por el derecho privado, no tiene mayor sustento jurídico<sup>382</sup>, salvo alguna norma expresa en algún sistema jurídico determinado y, así todo, esta norma no tendrá carácter imperativo más allá de su propio campo de aplicación.

No hay que olvidar que la intención de ascender dichas actividades económicas a la categoría de servicios públicos buscaba como objetivo

---

<sup>382</sup> En este sentido, Benoit, Francis-Paul. Op. cit., 973p.

satisfacer necesidades de la colectividad en condiciones satisfactorias en el plano de la continuidad y la generalidad de las prestaciones, las cuales, al igual que cualquier servicio público, sólo eran posibles mediante prerrogativas de servicio público<sup>383</sup>.

Para Benoit, los servicios que se han llamado industriales o comerciales no funcionan como empresas privadas, sino como los denominados servicios públicos administrativos. Considerando que éstos cuentan con prerrogativas de poder público y su finalidad es “[...] proporcionar prestaciones consideradas como indispensables para la colectividad, finalidad de la que está ausente la búsqueda de ganancia, que es muy diferente de la de la empresa privada, y por esto – porque las técnicas de acción corresponden a las finalidades- estos servicios no funcionan en absoluto como empresas privadas. Los servicios públicos industriales o comerciales no son una categoría particular de servicio público. Son servicios públicos como los demás”<sup>384</sup>. Este criterio de “finalidad”, para nosotros será relevante en el posterior desarrollo de esta investigación.

---

<sup>383</sup> Benoit, Francis-Paul. Op. cit., 990p.

<sup>384</sup> Benoit, Francis-Paul. Op. cit., 974p.

La dificultad que enfrentaremos en este esfuerzo de delimitación de las formas de intervención estatal radicarán, en una parte al menos, en la falta de una determinación clara de lo que entendemos por beneficio colectivo o interés general. Valls Hernández, por ejemplo, manifiesta que aquellos entes de gobierno “cuyo objeto es una actividad privada, lo que hemos llamado empresa pública en sentido estricto, y que por alguna razón sea considerada un área prioritaria para la intervención estatal, no prestan un servicio público. Por lo tanto, las actividades económicas de la administración pública pueden tener como fin primario la obtención de utilidades, rescatar una fuente de trabajo, equilibrar un mercado de bienes o servicios, entre otros, y sólo secundariamente obtener un beneficio colectivo”<sup>385</sup>, afirmación que abre claramente la pregunta respecto de qué es lo que consideramos como un beneficio colectivo. Rescatar una fuente de trabajo, equilibrar un mercado, o participar de un mercado para otorgar mejores condiciones a la población, podrían perfectamente considerarse como beneficios colectivos. Incluso, podríamos afirmar que la obtención de utilidades por el Estado, permite obtener un beneficio colectivo en la medida que con su destinación al presupuesto nacional, sirve para financiar otros servicios públicos.

---

<sup>385</sup> Valls Hernández, Sergio. Op. cit., 432p.

Es cierto, sin embargo, que algunas actividades económicas de la Administración no contarán con los elementos fundamentales del concepto de servicio público. Será el caso, por ejemplo, de aquellas actividades que no tengan por objeto realizar una prestación positiva a un usuario determinado. Pero, en cualquier caso, conclusión de aquella afirmación no puede ser que, por tanto, la gestión de cualquier empresa pública, corresponde a una empresa privada gestionada por el Estado o que sus objetivos son propios de una empresa privada<sup>386</sup>.

Este problema de determinación de los alcances y aplicación del servicio público, fue abordada por Villar Palasí con la elaboración de una teoría que aspiraba a resolver las dificultades de delimitación del servicio público: se trataba de la “gestión económica” de la Administración como categoría autónoma de las formas de intervención estatal, superando así la clásica triada policía-fomento-servicio público. Explica Bassols que “[l]a característica fundamental de esta actividad de gestión económica radica en su presentación como actividad de producción de bienes económicos a cargo de

---

<sup>386</sup> Como veremos más adelante, para nosotros estas actividades económicas, muchas gestionadas como empresas o sociedades del Estado, deben ser enmarcadas más precisamente como actividades económicas del Estado, desligándolas de la matriz conceptual y del régimen jurídico que sobre las actividades económicas del Estado ha recaído por su asociación a las empresa privadas. Reconociendo su finalidad de interés público, por tanto, reconociendo un régimen jurídico especial y en una lógica ya no de competencia con los privados, sino de resguardo económico estratégico.

la Administración, es decir, en una, en frase [sic] de Villar Palasí, «de una dación al mercado y no en la prestación de un servicio a los administrados»<sup>387</sup>. De esta manera, el sustento de esta nueva tesis se basaría en “[...] una distinción en el concepto base de «prestaciones» por su contenido en unas prestaciones inmateriales (el servicio es siempre una prestación inmaterial, no concreta) y unas prestaciones materiales (bienes económicos de producción que se ofrecen al mercado económico)”<sup>388</sup>.

De esta manera comienza a forjarse la teoría de la empresa pública, ya no sólo de manera fenoménica y circunstancial, sino como proyección, reconocimiento y delimitación teórica de la actividad empresarial y/o económica del Estado. Al respecto, dice Garrido Falla: “[...] el fenómeno a que ahora aludimos hace su aparición en el campo del intervencionismo estatal en materia económica. Aquí se ofrecen tan entrelazados el régimen jurídico-público y el jurídico-privado de la actividad administrativa, que la doctrina ha vacilado al calificar la naturaleza jurídica de esta actividad. Mientras, por su parte la doctrina francesa ensaya el tránsito a la noción del servicio público económico con las modificaciones que esto imprime en la idea clásica, Villar Palasí, entre nosotros, cree poder introducir en la

---

<sup>387</sup> Bassols, Martín. Op. cit., 44p.

<sup>388</sup> Bassols, Martín. Op. cit., 45p.

dogmática del Derecho administrativo la nueva noción de la gestión económica como categoría jurídica que desborda el tradicional tríptico: policía, fomento y servicio público.”<sup>389</sup>

Por ahora, lo que interesa dejar claro es que la intervención de la Administración en áreas comerciales o industriales, se realizó generalmente a través de la herramienta de la empresa pública. Sujeta a un régimen de organización, funcionamiento y relación con particulares de Derecho privado, no obstante contar con ciertos procedimientos y controles especiales de Derecho público.

A pesar de que más adelante realizaremos una delimitación terminológica más acabada para comprender el desarrollo y las aristas de análisis de las actividades económicas de la Administración, en términos generales creemos que la empresa pública como **instrumento práctico** del Estado surge como evolución de los establecimientos públicos industriales y comerciales en la intervención de actividades de carácter económico; como **categoría jurídica** surge con la validación, masificación y sistematización de la noción de servicios públicos industriales y comerciales y de las empresas

---

<sup>389</sup> Garrido Falla, Fernando. Op. cit. (Sobre el derecho administrativo...), 30-31pp.

públicas como instrumentos prácticos; y, finalmente, la empresa pública como **forma autónoma de intervención de la Administración**, surgirá con el agotamiento y desbordamiento del concepto de servicio público al alero de las concepciones socialistas y, luego, privatizadoras de la segunda mitad y finales del siglo XX, respectivamente<sup>390</sup>.

---

<sup>390</sup> La aparición de la empresa pública en estas tres etapas, lo veremos más acabadamente en el apartado específico de la empresa pública.



## **CAPÍTULO III: LA EMPRESA PÚBLICA**

### **1. El concepto de Empresa Pública.**

Efectivamente, como veníamos advirtiendo, durante la primera mitad del siglo XX el Estado liberal comienza a ampliar su ámbito de intervención a través de los servicios públicos. Cuando esta intervención alcanza aquellos sectores tradicionalmente ligados a la economía y la libre actividad privada, surge una categorización de los servicios públicos basada fundamentalmente en la limitación de la aplicación de potestades exorbitantes y la sustitución del régimen jurídico aplicable, con el fin de defender la actividad empresarial privada y frenar el proceso expansionista y garantista estatal. De esta manera, entonces, al primer cuarto del siglo XX ya podíamos identificar (i) los servicios públicos administrativos y (ii) los servicios públicos industriales y comerciales.

Sin embargo, las crisis sociales del siglo XX pondrán en tela de juicio los principios del Estado decimonónico, dando espacio -en palabras de Villar Palasí- a una “crisis de la concepción tradicional del Estado liberal de

Derecho”<sup>391</sup>, la cual se manifestará, primero, en una superación del principio abstencionista del Estado y, luego, en un replanteamiento de la aplicación del concepto de servicio público a las actividades económicas.

Por un lado, el Estado se legitima ya no únicamente como gestor de servicios de carácter asistencial sino también como gestor de actividades económicas, se posiciona pronto como productor de bienes y servicios, como actor dentro del mercado y también como titular exclusivo de ciertos sectores económicos denominados estratégicos. Será esta crisis, marcada por la expansión de la actividad estatal que, según veíamos, evoluciona de la prestación de “servicios públicos sociales” a la realización de servicios de carácter industrial y comercial y, finalmente, a la gestión de empresas públicas. Evolución y expansión del quehacer estatal que dará pie a una nueva concepción del Estado: El Estado Social de Derecho.

Se trata de un proceso de transformación que abrazará la tesis de la “necesidad pública” como justificación de la intervención estatal y ya no,

---

<sup>391</sup> Villar Palasí, J. L. Op. cit., (La actividad industrial del Estado...), 54p.

como era propio del Estado liberal de siglo XIX, la idea de “voluntad general” (en términos de mero Estado-gendarme)<sup>392</sup>.

Por otro lado, el concepto de servicio público se verá desbordado por la expansión y las nuevas reglas de actuación administrativa en los sectores económicos. Las antiguas forzadas categorías no darán cuenta del proceso real que se vive en las sociedades y se volverán insuficientes para mantener una noción unitaria y coherente de servicio público. Se plantearán así flexibilizaciones del concepto, ampliaciones del mismo, y también la escisión de los servicios públicos económicos del concepto tradicional para fundar una nueva categoría de intervención estatal: la gestión económica; la empresa pública; la actividad empresarial. Desde mediados de siglo se acuñará la idea de “Estado empresario”, como característica de este nuevo estado garante que actuará como gestor protagónico de servicios de los sectores de la económica, a través, en principio, de las empresas públicas.

No obstante la velocidad y profundidad que alcanzó este proceso expansionista, tendrá cabida en el ocaso del siglo XX la crisis del Estado social, se criticará la burocracia administrativa y, a consecuencia de ello, la

---

<sup>392</sup> Cfr. Villar Palasí, J. L. Op. cit., (La actividad industrial del Estado...), 57p.

separación irreconciliable producida por el “intervencionismo” entre el Estado y la Sociedad, se planteará así la superación del Estado del bienestar por la idea de la “Sociedad del bienestar”<sup>393</sup> y en razón de ella, la privatización y liberalización de los sectores económicos. La intervención del Estado en las actividades amplias de la sociedad se limitará por los principios de la subsidiariedad, focalizándose el alcance de los servicios del Estado. La colaboración particular a la actividad estatal que caracterizó la primera crisis del servicio público, será ahora reemplazada por la colaboración y regulación estatal de las actividades particulares, circunstancia que llevará a lo que se ha anunciado como el fin o la segunda crisis del servicio público: el servicio de interés general.

Finalmente, advertir que, en términos epistemológicos, la aproximación al tratamiento de la “empresa pública” a lo largo de estos últimos siglos ha estado influida por dos matrices de pensamiento político traducidas en sistemas políticos y jurídicos: Por un lado, el sistema de estructura liberal y, por otro el sistema de economía planificada o socialista, permitiendo entre ellas una amplia gama de estadios intervencionistas. En términos generales, podemos decir que la primera de ellas, concibe que el Estado debe abstenerse

---

<sup>393</sup> Ariño, Gaspar. Op. cit. (Empresa...), 28p.

de su participación económica, limitándose al resguardo del orden público a efectos de “que puedan desarrollarse libremente las relaciones económico-sociales”, sustentándose en la idea de un Estado subsidiario que aparece sólo por defecto de la iniciativa privada. Por su parte, la perspectiva socialista pretende integrar los fines del Estado y los de la sociedad, planteando al Estado como un catalizador y como aparato a disposición de los fines sociales sobre las ideas de la socialización de los medios de producción, la dirección planificada de la economía y democratización de la determinación de objetivos económicos y los medios para su realización. El intervencionismo, finalmente, admite grados, acentuado o escaso, acercándose en uno u otro caso a uno u otros sistema económico y jurídico.<sup>394</sup> Y es este carácter esencialmente político que trasciende su tratamiento jurídico lo que permite a Garrido Falla afirmar que se trata de “una de las más grande controversias ideológicas en que se halla empeñada la sociedad de nuestro tiempo”<sup>395</sup>.

### **1.1 Cuestiones terminológicas previas.**

---

<sup>394</sup> Brewer Carias, Allan-Randolph. Las empresas públicas en el Derecho comparado: Estudio sobre el régimen de las actividades industriales del Estado. Venezuela, Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Central de Venezuela, 1967. 37-38pp.

<sup>395</sup> Garrido Falla, Fernando, 1961 en Brewer Carias, Allan-Randolph. Op. cit., loc cit., 39p.

Antes de abordar más profundamente el origen del concepto, hemos considerado pertinente distinguir –según hemos podido identificar a lo largo del estudio del tema- los niveles de análisis que permite el concepto amplio de empresa pública, entendida ésta como cuarta forma de intervención estatal. Algunas veces se trata indistintamente los términos “actividad económica del Estado”, “Estado empresario”, “actividad empresarial del Estado”, “gestión económica de la Administración”, “empresa pública” y “empresa estatal”, por lo que nos interesará a lo largo de este trabajo, proponer un orden de los conceptos que permita entender lo más depuradamente posible el fenómeno de la empresa pública y su evolución.

Cuando hablamos de actividad económica del Estado o de la Administración, deberíamos entenderlo en términos históricos. La actividad económica del Estado es una tarea que se asumió desde que puede concebirse un Estado, con indiferencia del desarrollo teórico del Derecho público y, algunas veces, incluso con indiferencia también de las formas que ésta haya tomado en las legislaciones. Tanto los jueces, como gobernantes, al menos del siglo XIX y principios del XX, como vimos, reconocían o pretendían implementar cierta intervención estatal en las áreas económicas de la sociedad, mas no por ello en la época se entendía como empresa pública o

actividad empresarial. De hecho, en un principio, la forma de intervención estatal en actividades económicas ocurría mediante subsidios a los privados o participación conjunta en sociedades comerciales. También se realizó bajo la figura de los servicios públicos mediante los llamados “establecimientos públicos industriales y comerciales”. La empresa pública como categoría jurídica autónoma aparece temporalmente después del reconocimiento fáctico de la actividad económica de la Administración. La actividad económica del Estado, por tanto, debe entenderse ampliamente como la participación estatal en el campo económico de la sociedad.

En un sentido similar creemos poder comprender la idea de gestión económica de la Administración, sin embargo, lo separaremos del término anterior, ya que trata de un concepto desarrollado por Villar Palasí en miras a resolver el problema conceptual del servicio público. No obstante lo veremos en lo que sigue, la gestión económica de la Administración debe entenderse también como un concepto amplio que aborda las actividades de carácter económico del Estado y que no serán incluidas ya en la categoría de servicios públicos por considerarse tener una finalidad y, por tanto, un régimen jurídico, distinto al de los servicios públicos en su esencia tradicional.

Ahora, Estado empresario y actividad empresarial, creemos representan conceptualizaciones más modernas de la actividad económica del Estado y, por cierto, supone la existencia de la empresa pública como categoría jurídica autónoma y reconocida por el Derecho previamente. Estos conceptos sugieren el reconocimiento y la identificación efectiva de un quehacer autónomo del Estado. Refieren, por un lado, a la política económica concreta definida para la intervención administrativa en el campo de las actividades económicas. Y, por otro, funcionan como adjetivos para caracterizar un Estado que ha tomado una política de amplia intervención mediante gestión de empresas en los sectores económicos.

Más concretamente aún encontramos los conceptos de empresa pública y estatal, que también son tratados la mayoría de las veces como sinónimos. Para efectos de explicar dogmáticamente el concepto, los usaremos indistintamente como empresas pertenecientes al Estado o en las que el Estado tiene participación (más adelante veremos la necesaria clasificación), sin embargo, nos parece pertinente adelantar algunas de nuestras conclusiones a este respecto. Lo estatal, definitivamente, a lo largo de la historia ha referido a la propiedad del establecimiento, objeto o servicio y lo público, la más de la veces, ha sido considerado de igual manera, entendiéndose que el contenido de



la adjetivación “público” o “estatal” supone la propiedad del Estado sobre dichos establecimientos, objetos o servicios. Sin embargo, consideramos que hablar de estatal y público no es necesariamente lo mismo. La empresa estatal, coincidimos, serán aquellas empresas de propiedad del Estado, con independencia de las características o fines específicos que persigan. La empresa pública, por otro lado, creemos que, desde una perspectiva moderna y democrática, debiese referir no sólo al régimen de propiedad, sino en términos sustanciales a su finalidad, bienes jurídicos protegidos por ellas y régimen de gestión en virtud de ello. En concreto, para nosotros, pensar el concepto de empresas públicas sólo es posible por fuera de los principios de mercado o libre competencia con otras empresas privadas. Serían aquellas que actúan en campos económicos sacados del mercado y, que por lo mismo, se configuran y actúan de manera distinta a los agentes de mercado. La consecución de sus fines públicos, sería, por tanto, mediante instrumentos y medios igualmente públicos. Pero insistimos, en el desarrollo de este trabajo, seguiremos la línea tradicional de comprender empresa pública y estatal como empresas del Estado.

Finalmente, nos parece importante advertir que “empresa pública” es abordado por el Derecho administrativo de tres formas. Como decíamos

párrafos más arriba, consideramos que la empresa pública puede ser analizada evolutivamente, primero, como instrumento de hecho –sin teorización- de gestión de actividades por parte de la Administración (a ser analizado en el apartado de “origen del concepto - desarrollo histórico”); pero, desde su tratamiento jurídico-dogmático, desde su teorización, puede entenderse (i) como categoría jurídica autónoma que refiere a toda la actividad económica realizada por la Administración (positiva y económica; de producción y distribución de bienes; o explotación de servicios industriales y comerciales). Esto es, como forma de intervención de la Administración (a analizarse en el apartado “origen del concepto – desarrollo jurídico”); (ii) como fórmula general de organización para la realización de actividades económicas (a estudiarse en el apartado “hacia un concepto de empresa pública”); y, finalmente, (iii) como forma jurídica específica de gestión de servicios público económicos o producción de bienes (a desarrollarse en el apartado “diversas formas de gestión de las actividades económicas”).

## **1.2 Origen del concepto.**

### **1.2.1 Desarrollo histórico.**

La actividad económica del Estado tiene un origen difuso, ya que depende de la definición y el contenido de “Estado” y de “actividad económica”, de determinar desde cuándo consideramos existen o son reconocidos ambos conceptos. En este sentido, algunos autores han planteado que pueden identificarse actividades industriales dirigidas por el “Estado” - más precisamente, por los gobiernos- ya en las épocas monárquicas. Este sería el caso las “reales fábricas” dirigidas a la gestión de monopolios naturales (la acuñación de monedas), los monopolios fiscales para la recaudación (minas, tabaco) y sectores estratégicos (arsenales); las “manufacturas reales” (industria manufacturera); y las compañías privilegiadas del comercio<sup>396</sup>, que sobre la base de la orientación intervencionista del Estado, impulsada por el mercantilismo de la época, tenían una importante presencia e importancia en Europa y en particular en Francia<sup>397</sup>. Se trataba de establecimientos industriales que podían ser financiados y gestionados completamente por la Hacienda pública o gestionados de manera mixta, es decir, gestión privada con control de los gobiernos y financiación conjunta.<sup>398</sup>

---

<sup>396</sup> Comín, Francisco y Díaz, Daniel. Op. cit., 85-86pp; y Villar Ezcurra, J.L. Op. cit., 143-144pp.

<sup>397</sup> Comín, Francisco y Díaz, Daniel. Op. cit., 23p.

<sup>398</sup> Comín, Francisco y Díaz, Daniel. Op. cit., 83p.

Parece ser, sin embargo, que la actividad económica del Estado entendida en los términos que hemos venido desarrollando, nace con los Estados nacionales del siglo XIX. A pesar de que se ha afirmado que los procesos revolucionarios del siglo anterior trajeron consigo una reducción del área empresarial pública –manifestada en las manufacturas reales- y la predisposición privatizadora y liberalizadora económica de los Estados liberales, la intervención estatal, aunque menor, se mantuvo presente tanto en términos de propiedad (acciones), de ayudas y de regulaciones de actividades económicas mantenidas desde el siglo XVIII<sup>399</sup>. Sin embargo, como veremos, la perspectiva liberal impedía una mayor intervención económica del Estado, por lo que las gestiones de carácter económico que surgirán al alero de las nuevas necesidades sociales que traerá el desarrollo industrial, comenzarán a aparecer en el campo de los servicios públicos, lo que nos llevará a concluir que más que una desaparición de la empresa pública, hubo una profunda transformación<sup>400</sup>.

La estructura política de principios del siglo XIX, continuará anidando “una concepción restrictiva y dogmática sobre la función propia de los entes públicos” traduciéndose en un Derecho Administrativo que no permite la

---

<sup>399</sup> Comín, Francisco y Díaz, Daniel. Op. cit., 33p.

<sup>400</sup> En este sentido, Comín, Francisco y Díaz, Daniel. Op. cit., 91p.

inclusión de las tareas de “regulación sustantiva de los nuevos medios técnicos exigidos por la nueva realidad urbana; no acepta que la Administración asuma respecto de ellos una función directiva de organización y prestación –por su carácter, tanto de instalación como de explotación, industrial-, y los abandona al libre juego de la vida privada”<sup>401</sup>.

De esta manera, será sólo hacia mediados del siglo XIX, con la intenciones industrializadoras y orientaciones económicas nacionalistas de los Estados europeos, cuando podemos identificar más claramente formas de gestión de actividades económicas por parte de la Administración<sup>402</sup>, expresadas, en un principio –bajo los fundamentos del liberalismo- como subsidios a empresas privadas para cometidos dirigidos por la Administración y como participación del Estado en sociedades mixtas (en concurrencia con capital y participación de privados).

Así todo, en dicho periodo histórico también es posible reconocer algunas empresas de carácter propiamente estatal gestionadas directamente por la Administración central – el caso del sector banca y seguros, algunos casos y gestiones posteriores de ferrocarriles, algunas empresas de gestión de

---

<sup>401</sup> García de Enterría, E. Op. cit.

<sup>402</sup> Comín, Francisco y Díaz, Daniel. Op. cit., 24p.

propiedades y rentas del Estado<sup>403</sup>, y otras que tuvieron su origen en los municipios, como es el caso del suministro de determinados servicios sociales como el agua, gas y electricidad, muchas de las cuáles se constituyeron como las primeras sociedades o empresas de las colectividades públicas<sup>404</sup>. Este último fenómeno es importante, ya que gran parte de las nuevas necesidades surgidas a propósito de las migraciones demográficas fueron gestionadas, en principio, por los municipios. Así lo ha planteado también García de Enterría, afirmando que “[m]uchos años antes de que pasara al primer plano de la consideración política y teórica el tema de las nacionalizaciones industriales, era ya actual el tema de las municipalizaciones”<sup>405</sup>. Y agrega que es, “en efecto, el municipio la primera manifestación rotunda, si la consideramos estrictamente en relación con su ámbito propio, de una crisis del orden liberal, que iba luego a extenderse a toda la comunidad política propiamente tal”<sup>406</sup>. En este mismo sentido se ha pronunciado Brewer, planteando que el estudio de las actividades industriales y comerciales en el Derecho Comparado requiere la incorporación del factor de la descentralización y, por tanto, de un

---

<sup>403</sup> Comín, Francisco y Díaz, Daniel. Op. cit., 27-29pp.

<sup>404</sup> Comín, Francisco y Díaz, Daniel. Op. cit., 25p.

<sup>405</sup> García de Enterría. Op. cit. (La actividad industrial y mercantil...), 87-138pp.

<sup>406</sup> García de Enterría, E. Op. cit.

tratamiento no sólo del quehacer de los poderes centrales, sino también de los federales o locales.<sup>407</sup>

La municipalización de actividades plantea, en muchos casos, las primeras rupturas del régimen tradicional de Derecho Administrativo liberal, al “postular la posibilidad de una gestión industrial y mercantil realizada directamente por la misma Administración (sin necesidad de un concesionario interpuesto), tanto para la realización de servicios públicos como para la simple gestión económica, calificada así desde el punto de vista sustancial”<sup>408</sup>. De alguna manera este proceso de alzamiento de actividades como municipales, pasará a ser el antecedente concreto de lo que se verá con mayor vehemencia durante gran parte del siglo XX: las nacionalizaciones. Éstas serán la expresión más clara y consistente de esta ruptura del Derecho Administrativo tradicional, en cuanto representarán la voluntad explícita de los Estados de asumir actividades de industria y comercio. Podremos afirmar que será la actividad industrial municipal (local) precedió a su misma manifestación estatal (central) en al menos cincuenta años, probablemente debido a la mayor capacidad que tuvieron las administraciones locales para procesar en su estructura los diversos cambios sociales y políticos que

---

<sup>407</sup> Brewer Carias, Allan-Randolph. (Las empresas públicas en el Derecho comparado...). 27-28pp.

<sup>408</sup> García de Enterría, E. Op. cit.

describíamos de aquella época (crecimiento demográfico de las localidades urbanas, el aumento y despersonalización de necesidades sociales)<sup>409</sup>.

Las razones para estas primeras apariciones de las empresas públicas son diversas. En algunos casos, como el de los municipios, se trataba de una pretensión de gestión monopólica de dichos servicios (por tratarse de redes de infraestructuras), en otros, se trataba del salvamento de empresas en quiebra, algunas veces por razones de defensa y motivos estratégicos, distribución de renta, mantención de empleos y precios o contraposición de intereses (público-privados)<sup>410</sup>. También pueden enumerarse como razones, la necesidad de ingresos para Hacienda a través de monopolios fiscales y minería, instituciones financieras para mantener equilibrio monetario, sustitución de ausencia de iniciativa privada (principio subsidiario), motivos ideológicos y protección de dominación o dependencia económica extranjera<sup>411</sup>. Como podemos ver, el surgimiento, rumbo y evolución de las empresas públicas siempre fue dependiente de la política económica desarrollada por los Estados. De esta manera, y sólo a modo de ejemplo, el caso de Inglaterra siguió un camino bastante distinto al resto de Europa,

---

<sup>409</sup> García de Enterría, E. Op. cit.

<sup>410</sup> Comín, Francisco y Díaz, Daniel. Op. cit., 27p.

<sup>411</sup> Comín, Francisco y Díaz, Daniel. Op. cit., 46p.



limitando agudamente la empresa estatal sólo a los sectores dependientes de redes de infraestructuras y a la minería del carbón, debido a que la “inviolabilidad de la propiedad privada estaba mucho más asentada en los principios liberales del siglo XIX, lo que afectó notablemente a las formas de intervención del Estado, y esta actitud se heredó en el siglo XX”<sup>412</sup>.

Salvo casos particulares, como el de Inglaterra, desde los inicios del siglo XX comienza a aparecer la idea del “Estado empresario”, propugnado por una creciente tendencia de los Estados a la intervención en áreas económicas de manera directa por medio de la creación, ampliación o adquisición de empresas públicas. Dice, Garrido Falla, que estos años se ven marcados por el descubrimiento de nuevas técnicas intervencionistas no generalizadas por el Derecho administrativo del siglo XIX, permitiéndose así la incidencia del Estado en cada vez más áreas del campo tradicionalmente privado. Así, citando a Rivero, enumera como métodos de intervención (i) la infiltración (sometimiento a reglamentación previa), (ii) la delimitación externa (sometimiento a ciertas obligaciones de derecho público), (iii) el protectorado (sometimiento de la actividad privada a las normas administrativas), (iv) o la anexión (nacionalizaciones); Alude también a

---

<sup>412</sup> Comín, Francisco y Díaz, Daniel. Op. cit., 31p.

Rippert, quien contemplaría como métodos intervencionistas (i) las prohibiciones, (ii) las autorizaciones previas, (iii) los mandatos positivos de hacer, (iv) la inspección y vigilancia, (v) y la nacionalización<sup>413</sup>. Explica luego que la evolución de la concepción de la Administración llega a su punto más álgido de evolución –sin considerar los posteriores procesos privatizadores-, habiéndose pasado de una idea meramente autoritaria de la misma (actividad de policía), a una caracterización en términos de prestaciones a los administrados (servicios público), contemplando a la época un Estado que “no se limita al tipo de prestación que constituye el tradicional contenido del concepto de servicio público, sino que irrumpe, casi sin límites, como sujeto de la actividad económica, industrial y mercantil, incluso sometándose a las formas jurídicas del Derecho privado (Estado empresario)”<sup>414</sup>.

La evolución y el auge de la actividad empresarial del Estado han estado determinado radicalmente por los distintos procesos políticos, económicos y sociales. Explica Rozas y Hantke, que “[e]l trasfondo de las políticas orientadas a incrementar la actividad empresarial del Estado, en Europa, lo constituyeron la declinación de las doctrinas liberales del siglo XIX y, muy especialmente, la destrucción de los sistemas productivos ocasionada

---

<sup>413</sup> Garrido Falla, Fernando. Op. cit. (Tratado...), 143p.

<sup>414</sup> Garrido Falla, Fernando. Op. cit. (Tratado...), 144p.

por la Primera Guerra Mundial y la crisis internacional de fines de la década de 1920, incluyendo la denominada Gran Depresión (1929-1933)”<sup>415</sup>, y agregan luego que “[u]n factor adicional que estimuló en los países europeos la mayor participación del Estado en la propiedad de empresas mineras y manufactureras fue el desarrollo de la industria militar al amparo de las confrontaciones bélicas que se suscitaron en la primera mitad del siglo XX”<sup>416</sup>.

Entendiendo que los fines de la Administración no pueden considerarse en términos estáticos aludiendo a un rol neutral, sino precisamente dinámicos, variables según las determinaciones políticas dadas, podremos comprender los vaivenes extremos que sufrió la actividad económica y empresarial del Estado durante el siglo XX. Así, en términos generales, en el caso europeo el primer impulso empresarial pude decirse estuvo influido, fundamentalmente, por las consecuencias sociales y económicas de la Primera Guerra Mundial. Sin embargo, impuso que fue continuado por una época de moderado –aunque patente- desarrollo y ampliación de las empresas públicas y, luego, se puede identificar un claro auge en el periodo correspondiente a la postguerra debido

---

<sup>415</sup> Rozas, Patricio y Hantke-Domas, Michael. Gestión pública y servicios públicos: Notas sobre el concepto tradicional de servicio público. Santiago, Naciones Unidas CEPAL, 2013. 49p.

<sup>416</sup> Rozas, Patricio y Hantke-Domas, Michael. Op. cit., 50p.

mayoritariamente a catastróficas circunstancias económicas, que llevaron a los gobiernos a impulsar importantes procesos de nacionalización y expansión de la industria pública.<sup>417</sup>

En el caso de Francia, por ejemplo, -el más radical podríamos decir en términos de crecimiento empresarial estatal-, las primeras empresas públicas surgieron en la década de los veinte a propósito del Tratado de Versalles que le otorgó propiedades Alemanas a título de indemnización. Desde los años treinta se realizaron algunas nacionalizaciones con mayor planificación política y económica (con los gobiernos del Frente Popular) y ya en los años cuarenta podía afirmarse que el Estado francés era el “principal accionista y empresario del país”, llevándose a cabo un tercer proceso nacionalizador durante los años 1981 y 1982 con los gobiernos socialistas, que permitió mantener esta primacía estatal empresarial hasta entrados los años noventa. Podía hablarse de una “auténtica economía nacional”, pues mediante los diversos métodos nacionalizadores: (i) el rescate de concesiones de empresas privadas que gestionaban servicios públicos (ferrocarriles, electricidad): (ii) la compra de empresas mediante legislaciones nacionalizadoras (bancos y aseguradoras); (iii) y la creación *sui generis* de empresas del Estado

---

<sup>417</sup> A lo largo de Comín, Francisco y Díaz, Daniel. Op. cit.

(industrias estratégicas como petróleo, energía nuclear), el Estado logró tener presencia en la mayoría casi absoluta de los sectores de la economía (energía, modos, medios e infraestructura del transporte, telecomunicaciones electrodomésticos, servicios turísticos, viviendas sociales, servicios bancarios)<sup>418</sup>.

El caso español en términos temporales es más similar al caso chileno, identificándose cinco etapas en la evolución de las empresas públicas peninsulares<sup>419</sup>. La primera de ellas situada en el siglo XVIII y marcada por un auge (ya que los inicios del proceso de creación de fábricas reales habría comenzado mucho antes, en el siglo XVI<sup>420</sup>) de la expansión en el campo industrial de establecimientos fabriles gestionados por capital mixto o público y subvenciones de la Real Hacienda, siendo el antecedente más relevante de este periodo las primeras creaciones de monopolios fiscales (pólvora, plomo, azufre, almagre, bermellón, naipes y lacre; posteriormente también, aguardiente, azúcar, papel, cera, bacalao y otros), que tendrían por objetivo

---

<sup>418</sup> Comín, Francisco y Díaz, Daniel. Op. cit., 34-35pp.

<sup>419</sup> Periodificación y caracterización general de Comín y Díaz. Op. cit., 43-46pp; en un sentido similar de periodificación y caracterización desde 1941: Gámir Casares, Luis. El proceso de transformación de la empresa pública. Información Comercial Económica, ICE, Revista de economía (811): 2003. 221-234pp.

<sup>420</sup> Villar Ezcurra, J.L. Op. cit., 148pp.

único la obtención de ingresos económicos para el Tesoro<sup>421</sup>. La segunda etapa está fechada en el siglo XIX y se caracterizó por un primer proceso privatizador de las reales fábricas, estancos (monopolios fiscales), minas estatales y bienes nacionales (tierras y montes) que, en virtud de razones ideológicas y necesidades económicas, fue llevado a cabo por los gobiernos liberales. Fundado en una perspectiva liberal que afirmaba la incompetencia del Estado para gestionar empresas, éstas quedarán en manos de privados para su explotación y el Estado sólo recibirá un canon de las utilidades<sup>422</sup>. Con todo, se mantuvieron algunas empresas en manos del Fisco, aquellas de carácter estratégico (armas y arsenales) y fiscal (minas rentables, monopolios fiscales como tabaco y monopolios de servicio público como correos). La tercera etapa de las empresas públicas puede ubicarse entre finales del siglo XIX y principios de siglo XX con un leve (debido a la reticencia ideológica arrastrada desde el siglo anterior) resurgimiento de la empresa pública española fundado en la política económica “nacionalista, proteccionista e intervencionista”, que duró hasta la Guerra Civil. En este periodo se decidió la conservación de algunos servicios públicos, como correos y telégrafos, pero respecto a la mayoría de los otros servicios ni el Estado ni los municipios abogaron por su gestión directa debido a razones ideológicas, de

---

<sup>421</sup> *Ibíd.*

<sup>422</sup> En este sentido también, Villar Ezcurra, J.L. *Op. cit.*, 149p.

descentralización y falta de recursos, razón por la que se optó por la concesión de su gestión a empresas privadas (caso de ferrocarriles). Sin embargo, en el periodo entreguerras, ya podrán vislumbrarse las primeras manifestaciones de intervencionismo administrativo: en 1924 se declara la facultad de los municipios para gestionar algunos servicios públicos y actividades económicas y tiene lugar la publicación de servicios de suministro<sup>423</sup>. La penúltima etapa refiere a la época del franquismo (entre 1939 y 1975) en la cual puede verse, (i) primero (hasta 1963 aprox.), la influencia de la posguerra en la definición de una política autárquica que llevó a la creación de muchas empresas públicas (Instituto Nacional de Industria - INI) y la nacionalización de diversos servicios públicos (ferrocarriles, telefonía, banco de España) y empresas extranjeras (Rio Tinto); (ii) luego (hasta 1970), un proceso de liberalización de los sectores industriales que relegaron a un rol subsidiario a las empresas del Estado, las que intervendrían solo para ejercer actividades abandonadas o despreciadas por las empresas privadas; (iii) y, finalmente (hasta 1975), las empresas cumplieron un rol de estabilización económica, reindustrialización y mantención de empleo, situación que llevó a las empresas del INI, con la crisis industrial de la época, a una situación desmejorada en términos de rentabilidad. Por último, la quinta etapa de la

---

<sup>423</sup> Villar Ezcurra, J.L. Op. cit., 151p.

evolución española, habría comenzado en 1983 con la llegada de los gobiernos socialistas, quienes en miras a la integración europea y la implicancia en las políticas económicas nacionales, impulsaron un proceso de “saneamiento” de la empresa pública en base al cual se llevó a cabo un proceso de privatizaciones con el objeto de consolidar la nueva política industrial (Seat y Enasa) y de mejorar la situación financiera de otras (Endesa, Repsol), política privatizadora que desde 1996, con los gobiernos conservadores se profundizó aún más.<sup>424</sup>

Como decíamos, fijar el origen de la actividad empresarial del Estado o de las primeras empresas de Estado, supone tomar posición sobre cuándo consideramos existe el Estado y la actividad económica propiamente tal. Explica Padilla que la teoría del Estado Moderno contempla los siguientes elementos: (i) territorio o espacio geográfico; (ii) un grupo social denominado “nación”; (iii) un factor de poder y de determinación llamado soberanía; (iv) una estructura o sistema jurídico. Y es en cuanto se configura con esta estructura y con la finalidad de lograr unos mínimos de bienestar para la sociedad, la de servir como medio para un fin mayor (la realización del ser

---

<sup>424</sup> Comín, Francis y Díaz, Daniel. Op. cit. 43-46pp.



humano), que se legitima su actuar en diversas áreas de la vida social, como es la económica<sup>425</sup>.

Sin pretender fijar un límite para nada más que para lo que nos proponemos aquí, consideramos que la intervención económica de la Administración, en cuanto supone la existencia de una Administración en los términos del Derecho moderno, surge necesariamente con la instalación de los Estados liberales del siglo XIX.

Sin embargo, la referencia “actividad económica” no puede asumirse sin mayor crítica o tratamiento. Al respecto, nos interesa introductoriamente, develar que la noción “económico” o “industrial y comercial”, como ya habíamos advertido en el tratamiento de los servicios públicos, no pueden considerarse como conceptos naturales aplicables naturalmente a actividades que por su naturaleza son de dicho tenor. El mismo Padilla afirma que la actividad económica del Estado es una noción bastante extensa, considerando en ella las tareas de análisis, priorización y propuesta de la política a seguir en cada sector productivo y la planificación del quehacer económico en miras al

---

<sup>425</sup> Padilla, Agustín. Régimen jurídico de la actividad económica del Estado. Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana (13): 1981, 727-754. Loc. Cit., 729-731pp.

alcance de los fines del Estado<sup>426</sup>: realización de la persona humana y la vida en sociedad. Consideraremos que las actividades económicas que pueden ser consideradas en esta idea, son las que tienen un impacto inmediato en la economía. En este sentido, importante es recalcar que la actividad económica no se realiza necesariamente por las empresas públicas (algunas tendrán carácter de servicio público) y que no toda empresa pública se crea para efectos de gestionar actividades productivas industriales. Es interesante ver al respecto que el tratamiento de las empresas públicas y los servicios públicos no ha podido tener una diferenciación muy clara en sus inicios, y podemos evidenciar desde ya, con los ejemplos dados en estos párrafos, que muchos servicios públicos requieren de una empresa pública para su gestión, así como algunas actividades económicas parecen responder a necesidades de servicio público.

De esta manera, podríamos concluir que quizás las empresas públicas surgen con las primeras necesidades monopólicas y estratégicas nacionales, como el telégrafo, el correo o la fabricación de material de guerra o de acuñación de monedas. Pero, lo cierto es que aparecerán más clara y transversalmente con la construcción de ferrocarriles, que es cuándo se

---

<sup>426</sup> Padilla, Agustín. Op. cit., 732p.

enfrenta evidentemente, la pretensión estatal de interés general con el interés privado de participación económica, en una indiscutible área industrial y en términos necesariamente monopólicos.

A pesar de que en los inicios de las construcciones férreas, éstas fueron delegadas a las empresas privadas, lo cierto es que la dirección y al menos parte de su financiamiento tenían origen estatal. Se trataba de la creación de un nuevo servicio económico que, siendo similar a aquellas actividades fundamentalmente reservadas a la iniciativa privada, admite más de una forma de gestión, entre ellas, la estatal. Es el mismo fenómeno que podemos identificar en los suministros de los llamados servicios básicos, los que suponen una infraestructura en red que para su gestión municipal o estatal, en los casos de no concesión, optarán por la organización empresarial pública para su gestión.

Así, los inicios de la actividad económica del Estado pueden datarse en el siglo XVII y XVIII, como decíamos, con los establecimientos de dependencia del monarca. Sin embargo, tal como explica Garrido Falla, dichas actividades se fundaban mucho más en la intención de mantener una fuente de ingresos para el Tesoro que en una política económica dirigida por la

Administración, de manera que “[...] se equiparaba a tal punto esta actividad con la realizada por los particulares que apenas hacía eco de ella la doctrina jurídico-administrativa”<sup>427</sup>.

Es cuando toma objetivos ya no meramente recaudatorios, sino de claro interés general, cuando la actuación económica comienza a considerarse recién propiamente como una especial forma de actuación administrativa, como un verdadero fenómeno empresarial de la Administración, y esto ocurre hacia el siglo XIX. Sin embargo, comienza a tomar una forma jurídica más clara a finales del siglo XIX y su auge de reconocimiento, tratamiento y utilización ocurre durante gran parte del siglo XX a propósito de las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial que llevaron a procesos de nacionalización de sectores de la economía. Rozas y Hantke han explicado que luego de este conflicto bélico, “[...] varios de los Estados europeos promovieron activamente políticas industriales que impulsaron y concretaron la nacionalización de industrias de manufacturas que se encontraban en manos privadas. La nacionalización de las industrias carboníferas del Reino Unido y de Francia, así como de la industria eléctrica en ambos países son un primer ejemplo de las políticas impulsadas. También ha de considerarse la

---

<sup>427</sup> Garrido Falla, Fernando. Op. cit. (Tratado...), 384p.

nacionalización del petróleo y de las minas de hierro en Italia, y del petróleo y de la electricidad en Austria”<sup>428</sup>, políticas que obedecieron más que a fines recaudatorios, a políticas para “[...] hacer frente a las debilidades y problemas del desarrollo de algunas actividades que estaban en manos de empresas privadas, cuyas carencias afectaban la productividad de los demás sectores económicos”<sup>429</sup>. En lo que sigue, entonces, veremos la aparición y el impacto propiamente jurídico que tuvo todo este proceso evolutivo.

### **1.2.2 Desarrollo jurídico.**

El impacto jurídico directo de la aparición de la empresa pública como fenómeno, según veíamos diciendo, ocurre concretamente cuando la gestión de actividades económicas por parte de la Administración toma distancia de los objetivos inmediatos coincidentes con las empresas privadas y comienza a justificar su actuación en objetivos de interés general. Así, la empresa pública, a diferencia del proceso deductivo del servicio público, llevará un tratamiento inductivo del mismo: del caso concreto a la categoría general. Así, en el campo jurídico, la empresa pública primero aparece como forma de gestión de actividades económicas y luego se consolida propiamente como concepto que refiere a una nueva forma de intervención de la Administración.

---

<sup>428</sup> Rozas, Patricio y Hantke-Domas, Michael. Op. cit., 50p.

<sup>429</sup> *Ibidem*.

Este proceso de identificación de una determinada forma de gestión, su transformación en nueva figura jurídica y su desarrollo teórico para erigirla como forma de intervención autónoma, tiene su origen en el desarrollo evolutivo del concepto de servicio público, en los inicios del siglo XX. Explica Garrido Falla que “[e]l individualismo del siglo XIX –y el abstencionismo administrativo como su consecuencia- encontraba su base legitimadora en la creencia de que el orden social establecido era un orden justo. Pero ocurre, cabalmente, que es ésta la creencia que ha venido a desvanecerse de forma definitiva. Se legitima así un nuevo tipo de actividad administrativa configuradora de lo social, y cuyos efectos jurídicos, como ha puesto de relieve Forsthoff, determinan una ruptura de los moldes formales del Estado de Derecho.”<sup>430</sup>

De esta forma, explica García de Enterría, ya a mediados del siglo XIX, a pesar del cerrado dogmatismo, “la propia Administración continental va a apercebirse pronto a la trascendencia social de alguno de esos nuevos medios técnicos de satisfacción de necesidades, y va a intentar incluirlos dentro de la llamada en la época ‘Administración social’, por diferencia de la ‘jurídica’,

---

<sup>430</sup> Garrido Falla, Fernando. Op. cit. (Tratado...), 142p.

cuyo norte es la utilidad, así como en esta última la necesidad”<sup>431</sup>. Con esto, se marcará, para el estudio Administrativo, un importante punto de inflexión, en el cual la actividad empresarial comenzará a abandonar su carácter meramente recaudatorio o subsidiario, para abrazar un rol activo en la persecución del interés general con la reserva de titularidad de ciertas actividades industriales a favor de la Administración. Este intento de dominación pública de ciertas actividades económicas, que pronto serán reconocidas como servicios públicos económicos, podrá llevarse a cabo –debido a los argumentos de incompetencia estatal para la gestión económica- sólo mediante técnicas auxiliares basadas en declaraciones de dominio público (como el caso del agua, para resguardar su suministro) y la concesión (caso de los inicios de ferrocarriles) que, como decíamos, si bien es una figura jurídica utilizada desde finales de la edad media, aquí toma radical reconfiguración e importancia. La concesión interpuesta (adjetivo que otorga obligatoriedad a la delegación) se configura como el medio técnico para salvar la distancia entre los términos de titularidad pública y el principio de explotación y prestación de actividades industriales por privados.<sup>432</sup>

---

<sup>431</sup> García de Enterría. Op. cit.

<sup>432</sup> García de Enterría. Op. cit.

Esta incorporación de servicios económicos de titularidad estatal, algunos de ellos gestionados también por la Administración, dan pie a la primera crisis conceptual del servicio público, con la que aparece formalmente en la jurisprudencia francesa una subcategoría de los servicios públicos tradicionales -los servicios públicos industriales y comerciales-, con el objetivo de equiparar la actuación estatal a la actividad privada en las áreas económicas, limitando así la incipiente presencia de poder e incidencia económica por parte del Estado y protegiendo los principios liberales del Estado decimonónico. Como dijimos anteriormente, se trataba de una decisión política de marcado corte liberal, sin embargo, para autores como Benoit, esta misma ofensiva de los jueces franceses contra la actividad económica de la Administración, fue utilizada por los gobernantes de principios de siglo XX como herramienta de posibilitación de la expansión de su actuación económica.

Con todo, se incorpora así por la legislación francesa la noción de servicios públicos industriales y comerciales, que serán gestionados mediante los establecimientos públicos industriales y comerciales, los que luego serán concebidos como empresas públicas propiamente tales. Por el contrario de lo que creían los jueces del Consejo de Estado francés, la aplicación del Derecho



privado a este tipo de servicios públicos, terminó por facilitar la intervención de las colectividades públicas (locales o nacionales) en estas actividades económicas, ya que “[...] así se evitaba herir demasiado directamente los hábitos y las ideas, la empresa pública tomaba la las apariencias de una empresa privada, parecía menos revolucionaria; era la posibilidad de realizar una socialización enmascarada bajo las apariencias de la empresa liberal”<sup>433</sup>.

La expansión de la actividad económica por parte de las colectividades públicas, a su vez y al igual que en el caso de los servicios públicos, se justificó en la necesidad social de satisfacción de aquellas “necesidades de interés general”, consideradas sin embargo, en sus inicios, en términos de necesidades impersonales y colectivas como la recolección de basura, la urbanización y el alcantarillado. La gestión administrativa en estas materias era promovida al tiempo que legitimada en virtud de las crecientes necesidades públicas, exponenciales –tanto cualitativa como cuantitativamente- por la “despersonalización y homogeneidad” de necesidades individuales que pronto se transforman en generales y también en atención a la posibilidad de su satisfacción mediante la inmediata y desinteresada actuación estatal (o municipal). Algunas veces porque los

---

<sup>433</sup> Benoit, Francis Paul. Op. cit., 953p.

privados no asumían el rol, otras directamente por la ineficacia para el alcance de determinados fines públicos mediante otras técnicas de intervención como la concesión o la regulación de empresas privadas.

Este carácter, principalmente social –en algunos casos también industrializante- de los factores de expansión supuso, a su vez, un importante protagonismo de las administraciones locales. Esto, a pesar de que la gestión y concesión de los servicios públicos aún era concebido desde la perspectiva “estatocéntrica” (Estado central como ente habilitado para ello), razón por la que los municipios –que eran como agentes administrativos de las necesidades sociales más directos-, no contaban con potestades ni competencias para gestionar directa o indirectamente dichas prestaciones. La solución de los municipios –sobre la base de la urgencia de establecer dichos medios en beneficio de los vecinos- fue la de asumir el rol de concesionarios del Estado en dichas actividades, lo que resultó posible a pesar del principio-requisito del concesionario privado, debido a que las legislaciones de la época no consideraban a las municipalidades propiamente como Administración pública, sino como “administraciones impropias”<sup>434</sup>.

---

<sup>434</sup> García de Enterría. Op. cit.

Todo este fenómeno de asunción pública de tareas económicas, tiene un importante impacto en el Derecho administrativo, “[...] donde la expresión ‘servicio público’, cuando su contenido es económico, viene a ser reemplazada, como categoría más comprensiva, por la de ‘empresa pública’”<sup>435</sup>. Este proceso de reemplazo terminológico será la culminación de un cambio sustancial y conceptual en la concepción de los servicios económicos. El tratamiento jurídico de los servicios públicos industriales y comerciales -que pronto, como decíamos, son identificados derechamente como empresas públicas o empresas del estado- termina por colapsar con el desbordamiento del concepto del servicio público por esta nueva forma de gestión administrativa. El concepto tradicional de servicio público se vuelve incapaz de contener en sus mismos términos también a las empresas públicas, debido a que su régimen, organización, mecanismos y, en algunos casos, principios resultaban distintos o contrarios a la noción clásica.<sup>436</sup>

Resulta que el incipiente desarrollo teórico de las empresas públicas o estatales, anunciaba ciertos principios de su actuación que resultaban contrarios a los principios que caracterizaban al servicio público, algunos de ellos planteados con dirigido sesgo liberal que permitiera alejarlos de la idea

---

<sup>435</sup> Garrido Falla, Fernando. Op. cit., (Tratado...), 385p.

<sup>436</sup> En este sentido, Souvirón, José María. Op. cit., 122p.

de un cumplimiento de servicio público por parte de éstas y mantener la amplitud del campo perteneciente a la libre iniciativa privada. Se anunciaba así que las empresas públicas perseguían fines de lucro (en términos de utilidades para el Estado), que no estaban obligadas a cumplir los principios de continuidad y regularidad, como era el caso de los servicios públicos y que su régimen jurídico era de Derecho privado, radicalmente contrario a la regla general del régimen de derecho público aplicable a los servicios públicos. Todas estas características parecían incompatibles con la idea de servicio público.

Aparece así en España, con Villar Palasí, el concepto de “gestión económica de la Administración” como propuesta de solución a este desbordamiento conceptual del servicio público. La gestión económica se propone como cuarta categoría de clasificación de las actividades de la Administración, pretendiendo que toda actividad positiva del Estado de carácter económico quedara contenida en dicho concepto y veremos que, aunque con algunas oposiciones y otras limitaciones, es al alero de esta teoría mediante la cual estudiamos hoy las actividades de la Administración, teoría que dará cabida a la superación de la triada clásica que caracterizó gran parte del Derecho Administrativo moderno (policía-fomento-servicio público), con

la posterior incorporación de la empresa pública como forma de intervención autónoma. La idea de gestión económica, como hemos visto, será vinculada directamente con la empresa pública en tanto organización mayoritaria a cargo de la gestión de estas actividades. Con esta identificación, la terminología “empresa pública” tendrá cabida en el Derecho Administrativo como auténtico concepto de la actividad de intervención económica de la Administración.

Explica Souvirón que centrada la crisis del servicio público en el “fenómeno de la actividad empresarial del Estado”, la doctrina española intentó la construcción de un concepto técnico jurídico clarificador de esta situación de las actividades de prestaciones positivas de la administración, abriéndose así la discusión entre Villar Palasí, Garrido Falla y García de Enterría en torno a la necesidad de una nueva categoría para la actividad económica o la expansión, adaptación y reinterpretación del concepto de servicio público para la contención de dichas actividades.<sup>437</sup>

---

<sup>437</sup> Souviron, José María. Op. cit., 121-122pp.

### **1.2.2.1 La discusión dogmática española.**

#### **1.2.2.1.1 La propuesta de Villar Palasí.**

Como veníamos anunciando, Villar Palasí sostenía que con la aparición de la “actividad empresarial” del Estado la división clásica de la acción administrativa en policía, fomento, servicio público se hacía insuficiente, siendo necesario, a fin de resguardar los límites y el sentido del concepto de servicio, añadir una nueva forma de acción, la “gestión económica de la Administración”. Explica someramente Souvirón refiriéndose a Villar Palasí, que “la gestión económica se caracterizaría por estar dirigida a la producción de bienes con la finalidad de su entrega al mercado (“dación de bienes al mercado”).”<sup>438</sup>

Sobre la base de la idea de un Estado que se enfrenta un proceso expansivo del rango de finalidades que debe cumplir, sobre la idea de una expansión de lo público en las sociedades del siglo XX, afirma el agotamiento

---

<sup>438</sup> Souvirón, José Maria. Op. cit., 122p.

del esquema clásico para servir de instrumentos y dar forma a las “nuevas tareas estatales”<sup>439</sup>

Estas nuevas tareas estatales estarían reflejadas principalmente en “la aparición de la actividad administrativa en el campo económico”, de manera que desde entonces, las actividades prestacionales de la Administración, “en efecto, divergen en prestaciones efectuadas *uti singuli* o *uti universi* y a su vez aquéllas en prestaciones de servicios (servicio público) y prestaciones de bienes (gestión económica)”, tratándose entonces, “en el ámbito de la gestión económica de una dación al mercado y no de la prestación de un servicio a los administrados”. Así, resulta para el autor evidente la necesidad de la incorporación de este nuevo concepto: gestión económica” como aquel que engloba la “actuación directa de la Administración en la producción”.<sup>440</sup>

Para el autor, la concepción del servicio público como piedra angular del Derecho Administrativo ha sido desbordado definitivamente por la creciente expansión de la actividad administrativa, y ya no es suficiente para servir de fundamento de “todas las teorías especiales del mismo: obras públicas, expropiación, dominio público, concesión administrativa”. Por el

---

<sup>439</sup> Villar Palasí, J.L. Op. cit., 57-58pp.

<sup>440</sup> Villar Palasí, J.L. Op. cit., 60-62pp.

contrario, sostiene, la realidad de las tareas administrativas permite concluir que “[...] en su sentido originario el concepto del servicio público sólo puede comprender la prestación de bienes inmateriales, de servicios propiamente dichos, excluyendo así la satisfacción de necesidades materiales de bienes. No puede por ello comprender aquellas actividades nuevas de la Administración dirigidas a la producción de bienes económicos materiales, planteándose en consecuencia el dilema de, o bien extender—degenerándolo—el concepto de servicio público, con lo cual podría intentarse dejar incólume el basamento del Derecho Administrativo tradicional, o bien replantear los conceptos, en busca ya de categoría superior, ya de categoría distinta pareja a la tradicional.”<sup>441</sup>

El dilema de Villar Palasí, en palabras de Bewer, sería “[...] o bien deformar los antiguos conceptos, quitándoles relevancia y fecundidad, o bien negando que el nuevo hecho encaje en los módulos antiguos, dejándolo fuera del Derecho Administrativo.<sup>442</sup> En este sentido se plantea el imperativo de abrirse a replantear las categorías y los basamentos tradicionales del Derecho Administrativo, asumiendo la incompatibilidad conceptual entre las formas de intervención prestacional inmaterial y la de producción material, ya que el servicio público se configuraría en torno a dos elementos fundamentales del

---

<sup>441</sup> Villar Palasí, J.L. Op. cit., 63p.

<sup>442</sup> Brewer Carias, Allan-Rudolph. Op. cit., 24p.



concepto: “1.º) potestad e intervención administrativas como único camino para prestar el servicio [la *publicatio*]; 2.º) existencia de un control—y consecuentemente un *ius variandi*—de la Administración pública [las potestades exorbitantes]”, características, éstas, que no estarían presentes en las actividades de producción de la Administración, ya que no se trataría de prestaciones inmateriales, tampoco de actividades privativas o exclusivas de la Administración ni, por tanto, obligatorio.

Siendo estas actividades productivas, esencialmente liberadas a la iniciativa privada, gestionadas en concurrencia con particulares y sin *publicatio* previa de titularidad o gestión, no habría además obligación de continuidad ni regularidad, sino circunstancialmente “la expectativa de un deseable aumento productivo”. Finalmente, sostiene, no podría identificarse respecto de la actividad de producción un “derecho abstracto a la prestación, exigible judicialmente”. Concluye así, “la inadecuación del concepto técnico de servicio público a la actividad industrial de la Administración”<sup>443</sup>

Profundiza esta idea, indicando que “[l]a crisis de los conceptos tradicionales de que se ha hecho somera mención obedece en esencia a dos

---

<sup>443</sup> Villar Palasí, J.L. Op. cit., 64-65pp.

motivos: en primer término, a una innegable mutación de la realidad administrativa, y en segundo lugar, a una distinta consideración de los procedimientos jurídicos utilizados por la Administración. La falta de preparación del Derecho administrativo clásico, en efecto, para adecuarse y comprender de modo congruente las nuevas actividades de la Administración pública, obedece primordialmente a un peculiar enfoque del Derecho administrativo en cuanto instrumento formal”. Aludiendo luego al hecho de que “tanto la doctrina como la propia jurisprudencia llegaron, *nemine discrepante*, a la creencia de que no siendo servicio público la actividad de producción -limitada entonces a la administración del patrimonio privado-, debía, por su propia substancia, ser regulada por las normas de Derecho privado.”<sup>444</sup>

Para Villar Palasí, la actividad productora de la Administración se caracteriza, primero, en términos de instrumentos de recaudación, en que es una actividad que viene a liderar una evolución de los instrumentos estatales para el ejercicio de sus tareas financieras, si antes se trataba solo de percibo de impuestos, hoy además, de actividad empresarial<sup>445</sup> y, en segundo lugar, por perseguir y tener cabida en virtud de una finalidad pública, la mayoría de las

---

<sup>444</sup> Villar Palasí, J.L. Op. cit., 71p.

<sup>445</sup> Cfr. Villar Palasí, J.L. Op. cit., 62p.

veces sin fines de lucro y orientada hacia el desarrollo de la económica nacional. Siendo esta última característica, la “persecución de fines públicos industriales”, la que desbordaría el esquema clásico de la Administración, debido al cuestionamiento que significa esta perspectiva a la idea de que el patrimonio administrativo se vincula solamente a fines de recaudación. Así, entonces, las actividades productivas de la Administración, tomando un rol activo en la configuración del orden social y económico, cuestionan el tradicional límite de la separación entre la actividad pública y la actividad privada: éstas ya no se diferenciarán en virtud del procedimiento aplicable o a la “naturaleza” de la actividad., sino en virtud de su finalidad.<sup>446</sup>

#### **1.2.2.1.2 La resistencia de Garrido Falla.**

Fernando Garrido Falla, según explica Souvirón fue el primer opositor a la propuesta de incorporación de una nueva categoría de actividades de la Administración, arguyendo que se hacía completamente innecesaria la incorporación de un nuevo concepto para esta actividad económica gestionada por procedimientos privatísticos, ya que, en su opinión, basta con comprender que “el servicio público era un concepto elástico cuyas pretendidas notas

---

<sup>446</sup> Villar Palasí, J.L. Op. cit., 71-72pp.

típicas (exclusividad monopolística, régimen de Derecho público e incluso continuidad y el derecho a la prestación) no siempre concurren [...]”<sup>447</sup>. Argumentaba, además, que la finalidad última de la actividad económica de la Administración y los servicios públicos era la misma: el interés público, de manera que del análisis del fenómeno de gestión de actividades económicas por vía de procedimientos de derecho privado, podrían concluirse dos situaciones jurídicas: “[...] o se trata de un servicio industrial o económico que se gestiona con las formas típicas de Derecho privado (sociedad de capital público o de economía mixta) o se trata de actividad esencial y formalmente privada realizada por la Administración”<sup>448</sup>. Así, sentenciaba: “en ninguno de estos casos se ve la necesidad de inventar la categoría jurídico-pública “gestión económica” como cosa distinta a las tradicionalmente conocidas”<sup>449</sup>.

De esta manera, cuando Garrido Falla define las actividades de prestación de la Administración, las identifica ampliamente como las prestaciones necesarias para satisfacer las necesidades públicas de manera directa por la Administración o por delegación, que suponen para su realización tanto el “montaje de una empresa económica (por ejemplo,

---

<sup>447</sup> Souvirón, José María. Op. cit., 122p.

<sup>448</sup> Souvirón, José María. Op. cit., 122p.

<sup>449</sup> Cita de Garrido Falla, Fernando. 1962. En Souvirón, José María. Op. cit., 123p.

explotación de los ferrocarriles del Estado), como prestaciones de tipo gratuito [...]. En resumen [indica], aquí incluimos la teoría del servicio público, las prestaciones de la Administración a los administrados y lo que una parte de la doctrina denomina actividad de ‘gestión económica’”<sup>450</sup>. La actividad de servicio público y la actividad económica quedaban para este autor englobadas en la idea de “actividades de prestación”.

Las actividades económicas, sin embargo, en determinado momento dejaron de caracterizarse simplemente por la titularidad pública de dichas actividades, para hacerlo ahora también la forma de su gestión: de forma directa por la Administración, por vía de las llamadas “empresas públicas”. Proceso que el autor significaba, efectivamente, un cambio en las antiguas formas de comprensión de las tareas de la Administración, pero advertía que cuando se tratara de una actuación económica asumida por la Administración por razones de interés público, “[t]anto si su asunción se produce respecto de actividades ya declaradas ‘servicio público’, cuanto si se hace sin esta previa declaración, estamos ante un supuesto de acción administrativa con el que necesariamente, en su conjunto, hay que encararse desde el ángulo especial

---

<sup>450</sup> Garrido Falla, Fernando. Op. cit. (Tratado...), 154p.

que proporcionan los criterios del Derecho público y aun cuando un sector de esta actividad se desarrolle bajo formas de Derecho privado.”<sup>451</sup>

### **1.2.2.1.3 El aporte de García de Enterría.**

García de Enterría entra, aunque avalando la propuesta de Villar Palasí, aportando un depurado criterio diferenciador entre el servicio público y la gestión económica. Refiriéndose a la actividad de la municipalidades, García de Enterría, primero, coincidía en que “[...] el empleo del término ‘servicio público’ para denominar este tipo de actividad [económica] sea equívoco, pues no hay aquí tanto una ‘prestación administrativa’ cuanto, en términos de Villar Palasí, una ‘dación al mercado’, suscitándose la confusión con la actividad de servicio público propiamente tal, que es, sin embargo, en esencia distinta”<sup>452</sup>.

Sin embargo, para el autor, el elemento verdaderamente diferenciador radicaba en la titularidad de la actividad y no sólo en el carácter industrial de la misma. La gestión económica, en consecuencia, se trataba de actividades industriales o comerciales realizadas por la Administración en concurrencia

---

<sup>451</sup> Garrido Falla, Fernando. Op. cit. (Tratado...), 384p.

<sup>452</sup> García de Enterría, E. Op. cit.

con los particulares, pero “sin alterar su naturaleza” privada, no sustrayéndola del comercio privado, es decir, ejercitándola en concierto y al nivel de la misma actividad de los particulares”<sup>453</sup>. Así, explica Souvirón: “La titularidad pública exclusiva –la reserva en manos públicas de las actividades en que consiste el servicio- sería, pues, la nota distintiva del servicio público frente a la gestión económica, ya que –dice Enterría- la actividad de gestión económica no es sustancialmente pública mientras que la de servicio público sí lo es”<sup>454</sup>.

Para García de Enterría, la transformación del tradicional Derecho Administrativo se manifiesta fundamentalmente en la flexibilización de criterios de aplicación del régimen jurídico a determinadas actividades de la Administración, específicamente, a las de carácter económico. De esta manera, sostiene que ya no se trata de establecer grandes “bloques sistemáticos” aplicando el Derecho público o el privado en virtud de la pertenencia o no de determinada actividad a una u otra institución, sino de aceptar que “las líneas de demarcación penetran hasta los elementos primarios e introducen distinción y diversidad en el interior de cada bloque”. En efecto, concluye y reafirma, “esto implica en nuestro orden sistemático concluir que

---

<sup>453</sup> García de Enterría, E. Op. cit.

<sup>454</sup> Souvirón, José María. Op. cit., 123p.

la posibilidad de una gestión administrativa de carácter industrial y mercantil queda consagrada con normalidad, y que este tipo de gestión puede extenderse tanto a servicios públicos estrictamente tales como a lo que hemos llamado, con Villar, gestión económica. En el esquema conceptual que puso en juego Amorth podríamos decir: la forma privada de gestión puede encubrir idénticamente una actuación sustancialmente pública como una actuación también sustancialmente privada”<sup>455</sup>.

Con todo, podemos ver claramente que la reorganización de las actividades de la Administración en policía, fomento, servicio público y gestión económica, más allá de las apreciaciones terminológicas de esta última, es un hecho para el Derecho administrativo moderno, siendo incorporado por diversos autores desde su aparición, a mediados del siglo pasado. En términos conceptuales, sin embargo, resulta interesante ver la evolución que ha tenido la actividad económica de la Administración: del servicio público industrial y comercial, a la “gestión económica” como categoría autónoma que incorporaba Villar Palasí y que luego es reemplazada por la simple expresión de “empresa pública”. Como hemos anunciado a lo largo de este trabajo, nos parece que dicha adaptación conceptual se debe a la

---

<sup>455</sup> García de Enterría, E. Op. cit.



generalización de la forma jurídica y organizacional de gestión administrativa que se asumía por los Estados para la realización de actividades económicas: las empresas de propiedad estatal. Es esta la razón –aparentemente- por la cual también se introduce la expresión “Estado empresario” para referirse al carácter de los Estados con amplia participación económica o a aquella área de la planificación estatal referida a la política económica gestionada por la Administración.

La actividad económica del Estado concebida como una cuarta forma de intervención administrativa en términos de “gestión económica”, puede definirse como aquella actividad material o de prestación estatal dirigida a la producción y distribución de bienes económicos en concurrencia con los particulares, es decir, una actuación en el mercado para efectos de poner a disposición determinados bienes en el mismo. Por tanto, en principio, regidas por las reglas del Derecho privado.

Como podemos ver, la concepción de la actividad económica administrativa en estos términos está definida desde una posición de subordinación al mercado, se ve únicamente como un participante más en el juego de oferta y demanda, diferenciándose la actividad estatal de la privada

sólo en relación al régimen de propiedad y asimilándose en la forma de actuación. En estos términos se podría pensar que ejemplos típicos de gestión económica de la Administración podrían ser una empresa estatal de ensamblaje de automóviles, un banco nacional, una empresa de producción de alimentos, como azúcar o lácteos, todas a efectos de manejar o equilibrar precios o permitir el acceso a ciertos bienes por parte de toda la población. Sin embargo, en principio, esta perspectiva limitada a la producción de bienes en concurrencia, plantea un problema al momento de intentar considerar en ella gestión económica de recursos naturales (cobre, petróleo) y los mercados/industrias gestionadas en monopolio.

Por su parte, la aplicación del concepto estricto de la gestión económica, que vendría a ser la empresa pública, entendida como unidad de organización jurídica, también plantea ciertos problemas al intentar someter en esos términos actividades que, no obstante gestionarse por esta vía, constituyen un servicio público, como podría ser el caso de ferrocarriles (transporte en general), telecomunicaciones, suministro de gas, electricidad o agua.

En consideración de estos problemas, intentaremos abordar y sintetizar un concepto lo más esclarecedor posible de la empresa pública y de su ubicación en el Derecho Administrativo.

### **1.3 Hacia un concepto de Empresa Pública.**

Con esta evolución histórica y jurídica podemos tener una bastante clara comprensión de los orígenes de la actividad económica del Estado, de su reconocimiento y procesamiento por el Derecho Administrativo hasta llegar a la idea de “empresa pública” en sentido amplio, como categoría de actividad del Estado y de cómo llegamos a la necesidad de definir a la “empresa pública” en sentido estricto o acotado, es decir, como fórmula organizativa general de gestión de actividades económicas por la Administración. Hasta ahora, sabemos, en términos generales, que la gestión económica refiere a aquellas intervenciones estatales en los ámbitos “comerciales y mercantiles” de la sociedad, en términos aún más amplios, a la intervención en el campo económico. Y sabemos también que la mayoría de las veces, esta intervención económica cuando es directa ha tomado la forma de empresa pública. **Ahora, el concepto jurídico de empresa pública, como ya hemos venido anunciando puede entenderse en sentido amplio (como categoría de**

**intervención administrativa), en sentido acotado o estricto (como fórmula organizacional general de actuación en régimen privado), y en un sentido –que llamaremos- concreto (como forma jurídica específica de gestión económica).** Además, el análisis del concepto también requerirá tratar las diversas aristas del mismo: desde su contenido, su fundamento, sus objetivos, y los abordaremos en ese orden.

La gestión directa de la Administración en el campo económico para Villar Palasí, puede considerarse, en función del carácter de su actividad, como de producción o distribución. La distribución, por su configuración se asimilaría más a las actividades de servicio público, siendo en este caso la “[...] necesidad de centralización, a fin de evitar la anarquía distributiva del mercado, lo que determina la injerencia administrativa, por lo que es común que se declare el control exclusivo o en monopolio de la función distribuidora por la Administración”<sup>456</sup>. La actividad de producción, por otra parte, será la que se asimilará más con el concepto de “empresa pública”, ya que en esta materia la Administración entrará “[...] en el mercado junto a los empresarios

---

<sup>456</sup> Villar Palasí, J.L. Op. cit., 73p.

particulares, sin que su actuación sea normalmente exclusiva, ya que el interés público se centra precisamente en el aumento de los bienes económicos”<sup>457</sup>.

A su vez, ésta actividad de producción podrá diferenciarse según se trate de (i) mera producción industrial de bienes materiales; (ii) actividad exclusivamente comercial (Banca, Seguros); (iii) o prestación de servicios (comunicaciones), aproximándose esta última ,en muchos casos, “a la noción clásica del servicio público, pudiendo aplicarse a estas actividades los tradicionales criterios de éste”<sup>458</sup>.

En el esquema de Villar Palasí, todo parte “de una concepción preliminar, la de empresa [...]” y considerando preciso para su definición acudir al sentido material y estricto de “empresa”, propone que ésta puede ser concebida “[...] como aquella unidad de producción económica continuada y especial.”, estructurándose así una definición integrada por “[...] las características de continuidad (la realización por la Administración de una obra pública aislada por gestión directa no es de suyo empresa), de producción de bienes económicos (y aquí, la discriminación ya operada supra respecto de

---

<sup>457</sup> *Ibíd.*

<sup>458</sup> Villar Palasí, J.L. *Op. cit.* 73p.

otras actividades), y, finalmente, de especialidad, [...] como afectante a la capacidad objetiva de la empresa administrativa”<sup>459</sup>.

Explica más adelante, además, que tanto la figura de la empresa pública como la figura del establecimiento intervencionista, ambos como formas de gestión de actividad productiva industrial o comercial, se caracterizan por tener personalidad jurídica, autonomía financiera, régimen funcional diferenciado para propios funcionarios y empleados. Y se diferencian únicamente por la existencia, en los establecimientos intervencionistas, de las facultades de imperio, ausentes en las empresas públicas.<sup>460</sup>

La empresa pública, en principio entonces, sería aquella unidad organizativa, con personalidad jurídica propia y autonomía financiera, de producción continuada y especializada de bienes económicos, gestionada por la Administración en régimen de Derecho privado y, por tanto, sin investidura de potestades exorbitantes.

De esta forma, sin embargo, Villar Palasí construye una forma de comprensión de la empresa pública en la cual, primero se identifican las

---

<sup>459</sup> Villar Palasí, J.L. Op. cit. 77-78pp.

<sup>460</sup> Villar Palasí, J.L. Op. cit. 89p.

características de la actividad a gestionar y luego se distribuye en una u otra categoría. Desde esta perspectiva, podríamos concluir, se asume una concepción de la empresa pública más como herramienta de clasificación que como instrumento jurídico para el quehacer administrativo.

Martín Retortillo, haciendo algunas apreciaciones a la idea recién desarrollada, explica que la fijación del objeto de las empresas públicas en términos de “producción industrial de bienes y servicios” es la acepción más amplia aplicable, y puede aun matizarse este último caso por el concepto mismo de servicio público. Un extremo, este último, que supone la *publicatio* de la actividad a realizar, supuesto en el que la empresa pública actúa en términos de notoria semejanza a los que puede hacerlo un concesionario. Es el caso de comunicaciones, producción y suministro de energía, transporte, abastecimiento de aguas.”<sup>461</sup>. Así, las empresas públicas, podrían ser, por un lado, gestoras de servicios públicos o gestoras de actividades de producción o comercialización de bienes o servicios sin tal carácter.

En esta misma línea, Souvirón plantea que “[l]a actividad de la Administración de naturaleza positiva podría escindirse en dos grandes

---

<sup>461</sup> Martín Retortillo, Sebastián. 1991. Empresas públicas: reflexiones del momento presente. Revista de Administración Pública (126): 1991. 63-132pp.

variantes. De un lado, los servicios públicos; de otro, la actividad empresarial pública (se dirija a la producción de bienes o a la prestación de servicios). En ambos casos puede haber empresa, en el sentido de organización de medios para el logro de unos fines, pero desde el punto de vista de éstos últimos la diferencia clara”<sup>462</sup>. En consecuencia, la empresa pública podría configurarse como técnica de organización tanto para la ejecución de servicios públicos como para la gestión de actividades económicas.

Estas últimas aproximaciones a la noción de empresa pública nos permiten una comprensión de la misma, más como instrumento de gestión de servicios públicos industriales y de producción de bienes. Flexibilizando, en relación a la idea de Villar Palasí, el alcance de su aplicación.

Una línea similar a la anterior es la que ha planteado García de Enterría, quien sostiene que esta forma organizativa está fundamentalmente ligada a la sujeción al Derecho privado, a fin de facilitar el “alcance de los objetivos de interés público”. Se trataría para él, más que de una forma exclusiva de determinada forma de actividad administrativa, de una herramienta para la

---

<sup>462</sup> Souvirón, José María. Op. cit. 163p.



Administración y, en este sentido, un recurso meramente instrumental<sup>463</sup>. Sostiene que [l]a administración en uso de su discrecionalidad organizativa, puede llevar la ejecución de esos dos tipos precisos de actividad [Industrial y mercantil] a los cauces empresariales propios de la economía privada, lo que hará, no en atención a motivaciones jurídicas, sino a razones de eficiencia, relativas, instrumentalmente, para aprovechar en su beneficio las afinidades técnicas de organización y ejecución que ha decantado el mundo económico en todo su largo proceso de desenvolvimiento.”<sup>464</sup>

Con esta noción, junto a los elementos entregados por los autores anteriores, ya podemos empezar a construir una noción más acabada. La empresa pública puede ser concebida como una fórmula organizativa a disposición de la Administración para la gestión de actividades industriales o comerciales, sean de servicio público o de producción de bienes, caracterizada por su sometimiento a las reglas del Derecho común.

Villar Ezcurra, por su parte, se ha aventurado a un tratamiento conceptual más acabado de la empresa pública con la que nos quedaremos para efectos de su tratamiento en este apartado debido la claridad conceptual

---

<sup>463</sup> García de Enterría, E. Op. cit.

<sup>464</sup> García de Enterría, E. Op. cit., 126p.

que entrega al respecto. Sostiene que la empresa pública se trata de un mecanismo de gestión de actividades materiales o técnicas (prestación de servicios o bienes) que, por dicho carácter, su realización puede tomar distancia de las formas integradas (al aparato administrativo) para, sin delegar en privados, gestionar directamente, pero con una personalidad jurídica independiente, dichas actividades. Así, explica, “[...] creada esta organización empresarial la Administración procederá a utilizarla como si fuese una prolongación de la misma pero con la peculiaridad de encontrarse sometida al Derecho privado en sus relaciones con terceros”<sup>465</sup>.

El concepto de empresa pública, entonces, se caracterizaría por (i) tratarse de un establecimiento u organización de tipo empresarial dependiente de la Administración; (ii) tener personalidad jurídica propia distinta a la del fisco; (iii) no ser parte de la Administración, sino objeto de su propiedad, por lo que son distintas a los tradicionales Órganos de la Administración del Estado; (iv) actuar sometidas al Derecho privado con independencia de si su forma jurídica sea sociedad mercantil o entidad de derecho público, con el objeto instrumental de facilitar el ejercicio de dichas actividades.<sup>466</sup>

---

<sup>465</sup> Villar Ezcurra, J.L. Op. cit., 144p.

<sup>466</sup> Villar Ezcurra, J.L. Op. cit., 144, 146pp.

En términos de la justificación de este tipo de intervención, ésta se encuentra en la búsqueda por flexibilizar el régimen al que está sometido la Administración en la persecución de determinados fines. De manera que la aplicación de este tipo de organización tiene un carácter instrumental y, por tanto, esencialmente variable en términos de formas jurídicas concretas que puede asumir y en la posibilidad de atribución de ciertos privilegios de derecho público.

A su vez también hemos concluido que, al igual que los servicios públicos, el objetivo último perseguido por la gestión económica sería el “interés general”. En el caso de los servicio públicos para la prestación de servicios materiales para la satisfacción de necesidades de interés general y en el caso de la actividad económica para el aseguramiento del bienestar social a través de la dirección o participación económica en ciertos sectores de la economía. Y al respecto, sólo podríamos agregar que una vez asumida esta afirmación, el tratamiento de todos los demás fines inmediatos perseguidos por las empresas públicas no pueden situarse racionalmente al mismo nivel que el objetivo último por éstas perseguido, de manera que pretender, por ejemplo, buscar una distinción de la actividad empresarial con la de servicio público mezclando dichos niveles teleológicos sólo colabora a la confusión del

tratamiento del tema. A este respecto, hasta ahora, la delimitación más real y secular entre la gestión económica y los servicios públicos como categorías de actividad de la Administración, parece ser la que esboza somera y superficialmente Souvirón, cuando dice que “[l]a finalidad inmediata de la actividad empresarial del Estado, de la llamada empresa pública, es la rentabilidad en la explotación, una condición ésta inexcusable incluso para lograr su eventual objetivo mediato (los de carácter general asignados por la política económica a las empresas públicas). Sin embargo, la finalidad del servicio público es la satisfacción de las necesidades colectivas (el aseguramiento al público de la prestación de que se trate) con prevalencia sobre toda rentabilidad económica en su explotación”<sup>467</sup>, introduciendo así –a pesar de caer al mismo tiempo en la equiparación de objetivos mediatos e inmediatos- un distingo en base a la consecución de objetivos concretos: de política económica, por un lado, y de aseguramiento de prestaciones relacionadas con necesidades colectivas, por otro. Esta es la misma perspectiva tomada por Comín y Díaz, quienes consideran a la empresa pública fundamentalmente como un instrumento de la política económica<sup>468</sup>.

---

<sup>467</sup> Souvirón, José María. Op. cit., 163p.

<sup>468</sup> Comín, Francisco y Díaz, Daniel. Op. cit., 14p.

Sin embargo, no podemos pasar por alto la confusión de Souvirón al pretender una distinción de los servicios y las empresas públicas en base a finalidades que se encuentran en distintos niveles de análisis, así como tampoco podemos dejar pasar sin más la afirmación de que la rentabilidad económica es la “condición inexcusable” de las empresas públicas. Podríamos, sin embargo, quedarnos con su clasificación de las mismas: por un lado, las “empresas públicas económicas o de mercado”, que serían aquellas que concurren como una empresa privada en el mercado (régimen de oferta y demanda) industrial o comercial “orientada a la rentabilidad económica”; y por otro lado las llamadas “empresas de servicio público”, refiriéndose a ellas como las que están determinadas en lo inmediato por los principios de “solidaridad y justicia social”, con independencia de la rentabilidad económica<sup>469</sup>. Aunque, en principio, esta clasificación podría servir para ordenar el complejo campo de la actividad económica, el problema de esta clasificación, como ya decíamos, es que la rentabilidad económica no es un objetivo mediato, ni la solidaridad y la justicia social no son, a su vez, un objetivo inmediato. Es más, según veremos, la rentabilidad económica tampoco es el único objetivo inmediato de las empresas públicas, sino uno entre tantos.

---

<sup>469</sup> Souvirón, José María. Op. cit. 164p.

Al respecto, la postura de Comín y Díaz viene precisamente a rebatir dicha distinción sobre la base del análisis de que las empresas públicas han sido instrumentos de persecución de diversos fines más importantes que “la maximización de beneficios”. Incluso, aún cuando éste era un objetivo buscado, las empresas públicas estuvieron sometidas a obligaciones de servicio seguro, estable y universal. Platean además que, de hecho, fue “cuando el objetivo de la rentabilidad se ha generalizado en las empresas públicas europeas, desde los años 1970, entonces éstas comenzaron a tener los días contados, porque esa finalidad la cumplen bastante mejor las empresas de iniciativa privada”<sup>470</sup>.

Sobre lo mismo se manifiesta García de Enterría, quien afirma que “no debe confundirse nunca el simple uso instrumental de formas mercantiles de gestión con la naturaleza rigurosamente pública de lo gestionado en este supuesto [...]”<sup>471</sup>, sugiriendo así que no obstante la configuración de una empresa con estructura mercantil o privada, éstas deben comprenderse siempre como organizaciones públicas en búsqueda de intereses públicos, los

---

<sup>470</sup> Comín, Francisco y Díaz, Daniel. Op. cit. 16p.

<sup>471</sup> García de Enterría, E. Op. cit. 129p.

que, agregamos nosotros, incluso podría ser también la búsqueda de solidaridad y justicia social o económica.

Para avanzar, los objetivos inmediatos de las empresas públicas pueden ser diversos. En términos generales: (i) la obtención de ingresos o rentas (que podría ser asimilable a la idea de la rentabilidad económica), para lo cual la empresa puede actuar en concurrencia con particulares o en monopolio<sup>472</sup>; (ii) gestionar una actividad de servicio público, igualmente en concurrencia con privados o en monopolio, concurriendo en ambos casos la *publicatio*, en el primer caso simplemente como reserva de titularidad, en el segundo con reserva también de sus ejercicio; (iii) corrección o regulación de los mercados –en términos más amplios, podríamos referirnos a la regulación y corrección económica-, intervención equivalente a la técnica de policía, pero desde un rol prestacional, incluso monopolístico<sup>473</sup>.

La confusión conceptual que advertíamos al principio del apartado se hace evidente con la dificultad para abordar una definición clara y consistente

---

<sup>472</sup> Para la explotación monopolística de determinado sector, se podrá recurrir a la misma técnica usada en el caso de los servicios públicos: la *publicatio*. Y esta reserva dará lugar a los llamados monopolios fiscales.

<sup>473</sup> Clasificación desarrollada por Villar Ezcurra, J.L. Op. cit. 145p.

de la empresa pública, sin embargo, intentaremos construir, en base a los autores citados, la aproximación más cercana.

Primero, la actividad económica de la Administración tendría ámbito de aplicación en aquellas áreas industriales (producción y distribución) y comerciales (compra y venta) que forman parte de la economía. Ejemplos de actividades comerciales es la banca; ejemplos de actividades industriales de producción es la manufactura. Algunas actividades económicas podrán toparse con el área de los servicios públicos (en general, las actividades industriales de distribución) y así todo formar parte también del área de la actividad económica, ejemplos, en general, son los servicios de suministros por redes de infraestructura o monopolios.

Entonces, la empresa pública podría ser concebida como un mecanismo instrumental de gestión directa no integrada de actividades materiales o técnicas (prestación de servicios públicos, producción de bienes) de carácter tradicionalmente económico (producción o distribución, industrial o comercial) utilizada por la Administración (local o central), consistente en un establecimiento u organización de carácter empresarial de propiedad estatal o municipal, con personalidad jurídica independiente de la Administración, pero



dirigida y utilizada por ésta para objetivos de política y justicia económica, sometida por regla general en su relación con terceros al Derecho privado y que puede actuar en régimen de monopolio fiscal o en concurrencia con particulares.

Además, cabría agregar que cuando intervenga en actividades de servicio público estará sometida, normalmente, a los principios de servicio público, pudiendo regirse por reglas de derecho público y proporcionarse de potestades exorbitantes, reglas aplicables también para los casos de gestión de actividades en régimen de monopolio fiscal y, en principio, para algunas excepciones en régimen concurrente.

Habría que recalcar también que esta flexibilidad de régimen se funda en que las finalidades perseguidas por la gestión de actividades económicas serán siempre en virtud de objetivos de interés general, sea por consolidación o fortalecimiento de una política económica, sea por recaudación de fondos para redestinación al presupuesto nacional, sea por gestión de necesidades colectivas. Y, finalmente, recordar que el carácter instrumental de la empresa pública, manifestado en su sumisión al Derecho privado, se refiere a la búsqueda de flexibilización del régimen y facilitación de los medios para

ejercer los objetivos inmediatos (prestación de bienes o servicios, equilibrios económicos, obtención de ingresos) y mediatos (interés general: política económica, justicia económica).

A efectos de continuar la conceptualización necesaria para la comprensión de la empresa pública y habiéndola tratado ya como fenómeno y como categoría jurídica amplia y acotada, pasaremos a desarrollar las diversas formas jurídicas que puede adoptar para efectos de concebir a la empresa pública ahora, y finalmente, como forma jurídica concreta de organización de establecimientos de gestión de actividades económicas por el Estado.

#### **1.4 Las diversas formas jurídicas de gestión de actividades económicas.**

Teniendo un concepto de “empresa pública” como mecanismo o fórmula organizativa de gestión de actividades económicas, ahora pasamos a analizar las distintas formas jurídicas concretas que puede adoptar la Administración para efectos de gestionar actividades industriales y comerciales, dentro de las cuales se encontrará el concepto de empresa pública en su sentido concreto: como forma jurídica específica de gestión económica.

Ahora, no está de más recordar, como tratamos de expresar más arriba, que las empresas públicas en tanto instrumentos de la Administración para la consecución de fines públicos, “no se crean en principio respondiendo a esquemas normativamente predeterminados de carácter general. Se establecen caso a caso, para atender necesidades concretas y singulares”<sup>474</sup>, de tal manera que aquí pretendemos hacer un análisis jurídico-empírico y contribuir al esclarecimiento de las diversas aristas y tratamiento del tema desde la perspectiva, precisamente, de instrumento, y no de norma predeterminada, de los márgenes del quehacer Administrativo.

Si bien todas las clasificaciones siguen una línea similar, para ordenar la presentación y a fin de diferenciar las diversas formas de gestión que puede asumir la Administración para realizar las actividades económicas encomendadas, con el objeto de identificar aquellas formas jurídicas que constituyen estrictamente parte del concepto de empresa pública en sentido de fórmula organizativa, en los términos desarrollados más arriba, y con la intención de responder las preguntas sobre el origen y la ubicación de la empresa pública como forma jurídica de gestión, haremos una pequeña

---

<sup>474</sup> Martín Retortillo, Sebastián. Op. cit., 80p.

referencia a los esquemas propuestos por los autores que hemos tratado en este apartado, para luego intentar hacer una síntesis de los mismos.

Dichas clasificaciones, en su mayoría, contemplan tanto las formas integradas (o no diferenciadas de la Administración) como aquellas no integradas (diferenciadas de la Administración), así como en algunos casos también consideran formas de gestión directa (por la Administración) como indirectas (por los privados). Sin embargo, para efectos de lo que nos proponemos resolver, no obstante hacer una recopilación fiel de los esquemas de los autores, nos centraremos sólo en el tratamiento de las formas de gestión que involucra la actividad directa de la Administración a través de organismo no integrados a la misma. Además, para efectos de homogenizar el tratamiento de las propuestas sustantivas de los diversos juristas, nos basaremos en la conceptualización y clasificación recién dichas. En efecto, entenderemos: (i) directo e indirecto en referencia a la participación de la Administración; (ii) integrado o indiferenciado y no integrado o diferenciado en relación a su diferenciación o no de la estructura Administrativa; pudiendo ser la adjetivación de mixta como punto intermedio de ambas categorías. Por ahora, finalmente, advertiremos que esta diversidad de formas jurídicas concretas de gestión de actividades económicas, permite desde ya concluir que la noción

“empresa pública” no logra abordar todas las formas de gestión económica y, por tanto, que su utilización terminológica para recategorizar las actividades de intervención administrativa es, al menos, equívoca.

Entrando derechamente al tema y a modo introductorio, explica Villar Palasí que “[e]l fenómeno empresarial administrativo no se caracteriza, como el propio del Derecho privado, por observar un orden formal en cierto modo típico y común.”<sup>475</sup>, de manera que, siendo deber para todos los particulares que pretendan levantar una organización económica, someterse a determinada estructura organizacional, para la Administración hay más de una forma jurídica por las que puede optar para efectos de gestionar una actividad económica. Explica a su vez, el mismo autor, que el régimen organizativo común de los particulares se basa en el principio de igualdad de participación en la economía, la Administración contaría con la posibilidad de situarse en una posición jurídica extra-común pudiendo escoger entre diversas formas, según resulten más beneficiosas para el alcance de sus finalidades públicas. Sería precisamente por esta superioridad de fines por lo que la “[...] Administración está exenta de las reglas de igualdad que someten al

---

<sup>475</sup> Villar Palasí, J.L. Op. cit., 76p.

empresario privado a unas reglas comunes para poder entrar en la competencia general por el mercado<sup>476</sup>.

Así, Villar Palasí propone un esquema de clasificación de las formas jurídicas de gestión para la actuación directa de la Administración, bajo los criterios de personalidad, autonomía financiera, imperio frente al mercado, sumisión a régimen privado o público en la actuación frente a terceros (*erga omnes*) en los siguientes términos<sup>477</sup>:

Primero, considera a los entes administrativos autónomos bajo régimen de Derecho público, que serían aquellos dotados de personalidad jurídica y autonomía financiera y se diferenciarán, según el imperio frente al mercado, en establecimientos públicos intervencionistas y empresas públicas. Los primeros contarían con potestad de imperio *erga omnes* y las segundas carecerían de esta prerrogativas.

**Las empresas públicas**, en consecuencia, se regirían en sus relaciones con terceros y en el mercado sometido a las reglas de competencia, carecía de privilegios para cobro de créditos, pareciéndose a una empresa privada mas en

---

<sup>476</sup> *Ibidem*.

<sup>477</sup> Clasificación en Villar Palasí, J.L. Op. cit., 76-77pp.

su tratamiento con éstas. Con todo, su organización o régimen interno sería de Derecho público, tanto por su dependencia a la Administración, como por la determinación de sus fines y, en algunos casos su financiamiento.

Luego, se encontrarían los entes Administrativos sin personalidad jurídica diferenciada, categoría que estaría conformada por las llamadas “empresas propias” forma jurídica de gestión integrada de actividades económicas que no clasificaría en la terminología de empresa pública como mecanismo organizacional, ya que no se trataría de un ente autónomo.

Y, finalmente, contempla las formas contenidas por el concepto de accionariado del Estado, que constituye la gestión de actividades mediante sociedades privadas sometidas a objetivos determinados por la Administración, pero bajo régimen *erga omnes* de Derecho común, pudiendo ser (i) accionariado fiscal (de capital) o (ii) accionariado de control o gestor. La primera referida a la participación como accionista (derechos patrimoniales) sin gestión efectiva de dichas sociedades, actuando sólo como controlador, y la segunda referida a aportación de capital con el correlativo poder de gestión (derechos de administración).

Por otra parte está Garrido Falla, quién propone una clasificación de las formas específicas de gestión de servicios y actividades públicas fundada en el criterio de la “participación más o menos directa que la Administración tiene en la gestión de la actividad o servicio” sin distinguir, en principio, si éstos son de carácter económico o no, logrado identificar tres grandes grupos de formas de gestión, aquellos que constituyen formas de participación directa, de participación indirecta y de participación mixta.<sup>478</sup>

Como formas de gestión directa contempla la (i) gestión indiferenciada sin órgano especial: como dijimos, gestión completamente integrada e indiferenciada; (ii) el establecimiento o empresa propia sin personalidad: en este caso, a pesar de la falta de personalidad jurídica propia, sí se contemplan otras formas de diferenciación parcial (orgánica, patrimonial). El establecimiento propio estaría dirigido mayoritariamente a la gestión de servicios no económicos, y las empresas propias a actividades económicas, sin embargo, éstas últimas serían poco común por la adecuación más precisa de formas empresariales no integradas a la Administración para tales efectos<sup>479</sup>; (iii) el servicio público personificado: establecimientos públicos con personalidad jurídica propia pero que no constituyen órganos autónomos

---

<sup>478</sup> Garrido Falla, Fernando. Op. cit. (Tratado...). 404-434pp.

<sup>479</sup> Garrido Falla, Fernando. Op. cit. (Tratado...), 408p.



territoriales (municipalidades) ni corporativos (colegios profesionales) ni casos de descentralizaciones funcionales (organismos autónomos que cumplen funciones administrativas, como la gestión de servicios asistenciales)<sup>480</sup>. La manifestación del servicio público personificado es, en consecuencia, la entidad pública empresarial, regida por el Derecho privado para gestión de servicios económicos; y (iv) la sociedad privada.

Además, considera mecanismos de gestión mixta (por figuras de participación mixta entre en Estado y los privados) que sería el caso de la (i) gestión interesada; y (ii) la sociedad de economía mixta. Y, finalmente, formas de gestión indirecta (mediante delegación a privados) de gestión que serían (i) la concesión; (ii) el arrendamiento; y (iii) el concierto.

La entidad pública empresarial sería aquella forma jurídica que siendo un organismo público al cual se le encomienda la gestión de servicios públicos, actividades prestacionales o producción de bienes, “se rige por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en la Ley, en sus estatutos

---

<sup>480</sup> Garrido Falla, Fernando. Op. cit. (Tratado...), 410p.

y en la legislación presupuestaria.”<sup>481</sup> Para el autor, esta forma se diferenciaría de los otros establecimientos públicos personalizados, en que éstos serían organismos de la Administración, mientras las entidades públicas empresariales serían de propiedad de la Administración, pero no parte de la misma. Además, no obstante las entidades públicas empresariales pueden ejercer ciertas potestades administrativas, éstas se rigen en principio por el Derecho privado. Los otros establecimientos públicos personificados actuaría bajo el régimen administrativo.

La sociedad privada supone la adopción de una forma jurídica privada para constituir su forma organizativa interna. La Administración, por tanto, a efectos de gestionar una actividad económica, crea una sociedad sometida al Derecho privado y cuyo capital pertenecerá en su totalidad al Estado. Agrega al respecto, que las sociedades mercantiles “por contraposición con la entidad pública empresarial, parece estar referida, preferentemente, a la intervención pública en la economía, en régimen de concurrencia con el sector privado”<sup>482</sup>.

Villar Ezcurra, tratando las formas específicas que puede adoptar el mecanismo jurídico de la empresa pública, aborda estas últimas categorías

---

<sup>481</sup> Garrido Falla, Fernando. Op. cit. (Tratado...), 411p.

<sup>482</sup> Garrido Falla, Fernando. Op. cit. (Tratado...). 416p.

planteadas por Garrido Falla, explicando que las formas jurídicas de la empresa pública pueden ser tanto en términos de una entidad comercial de Derecho público (distinto de órganos administrativos) o como sociedad mercantil siempre que el Estado tenga un capital mayoritario (si la Administración deja de ejercer poder dominante, pasaría a ser privada o mixta)<sup>483</sup>.

A su vez, García de Enterría, centrado en el criterio del carácter de la organización de gestión, clasifica la gestión directa de las actividades industriales y comerciales de las Administraciones municipales (que consideramos, igualmente, pueden ser aplicadas a la Administración central), primero, en razón de si constituyen una organización diferenciada o indiferenciada de la Administración. En el caso de la gestión diferenciada -que es aquella que nos interesa tratar aquí- contempla la posibilidad de que dicha diferenciación sea (i) orgánica; (ii) patrimonial; (iii) orgánica y patrimonial; o (iv) por personificación (otorgamiento de personalidad jurídica propia), la que a su vez puede ser<sup>484</sup>:

## 1. Personificación pública

---

<sup>483</sup> Villar Ezcurra, J.L. Op. cit., 147p.

<sup>484</sup> García de Enterría, Eduardo. Op. cit., 130-132pp.

1.1. Establecimientos públicos: se registrarán por el Derecho Administrativo tanto en su forma interna como en su actuación en la gestión.

1.2. Empresas públicas: Se registrarán por el Derecho Administrativo sólo en su forma interna, pero por el Derecho privado en su actuación con terceros.

## 2. Personificación privada

2.1. Formas mercantiles: Sometidas en su forma interna y externa por el Derecho privado, salvo ciertas excepciones en la gestión de servicios públicos.

2.2. Economía exclusiva: Aquellas sociedades con participación exclusiva de la Administración.

2.3. Economía mixta: Aquellas sociedades con participación mixta entre la Administración y particulares.

Brewer, finalmente, en su trabajo de sistematización de las formas de gestión de las actividades industriales y comerciales por el Estado en el Derecho comparado ha establecido una clasificación que se funda, también, en el reconocimiento o no de una personalidad jurídica propia.

En primer lugar, dice, se encontrarían las formas de gestión sin diferenciación por parte del Estado. Este sería el caso de las *Régis* o empresas propias o servicios administrativos sin personalidad jurídica o establecimientos industriales de la nación, y se trataría, en todas esas terminologías, del mismo caso: De la gestión mediante entidades que forman parte de las colectividades públicas y que, por tanto, actúan sin personalidad jurídica propia.<sup>485</sup>

En segundo lugar, estarían las formas de gestión mediante entidades con personalidad jurídica propia, ante lo cual previene: “[...] el estudio de formas jurídicas personalizadas utilizadas por el Estado para desarrollar sus actividades económicas, no puede limitarse al análisis de los establecimientos públicos (personas públicas) y de las sociedades mercantiles (personas privadas) con capital público o mixto, sino que ha de abarcar también esas categorías o formas jurídicas intermedias entre las personas públicas y las personas privadas, como son las *Public Corporations* inglesas, las *Government Corporations* norteamericanas y las empresas estatales de los

---

<sup>485</sup> Brewer, Allan-Rudolph. Op. cit. 51-58pp.

países socialistas. Además, [...] el caso de la llamada en Bélgica *Régie d'Etat* [...]”<sup>486</sup>

Éstas últimas serían “servicios públicos nacionales, centralizados y personalizados, administrados directamente por el Ministro respectivo, y como consecuencia, desprovistos de toda autonomía orgánica”, sin embargo dotados autonomía técnica, personalidad y patrimonio propio<sup>487</sup>. Igualmente, en un carácter intermedio se situarían las *Public Corporations* y las *Government Corporations*. Sostiene Brewer que estas entidades por sus características podrían ser catalogadas como **empresas semipúblicas**, ya que tendrían un régimen jurídico difuso entre el Derecho privado y el Derecho público. Sería la figura Belga, a nuestro parecer, un ejemplo de diferenciación parcial. Y las anglosajonas, muy cercanas a los establecimientos públicos industriales y comerciales europeos, pero con mayor autonomía respecto de la política económica.

Los establecimientos públicos industriales o comerciales (asimilable a las entidades públicas empresariales en el esquema de Garrido Falla) -no obstante la crisis que sufrió el concepto en Francia a propósito, como vimos,

---

<sup>486</sup> Brewer, Allan-Rudolph. Op. cit. 62p.

<sup>487</sup> Brewer, Allan-Rudolph. Op. cit., 63p.

de la crisis del servicio público por la aparición de aquellos de carácter industrial y comercial-, son aquellas entidades descentralizadas y dotadas de personalidad jurídica de Derecho público. Su organización interna está regida por el Derecho público, pero su régimen de relación con terceros es por regla general sometida al Derecho privado, con excepción de los casos de gestión de servicios públicos industriales y comerciales, caso para el cual serán sometidos a ciertas reglas de Derecho público, contando además, en algunos casos, con prerrogativas estatales<sup>488</sup>.

Otra forma de gestión reconocida en el esquema del autor, serían las Sociedades mercantiles de capital público, que se diferenciarían de la forma de empresa estatal y de los establecimientos públicos, ya que su personalidad jurídica sería de carácter ya no público ni semipúblico sino privado. Es decir, su organización y régimen interno se corresponde al de una empresa privada. Se trata de “dotar de personalidad jurídico-privada a un patrimonio adscrito a un fin, obteniendo, además, el beneficio de la responsabilidad limitada; someterse a las leyes y usos de comercio; escapara a la aplicación del Derecho Administrativo [...] fomentar su crédito frente a terceros; y dotarla de una

---

<sup>488</sup> Cfr. Brewer, Allan-Rudolph. Op. cit., 65-73pp.

gestión ágil, tanto desde el punto de vista jurídico como económico”<sup>489</sup>. Podría, a su vez, esta forma de gestión, en razón de su participación en el capital, ser de dos tipos: unipersonal, es decir, el Estado es el único accionista, o mixta, donde el Estado o alguna colectividad administrativa local concurre en participación con privados.

Y, finalmente, estarían **las empresas del estado en régimen socialista**, que sería una forma de gestión nacida a propósito de las nacionalizaciones y los procesos socializadores de los sistemas socialistas, a partir de los cuales se habría forjado el concepto de empresa pública o empresa estatal como figura, en principio, semipública debido a que confluían en ellas diversas características de su régimen previo (privado) y su nuevo régimen post nacionalización. Sin mayor tratamiento dogmático del mismo, se fue configurando en los términos que podemos conocerla hoy en día<sup>490</sup>. Explica Brewer, citando a Katzarov, que el carácter mixto se debe a que “[...] aunque fueron erigidas por la ley en personas jurídicas diferentes del Estado ellas aparecen como orgánicamente vinculadas a éste, pues están obligadas a conformarse con la política económica del mismo. Se trata así, de una forma jurídica de carácter mixto, puesto que es instituida y liquidada, dirigida y

---

<sup>489</sup> Brewer, Allan-Rudolph. Op. cit., 114p.

<sup>490</sup> Brewer, Allan-Rudolph. Op. cit. 96-98pp.



orientada por el Estado, pero pretende estar al mismo tiempo en gran parte deparada de éste y se encuentra colocada bajo el régimen del Derecho privado, y no del Público”<sup>491</sup>.

La diferencia de éstas, con los establecimientos público industriales y comerciales de los países de Europa occidental estaría, por tanto, primero, en su origen (éstos últimos son una evolución de la gestión de los servicios públicos y aquellos de los procesos de nacionalización temprana) y, además, el carácter socializador de las empresas socialistas que les daría un régimen interno más específico en virtud de la regulación específica para los fines político económicos específicos, la participación social en la gestión, aplicación del Derecho del Trabajo, etc.

Las formas jurídicas de gestión de actividades económicas por la Administración, como hemos visto, adquieren múltiples formas y con el tiempo han tendido aún más a su diversificación. Entre ellas, en atención a la participación de la Administración: formas directas, indirectas y mixtas; en atención a la autonomía orgánica: formas parcialmente diferenciadas (orgánica o patrimonial), totalmente diferenciadas (personalidad jurídica propia) e

---

<sup>491</sup> Brewer, Allan-Rudolph. Op. cit. 98p.

indiferenciadas (órganos propios de la Administración, como establecimientos públicos sin personalidad jurídica o establecimientos públicos regidos por el Derecho público); atendiendo a su régimen jurídico interno y externo (publico-publico, público-privado, privado-privado). Sin embargo, centrándonos sólo en las formas jurídicas de gestión directa e intentando ubicar las distintas terminologías utilizadas por los juristas citados en un sistema común, creemos poder sintetizar y sistematizar las clasificaciones estudiadas en el siguiente esquema:

1. Gestión indiferenciada (*régie* o empresa propia).

2. Gestión diferenciada

2.1. Diferenciación parcial por orgánica, patrimonio o ambas.<sup>492</sup>

2.2. Diferenciación por personificación.

2.2.1. Régimen jurídico interno público.

2.2.1.1. Régimen jurídico externo público (establecimientos públicos personificados asistenciales, establecimiento público intervencionista, órganos autónomos administrativos territoriales, corporativos y funcionales).

---

<sup>492</sup> Como figura intermedia con diferenciación parcial en términos orgánicos pero dotación de personalidad jurídica, podría ubicarse la figura belga del *Régie d'Etat*

2.2.1.2. Régimen jurídico externo privado (establecimiento público industrial y comercial, ente público empresarial, servicio público personificado, empresa pública socialista, empresa pública)<sup>493</sup>

2.2.2. Régimen jurídico interno privado.

2.2.2.1. Régimen jurídico externo privado (sociedad mercantil, sociedad privada, accionariado total estatal, accionariado mixto mayoritario estatal).

Como podemos apreciar, la “empresa pública” como forma de gestión concreta de actividades económicas por la Administración es una terminología más para aludir a una determinada fórmula de gestión de actividades económicas: directa, personalizada, régimen interno público, régimen externo privado. Pero, lo cierto es que la empresa pública en sentido estricto o acotado (no concreto), caracterizada como fórmula organizacional para la gestión económica, apartada del derecho administrativo en su actuación externa, con personalidad jurídica propia, pero de propiedad estatal, permite dos formas jurídicas: tanto aquella de régimen jurídico interno privado (accionariado estatal) como aquella regida internamente por el Derecho público

---

<sup>493</sup> Como variable intermedia, referida a mayor autonomía respecto de la política económica, podríamos ubicar a las *Public Corporations* y las *Government Corporations*

(establecimiento público industrial y comercial o empresa pública en sentido concreto)<sup>494</sup>.

En este sentido, la explicación otorgada por Brewer respecto al origen de la empresa pública entendida como forma jurídica concreta de gestión parece acertada. Sus orígenes perfectamente podríamos situarlos en los procesos nacionalizadores tempranos de los sistemas socialistas, en los cuales se forjó un sistema mixto de gestión para la búsqueda de objetivos públicos en el sistema privado. Pero, desde un análisis occidental, podríamos fijar su origen en los establecimientos públicos que al gestionar servicios económicos tomaron el apellido de “industrial y comercial” y, luego, con los propios procesos de nacionalización y creación de entidades nuevas, tomaron la terminología de empresas públicas.

Adelantando nuestra opinión y con el objeto de aclarar los distintos niveles del concepto “empresa pública” **(categorialmente como actividad o forma de intervención de la Administración; acotadamente, como fórmula organizacional general de escape de las trabas del Derecho público; concretamente como forma jurídica de entes de gestión**

---

<sup>494</sup> Martín Retortillo, Sebastián. Op. cit. 81-82pp.

**económica**), creemos que la única manera realmente correcta de utilizar esta noción es refiriéndose a lo que hemos denominado como su sentido acotado o estricto. Es decir, a riesgo de parecer redundantes, como un mecanismo instrumental de gestión directa no integrada de actividades materiales o técnicas (prestación de servicios públicos, producción de bienes) de carácter tradicionalmente económico (producción o distribución, industrial o comercial) utilizada por la Administración (local o central), consistente en un establecimiento u organización de carácter empresarial de propiedad estatal o municipal, con personalidad jurídica independiente de la Administración, pero dirigida y utilizada por ésta para objetivos de política y justicia económica, sometida por regla general en su relación con terceros al Derecho privado y que puede actuar en régimen de monopolio fiscal o en concurrencia con particulares. De manera que dicha fórmula organizacional instrumental podrá tomar dos formas concretas de gestión en atención a su régimen interno: régimen privado-privado (sociedad mercantil del Estado) o régimen público-privado (entidad pública empresarial).

### **1.5 Clasificación de la empresa pública.**

Con esta conceptualización, y para una mayor sistematización de la idea, podemos aproximarnos a una clasificación de la empresa pública como fórmula organizativa, basándonos, en principio, en la tipología realizada por Villar Ezcurra, podemos enumerar categorías de empresa pública según (i) forma jurídica: sociedad mercantil o entidad de derecho público; (ii) finalidad (o, más precisamente consideramos, entidad que gestiona): gestión de monopolios fiscales, gestión de servicios públicos o gestión de empresas productivas (llamadas por Villar Ezcurra, empresas de mercado); (iii) la Administración pública a la que pertenece: estatal o local (Ezcurra, diferencia en la administración local a las Comunidad autónoma y Corporaciones locales; pero, para lo que nos interesa desarrollar aquí, sólo nos limitaremos a distinguir dos niveles); y (iv) forma de control (o, más precisamente, creemos, “dependencia directa”)<sup>495</sup>: por Administración pública (local o estatal), por un ente de gestión (en el caso español, el INI), o por otra empresa pública (las filiales)<sup>496</sup>. A esta clasificación podríamos agregar, como decíamos: según (v) objetivos inmediatos: prestación de servicios públicos, generar equilibrios

---

<sup>495</sup> Aunque nos parece que el tratamiento exhaustivo del tema de las formas de control excede los propósitos de esta tesis, creemos que es más correcto abordar esta clasificación en términos de “dependencia directa”, ya que las “formas de control” sugieren una perspectiva aún más amplia de análisis, en la cual podría contemplarse, según el desarrollo de Brewer, controles parlamentarios, por órganos fiscalizadores, como superintendencias, o incluso formas de control social a través de la participación de las comunidades y organizaciones involucradas (Brewer, Alla-Randolph. Op. cit., 127p. y ss.)

<sup>496</sup> Villar Ezcurra, J.L. Op. cit., 147-148pp.

económicos u obtención de ingresos; (vi) carácter de la actividad material que gestiona: industrial o comercial, productiva o distributiva.

### **1.6 Elementos del concepto de empresa pública.**

Con lo expuesto, podemos enumerar con cierta facilidad cuáles serían los elementos del concepto de empresa pública, ya dijimos, como fórmula organizacional para la gestión directa de actividades económicas, en los siguientes términos:

1. **Instrumento organizativo de gestión directa de la Administración para consecución de fines públicos:** intervención administrativa directa para consecución de objetivos de política económica, orientados a contribuir al bienestar social y el desarrollo humano individual y en sociedad.
2. **Gestión de servicios públicos o actividades de producción de bienes y servicios:** sería el contenido general del “objeto social” de la empresa pública. Pudiendo traducirse en objetivos inmediatos diversos. Atendiendo a los distintos desafíos y mecanismos necesarios para alcanzar los fines públicos, puede ser: gestión de

servicios público, producción o distribución de bienes estratégicos, equilibrio económico, incidencia micro o macroeconómica, obtención de utilidades, etc.

3. **Personalidad jurídica desintegrada de la Administración y de propiedad estatal:** entidad personificada de manera independiente de la estructura de la Administración, siendo de propiedad y dependencia directa de ella, sin ser órgano de la misma.
4. **Régimen jurídico interno de derecho privado o público:** por su estructuración como sociedad mercantil o como entidad pública.
5. **Régimen jurídico externo de derecho privado:** su relación con terceros en la economía se rige, en principio, por el Derecho privado, es decir, sin potestad de imperio – salvo excepciones, en la cuales se podrían atribuir atribuciones de derecho público específicas.

## **2. El devenir de las empresas públicas: de las nacionalizaciones a las privatizaciones y la revisión de la teoría clásica.**

### **2.1 Nacionalizaciones y socializaciones del siglo XX.**



La segunda mitad del siglo XX, a pesar de la crisis conceptual del servicio público, estuvo marcado por un proceso de nacionalizaciones y socializaciones de los servicios y las empresas públicas. Impulsado por la crisis económica post Segunda Guerra Mundial, por la “insatisfacción con el poder monopólico de los prestadores privados y la poca capacidad del Estado de ponerle límites; la trasnochada teoría económica local”<sup>497</sup> (municipalización), la intervención del Estado en materias económicas no sólo fue haciéndose cada vez más necesaria sino también real y efectiva, profundizándose, en materia administrativa, el proceso que ya caracterizaba la primera crisis de la teoría del servicio público: “la interpenetración del dominio administrativo y del dominio económico”<sup>498</sup>.

Explican Comín y Díaz que “[d]urante la segunda posguerra mundial, la nacionalización de empresas públicas en Europa contó con un amplio fundamento teórico e ideológico y con un fuerte apoyo político; ello coincidió con las aspiraciones nacionales de reconstrucción de las redes de infraestructuras, transportes y energías destruidas en la guerra y de reestructuración de determinadas industrias, particularmente de las

---

<sup>497</sup> GORDILLO, AGUSTÍN. Tratado de derecho administrativo. 7ª Ed. México, Editorial Porrúa, 2004, Tomo II, p. 162-163.

<sup>498</sup> Benoit, Francis-Paul. Op. cit. 17p.

relacionadas con los objetivos bélicos [...] En estas nuevas circunstancias, las nacionalizaciones tuvieron serias consecuencias tanto en el traspaso de la propiedad de los empresarios privados hacia el Estado como en su contribución a la producción, la inversión y el empleo nacional [...]”<sup>499</sup>. Además, agregan, estaba la idea de que la explosión de la Segunda Guerra Mundial había sido producto de diversos factores económicos desarrollados durante el periodo entreguerras. Se proponían así “fomentar la seguridad económica, el Estado del bienestar y la cooperación internacional, como requisitos para conseguir la paz social en el interior y en el exterior; el objetivo último era evitar una nueva guerra”<sup>500</sup>.

Con la fórmula de las nacionalizaciones y socializaciones se pretendía, básicamente, (i) resguardar, por su carácter estratégico, algunos sectores de la economía para promover el crecimiento económico; (ii) redistribución de rentas mediante la propiedad pública; (iii) democratizar el uso de los bienes nacionales, nacionalizándolos para que todos los ciudadanos pudiesen beneficiarse de esa riqueza y no sólo empresas extranjeras; (iv) abaratar costos de bienes de determinados sectores en los que el Estado fuera principal

---

<sup>499</sup> Comín, Francisco y Díaz, Daniel. Op. cit. 155p.

<sup>500</sup> Comín, Francisco y Díaz, Daniel. Op. cit. 156p.

demandante, para evitar el pago excesivo, finalmente, por los contribuyentes<sup>501</sup>.

Introducíamos al tema, explicitando la importante correlación que existe entre la evolución y concepción del Derecho Administrativo y las actividades del Estado con las circunstancias históricas y los procesos políticos que se viven en una determinada sociedad. Desde mediados de siglo viene a ocurrir una determinante vinculación de la evolución de la Administración con la coyuntura económica. Las circunstancias sociales y económicas hacen concebir todo problema económico en un problema político, implicando, por tanto, repercusiones administrativas<sup>502</sup>. Profundiza Benoit, explicando que “[...] antes de este periodo, las intervenciones administrativas en el campo económico eran numerosas, pero cada una de ellas era en cierto modo aislada; había una yuxtaposición de intervenciones diversas. Desde 1954 se produce un cambio profundo: las intervenciones administrativas en materia económica dan paso a una intervención global y permanente; todo problema económico se vuelve constantemente problema administrativo. [...] Desde ese momento,

---

<sup>501</sup> Aharoni, 1986, pp. 101-105, En: Comín y Díaz., p. 64.

<sup>502</sup> *Ibíd.*

los problemas económicos se convierten en problemas cotidianos y, por ello, en administrativos”<sup>503</sup>.

Este proceso político, económico y social que se manifiesta tajantemente en la expansión de la actividad económica del Estado, surge al tiempo que impacta, necesariamente, en la concepción del Estado, traduciéndose específicamente en una crisis del Estado liberal de Derecho, “[...] no en cuanto al esquema lógico-formal que supone, que debe perdurar y de hecho perdura, sino en cuanto a los resortes de seguridad que debían, tradicionalmente pensando, asegurar sus fundamentos; y consecuencia pareja del paso hacia un Estado social, que ante supuestos generales de hecho radicalmente distintos de aquéllos en que se basó la aparición histórica del Estado burgués de Derecho pierde su ponderación de indiferencia, matizando su actividad con una preocupación radical por el bienestar del súbdito y del cuerpo económico de la Nación.”<sup>504</sup>

Es así, dice Garrido Falla, cómo el originario Derecho Administrativo liberal, se va a convertir ahora en el “Derecho de las socializaciones y

---

<sup>503</sup> Benoit, Francis-Paul. Op. cit., 17p.

<sup>504</sup> Villar Palasí, J.L. Op. cit.

nacionalizaciones, de la intervención del Estado en la economía, en las clases sociales y en la distribución de la renta nacional.”<sup>505</sup>

## **2.2 Privatización, liberalización y subsidiariedad del Estado.**

### **2.2.1 Proceso histórico: El cambio de paradigma.**

Desde las últimas dos décadas del siglo XX, consecuencia de la llamada crisis del Estado social de Derecho que se gesta a raíz de la crisis económica nacida al alero de la crisis energética de mitad de los años setenta<sup>506</sup>, arremetió un proceso de reducción del Estado y (re)apertura a la iniciativa privada, principalmente en lo que respecta a las actividades de carácter económico. Tanto aquellas gestionadas por régimen de servicio público como por aquellas llevadas a cabo mediante régimen de empresas públicas.

Sobre la base de los argumentos de la incapacidad, la ineficacia<sup>507</sup> y la privación de libertad individual, se gestó el modelo del Estado mínimo que, según explica Muñoz Machado, supone “[...] una retirada progresiva de la

---

<sup>505</sup> Garrido Falla, Fernando. Op. cit. (Sobre el derecho administrativo...). 38p.

<sup>506</sup> Martín-Retortillo, Sebastián. Op. cit. 90p.

<sup>507</sup> Cfr. Valls Hernández, Sergio. Op. cit. 429-430pp.

acción del Estado sobre la sociedad, que empieza por una significativa transferencia hacia la empresa privada de la iniciativa y el control de los sectores económicos fundamentales, para continuar con la reducción drástica de los servicios de carácter social.”<sup>508</sup>

Dice Martín-Retortillo que es en atención a las fórmulas nacionalizadoras que habían postulado llevar a cabo la ordenación económica haciendo asumir al sector público la titularidad patrimonial de gran parte de las empresas económicas, la que comenzó a ser cuestionada, arguyendo que dicha fórmula es insuficiente en términos de resultados, costosa, e innecesaria respecto a la titularidad patrimonial, que el Estado resulta ser un mal empresario en términos de niveles de productividad, rentabilidad, falta de competitividad, falta de flexibilidad en virtud de los obligados controles de derecho público, y que la incidencia política sobre la gestión resulta contrario a los objetivos propiamente empresariales, en ámbitos como subidas de precio, revisión de tarifas, localización de instalaciones industriales, etc.<sup>509</sup>

Agrega Ariño a estos argumentos que las dimensiones tomadas por el Estado a partir de las nacionalizaciones terminó por desarrollar un

---

<sup>508</sup> Muñoz Machado, Santiago. Op. cit. (Servicio público y mercado...), 24p.

<sup>509</sup> Cfr. Martín-Retortillo, Sebastián. Op. cit. 92-95pp.

“protagonismo y un liderazgo asfixiante, no sólo en el orden político sino también en la vida económica y cultural”, expresado fundamentalmente en un aparato de intervención económica cargado de autorizaciones, inscripciones, permisos, visados, registros, exenciones, homologaciones, controles financieros o contables, desplazando incluso los objetivos socialistas iniciales<sup>510</sup>.

Sobre la base de estos argumentos se instala, como consecuencia, la necesidad de reducción del sector público, en especial respecto de las actividades de producción y comercialización de bienes, permitiéndose, sin embargo, la gestión de determinados servicio público<sup>511</sup>. Dice Ariño que se llegó a la conclusión de “que el Estado debía renunciar a muchas de sus actividades económicas y romper los múltiples monopolios que había generado en la prestación de servicios a los ciudadanos; que debía vender gran parte de sus empresas y devolver a los ciudadanos la posibilidad de elegir”<sup>512</sup>, asumiéndose así manifiestamente el “modelo económico liberal anglo-norteamericano: la privatización y liberalización de los principales sectores económicos (energía, transporte, telecomunicaciones, correos y servicios

---

<sup>510</sup> Ariño, Gaspar. Empresa pública, empresa privada, empresa de interés general: lecciones retrospectivas, de las que algo se puede aprender. Navarra, Editorial Aranzadi, 2007. 28p.

<sup>511</sup> Cfr. Martín-Retortillo, Sebastián. Op. cit. 95-96pp.

<sup>512</sup> Ariño, Gaspar. Op. cit. 26p.

urbanos)”<sup>513</sup>. Se fue proponiendo así el paso de Estado de bienestar a una “sociedad de bienestar”, donde serían los particulares los nuevos protagonistas en la búsqueda de los fines públicos.

En palabras de Gaspar Ariño, el proceso de transformación del rol del Estado en la economía, “[c]onsiste en el paso de un sistema de titularidad pública sobre la actividad, concesiones cerradas, derechos de exclusiva, obligación de suministro, precios administrativamente fijados, carácter temporal (con reversión/rescate en todo caso) y regulación total de la actividad, hasta el más mínimo detalle, a un sistema abierto, presidido por la libertad de empresa, esto es, libertad de entrada (previa autorización reglada), con determinadas obligaciones o cargas de servicio público (se trata de un servicio de interés general, esencial para las gentes), pero con libertad de precios, modalidades de prestación, con libertad de inversión y amortización y, en definitiva, en régimen de competencia abierta, como cualquier otra actividad comercial o industrial, en la que hay que luchar por el cliente (no hay mercados reservados ni ciudadanos cautivos)”<sup>514</sup>.

---

<sup>513</sup> Ariño, Gaspar. Op. cit. (Empresa...), 26p.

<sup>514</sup> Ariño, Gaspar. Op. cit. 560p.



Así, como decíamos, la justificación se configuró, básicamente, a partir de las ideas de (i) la privación de las libertades individuales, siendo los servicios públicos, en criterio de P Devolvé “una amenaza para las libertades públicas en la medida que tiende a integrar todo tipo de actividades privadas que tengan relación con él”<sup>515</sup>; (ii) la incapacidad e ineficiencia económica de la Administración reflejada en un Estado demasiado grande y calidad de servicios demasiado mínimas<sup>516</sup>, distorsionando además, a través de la planificación y la gestión directa, el correcto crecimiento de la actividad económica<sup>517</sup>; (iii) la globalización de la economía de mercado y la necesidad de “desideologizar” la política económica, que exigen la “modernización” de las economías en base a la concurrencia y competitividad de las empresas para la gestión de la mayor cantidad de actividades económicas, única forma de llenar las necesidades de la población y mejorar los servicios y prestaciones<sup>518</sup>.

A su vez, la solución se configuró en los principios de: “[...] privatización de sectores económicos que estaban integrados en el sector público o controlados y gestionados por administraciones y establecimientos públicos; segunda, la liberalización, que opera complementariamente, aunque

---

<sup>515</sup> Carro, José Luis. Op. cit. 595p.

<sup>516</sup> Ariño, Gaspar. Op. cit. (Principios...). 550p.

<sup>517</sup> Ariño, Gaspar. Op. cit. (Principios...). 552p.

<sup>518</sup> En este sentido, Carro, José Luis. Op. cit., 596p, y Ariño, Gaspar. Op. cit. (Principios...), 551p.

con independencia de las medidas de privatización, y procura una reducción de las intervenciones públicas en los sectores económicos fundamentales para el desarrollo de la competitividad y el empleo; y tercera, la aplicación a las relaciones entre empresas del principio de igualdad y de las reglas del mercado, entre las cuales son fundamentales los principios de la libre competencia”<sup>519</sup>.

Así, privatización, liberalización y principios de la libre competencia se convierten en la triada que regirá desde fines del siglo XX hasta nuestros días la actuación económica de las sociedades occidentales. Principios y técnicas que llevarán a un desmantelamiento del Estado social que había surgido a mediados de siglo, a la mercantilización de los otrora servicios públicos y a la resignificación del rol del Estado en la economía, rigiéndose su intervención desde entonces, más o menos, por el principio de la subsidiariedad y la regulación.

Por privatizar, dice Martín Rebollo, pueden entenderse distintas cosas. Puede referirse al fenómeno de creación de entes de naturaleza pública que someten su actividad al derecho privado (las entidades públicas

---

<sup>519</sup> Muñoz Machado, Santiago. Op. cit. (Servicio público y mercado...), 20p.

empresariales), “creadas en aras de la eficacia, pero, también, a veces, con la subrepticia pretensión de ‘liberarse’ de los rigores del derecho público y sus controles”; puede también significar “la adopción de fórmulas organizativas privadas manteniendo, no obstante, el carácter público de las mismas, al menos desde la óptica económica (sociedades mercantiles del Estado); y puede ser el uso del mecanismo de la concesión, es decir, delegación de actividades públicas a agentes privados. Sin embargo, advierte, estas no son formas propiamente tales de la privatización, porque la titularidad del servicio y el control son finalmente público. En efecto, “privatizar puede significar que el Estado se desprenda, sin más, de la responsabilidad de una actividad, del servicio o del monopolio del mismo. O más sencillamente aun, en el caso de empresas de capital público y forma jurídico-privada [...] vender la empresa a un adquirente privado, bien de forma directa, bien en el mercado de valores”<sup>520</sup>.

Mas acabadamente explica Ariño: “Privatizar es, ante todo, replantearse los fines y las tareas del Estado, reservando a éste aquello que constituye su objeto esencial y devolviendo a la libre iniciativa privada [...] la realización

---

<sup>520</sup> Martín Rebollo, Luis. Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras. En, Cienfuegos, David y Rodríguez, Luis (Coord.). Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica. España, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas, 2008. 355-381pp.

de tareas y empresas que fueron absorbidas por el Estado, pero que nada tienen que ver con la soberanía. Privatizar es, esencialmente, liberalizar, esto es, devolver al ámbito de la libertad lo que se había sustraído a ella. Esta devolución puede tener diferentes grado o manifestaciones: puede referirse a sectores completos (por ejemplo, las telecomunicaciones o el petróleo y sus derivados) o sólo a parte de ellos (por ejemplo, una parte de la industria eléctrica, reservándose el Estado algunos servicios básicos); puede referirse a la titularidad de la actividad o simplemente a su gestión; puede ir acompañada de la venta o enajenación de las empresas públicas que operaban en el sector privatizad; y su vez, esta venta puede ser total o parcial, conservando o no el Estado paquetes accionariales que le permitan u seguimiento cercano de la actividad”<sup>521</sup>.

Y, complementa sobre la idea de liberalización, Martín Rebollo, afirmando que “[l]a liberalización supone la ruptura de monopolios, la apertura al mercado de actividades antes ‘retenidas’ por el Estado. Y viene impuesta en numerosas ocasiones, al menos en nuestro caso, no ya por

---

<sup>521</sup> Ariño, Gaspar. Op. cit. (empresa...), 34p.

cuestiones ideológicas, sino, como he dicho, por normas del derecho comunitario europeo”<sup>522</sup>.

De esta manera, en el marco de los procesos de liberalización y privatización, los poderes públicos debieron abandonar diversas posiciones empresariales en diferentes sectores de la economía<sup>523</sup>, principalmente, el sector energético, transportes, telecomunicaciones, abastecimiento de agua, suelo y servicios urbanos, industria y comercio farmacéutico, sector bancario y crediticio y los mercados financieros<sup>524</sup>, resguardándose, como veremos más adelante, excepcionalmente su participación económica como propietario de los bienes públicos y gestor de determinadas empresas industriales, además claro, de la responsabilidad de prestación de servicios sociales básicos<sup>525</sup>. La regla general en los servicios de tipo económicos privatizados y los sectores económicos liberalizados es su sometimiento a los principios de la libre competencia y su operación en el mercado, de manera que “[l]a provisión de bienes y servicios a los ciudadanos, en dichos sectores económicos, no depende ya de los planes de la Administración, de su elección discrecional de las misiones prevalentes que tiene que cumplir el sector público, de sus

---

<sup>522</sup> Martín Rebollo, Luis. Op. cit. (Sobre el nuevo...). 367p.

<sup>523</sup> Muñoz Machado, Santiago. Op. cit. 501p.

<sup>524</sup> Ariño, Gaspar. Op. cit. (Principios...). 552p.

<sup>525</sup> Cfr. Muñoz Machado, Santiago. Op. cit. (Tratado de Derecho...), 501p.

opciones sobre la aplicación de los recursos públicos, sino del correcto comportamiento de las empresas privadas que desarrollan actividades de utilidad pública.”<sup>526</sup>. En el mismo sentido se manifiesta Ariño, quien defiende: “las empresas privatizadas, gestoras hoy de un servicio de interés general [...] son empresas de interés público que forman parte del sistema estatal de prestaciones (no, en cambio, del sistema político)”<sup>527</sup>.

No se trata ya entonces de potenciar la gestión indirecta de la Administración, sino derechamente de liberalizar los servicios hasta entonces de titularidad pública y fomentar su realización por las empresas privadas. Se agudiza un proceso de crisis del Estado social cuajado en gran parte por la primacía actual de la filosofía del mercado y la competencia. Filosofía que no sólo incide en los servicios económicos sino, luego también, en los servicios asistenciales o sociales, todos los cuales se encuentran ya disputados entre el mercado y el Estado.<sup>528</sup>

No obstante la fuerte arremetida privada y el repliegue público o estatal, está vigente la idea para los neo-liberales, de que el Estado no puede

---

<sup>526</sup> Muñoz Machado, Santiago. Op. cit., (Tratado de Derecho...), 498p.

<sup>527</sup> Ariño, Gaspar. Op. cit. (Principios...), 597p.

<sup>528</sup> Souvirón, José Maris. Op. cit. 140p.

simplemente ser suprimido<sup>529</sup> porque hay certeza de que el mercado es incapaz de funcionar, como lo dirían los más radicales ideólogos liberales, bajo la mera regulación de la mano invisible. En contraposición al rol solidario del Estado, característico del Estado social de Derecho, se dará pie a la concepción de un Estado subsidiario, propio de un Estado (neo) liberal de Derecho<sup>530</sup>. El Estado deberá actuar, por tanto, sólo en términos de regulación (o desregulación) y su legitimidad para interactuar estará limitada a los casos de desestabilización del mercado, necesidades que no son solventes por la vía del mercado, se trate de exigencia culturales y espirituales que el mercado no puede atender o para hacer realidad unos ideales éticos y sociales que la sociedad se ha propuesto. En tales casos, dice Ariño, “es obvio que hay que corregir y complementar los mecanismos del mercado, pero sin que con ello se desincentive notoriamente el trabajo y el esfuerzo. Las medidas que en tales situaciones hay que adoptar, deben ser, en lo posible, intervenciones conforme al mercado y compatibles con éste”<sup>531</sup>. Así, basado en los principios de regulación y subsidiariedad, el Estado pasará de “ser prestador y asegurador directo del funcionamiento y la calidad de los servicios a la condición de garante (*Gewahrlistungstaad*), vigilante del comportamiento de los mercados

---

<sup>529</sup> Ariño, Gaspar. Op. cit. (Empresa...). 27p.

<sup>530</sup> Ariño, Gaspar. Op. cit. (Empresa...). 30p.

<sup>531</sup> Ariño, Gaspar. Op. cit. (Empresa...). 32p.

para que los operadores respeten la competencia y las regulaciones públicas establecidas [...]”<sup>532</sup> y las excepciones a su participación bajo el régimen de competencia se fundamentarán en la necesidad de cubrir aquellas necesidades de interés general que no alcanzan a ser cubiertas por la gestión de privados.

Primera consecuencia de dicho proceso de transformación del Estado, será la despublificación de gran parte de los servicios públicos y áreas económicas, es decir, “las actividades del nuevo servicio público ya no son de titularidad estatal sino de iniciativa privada”<sup>533</sup>. Dichas materias podrán reputarse de “responsabilidad estatal en la medida que sus prestaciones en un determinado nivel deben llegar a todos sus ciudadanos (el servicio universal). Y en dicha medida puede ser necesaria la financiación estatal.”<sup>534</sup> .

De esta manera, el cambio institucional ha tenido su repercusión cultural en la manera de concebir los derechos individuales y sociales y en la forma de concebir la libertad y la igualdad. Luego de dichos procesos privatizadores a ultranza, hoy el régimen de derechos y de lo público se rige en términos economicistas. A este respecto, esclarecedor y bastante

---

<sup>532</sup> Muñoz Machado, Santiago. Op. cit., (Tratado de Derecho...). 499p.

<sup>533</sup> Ariño, Gaspar. Op. cit. (Principios...). 561p.

<sup>534</sup> *Ibíd.*



inescrupuloso, resulta el párrafo de Gaspar Ariño que dicta: “Se parte de la base de que cada uno sabe –mejor que el Estado- cómo gastar si propio dinero y que cuanto más dinero pueda guardar en su bolsillo, más libertad y más dignidad conservará; se entiende que no es bueno uniformar a todos bajo un mismo patrón y que hay que respetar las preferencias y los sacrificios que cada uno esté dispuesto a hacer para obtener mejor calidad en las prestaciones que recibe. Naturalmente el Estado deberá atender dignamente las necesidades de aquellos que no quieran o no puedan –porque no tengan medios para ello- organizarse sus propios servicios, pero en ningún caso debe ser imperativo y obligatorio el deber de cotizar para financiar los servicios estatales, tanto si los recibes como si no”<sup>535</sup>.

## **2.2.2 Proceso jurídico-teórico: La revisión de la teoría y el estado actual de la discusión.**

### **2.2.2.1 Crisis y replanteamiento de las empresas públicas.**

---

<sup>535</sup> Ariño, Gaspar. Op. cit. (Empresa...). 33p.

Los inicios de las privatizaciones del siglo pasado y que analizamos como fenómeno político, fueron a su vez profundamente teorizadas y fundamentadas en criterios políticos que tuvieron sus manifestaciones jurídicas y dogmáticas.

Según explicábamos más arriba, en gran parte de Europa, el proceso de privatización de la década de 1980 y 1990 tuvo diversas formas de manifestarse, algunas más profundas y generales, otras más superficiales y parciales, pero lo cierto es que el proceso privatizador en cualquiera de sus variantes estuvo fundado bajo los mismos principios. Al plantearse la pregunta sobre “¿reforma o privatización de las empresas públicas?”, se ha puesto sobre la mesa para una u otra posibilidad, unos claros principios políticos tanto para el análisis como para la solución, a fin de reorganizar la economía occidental.

Desde esta perspectiva construye su análisis Gaspar Ariño, primero, planteando los “vicios institucionales de la empresa pública tradicional” y, luego, las soluciones al problema de las mismas. Sobre lo primero, podemos sintetizar su análisis en los siguientes términos<sup>536</sup>:

---

<sup>536</sup> Cfr. Ariño, Gaspar. Op. cit. 151-158pp.

1. Problemas de agencia: Plantea la difusa identificación del propietario de las empresas públicas (ciudadanos en sentido amplio) y, por tanto, el problema de legitimación de la relación propietario-gestor en la dirección de la empresa. Ubicando en medio de dicha relación intereses espurios y autorreferentes de políticos y gobernantes.
2. Dilución de responsabilidad: Fundada en la diferenciación de los sujetos políticos (poder) y los agentes gestores (responsabilidad) y la falta de procedimientos para exigir responsabilidades en las empresas públicas.
3. Movilidad de los dirigentes: La cuál sería demasiado constante y, por tanto, promovería la falta de responsabilidad de los presidentes de empresas, ya que no tendrían una visión de mediano o largo plazo.
4. El “síndrome de la imagen”: Sería un fenómeno manifestado en la necesidad de representar una determinada imagen de la empresa y fundado en la necesidad de las empresas públicas de mantener su continuidad, arguyendo que promueve un enfoque más comunicacional que efectivo en el mejoramiento de los sistemas.
5. Falta de incentivos: Refiere a la ausencia de mecanismos económicos que promuevan el mejor funcionamiento de las empresas públicas, además de la inexistencia de precisas determinaciones de objetivos, estándares de buena o mal gestión, de grados de eficiencia y valoración de resultados.

6. Falta de eficiencia y sobre burocratización: Es la idea de que “lo importante no es hacerlo bien, sino cumplir las reglas”, en términos de que a falta de los parámetros del punto anterior, lo importante, entonces, se volvería cumplir con las reglas, limitando la capacidad de un buen rendimiento.
7. Falta de transparencia: Se trataría de otra manifestación del “síndrome de la imagen”, basado en la manipulación política de cifras y ausencia de mecanismos de transparencia que permitan saber realmente la marcha de las empresas públicas.
8. El poder sindical: Que junto a la vulnerabilidad de las empresas públicas frente a las presiones sociales, radicaría en un arbitrario “exceso de plantillas” (aumentos salariales).
9. Restricciones presupuestarias blandas y la consecuente tendencia al expansionismo.

Las soluciones propuestas por el autor, tendrían su fundamento en los vicios antedichos, en la necesidad de la superación de la ineficiencia y burocratización. Para ello, ha propuesto, primero, una fuerte limitación al uso de las empresas públicas como forma de gestión de actividades de los sectores de la economía, acotada su utilización únicamente a las “[...] actividades

industriales de carácter estratégico, “devolviendo la gestión de muchas actividades, bien al sector privado, bien a las Administraciones Públicas”<sup>537</sup>. Sin embargo, sostiene también que la posibilidad de mantener la gestión administrativa vía empresas públicas, supone un replanteamiento de la idea tradicional de esas empresas públicas, intentando su asimilación radical a una empresa privada ya no sólo en su actuación exterior, sino también en su estructura interior “viciado hoy por la politización y por las ‘ineficiencias organizacionales’”, transformando el sistema de designación y estabilidad de sus dirigentes y el marco regulatorio, asegurando un control accionarial efectivo, la liberación de ataduras políticas partidistas y la realineación de los intereses internos de los agentes (incentivos, problemas de agencia).<sup>538</sup> En términos generales:

1. Despolitización de las empresas públicas: En términos de la expropiación de su carácter instrumental al servicio del poder político, para pasar a estar al “servicio de la nación”, personificado en el Estado, pero siendo éste más que el gobierno. En concreto, para estos efectos, se propone, para el “saneamiento” de las empresas públicas: (i) un procedimiento legal para crear empresas o entidades empresariales; (ii) estatuto de autonomía para

---

<sup>537</sup> Ariño, Gaspar. Op. cit. 158p.

<sup>538</sup> Ariño, Gaspar. Op. cit. 159p.

las empresas del Estado que asegure respeto a los fines de éstas, con autonomía de la política de gobierno; (iii) procedimiento de designación y cese de presidentes de las empresas para asegurar idoneidad, estabilidad e independencia frente a intentos de mediatización política; (iv) sistema de supervisión y control entre gobierno y parlamento, no partidista y con asistencia técnica; (v) Separación efectiva de la actuación reguladora y accionista del Estado; (vi) regulación económica de los sectores de la economía sustentada en la protección de la competencia y o en el resguardo de las empresas públicas<sup>539</sup>.

2. Transformación organizacional: a efectos de hacer a las empresas, organizaciones eficientes, en concreto: (i) Privatización sustancial del capital mediante puesta a disposición en el mercado bursátil de paquetes de acciones. Mediante esta privatización se pretende imponer “disciplina” en la gestión empresarial, así como impedimento de interferencias políticas; (ii) Plena sumisión a las reglas del mercado empresarial y a la “lucha por supervivencia”, es decir, admisión de quiebra de las empresas públicas, lo que a su vez llevaría a presupuesto público estricto, financiación mediante bancos, control de reivindicaciones salariales de los sindicatos. Para las empresas de servicio público se abstendría la sumisión a la quiebra,

---

<sup>539</sup> Ariño, Gaspar. Op. cit. 159-162pp.

permitiendo en tales casos la intervención de autoridad competente en un marco de reducción de capital, rentas o despidos; (iii) sistema de incentivos direccionados al “beneficio empresarial”, de rentas para la empresa, en términos de antigüedad, innovación, trabajo en equipo, ahorro de costos, objetivos de venta, etc.

Esta transformación o reforma de la empresa pública es lo que llamó Ariño el paso de la “empresa pública” a la “empresa de participación pública”, lo que en rigor constituye una privatización, si bien no en términos de venta, sí de forma de actuación, organización y objetivos, asimilándose ahora casi completamente a una empresa privada. Con esta nueva estructuración, la finalidad última de la empresa pública, que habíamos identificado en su forma tradicional, pasa a un plano excepcional. Son los objetivos inmediatos los que toman preponderancia y casi exclusividad, en concreto, la finalidades de las empresas públicas pasan a ser “la rentabilidad, la maximización de su valor, la eficiencia económica en la asignación de los recursos, para lo cual tiene que esforzarse en mejorar su competitividad, ampliar sus mercados, innovar en sus actividades y, en general, cuantas actuaciones contribuyan a añadir valor a la empresa y aumentar el beneficio de sus accionistas”<sup>540</sup> que, recordemos, ahora

---

<sup>540</sup> Ariño, Gaspar. Op. cit. 145p.

son públicos pero en su mayoría privados. Tras estos objetivos, su estatus jurídico también se transforma. Es liberada de privilegios administrativos y también de las cargas públicas, para someterla en su totalidad “a las reglas del derecho privado (autonomía de la voluntad, libertad para contratar, disponibilidad sobre su patrimonio, posibilidad de quebrar, etc.)”<sup>541</sup>. Se proclama además la autonomía y despolitización de su gestión y separación patrimonial de las empresas públicas, cambiando la titularidad del patrimonio del Estado a la empresa o la entidad pública, asegurando así su nuevo estatus jurídico a cabalidad, en concreto, la posibilidad de comprar-vender, gravar, invertir, etc. Sin necesidad de autorizaciones o procedimientos públicos<sup>542</sup>.

La estructura misma que acabamos exponer, junto con la limitación de las áreas industriales y comerciales en las que se permite y legitima la actuación estatal mediante empresas públicas, es la que en su mayoría –en algunos casos más profunda y completamente que en otros- se fue implementando en los países occidentales a propósito de los procesos de repliegue empresarial estatal que vienen ocurriendo desde fines del siglo pasado.

---

<sup>541</sup> *Ibíd.*

<sup>542</sup> Ariño, Gaspar. *Op. cit.* 146-147pp.



La consecuencia, como hemos visto, ha sido un claro retroceso estatal en prestaciones directas e incluso indirectas (por falta de titularidad pública de las actividades de prestación) y mixtas (por la baja capacidad de control), que además, ha forjado una perspectiva transversalmente mercantilizante. Aunque con matices en actividades de prestación de servicios públicos, lo cierto es que los criterios de competencia, rentabilidad, maximización, eficiencia económica, libre mercado y liberalización económica se han instalado con fuerza, no sólo, como veíamos, fenomenológicamente en los sistemas neoliberales y socialdemócratas europeos, sino también en el tratamiento dogmático de los servicios y empresas públicas.

Junto con este proceso de transformación de la empresa pública, la privatización y liberalización de sectores económicos y la instalación del rol subsidiario del Estado, se ha procesado también la situación de los servicios públicos económicos -o lo que es lo mismo, en la mayoría de los casos, las empresas de servicio público. Sector de la actividad prestacional del Estado que ha tenido su propio tratamiento en base a principios muy similares a los que hemos venido viendo: privatización de las entidades de gestión, liberalización de los servicios públicos y régimen de competencia, dando

cabida a la suplantación de la empresa pública como gestora de servicios público por las “empresas privadas de interés general”.

### **2.2.2.2 Empresas privadas de interés general.**

Explican Rozas y Hantke, que dichas transformaciones político-económicas se tradujeron a su vez en una mutación del concepto de servicio público en la noción de “actividad de interés público” postulado por algunos autores y que transforma el régimen jurídico tradicional del servicio público sustituyéndolo por la aplicación de las normas del Derecho privado. Y a partir de esta mutación conceptual, surgieron luego algunas “voces que plantearon la necesidad de desregular a los prestadores de tales servicios y someterlos a las reglas propias de un mercado competitivo [...]”<sup>543</sup>. Según Martín Rebollo, la idea de actividades privadas de interés público contiene aquellas actividades que por ser de interés público están “sometidas a cierta intervención administrativa, pero que no quedan excluidas del mercado, que son incompatibles con el monopolio, que no presuponen la titularidad pública, la asunción por el Estado del ‘servicio’. La Administración no asume la titularidad (concepto orgánico de servicio público), pero tampoco queda a las

---

<sup>543</sup> Rozas, Patricio y Hantke-Domas, Michael. Op. cit. 20p.

puras leyes del mercado la gestión de este tipo de actividades económicas”<sup>544</sup>. De esta forma los procesos liberalizadores y privatizadores alcanzan también a la gestión de los servicios públicos, ya no se tratará del tradicional concepto con el tradicional contenido de los servicios públicos, sino de las actividades de interés público, definidas en términos del carácter de la actividad y no ya respecto al procedimiento, titularidad u órgano gestor.

Dice Gaspar Ariño que los “procesos de liberalización e internacionalización de las economías no han alcanzado sólo a la industria o la agricultura, sino también a los grandes servicios públicos y a sectores antiguamente calificados de estratégicos: las telecomunicaciones, el petróleo y sus derivados, las carreteras y ferrocarriles, las líneas aéreas, la energía eléctrica, el gas, los abastecimientos de agua a poblaciones, los transportes y sus infraestructuras (puertos y aeropuertos) así como otras actividades de este tipo”<sup>545</sup>. Los servicios públicos se comenzaron a ver, a pesar de la resistencia inicial, también como objeto de liberalización y con ese sentido se fue forjando una necesaria reformulación de las formas de gestión y regulación de los servicios públicos para permitir la competencia entre diversos operadores de los mismos.

---

<sup>544</sup> Rebollo Martín, Luis. Op. cit. 355-381pp.

<sup>545</sup> Ariño, Gaspar. Op. cit. 199p.

Sobre la base de las ideas de ineficiencia de las empresas públicas, de imposición innecesaria de monopolios de gestión por parte del Estado, y de ineficacia de las empresas públicas para cumplir roles de distribución de rentas y objetivos de estabilidad económica y, por el contrario, la eficiencia del mercado como asignación de recursos y la protección de la libertad de elección se da pie a un nuevo sistema de gestión de los servicios públicos, en el cual tendrán preponderancia los actores privados y el Estado limitará su actuar a un rol regulador de la competencia de los “mercados de servicios públicos”, en algunos casos intensa, en otros sólo reglada<sup>546</sup>. Surgirán, entonces, las empresas privadas de interés general como gestoras de las actividades de interés público, suplantando la relación anterior de las empresas públicas como gestoras de servicios públicos.

Sólo para finalizar este capítulo quisiéramos quedarnos con una cita de Comín y Díaz: “La actividad de la empresa pública ha contado siempre con aportaciones teóricas de los economistas; tanto favorables de quienes proponían su difusión, como condenatorias de aquellos que querían su

---

<sup>546</sup> Ariño, Gaspar. Op. cit. 201-202pp.

privatización. Puesto que afecta directamente a la propiedad no ya sólo de empresas, sino de sectores enteros, la actividad empresarial del Estado ha levantado siempre mayores reticencias que otros instrumentos de la política económica, como pueden ser los impuestos y los gastos públicos; éstos son generalmente aceptados [...] Pero, por el contrario, la empresa pública siempre ha sido objeto de una encendida polémica en torno a su propia existencia y razón de ser; como ya ocurría con el pensamiento liberal del siglo XIX, hoy se ha generalizado la idea de que la actividad empresarial sólo puede ser emprendida por la iniciativa privada, y de que el mal funcionamiento de la empresa pública y las enormes pérdidas que implica para la sociedad deben aconsejar a los gobiernos desprenderse de ellas privatizándolas; en contra de lo que sucedió en el siglo XIX, empero, en la actualidad apenas se han cerrado empresas públicas debido a la presión social y política para conservar el empleo”<sup>547</sup>.

---

<sup>547</sup> Comín, Francisco y Díaz, Daniel. Op. cit. 26p.

## **CAPÍTULO IV: LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO EN CHILE.**

### **1. Concepto de Empresa Pública en Chile: Incorporación del concepto por la doctrina chilena y su aparición en el Derecho positivo.**

De la misma manera en que se abrió paso el Estado empresario en el Derecho comparado, en Chile podemos identificar diferentes etapas que, de modo general, coinciden con aquellas que en el Derecho Administrativo han sido señaladas como modalidades del Estado Intervencionista o, más precisamente, como etapas evolutivas de la actividad económica del Estado. A saber, las de (1) Estado-Servicio Asistencial, (2) Estado titular de servicios de carácter económico y (3) Estado gestor de empresas económicas.

Así, en su primera etapa, el Estado chileno se preocupó preferente y casi exclusivamente por el aspecto educacional, siendo posible reconocer el primer organismo autónomo creado a este respecto como fuera, en 1843, la Universidad de Chile. Esta institución, en consecuencia, es el primer organismo institucionalmente descentralizado y, como acabamos de señalar, corresponde y coincide con la imagen de un Estado prestador de servicios

asistenciales. Más aun, en la misma línea, cabe señalar la actitud constante que mantiene el Estado en materia de salud pública, que lo lleva ya en 1832 a crear una Junta Directora de Hospitales y casa de expósitos, que después, en 1854, tomará el nombre de Junta de Beneficencia de Santiago, y que siguiendo la misma orientación asistencial en 1932 dará estructura a la Junta Central de Beneficencia.

La segunda etapa o modalidad de Estado intervencionista, esto es, como titular de servicios de carácter económico, comienza a desarrollarse en plena época del liberalismo económico en nuestro país, desde fines del siglo XIX. Podría a este respecto recordarse, entre otros, la Caja de Crédito Hipotecario y los Ferrocarriles del Estado, pero, como veremos más adelante, sin duda alguna su máximo desarrollo lo alcanza en la década del 20 y preferentemente en la administración de Carlos Ibáñez (1927-1931).

La tercera etapa de la Administración manifestada en su fase intervencionista, representada por el Estado gestor de empresas económicas, se presenta claramente a partir de 1939 (Corfo), sin perjuicio de haberse insinuado en las etapas anteriores con algunos casos señalados, como las empresas de Ferrocarriles y la Línea Aérea Nacional, y logrará su punto

culmine y final al alero de los procesos de estatización, nacionalización y socialización de los años sesenta, hasta 1973.

Todas éstas impulsadas tanto por la realidad nacional como internacional, ya que desde “la segunda mitad de la década de 1920, Chile al igual que otros países de América Latina enfrentaron una crisis profunda, que afectó sus estructuras económicas, sociales y políticas. Con ello se abrió un período que, desde el punto de vista de la idea de Estado, experimentó cambios trascendentales, en cuanto al concepto, sus funciones y estructuras [...].El colapso del orden internacional, con sus consecuencias en la economía nacional y en el erario público; los movimientos migratorios y la concentración urbana en las ciudades que desembocaron en el detrimento de las condiciones de vida; y la agitación socio-laboral que manifiestamente se materializaba en el incremento de movimientos huelguísticos<sup>4</sup>, determinaron el agotamiento y eventual colapso del “proyecto oligárquico liberal”, presionando a los gobiernos a realizar un reordenamiento y a intervenir en la solución de las demandas laborales, productivas, habitacionales, entre otras.”<sup>548</sup>

---

<sup>548</sup> ARIAS Y., KARINA. Op. cit., 14p.



Ahora, no obstante resulta medianamente fácil identificar estas tres etapas que terminan por consolidar, en la práctica, la actividad económica del Estado y a las empresas públicas como forma organizacional para la gestión de actividades económicas, lo cierto es que el desarrollo dogmático y jurídico-terminológico en Chile tiene una evolución más difusa y marcada por un criterio epistemológico distinto al utilizado en el Derecho comparado que se ha abordado más arriba. Si en este último, según vimos más arriba, la discusión respecto a las actividades prestacionales del Estado estaba centrada en el esfuerzo sustancial de determinación de las fronteras propias de la teoría del servicio público, es decir, en la distinción de finalidades y prerrogativas entre el servicio público y la actividad económica del Estado, en Chile la actividad prestacional del Estado se encontraba toda incluida en la categoría de los servicios públicos, de manera que la discusión fue abordada desde una perspectiva más práctica u objetiva, centrada en el esfuerzo por sistematizar el panorama prestacional en atención a las diversas formas que iba adquiriendo estos establecimientos prestacionales. Así, más que una distinción entre finalidades o prerrogativas, se dio una diferenciación entre entes personificados o descentralizados y entes centralizados o del poder central.

Sólo adelantaremos que, no obstante este difuso tratamiento de los servicios públicos y las empresas públicas parece ser una falencia doctrinaria o una consecuencia de la urgencia práctica por resolver la institucionalidad chilena y el subdesarrollo económico del país, creemos hay un acierto, consciente o no, en el hecho de no separar los “servicios públicos” de las “empresas públicas”, más concretamente, como hemos venido diciendo, en el hecho de considerar la actividad económica parte de los servicios públicos, y a la empresa pública sólo una forma de organización de los mismos.

## **1.1. El particular tratamiento de los servicios públicos en Chile: La empresa pública como forma del servicio público.**

### **1.1.1. El servicio público.**

Desde un principio, en Chile también, la actividad prestacional de la Administración quedaba toda incluida en la categoría de servicio público, con independencia del contenido de las actividades (económicas y sociales o administrativas). Así, en 1940, el profesor Guillermo Varas, explicaba e relación a los servicios públicos: “La Administración Pública tiende fundamentalmente a satisfacer las necesidades públicas; para ello se somete a

los procedimientos del derecho privado o a los del derecho público. En este segundo caso, que es el que más directamente interesa a nuestro estudio, las entidades públicas, llámense Estado o Municipalidad, organizan los servicios públicos dentro de un procedimiento especial, cuyas características jurídicas deben ser consideradas, por las consecuencias prácticas que de ellas derivan”<sup>549</sup>, terminando con la definición de Jèze: “es toda organización de carácter permanente destinada a satisfacer una necesidad pública, de una manera regular y continua”<sup>550</sup>. Es hacia 1945 que ya podemos identificar con claridad el concepto amplio que se concebía para los servicios públicos, definiéndolo como aquellos “organismos o instituciones creados por la ley o sujetos a la vigilancia de ella, que se encargan de satisfacer de forma regular y continua ciertas necesidades colectivas y de orden público.”<sup>551</sup> Años después el profesor Jara Cristi, explicaba: “Los servicios públicos son organismos que constituyen la estructura misma del Estado [...] La Administración se exhibe precisamente como una entidad integrada por servicios públicos. A donde quiera que dirijamos la mirada nos encontramos con servicios, que no son sino

---

<sup>549</sup> Varas, Guillermo. Derecho Administrativo, Madrid, Aguilar, 1940. 285p.

<sup>550</sup> Jèze, Gastón. Op. cit. (Principios Generales del Derecho Administrativo), en Varas, Guillermo. Op. cit., 285p.

<sup>551</sup> Alvarado, Germán. Organización de los servicios públicos y su influencia en la economía nacional. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1945. 14p.

organismos destinados a la satisfacción de necesidades públicas.”<sup>552</sup>, y agregaba luego: “Existen tres categorías de servicios públicos, correspondientes a cada una de las tres funciones del Estado. Son los servicios Legislativos, Administrativos y Jurisdiccionales.”<sup>553</sup>

Llegando a la mitad de los años cincuenta, el profesor Silva Cimma afirmaba que “todos los servicios públicos constituyen la Administración Pública o del Estado en sentido más amplio [...]”<sup>554</sup>, y ahondaba en su tratamiento, mencionando como requisitos copulativos de los servicios públicos, que éstos se trataran de: (i) servicios creados por ley para cumplir una finalidad de interés público o general; (ii) servicios de la Administración Pública, o sea mantenidos en términos amplios por el Fisco, o más ampliamente todavía, por el Estado; y (iii) servicios en que los empleados de su dotación tienen el carácter de públicos, genéricamente considerados, es decir, destinados por el Estado al servicio público<sup>555</sup>. Y Kolbach, en su tesis de 1963, respaldando la postura del profesor chileno, descifraba más específicamente el concepto de servicio público desarrollado, agregando que

---

<sup>552</sup> Jara Cristi, Manuel. Manual de Derecho Administrativo. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1948. 73p.

<sup>553</sup> Jara Cristi, Manuel. Op. cit. 74p.

<sup>554</sup> Silva Cimma, Enrique. Op. cit. 135-136pp.

<sup>555</sup> Silva Cimma, Enrique. Op. cit. 136p.

“[...] consideramos dentro de ellas [sic] no sólo a los servicios de la administración central sino, también a los descentralizados y concedidos.”<sup>556</sup>

De esta manera, podemos ver con claridad un concepto amplio y orgánico de los servicios públicos. Dice Araneda que “[e]n el Derecho Público Chileno prima el criterio orgánico de Servicio Público, es decir, el Servicio Público comprende Órganos integrantes de la Administración Pública [...]”<sup>557</sup>. Se consideran servicios públicos aquellos que resultan del “[...] procedimiento mediante el cual la Administración, regular y continuamente, y con arreglo a un procedimiento jurídico especial que regula las relaciones que genera, se encarga de dar satisfacción a las necesidades públicas, ya sea mediante una organización dependiente, directa e inmediatamente de ella, o mediante una organización particular que jurídicamente le queda sometida a su autoridad.”<sup>558</sup> En esta categoría, por tanto, se consideran todas las actividades de la Administración, incluso los servicios concedidos. Los servicios públicos son todos los servicios de la Administración del Estado.

---

<sup>556</sup> Kolbach, Oscar. Clasificación de los servicios públicos en Chile. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, 1963. 40p.

<sup>557</sup> Araneda, Sergio. Los servicios públicos industriales y comerciales. Santiago de Chile, Universitaria, 1965.

<sup>558</sup> Jara Cristi, Manuel. Op. cit. 75p.

Encontrándose básicamente toda la actividad de la Administración en la categoría de servicios públicos, podemos encontrar desde servicios de carácter políticos, como los ministerios, pasando por otros dirigidos directamente al bienestar y el desarrollo social, como la salud y educación, hasta servicios de carácter paradigmáticamente económico, de producción e industria, como empresas de producción agrícola y de transporte. Como podemos ver un concepto en extremo amplio que comprende toda actividad que no forme parte de las actividades clásicamente denominadas policía y fomento.

No resulta muy claro si la decantación en el concepto amplio de servicio público, proviene de una posición dogmática determinada o si fue producto de la simple asimilación de la realidad chilena. Sin embargo, en vista a como se configuran las primeras aproximaciones al concepto y a la realidad objetiva de la Administración chilena, parece ser haber sido una mezcla de ambos procesos. No es posible ver en los años 40' un profundo tratamiento de la teoría del servicio público, sino someras aproximaciones. Por su parte, Kolbach más de veinte años después del profesor Guillermo Varas revelaba que “[l]os autores nacionales están acordes, en que resulta en extremo difícil el sintetizar en forma sistemática, didáctica y completa el innumerable y heterogéneo grupo de servicios públicos que componen la Administración de

nuestro país, aduciendo que la anifiesta anarquía con que se ido creando dificulta en forma ostensible esta labor.”<sup>559</sup>

La realidad chilena del siglo XX, se vio marcada por la urgente tarea de industrialización, fortalecimiento de las instituciones estatales y el desarrollo económico, de manera que parece loable afirmar que durante la primera mitad de siglo, fue el criterio práctico de los gobernantes el que primó en lo legislativo y en lo dogmático. El desarrollo jurídico de una propia teoría del servicio público o el despliegue de la herencia francesa en la realidad nacional no fue claramente la prioridad. Ni bien varios afirmaron o dieron a entender la dificultad de concebir un concepto acabado de servicio público<sup>560</sup>, para los diversos autores que abordaron el tema, salvo algunos quizás (entre ellos Silva Cimma), bastó la reseña a Duguit, Jèze y Hauriou, a los elementos de continuidad, regularidad, procedimiento especial y necesidad de interés general y una adherencia, directa o indirecta, pero generalizada, a la concepción orgánica del servicio público. La sistematización, organización y clasificación de los servicios públicos se dio, por tanto, no en base al desarrollo técnico o dogmático del concepto en sí, sino en la estructuración de la actividad directa del Estado. La clasificación de los servicios público en

---

<sup>559</sup> Kolbach, Ocar. Op. cit., 39p.

<sup>560</sup> En este sentido, Araneda, Sergio. Op. cit., 20p; Kolbach, Oscar. Op. cit., 39p.

Chile tuvo su columna vertebral en la forma que adoptaban los entes públicos en su relación con el poder central. Primero, en base a un criterio territorial, luego, en atención a un criterio funcional de los mismos. Es la línea que podemos ver desde 1936, con el profesor Merino, perfeccionada ya definitivamente hacia 1963, con la tesis de Kolbach.

## **1.2. Clasificación de los servicios públicos.**

El profesor Ernesto Merino, hacia 1936 analizaba la organización de la Administración, identificando a los establecimientos públicos, los establecimientos de utilidad pública y las instituciones semifiscales<sup>561</sup>. Clasificación que se mantuvo intacta hasta, al menos, 1940 cuando el profesor Guillermo Varas en su manual de Derecho Administrativo trató diferenciadamente a los establecimientos públicos, las instituciones semifiscales y los establecimientos de utilidad pública. Es esta misma línea clasificatoria la que vemos en la tesis de don Jorge Vega de 1946, quien

---

<sup>561</sup> Merino Segura, Ernesto. Derecho Administrativo. Imprenta Universitaria, Santiago, 1936, 51p. y ss.



analizando los diversos servicios de la Administración, la titula “los servicios fiscales, semifiscales y municipales”<sup>562</sup>.

En un tratamiento más profundo, se pronuncia don German Alvarado, quien en virtud de las diversas formas organizativas que pueden asumir los servicios públicos, clasifica entre<sup>563</sup>:

1. Los servicios públicos propiamente tales: “Se caracterizan por su función esencialmente pública. El factor personal está representado por las autoridades administrativas y sus agentes. En cuanto a los bienes de que pueden disponer, estos pertenecen totalmente al estado.”
2. Los establecimientos públicos. “A diferencia de los servicios propiamente tales, tienen un patrimonio propio, que no es del Estado, disfrutando de una relativa independencia. Y decimos relativa independencia, porque a pesar de considerarse organismos autónomos siempre están supervigilados por el Gobierno.”
3. Los servicios concedidos. “Estos servicios, por su parte, constituyen un carácter intermedio de los dos anteriormente señalados; pues, son en

---

<sup>562</sup> Vega Velasco, Jorge. Los servicios fiscales, semifiscales y municipales de la República. Imprenta El Imparcial, Santiago, 1946.

<sup>563</sup> Alvarado, Germán. Op. cit., 15p.

parte si se nos permite la expresión empresas privadas, y, en parte, Servicios Públicos propiamente dichos. Su patrimonio, las autoridades administrativas junto con los agentes administrativos son todos particulares. Sin embargo, la autoridad estatal interviene directamente en su constitución y en su funcionamiento. Corresponden a esta clase de Servicios, la mayor parte de las instituciones conocidas con el nombre de semi-fiscales.”

No es sino con Silva Cimma primero y Kolbach después, que podemos ver una clasificación mayormente acabada, sistematizada y completa de la realidad de la organización nacional. Kolbach, replicando el esquema del profesor Silva Cimma en su tesis sobre clasificación de los servicios públicos en Chile, considera el siguiente esquema<sup>564</sup>:

1. Administración activa.
  - a. Administración central.
    - i. Dependientes: Ej. Ministerios.
    - ii. Independientes: Ej. Consejo de Defensa del Estado.
    - iii. Descentralizados: Ej. Crédito Prendario.

---

<sup>564</sup> Cfr. Kolbach, Oscar. Op. cit. 41 y 66pp., y Silva Cimma Enrique. Op. cit., 137p.

- b. Administración descentralizada.
    - i. Funcionalmente:
      - 1. Fiscales o establecimientos públicos.
        - a. Empresas públicas: Ej. LAN.
        - b. Establecimientos públicos propiamente tales o servicios de la Administración Pública con régimen de autonomía: Ej. Universidad de Chile.
      - 2. Semifiscales: Ej. Cajas de Previsión social.
    - ii. Territorialmente: Ej. Municipalidades y algunos servicios públicos descentralizados funcionalmente.
  - c. Administración concedida.
    - i. Movilización colectiva a cargo de particulares.
    - ii. Energía Eléctrica, gas, teléfono.
2. Administración Jurisdiccional.
  - a. Contraloría General de la República.
3. Administración Fiscalizadora.
  - a. Tribunales administrativos especiales: Ej. Tribunales aduaneros.
  - b. Tribunales Contenciosos Administrativos (que, aun no existen)

Interesante, a efectos de explicar el modelo organizacional chileno, resulta además la opinión de Sergio Araneda. Antes que todo, citando al profesor Patricio Aylwin, el autor expresa que los servicios públicos admiten, en principio, una clasificación según los criterios de (i) territorio; (ii) personal; y (iii) bienes. En el primer caso cabrían servicios generales de la nación, servicios regionales y locales. En el segundo, servicios atendidos por agentes públicos y por concesionarios. Y finalmente, bajo el tercer criterio, podemos identificar servicios fiscales y servicios independientes.<sup>565</sup>

Además, haciendo eco de un autor español, sugiere otras clasificaciones: “a) esenciales o secundarios; b) obligatorios o facultativos; c) necesarios o voluntarios; d) exclusivos y concurrentes; e) estatales y locales; f) generales o especiales; g) directos o indirectos; y h) simples y mixtos.”<sup>566</sup>

La distinción fundamental que realiza el autor es en virtud de los bienes y la personalidad jurídica. Son los servicios públicos de la Administración central aquellos que “se sostienen de las rentas públicas asignadas anualmente en el Presupuesto General de la Nación, y, por lo tanto, son dependientes de

---

<sup>565</sup> Araneda, Sergio. Op. cit., 23p.

<sup>566</sup> Araneda, Sergio. Op. cit., 24p.

Poder Central.”<sup>567</sup> Por su parte, los servicios públicos independientes o entes personificados o instituciones autónomas son aquellos que cuentan con patrimonio y personalidad jurídica propia, además de mayor autonomía con respecto del poder central.<sup>568</sup> Y, finalmente, estas instituciones autónomas se dividirían entre (i) establecimientos públicos en sentido estricto (Universidad de Chile, Servicio Nacional de Salud); (ii) los establecimientos semifiscales (Banco del Estado, Institutos de previsión); (iii) Empresas del Estado (Empresa Portuaria de Chile, Empresa de Comercio Agrícola).<sup>569</sup>

Con todo, el profesor Varela, desmenuza las distintas instituciones prestacionales de la Administración, diferenciándolas entre ellas, según la siguiente clasificación:

1. Instituciones fiscales dependientes: Son la regla general y corresponden a los establecimientos fiscales dependientes (Fuerzas Armadas, Carabineros, Tesorerías, Impuestos internos).
2. Instituciones fiscales autónomas: Constituyen la excepción en materia de servicios públicos. Serían una modalidad de los servicios públicos

---

<sup>567</sup> *Ibíd.*

<sup>568</sup> Araneda, Sergio. *Op. cit.*, 24-25pp.

<sup>569</sup> *Cfr.* Araneda, Sergio. *Op. cit.*, 27-33pp.

descentralizados funcionalmente, pero caracterizado por una personalidad jurídica propia, y patrimonio propio; su presupuesto no forma parte del presupuesto general de la nación, la administración corresponde a órganos unipersonales (rectores, directores, presidentes) y sus empleados son públicos. Y finalmente, su autonomía sería, sin embargo, relativa, ya que el ejecutivo se reservaría en todo caso la dirección y supervigilancia de los mismos.

Ejemplos de estas instituciones serían: Corfo, Universidad de Chile, Consejo de Rectores, Dirección General de Crédito Popular y Casas de Martillo, Servicio de Seguro Social, Departamento del Cobre.<sup>570</sup>

3. Instituciones semifiscales: “Constituyen otra variedad de los entes administrativos descentralizados [...] Su rasgo relevante es el de la concurrencia de la iniciativa y los recursos estatales con la iniciativa y los recursos particulares. Se parecen, en esto, a las Sociedades de Economía Mixta.”<sup>571</sup> Explica el profesor Varela que el Estado crea estas instituciones ambiguas a efectos de lograr colaboración de los particulares a efectos de crear instituciones de crédito, fomento, ahorro,

---

<sup>570</sup> Varela, Alex. Curso de Derecho Administrativo. Editorial de la Escuela de Derecho de Valparaíso de la Universidad de Chile (EDEVAL), 1968, 112-116pp.

<sup>571</sup> Varela, Alex. Op. cit., 116p.

previsión social, vivienda, todas materias que pertenecían tradicionalmente a la iniciativa privada.

Ejemplos de estas instituciones serían: Corfo y caja de Seguro Obrero antes de transformarse en instituciones autónomas; LAN, antes de convertirse en empresa del Estado; Y en general, todas las cajas de crédito y ahorro, que luego pasaron en su mayoría a ser instituciones fiscales autónomas.<sup>572</sup>

4. Sociedades de economía mixta: “Importan otra modalidad del ente público funcionalmente descentralizado.” Supone asociación de capitales privados y estatales, su administración es igualmente mixta y su estructura es la de una sociedad anónima de Derecho Comercial, teniendo además, como objeto una actividad de carácter industrial o comercial, considerada servicio público. Además, representarían un estadio en la evolución de los servicios públicos industriales y comerciales, a saber: (i) concesión; (ii) Sociedades de economía mixta; (iii) empresa estatal.

Ejemplos de estas sociedades son: Sociedad Constructora de Establecimientos Educativos; Sociedad Constructora de

---

<sup>572</sup> Varela, Alex. Op. cit., 117p.

Establecimientos Hospitalarios; ENDESA (Empresa Nacional de Electricidad Industrial).<sup>573</sup>

5. Empresas públicas: “El concepto de “empresa” lo proporciona el Derecho Comercial: actividad organizada metódica y profesionalmente para la ejecución de actividades industriales y comerciales. La “empresa” supone, pues, una organización estatutaria, una estructura interior, un tipo de negocio planificado y dirigido para desarrollar, en forma permanente, una actividad de esa índole. Jurídicamente hablando, la “empresa” implica, por lo tanto, la idea de una organización dotada de medios jurídicos, financieros, personales, técnicos y materiales (equipos) para ejercitar actividades de producción o de comercio y realizar, con ello, sus fines propios.”<sup>574</sup>

Se trata también de una modalidad de las entidades funcionalmente descentralizadas y constituye la forma extrema de intervención estatal en las actividades industriales y comerciales.

Ejemplos de empresas públicas son: Ferrocarriles del Estado; Empresa de Transportes Colectivos del Estado; Empresa Nacional de Petroleo;

---

<sup>573</sup> Varela, Alex. Op. cit., 121-122pp.

<sup>574</sup> Varela, Alex. Op. cit., 123p.



Empresa Nacional de Minería; Línea Aérea Nacional; Editorial Jurídica de Chile; etc.<sup>575</sup>

6. Establecimientos de utilidad pública: “Sirve para designar a ciertas instituciones nacidas de la libre iniciativa particular, pero que auxilian al Estado en el ejercicio de sus función administrativa.

No son, por lo tanto, Servicios Públicos ni Personas Administrativas no se rigen por el Derecho Público sino por le Privado [...].

Pero no persiguen, como las instituciones privadas, propósitos de lucro sino desinteresados, participando así, del carácter de las instituciones públicas.

Por ello el Estado las reconoce como instituciones colaboradoras suyas, les otorga subvenciones, les acuerda franquicias tributarias, postales y de otro orden, les da representación en los Consejos de sus propias instituciones, etc.”<sup>576</sup>

Ejemplos de esto establecimientos son: Cruz Roja de Chile; Patronatos de reos; Sociedad Nacional de Agricultura, Sociedad Nacional de Minería; Colegios Profesionales; etc.

---

<sup>575</sup> Varela, Alex. Op. cit., 125p.

<sup>576</sup> Varela, Alex. Op. cit., 126p.

En lo que nos interesa, podemos concluir, luego de esta compilación de clasificaciones del servicio público que, en términos amplios, los servicios de la Administración se diferenciaban fundamentalmente en establecimientos fiscales dependientes o centralizados y establecimientos fiscales independientes o descentralizados funcionalmente (Entes Autónomos). Estos últimos, caracterizados por contar con personalidad jurídica propia. Dentro de los establecimientos fiscales descentralizados funcionalmente, podemos encontrar los establecimientos públicos en sentido estricto (o a efectos de este trabajo, simplemente establecimientos públicos), las instituciones semifiscales y las empresas estatales. Por fuera de los servicios públicos propiamente tales (parte de la Administración), se pueden identificar los establecimientos públicos de utilidad pública (entes privados que colaboran con la Administración) y las sociedades de economía mixta (estructuradas como sociedades anónimas de Derecho mercantil en las que el Estado tiene participación de capitales y administración)<sup>577</sup>.

Se colige de lo anterior, que es esencial tener a la vista la multiplicidad de tipos de organismos que proliferaron durante la vigencia de la Constitución Política de 1925 para poder abrir espacio a la definición de empresa pública,

---

<sup>577</sup> En un sentido similar, Garrido Valenzuela, Raúl. Op. cit., 56p.

razón por la que nos detendremos específicamente en los entes autónomos como la manifestación orgánica de la Administración descentralizada, donde encontramos a los establecimientos públicos, las instituciones semifiscales y las empresas públicas. Para, luego, centrarnos propiamente en las empresas públicas.

### **1.3 Los entes autónomos: La Administración descentralizada<sup>578</sup>.**

En un contexto en que habían nacido nuevos organismos estatales al margen (o distintos) de los servicios públicos tradicionales, para ser instrumentos de cometidos funcionales también diferentes, se fue produciendo un proceso de descentralización administrativa desde un punto de vista institucional (personalidad jurídica autónoma), sin que existiera un estudio o planificación previos, sino sólo al tiempo en que surgían nuevas necesidades colectivas o cuando el Estado creía necesario abordar los problemas antes

---

<sup>578</sup> Es importante tener en cuenta que no hay un consenso absoluto en torno a la denominación de estos organismos. Cuando hablamos de la Administración descentralizada podemos referirnos a los órganos autónomos, entes o instituciones independientes o autónomas, e incluso, algunos autores han hablado en general de Establecimientos públicos, distinguiendo entre el sentido amplio de este concepto y su sentido estricto (Establecimientos públicos en sentido amplio que comprende a los establecimientos públicos en sentido estricto, las empresas públicas y las instituciones semifiscales), en este sentido se ha manifestado Araneda, Sergio. Op. cit. Sin embargo, a efectos de hacer comprensible el modelo, hemos optado por referirnos a “entes autónomos” como el genérico de los organismos de la Administración descentralizada y a “establecimientos públicos” a su manifestación específica.

reservados a la iniciativa privada. Aparecieron así en Chile numerosos órganos con nomenclatura muy variada que no hizo fácil refundir o reunir en un solo término. Esta proliferación de instituciones, sin embargo, deslindaba con las fronteras de la inconstitucionalidad, toda vez que la Constitución Política de 1925 solo hacía referencia al concepto de descentralización territorial.<sup>579</sup>

La doctrina nacional, al tiempo que se daba el fenómeno descrito, intentó sistematizar los distintos tipos de organismos que habían sido creados en el curso de las últimas décadas para situarlos en el ordenamiento institucional y lograr ordenar la estructura administrativa. No obstante los diversos esfuerzos, deberían pasar algunos años para que el administrativismo chileno compatibilizara la visión constitucional, la legislativa y la dogmática, sistematizando la existencia de los grandes sectores administrativos que hoy caracterizan a la Administración Pública: el sector central y el sector descentralizado (funcional y territorialmente). Así lo demuestra el trabajo del profesor Silva Cimma, abordado anteriormente, en el cual la Administración Pública se encuentra erigida sobre una administración central y una

---

<sup>579</sup> Urzúa Valenzuela, Germán; García Barzelatto, Ana María. Op. cit., 202p.

administración descentralizada, esta última escindida a su vez en dos ramas: la “Descentralización Funcional” y la “Administración Territorial”<sup>580</sup>.

Los profesores Germán Urzúa y Ana María García, de acuerdo con la Constitución Política de la república de Chile, proponen una forma de comprender la estructura de la Administración Pública fundada en la división de sus órganos en dos grandes grupos. En el primero, tendría que situarse a todos los que constituyen la Administración activa, es decir, aquellos organismos que persiguen la concreta satisfacción de las necesidades públicas; y en el segundo, los órganos constitucionales y legales de fiscalización y control.

Los órganos de la Administración activa a su vez admiten una doble clasificación desde el mismo punto de vista constitucional: unos son los servicios de la Administración Nacional General, cuya competencia se extiende a todo el territorio del Estado y, otros, los servicios de la Administración Provincial y Comunal, representados por las Asambleas Provinciales, aún no creadas por la ley, y las Municipalidades. En nuestro país, constituyen estos órganos la única forma de descentralización que ha

---

<sup>580</sup> Ver supra, clasificación de servicios públicos en Chile.

sido contemplada expresa o sistemáticamente en la Constitución Política: entidades o corporaciones descentralizadas territorialmente, es decir, en razón del ámbito geográfico en que ejercen su competencia<sup>581</sup>.

Sin embargo, lo cierto es que a pesar de la limitación constitucional antedicha, la realidad jurídico–administrativa del país hizo urgente una nueva clasificación de lo que se ha llamado Administración Pública Nacional o General, debiendo ser objeto de una nueva subclasificación en: (i) Administración Fiscal o Central y, (ii) Administración Institucionalmente Descentralizada, basada ésta en la idea de una descentralización funcional (aparte de la territorial) de los órganos de la Administración.

De esta manera, por las razones de orden técnico y práctico antedichas, se consideró indispensable la descentralización o la autonomización de determinados servicios, con el fin de dotarlo de garantías más eficaces para obtener su cometido, sin las trabas del aparato administrativo tradicional o fiscal. En este caso, el Estado suele atribuir un patrimonio independiente del

---

<sup>581</sup> No obstante lo expresado, en la estructura actual de nuestra administración Pública, por mandato de la ley existen otros órganos que tienen un campo de acción o un ámbito de competencia circunscrito a una parte determinada del territorio geográfico, como es el caso de la Junta de Adelanto de Arica, la Corporación de Tierras de Aysén, la Corporación de Magallanes y últimamente los Consejos Regionales de Turismo, creados por la Ley N° 17.169 como servicios funcional y territorialmente descentralizados.

Fiscal y dotar de personalidad jurídica también distinta al organismo que crea para la satisfacción de determinada necesidad pública. Surgen así los servicios autónomos o descentralizados, con patrimonio propio y personalidad jurídica, para administrar por su cuenta el patrimonio que les pertenece y cuya autonomía, aunque en todo caso relativo y no absoluta, les permite actuar con mayor libertad o agilidad que los servicios fiscales.

De acuerdo con esta clasificación, se llaman instituciones autónomas todos aquellos servicios u organizaciones supervigilados, pero no subordinados directamente al Presidente de la República, con personalidad y patrimonio diferentes de los del Fisco, caracteres genéricos que concurren en todos éstos.

La supervigilancia o tutela se manifiesta en el nombramiento de los jefes superiores, que son las más de las veces de la confianza exclusiva del Presidente de la República, en la designación de los Consejeros de los órganos de Administración, algunos de libre elección del Jefe del Estado, y, por último, en la aprobación de determinados actos por decreto supremo, como la aprobación del presupuesto, fijación de plantas y remuneraciones<sup>582</sup>.

---

<sup>582</sup> Urzúa, German; García, Ana María. Op. cit., 205p.

Resumiendo, dice Araneda, “diremos que los Establecimientos Públicos son un modo de gestión de los servicios públicos, caracterizados por el hecho de que el servicio es atendido por un organismo público dotado de cierta autonomía, personalidad jurídica y patrimonio propio, constituido generalmente por bienes públicos otorgados por ley.”<sup>583</sup>

### **1.3.1 Los entes autónomos en la legislación.**

Hasta el año 1942, existían en la Administración Pública chilena unos pocos servicios públicos que, por las características señaladas en sus respectivas leyes orgánicas podían ser clasificados entre las instituciones autónomas, autárquicas o descentralizadas. De acuerdo con el “Diagnóstico” del profesor Germán Urzúa y la profesora Ana María García, hasta 1942 no existían más de 26 organismos que podían considerarse autónomos. Sin embargo, para el año 1969, habían aumentado a 55.<sup>584</sup>

Por otra parte, la transformación del rol estatal que se exigía a nivel mundial desde los inicios del siglo XX, tuvo un fuerte impacto en la realidad

---

<sup>583</sup> Araneda, Sergio. Op. cit., 28p.

<sup>584</sup> Urzúa V., Germán y García B., Ana María. Op. cit., 210p.



nacional, haciéndose imprescindible “la expansión y transformación de la maquinaria administrativa existente”, manifestándose concretamente en “la creación de nuevas instituciones que absorberían parte de las intervenciones en el campo económico y social; en la reorganización de instituciones vigentes; y en un marcado incremento de personal”<sup>585</sup>, incrementándose el número de éstos, sólo en la Administración central, en un 158% entre 1925 y 1959<sup>586</sup>.

Tras la publicación de la Ley N° 7.200<sup>587</sup>, el 21 de julio de 1942 en el Diario Oficial, el Estado reconoce legalmente la existencia de “Instituciones Fiscales” y de “Instituciones Semifiscales”, y respecto de ambas se disponía que deberían someter anualmente a la aprobación del Presidente de la República sus presupuestos de entradas y gastos, la planta de su personal, y un plan de inversión de los recursos de que dispusieran. En su artículo 4°, además, sometía dichos institutos a la fiscalización de la Contraloría General de la República -salvo aquellos que los estuvieran a la Superintendencia de Bancos o al departamento de Previsión Social del Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia Social.

---

<sup>585</sup> Arias Y., Karina. Op. cit., 15p.

<sup>586</sup> Arias Y., Karina. Op. cit., 16p.

<sup>587</sup> Ley 7200 de 21 de julio de 1942, otorga facultades extraordinarias al ejecutivo para dictar disposiciones de carácter administrativo, económico y financiero.

Con motivo de la aplicación de los preceptos contenidos en la Ley N° 7.200 y los numerosos decretos con fuerza de ley que el Ejecutivo dictó en uso de las delegaciones que le confirió esa misma Ley, algunos servicios considerados como instituciones semifiscales creyeron ver entorpecida su acción con esas limitaciones y con la aplicación que de ellas hizo la Contraloría General de la República. Así, en la Ley N° 10.343<sup>588</sup> publicada en el Diario Oficial del 28 de mayo de 1952, durante el Gobierno de Gabriel González Videla, el artículo 106 dispuso que la Corporación de Fomento de la Producción, la Caja de Crédito Agrario, el Instituto de Crédito Industrial, el Instituto de Economía Agrícola y la Línea Aérea Nacional serían organismos de administración autónoma, que se administrarían conforme a las disposiciones de sus respectivas leyes orgánicas y reglamentos y no les serían aplicables los preceptos limitativos y prohibitivos que afectaban a las instituciones semifiscales, ni los de las leyes N° 7.200, N° 8.918<sup>589</sup> ni los de la ley 9.689<sup>590</sup>.

---

<sup>588</sup> Ley 10.343 de 28 de mayo de 1952 que modifica la escala de grados y sueldos establecidos en la ley número 9.311, fija disposiciones sobre jubilaciones, pensiones y montepíos, y adopta medidas tributarias.

<sup>589</sup> Ley 8.918 de 9 de junio de 1948 que concede recursos económicos extraordinarios al Gobierno. Establece además regulaciones de aplicación general, entre ella relativas a las instituciones semifiscales.

<sup>590</sup> Ley 9.689 de 21 de septiembre de 1950 que fija escala de grados y sueldos de los empleados semifiscales.

De esta manera nacieron a la vida del Derecho estas denominadas “Instituciones Autónomas”, organismos estatales con personalidad jurídica de Derecho Público, dotadas de patrimonio propio y que tienen independencia del poder central, si bien no absoluta, pero en todo caso mayor que la de los demás organismo del Estado. Se administran a sí misma, pero sujetas a las normas que les da su propia Ley Orgánica.

Finalmente, con la ley N° 11.764<sup>591</sup>, de 27 de diciembre de 1954, en su artículo 69 inciso 3°, calificó definitivamente a estos organismos como de administración autónoma y les quitó expresamente el carácter de instituciones semifiscales -no obstante que las diferencias que existen entre las instituciones autónomas y las semifiscales son mínimas-, dictándolo de la siguiente forma:

“Artículo 69°. [...] Declárase asimismo que, el citado artículo 106°, al calificar a dichas Instituciones como organismos de Administración Autónoma, les quitó el carácter de Instituciones Semifiscales y, por lo tanto, no les son aplicables ninguna de las normas ni los preceptos limitativos y prohibitivos contenidos en las leyes de carácter general que afecten a las

---

<sup>591</sup> Ley 11.764 de 27 de diciembre de 1954 que fija nueva escala de sueldos para el personal de la Administración Pública.

Instituciones Semifiscales. De la misma manera, no les son aplicables el decreto 23|5.683 y sus modificaciones; la ley 7.200 y las demás citadas específicamente en el artículo 106° de la ley 10.343, ni las de la presente ley.”

En años posteriores a la dictación de esta última ley, algunos servicios que constituían organismos de la Administración Fiscal han sido transformados por ley en servicios autónomos. Fue el caso de la Empresa Portuaria de Chile (antes Servicio de Explotación de Puertos), la Empresa Nacional de Riego, cuyas funciones corresponden fundamentalmente a las de la Dirección de riego; Servicio Agrícola y Ganadero (antes Dirección de Agricultura y Pesca), y Servicio Nacional del Empleo (antes Departamento del Empleo y de la Mano de Obra, que constituía un simple Departamento de la Dirección del Trabajo).

Los profesores Germán Urzúa y Ana María García, afirmaban que esas transformaciones no han obedecido sino al propósito de dotar al organismo de facultades para mejorar las remuneraciones del personal sin tener que recurrir para ello a leyes de difícil gestación, pues, como es sabido, la planta y

remuneraciones de estos entes autónomos son fijadas por sus Consejos Directivos y sujetas sólo a la aprobación del Presidente de la República<sup>592</sup>.

Con todo, es posible reafirmar que la transformación o creación de entes autónomos no fue un proceso ordenado o planificado, hubo una clara falta de coordinación en las políticas de estas instituciones, debido a la ausencia de programas y a la desorganización administrativa del Ejecutivo durante dicho periodo. La legislación al respecto resultó, como lo denuncia el profesor Silva Cimma “anárquica, caprichosa y carente de principios técnicos y doctrinarios.”<sup>593</sup> Dice Arias al respecto: A pesar de la voluntad manifiesta por llevar a cabo un programa depurador y restaurador de la maquinaria administrativa como aparece recurrentemente en las discusiones parlamentarias del período, no hubo un plan a largo plazo de crecimiento y desarrollo administrativo que acompañara a las manifestaciones de reforma del Estado. Sin ajustarse a un plan general, el crecimiento respondió a criterios diversos y aún contradictorios, generando disparidades numéricas y de capacidad entre oficinas públicas.”<sup>594</sup>

---

<sup>592</sup> Urzúa V., Germán y García B., Ana María. Op. cit., 210p.

<sup>593</sup> Silva Cimma, Enrique. Op. cit., 227p. En un sentido similar, Garrido Valenzuela, Raúl. Op. cit., 55-56p.

<sup>594</sup> Arias Y., Karina. Op. cit., 18p.

### 1.3.1.1 Subclasificación de los entes autónomos.

Las instituciones autónomas pueden a su vez subclasificarse en cuatro grandes formas organizativas. En un extremo de la clasificación habría que ubicar a determinadas instituciones cuya autonomía reviste caracteres muy especiales, como son los Establecimientos Públicos, dentro de los cuales es posible mencionar la Universidad de Chile y la Universidad Técnica del Estado. Estos organismos cuentan con un estatuto propio y sui generis en consideración al fin que persiguen, y dicho estatuto sólo emana de la ley.

Los establecimientos públicos “son servicios públicos caracterizados por la concurrencia de personalidad jurídica propia otorgada expresamente por el legislador, patrimonio propio formado por recursos públicos destinados a un fin especial, y cierta autonomía, o más bien, autarquía en la administración.”<sup>595</sup> Dice Varela, por su parte que sus rasgos configurativos son básicamente que son creador por ley (debido a su carácter de servicio público), sus fines son públicos, la ley los personifica y su patrimonio está constituido fundamentalmente por bienes fiscales afectados; su presupuesto, por tanto, no forma parte del Presupuesto Nacional, su administración es

---

<sup>595</sup> Araneda, Sergio. Op. cit., 30p.

principalmente de carácter unipersonal y autónoma; sus empleados son públicos, están sometidos a la dirección y supervigilancia del Ejecutivo y a la fiscalización de la Cámara y la Contraloría.<sup>596</sup>

Además, quedan sometidos a la “tutela del poder central, especialmente, en la inversión de sus fondos y enajenación de sus bienes” y sujetos a fiscalización de la Contraloría General.<sup>597</sup>

Otro rubro de la clasificación corresponde a las llamadas “Instituciones Semifiscales” organismos que reúnen todos los rasgos comunes ya señalados, y que están constituidos especialmente por las Cajas de Previsión y otras instituciones a las cuales la ley ha dado un tratamiento diferenciado. Por lo que toca a las Cajas de Previsión se singularizan porque su patrimonio se forma con el aporte del estado y los particulares imponentes, de donde deriva seguramente su denominación original de Instituciones Semifiscales. Las instituciones semifiscales están reconocidas en la Constitución de 1925, y definidas en el artículo 45 del Estatuto Administrativo. Y han sido enumeradas de manera no taxativa en algunas normas como las leyes N°7.200 y N°7.295 y Decreto N° 2.702 del Ministerio del interior de 1940.

---

<sup>596</sup> Varela, Alex. Op. cit., 114-115pp.

<sup>597</sup> Araneda, Sergio. Op. cit., 31p.

Dice Silva Cimma, en base a la caracterización que otorga el DFL N° 2500 del Ministerio del Interior, que “las instituciones semifiscales son servicios públicos que han sido creados por el Estado para realizar determinados objetivos de interés general –especialmente económicos y sociales-, que tienen personalidad jurídica propia, y han sido dotadas de recursos financieros constituidos por el Estado, sea para formar su capital o para asegurar su financiamiento y que se administran con relativa autonomía, sin perjuicio de la intervención que respecto de ellas da la ley al Presidente de la República, sea para la designación de sus directores, consejeros o funcionarios, o para la aprobación de sus acuerdos más importantes.”<sup>598</sup>

Dice el profesor Varela que “su rasgo relevante es el de la concurrencia de la iniciativa y recursos estatales con la iniciativa y recursos particulares. Se parecen, en esto, a las Sociedades de Economía Mixta”<sup>599</sup> Se diferenciarían, sin embargo, en su estructura organizacional (ente autónomo-sociedad comercial) y su relación con el poder central (supervigilaría del Ejecutivo-supervigilancia de superintendencia).

---

<sup>598</sup> Silva Cimma, Enrique. Op. cit., 205p.

<sup>599</sup> Varela, Alex. Op. cit., 116p.



Y al enumerar sus rasgos configurativos enuncia que son creadas por ley –con excepción de la Caja de Accidentes del Trabajo que lo fue por Decreto supremo–, sus fines que podrían haber sido privados, pasan a ser públicos, poseen personalidad jurídica propia y patrimonio mixto, su presupuesto no forma parte del Presupuesto Nacional; son administrados por órganos unipersonales y tienen autonomía restringida, sus empleados están sometidos principalmente al Estatuto de los empleados semifiscales y luego al Estatuto Administrativo, sin perjuicio de la aplicación del Código del Trabajo; son fiscalizadas por la Cámara, la Contraloría y las Superintendencias.<sup>600</sup>

En un tercer grupo cabría ubicar a las empresas del Estado, tales como: Corporación de la Reforma Agraria, Empresa de Comercio Agrícola, Servicio de Equipos Agrícolas Mecanizados, Empresa Nacional de Riego, Empresa Portuaria de Chile, Empresa Marítima del Estado, Empresa de Transportes Colectivos del Estado, Empresa de los Ferrocarriles del Estado, Línea Aérea Nacional, Polla Chilena de Beneficencia, Empresa Nacional de Petróleo, Empresa Nacional de Minería, Corporación de Obras Urbanas, originadas

---

<sup>600</sup> Varela, Alex. Op. cit. 118-119pp.

como ya dijimos en la política intervencionista del Estado y que son organismos cuya finalidad es de interés general.

Un cuarto grupo de instituciones comprendidas dentro de la denominación genérica de “Administración Institucionalmente descentralizada” estaría constituido por las Sociedades de Economía Mixta. En este tipo de sociedades son accionistas, por una parte, el Estado, y, por la otra, los particulares y tienen generalmente el carácter de los servicios industriales y comerciales.

Estas sociedades han adoptado generalmente la forma de sociedades anónimas en que el Estado puede ser accionista en su calidad de persona jurídica Fisco, o por intermedio de organismos personificados de su administración. La sociedad de Economía Mixta es una figura intermedia entre la gestión pública y la gestión privada y su característica principal es la asociación de capitales públicos y privados. En la actualidad estas empresas o sociedades de economía mixta, si bien representan un instrumento de gran importancia y eficiencia de la intervención del Estado en el campo de la

economía, no son propiamente servicios públicos y no admitirían una ubicación en un cuadro estructural de la administración pública<sup>601</sup>.

El Estado en estos casos se somete a al procedimiento de Derecho privado, como socio o accionista, por estimar comprometido el interés público en la acción de esas empresas o sociedades. Ejemplos de este tipo de entidades son el Banco Central, la Sociedad Constructora de Establecimientos Educativos y con la Sociedad Constructora de Establecimientos Hospitalarios, las más antiguas de nuestra legislación.

Sobre la naturaleza jurídica de estas sociedades no hay una sola opinión. Se discute por los autores si por la intervención del Estado y atendido el carácter público del interés involucrado en ellas, son servicios públicos, o si, por la forma de su organización como sociedades anónimas pertenecen al derecho privado. Desde luego conviene recordar que el Estado aborda, las más de las veces, por sí mismo la satisfacción de una necesidad pública, sirviéndose para ello de los agentes públicos que forman parte de la jerarquía administrativa y que actúan en nombre de la Administración Pública, y otras veces atiende la necesidad y presta el servicio por medio de concesionarios, o

---

<sup>601</sup> Urzúa, German; García, Ana María. Op. cit., 207p.

sea, por medio de una persona particular, natural o jurídica, no incorporada a la jerarquía administrativa y que realiza el servicio público por cuenta propia sujeto sólo a una indirecta tutela del Estado.

Respecto de la sociedad o empresa de economía mixta, adherimos a las observaciones de los profesores Germán Urzúa y Ana María García. En estas sociedades “no se presenta ni una ni otra situación. No hay un servicio prestado directa[mente] ni un servicio concedido, sino que una sociedad de capitales en que los intereses generales quedan entregados a un sistema de gestión menos administrativo y más comercial e industrial”<sup>602</sup>.

Fuera de las tres sociedades de Economía Mixta que mencionamos en párrafos anteriores existen numerosas otras creadas por la Corporación de Fomento de la Producción, institución descentralizada llamada por la ley a formar un plan de fomento a la producción nacional; realizar, en colaboración con otras entidades fiscales, semifiscales y privadas, estudios que tengan por finalidad encontrar los medios de crear nuevas fuentes de producción y aumentar las actuales, y efectuar ensayos de producción y comercio de acuerdo con esos estudios.

---

<sup>602</sup> Urzúa, Germán; García B., Ana María. Op. cit., 207p.

A efectos de diferenciar estas distintas formas de manifestación de los entes autónomos, podríamos concluir que los establecimientos públicos son la forma general de los entes autónomos, de manera que todo órgano que no pertenezca a las categorías especiales de empresa estatal, sociedad de economía mixta o institución semifiscal, queda clasificado como establecimiento público. Entre los que encontramos la Caja Autónoma de Amortización (DFL N°595), la Caja Central de Ahorros y Préstamos (DFL N° 205), la Caja Reaseguradora de Chile (DFL N° 251), la Universidad de Chile (DFL N° 280).<sup>603</sup>

En un esfuerzo por sintetizar de manera general el panorama de los servicios públicos en Chile, podemos concluir que se ha seguido una noción orgánica del servicio público y que en dicha categoría pueden incorporarse – sin perjuicio de algunos entes de la administración central- todos los órganos de la Administración activa descentralizada funcionalmente, con excepción de las sociedades de economía mixta que tendrían un carácter mixto. Ahora, la Administración descentralizada funcionalmente resulta más amplia que esto,

---

<sup>603</sup> Kolbach, Oscar, Op. cit., 79-81pp.

pudiendo distinguirse seis grandes categorías de instituciones con administración autónoma<sup>604</sup>:

1. Instituciones con estatuto propio que emana de la ley, como la Universidad de Chile y la Universidad Técnica del Estado.
2. Instituciones semifiscales constituidas por las cajas de previsión, que configuran su patrimonio con el aporte del Estado y los particulares imponentes.
3. Empresas donde el Estado jugó un rol de empresario particular.
4. Empresas mixtas que son sociedades con capitales privados y públicos (no desempeñarían la función de servicio público propiamente tal y son instituciones como el Banco Central, la Sociedad Constructora de Establecimientos Educativos y la Sociedad Constructora de Establecimientos Hospitalarios, etc.
5. Las instituciones de fiscalización, regulación y coordinación de la actividad privada, como las Superintendencias.
6. Las instituciones jurisdiccionales que se dirigen a ordenar el funcionamiento de la administración pública, la Contraloría General de la República y la Dirección de Aprovechamiento del Estado.

---

<sup>604</sup> Arias Y., Karina. Op. cit., 23p. Las primeras cuatro definidas en Urzúa, Germán; García B., Ana María. Op. cit., 205 – 207pp.

#### **1.4 Las empresas públicas: forma organizativa de los entes autónomos.**

La nueva realidad administrativa pasó inicialmente inadvertida para el administrativismo, que poco a poco fue asimilándola e incorporándola a las obras de derecho administrativo que componen la bibliografía chilena. Así lo testimonia, por ejemplo, el Derecho Administrativo del profesor Ernesto Merino, de 1936 que, como decíamos, se limitaba a analizar dentro del cuadro organizacional de la Administración a los establecimientos públicos, los establecimientos de utilidad pública y las instituciones semifiscales<sup>605</sup>.

Es, sin embargo, en 1940, en el manual de Derecho Administrativo de Guillermo Varas Contreras que, en efecto, se incorporarán por primera vez a las “empresas del Estado con carácter comercial e industrial” a la consideración doctrinaria, aunque el párrafo se reduzca a una simple mención del tema dentro de “los establecimientos públicos”, una de cuyas especies estaría constituida por estas empresas, según explicamos anteriormente.

---

<sup>605</sup> Merino Segura, Ernesto. Op. cit., 51p. y ss.

Dice al respecto el señor Varas que “el desarrollo de la intervención del Estado en materias de carácter comercial e industrial, hace necesaria la creación de estas personas jurídicas, capaces de contratar y de actuar administrativa y civilmente, con la oportunidad y rapidez, que las necesidades de la industria requieren. Sería imposible subordinar el movimiento diario de una empresa de esta índole a las resoluciones superiores del poder central, sin que la lentitud de la tramitación, de las consultas o autorizaciones que se le pidieren, la falta de capacidad técnica, la intervención de factores extraños, obstaculizaran o hicieran imposible la marcha de una industria cualquiera”<sup>606</sup>.  
Agrega, además, que estas empresas gozan de personalidad jurídica propia y disponen de un patrimonio que administran de forma independiente a la Administración, no obstante estar sujetas al control posterior de sus cuentas mediante fiscalización de la Contraloría General, algunas además a supervigilancia directa del Estado, mediante Superintendencias<sup>607</sup>.

Años después, el profesor Jara Cristi, sin hacer referencia expresa a la institución particular de las empresas públicas o de los servicios públicos comerciales e industriales, sí dedicaba un subtítulo especial a la nacionalización y socialización de los servicios públicos. Explicaba que se

---

<sup>606</sup> Varas, Guillermo. Op. cit., 154p.

<sup>607</sup> Varas, Guillermo. Op. cit., 154-155pp.



trata de mecanismos “para modificar la situación político económica de determinadas industrias, a fin de transformarlas de industrias privadas en servicios públicos”<sup>608</sup>. Distingue además entre la estatización como adopción por el Estado de actividades tradicionalmente en manos de particulares, la nacionalización como gestión de empresas compartida entre el Estado, empleados y usuarios o beneficiarios, y socialización como la transformación de la naturaleza jurídico económica de los medios de producción. Aludiendo finalmente a las sociedades de economía mixta como sistema intermedio entre propiedad privada y pública.<sup>609</sup>

Hacia 1960 el concepto en la doctrina ya se encontraba más depurado. Silva Cimma había considerado que las empresas “son servicios que el Estado crea para satisfacer necesidades colectivas de utilidad pública mediante prestaciones singulares a los miembros del conglomerado social, y sometándose en cuanto a las relaciones con éstos a las normas del Derecho común”<sup>610</sup>. Y Kolbach manifestaba que son “servicios públicos de naturaleza mercantil o comercial, creados para otorgar prestaciones de utilidad pública a los particulares”, agregando luego que “las Empresas son servicios públicos,

---

<sup>608</sup> Jara Cristi, Manuel. Op. cit., 79p.

<sup>609</sup> Jara Cristi, Manuel. Op. cit., 79p.

<sup>610</sup> Silva Cimma, Enrique. Op. cit., 225p.

puesto que reúnen en sí todos aquellos elementos que sirven para caracterizar a un ente, como tal, [sic] es decir: una función considerada como obligatoria traducida en la satisfacción de la necesidad para la cual la Empresa fue creada, un cierto número de agentes públicos para su eficiente atención, recursos públicos constituidos por un patrimonio de afectación, es decir, un patrimonio fiscal destinado por ley a un organismo comercial o industrial, con el objeto de otorgar beneficios o prestaciones de utilidad pública a los particulares; y un régimen jurídico y legal especial, de Derecho Público en lo respecta a las normas que regulan el nacimiento, organización y estructura orgánica del servicio; y de Derecho Común en lo relativo a actividades industriales o comerciales.”<sup>611</sup>

Para Silva Cimma, las características de las empresas públicas, además de las propias de un servicio público (regularidad, uniformidad, continuidad, obligatoriedad y permanencia en la prestación), “es que en ellas el Estado afecta un patrimonio, originariamente fiscal para crear un ente de naturaleza mercantil, que tendrá por finalidad específica otorgar una prestación o beneficio de utilidad pública a los particulares [...]”<sup>612</sup>, de manera que, en la

---

<sup>611</sup> Kolbach, Oscar. Op. cit., 76-77pp.

<sup>612</sup> Silva Cimma, Enrique. Op. cit., 126p.

línea de lo que hemos venido diciendo, la empresa pública es el equivalente funcional a un servicio público de carácter industrial o comercial, económico.

Agrega Araneda que “su presencia se encuentra en la satisfacción de necesidades públicas colectivas, pero, generalmente, “uti singuli”, a la inversa de la generalidad de los servicios públicos. De esta característica, de la naturaleza de la prestación de las Empresas y de la forma como el usuario recibe el servicio, fluye una diferencia entre las Empresas Estatales y el Servicio públicos en general; diferencia que, en ningún caso, priva a las Empresas del carácter de Servicio Público [...]”<sup>613</sup>.

El profesor Varela, una vez más, refiere a las empresas públicas<sup>614</sup> como entes creados por un acto de autoridad pública (ley o decreto supremo) o por convención entre dos o más entes público o por contrato (caso de las sociedades de economía mixta), constituyen personas jurídicas administrativas, sus fines son tradicionalmente de carácter privado, pero que mediante la intervención estatal pasan a ser públicos y carecen de potestades públicas (salvo ENAP que tiene facultad de expropiar); su presupuesto no forma parte del Presupuesto Nacional, no obstante el Estado otorga

---

<sup>613</sup> Araneda, Sergio. Op. cit., 33-34pp.

<sup>614</sup> Además de lo visto supra, clasificación de servicios públicos en Chile.

subvenciones y aportes, gozan de privilegios tributarios y sus empleados y obreros se rigen por el Código del Trabajo<sup>615</sup>.

Las empresas pueden clasificarse según su régimen de administración, según sea (i) régimen unipersonal (Director General) o (ii) régimen de administración mixta (Directorio o Consejo y vicepresidente). Dentro de las primeras encontramos a la Empresa de Ferrocarriles del Estado, la Empresa Marítima del Estado, la Empresa Portuaria de Chile. Bajo el segundo régimen están la Empresa Nacional de Petróleo, la Línea Aérea Nacional.<sup>616</sup>

Respecto a la supervigilancia y fiscalización, las empresas públicas están sometidas al control del Presidente de la República. Como ya anunciábamos, la autonomía de estos órganos no es absoluta, sino solo relativa, especialmente respecto de las empresas públicas que además de contar con un patrimonio otorgado por el Estado, cumplen un rol fundamental el desempeño económico nacional.<sup>617</sup> Ahora, en relación a la fiscalización, quedan sometidas al control de la Contraloría General, en atención al carácter de su patrimonio, que se manifiesta fundamentalmente en la realización de

---

<sup>615</sup> Varela, Alex. Op. cit., 124p. En este sentido también, Garrido Valenzuela, Raúl. Op. cit., 58-62pp.

<sup>616</sup> Kolbach, Óscar. Op. cit., 77-79pp., también Silva Cimma, Enrique., Op. cit., 226-227pp.

<sup>617</sup> Silva Cimma, Enrique. Op. cit., 227p.

auditorías que cumplen en la especie un rol preventivo de la utilización de fondos y funcionamiento interno<sup>618</sup>.

Es importante tener en cuenta que el esquema más completo en relación a las entidades de carácter económico, sin embargo, contempla como categoría genérica de los servicios públicos económicos a, precisamente, los servicios públicos industriales y comerciales, dentro de los cuales podremos encontrar dos formas de gestión específica, como son la empresa pública o estatal y las sociedades de economía mixta. Los Servicios Públicos, según Araneda, “son aquellos servicios públicos que persiguen un fin de interés general. Desarrollan actividades industriales y mercantiles con mira de fomento económico o de bienestar colectivo. Los beneficios que se procuran con el ejercicio de sus actividades están destinados al mantenimiento o expansión del Servicio, Empresa o Sociedad. Las relaciones con los usuarios o proveedores se rigen por las normas del Derecho Civil y Comercial”<sup>619</sup>.

Además, es pertinente recordar que el motor de origen de los servicios económicos en general y de las empresas públicas en particular “obedece a manifestaciones del concepto del Estado Empresario, esto es, a la necesidad

---

<sup>618</sup> *Ibíd.*

<sup>619</sup> Araneda, Sergio. *Op. cit.*, 43p.

que ha tenido el Estado de intervenir en actividades de naturaleza mercantil y fabril para lograr la satisfacción de una necesidad pública económica o de bienestar social, indispensable para a marcha de la Nación. Ello se traduce en que objetivo o finalidad que se persigue con la Empresa Estatal es producto de la injerencia político-económica en la administración. De ahí que, respetando su relativa autonomía, debe existir la necesaria supervigilancia para orientar la actividad económica del Servicio [...]”<sup>620</sup>.

#### **1.4.1 La noción de empresas públicas en el Derecho positivo.**

En Chile, la definición legal de empresa pública no se formalizó. Quien más se aproximó a estos fue el Presidente Pedro Aguirre Cerda, quien en 1939 envió al Congreso un proyecto legislativo que contenía disposiciones sobre “los servicios comerciales del Estado”, definiéndolo como aquellos que pudiendo ser privados eran atendidos por el Fisco, sea por ausencia de capital o de iniciativa privada, sea por razones de utilidad pública<sup>621</sup>. De acuerdo con Urzúa Valenzuela, también en este proyecto se definió por servicios fiscales comerciales, “aquellas reparticiones públicas que desempeñan actividades comerciales y que, en consecuencia, perciben impuestos. Pero no siendo estas

---

<sup>620</sup> Araneda, Sergio. Op. cit., 35-36pp.

<sup>621</sup> Pantoja, Rolando. Op. cit., 57p.

entradas suficiente para costear la totalidad de los gastos del servicio es necesario establecer una cierta dependencia del presupuesto nacional”. Con todo, el proyecto de ley no prosperó. Sólo años después, por una reforma de 1943, las empresas fiscales fueron reconocidas en la Constitución Política, y fueron definidas por la propia Contraloría General en dictamen N° 41.919, de 29 de julio de 1959, como aquellos servicios que el Estado atiende comercialmente, haciendo empresa, y a los cuales les otorga cierta autonomía legal, para su desenvolvimiento, tales como las Empresas de FF.CC., FAMAE, etc.<sup>622</sup>

Como decíamos, no obstante es posible identificar empresas públicas con plena claridad desde la creación de Ferrocarriles del Estado con la ley de 7 de enero de 1884 denominada “Ley General de Administración de los Ferrocarriles del Estado”<sup>623</sup>, es solo desde 1943 que las empresas públicas encuentran un fundamento propiamente constitucional, cuando se dispone en sus artículo 45°, que: “Corresponderá asimismo al Presidente de la República la iniciativa para alterar la división política o administrativa del país, para crear nuevos servicios públicos o empleos rentados y para conceder o

---

<sup>622</sup> Urzúa V., Germán y García B., Ana María. Op. cit., 73p.

<sup>623</sup> Garrido Valenzuela, Raúl. Op. cit., 77p.

aumentar sueldos y gratificaciones al personal de la Administración Pública de las Empresas Fiscales y de las Instituciones semifiscales [...]"<sup>624</sup>

Con todo, creemos que es posible afirmar que el punto de inflexión en el desarrollo tanto de la doctrina como de la legislación chilena en relación a los servicios públicos es a propósito de la aparición o del impulso del Estado empresario, esto es, de un Estado con una agenda económica y social claramente activa o intervencionista, que fue tomando fuerza con las figuras de la estatización, la nacionalización y, posteriormente, la socialización de sectores económicos y empresas tradicionalmente privadas. Probablemente debido al impacto que significaron dichos procesos en el desarrollo nacional y la extensión que fueron alcanzando rápidamente las empresas públicas, junto al insostenible desorden institucional que hacía imposible una organización clara de los servicios públicos en general, y a la deficiente clasificación binaria entre “órganos con personalidad jurídica propia” y “órganos sin personalidad jurídica propia”. Este proceso es lo que será analizado en los capítulos posteriores.

## **2. Origen histórico de la actividad económica del Estado en Chile.**

---

<sup>624</sup> Garrido Valenzuela Raúl. Op. cit., 55p.



El origen de la actividad económica del Estado en un sentido lato, puede ser ubicado temporalmente en el preciso momento en que se configura, por primera vez, un auténtico Estado chileno independiente. La incidencia económica de esta unidad política será inmediata, toda vez que el curso económico de un territorio es altamente sensible a los cambios en la organización que asume una sociedad. Habiendo arribado rápidamente a la respuesta, parece un despropósito buscar dicho origen.

Sin embargo, el origen de actividad económica del Estado no es necesariamente un punto fijo en la historia. Esta puede ser concebida como un desarrollo, en el que participaron los esfuerzos de muchas personas en la tarea mancomunada de comprender las posibilidades y los límites de la actividad estatal en la economía. La tarea, por lo tanto, no es verificar en los hechos cuándo fue la primera vez que el Estado chileno tuvo alguna incidencia en la vida económica del país, sino cómo fue constituyéndose en un actor relevante durante el siglo XIX.

Una de las preocupaciones centrales que marcaron la discusión política temprana, es el rol del Estado en el desarrollo del capitalismo en su fase industrial en Chile, a diferencia de la primera mitad del siglo XX, en el cual el

rol económico y socializador del Estado goza de un sostenido consenso. Los principales impulsores de la intervención del Estado en diversas áreas de la economía durante el siglo XIX fueron, por un lado, los tímidos continuadores de la política económica mercantilista colonial y, por otro, los representantes del embrionario proteccionismo criollo, que intervinieron a favor de la industria nacional. Los objetivos se orientaban, en general, a hacer del Estado un actor relevante en la dirección del desarrollo económico y del progreso material del país, que dependía fundamentalmente de las comunicaciones, el transporte, la tecnología y la industria. Por lo tanto, el origen y desarrollo de la actividad económica es indisociable de la progresiva asunción de responsabilidades en la proyección y el progreso económico del país por parte del Estado.

## **2.1 Cuestiones historiográficas previas**

Indagar el origen de la actividad económica del Estado en Chile exige, primero, acudir a las fuentes fidedignas de la historia económica del país que permitan establecerlo con precisión. A su vez, se debe ejercer una labor de interpretación que permita insuflar de significado a los hechos brutos que sean carentes del mismo, o cuyo significado deba ser disputado. Ambas tareas son

de vital importancia para poder extraer conclusiones correctas sobre la materia que nos ocupa.

No obstante lo anterior, gran parte del trabajo ya ha sido desarrollado y divulgado por un número importante de historiadores chilenos y extranjeros. Este trabajo nos ha provisto de datos, herramientas interpretativas y tareas pendientes. Debido a lo anterior, antes de comenzar el análisis y la interpretación de los hechos, debemos ubicarnos en el mapa de la historiografía económica de Chile. Dentro de esta especialidad, una de las diferencias más importantes que existe entre los autores ha tenido relación con el origen y desarrollo de la industrialización en Chile. Las opiniones son profundamente divergentes y por esta razón es necesario asumir una posición. La importancia de la data de los primeros desarrollos de la industrialización en Chile está en estrecha relación con el origen de la actividad económica del Estado.

De acuerdo con la visión tradicional, la industrialización chilena es un proceso que surge sólo después de la gran crisis mundial de 1929-1932. Sin embargo, esta opinión comenzó a ser cuestionada durante la década de 1960, cuando varios economistas llamaron la atención sobre una serie de fenómenos

de claro signo industrial cuya presencia era muy anterior al colapso del modelo exportador<sup>625</sup>. El economista Oscar Muñoz aventuró una nueva opinión respecto de la industrialización en Chile, la que se habría desarrollado a lo menos durante la Primera Guerra Mundial, “momento en que el aislamiento de Chile respecto de sus tradicionales abastecedores de manufacturas estimuló una sustitución de importaciones análoga a la producida después de 1930”<sup>626</sup>.

Este sería el primer paso para abrir cuestionamientos aún más profundos. Así fue como, durante los años setentas, en el ámbito propiamente historiográfico, las investigaciones de Marcello Carmagnani y Henry Kirsch no sólo confirmaron lo señalado por el investigador Oscar Muñoz, sino que incluso retrasaron el inicio del proceso de industrialización hasta la Guerra del Pacífico, llegando a la inesperada conclusión de que “el surgimiento de las primeras industrias no había sido impedido por un crecimiento basado en las exportaciones mineras, sino que por el contrario había sido coetáneo y

---

<sup>625</sup> Especialmente Lagos, Ricardo. La industria en Chile: antecedentes estructurales. Universidad de Chile, Instituto de Economía, Santiago, 1966; Hurtado Ruiz-Tagle, Carlos. Concentración de población y desarrollo económico. El caso chileno. Universidad de Chile. Instituto de Economía, Santiago, 1966; y Muñoz G., Óscar. Crecimiento industrial de Chile, 1914-1965 Instituto de Economía y Planificación, Santiago, 1968.

<sup>626</sup> Oscar Muñoz G. Op. cit.

complementario de él”<sup>627</sup>. El crecimiento industrial en Chile, por lo tanto, no es incompatible con su economía primario-exportadora, que era característica en los albores de la Nación.

Con anterioridad a la Guerra del Pacífico, Chile poseyó un sector industrial de dimensiones considerables y características modernas, el que constituyó la primera fase del largo proceso de industrialización del país. Su desarrollo cualitativo permite descartar las referencias a la actividad industrial de pre-guerra, como “productos del esfuerzo aislado... incapaces de conformar un (sic) atmósfera industrial”<sup>628</sup>.

Conforme a la tesis de Luis Ortega en su obra “Acerca de los orígenes de la industrialización chilena 1860-1879”, este trabajo sitúa el origen de la industrialización chilena, en cuanto a proceso, en la década de 1860, acelerándose en la siguiente como parte de un proceso de transformación cualitativa de la economía, el que consistió en la aceleración del ritmo de la

---

<sup>627</sup> Ortega P., Luis y Pinto V. Julio. Expansión minera y desarrollo industrial: Un caso de crecimiento asociado (Chile 1850-1914). U. de Santiago, Departamento de Historia, 1990, 5p.

<sup>628</sup> Oscar Muñoz. Op. cit., 13p.

actividad económica y en el inicio de la penetración paulatina de las relaciones de mercado en todos los niveles de la producción de bienes y servicios”<sup>629</sup>.

Hemos optado por una subdivisión histórica del siglo XIX que será determinante en el orden de la exposición de este capítulo. De acuerdo con el investigador Gabriel Palma, Chile habría seguido el modelo histórico comúnmente atribuido al resto de América Latina<sup>630</sup>. Según éste (en su versión más simple) la historia económica postcolonial se dividiría en dos grandes sub-períodos, separados por la Gran Depresión. En el primero –llamado “de crecimiento hacia afuera”- la dinámica del crecimiento económico se habría generado en el sector exportador, sin producir mayores efectos diversificadores en el resto de la estructura productiva. En especial, habría fracasado en estimular la producción manufacturera. En cambio, en el segundo período –llamado de “crecimiento hacia adentro”- habrían comenzado el proceso de sustitución de importaciones y las acciones del Estado relacionadas con el estímulo al crecimiento económico y al desarrollo social<sup>631</sup>. Toda vez que el propio autor reconoce que la primera parte de este modelo histórico -

---

<sup>629</sup> Ortega, Luis. *Change and Crisis in Chile's Economy and Society, 1865-1879*, (Tesis doctoral inédita, London, 1979), Capítulos I y II, citado en Ortega, Luis. *Acerca de los orígenes de la industrialización chilena 1860-1879*. Nueva Historia, año 1, N° 2, Londres, 1981, 4p.

<sup>630</sup> Bianchi, A. *The theory of Latin American Development*. *Social and Economic Studies*, marzo, 22: 1973.

<sup>631</sup> Palma, Gabriel. *Chile 1914-1935: de economía exportadora a sustitutiva de importaciones*. Colección Estudios Cieplan, Estudio N° 81, marzo, 12: 1984, 62p.

relacionada con el periodo “de crecimiento hacia afuera” y su supuesta incapacidad diversificadora de la estructura económica local- no hace justicia al desarrollo manufacturero chileno anterior a 1929 y lo temprano de su gestación<sup>632</sup>, consideraremos que el período de “crecimiento hacia adentro” comienza alrededor de la década de 1860, conforme a la posición que ha asumido Luis Ortega Martínez.

## **2.2 La economía de la Colonia.**

Durante la Colonia, prevaleció un sistema mercantil pre-industrial, desarrollado desde el siglo XIII mediante la expansión del capital comercial europeo sobre el resto del mundo<sup>633</sup>. El sistema mundial de comercio buscaba aprovecharse de la acumulación primitiva<sup>634</sup> del capital dinero que producían los diversos sistemas locales de producción pre-capitalistas, de manera que éstos funcionaron como una “fuente tributaria de la acumulación mercantil mundial”<sup>635</sup>, construyendo el “modo de producción colonial”<sup>636</sup>. La explotación de los sistemas locales de producción no se traducían en mejoras en

---

<sup>632</sup> Palma, Gabriel. Op. cit., 62p.

<sup>633</sup> Salazar, Gabriel. Historia de la acumulación capitalista en Chile (Apuntes de clase). Santiago, LOM Ediciones, 2003. 34p.

<sup>634</sup> Salazar, Gabriel. Op. cit., 34p.

<sup>635</sup> Salazar Ibíd. 34p.

<sup>636</sup> Salazar Ibíd. 34p.

la calidad de vida ni en el desarrollo de las fuerzas productivas de los trabajadores. Por otro lado, la fuerza de trabajo se oprimía sistemáticamente y el dinero mercantil no se invertía en el desarrollo de factores y medios de producción<sup>637</sup>. Así, las diversas áreas de producción que se desarrollaron en nuestro país durante la colonia, se encontraban en “un estado primitivo”<sup>638</sup> en cuanto a las formas de producción que se utilizaban. La agricultura y ganadería se desarrollaron en torno a la siembra de algunos cereales como el trigo, la cebada y el maíz, así como la producción de sebo, grasa, charqui y cueros que eran exportados al Perú<sup>639</sup>; la minería por su parte, se reducía en un primer momento a la explotación precaria de los lavaderos de oro, y más tarde tomó relevancia la exportación del cobre<sup>640</sup> que era utilizado en la fabricación de cañones de defensa.

La precaria producción nacional descrita puede explicarse en parte, por el nulo desarrollo existente de las vías de transporte y de los medios de comunicación en nuestro país: tanto la navegación marítima como las vías

---

<sup>637</sup> *Ibíd.* 51p.

<sup>638</sup> Martner, Daniel. *Historia de Chile. Historia Económica*. Santiago, Balcels & Co., Tomo I, 1929, 10p.

<sup>639</sup> Salas, Manuel de. *Escritos de don Manuel de Salas y documentos relativos a él y a su familia*. Santiago, Imprenta Cervantes. Tomo I., 1910, 162p.

<sup>640</sup> Al terminar el reinado español en Chile, la producción media anual de cobre fino era solo de 1.500 toneladas. En 1918 se produjeron 101.000 toneladas”. Martner, Daniel. *Op. cit.* 17p



terrestres fueron deficientes y escasas, recién hacia 1790 comenzaron a construirse caminos y carreteras que fueran fácilmente transitables.

Especial mención en este período merece la Casa de Moneda de Chile, cuya creación fue ordenada el 1 de octubre de 1743 por Real Cédula del Rey don Felipe V. Este establecimiento venía a responder a la falta de monedas que trababan permanentemente el desarrollo comercial de la época y que fue acusada tanto por el Cabildo como por otras instituciones, como la Real Audiencia y la Iglesia<sup>641</sup>. En 1749 sería acuñada la primera moneda, con la imagen de Fernando VI. En 1772, el Virrey del Perú encomendó a don Mateo de Toro y Zambrano la Superintendencia de la Casa de Moneda con el objeto de que tomara posesión del establecimiento y se hiciera cargo del traspaso. Se encargó al arquitecto italiano Joaquín Toesca la elaboración de los planos para la Casa de Moneda, que sería el actual Palacio de Gobierno. Según lo establecía su Ley Orgánica, el DFL N° 228 de 1960, la Casa de Moneda era un servicio público que dependía del Ministerio de Hacienda. En la actualidad, “Casa de Moneda de Chile S.A.” es una empresa que desarrolla actividades empresariales de carácter industrial y mercantil en materias gráficas y

---

<sup>641</sup> Cifuentes, Pamela. “Casa de Moneda de Chile”, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, Serie Estudios, Año XIII, n° 275, Santiago de Chile, 2003.

metalúrgicas, conforme a la Ley N° 20.309, publicada el 11 de diciembre de 2008 (la Sociedad Anónima fue constituida por escritura pública de fecha 1 de junio de 2009).

En 1796, en un comentario que expone Daniel Martner en su obra “Estudio de política comercial chilena”, el ministro de Hacienda de la época representaba el estado agrícola y comercial del Reino de Chile, el cual era “sin contradicción el más fértil de América y el más adecuado para la humana felicidad, es el más miserable de todos los dominios españoles, teniendo proporción para todo, carece de lo necesario y se traen a él frutos que podrían dar a otros”<sup>642</sup>.

## **2.3 Primer período: crecimiento hacia afuera**

### **2.3.1 Fin de la era colonial: la herencia del mercantilismo**

Esta breve caracterización del sistema productivo colonial debe ser complementada con aquellas ideas económicas rectoras que condujeron dicha

---

<sup>642</sup> Representación de Diego de Gandoqui, citado en Martner, Daniel. Estudio de política comercial chilena. Editorial Universitaria, Santiago, 1923.

etapa. La escuela predominante desde la llegada de Diego de Almagro en 1536 y que se extendió más allá del inicio de la vida independiente de Chile, fue el mercantilismo. Los sectores conservadores lo continuaron propiciando durante la Independencia y el período inicial de la República, pese a que finalmente, como veremos, se impondrá la corriente librecambista.

Esta escuela tuvo presencia en el mundo desde principios del siglo XVI hasta fines del siglo XVIII. Estas fechas varían en diferentes países y regiones. En el caso de Chile, coincidiría su desarrollo con el fin de la colonia y el comienzo de la República, matizada por un librecambismo ascendente que permeará en los primeros gobiernos. Los postulados de esta escuela se expresaron en la promoción del nacionalismo por los Estados, en el otorgamiento de una nueva dignidad e importancia al comerciante y la justificación de una política de expansión económica y militar<sup>643</sup>.

Los postulados más importantes de esta escuela son: (i) el oro y la plata son la forma más deseable de riqueza; (ii) Nacionalismo, basado en que todos los países no exportaban más de lo que importaban y el país debía promover las exportaciones y acumular riquezas a costa de sus vecinos; (iii) importación

---

<sup>643</sup> Brue, Stanley L. y Grant, Randy R. Historia del pensamiento económico. Cengage Learning, México, 2009, 13p.

libre de impuestos de materia prima que no se produce domésticamente, protección de bienes fabricados y materia prima que se podía producir domésticamente y restricción a las exportaciones de materia prima; (iv) colonialismo. Los comerciantes capitalistas favorecían la colonización y querían mantener a las colonias dependientes. Este rasgo no es aplicable al caso de Chile; (v) oposición a peajes, impuestos internos y otras restricciones sobre movimiento de bienes. Sin embargo no favorecían el libre comercio interno: preferían el otorgamiento de monopolios y privilegios comerciales exclusivos; (vi) un poderoso gobierno central. Para promover las metas del mercantilismo, era necesario un gobierno poderoso, que otorgara privilegios de monopolio, protegiera las importaciones por medio de aranceles, cuidara los modos de producción y la calidad de los bienes.

Bajo esta doctrina, entonces, cabía al Estado la responsabilidad fundamental de estimular y proteger las actividades productivas nacionales y particularmente la manufactura y la marina mercante. Asimismo debía tomar las iniciativas necesarias para fomentar el desarrollo de la educación, la técnica, la ciencia y el conocimiento de los recursos naturales del país. “Ello exigía, desde el punto de vista político, la organización de un Estado centralizado, autoritario, jerárquico, poderoso y despersonalizado, justamente

aquél que concibió y estableció Portales, y que fue plasmado en la Constitución de 1833. Sin embargo, los esfuerzos para realizar una política proteccionista y de fomento industrial de este tipo, si bien se mantuvieron por largo tiempo, tropezaron con una situación real que caminaba en dirección distinta”<sup>644</sup>.

Cabe mencionar, con todo, que hacia fines del siglo XVIII ya comienzan a anticiparse, incluso bajo dominio colonial, algunos síntomas de liberalización de la economía. El 12 de octubre del año 1776, la corona dicta los “Reglamentos y Aranceles para el Comercio Libre de España e Indias”, que eliminan el sistema comercial basado en flotas anuales. Hasta 1776, las flotas salían una vez al año de España a Panamá, donde se remataban las mercancías, que luego eran transportadas a las colonias del cono sur, de modo que ningún barco podía dirigirse directamente a Chile. La liberalización de tránsito beneficia al país al abaratar los productos provenientes de la península<sup>645</sup>. Sin embargo, la ley fue mucho menos liberal de lo que su nombre sugiere, ya que mantiene las trabas para el comercio entre las colonias

---

<sup>644</sup> Cariola S., Carmen y Sunkel, Osvaldo. Un siglo de historia económica en Chile 1830-1930. Editorial Universitaria, Santiago, 1990, 28p.

<sup>645</sup> Butelmann, Andrea, Cortés-Douglas, Hernán y Videla, Pedro. Proteccionismo en Chile: una visión retrospectiva. En Cuadernos de Economía N° 54, 18: 1981, 144p

y subsiste la prohibición de comerciar con otros países. Además, todas las naves destinadas al “comercio libre” debían pertenecer a España.

Daniel Martner mantuvo una visión crítica respecto de esta ordenanza, al señalar que ésta “no tenía en el hecho otro efecto que extraer más y más bienes y riquezas de estos países sin la recompensa que sus habitantes legítimamente esperaban y de que cortésmente y en vano se lamentaban. De modo que lo que aquí pudiera haber sido en otras circunstancias de provecho para ambas partes, no era para países totalmente subyugados ventaja alguna y sí para la nación dominante”<sup>646</sup>.

### **2.3.2. La independencia y los consulados (1810 - 1830).**

El advenimiento de la República y de la formación del incipiente Estado moderno chileno coincidió con la evolución de la economía durante la primera mitad del siglo XIX. Esta se caracterizó por la existencia de un modelo de “crecimiento hacia afuera”, en el que resultaba fundamental la presencia e influencia de los mercados externos, principalmente de las economías europeas, de manera que Chile se dedicó a explotar sus recursos naturales para

---

<sup>646</sup> Martner, Daniel. E Op. cit. (Estudio de política...), 64p.

luego exportarlos a estos países y financiar las importaciones necesarias referidas al consumo interno.

En el contexto económico mundial, es siempre importante considerar el desarrollo capitalista europeo posterior a 1820, el cual se caracterizó por un proceso de acumulación, de innovación y de difusión de tecnología. Por otra parte, la expansión de instituciones financieras e instrumentos económicos modernos dieron mayor acceso al crédito y los sistemas de seguros permitieron asumir riesgos y organizar los negocios racionalmente y a gran escala.

Agustín Ross relata en forma bastante detallada este cambio de mentalidad: “El rey y sus ministros no acertaban a comprender que contra todas las leyes prohibitivas, y contra todo aquel sistema de represión, se habían desarrollado en las colonias necesidades económicas que estimulaban las aspiraciones vagas e insistentes todavía a un cambio radical en su vida política. (...) Las juntas o tribunales conocidos con el nombre de consulados, y provistos con el encargo de atender al fomento y desarrollo del comercio y de la industria, había contribuido poderosamente a dar a conocer esas necesidades (...) Compuestas de los comerciantes más prestigiosos e

inteligentes de cada provincia, ellas estaban al cabo de la situación económica de la provincia, y por sus estatutos podían promover los trabajos útiles al objeto de su institución, y aun proponer reformas. Si bien es cierto que todos estos cuerpos no correspondieron dignamente a ese objeto, y si en casi todos dominaron las ideas restrictivas y atrasadas del mayor número de sus miembros, eso es, las ideas de la vieja rutina en favor del sistema prohibitivo, en Chile, el consulado, además de otros servicios, se mostró con frecuencia inclinado a favor de principios más liberales<sup>647</sup>.

En estos consulados se comenzaron trazar las líneas de desarrollo que eran más apropiadas para el país, ahora que no se imponía el yugo colonialista de España. Destacada fue la participación de don Manuel de Salas en estas juntas, quien fuera “el principal inspirador de sus resoluciones, a la vez que recogía los datos para dar a conocer el estado industrial del país, proponía reformas que, si bien no era posible plantear en toda su extensión, abrían nuevos horizontes y propagaban doctrinas que más tarde o más temprano debían germinar”<sup>648</sup>.

---

<sup>647</sup> Ross, Agustín. *Reseña histórica del comercio de Chile durante la era colonial*. Imprenta Cervantes, Santiago de Chile, 1891, 451p.

<sup>648</sup> Ross, Agustín. *Op. cit.*, 452p.



Don Manuel de Salas, en su “Representación sobre la agricultura, industria y comercio de Chile”, insiste en el mejoramiento de la industria de la curtiduría, el cultivo de cáñamo y el perfeccionamiento de la rudimentaria industria del tejido; el fomento de la incipiente pero prometedora industria del cobre; desarrollar la industria de la pólvora, en especial para la explotación de minas. Señalaba que una fábrica en este ramo podría facilitar no sólo el trabajo en las minas, sino que crearía un producto de exportación al Perú<sup>649</sup>.

Aníbal Pinto en su obra “Chile, un caso de desarrollo frustrado”, sostiene que tras la Independencia, Chile abrió las puertas de su economía de par en par. El periodo que media “entre 1830, cuando se consolida el armazón político, y el fin del decenio de Manuel Montt, constituye un lapso que no tiene precedentes ni ha tenido continuación en nuestra historia. “El comercio exterior pasó a ser la fuerza motriz del sistema económico doméstico, ligando así el curso y avatares de nuestro desarrollo con lazos íntimos a las fluctuaciones de la economía mundial o, más concretamente, de los países rectores, sobre todo Inglaterra”<sup>650</sup>. La expansión del sector exportador, que sólo ha podido ser registrada por la estadística a partir de 1844, arrojó que

---

<sup>649</sup> Martner, Daniel. Op. cit. (Estudio de política...), 101- 102p.

<sup>650</sup> Pinto, Aníbal. Chile: Un caso de desarrollo frustrado. Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1973.

“entre ese año y 1860 se cuadruplicó el valor de las exportaciones, subiendo de 6 millones anuales a 25 millones”<sup>651</sup>. Esta apertura estaba en marcada relación con el fenómeno del librecambismo.

Este fenómeno tiene las siguientes características: (i) es una doctrina económica, opuesta al proteccionismo, difundida por Adam Smith, basándose en los postulados fisiocráticos de François Quesnay (funcionamiento del sistema económico estaría asegurado sin la intervención del Estado) y otros economistas clásicos, como Tomas Robert Malthus, David Ricardo y John Stuart Mill; (ii) se basa en el supuesto de que el interés individual siempre coincide con el interés colectivo, que se auto regula mediante los principios de oferta y demanda; (iii) defiende la libertad en el comercio internacional y en la solución automática de las crisis.

### **2.3.3 Decreto de Libre Comercio de 1811.**

Los procesos de independencia en el continente latinoamericano no fueron aislados. Las fuerzas independentistas y, posteriormente, los

---

<sup>651</sup> Pinto, Aníbal. Op. cit. 15p.

constructores de los Estados latinoamericanos solían no perder de vista la experiencia de sus pares.

En Chile, era una opinión bastante difundida que la declaración de la libertad de comercio en Buenos Aires había producido ventajas incalculables, y la baja de precio en todas las mercaderías extranjeras, además de un notable desarrollo en la exportación de los productos nacionales. Se pensó que en Chile, la apertura de comercio podía tener resultados análogos. Tras el estudio pormenorizado de los antecedentes e informes, la junta gubernativa sancionó el 21 de febrero de 1811 un decreto de la más alta trascendencia política económica y social. “Considerando el estado actual de las cosas en Europa – decía ese decreto- y que todos los hombres tienen ciertos derechos imprescriptibles con que les ha dotado el Creador para procurar su dicha, su prosperidad y bienestar, la junta gubernativa decreta: Desde esta fecha en adelante los puertos de Valdivia, Talcahuano, Valparaíso y Coquimbo quedan abiertos al comercio libre de las potencias extranjeras, amigas y aliadas de la España y también las neutrales”.<sup>652</sup>

---

<sup>652</sup> Ross, Agustín. Op. cit., 469p.

Este decreto estaba compuesto por veinticinco artículos y asegura la protección del Gobierno a los comerciantes extranjeros, así como a los capitanes y tripulación de sus naves; fijaba reglas generales para evitar el contrabando; se abrieron los puertos de Valdivia, Talcahuano, Valparaíso y Coquimbo al comercio con naves amigas, aliadas y neutrales de España. Quedó autorizado el ingreso de cualquier tipo de mercaderías, excepto ron, cerveza, vino, aguardiente y sombreros y también efectos estancados en manos del fisco: tabaco, rapé y naipes. Las mercaderías provenientes del extranjero pagarían un arancel de un 30% sobre su valor, con la excepción de las del Perú y Río de la Plata que continuarían gravadas en un 13%. Se dispuso la liberación de derechos aduaneros por un año y medio a los libros, planos, cartas geográficas, sables, pistolas, espadas, fusiles, cañones, pólvora, balas y demás pertrechos de guerra; imprentas, instrumentos y máquinas de física y matemáticas, herramientas y máquinas industriales<sup>653</sup>.

Este decreto promulgado en febrero de 1811 y sistematizado en el Reglamento de Libre Comercio de 1814, no estableció el libre cambio como erróneamente se ha creído, “no es el resultado de la concreción de un ideal liberal global como algunas han sugerido; el documento en cuestión

---

<sup>653</sup> Ross, Agustín. Op. cit., 469p.

simplemente disponía la libertad de comercio con las naciones amigas y aliadas de España y también de las neutrales. Es evidente que tendía a originar ingresos para el Estado a través de tarifas aduaneras de importación, pero a su vez “protegía” a la agricultura y las “industrias chilenas” de la posible competencia extranjera”<sup>654</sup>.

### **2.3.4 Efectos paralelos del librecambismo.**

El “huracán cultural”<sup>655</sup> del librecambismo mundial, como lo ha llamado el historiador Gabriel Salazar, comenzó a permear en el territorio, lentamente, a partir de las reformas introducidas por la Corona desde 1778, a las que ya hicimos referencia. Las primeras autoridades patriotas le darían un nuevo impulso con del Decreto de Libre Comercio de 1811 que comenzó a horadar tres siglos de monopolio español.

De acuerdo con el historiador Gabriel Salazar, “el apoyo irrestricto de los generales lautarinos O’Higgins y San Martín a los mercaderes ingleses y europeos (para deshacerse de los españoles) el airecillo se convirtió en un

---

<sup>654</sup> Veliz, Claudio. Historia de la Marina Mercante de Chile. Santiago, 1961, 22p., citado en Góngora, Álvaro. “Políticas económicas”, “agentes económicos” y desarrollo industrial en Chile hacia 1870-1900. Dimensión histórica de Chile N° 1, 1984, 9p.

<sup>655</sup> Metáfora propuesta por el historiador Gabriel Salazar en Salazar, Gabriel. Op. cit., 63p.

viento formal. Pero, una vez que irrumpió la invasión de los sobrecargos y capitanes de la oleada mercantil europea, sumada al apoyo amenazador de los barcos de guerra que Inglaterra estacionó frente a Valparaíso, el librecambismo aventó y perforó todo: desde las utopías industriales de Manuel de Salas hasta las débiles leyes proteccionistas dictadas por los pipiolos en los años 20 y los pelucones en los 30”<sup>656</sup>.

Los gobierno pelucones de Prieto, Bulnes y Montt no dudaron en firmar tratados comerciales con Estados Unidos e Inglaterra tales que, “por la doctrina librecambista que los inspiraban, los mercaderes de esos países quedaron en pie de perfecta igualdad, en el mercado interno, con sus “pares” chilenos [...] El huracán librecambista traído a Chile por la irrupción del mercado mundial en los bucólicos intercambios del mercado inter-colonial expandió, sin duda, la economía colonial, pero, al hacerlo, precipitó la crisis larvada que existía dentro de ella. Con todo, el huracán tenía la fuerza suficiente para *liberar y sacar a luz*, de las entrañas de esa misma crisis, el soterrado ciclo de inversiones reproductivas que le permitiría seguir

---

<sup>656</sup> Salazar, Gabriel. Op. cit., 64p.

funcionando casi sin interrupción, pero ahora hacia el capitalismo industrial”<sup>657</sup>.

Sin embargo, este capitalismo industrial no se caracterizó por el énfasis en el desarrollo fabril y manufacturero. Es más, el contacto de la economía colonial -antes descrita- con el mercado mundial en las primeras décadas del siglo XIX, actuaron en contra de los intereses de la industria nacional. Se tomaron algunas medidas que apuntaban al desarrollo industrial pero que en los hechos no realizaba ningún cambio significativo. De acuerdo con el diplomático y político chileno, Agustín Ross, “obedeciendo al engañoso propósito de proteger la industria nacional que no existía, la junta gubernativa rebajaba un diez por ciento sobre los derechos que debían pagar los comerciantes chilenos que introdujesen mercaderías en buques de su propiedad y de tripulación chilena, si esos buques habían sido construidos en el extranjero; y un veinte por ciento si a las condiciones anteriores se agregase el que las naves hubiesen sido construidas en Chile”<sup>658</sup>.

Esto fue posible porque, al disminuir los precios de las manufacturas europeas en Chile, aumentaron los intercambios puramente mercantiles,

---

<sup>657</sup> Salazar, Gabriel. Op. cit., 64 y 65pp.

<sup>658</sup> Ross, Agustín. Op. cit., 469p.

disminuyendo entonces el circulante monetario del mercado interno. Así, el desarrollo de las actividades productivas tradicionales dentro del país continuó siendo muy escaso y se estancó el desarrollo de los procesos productivos utilizados en los diferentes sectores. En el ámbito de la agricultura y la ganadería, la ausencia de un mercado interno significativo mantuvo estancadas las producciones de trigo y derivados casi al mismo nivel que en la colonia. En el sector minero, si bien la producción de cobre y plata era más activa que en los años anteriores, las técnicas de explotación continuaban siendo precarias y artesanales, y no se modernizaron sino hasta la década de 1840 debido a las exigencias de la demanda externa, nuevos métodos productivos y nuevos descubrimientos. En el área de las manufacturas, aunque existieron algunas fábricas, estas demostraron un gran atraso sectorial, predominando aún la actividad artesanal.

Esta continuidad fue vista de forma poco ingenua por Marcial González, abogado y político chileno que fue testigo de este proceso, sostenía hacia 1848 que “[e]n verdad, los males económicos que deploramos no son de aquellos que pudieran remediarse con leyes ni reglamentos, por muy acertados y sabios que fuesen. Los más graves y dolorosos, los que cruzan la marcha del país y obstan a su desarrollo, residen cabalmente en nuestra constitución



orgánica, están encarnados en nuestros hábitos y costumbres, son consecuencia necesaria y lógica de nuestros antecedentes históricos. El influjo que ejercen 300 años de oscuro coloniaje y opresión fiscal, imposible sería que se borrara del todo en ocho lustros que data apenas nuestra vida de pueblo independiente”<sup>659</sup>.

Estas formas de producción, en las áreas que hemos mencionado, no eran capaces de competir en los mercados internacionales más dinámicos. Ante esta situación, el novel Estado chileno, dotado de una nueva estructura y de nuevas facultades, era el mejor candidato para remediar los retrasos en infraestructura, transporte y comunicaciones, que permitieran al país un mejor desenvolvimiento en la economía internacional, por medio del fomento de la industria nacional. La necesidad de integrarse en la red de comercio internacional, exigió, por tanto, renovar la economía interna que venía arrastrándose desde la colonia. Esta renovación se materializó en diversas disposiciones.

Como ejemplo de las disposiciones más relevantes dictadas en este período es posible mencionar el decreto de febrero 1811, ya tratada aquí y la

---

<sup>659</sup> Marcial González P. 82.

primera Ordenanza de Aduanas en 1834, que será tratada a continuación; La Ley Orgánica de Ministerios en 1837 que le entregó al ministerio de hacienda todo lo referido al “comercio interior i exterior, la pesca marítima, la minería, la agricultura i la industria nacional”; la Ley de 1842 que dispuso el mejoramiento de los caminos que conducían a los puertos, así como la promoción de construcción de puentes, canales y caminos, concediendo a los empresarios la facultad de cobrar derechos de peaje. También as tres leyes referidas a la construcción de ferrocarriles que se analizarán más adelante y que se materializaron en un primer momento en la forma de concesiones entregadas a privados por el Estado para construir líneas ferroviarias concediendo privilegios y derechos; por último, cabe mencionar la dictación de la “ordenanza jeneral de correos” en 1858.

### **2.3.5. Primera experiencia “proteccionista” (1830 – 1860).**

Desde el inicio de su vida independiente e incluso antes, intelectuales y comerciantes chilenos manifestaron su preocupación por proteger y hacer prosperar la industria nacional. Un caso ejemplar es el de José Antonio Rodríguez Aldea quien, en pleno proceso de construcción de Estado hacia 1822, “no podía dejar de confesar que somos liberales en todo lo que no tienda

a arruinarnos”<sup>660</sup>. De acuerdo con el historiador Álvaro Góngora, este era un funcionario bastante realista que conociendo los postulados de la escuela liberal, consideró que disminuyendo los derechos de importación se perjudicaba “el nacimiento y creces de nuestra agricultura e industria”<sup>661</sup>.

El año 1824 se dictó un decreto que promovía la “Protección de la Industria Nacional”<sup>662</sup>. Este decreto intentó fomentar la industria por la vía de los privilegios y concesiones especiales, para todos aquellos que establecieran en el país fábricas de cáñamo, lino, cobre o de otro producto elaborado con materias primas chilenas. En este sentido habían ido las argumentaciones de distinguidos personajes del ambiente nacional, “hombres que estaban en alguna medida al tanto de las “teorías” y políticas económicas en boga: no obstante, desecharon los “modelos” propuestos por la “escuela clásica” [postulados eminentemente liberales] en atención a su inoportunidad para las condiciones económicas de Chile, sobre todo sus “manufacturas”<sup>663</sup>.

---

<sup>660</sup> Chile. Congreso Nacional. Sesiones de los Cuerpos Legislativos de la República de Chile, 1811-1845. Santiago 1889-1908, Tomo VI, 1822, 227p.

<sup>661</sup> Rodríguez, José. Satisfacción Pública, en Rodríguez, Francisca de P. “Biografía del doctor D. José A. Rodríguez Aldea”. Santiago, 1862, p. 216.

<sup>662</sup> Boletín de las Leyes y de las Órdenes y Decretos de Gobierno (1824), Santiago, Lib. 1, N° 18, 285p.

<sup>663</sup> Góngora, Álvaro. Op. cit., 10p.

Estos criterios permearían la Ordenanza de Aduana de 1834, aparentemente librecambista por el listado de artículos de libre internación, aplicaba derechos de importación del 35% sobre aquellos artículos que “fueran más o menos favorables a nuestra riqueza”. Esta ordenanza también protegió a la Marina Mercante. Se estableció rebaja en los derechos de importación de aquellos artículos traídos al país en barcos chilenos y luego, se reservó el comercio de cabotaje a barcos nacionales. Esta política proteccionista, que torpemente fuera abandonada en 1851, permitió un rápido desarrollo de la marina mercante.

La intención de los gobiernos era ofrecer medios y garantías para facilitar la labor de los agentes económicos que estuvieran dispuestos a crear fuentes de producción fabril, no sólo a través de un arancel protector, sino también “beneficiándolos con la concesión de diversos privilegios y exenciones. El Ministro de Hacienda Manuel Rengifo, durante la administración de José Joaquín Prieto, dictó en 1832 numerosas leyes que favorecían específicamente a “hombres de negocios” que estuvieran dispuestos a comprometerse en la instalación o ampliación de industrias”<sup>664</sup>. Dieciséis años más tarde, el ministro del ramo insistía en la misma idea “...el

---

<sup>664</sup> Góngora, Álvaro. Op. cit. 11p.

gobierno está dispuesto a conceder todos los privilegios que puedan fomentar la industria doméstica”<sup>665</sup>.

Por lo tanto, “si bien hay un proceso de liberalización, éste sufre interrupciones importantes, con persistentes muestras de políticas proteccionistas en diversas actividades nacionales”<sup>666</sup>. Los gobiernos entre 1810 y 1856 consideraron que el proteccionismo era la política más adecuada para crear industrias en el país.

#### **2.3.5.1 Andrés Bello sobre la “Acción del Gobierno”.**

Andrés Bello, uno de los humanistas más importantes de América Latina, haciendo un balance de la acción administrativa del Estado, sostenía en 1842 que “la prosperidad de que disfrutamos actualmente, se debe, en gran parte, a la acción administrativa, o a la mano creadora de un poder protector y benéfico, sin cuyo impulso o auxilio, aún después de restablecida y

---

<sup>665</sup> Chile. Ministerio de Hacienda. Memoria de Hacienda año 1848. Santiago, 1849, 223p.

<sup>666</sup> Cariola S., Carmen y Sunkel, Osvaldo. Op. cit. 29p.

conservada la tranquilidad pública, muy poco o nada se habría podido obrar en la carrera de los adelantos<sup>667</sup>.

Es decir, el curso económico que había seguido el Chile independiente, no podía ser comprendido como el resultado de la espontaneidad del mercado. A propósito de la oleada librecambista que se extendía sobre Chile, sostenía sin ingenuidad que “la experiencia también nos ha dado a conocer la vanidad o inaplicación a nuestras circunstancias de ciertas teorías de los economistas, que ya habían recibido un desmentido solemne en otros países más antiguos, industriosos y ricos que el nuestro: tal es, entre otras, la máxima de “dejad hacer y dejad pasar”, tan en boga en Francia en otro tiempo, donde todos recurren, sin embargo, al gobierno en solicitud de auxilio para todo género de empresas y de trabas o prohibiciones contra la concurrencia de afuera; máxima desmentida principalmente en los estados norteamericanos, los que, a pesar del espíritu de actividad y de empresa, tal vez sin paralelo, que se nota en aquel pueblo, han debido y deben muchas de sus primeras obras públicas al celo de los respectivos gobiernos, que ejecutan por sí mismos las grandes empresas de canalización, ferrocarriles y otras de igual importancia, y que mal

---

<sup>667</sup> Bello, Andrés. La acción del gobierno. Artículo publicado originalmente como editorial en *El Araucano*, 1° de abril de 1842. Reeditado, con el título con que ahora lo reproducimos en las *Obras completas de Don Andrés Bello*, Volumen VIII, Santiago de Chile. Impreso por Pedro G. Ramírez, 1885, 31p.

o muy tarde podrían llevarse a cabo, sin los capitales de afuera, o sea el extenso crédito que, entre otras ventajas poseen aquellos gobiernos sobre los trabajos promovidos y administrados por sociedades particulares<sup>668</sup>.

Bello se adelantaba por mucho a las políticas de fomento proteccionistas que intentaban promover la industria en Chile desde hacía tiempo. En la experiencia comparada, en particular en la experiencia de los Estados Unidos, veía que las grandes realizaciones necesarias para la industrialización de un país eran llevadas a cabo por los gobiernos de forma directa, a través de las empresas de canalización y ferrocarriles, por ejemplo.

Insistía, en la importancia de la acción del gobierno, al sostener que “necesitamos que la acción del gobierno se extienda a todo género de mejoras y obre con igual actividad en todo el país destruyendo obstáculos, abriendo nuevos canales de industria, y aun indicando y promoviendo entre los particulares aquellos géneros de trabajos más esenciales y adaptables a nuestras circunstancias, o que puedan proporcionar un empleo lucrativo al mayor número de ciudadanos”<sup>669</sup>.

---

<sup>668</sup> Bello, Andrés. Op. cit., 31p.

<sup>669</sup> Bello, Andrés. Op. cit., 31p.

Por último, sostenía que si el Estado aún no intervenía con fuerza en la economía, era porque hasta el momento, se había ocupado de consolidar su poder: “el convencimiento íntimo de esta misión especial lo ha sentido el gobierno y la reconoce el país; y si la acción protectora del primero no ha sido en tiempos anteriores tan general y extensa como era de desear, debe atribuirse al cuidado principal del mantenimiento y consolidación del orden público que debía absorber su atención”<sup>670</sup>.

Teniendo por un lado la necesidad de la intervención del Estado y el cuidado de la industria y, por otro, la incapacidad actual del Gobierno de cubrir la totalidad de necesidades de infraestructura del país, Bello concluye que “aunque, como hemos indicado desde el principio, semejantes mejoras deben partir de la primera autoridad y ser ejecutadas en mucha parte por ella, no por eso deberá dejársele en cierto estado de aislamiento, o entregada exclusivamente a sus propios recursos, que por sí solos tampoco alcanzarían a satisfacer las actuales exigencias del país. Tales serían, por ejemplo, las obras públicas de canales, puentes, caminos, etc., en las que el gobierno pondría los estudios previos, la dirección científica y aún otros auxilios, mientras que el público sería llamado a tomar parte de estas empresas, supliendo los capitales

---

<sup>670</sup> *Ibíd.*



necesarios para completarlas y conservarlas, y satisfaciéndose con ventaja del lucro que ellos podrían proporcionar. Un sistema mixto de este género, sería el más adaptable a nuestras circunstancias; y de todas suertes, inmensos bienes deberían resultar a la nación de los esfuerzos unidos del gobierno y de todos los chilenos en la causa de los avances que se obtengan”<sup>671</sup>.

### **2.3.5.2 Marcial González y su “Situación económica del país”.**

Finalizando la primera mitad del siglo XIX, el abogado y político chileno, Marcial González, llamaba la atención sobre las tareas que le correspondían a la Administración. Reconociendo que el comercio interior había prosperado, señalaba que los resultados nunca serían satisfactorios si la Administración no protegía la industria y “fomentaba los cambios”. La tarea pendiente más importante que tenían los gobiernos, en su diagnóstico, era el desarrollo de infraestructura, pues “abrir nuevas vías de comunicación y mejorar las antiguas ha sido desde algún tiempo a esta parte el anhelo constante del gobierno, anhelo tanto más justo cuanto que en esta época de

---

<sup>671</sup> Bello, Andrés. Op. cit., 32p.

continuo e indispensable movimiento, los canales y caminos son para el Estado lo que las arterias y las venas para la vitalidad del individuo<sup>672</sup>.

El mayor obstáculo para ese desarrollo no se lo imputaba directamente a las corrientes librecambistas, sino que a las costumbres que venían arrastrándose desde la colonia, ya que “el principio de asociación entre nosotros está escrito en las leyes, en los libros, en la inteligencia de cuatro hombres ilustrados; pero todavía dista mucho de penetrar en las costumbres, de encarnarse en el corazón de nuestros conciudadanos”<sup>673</sup>.

Este testimonio contiene una profunda visión, que será confirmada más adelante: el retraso de la estructura económico-social que representaba el sector agrario chileno, sería uno de los obstáculos más serios para el desarrollo de la industrialización durante la segunda mitad del siglo XIX.

#### **2.4. Segundo período: Crecimiento hacia adentro.**

---

<sup>672</sup> González, Marcial. “Situación económica del país”. Artículo aparecido en *La revista de Santiago*, Tomo primero, Abril de 1848, 76p.

<sup>673</sup> González, Marcial. Op. cit., 77p.

### **2.4.1 Aumenta la producción y política de construcción de obras públicas.**

Durante el siglo XIX el Estado no fue categórico en su dirección política y económica. Hasta 1860, pese a que en el discurso del Estado se promovió insistentemente el desarrollo de la industria, el comercio y la navegación nacional, sus logros fueron muy limitados mientras que a partir de dicha década, “la presencia del Estado en la maduración del sistema nacional de educación, en inversión en obras de infraestructura urbana y portuaria y en la expansión de un sector importante de ferrocarriles, fue ostensible”<sup>674</sup>.

A partir de la segunda mitad del siglo XIX, las condiciones de la economía nacional presentaron un clima favorable para Chile. Creció fuertemente la demanda externa, lo que tuvo como resultado un aumento considerable en las exportaciones. Durante la administración de Manuel Montt (1850-1860), se propició una política tributaria que gravaba las extraordinarias ganancias del sector minero, lo que incrementó la recaudación fiscal y permitió emprender un conjunto importante de obras públicas. Esta inversión se dirigió principalmente a mejorar las redes de conectividad y transporte, en

---

<sup>674</sup> Carmagnani, Marcelo. Desarrollo industrial y subdesarrollo económico. El caso chileno (1860-1920). Ediciones de la Dibam, Santiago de Chile, 1998, 14p.

concreto, la construcción de ferrocarriles, caminos y vías de comunicación para el telégrafo, que permitirían avanzar en la modernización de la economía nacional.

Estos avances hacia un capitalismo propiamente industrial pueden ser explicados a partir de dos causas principales y complementarias: por un lado el estímulo a la economía nacional que provocaba la fuerte demanda de la economía internacional y por otro, la actitud del Gobierno que asumía un rol activo en el desarrollo económico del país. Este período fundamental dio lugar a una amplia literatura, “con la adicional ventaja que acerca de ambos aspectos existe una buena base estadística para el análisis cuantitativo. Como es bien conocido, el auge del comercio exterior constituyó la base gravable para las recaudaciones tributarias del Estado –impuestos a la exportación, tarifas de importación, estancos. A su vez, la condición tributaria del Estado fue un elemento importante para la contratación de empréstitos internos y externos”<sup>675</sup>.

A pesar de que el liberalismo ideológico comenzó a hacerse sentir con más fuerza a partir de 1860, tuvo un carácter bastante particular al no

---

<sup>675</sup> Cariola S., Carmen y Sunkel, Osvaldo. Op. cit., 26p.

significar en términos absolutos una prescindencia económica total de parte del Estado<sup>676</sup>. Pese a los claros avances en la infraestructura que se impulsaron, algunos testimonios de la década de 1860 lamentaban el bajo sostén que tenía la industria nacional: “Querer que una industria subsista por sí misma desde su principio, es lo mismo que exigir a un niño recién nacido el trabajo de que sólo es capaz un hombre formado, robusto (...) Si es incuestionable la necesidad de impulsar nuestra industria agrícola, no lo es menos la atención que debemos prestar a la fabril. ¡Es verdaderamente vergonzoso, que en Chile, donde hay tantos brazos sin ocupación, y donde tenemos casi todas las primeras materias de excelente calidad, no se haga una tela ni se fabrique un fusil”<sup>677</sup>.

#### **2.4.1.1 Ferrocarriles.**

La creciente modernización de la industria, sobre todo referida al ámbito de la minería, hizo necesaria la introducción de mejoras en el transporte para efectos de llevar los minerales hacia los puertos de embarque.

La construcción de ferrocarriles en Chile revolucionó el transporte terrestre,

---

<sup>676</sup> Carmagnani, Marcelo. Op. cit., 20p.

<sup>677</sup> Mena, Mauricio. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Leyes. Leída en septiembre de 1865. Publicada en los Anales de la Universidad de Chile, TOMO XXVII, N° 6, Diciembre 1865, 261-262pp.

ahorrando tiempo de desplazamiento y con ello introduciendo una nueva lógica en la producción y venta de bienes y servicios. Los ferrocarriles, además de convertirse en una importante fuente de ingresos para el fisco, “desencadenaron profundos cambios en las formas económicas existentes, sin que esté demás recordar que su introducción en cualquier país ha tenido la virtud de fomentar la industria metalúrgica”<sup>678</sup>.

El desarrollo de ferrocarriles en Chile comienza durante la administración de Manuel Montt, primero como empresas mixtas, siendo más tarde adquirida por el Estado. En 1848, el gobierno concedió a don Juan Mouat privilegio por el término de cinco años, para construir un ferrocarril entre Copiapó y Caldera, en situación que se cederían por parte del Estado a la empresa el uso de los terrenos fiscales necesarios y se liberaría de derechos a los materiales necesarios. Wheelwright compra por 30.000 la concesión de Mouat y se crea la Compañía del Ferrocarril de Copiapó<sup>679</sup>. Un año más tarde, se concedió privilegio exclusivo al empresario William Wheelwright para construir y usar un camino ferroviario entre Valparaíso y Santiago por el término de treinta años. En el mismo año, se concedieron exenciones y privilegios a empresas ferroviarias entre Copiapó y Tres Puntas,

---

<sup>678</sup> Ortega, Luis. Op. cit. (1981), 60-72pp.

<sup>679</sup> Alliende, María Piedad. Historia del ferrocarril en Chile. Pehuén Editores, Santiago, 1993, 15p.

La Serena y Coquimbo, y Talcahuano y Concepción. En 1855 se promovió la formación de la Compañía del Ferrocarril del Sur a efectos de construir una línea férrea de Santiago a Talca, en la cual el gobierno tomó participación mediante la compra de acciones de la compañía. En los años siguientes se continuó con la construcción de redes ferroviarias nuevas, así como la extensión de las ya iniciadas en los términos descritos, de manera que el Estado tomó parte en varias de ellas mediante la compra de acciones y pidió varios empréstitos extranjeros con los mismos objetivos, en tanto los gastos hechos en las obras públicas fueron aumentando considerablemente. En 1874 se crea la primera iniciativa para construir ferrocarriles trasandinos.

El Estado fue asumiendo un rol cada vez más importante, puesto que si bien en un principio la evolución del sector ferroviario fue iniciativa del sector privado, donde la participación del Estado se limitaba solo a otorgar las autorizaciones y privilegios, éste comienza luego a participar tanto en la construcción de las redes, como en la sistematización y administración de ellas. Así, es posible distinguir cinco formas en que se realizó la construcción y el tendido de las líneas férreas en Chile: (i) ferrocarriles construidos por empresas privadas que fueron posteriormente adquiridos por el Estado; (ii) ferrocarriles construidos por empresas privadas en que el Estado participaba

en calidad de accionista; (iii) ferrocarriles construidos por el Estado ya sea por cuenta propia o a través de propuestas públicas o contratos con empresas; (iv) ferrocarriles construidas por empresas particulares a los que el Estado les garantizaba un cierto margen de utilidades durante un lapso de tiempo; (v) ferrocarriles construidos por el sector privado, sin garantía ni participación del Estado. En cualquiera de los mecanismos descritos, la situación fue de hecho que el Estado tomara finalmente el control de ellas, aun cuando estas se hubiesen creado como empresas mixtas con participación de inversionistas privados, por lo tanto, el peso de la modernización en infraestructura la soportó el sector público.

En cuanto a la gestión, el ferrocarril de Valparaíso, mediante un decreto del 28 de agosto de 1851, se autorizó al Gobierno para organizar una sociedad con capitales chilenos. Se constituyó entonces la Compañía del Ferrocarril Santiago a Valparaíso, que pasó a ser una empresa estatal en 1860. En 1858, el Estado adquirió el ferrocarril de Santiago a Valparaíso, siendo concluido en 1863; el ramal sur, que se extendía hasta Los Ángeles, fue adquirido en 1873, continuando de esta manera su expansión”<sup>680</sup>.

---

<sup>680</sup> De Vos, Bárbara. El surgimiento del paradigma industrializador en Chile (1875-1900). Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, Santiago, 1999, 20p.



La administración de esta empresa se constituyó como una fuente relevante de ingresos fiscales hasta fines del siglo XIX, dentro del rubro de “empresas y servicios del estado”. De hecho, entre 1860 y 1878 el aumento de la contribución de este ítem fiscal a las rentas corrientes alcanzó un promedio del 33,4%, de las cuales el aporte de ferrocarriles representaba el 56%. Así, la demanda de servicios ofrecidos por el Estado creció en forma sostenida.

Asociado a las vías de comunicación, el telégrafo apareció unido en su infraestructura a las redes ferroviarias. Este fue el servicio público y estatal encargado del servicio de correspondencia y telegrafía desde 1852 hasta 1981. En 1852 se dicta la Ley Postal, cuyo objetivo fundamental era congregar en un solo cuerpo legal todas las disposiciones y reglas que se aplicaban en el territorio desde hacía más de un siglo. En el año 1853, gracias a un decreto, se dispuso el uso de buzones postales. Datos de la época dan cuenta del origen de los primeros buzones que fueron utilizados en el país. En principio llegaron desde Alemania y Francia, pero luego comenzaron a fabricarse en maestranzas nacionales. Y fue en el mes de abril de ese mismo año cuando comenzó a usarse de manera oficial la estampilla, y su pago debía hacerse efectivo por el remitente de manera que hacia 1866, las provincias más pobladas del país

contaban con una red telegráfica que permitía las comunicaciones instantáneas; una red ferroviaria de transporte; y un servicio regular de navíos a vapor<sup>681</sup>.

En cuanto a la legislación, el 6 de agosto de 1862 se dictó la “lei jeneral de ferrocarriles” según la cual los ferrocarriles construidos por el Estado o por un privado en virtud de una concesión, estarían sujetos a los principios legales que rigen los caminos públicos (servidumbres). Más adelante, en el año 1884, se dictó la “lei orgánica de los ferrocarriles del Estado”, donde se disponía que su administración fuera ejercida por un director general y un consejo, dividida en cuatro departamentos diferentes.

#### **2.4.1.2 Actividad de las Municipalidades: agua potable y caminos.**

El auge de las obras públicas durante la década de 1860 contagió a otras unidades de administración local, como las Municipalidades. Un ejemplo de esto, fue la provisión de agua potable que impulsó la Municipalidad de Valparaíso, frente a los problemas de abastecimiento de agua potable. La

---

<sup>681</sup> Calderón, Alfonso. Doscientos sesenta años del correo en Chile. Primera edición Octubre 2007, Correos de Chile. Consultado el 16 de enero de 2015. 138p.

Municipalidad organizó una empresa en 1876 con el objetivo de abastecer a la población de agua potable, luego de la incapacidad de diversas empresas privadas de solucionar el problema, tales como la sociedad anónima Compañía de Consumidores de Agua de Valparaíso<sup>682</sup>.

En Santiago, en cambio, no hubo problemas con el abastecimiento de agua potable, en este caso funcionó desde 1865 una empresa mixta de propiedad de la Municipalidad y del Ingeniero Manuel Valdés que cubría satisfactoriamente las necesidades de la ciudad. En junio de 1872, el municipio adquirió la parte de la empresa que era propiedad de Valdés, tomando el nombre de Empresa de Agua Potable de Santiago<sup>683</sup>.

Además de hacerse cargo progresivamente del servicio de agua potable, las municipalidades comenzaron a realizar obras que demandaban altas inversiones de dinero y movilizaban a un gran número de trabajadores. Desde 1868, se comenzó a trabajar en el mal estado de las calles, su nivelación y empedrado, además de trabajos para nivelar las acequias y las pasadas sobre ellas, así como también se desarrolló del servicio de limpieza de las calles<sup>684</sup>.

---

<sup>682</sup> Ortega, Luis. Chile en ruta al capitalismo. Cambio, euforia y depresión (1850-1880). LOM Ediciones, Santiago, 2005, 151p.

<sup>683</sup> Ortega, Luis. Op. cit. (2005), 158p.

<sup>684</sup> Ortega, Luis. Op. cit. (2005), 160p.

La importancia de los caminos ha sido, desde tiempos muy remotos, crucial, por su triple carácter: económico, administrativo y militar<sup>685</sup>. En la época que describimos, predominaba la importancia económica de los caminos, que permitían el transporte hacia ciudades, ríos, lagos, mares y líneas férreas.

Con la promulgación de la ley Orgánica de Municipalidades en 1891, que establecía la responsabilidad de los municipios en el cuidado de las rutas, se buscó solucionar el problema caminero. Sin embargo, la carencia de recursos impidió que esta norma pudiera aplicarse y debió ser reformulada en 1897, especificando el tipo de caminos que se atenderían con el presupuesto y favoreciendo a los caminos que unían centros poblados con estaciones ferroviarios; los que conectaban capitales de provincias entre sí y con capitales de departamento y los que empalmaban a dichas capitales con los puertos.

Si las Municipalidades asumieron la tarea del mejoramiento y el cuidado de los caminos, el Estado central, con el fin de facilitar la circulación de productos y su acceso a los puertos, amplió y mejoró la red vial desde 1852. En 1855, el Presidente de la República, Manuel Montt, fue autorizado

---

<sup>685</sup> Martner, Daniel. *Economía Política*. Imprenta Universitaria, Santiago, 1925, 349p.

para contratar la construcción de caminos y puentes, además de conceder a los empresarios, la facultad para cobrar peaje en las rutas que iban desde la capital a San Fernando, Valparaíso, San Felipe y Melipilla y en el de Quillota a Valparaíso.

La red caminera de Chile fue extendida en forma considerable entre 1865 y 1875. Si en 1864 la extensión total de caminos era de 14.488 kilómetros, en muy mal estado, diez años más tarde la longitud total alcanzó a 40.657 kilómetros, 22.794 principales y 17.863 secundarios<sup>686</sup>. Desde 1868 el gobierno inició un plan permanente de mejoramiento y mantención de caminos, el que sólo fue interrumpido en 1877<sup>687</sup>”.

#### **2.4.1.3 El caso de la Fundición Nacional.**

Un caso interesante de análisis, es el de la Fundición Nacional. Esta fue constituida durante el período en comento, y fue una organización estatal que se acercó en su estructura, gestión y fines a lo que se llegó a comprender, durante el siglo XX como empresa pública. La Fundición Nacional, de

---

<sup>686</sup> Quinto Censo Jeneral de Población, 1875 (Valparaíso, 1876), p. 654; citado en adelante como QCJP 1875, en Ortega, Luis. Op. cit (1981) 2p.

<sup>687</sup> Memoria del Ministerio del Interior, 1879, p. 16. citadas en adelante como MI, seguido de año respectivo en Ortega, Luis. Op. cit. (1981), 4p.

propiedad estatal, fue “fundada en 1865 con el objeto de proporcionar armamento al ejército y marina” en la emergencia de la guerra contra España<sup>688</sup>.

El lugar de su instalación fue seleccionado en consideración de su seguridad, y “porque la línea del ferrocarril central hacía mui fácil i económico el acarreo de los materiales i de los artefactos para el lugar de su destino”<sup>689</sup>. La instalación de la fábrica estuvo a cargo de la superintendencia del ferrocarril, la cual también tomó a su cargo la dirección de sus talleres y la fundición de los cañones que tan necesarios eran.

El inicio de sus faenas no fue satisfactorio, ya que fracasó en la fabricación de cañones de fierro, elaborándose en cambio de bronce, los que aparte de ser poco durables, eran más caros que los importados. Pese a al infortunado comienzo, tras el cese de las hostilidades, inició una diversificación de su capacidad productiva, reteniendo su potencial para producir material bélico. En 1868 el Ministro de Guerra informó al Congreso de las mejoras en esta fábrica que se manifestaban “en nuevos equipos tales

---

<sup>688</sup> Memoria del Director de la Maestranza de Limache, 1871, p. 1, en Memoria del Ministerio de Guerra, 1871 en Ortega, Luis. Op. cit. (1981), 35p.

<sup>689</sup> Ortega, Luis. Op. cit. (1981), 36p.

como tornos, una “curvadora” de planchas y barras de fierro, y sierras, y en la iniciación de la reparación y construcción de calderas para máquinas a vapor, la producción de cañones, cureñas y pernos para los fuertes de Valparaíso, pescantes, balas de diversos calibres, rejas de fierro para ventanas, barretas, puntas de fierro para postes de puentes, y un “martinete” (sic) para enterrar postes, todo ello producido para las fuerzas armadas”<sup>690</sup>. Sin embargo, el Ministro agregó que también se habían fabricado: “varias máquinas i herramientas pedidas por particulares i tiene en construcción algunas máquinas para tascar cáñamo y lino, arados y cultivadores de los sistemas que mejor resultado han dado en el país i que pueden fabricarse a menos precio que los que vienen del extranjero”<sup>691</sup>. La demanda de estos productos de bajo costo fue muy alta y no se alcanzó a cubrir.

La Fundición Nacional gozó de reputación, incluso, más allá de las fronteras nacionales. Además de armamento, allí se fabricaban arados, rejas para la agricultura, motores a vapor de hasta 15 HP, calderas, aparatos telegráficos, etcétera. En la Exposición Nacional de Artes e Industria realizada en Santiago el año 1872, es decir, cinco años después de su fundación, la industria limachina exhibía entre sus trabajos una hélice para el vapor

---

<sup>690</sup> Ortega, Luis. Op. cit. (1981), 37p.

<sup>691</sup> Ministerio de Guerra, 1868, pp. 15-16. En Ortega, Luis. Op. cit (1981), 37p.

Lusitania y todo un tren construido en sus talleres, “desde la locomotora hasta los vagones de pasajeros y de carga<sup>692</sup>.”

En 1870 se reformó la administración de la institución, distinguiendo distintas áreas de trabajo como modelación, fundición, mecánica, etc. En su informe anual al Congreso, el Ministro de Guerra expresó en 1871 que sobre lo ya logrado, la “Fundición Nacional” ofrecía “lisonjeras expectativas de rápido progreso en el porvenir”, lo que se expresaba en la fabricación de aparatos e instrumentos para la agricultura, motores a vapor, calderas e instrumentos de guerra<sup>693</sup>.

La actividad de la empresa empezó a ser considerada como de primera importancia para la economía del país en general, pero especialmente para el desarrollo de la industria manufacturera, sin que la industria hiciese “competencia perjudicial a los establecimientos particulares, pues es una cosa probada, que siempre hai pedidos de mayor número de obras que las [que] pueden ejecutarse con comodidad”<sup>694</sup>.

---

<sup>692</sup> Exposición de artes e industria de Santiago, Memoria de los trabajos de la comisión directiva. Distribución de premios, Octubre 6 de 1872 (Santiago, Imprenta de la Librería del Mercurio, 1872), 12 y 13pp. En Grez, Sergio. De la “regeneración del pueblo” a la huelga general, RIL Editores, 2007, 112 – 113pp.

<sup>693</sup> Ortega, Luis. Op. cit. (1981), 38p.

<sup>694</sup> MDML, 1872, pp. 1-4, en E 1872. en Ortega, Luis. Op. cit. (1981) 40p.



El cambio de gobierno y la llegada de Aníbal Pinto al Ministerio de Guerra en 1871, se reflejó en una nueva actitud oficial respecto del establecimiento. De apoyo irrestricto recibido durante la administración Pérez, se pasó a una actitud más escéptica, que se expresó en la Memoria de 1873. En ella el ministro afirmó que “La maestranza de Limache por la fuerza sola de las cosas ha ido convirtiéndose de establecimiento militar, en un establecimiento industrial. Si por circunstancias especiales puede convenir a un gobierno sostener un establecimiento militar, que lo provea de las armas que necesita, es fuera de duda que no le conviene sostener un establecimiento industrial. La Maestranza de Limache es un establecimiento notable en su jénero, pero sus artefactos son los mismos que se elaboran en las fundiciones y maestranzas particulares, haciendo a la industria privada una competencia inmotivada. El gobierno cree llegado el caso de tomar respecto de este establecimiento, una resolución definitiva<sup>695</sup>.

Aun cuando el Director del establecimiento aseveraba que éste y las empresas del sector privado podían coexistir sin causarse mutuo daño, la resolución definitiva del gobierno significó que en 1874 se ordenó el cierre

---

<sup>695</sup> Ortega, Luis. Op. cit. (1981), 37 -38pp.

definitivo de la función. Ciertamente en el caso de una planta en Chile, la “Fundación Nacional”, no hubiese constituido por si sola el punto de partida de una revolución industrial autóctona, pero sin duda su permanencia habría sido un factor importante en el fortalecimiento de la base industrial del país.

De acuerdo con la opinión de Luis Ortega y a partir del ejemplo de la Fundación Nacional, los obstáculos a la industrialización<sup>696</sup>, extensibles a otros proyectos manufactureros en Chile fueron (i) la falta de mano de obra calificada; (ii) la falta de acceso al sistema crediticio, derivada de las líneas de operación del sistema bancario, lo elevado de la tasa de interés y las características y orientación de las instituciones de crédito hipotecario. El crédito estaba abierto solamente para la hipoteca de la tierra; (iii) marginalidad de la actividad industrial respecto de los intereses financieros. Baja participación respecto del total de las sociedades anónimas existentes en la época y (iv) tamaño reducido del mercado, lo que se prueba porque no se alcanzaba a satisfacer la demanda de productos manufacturados tanto por la Fundación Nacional como por las privadas.

---

<sup>696</sup> Ortega, Luis. Op. cit. (1981), 40p.

## **2.4.2 La industrialización chilena: dos fases.**

En la opinión del profesor Luis Ortega, el impulso de la industrialización durante el siglo XIX, comprendido como el desarrollo de la producción manufacturera moderna, en la práctica quedó enteramente librado a la iniciativa y capacidad del sector privado. La actividad económica del Estado, salvo excepciones como la Fundación Nacional, procuró posibilitar este desarrollo mediante la inversión en obras públicas e infraestructura, mas no asumió directamente la tarea de producir bienes y servicios. Para hacer más clara la exposición de este proceso, tomaremos la subdivisión en dos períodos contenida en su obra “El proceso de industrialización en Chile 1850-1930”, según el cual, habría una primera fase comprendida entre los años 1845 y 1879, y una segunda fase comprendida entre los años 1880 y 1930.

### **2.4.2.1 Primera fase (1845-1879).**

Hubo tres áreas en las que se introdujo el motor a vapor en la década de 1840: vapores en Valparaíso, minería (de forma poco uniforme, en algunos lugares siguió siendo arcaica) y ferrocarriles. La tercera área de uso temprano de la energía del vapor fue la del transporte terrestre, con la introducción, a

partir de 1851, del ferrocarril. A partir de aquel año la construcción ferroviaria –en el norte por parte del sector privado y en la región central por el Estado– pasó a ser un importante elemento de modernización que, junto con acortar distancias y reducir los costos de transporte, introdujo importantes elementos nuevos a la producción y los servicios: “una nueva forma de organizar empresas, nuevo material de transporte y propulsión y un nuevo tipo de trabajador: conductores, ingenieros, maquinistas y mecánicos, junto con el personal administrativo, formaban un mundo nuevo estructurado en los terminales y a lo largo de la vía. Las líneas, locomotoras, coches de carga y pasajeros demandaron de instalaciones y personal para mantenimiento y reparación, más aún, cuando la expansión de la red fue relativamente rápida. Si en 1863 la extensión total de las vías era de 537 kilómetros -287 en la zona central y 250 en el norte minero- quince años más tarde había crecido 3,1 veces, hasta alcanzar 1689 kilómetros: 950 en la zona central y 739 en la zona norte”<sup>697</sup>.

El motor a vapor en estas tres áreas tuvo un efecto transformador. “demandó la instalación de talleres y maestranzas que, desde un comienzo, se encargaron de la mantención y reparación de calderas, cascos de navíos,

---

<sup>697</sup> Ortega, Luis. El proceso de Industrialización en Chile 1850-1930, Revista Historia, Santiago 26: 1992, 214 – 215pp.

locomotoras y motores”<sup>698</sup>. Fue necesaria la instalación de nuevas unidades productivas: fábricas y fundiciones. Esas fueron las actividades que marcaron el inicio de la producción manufacturera moderna –capitalista- en Chile.

Entre 1850 y 1874, el valor del comercio exterior se multiplicó tres veces, fomentando un clima de crecimiento y expansión de los sectores tradicionales de la economía chilena, como la agricultura, el comercio y la minería, que impactó los sectores de la producción y los servicios.

De acuerdo con la opinión de Luis Ortega, “todos estos factores dieron origen a un fenómeno decisivo en relación a la activación en la intensidad y extensión de la actividad económica: la lenta pero inexorable monetarización de la economía”<sup>699</sup>. Hasta mediados del siglo el sistema monetario era totalmente inadecuado para la satisfacción de los requerimientos más básicos del sistema económico, hasta el punto de constituir un obstáculo para la circulación de mercancías y la estructuración de un mercado a escala nacional<sup>700</sup>. A partir de los primeros años de la década de 1850, como consecuencia de los fenómenos ya señalados, la demanda de dinero aumentó

---

<sup>698</sup> Ortega, Luis, Op. cit, (1992), 215p.

<sup>699</sup> Ortega, Luis. Op. cit. (1992), 217p.

<sup>700</sup> Fetter, F. W. Monetary Inflation in Chile, Princeton, 1931, 4-18p.

en forma sustantiva, y frente al déficit de moneda, los establecimientos comerciales mayoristas de Valparaíso se vieron forzados a extender su práctica de emitir documentos de cambio. En 1854 se inició la creación de bancos, los cuales emitieron documentos negociables que tuvieron una amplia circulación. En 1960 la “Ley de Bancos de Emisión”, sancionó una situación *de facto* –ya existían cuatro instituciones-, y proveyó el marco legal dentro del cual se registró un vigoroso crecimiento del sistema bancario y de la cantidad de dinero en la economía.

Por rubro de producción, la mayor densidad de establecimientos se registraba en los grupos alimentos y productos metálicos -incluida maquinaria-, a distancia muy apreciable de los siguientes: maderas y muebles y papel e imprentas<sup>701</sup>. En términos de empleo y disponibilidad de fuerza motriz, el grupo más importante era también el de productos metálicos, el cual, según lo indica la escasa información disponible, también concentraba el más alto nivel de inversión<sup>702</sup>.

---

<sup>701</sup> En Valparaíso se instalaron los impresores españoles Santos Tornero (1840) y Manuel Rivadeneira (1841), precursores de la industria editora en el país. Ellos difundieron la literatura europea de la época con reimpresiones de autores españoles y franceses e iniciaron la comercialización de libros en el país, que hasta entonces se ofrecían en mercerías, ferreterías y otros almacenes no especializados. Tornero abrió en Valparaíso la primera librería del país con el nombre de "Librería Española" y luego otra con el mismo nombre en Santiago.

<sup>702</sup> Ortega, Luis. Op. cit (1992), 220p.

La industria de preguerra en término productivos representaba una gama amplia de manufacturas y artefactos comunes. La Exposición Internacional de Santiago en 1875 fue bastante representativa de la capacidad productiva de las industrias del país: “había allí, entre otros bienes elaborados en el país, calzado, azúcar refinada, billares, tipos de imprenta, papel, impresos, jarcias, telas, motores a vapor, molinos mecánicos, prensas para diversos objetos, elevadores de agua, carros de carga para ferrocarril y máquinas trilladoras”<sup>703</sup>.

El sector manufacturero anterior a la Guerra del Pacífico tuvo un tamaño relativamente reducido. Abasteció una proporción significativa, aunque no cuantificable del mercado nacional y “una vez iniciado el conflicto, se constituyó en un eficaz proveedor de las fuerzas armadas”<sup>704</sup>. El problema principal que habría retrasado este proceso fue la escasa flexibilidad al cambio de las actividades tradicionales en sus estructuras económico-sociales, especialmente el sector agrario. Estas fueron en parte “compensadas por el creciente gasto público que se manifestó no sólo en el desarrollo de

---

<sup>703</sup> Edwards, A. Cuatro Presidentes de Chile. Valparaíso, 1932, vol. II, 324p., citado en Ortega, Luis. Op. cit. (1992), 221p.

<sup>704</sup> Ortega, Luis. Op. cit., 226p.

infraestructura, sino también en un mayor empleo que amplió la demanda por bienes de consumo<sup>705</sup>.

#### **2.4.2.2 Segunda fase (1880-1930)**

El Segundo Período está marcado por los siguientes antecedentes: a partir de la anexión de los territorios salitreros al patrimonio nacional, la industria manufacturera inició un período de expansión y diversificación. La evolución poblacional jugó un importante rol de estímulo por el lado de la demanda y en términos de provisión de una oferta de fuerza de trabajo necesarias para el desarrollo industrial<sup>706</sup>. A lo largo de este período, el sector industrial experimentó un proceso de expansión hacia nuevos rubros, iniciándose la producción de locomotoras para ferrocarril y de estructuras de fierro para edificios y obras de ingeniería civil. También destacaron el procesamiento de alimentos, el acero, la elaboración de cemento, de muebles y vestuario<sup>707</sup>.

---

<sup>705</sup> Muñoz G., Óscar. Chile y su industrialización: pasado, crisis y opciones. Cieplan, Santiago, 1986, 49-51pp. y 62p.

<sup>706</sup> Ortega, Luis. Op. cit. (1992), 232p.

<sup>707</sup> Kirsch, William. The industrialization of Chile, 1880-1930. P. L. Diss, The University of Florida, 1973, 25-27pp.



El principal estímulo para la industria manufacturera fue la demanda de la región salitrera, especialmente en la producción de aquellos equipos e implementos necesarios para la minería y la metalurgia. Si bien la generalidad de las empresas salitreras de mayores dimensiones importaban la gran mayoría de sus bienes de capital, su expansión y la de los medianos productores abrió un tipo de demanda por bienes de producción que era más rentable adquirir a las industrias metalmecánicas nacionales<sup>708</sup>. Lo anterior explica el proceso de modernización que experimentaron la mayoría de las fábricas y fundiciones de este rubro en la década de 1880, especialmente las localizadas en Valparaíso. Por aquellos años las fundiciones “La República”, “La Victoria” y las amalgamadas de Hardie & Cía, y de Archibalds Brower, trasladaron sus dependencias al extremo norte de la ciudad o a viña del mar. El crecimiento que experimentó el sector industrial entre 1880 y 1913 fue significativo, aunque extremadamente sensible a las variaciones del sector externo<sup>709</sup>.

Ofrece dificultades la determinación del estado del arte del sector industrial en Chile, pues existe el problema de su cuantificación. La Intendencia de Valparaíso, por ejemplo, calculaba que en la ciudad había 55 establecimientos manufactureros modernos, los que fueron clasificados como

---

<sup>708</sup> Ortega, Luis. Op. cit. (1992), 236p.

<sup>709</sup> Ortega, Luis. Op. cit. 241p y Kirsch, William. Op. cit., 25-27pp.

“fábricas” diferenciándolos de 120 unidades artesanales, las que fueron agrupadas bajo la denominación “talleres”<sup>710</sup>.

#### **2.4.2.2.1 La SOFOFA.**

La Sociedad de Fomento Fabril, SOFOFA, fue fundada el 7 de octubre de 1883 en el seno de la Sociedad Nacional de Agricultura. Se suele señalar que la Sociedad fue formada por los industriales para servir como órgano de expresión a sus aspiraciones, pero el examen de la documentación revela que esta afirmación no calza con la realidad<sup>711</sup>. Su origen guarda relación con el propósito de desarrollar la industria nacional que persiguió la administración del Presidente Domingo Santa María. Aunque los industriales ya constituían un sector con ciertos perfiles propios, la fundación de la Sociedad de Fomento Fabril no significó que ellos se agruparan inmediatamente en torno a la nueva institución. En su mayoría se mantuvieron al margen y sólo hacia 1900 iniciaron su incorporación masiva a ella. Para comprender esta actitud “es menester no olvidar que, al establecer esta clase de instituciones, la administración de Santa María lo hacía con el objeto de que “cooperasen al

---

<sup>710</sup> Matricula de los Establecimientos Gravados con la Contribución de Patentes del Departamento de Valparaíso (Valparaíso, 1879), en Ortega, Luis. Op. cit (1981), 9-10pp.

<sup>711</sup> Vargas, Juan. La Sociedad de Fomento Fabril 1883-1928. Revista Historia, Santiago, 13: 1977, 6p.

bien común, coadyuvando en sus propósito al gobierno, y no para que sirvieran como órganos gremiales. Esta singular ligazón con el gobierno, por lo demás, se encargaba de confirmarla aquel mandatario, al incluir en su Mensaje al Congreso una breve noticia sobre el apoyo que la Sociedad había brindado al gobierno “en la esfera que les es propia”<sup>712</sup>.

El nacimiento de la SOFOFA antecede a la consolidación del sector y se encamina a este fin. El Ministro de Hacienda de la época, Pedro Lucio Cuadra, reconocía el retraso en que estaba sumido el país en esta materia. A una semana de fundada la SOFOFA, en el discurso pronunciado allí, el Ministro señalaba:

“Al dar una ojeada retrospectiva al progreso industrial y económico del país, hay mucho, sin duda, que puede halagarnos y aún enorgullecernos... Pero, no hay menguas en reconocerlo, la producción agrícola y minera constituyen casi por completo los artículos de retorno en el comercio internacional. El artefacto, la manufactura, la materia elaborada en el país, en una palabra, las producciones de la industria fabril nacional apenas dan

---

<sup>712</sup> Vargas, Juan. Op. cit., 8p.

señales de vida en este vasto y agitado oleaje de productos que llegan y de productos que van”<sup>713</sup>.

Más que industriales, se trataba de hombres de negocios participantes en diversos sectores económicos, pero que fundamentalmente se proyectaban a través de su participación en el ya consolidado sector financiero del país.

Las tareas en esta materia eran variadas, no consistían solamente en ensanchar el sector. Se requería fomentar la enseñanza especial y el aprendizaje industrial, organizar la estadística exacta de la producción fabril y de las posibilidades de consumo interno, estudiar las condiciones productivas del país, etc. Los evidentes lazos que tenía la fundación de la Sociedad con el Gobierno eran reafirmados por el Ministerio de Hacienda, que reafirmaba el compromiso del ejecutivo al señalar que “por estrecha que sea la acción gubernativa en empresas económicas o industriales que nacen, viven y prosperan, principalmente por las condiciones naturales de su existencia y por la preponderancia que sus productos llegan a alcanzar en el mercado, puedo asegurarnos que el Gobierno por su parte mirará con solícito interés todo cuanto contribuya a los fines que se acaban de indicar”<sup>714</sup>.

---

<sup>713</sup> Carmagnani, Marcello. Op. cit. (1998), 22p.

<sup>714</sup> Discurso de Pedro Lucio Cuadra, Ministro de Hacienda en la recién fundada Sociedad de Fomento Fabril, en sesión del 25 octubre de 1883. En Boletín SOFOFA, año 1 N° 1, pp. 6 - 7

Considerando las palabras del Ministro y del pensamiento del gobierno a quién representaba, al Estado le cupo un muy importante papel no sólo en incentivar, desde fuera, la actividad industrial, evidentemente privada, sino además, en otorgar una fisonomía particular a los participantes del sector y en impulsarles para definirse a sí mismos como industriales<sup>715</sup>. La SOFOFA efectivamente cumplió con parte importante de las tareas antes mencionadas, pero también ello significó que, muy rápidamente, se transformara en un grupo de presión sobre el gobierno y que con ello iniciara el largo camino hacia una industrialización conceptualmente más consistente<sup>716</sup>.

. A través de la creación de la SOFOFA se hacía palpable las formas germinales de intervención estatal que surgían a fines del siglo XIX. Aunque el Estado no interviene directamente en el mundo de las relaciones privadas, ello no significa una ausencia de respaldo y garantía absoluta a los grupos dirigentes y, muy por el contrario, “a pesar del concepto de impersonalismo portaliano, tuvo más bien una simbiosis y asimilación con ellos [...] Así, no resulta extraño que, desde mucho antes de 1939, el Estado estuviese presente

---

<sup>715</sup> Carmagnani, Marcello. Op. cit. (1998), 23p.

<sup>716</sup> Carmagnani, Marcello. Op. cit. (1998), 21p.

en la economía, en otras funciones de la vida nacional y en sus relaciones con el sector privado, ya como Estado interventor”<sup>717</sup>.

Sostenemos que la Sociedad fue concebida como una institución de apoyo al gobierno<sup>718</sup> Por eso no debe extrañar que éste financiara sus actividades y que la Sociedad evacuara informes que le solicitaban diferentes reparticiones públicas e incluso el Congreso<sup>719</sup>.

#### **2.4.2.2.2 Manufactura nacional y la Escuela de Artes y Oficios.**

En 1887 se publica un texto autodenominado de “propaganda industrial”, escrito por Román Espech, titulado “Colección de artículos encaminados a demostrar la necesidad de crear Manufactura Nacional”. En este texto ofrecía mostrar el estado real de la industria nacional, toda vez que el fomento de la industria fabril “llama la atención del Gobierno y del país”.

---

<sup>717</sup> Sagredo, Rafael. Balmaceda y los orígenes del intervencionismo estatal, citado en Ortega, Luis (ed.). La Guerra Civil de 1891. Cien años hoy. Santiago, 1993, 39 – 48pp.

<sup>718</sup> También la Sociedad Nacional de Agricultura tiene este carácter. Izquierdo, Gonzalo. Un estudio de las ideologías chilenas. La Sociedad de Agricultura en el siglo XIX. Centro de Estudios Socio-Económicos (CESO). Facultad de Ciencias Económicas. Universidad de Chile, 1968, p. 39 y ss., citado en Vargas, Juan. Op. cit.,p. 9.

<sup>719</sup> Estudios sobre liberación de derechos de internación a petición de la Superintendencia de Aduanas, informes que emitió por encargo de la Comisión de Hacienda de la Cámara, informes a solicitud de la Dirección General de Obras Públicas de la Empresa de Ferrocarriles del Estado, etc.

El punto de partida será el examen del funcionamiento de la Escuela de artes y oficios, que era un establecimiento fiscal de doble carácter: se ocupaba de la educación y a la vez era una fábrica industrial. En su primer rango, da educación aplicada a las artes a *ciento cinco* alumnos; y en el segundo, posee cuatro talleres, en los que se fabrican obras de herrería, carpintería, fundición y máquinas. Se ocupaban de la instrucción un Director (profesor de física y mecánica), un ingeniero, capellán, profesor de aritmética y álgebra, profesor de geometría y trigonometría, etc. Se fabricaban arados, bombas para acequia, bancas para escuelas máquinas a vapor, morteros para minerales, prensas para grasa y charqui, trilladoras, entre otros<sup>720</sup>. La Escuela se encargaba de ejecutar todos los trabajos que el público le encomendaba a precios módicos. Las personas que necesitaban estos artículos se lo encargaban a su director

Aun cuando el panorama de la Escuela Nacional de Artes y Oficios parecía halagüeño, su desempeño no estuvo exento de dificultades que aquejaron a otros establecimientos que desarrollaban manufacturas nacionales: “Eran pocos alumnos comparados con otras carreras [...] en vista de este cuadro, por demas desconsolador, fácil es explicarse el abatimiento de la industria, la ausencia de artefactos indígenas, la importación de las baratijas

---

<sup>720</sup> Espech, Román. *Manufactura Nacional*. Santiago, Imprenta Victoria, Santiago, 1887, Tomo I, 125-126pp.

mas toscas, la escasez de obreros nacionales que reunan al conocimiento de su oficio la moralidad para cumplir sus deberes, y finalmente, la condicion humilde sino despreciable en que se considera al obrero chileno”<sup>721</sup>.

### **2.4.3 Crisis y nueva revolución industrial: 1875.**

Las políticas que implementó el sector público desde fines de la década de 1850, sobre todo referidas a infraestructura, demandaron una alta cantidad de recursos por parte del Estado, así como empréstitos extranjeros contratados por éste. Entre los años 1870 y 1877, las cuentas fiscales comenzaron a aparecer consecutivamente como deficitarias lo que motivó fuertes críticas hacia el gobierno. Si bien las causas de la crisis fueron externas, el impacto que esta tuvo en el mercado interno chileno, así como las decisiones adoptadas por las autoridades para enfrentarla, mostraron una estructura económica con graves problemas estructurales.

Desde principios del siglo XIX, la economía chilena se sustentó fundamentalmente en los ingresos producidos por las exportaciones de cobre, en tanto estos servían para financiar las importaciones y la deuda externa del

---

<sup>721</sup> Espech, Román. Op. cit., 127-128pp.



país. Así, la caída en los precios del mercado internacional referida a los minerales provocó una fuerte disminución en los ingresos del país y una consecuente falta de circulante monetario interno, develando entonces los “falsos equilibrios macro-económicos” del desarrollo colonial y provocando una devaluación del peso chileno que, en 1878, motivó la declaración de inconvertibilidad de los billetes por parte del ejecutivo, eliminando el patrón oro y el viejo peso de 48 peniques, lo que efectivamente generó mayor liquidez favoreciendo a la fuerza de trabajo, pero no desarrolló la inversión en medios de producción, mercado que continuó vinculado al conglomerado extranjero y al comercio externo.

La crisis internacional impactó a Chile: Alemania se encontraba en plena recuperación tras la guerra franco prusiana y el trigo y harina fueron golpeados por la producción del oeste EEUU y Rusia, al término guerra ruso-turca<sup>722</sup>. Hacia 1860 la economía chilena era esencialmente exportadora y con un alto desarrollo de su infraestructura interna. Durante las tres décadas posteriores se habían introducido numerosos adelantos, especialmente en transportes y comunicaciones. A partir de entonces, la situación cambia diametralmente debido a la desaparición de las condiciones externas positivas

---

<sup>722</sup> De Vos, Bárbara. Op. cit. 24-25pp.

para las exportaciones. El trigo, la plata, cobre y otros minerales representaban el auge del pasado.

Del lado internacional, no obstante las desfavorables condiciones para la economía chilena, la economía occidental entró en una nueva fase, que podríamos catalogar como una nueva revolución industrial que, más bien, responde a la era técnica, producto de un aceleramiento en el ritmo de la investigación científica y en las invenciones, dando comienzo a la era del petróleo y de la electricidad, fuente de energía que habían de transformar la vida de millones de seres humanos”<sup>723</sup>. Aparece por primera vez el teléfono, la bombilla eléctrica, el motor de combustión interna. Los costos de transporte bajaron y aumentó su velocidad permitiendo una mejor y más eficiente integración de remotas áreas a la economía mundial, inaugurándose en 1869 el canal de Suez y el ferrocarril transcontinental de Estados Unidos, que unió el Atlántico con el Pacífico.

Hacia 1880, sustentado en la recién adquirida riqueza salitrera cuya propiedad desde un principio fue a dar a manos extranjeras.; sin embargo, esto no impidió que un tercio de las ganancias provenientes del salitre quedaran en

---

<sup>723</sup> Bruun, Geoffrey. La Europa del siglo XIX, 1815-1914. Fondo de Cultura Económica, México, 1964, 140p.

manos del Estado chileno, vía impuestos de exportación, dando origen a un Estado rentista<sup>724</sup>. Chile se vinculó con el comercio externo mediante la venta de materias primas, lo que fue clave para generar un proceso industrializador, pero a la vez esto implicaba una mayor dependencia económica, puesto que dependía de los impuestos de exportación.

Producto de la vinculación externa, el Estado chileno va a acceder al mercado financiero internacional, lo que se traduce en un creciente endeudamiento externo pero también en mayores recursos para el fisco. Con la estabilización de las finanzas públicas y la modernización del sistema financiero, debió mejorarse la infraestructura del valle central para responder adecuadamente a los requerimientos del comercio exterior. Sin duda, en este aspecto le correspondió un papel central al desarrollo de los ferrocarriles<sup>725</sup>.

Ortega se refiere a la importancia de la Guerra del Pacífico como culminación de este período: “Me parece pertinente proponer que el desenlace del proceso de evolución económica que el país experimentó entre 1850 y 1879 fue la Guerra del Pacífico. (...) podemos entender este conflicto como un medio y como un fin. Fue el medio para superar los agudos problemas que

---

<sup>724</sup> Cariola S., Carmen y Sunkel, Osvaldo. Op. cit., 45p.

<sup>725</sup> De Vos, Bárbara. Op. cit., 18-20pp.

la elite debió enfrentar en el último lustro de ese período; como fin, entrañó la adquisición de un territorio que contenía un producto que le permitiría continuar vinculada a las grandes corrientes del comercio y las finanzas internacionales, y seguir adquiriendo los bienes y las tecnologías que generaba el mundo de mayor desarrollo”<sup>726</sup>.

#### **2.4.4 Efectos de la Guerra del Pacífico.**

La recuperación de la crisis económica fue consecuencia de los favorables efectos económicos del fin de la Guerra del Pacífico y la ampliación de los ingresos fiscales, “consecuencia de la ocupación de las oficinas salitreras, permitió al gobierno, apenas terminado el conflicto, continuar su política de expansión de los servicios públicos comenzada con vigor por Montt, pero que había decaído durante el decenio de 1870. Fue sobre todo en el gobierno de Balmaceda (1886-1891) que la iniciativa estatal recuperó su impulso de mediados de siglo<sup>727</sup>.

En 1884 se había creado la Empresa de Ferrocarriles del Estado, que unificó los ferrocarriles de Santiago a Valparaíso y los del Sur. Durante la

---

<sup>726</sup> Ortega, Luis. Op. cit. (2005), 472-473pp.

<sup>727</sup> Cariola S., Carmen y Sunkel, Osvaldo. Op. cit., 43p.

administración de Balmaceda se ampliaron notablemente los ferrocarriles, se inició la instalación de líneas telefónicas, se construyeron puentes y caminos, comenzó a instalarse el alumbrado público eléctrico, se adelantó la construcción de edificios hospitalarios y hubo importantes modificaciones en todos los niveles de educación.

La administración del Presidente Balmaceda reflejó las contradicciones de la época. Su programa de gobierno, por ejemplo, “revela una contradicción ya insinuada con respecto a gobiernos anteriores: decididamente liberal en los aspectos políticos, tuvo interesantes ingredientes de nacionalismo, proteccionismo y estatismo en los económicos [...] Pero, aunque no llegaron a constituir un programa nacionalista, entraron en fuerte contradicción con la realidad económica, social y política que había cambiado notablemente después de la Guerra del Pacífico. Lo que pretendía el Presidente Balmaceda era evitar la entrega de la totalidad de los terrenos salitreros fiscales a los monopolios extranjeros, para reservar al Estado un instrumento de regulación de la industria; obtener el control de los ferrocarriles salitreros vinculados con los del centro del país; e invertir el gran excedente de los ingresos fiscales

derivados del salitre, en obras reproductivas a fin de formar una riqueza nacional permanente para cuando se agotara el salitre<sup>728</sup>.

No obstante lo anterior, la primera comisión del salitre que elaboró los antecedentes de la ley dictada el 1° de octubre de 1880, se manifestó absolutamente contraria al monopolio estatal. Esta ley implicaba la devolución de las oficinas salitreras a sus dueños, lo que habría de desatar una “colosal especulación con los bonos y títulos”<sup>729</sup>. En efecto, la ley denominada de los "Derechos de exportación del salitre", promulgada el 1 de octubre de 1880 y que gravó toda la producción salitrera con un peso sesenta centavos fuertes<sup>730</sup> se tradujo en la paralización de la mayoría de las 18 oficinas salitreras que laboraban en el distrito, permaneciendo en producción sólo unas pocas. Muy diferente sería la experiencia peruana. En 1875 el gobierno peruano había constituido un monopolio estatal, adquiriendo 75 oficinas modernas y numerosos terrenos, que pagó con certificados salitreros al portador y bonos con garantía hipotecaria de la oficina respectiva

---

<sup>728</sup> Cariola S., Carmen y Sunkel, Osvaldo. Op. cit., 45p.

<sup>729</sup> Cariola S., Carmen y Sunkel, Osvaldo. Op. cit., 46p.

<sup>730</sup> Bertand, A. Condición actual de la propiedad salitrera en Chile y estudios de las cuestiones relativas a la industria salitrera y a los salitrales del estado. Imprenta Nacional, Santiago de Chile, 1892, 86-87pp.

El Estado chileno jugó un papel crucial con respecto a la industria salitrera antes, durante y después de la Guerra del Pacífico. De hecho, la política salitrera se convirtió durante el período 1880-1930 en una de las cuestiones más centrales y permanentes de la política estatal, en la que “desempeñó un papel significativo en cuanto recolector de una parte considerable de los ingresos generados en la actividad salitrera y en cuanto utilizador de esos recursos”<sup>731</sup>. El Estado chileno logró apropiarse de aproximadamente la mitad del excedente generado en la actividad salitrera lo que constituye un fenómeno sin precedentes en su época<sup>732</sup>.

Esta recaudación se hizo notar en un aumento en los gastos en la función administrativa después de la Guerra del Pacífico. Se estima un aumento de alrededor del 20 por 100 a cerca de 30 por 100 a la vuelta del siglo, para disminuir después nuevamente. Dicho aumento correspondería, fundamentalmente, “a la expansión del Ministerio del Interior, en virtud de la creación de los cuerpos de policía civil y uniformada y de la creación y/o ampliación de diversos servicios públicos: Correos y Telégrafos, Agua Potable, Alcantarillado, Alumbrado Público, Pavimentación y Aduanas. Todo

---

<sup>731</sup> Cariola S., Carmen y Sunkel, Osvaldo. Op. cit., 89p.

<sup>732</sup> Mamalakis, M. The role of Government in the Resource Transfer and Resource Allocation Processes. The Chilean Nitrate Sector, 1830-1930. Ranis, G. (ed.) Government and Economic Development, New Haven, 1971.

ello representa la extensión de la autoridad administrativa del Estado a todo el país y el mejoramiento de la infraestructura urbana especialmente”<sup>733</sup>.

En una primera etapa, hasta alrededor de la Primera Guerra Mundial, la mayor parte de estos recursos se destinaba a la construcción de ferrocarriles. En efecto, la red ferroviaria estatal pasó de 1100 kilómetros en 1890 a 5000 kilómetros en 1913, manteniéndose posteriormente a ese nivel<sup>734</sup>. En esa misma época no sólo comenzó a adquirir importancia la construcción de caminos y puentes, sino también la construcción de edificios públicos, las obras marítimas y puertos. Comenzó a adquirir importancia creciente la construcción de caminos y puentes, así como la construcción de edificios públicos, y muy especialmente las obras marítimas, puertos y servicios de agua potable.

Los efectos de la guerra para el sector industrial fueron profundos. Por este motivo, la historiografía tradicional haría coincidir el origen de la industrialización en Chile con la Guerra del Pacífico. Este evento bélico se tradujo en una gran demanda por parte del Gobierno, que tuvo que armar, equipar y mantener una considerable fuerza expedicionaria en el Norte por un

---

<sup>733</sup> Cariola S., Carmen y Sunkel, Osvaldo. Op. cit., 93p.

<sup>734</sup> Cariola S., Carmen y Sunkel, Osvaldo. Op. cit., 94p.



plazo de cinco años. Esto se tradujo en un período “de excepcional prosperidad para los establecimientos manufactureros, y constituye el punto de partida para un fuerte impulso industrial, que una vez terminada la Guerra se apoyó en los efectos directos e indirectos de la gran expansión salitrera”<sup>735</sup>.

La riqueza salitrera dio origen a lo que se conoce como el segundo ciclo exportador del país. Dicho ciclo se caracterizó por el dominio casi total en el comercio exterior del salitre y por una expansión sin precedentes del Estado<sup>736</sup>. La administración pública tenía hacia 1880 tan sólo tres mil funcionarios, los que para 1900 ya sumaban trece mil. Sin duda que este aumento de funcionarios reflejó las nuevas necesidades del país. La expansión del Ministerio del Interior respondió a la ampliación de los diversos servicios públicos, lo mismo aconteció en el Ministerio de Justicia, Culto e Instrucción y en el Ministerio de Hacienda, sin dejar de lado lo que significó la creación del nuevo Ministerio de Industrias y Obras Públicas en 1887, que contó aproximadamente con el 30% del presupuesto ministerial entre los años 1888-1900. La inversión estatal fue creciente y esto se reflejó, por ejemplo, en la red ferroviaria estatal, la que llegó a tener en 1890, 1106 km y 2126 km en 1900 y

---

<sup>735</sup> Cariola S., Carmen y Sunkel, Osvaldo. Op. cit., 97p.

<sup>736</sup> *Ibíd.*, p. 76.

en el incremento del número de alumnos en la educación fiscal entre 1895 y 1900, que fue de 18.477 estudiantes<sup>737</sup>.

#### **2.4.5 Industrialización chilena a fines del siglo XIX**

El planteamiento o programa industrializador surgió, en un principio, en el ámbito de un pequeño sector cuyos intereses eran, naturalmente, de tipo industrial. Más tarde la misma problemática fue abarcada por un sector social más influyente, con actividades diversificadas y con un discurso cuya llegada era más amplia. Este cambio en la composición social, producto de la complejización creciente de la sociedad, también se vio reflejado en el tono del discurso. Este, en un principio, presentaba implicancias con la transformación social y política, que luego se vio atenuado, siendo reemplazado por un lenguaje en el cual primó el carácter técnico científico y modernizante de la propuesta industrializadora. En otras palabras, se podría plantear que se verificó una mediatización del discurso<sup>738</sup>.

Los cuestionamientos al modelo no fueron impedidos por el hecho de que Chile, desde 1880, experimentara un crecimiento sostenido en la

---

<sup>737</sup> Cariola S., Carmen y Sunkel, Osvaldo. Op. cit., cuadros N° 23.24B y 26.

<sup>738</sup> De Vos, Bárbara. Op. cit., 71p.

economía pues “no entró en vías de tan anhelado desarrollo. Su política económica-fiscal, la falta de modernización en los sectores productivos y de la sociedad, más la bendición o maldición de la riqueza salitrera, tuvieron un costo, uno alto por cierto. Las crisis económicas y la incertidumbre que éstas provocaban, afortunadamente abrieron un espacio de reflexión y cuestionamiento del orden económico y de las condiciones necesarias para un auténtico desarrollo. Reflexiones que llevaron paulatinamente a la formación de un nuevo paradigma: la industrialización sería el camino al progreso”<sup>739</sup>

Estos cuestionamientos se hicieron notar en distintos ámbitos de la vida pública de nuestro país. Sin embargo, la discusión en las Cámaras no fue tan profunda como podrían esperar aquellas voces que elevaron propuestas industrializadoras. Enrique Mc-Iver llegó a criticar el hecho de que se hacían proposiciones contradictorias y sin sentido<sup>740</sup>, lo cual hace pensar en una falta de conocimiento y capacitación de los congresistas para abordar este tipo de problemas. Solo algunos congresistas como Francisco Puelma y Arístides Zañartu plantearon el camino de la industrialización y la protección decidida del Estado a la industria nacional, limitando lo posible las importaciones como una necesidad vital frente a la crisis económica. En la práctica, estas opiniones

---

<sup>739</sup> De Vos, Bárbara. Op. cit. 33p.

<sup>740</sup> Chile. Cámara de Diputados, Sesiones Ordinarias, 9 de julio, 1897, 420p.

no pasaron de ser lo que eran, opiniones parciales y aisladas en las esferas de poder frente a la diversidad y complejidad de los problemas económicos<sup>741</sup>.

El problema de la crisis económica sólo fue expuesto por algunos de los congresistas más visionarios. En una intervención el senador Enrique Sanfuentes señaló que los artículos de la producción nacional atravesaban desde 1878 por un periodo de aguda crisis, cuya solución salvadora no se divisaba dentro de la actual tendencia de la situación económica y planteó, como una tarea ineludible, buscar el abaratamiento del transporte terrestre y marítimo, crear industrias nuevas y vigorizar las existentes para, de esta manera, generar riquezas abundantes que superan las pérdidas de los últimos años<sup>742</sup>. En enero de 1897 el diputado Ángel Guarello recalcó la necesidad de proteger el trabajo nacional y solicitó a través de un proyecto de ley, que las fábricas nacionales proveyeran de ciertos artículos a los establecimientos e instituciones estatales, ya que en la práctica esto sólo se había hecho en casos aislados<sup>743</sup>.

---

<sup>741</sup> Chile. Cámara del Senado, Sesión Ordinaria, N° 34, 17, de agosto de 1885. Cámara de diputados, Sesión Ordinaria, N° 29, 6 de agosto de 1895. En De Vos, Bárbara, p. 85.

<sup>742</sup> Cámara de Senadores, Sesiones Extraordinarias, 26 de octubre de 1894.

<sup>743</sup> Cámara de Diputados, Sesiones Ordinarias, 4 de enero de 1897, p. 884.

La economía chilena experimentó un crecimiento durante el último cuarto del siglo XIX, pero no entró en vías del tan anhelado progreso, es decir, en términos contemporáneos de desarrollo. Las causas de este fenómeno fue una equivocada política económica-fiscal y la falta de modernización de los sectores productivos. Un nuevo paradigma industrializador se dirigía a generar un equilibrio balanza comercial y de pagos, abastecimiento de la demanda interna mediante proceso de sustitución de importaciones. Sin embargo, esta nueva dirección de la política económica no encontró el consenso requerido durante el siglo XIX. Surgen, entonces, importantes interrogantes: ¿Por qué esta experiencia no derivó en un proceso de industrialización acelerado y autosostenido? ¿Por qué, en otras palabras, Chile no se industrializó?

En torno a la cuestión de por qué el paradigma industrializador no arribó con fuerza necesaria hacia fines del siglo XIX, Luis Ortega agrega dos causas principales<sup>744</sup>: (i) Desde un punto de vista técnico, dada la alta sensibilidad del sector manufacturero a la evolución del sector externo, el período examinado fue difícil para los países que iniciaron en forma tardía su transición de la economía de “antiguo régimen” al capitalismo y (ii) factores de orden estructural. Cual más cual menos, *todos* los países que registraron

---

<sup>744</sup> Ortega, Luis. Op. cit. (1992), 244-245pp.

procesos de industrialización exitosos entre sus resultados fundamentales implicaron cambios en la estructura de poder y, como consecuencia de ello, transformaciones fundamentales en la agricultura. Es que la industrialización fue un proceso que estuvo asociado a cambios en la estructura económico-social, capaces de crear las condiciones para la verificación del crecimiento económico sostenido, menos vulnerables a las fluctuaciones externas. Y nada de ello ocurrió en Chile.

Aunque hubo cambios y avances que aquí han sido revisados de un modo general, no se alteró la base del sistema económico social. El sector de la agricultura, fundamental para la economía nacional, se mantuvo inalterado en relación a su estructura de propiedad. El sector no experimentó grandes avances técnicos, como tampoco introdujo nuevos métodos de producción en forma masiva. De allí que no se desarrollaran los mercados de la tierra y de trabajo, ni la capacidad para realizar ajustes frente a cambios en la demanda<sup>745</sup>. El resultado fue que el aporte del sector agrícola a la generación de la demanda efectiva –dimensión vital en todos los procesos exitosos de

---

<sup>745</sup> Wright, Thomas C., *Landowners and Reform in Chile: the Sociedad Nacional de Agricultura, 1919-1940*, Urbana, University of Illinois Press, 1982, cap. II.

industrialización durante el período-<sup>746</sup>, y al desarrollo económico fue inexistente.

La industrialización es parte de un proceso mayor, que es el desarrollo de la economía capitalista. Este es, como aquella, la expresión de cuestiones que van mucho más allá de lo puramente económico; “en último término, tienen que ver con la voluntad política de quienes detentan el poder social. Si dicha voluntad no existió o estuvo mediatizada, el desarrollo tampoco pudo ser pleno y la industrialización debió ser limitada. Es precisamente lo que ocurrió en Chile entre 1850 y 1930”<sup>747</sup>.

#### **2.4.6 Polémica contra el liberalismo económico a fines del siglo XIX.**

La polémica contra el liberalismo económico empieza hacia 1870. Hacia 1875 se empieza a publicar el semanario *La industria Chilena*, órgano de una sociedad industrial no mejor calificada, y financiado por cinco

---

<sup>746</sup> Tres estudios importantes en este sentido son P. Bairoch, *Revolución industrial y subdesarrollo*, México, 19967; T. Kemp, *Historical Patterns of Industrialization*, London, 1978; Bo Södersten, “Cien años de desarrollo sueco” en *Trayectorias divergentes*, Santiago, 1990, 29-34.

<sup>747</sup> Ortega, Luis. Op. cit. (1992), 235-236pp.

industriales y que se hace portavoz de esta polémica<sup>748</sup>. Sus ataques hacia el liberalismo tienen un escaso fundamento ideológico y los motivos de su oposición parecen reducirse al hecho que ésta ahoga la naciente industria nacional, impidiendo el surgimiento de nuevas iniciativas industriales, reduciendo consecuentemente el nivel del empleo<sup>749</sup>. Esta sería la antesala de la crítica que tuvo un contenido político más contundente y que requerían del gobierno una protección mayor. Entre ellos se encuentran los artículos de Félix Vicuña (“Situación económica”) y Malaquías Concha (“El movimiento obreros en Chile”), aparecidos en los años 1886 y 1887, respectivamente<sup>750</sup>.

Pedro Feliz Vicuña, publicista, político y empresario minero, se mantuvo fiel a los principios democrático-liberales hasta su muerte. El pensamiento político y económico del autor de la “La Situación Económica” y “El porvenir del hombre”, podía considerarse simplemente liberal, pero lo

---

<sup>748</sup> *La Industria Chilena* apareció regularmente en los años 1875 – 1876 y estaba financiada por Carlos Debonnaire, Rafael Villaroel, Carlos Klein, José Agustín González y Lucio de Roy, vinculados al sector metalmecánico o al sector del cuero (Carlos Debonnaire). Cita Carmagnani, Marcello. Op. cit., 114p.

<sup>749</sup> “El libre cambio ahoga la naciente industria chilena... quita trabajo a millares de obreros nacionales... impide el desarrollo y la vida de todas las fábricas... fomenta el robo, el bandolerismo y la vagancia de las clases infelices”, “El intercambio y la Industria Nacional”: *La Industria Chilena*, 11 de septiembre de 1876, N° 45 y 46.

<sup>750</sup> Carmagnani, Marcello. Op. cit., 115p.



cierto es que era, además, “social-productivista” y revolucionario<sup>751</sup>. Este autor denunció los abusos de la especulación y la usura y llamó a luchar para sepultar a la burguesía mercantil del país. Vicuña propugnaba una revolución industrial en paralelo con una revolución democrática, y esto situaba al “empresariado popular”, es decir, a los productos en general, como el centro de su proyecto revolucionario, no a la clase obrera, como lo hiciera Marx, por ser un grupo prácticamente inexistente en Chile. Su análisis coincidía con Marx, desconociendo a este autor, en considerar que la alianza entre la burguesía mercantil y la burguesía financiera (ambas usureras y especuladoras, frenaban el desarrollo de las fuerzas productivas en vez de facilitarlos<sup>752</sup>.

En 1892 vio la luz el primer estudio que no sólo se declaraba francamente proteccionista, sino que elaboraba incluso ciertas proposiciones a nivel teórico. Se trata de una obra de Aquiles Mannheim en que se afirma que el principio básico del proteccionismo económico era el de la liberalización de las importaciones en materias primas y de la restricción para aquella de

---

<sup>751</sup> Salazar, Gabriel. Mercaderes, empresarios y capitalistas (Chile, siglo XIX). Editorial Sudamericana, Santiago, 2009, 410p.

<sup>752</sup> *Ibíd.*, 411p.

productos manufacturados extranjeros<sup>753</sup>. Progresivamente, la Sociedad de Fomento Fabril se transformó en el portavoz oficial del proteccionismo económico, entendido como método para asegurar al país un desarrollo de tipo industrial. El definitivo abandono del pensamiento económico liberal acontece en 1895. En 1897, Hörmann inspirándose en Bastiat, y por lo tanto en el pensamiento económico liberal, sostenía que sus teorías no podían aplicarse en Chile, mientras eran aplicables en países con un mayor grado de desarrollo industrial<sup>754</sup>.

Es en este clima genéricamente favorable al proteccionismo que aparece, en 1905 el primer estudio específico sobre el proteccionismo industrial. En este estudio de Vicuña Pérez se distinguen diferentes tipos de industrias; las que encuentran en el país las materias primas necesarias a sus necesidades y, por consiguiente, deben ser protegidas durante un período de tiempo bastante largo contra la competencia extranjera; las que no encuentran las materias primas en el país y, por lo tanto, no podrán nunca alcanzar un notable grado de desarrollo y que no deben, en consecuencia, ser protegidas<sup>755</sup>.

---

<sup>753</sup> Mannheim, Aquiles. Estudios sobre la situación y porvenir de Chile a propósito del proyecto de conversión metálica. Gutengerg, Santiago de Chile, 1892, 54 y 55pp.

<sup>754</sup> Hörmann, Jorge. Nuestro problema económico, 1897. en Chile Industrial y Económico, 1897 – 1917, 9p., citado en Carmagnani, Marcello. Op. cit., 117p.

<sup>755</sup> Vicuña Pérez, Ángel. Proteccionismo aplicado a la Industria Chilena. Universitaria, Santiago de Chile, 1905, 23 y 24pp.

El ensayo de Vicuña Pérez volvía a entrar en la tradición originaria del proteccionismo industrial basado únicamente en las barreras aduaneras. Pero ya en los primeros años del siglo XX aparece nítida y claramente la tendencia ejercer una presión sobre el Estado, a fin de que se asuman directamente los compromisos industriales<sup>756</sup>

En efecto, en 1902, en el Boletín de la Sociedad de Fomento Fabril aparece un artículo en el que se propone como tarea para el Estado , no solamente la protección de las industrias existentes sino también la creación de nuevas industrias; el autor propone que el Estado dedique para este fin la cuarta o la quinta parte del presupuesto estatal. Una vez creadas y encauzadas las nuevas industrias estatales, el Estado debería convertirlas en sociedades anónimas y ceder las acciones a particulares; las sumas así recuperadas deberían servir para crear otras industrias<sup>757</sup>. Esta opinión expresado por Pretot Freire no nos parece que haya tenido mucho éxito, ya que incluso en el boletín que acogió este documento no se encuentran ecos favorables o polémicos a la

---

<sup>756</sup> Carmagnani, Marcello. Op. cit. 118p.

<sup>757</sup> Al estado le incumbe, pues, no diré alimentar, ni fomentar, la situación exige mucho más: le incumbe crear la industria nacional manufacturera. ¿Por qué, entonces, no destinar la cuarta o quinta parte de la referida suma al presupuesto de la industria, para que el Fisco la invierta en crear de pico a cabeza, en forma viable, una o varias de las muchas fábricas que tan enormemente falta nos hacen? ...nada se opone a que, una vez creada la industria, el gobierno la entregue al público bajo la forma de sociedad anónima por acciones de reducido precio, que estén al alcance de todos. El Fisco, así reembolsado, podría dedicar los mismos fondos a una nueva creación”, en V. Pretot Freire, “Carta Abierta”, 478p., citado en Carmagnani, Marcello. Op. cit., 118p.

proposición presentada por él. Es, sin embargo, un curioso documento premonitor, en cuanto será ésta la política adoptada por el Estado después de la crisis de 1930 y sobre todo después de 1938, año en que se fundó la Corporación de fomento, entidad estatal encargada de desarrollar directamente las industrias que no existían aún en el país.

La política económica, según lo que hemos visto examinando la evolución del pensamiento proteccionista, podía desarrollarse siguiendo tres directivas principales: las barreras aduaneras, la intervención estatal con protección a una determinada industria y la intervención estatal directa, con capitales propios<sup>758</sup>. Esta que hemos llamado “polémica contra el liberalismo económico” tuvo antecedentes y resonancias en los primeros desarrollos del derecho público en Chile, como veremos a continuación. Los portavoces de estos desarrollos que pasamos a examinar son José Victorino Lastarria, José Domingo Amunátegui, y Valentín Letelier.

#### **2.4.6.1 José Victorino Lastarria.**

---

<sup>758</sup> Carmagnani, Marcello. Op. cit., 124p.

José Victorino Lastarria Santander fue escritor, diputado, senador y Ministro de Hacienda bajo el Gobierno de José Joaquín Pérez. Siendo un intelectual liberal, adhería a las ideas de la economía social de mercado, o sea, un modelo económico que combinaba la libre iniciativa individual con el progreso social. Publicó en 1846 una importante contribución al derecho público nacional, titulado “Elementos de derecho público constitucional”. En él ofrece su examen de la cuestión en torno al desarrollo industrial y las relaciones entre el Estado y la sociedad civil. La industria fue definida como “el conjunto de las artes útiles o de los trabajos aplicados a la explotación de los elementos i de las fuerzas de la naturaleza: ella está destinada a suministrar al hombre los medios de satisfacer las necesidades de su vida física i de desarrollar sus facultades intelectuales i morales, tanto por el ejercicio en que las pone, cuanto por la conveniencia que procura, facilitándole la cultura de su espíritu”<sup>759</sup>.

El liberalismo económico ha promovido el desarrollo sobre la base de principios individualistas que ocasiona que los intereses particulares entren permanentemente en conflicto. Para evitar “estas desgracias es preciso que la industria reciba una organización que esté más en armonía con todos los

---

<sup>759</sup> Lastarria, José Victorino. Elementos de Derecho Público Constitucional. Imprenta Chilena, Santiago, 1848, 192p.

intereses sociales y que guarde conformidad con el principio general de justicia cuyo intérprete es el Estado”<sup>760</sup>.

Es notable el realismo de Lastarria, al no perder de vista que Chile no se encontraba en la misma etapa de desarrollo que Europa, y es notable también su optimismo, al señalar que era posible desarrollar un orden que anticipara y corrigiera los males que aquejaban al viejo continente. Sostenía que, afortunadamente, “los malos resultados de la libre concurrencia no se han desarrollado todavía en los pueblos americanos en toda la deformidad con que se presentan en Europa, porque nuestra industria apenas comienza a entrar en la nueva senda que el desarrollo social le ha abierto en aquella parte del mundo.; i esa circunstancia nos coloca en la mejor oportunidad para dirigir sus progresos de un modo conveniente”<sup>761</sup>.

En cuanto al papel del Estado en el desarrollo económico del país de la industria en particular, señalaba a modo general que “el Estado ha de velar tanto sobre los derechos que la industria puede reclamar para desarrollarse, como sobre las obligaciones que ha de cumplir con la sociedad i sobre las garantías que debe presentar a fin de que su ejercicio sea el más favorable a

---

<sup>760</sup> Lastarria, José Victorino. Op. cit., 194p.

<sup>761</sup> *Ibíd.*

los intereses de todos”. Sin embargo, “El Estado, la Iglesia y el cuerpo científico no deben ser industriales, porque esta confusión contraria los principios de una justa proporción de sus funciones u haría desviarse de sus propias leyes el movimiento industrial”<sup>762</sup>.

No obstante lo anterior y apartándose de la ortodoxia del liberalismo clásico, reconocía la posibilidad de que los gobiernos directamente actividades económicas, si es que el contexto lo exigía. Así declaraba que “si en una época de atraso conviene que el gobierno ejecute por sí mismo o en concurrencia de la industria las vastas empresas de utilidad general, es de sana política, justa apreciadora de los límites naturales de la acción del gobierno, acelerar cuanto sea posible la época en que estos trabajos puedan abandonarse a los particulares asociados”<sup>763</sup>.

Por último agregaba que “en todo debe propender el Estado a que la industria se organice de manera que constituya un verdadero estado social, según los principios de independencia i libertad que forman la base de todas las instituciones sociales”<sup>764</sup>. El Estado, por lo tanto, está llamado a cumplir un

---

<sup>762</sup> Lastarria, José Victorino. Op. cit., 194-195pp.

<sup>763</sup> *Ibíd*em, 195p.

<sup>764</sup> *Ibíd*em, 196p.

papel organizador en toda circunstancia y un papel interventor en ciertos contextos de retraso, como aquel en que se encontraba Chile en la época en que fue escrita la obra que hemos citado, para luego devolver a la sociedad civil el desarrollo de la industria nacional.

#### **2.4.6.2 José Domingo Amunátegui.**

José Domingo Amunátegui Rivera fue abogado, diplomático, Ministro de Justicia e Instrucción Pública a fines del siglo XIX, Ministro del Interior en 1901 e Intendente de Santiago entre 1906 y 1908. Su “Resumen de Derecho Administrativo de 1900 está íntegramente dedicado a la organización administrativa. Distingue, aparte de la Administración Local, entre materias exclusivas de la Administración como lo son hacienda pública, policía y fuerza armada, y materias que atienden la Administración y la iniciativa individual en conjunto, como asistencia pública, instrucción pública, vías y medios de comunicación y obras públicas.

El trabajo de Amunátegui en torno a las relaciones entre la sociedad civil y el Estado se divide según la actividad en vías y medios de comunicación, correos, telégrafos y teléfonos y ferrocarriles



Respecto de la construcción de vías y medios de comunicación, específicamente refiriéndose a la construcción de caminos, sostenía que el Estado tenía el deber de su mantenimiento, pues “la vida nacional requiere la existencia de este medio de comunicación, y solo el Estado, sea central o local, puede y debe satisfacer esta necesidad, con el carácter general”<sup>765</sup>. Esto obsta a que la iniciativa privada pueda contribuir como coadyuvante, ya que, por ella misma, “no tendría poder suficiente para la formación de las grandes vías nacionales”<sup>766</sup>. Amunátegui, a diferencia de Lastarria, no proyectaba un traspaso paulatino de esta actividad desde el Estado hacia los privados, al decir que “aun suponiendo que el esfuerzo individual lograra reemplazar al del Estado en alguna parte, la Administración tomaría injerencia a lo menos en el régimen de un servicio que es nacional” considerando que “una condición de los caminos *públicos*, es la gratuidad del tránsito y esta condición no puede ser satisfecha sino por el Estado, con el dinero de todos ciudadanos”<sup>767</sup>

En relación a correos, en tanto materia de interés común, se pregunta por la injerencia del Estado en una materia que no es una de sus atribuciones

---

<sup>765</sup> Amunátegui R., Domingo. Resumen de Derecho Administrativo. Imprenta y Litografía “La Razón”. Montevideo, 1900., 362p.

<sup>766</sup> *Ibidem*.

<sup>767</sup> *Ibidem*.

propias, donde la iniciativa individual no pugna con la social en la atención a una necesidad que no exige ni el uso de la fuerza, ni límites a la libertad ni otras manifestaciones del derecho. Sin embargo, sostenía, “si se consideran el objeto y las condiciones que debe llenar el Correo, habrá que convenirse en que solo el Estado está en situación de satisfacer aquel y de cumplir debidamente éstas. En efectos, existe un interés común, extendido no tan solo al territorio de un Estado, sino también al de los demás, en que sea fácil, segura y expedita la comunicación escrita y cada vez que se presenta un interés tan jeneral, el Estado se ve compeido a injerirse de alguna manera en él, como que afecta a todos los miembros de la asociación”<sup>768</sup>.

De acuerdo con lo anterior, el Estado debe participar como monopolista, considerando que la mayor garantía la ofrece el Estado antes que los particulares en empresas que “afectan a todos los ciudadanos y en las cuales no son necesarios conocimientos ni medios técnicos”<sup>769</sup>. El Estado es el único que puede garantizar tanto la distribución como el secreto de en la correspondencia, derecho que estaba asegurado en la constitución de 1833, en su artículo 138.

---

<sup>768</sup> *Ibíd.*

<sup>769</sup> *Ibíd.*

Respecto a los telégrafos y teléfonos, Amunátegui pensaba que la acción del Estado podía concurrir con la iniciativa particular. Pero que, existiendo un interés público en la materia, el Estado está llamado a reglamentarlo y “al efecto se ha dictado la lei de 10 de noviembre de 1852, en virtud de la cual al ponerse al servicio una línea telegráfica debe darse cuenta a la autoridad administrativa, indicándose el lugar de la oficina y los nombres de las personas empleadas en la transmisión y recepción de comunicaciones”<sup>770</sup>. El servicio de teléfonos, por tanto, era realizado por instituciones particulares sometidas a los reglamentos municipales en su explotación.

En relación a los ferrocarriles, reconocía que la actividad individual y social (o sea, la actividad del Estado) marchan “acordes” en esta materia. Pese a que el Estado siempre ha otorgado facilidades a las empresas individuales de ferrocarriles, las condiciones del país imponen su explotación por la Administración pública, que “no ve en ella un objeto de lucro, sino un medio de protección a la industria y al bien común”<sup>771</sup>.

---

<sup>770</sup> Amunátegui R., Domingo. Op. cit., 378p.

<sup>771</sup> Amunátegui R., Domingo. Op. cit., 379p.

Estas condiciones convierten al Estado en empresario de ferrocarriles, “actividad que no corresponde a sus fines propios y que ejercita en bien de la comunidad, construyendo vías férreas y explotándolas con tarifas bajísimas de verdadera protección nacional”<sup>772</sup>. Esta declaración permite ver con claridad un rasgo que acompañará al derecho público chileno a lo largo de gran parte de la primera mitad del siglo XX. La actividad empresarial no es reconocida como una actividad propia del Estado, sino como una circunstancia o una situación de facto que responde a las necesidades concretas que impone un contexto determinado.

Por último, al referirse en general a las obras públicas, sostiene que tal designación “se aplica a todos aquellos que tienen por objeto la utilidad pública, un fin de utilidad material, común a todos, sin que se tome nota de quien los ejecuta”<sup>773</sup>. Esta indiferencia frente al ejecutante de las obras públicas le permite mencionar más de un sistema de procedimiento de ejecución de obras fiscales: (i) directamente por la Administración; (ii) por particulares, por cuenta del Estado y (iii) por cuenta de particulares, previa concesión del Estado, con o sin garantía<sup>774</sup>.

---

<sup>772</sup> Amunátegui R., Domingo. Op. cit., 380p.

<sup>773</sup> Amunátegui R., Domingo. Op. cit., 384p.

<sup>774</sup> Amunátegui R., Domingo. Op. cit., 389p.

Estos sistemas de procedimiento para la ejecución varían según las condiciones que imponen las circunstancias. Amunátegui se limita a mencionar algunas virtudes y defectos que posee cada una, sin inclinarse decididamente por alguna de ellas.

#### **2.4.6.3 Valentín Letelier.**

Valentín Letelier Madariaga, abogado, político e intelectual chileno, se especializó y destacó en el área del derecho administrativo. En sus “Apuntaciones de Derecho Administrativo” publicadas el año 1904, realiza un tratamiento temático análogo al que hemos examinado de José Domingo Amunátegui, en el que también quedan expresadas las líneas generales en que este publicista comprendía las atribuciones y límites de la actividad estatal y privada en ciertas materias.

Así, por ejemplo, respecto de los caminos y bajo el punto de vista del Derecho Administrativo, determinaba que su fin es “facilitar el gobierno y la

administración de los pueblos”<sup>775</sup>. En este sentido, la vialidad de cada Estado no se compone de caminos aislados contruidos sin atender a un plan general, inconexos entre sí. Sostenía que “para que los caminos presten mayores servicios u el menor costo, es necesario que formen circuitos, i para conseguir eso, es también necesario que estén bajo la mano del Estado”<sup>776</sup>.

Íntimamente ligado con el servicio de caminos, estaba el servicio de correos. Este, en Italia, Inglaterra y Francia, a poco de haber sido entregado al público, “fue monopolizado por el Estado, dándose jeneralmente para su explotación a familias determinadas”. Valentín Letelier consideraba que los correos deben estar en manos del Estado porque de otra manera “no se llenarían los fines que está llamado a desempeñar este servicio. En efecto, si se entrega a una empresa particular i fracasa ésta, se perjudica un servicio que es indispensable para la vida económica de un pueblo, si obtiene ganancia el espíritu democrático se exalta i se pregunta por qué unas utilidades pueden pertenecer a toda la masa se entregan a uno cuantos favorecidos del Gobierno”<sup>777</sup>. Un segundo fundamento para entregar este servicio a manos del

---

<sup>775</sup> Letelier, Valentín. Apuntaciones de Derecho Administrativo. Imprenta y Encuadernación Chile, Santiago, 1904, 187p.

<sup>776</sup> Letelier, Valentín. Op. cit. 190p.

<sup>777</sup> Letelier, Valentín. Op. cit. 202p.

Estado es el mismo que arguye Amunátegui: la inviolabilidad de la correspondencia<sup>778</sup>.

El telégrafo sostiene importantes similitudes con correos, agregándose la necesidad de un personal preparado técnicamente para desempeñarlo, mientras que el servicio de correos podía prescindir de esta preparación<sup>779</sup>. A medida que el servicio fue mejorando, fue dejando ganancias al Estado, pero ello en manera alguna “le autorizan para aumentar el porte con fines lucrativos, porque la ganancia no debe buscarse por el Estado en este servicio”<sup>780</sup>. De acuerdo a los “Apuntes” el Estado no puede prescindir del servicio de telégrafos porque “es un medio rápido de gobierno que permite proveer con rapidez a las *necesidades* de un lugar por alejado que se encuentre de los centros principales de población”<sup>781</sup>.

Valentín Letelier se refiere más extensamente al caso de ferrocarriles. Estos se habrían construido en Chile, en sus inicios por iniciativa particular<sup>782</sup> y habrían “ejercido influencia en todo el orden social i no solamente en el orden económico, administrativo, han ayudado al mejoramiento jeneral de los

---

<sup>778</sup> Letelier, Valentín. Op. cit. 209p.

<sup>779</sup> Letelier, Valentín, Op. cit., 212p.

<sup>780</sup> Letelier, Valentín, Op. cit., 214p.

<sup>781</sup> *Ibidem*, las cursivas son nuestras.

<sup>782</sup> Letelier, Valentín, Op. cit., 216p.

servicios públicos y de aquí la conclusión de que no solo se pueden construir ferrocarriles con propósitos industriales, sino también con otros fines”<sup>783</sup>. Tras enumerar las dificultades generales que experimentaron los particulares a lo largo del siglo XIX, Letelier plantea directamente la interrogante “¿A quién deben pertenecer los ferrocarriles?”. El autor distingue, sin ofrecer una respuesta absoluta. A pesar de que ya nadie defiende el monopolio estatal, existen vías que evidentemente sirven a intereses generales<sup>784</sup>. Se inclinará por hacer una distinción. La respuesta a la pregunta transcrita variará según el estado económico en que se encuentra un país. Así, por ejemplo, en los pueblos contemporáneos, “es necesario que los ferrocarriles estén en manos del Estado, porque por este medio el Gobierno puede hacerse simpático a los pueblos estendiendo su acción a todas partes, impulsando la industria en todas las regiones de la nación, etc”. La opinión pública está decidida por los ferrocarriles fiscales, porque “éstos cumplen mejor sus fines [...] En Chile donde hai mayor número de ferrocarriles particulares que fiscales, el Estado los va rescatando poco a poco como lo ha hecho con los ferrocarriles de Coquimbo i como piensa hacerlo con los de Copiapó”<sup>785</sup>.

---

<sup>783</sup> Letelier, Valentín, Op. cit., 219p.

<sup>784</sup> Letelier, Valentín, Op. cit., 220p.

<sup>785</sup> Letelier, Valentín, Op. cit., 221p.



Valentín Letelier anticipa los contra argumentos que suelen dirigir los “librecambistas y los individualistas” en contra del Estado como administrador. Estos consisten en que el Estado nombra a sus empleados por motivos políticos y que no genera mayor renta que una empresa particular. A la primera objeción, Letelier arguye que un cuerpo técnico de empleados no es imposible para un Estado que garantice la independencia de la Dirección de Ferrocarriles en la selección de personas competentes. Por otro lado, si la compañía que estuviera a cargo fuera extranjera, no se evitaría el problema de que el personal fuera seleccionado por motivos políticos. A la segunda objeción, contesta que la regulación de las tarifas de un Estado se hace sólo en función de la continuidad del servicio, mientras que las de los particulares siempre serán duplicadas en función de las ganancias. Por otro lado, en todos los lugares en que los ferrocarriles han estado en manos de los particulares, el Estado ha tenido que intervenir para mejorar este servicio y para darle la extensión y unión necesarias<sup>786</sup>.

### **3. La empresa pública en el orden constitucional.**

---

<sup>786</sup> Letelier, Valentín, Op. cit., 222-223pp.

El nacimiento de Chile a la vida independiente y republicana, a principios del siglo XIX, no fue un solo acontecimiento que transformara de forma abrupta y permanente a la sociedad chilena y su entramado institucional, sino que fue un proceso. La filosofía liberal que se introdujo en los siete textos constitucionales anteriores a la Constitución de 1833, fueron transformando tanto el fundamento como la organicidad y la funcionalidad de las instituciones monárquicas, estableciendo la separación de poderes y la consiguiente división e independencia de las funciones públicas.

Cada constitución contiene un mandato específico a los poderes del Estado, que debe ser interpretado a la luz de los valores y metas que la nación se pone así misma. La planificación de la actividad económica es un deber del Estado, conforme a los fines que establece su Código Político. Las Constituciones, por su parte, no se conservan inalterables: sufren transformaciones que atienden a las necesidades, objetivos y fines históricos que se plantean los pueblos. Estas transformaciones en el texto político de un país y la producción legislativa que en él se sostiene, deben ser analizadas e interpretadas para poder detectar cómo, de forma paulatina, el Chile independiente fue desarrollando las formas jurídicas que fundamentaban la actividad económica del Estado en el territorio.

### 3.1 Constitución de 1833.

Hacia el final del discurso de inauguración del período legislativo, el recientemente elegido Presidente José Joaquín Prieto apuntó: “En la exposición que acabo de haceros del estado presente de la República, he mencionado algunos de los grandes objetos que demandan tiempo há el cuidado, ó por mejor decir, la mano creadora de la legislatura. Pero el más arduo, el más importante de todos es el que va desde luego á ocuparos, la reforma de la Constitución”<sup>787</sup>. En este discurso se puede apreciar la importancia que tenía para la facción triunfadora de Lircay la reforma Constitucional, que sería la base de la construcción del Estado en Chile.

La Constitución de 1833 se limitaba a regular una administración pública fiscal, dependiente o central. El centralismo se consolidó como uno de los pilares del desarrollo institucional chileno. En este contexto de orden, la Constitución asignó un papel relevante al Presidente de la República, quien era la autoridad a cargo del orden público en el interior y la seguridad exterior

---

<sup>787</sup> Chile. El Pasado republicano de Chile, o sea, Colección de discursos pronunciados por los Presidentes de la República ante el Congreso Nacional al inaugurarse cada año el período legislativo: 1832-1900. Impr. de "El País", Concepción, 1899, v.I, 12p.

del país, y a quien su artículo 59 reconocía el carácter de “Jefe Supremo de la nación”. De acuerdo con el célebre historiador, Guillermo Feliú Cruz, en la figura del Presidente se consolidó a un “monarca constitucional” y, por lo tanto, un “ejecutivo todopoderoso”<sup>788</sup>. Este juicio se explica porque aún no se planteaba en la discusión política de la época una oposición entre los regímenes presidencial y parlamentario. La Constitución, en su primitiva versión, otorgó al Ejecutivo, con el estado de sitio y las facultades extraordinarias, los medios indispensables para imponerse frente a agitaciones y desórdenes de las personas<sup>789</sup>. Con su aplicación, el Ejecutivo quedaba revestido de enorme poder.

Resultan ilustrativas del exceso de facultades del Presidente de la República las críticas dirigidas por el periódico contemporáneo “El Hurón” a la Convención Preparatoria por Egaña en 1832. Se afirmaba en la editorial de 22 de mayo de 1832 que “el presidente contaba con poder para dar y quitar intendentes a las provincias y gobernadores a los departamentos; facultad para disolver las Cámaras siempre que se le antoje: con voto en las resoluciones del

---

<sup>788</sup> Feliú Cruz, Guillermo. Durante la República. Perfiles de la evolución política, social y constitucional, en: La Constitución de 1925 y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Editorial Jurídica de Chile, 1951, 112p.

<sup>789</sup> Desde la promulgación de la carta en mayo de 1833, hasta septiembre de 1861, se decretó el estado de sitio en tres oportunidades: 1840, 1846 y 1851; operando las facultades extraordinarias en 1833, 1836, 1837, 1838, 1851 a 1853 y 1859 a 1861.

Congreso; libre de ser acusado por los actos de su administración; que puede ser reelegido indefinidamente; suspender de su ejercicio por seis meses a los empleados civiles y privarles hasta de dos tercios de sus sueldos por vía de corrección, y destituirlos por ineptitud calificada ... etc. Y concluía: De este modo claramente se infiere que no tendríamos jamás otras leyes que las que quiera darnos el Gobierno, y si el Presidente de la República no se convierte en un monarca absoluto, será solamente porque no quiere”<sup>790</sup>.

La Constitución de 1833 fue el texto político que hizo posible materializar el ideario autoritarista de un sector político conservador-centralista, que oponía la figura del orden ante la del caos, como el elemento constitutivo que posibilitaría la formación del Estado Nación en el país. Ello obedece a que el surgimiento del modelo de Estado unitario tuvo una fuerte vinculación histórica con la consolidación de los Estados nacionales y el Estado constitucional de derecho, lo que se tradujo, en lo administrativo, en la centralización de las estructuras burocráticas dentro del poder estatal<sup>791</sup>. El primer período presidencial, bajo la Presidencia de José Joaquín Prieto y al

---

<sup>790</sup> Cfr. con carta de don Ladislao Ochoa criticando un posible absolutismo presidencial en Chile en El Correo Mercantil de 18 de mayo de 1832.

<sup>791</sup> Ferrada B., Juan Carlos. El Estado administrador de Chile: de unitario centralizado a descentralizado y desconcentrado. Revista de Derecho, Vol. X: 1999, 115p.

amparo de este texto legal puso énfasis en la reorganización administrativa y de manera especial en su aspecto financiero.

### **3.1.1 Características generales de la Constitución Política de 1833.**

#### **3.1.1.1 Visión administrativa.**

El ideario de orden que inspiró a los constituyentes de 1833 modeló un mundo administrativo estructurado en torno al poder central radicado en el Presidente de la República. El sistema centralizado de organización administrativa es prototípicamente de origen francés. “Surgió con la destrucción del feudalismo y el establecimiento de la monarquía absoluta, que concentró en manos del Estado –el príncipe– las más importantes y numerosas funciones públicas. Los principios individualistas y de exaltación de la ley, expresión de la voluntad general, de la Revolución Francesa, favorecieron el desenvolvimiento del sistema. Posteriormente, Napoleón modeló en Francia, según este sistema, la forma de las instituciones locales del país, pues estimaba que los principios sociales de la Revolución no podían afianzarse sin un sistema de administración y gobierno en que el impulso para la acción

partiese del centro y cuya marcha fuese vigilada por los que simpatizaban con el nuevo orden de cosas.”<sup>792</sup>

La Constitución de 1833 concibió un mundo organizacional administrativo integrado por tres tipos de grandes estructuras administrativas: el Estado, las municipalidades y los establecimientos públicos. El Estado, persona jurídica mayor, personificaba a la nación. Su representante era el Presidente de la República, según lo prescrito por sus artículos 59 y 81. Las municipalidades eran personas jurídicas menores de carácter territorial, subordinadas a los gobernadores y subdelegados, conforme a los artículos 122 y 123. Los establecimientos públicos, a que se referían los artículos 82, N° 1, y 128, N° 4, eran corporaciones o fundaciones subvencionadas por el Estado fisco o por las municipalidades<sup>793</sup>.

### **3.1.1.2 Administración interior.**

Como se ha señalado, el aparato administrativo asume una forma piramidal, teniendo en la cúspide al Presidente de la República. Directamente

---

<sup>792</sup> Varas Contreras, Guillermo. Op. cit., 73p.

<sup>793</sup> Pantoja B., Rolando. La organización administrativa del Estado, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, 18p.

subordinados a él se encuentran los Intendentes, a los Intendentes se subordinan los Gobernadores, a estos se subordinan los Subdelegados y a los Subdelegados se subordinan los Inspectores. El Presidente mantiene el control territorial con una extensa red de funcionarios, reforzando, de esta forma, su preeminencia en el sistema político chileno.

La promulgación de una ley de régimen interior que otorgó considerable poder a intendentes y gobernadores 10 de enero de 1844, lejos de tener un efecto descentralizador, tuvo el efecto inverso. La dictación de la Ley General de Régimen Interior, ratificando la idea imperante de centralización en la administración, fortaleció al Gobierno Central y aumentó sus atribuciones jerárquicas. La centralización del Estado tuvo su origen en el establecimiento y consolidación de la República, y tuvo correspondencia con la idea de autoridad que se pretendía. Santiago Prado en 1859 señalaba lo siguiente: “La centralización administrativa es la concentración en el poder ejecutivo de cuantas fuerzas son necesarias para dirigir los intereses comunes de una manera uniforme. La centralización es la unidad en la nación i en el poder, o la unidad en el territorio, en la legislación i en el gobierno. Centralizar es someter todas las personas i todos los intereses a la ley de la igualdad, i distribuir equitativamente los beneficios i las cargas anexas a la cualidad de



ciudadano. Es al mismo tiempo establecer una regla de orden, imprimiendo a las fuerzas sociales una dirección única i robusteciendo el poder que vela por la paz interior i por la independencia nacional”<sup>794</sup>

La centralización, por ende, fue considerada como una característica de la organización administrativa de la época, que en relación a la descentralización era considerada como algo con pocos beneficios y muy inconveniente<sup>795</sup>.

### **3.1.1.3 Las Municipalidades.**

Las Municipalidades parecían no estar sometidas a este estrecho y directo control y eran elegidas por votación<sup>796</sup>. No obstante lo anterior, conforme al artículo 127, el Gobernador es jefe superior de todas las Municipalidades que se encuentren en su territorio y además, preside la que se encuentre en la capital del departamento, presidiendo el subdelegado la de su

---

<sup>794</sup> Prado, Santiago. Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno. Publicado anónimo. Imprenta Nacional, 1859, 14p.

<sup>795</sup> Moreno, Roberto. Descentralización y zonas extremas. Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2013.

<sup>796</sup> Art. 124 “La elección de rejidores se hará por los ciudadanos en votación directa, i en la forma que prevenga la ley de elecciones. La duración de estos destinos es por tres años.”

subdelegación<sup>797</sup>. Con lo anterior, vemos como los funcionarios nombrados por el Presidente están a la cabeza de las Municipalidades, el único órgano, además del Congreso y del mismo Presidente, elegido por votación en la Constitución de 1833.

A través de la ley del 10 de enero de 1844 sobre Régimen Interior, que ya hemos mencionado, se otorgó a los Intendentes facultades que, “incluso en ciertos y determinados casos, pueden suspender a las Municipalidades en el ejercicio de sus funciones. En el hecho, esto significa anular su existencia constitucional ya que, además, pueden organizarlas a su entero arbitrio<sup>798</sup>.”

Finalmente, en 1854 se dictó la primera Ley Orgánica de Municipalidades y ella tuvo por objeto afianzar un sistema de centralización administrativa. Los municipios pasaron a depender directamente del gobernador o de subdelegados, representantes del poder central que formaban parte integrante de las municipalidades. Estos agentes del ejecutivo podían declarar la nulidad de los acuerdos municipales, intervenir en la elaboración

---

<sup>797</sup> Art. 127 “El Gobernador es jefe superior de las Municipalidades del departamento, i presidente de la que existe en la capital. El subdelegado es presidente de la Municipalidad de su respectiva subdelegación.”

<sup>798</sup> Valdebenito I., Alfonso. Evolución jurídica del régimen municipal en Chile (1541-1971). Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1973, 33p.

de los presupuestos, promulgar y hacer ejecutar las ordenanzas y reglamentos, suspender su ejecución, administrar los bienes y rentas municipales<sup>799</sup>.

Las Municipalidades tenían las facultades de cuidar de la infraestructura municipal y de los servicios públicos que se presten en su territorio. Los servicios públicos que se desarrollaban en aquel tiempo se consideran mayormente servicios caritativos, no así servicios estatales, cuidando además los establecimientos educativos que se paguen con fondos municipales. También se les encarga invertir los caudales propios y repartir las contribuciones, reclutas y remplazos, cuando la ley no le ha entregado tal función a otra autoridad. En suma, estas son el grueso de facultades en que la Municipalidad tiene poder decisorio.

Finalmente, se le entrega a las Municipalidades otra facultad, consistente en el fomento de actividades económicas y de proposición. Así, puede la Municipalidad proponer actividades económicas que fomenten su territorio al Congreso y medidas administrativas y ordenanzas para el mismo fin al Presidente. Es preciso recalcar que la actividad de fomento que

---

<sup>799</sup> Chile. Ministerio del Interior. Manual de Gestión Municipal, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo. Disponible en: [www.subdere.gov.cl/sites/default/files/.../articles-66811\\_recurso\\_1.doc](http://www.subdere.gov.cl/sites/default/files/.../articles-66811_recurso_1.doc), 7p.

desempeñaban siempre era a proposición, por lo tanto, no bastaba la sola iniciativa de las Municipalidades para llevarlas a cabo.

De acuerdo con el artículo 128 de la Constitución Política de la República de 1833:

*Art. 128. Corresponde a las Municipalidades en su territorio:*

*1° Cuidar de la policía de salubridad, comodidad, ornato i recreo.*

*2° Promover la educación, la agricultura, la industria y el comercio.*

*3° Cuidar de las escuelas primarias i demás establecimientos de educación que se paguen de fondos municipales.*

*4° Cuidar de los hospitales, hospicios, casas de espósitos, cárceles, casas de corrección i demás establecimientos de beneficencia, bajo las reglas que se prescriban.*

*5° Cuidar de la construcción i reparación de los caminos, calzadas, puentes i de todas las obras públicas de necesidad, utilidad i ornato que se costeen con fondos municipales.*

6° *Administrar e invertir los caudales de propios y arbitrios<sup>800</sup>, conforme a las reglas que dictare la lei.*

7° *Hacer el repartimiento de las contribuciones, reclutas i reemplazos que hubiesen cabido al territorio de la Municipalidad, en los casos en que la lei no lo haya cometido a otra autoridad o personas.*

8° *Dirijir al Congreso en cada año, por el conducto del Intendente i del Presidente de la República, las peticiones que tuvieren por conveniente, ya sea sobre objetos relativos al bien general del Estado, o al particular del departamento, especialmente para establecer propios, i ocurrir en gastos extraordinarios que exijiesen las obras nuevas de utilidad común del departamento, o la reparación de las antiguas.*

9° *Proponer al Gobierno Supremo, o al superior de la provincia, o al del departamento, las medidas administrativas conducentes al bien jeneral del mismo departamento.*

10° *Formar las ordenanzas municipales sobre estos objetos i presentarlas por el conducto del Intendente al Presidente de la República para su aprobación, con audiencia del Consejo de Estado.*

---

<sup>800</sup> *Propios* son las heredades, casas u otros bienes que tiene una municipalidad para los gastos públicos; y *arbitrios* son los derechos sobre ciertos jéneros o ramos destinados para fondos de aquella misma, como el de carnes muertas, de peaje, de alumbrado y serenos, de sisa, etc. En Carrasco A., Manuel. Comentarios sobre la Constitución Política de 1833. Imprenta del Mercurio, Santiago, 1874, 208p.

El constitucionalista liberal Manuel Carrasco Albano, en sus “Comentarios a la Constitución Política de 1833, daba una importancia capital a la labor de las Municipalidades en el orden administrativo. Sostenía que “todos los establecimientos, trabajos, obras públicas que tengan por objeto la ilustración, la mejora material, el bienestar, el comercio, la industria, la moralidad: todas las necesidades materiales, morales e intelectuales que se hagan sentir en un municipio: todos los objetos que promuevan el desarrollo de la civilización: todos los intereses de cualquiera especie que conciernan a esa reunión de vecinos que compone la comunidad: todo, salvo lo que toque a los intereses jenerales de la nación, debe ser objeto de atención, aún más, de la exclusiva competencia de la Municipalidad [...] Aplicando esos mismos principios al Poder Municipal, se sigue que éste debe tener la facultad de procurarse los fondos necesarios para satisfacer las necesidades comunales, y de crear *propios y arbitrios*<sup>801</sup>.

De la lectura del artículo 128 de la Constitución Política de 1833 y de la interpretación que ofrece Carrasco Albano, podemos sostener que en esta etapa primaria de organización, y conforme a los sostenido por Valdebenito Infante, se le encomendó a los Municipios llevar a cabo la labor administrativa

---

<sup>801</sup> Cf. Carrasco A., Manuel. Op. cit., 208-209pp.

propriadamente tal, en contraste con la facultad de gobierno, reservada al poder central. Esto estaría en consonancia con la división implícita del Capítulo IX de la Constitución Política de 1833, “Del gobierno y administración interior”<sup>802</sup>. En cuanto al contenido de las funciones que se habían encomendado a los Municipios, podríamos afirmar, con cautela, que las actividades de fomento, servicio público y, quizás, de una primitiva actividad económica del Estado había sido encomendada a estos.

#### **3.1.1.4 La propiedad en la Constitución de 1833.**

En la Constitución de 1833, la propiedad aparece como un derecho subjetivo, liberado de toda atadura y estrechamente vinculado a la libertad personal. En el Capítulo V, titulado “Derecho público de Chile”, en su artículo 12, el texto garantiza que las propiedades de todos los habitantes no serán violentadas, pero nada dice de la forma, modalidades o características de este derecho, el que se da por supuesto, en una suerte de remisión a la legislación

---

<sup>802</sup> Valdebenito I., Alfonso. Op. cit., 15-17pp. En el mismo sentido: “Las Municipalidades no constituyen un Poder Público; son corporaciones netamente administrativas que atienden intereses radicados en limitadas estensiones del territorio [...] La atención correcta de los servicios locales es su único papel”. Amunátegui R., Domingo, Op. cit., 210 y 197pp.

civil vigente en la época, heredera de la tradición castellano-indiana<sup>803</sup>. Las constituciones liberales del siglo XIX estaban fuertemente influenciadas por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 16 de agosto de 1789 (artículos 2 y 17) y dicha influencia también permeó la Constitución Política de 1833.

La justificación de este artículo, de acuerdo con Manuel Carrasco Albano, es que “[c]on esa especificación se ha querido impedir la confiscación las propiedades eclesiásticas o pertenecientes a religiosos que desde el siglo XVI han sido víctimas de la reacción contra las riquezas y el fausto de las órdenes religiosas. La Inglaterra, la Francia, la Alemania, la España, el Piamonte y algunas de las Repúblicas americanas sucesivamente han adoptado la misma medida en diversas épocas, sea como una venganza, sea como una cólera, bien como un recurso a los apuros del erario nacional exhausto, bien como una medida económica para volver a la circulación y aumentar la riqueza nacional con los inmensos bienes acumulados en sus manos”<sup>804</sup>

---

<sup>803</sup> Cordero, Eduardo. La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno. Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XIX N°1: 2006, 125-148pp.

<sup>804</sup> Carrasco A., Manuel. Op. cit., 67p.



Agrega: “La excepción legal al principio de la inviolabilidad de la propiedad que consigna este artículo es la utilidad del Estado, calificada por una lei. Es indudable el derecho que tiene la nación, como suprema dueña del territorio, de poner las condiciones y modificaciones que quiera al derecho que ella misma ha establecido, porque la utilidad de todos debe sobreponerse a la individual, principio fundamental del pacto social. La calificación de esa utilidad, que puede ser verdaderamente nacional o meramente municipal, debe ser objeto de una lei y queda al arbitrio del Congreso como representante de la nación<sup>805</sup> .

Esto significa que la utilidad debe ser calificada en cada caso ocurrente, no en términos generales para las cosas que puedan ocurrir. La garantía de la propiedad es mucho más eficaz, porque el legislador tendría que entrar a calificar siempre y en cada caso, si es indispensable exigir al propietario el sacrificio de su derecho de propiedad. Sin embargo, esta no fue la opinión que había prevalecido en la práctica bajo el imperio de la Constitución de 1833. Con motivo de la discusión de la ley de 21 de Noviembre de 1846 que ordenaba establecer poblaciones en todos los puertos menores habilitados, hubo opiniones en el sentido de que la expropiación debía ser declarada en

---

<sup>805</sup> Carrasco A., Manuel. Op. cit., 68p.

cada caso particular, se aprobó el artículo del proyecto en que “se declaran de utilidad pública los terrenos *que se necesiten para establecer las poblaciones*” en términos generales y sin determinación alguna de terrenos que aun se ignoraba cuáles pudieran ser. En la misma forma genérica e indeterminada se autorizaron expropiaciones para la transformación de ciudades, como Santiago, Valparaíso, Curicó; y leyes tan importantes, como la de caminos N° 3611, de 5 de mayo de 1920, declaran de utilidad pública los terrenos que se necesitan para la rectificación y ensanche o la construcción de nuevas vías públicas, predominando así la idea de que las declaraciones de utilidad pública genéricas o colectivas eran constitucionales<sup>806</sup>.

### **3.1.1.5 Los establecimientos públicos.**

La Constitución Política había concebido una administración por cargos públicos. Sólo desde mediados del siglo XIX, tanto el legislador y el Presidente de la República se inclinarían decididamente hacia una administración por servicios públicos.

---

<sup>806</sup> Cf. Claro Solar, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Imprenta Nascimento, Santiago, Chile, 1940. v. III, De los Bienes. 453-454pp.

La Constitución Política de 1833 se refiere a estos establecimientos a propósito de la facultad inspectiva que reconoció sobre ellos al Presidente de la República, a nivel nacional, y al ponerlos bajo el cuidado de las municipalidades, en las diversas localidades del país.

Artículo 82. Son atribuciones especiales del Presidente: N° 21. Todos los objetos de policía y todos los establecimientos públicos, están bajo la suprema inspección del Presidente de la República, conforme a las particulares ordenanzas que los rijan.

Artículo 128. Corresponde a las municipalidades en su territorio: N° 4. Cuidar de los hospitales, hospicios, casas de espósitos, cárceles, casa de corrección i demás establecimientos de beneficencia, bajo las reglas que se prescriban.

Manuel Carrasco Albano sostenía que, a pesar de que el tratamiento de los establecimientos públicos era a propósito de las facultades inspectivas del Presidente de la República, eran de incumbencia preeminentemente municipal. En sus palabras: “según este artículo el Presidente debe ser el gran atalaya que vele sobre todos los ramos de la administración, que inspeccione todos los establecimientos, todas las corporaciones, todo lo que sea de interés nacional,

y aun si le es posible, lo que es de importancia puramente municipal. Pero no hai que alucinarse, no hay que equivocarse sobre la verdadera naturaleza del Poder Ejecutivo; no hay que olvidar su objeto, su único fin: ejecutar las leyes y dirigir la administración [...] Los objetos de policía y los establecimientos públicos, son la mayor parte de incumbencia municipal, y deberían más bien estar bajo la tuición y gobierno inmediato de la Municipalidad respectiva”<sup>807</sup>.

El señor Santiago Prado, en sus Principios Elementales de Derecho Administrativo chileno, detalla cuáles eran en realidad las funciones que estos establecimientos públicos desempeñaban. Estos estaban destinados a auxiliar a las personas necesitadas de la ayuda pública y consistían en hospitales y hospicios, casas de maternidad y casas de huérfanos, todos ellos sostenidos por el Estado. Generalmente eran atendidos por órdenes religiosas. “La beneficencia pública –dice– tiene por objeto aliviar los padecimientos de las clases indijentes a nombre i con recursos del Estado. Llámense establecimientos de beneficencia aquellos que en todo o en parte se sostienen a espensas de la nación. Distínguense entre sí por razón del servicio que

---

<sup>807</sup> Carrasco Albano, Manuel. Op. cit., 155p.

prestan i por la procedencia de sus fondos.” “Bajo el primer aspecto son: o casas de maternidad i huérfanos u hospitales i hospicios”<sup>808</sup>.

En este período y con anterioridad a la reforma que dio a luz a la Constitución de 1833, se dictó un decreto supremo con fecha 7 de abril de 1832, que creó en Santiago una Junta de Beneficencia y Salud Pública Central, destinada a ejercer vigilancia sobre todos los establecimientos de beneficencia y salud pública del país, determinar los movimientos de población e indagar sus causas y remedios, proponer las mejoras a la policía de salubridad y promover las actividades industriales que fuesen más a propósito para ocupar a la clase “indigente”, “proponiendo al gobierno arbitrios para su fomento”<sup>809</sup>.

Los establecimientos ejercían primitivamente la actividad de servicio público y gozaban de cierta autonomía administrativa. Después de la entrada en vigencia del Código Civil Chileno en 1857, se reconocieron como personas jurídicas de Derecho Público, otorgada expresamente por el legislador; gozaban de un patrimonio propio formado por recursos fiscales que se afectan

---

<sup>808</sup> Prado, Santiago. Op. cit., 14 y 15pp.

<sup>809</sup> Urzúa V, Germán; García B., Ana María. Diagnóstico de la burocracia chilena (1818-1969). Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1971, 25p.

para la ejecución de un fin especial, y gozaban también de autonomía o más bien autarquía en su administración<sup>810</sup>.

### **3.1.1.6 Código Civil sistematiza la organización administrativa contenida en la Constitución de 1833.**

Al dictarse el Código Civil en 1855 –empezó a regir en 1857–, sus normas reconocieron y sancionaron la organización administrativa desarrollada por la Constitución Política de 1833, precisando que los organismos que la conformaban eran personas jurídicas de derecho público. Su artículo 547, inciso 2º, consideró y hasta hoy caracteriza a las personas jurídicas de derecho público como corporaciones y fundaciones, comprendiendo, entre ellas, a título ejemplar a “la nación, el fisco, las municipalidades, las iglesias, las comunidades religiosas, y los establecimientos que se costean con fondos del erario”. “Estas corporaciones y fundaciones –agrega– se rigen por leyes y reglamentos especiales.” Artículo 547, inciso 2º. Tampoco se extienden las disposiciones de este título –XXXIII del libro primero– a las corporaciones o fundaciones de derecho público, como la nación, el fisco, las municipalidades, las iglesias, las comunidades

---

<sup>810</sup> Silva Cimma, Enrique. Op. cit., 234p.

religiosas y los establecimientos que se costean con fondos del erario: estas corporaciones y fundaciones se rigen por leyes y reglamentos especiales<sup>811</sup>.

Así, la Constitución de 1833 y el Código Civil de 1855 modelaron un cuadro jurídico organizacional de la nación chilena articulado en tres grandes tipos de personas jurídicas de derecho público: el Estado, las municipalidades y los establecimientos públicos. El Estado es la persona jurídica de derecho público por excelencia, porque representa la organización política, jurídica y económica de la sociedad y de la sociedad nacional y constituye la fuente de todo el derecho y se fija a sí misma las condiciones para el desarrollo de su actividad y aquellas para el desarrollo de toda actividad pública o privada. Cuando el Estado interviene como titular de potestades públicas, mantiene su denominación, y cuando interviene como titular de derechos subjetivos privados, se le denomina Fisco. Sin embargo, del artículo 547 del Código Civil no debe desprenderse que todo establecimiento que se costea con fondos del erario es una persona jurídica de derecho público. Las hay que carecen de personalidad jurídica; por otra parte, hay instituciones privadas que reciben auxilio fiscales o municipales y no por ello tienen personalidad jurídica de derecho público. En realidad, son personas jurídicas de derecho público los

---

<sup>811</sup> Pantoja Bauzá, Rolando. Op. cit. (1998), 26p.

“establecimientos públicos”. Estos son ramas de los servicios generales del Estado o municipios, que se han desprendido del conjunto para erigirse en órganos dotados de vida propia.

### **3.1.2 La actividad económica del Estado bajo la Constitución de 1833: República Conservadora.**

#### **3.1.2.1 Ley Orgánica de Ministerios de 1837.**

Con fecha 1° de febrero de 1837 se dictó la primera Ley Orgánica de Ministerios. Esta ley estructuró orgánica y funcionalmente cada uno de ellos. En concreto, define y organiza cuatro ministerios: Interior, Justicia, Hacienda y Guerra, con atribuciones, tareas y planta funcionaria. De éstos, el que tuvo un sector más amplio de acción, fue el Ministerio del Interior, ya que debía actuar tanto en el régimen interno cuanto externo, en materia policial como en aquellas materias que no fuesen entregadas específicamente al conocimiento de otras secretarías de Estado. Es decir, abarcaba los ramos del gobierno interior, relaciones exteriores y policía, pero también se extendía a asuntos que después corresponderán sucesivamente a Ministerios como Salud, Obras Públicas, Economía, etc. En efecto, a las materias dichas, cabría agregar entre



sus facultades todo lo correspondiente a caminos, canales, puentes, etc. Obras públicas en general, creación de ciudades, villas y cualquiera clase de poblaciones; desarrollo y mantención de la estadística y de la economía pública<sup>812</sup>.

Este nuevo orden ministerial implicaba un cambio profundo en cuanto a las tareas que le correspondían al Gobierno Central. La Constitución Política de 1833 había delegado a la ley la tarea de determinar el número de Ministros y sus respectivos departamentos. Ahora se habían especificado la vasta cantidad de tareas que correspondían al Ministerio del Interior. Por su parte, el Ministerio de Hacienda, además de las materias inherentes a su cometido esencial y que se cumplen en su actual estructura, debía preocuparse por la habilitación de puertos, radas y caletas, por todo lo relativo a la minería, por la promoción de la agricultura e industria nacionales<sup>813</sup>.

Este golpe de timón que se produjo en el Gobierno Central, suponía la asunción de una importante cantidad de tareas que comprometían el progreso social y el desarrollo económico de Chile. Y esto suponía que el noble Estado chileno asumía un rol de fomento inédito en nuestra historia republicana.

---

<sup>812</sup> Urzúa V, Germán y García B., Ana María. Op. cit., 25p.

<sup>813</sup> Urzúa V, Germán y García B., Ana María., Op. cit., 25 y 26pp.

### **3.1.2.2 Cambio de paradigma a mediados del siglo XIX.**

A mediados del siglo XIX, se produce un cambio de paradigma en el orden administrativo, determinado por la creación legislativa de una serie de reparticiones al interior de los ministerios, concebidas como unidades organizacionales de la persona jurídica Estado, que vinieron a sumarse a los departamentos consultados por la Carta de 1833. Estas reparticiones o unidades organizacionales fueron denominadas con los nombres de direcciones y direcciones generales. Se trató de los servicios que hoy día se conocen como fiscales, dependientes o centralizados, componentes de la Administración central o centralizada, y que surgieron al mundo administrativo precisamente a mediados del siglo pasado.

Dentro de un Estado pequeño como lo era el Estado chileno de 1833, se desconocía la institución de los servicios públicos, esto es, la noción de organizaciones dotadas de recursos humanos, materiales y financieros para alcanzar una determinada finalidad administrativa. La Constitución de aquel año no los contemplaba y ni siquiera los mencionaba. Su articulado se refería a la administración pública solo en dos artículos, a propósito del presupuesto

fiscal, entendiendo que estaba constituida por cargos públicos creados por la ley y cuyas atribuciones también debían ser establecidas por el legislador<sup>814</sup>.

*Artículo 36. Son atribuciones exclusivas del Congreso: 1ª. Aprobar o reprobado anualmente la cuenta de la inversión de los fondos destinados para los gastos de la administración pública que debe presentar el Gobierno;*

*Artículo 37. Sólo en virtud de una ley se puede: 2º. Fijar anualmente los gastos de la administración pública; 10. Crear o suprimir empleos públicos; determinar o modificar sus atribuciones; aumentar o disminuir sus dotaciones; dar pensiones y decretar honores a los grandes servicios.*

La forma regular satisfacer las necesidades públicas por parte del Estado era a través de los llamados “cargos públicos”, por medio de unidades orgánicas singulares, titularizadas con específicas atribuciones para cumplir una determinada actividad pública. No existía en el constituyente, tampoco en el legislador, según se ha manifestado, la percepción de qué era un servicio u organización administrativa, desconociéndose la posibilidad de estructurar

---

<sup>814</sup> Pantoja Bauzá, Rolando. Op. cit. (1998), 27p.

jurídicamente un conjunto de recursos humanos, materiales y financieros para gestionar un área determinada del espectro administrativo del Estado<sup>815</sup>.

A medida que el Estado fue creciendo, la administración tuvo que crecer y complejizar sus formas de atender estas necesidades públicas, recurriendo formas técnicas y especializadas para la asunción de sus responsabilidades sociales. De aquí que pasara a crear, no ya solo las unidades orgánicas singulares constituidas por los cargos o empleos públicos, sino que organismos, reparticiones o dependencias modelados como una organización, a cargo de un jefe superior y compuestos por un determinado número de funcionarios, por bienes adecuados para su funcionamiento y dotados de un presupuesto con que financiar sus gastos.

Estos organismos administrativos tomaron el nombre de direcciones o direcciones generales y estuvieron a cargo de un director o director general. Don Valentín Letelier, en su interesante dictamen de 4 de agosto de 1896, ofrece un significativo testimonio de esta realidad que impactó a la Administración Pública chilena de mediados del siglo pasado: “En los primeros tiempos de la independencia el país estaba pobre y los servicios del

---

<sup>815</sup> Pantoja Bauzá, Rolando. Op. cit. (1998), 27 y 28pp.

Estado eran muy incipientes. En tales condiciones, el gobierno los administraba por sí mismo hasta en sus menores detalles sin inconvenientes. Entonces se cumplía literalmente la disposición constitucional que confía al Presidente de la República la administración y el gobierno del Estado.”

Y continúa: “Pero este régimen de carácter tan primitivo no podía mantenerse por mucho tiempo. La creciente complicación de los servicios públicos impuesta por las nuevas necesidades de la cultura nacional, ha puesto al gobierno en estado de impotencia para administrarlos debidamente. Por esta causa, de años atrás se han venido sustrayendo de manos del gobierno ramos especiales de la administración, instituyendo direcciones para atenderlos. Los correos, las obras públicas, los caminos, los telégrafos, la instrucción, las prisiones, las tierras fiscales, la higiene, etc., son ramos que el gobierno dirigió antes por sí mismo y que desde hace cincuenta años se han venido confiando sucesivamente a instituciones independientes. De esta manera, esto es, de una manera espontánea, se ha operado insensiblemente en la organización del Estado chileno una evolución de carácter radical, se han separado más y más las funciones administrativas de las políticas, y dejando el gobierno en manos

del Presidente de la República se ha confiado la administración a órganos especiales”.<sup>816</sup>

De acuerdo con lo expresado por Valentín Letelier, podemos decir que operó un cambio profundo en el orden administrativo. De una administración construida sobre la base de empleos públicos y la descentralización territorial, asistimos a un nuevo orden de servicios fiscales dentro del Estado-administración: el abandono del concepto de administración por cargos públicos para asumir una administración institucionalizada en organizaciones de servicio público, que por ello mismo tomaron el nombre de servicios públicos<sup>817</sup>. Serán abordados a continuación algunas de las creaciones legislativas más características del periodo en comento.

### **3.1.2.3 El Cuerpo de Ingenieros (Ley de 17 de diciembre de 1842).**

Un ejemplo prematuro de este cambio de visión, es la creación del Cuerpo de Ingenieros en 1842. La legislación de caminos y obras públicas quedó entregado su iniciativa a una junta provincial (intendente, alcalde y

---

<sup>816</sup> Letelier, Valentín, Op. cit., 233p.

<sup>817</sup> Cf. Pantoja Bauzá, Rolando. Op. cit. (1998), 30p.

agrimensor) y un cuerpo de siete personas (ingenieros para que velaran por el estado y mantención de esos servicios y obras (camino, calzadas, puentes, canales, etc.)).

Fue el Ministro Ramón Luis Irarrázabal, durante la administración del Presidente Prieto, quien concibe la necesidad de dar a la viabilidad una organización sistemática, creándose incluso una organización administrativa encargada de este aspecto social, a cargo de un jefe y del personal necesario para el estudio del trazado de los caminos y de la vigilancia y conservación y reparación de los existentes. Así, la ley del 17 de diciembre de 1842 creó el Cuerpo de Ingenieros encargado de tal misión<sup>818</sup>. Los integrantes del cuerpo debían estudiar disciplinas prácticas como construcción y materiales, cálculo diferencial e integral, geometría descriptiva, análisis y construcción de cartas geográficas así como aplicaciones al corte de maderas y piedras. Con este perfeccionamiento, se reforzó y amplió los conocimientos y la eficiencia de los profesionales a su cargo.

---

<sup>818</sup> Urzúa V, Germán y García B., Ana María. Op. cit., 28p.

### **3.1.2.4 Oficina de Estadística (Ley de 17 de septiembre 1847).**

Dentro de una óptica análoga a la anterior, la ley de 17 de septiembre de 1847 creó la Oficina de Estadística, cuyos fines se detallaban en su artículo 1°: “Se establece en la capital de la República una oficina de Estadística con el objeto de adquirir, ordenar y publicar noticias circunstanciadas y puntuales- Sobre la latitud, estension, superficie, fronteras, aspecto físico, fertilidad y cultura del terreno, clima, salubridad, presión atmosférica, lluvia, vientos y temblores, división administrativa judicial, eclesiástica y militar y cuanto mas corresponde al territorio- Sobre las razas, leyes, usos y costumbres, edad...”<sup>819</sup>, etc.

Son muchas más las materias de las que se ocupaba, desde las importaciones y exportaciones, pasando por el estado de las “ciencias y las artes”, hasta “los acontecimientos notables de cualquier especie ocurridos en Chile desde 1840.

---

<sup>819</sup> Chile. Boletín de las Leyes y de las Órdenes y Decretos del Gobierno, Imprenta y Librería del Mercurio, Valparaíso, 1849, 180p.



En su artículo 2° se establece también un “archivo general, anexo por ahora a la oficina de Estadística y bajo el mismo cargo y dirección de ésta”<sup>820</sup>. Esta oficina estaba bajo la inmediata inspección y dependencia del Ministerio del Interior, de conformidad con su artículo 7°. En el artículo 14 se detallan los empleados de la oficina de Estadísticas quienes eran los siguientes:

“Un jefe.

Un oficial primero.

Tres segundos.

Un archivero primero

Un id. segundo.

Un portero.”

### **3.1.2.5 Dirección General de Correos (Ley de 20 de octubre de 1852).**

La ley del 16 de agosto de 1854 también se orientó en esta dirección al crear el cargo de Director General de Correos y caracterizar al funcionario que habría de servir este empleo como “el jefe superior de la renta”, que “tiene la

---

<sup>820</sup> *Ibíd.*

administración jeneral del ramo en lo que concierne a la mejora del servicio, al fiel desempeño de los empleados, i a la recaudación e inversión de los fondos”<sup>821</sup>.

En el Anuario Estadístico de la Dirección General de Estadística también se reconocía este cambio de paradigma: “En el exámen que hemos hecho de las memorias ministeriales de 1834 adelante, vemos reconocida la necesidad de una reforma que ensanchara i metodizase el ramo de correos. En los *Boletines de leyes i decretos*, se hallan diversas disposiciones estableciendo nuevas administraciones, creando otras carreras e imprimiendo mayor actividad a las que existían. El aumento de población, el establecimiento de varias ciudades, la industria i el comercio desarrollados i las necesidades nacidas de una mejor administración del país, hacían indispensable un plan sistemado, general y en armonía con los principios económicos. La leyes ya citadas de 20 de octubre de 1852, de 16 de agosto de 1851 y de 5 de octubre de 1855 llenaron esa necesidad”<sup>822</sup>.

---

<sup>821</sup> Gandarillas, José A.; Fábres, José Clemente y Herrera, Felipe. Boletín de las leyes i decretos del Gobierno, Libro XXIII, Imprenta Nacional, Santiago, 1855, 483p.

<sup>822</sup> Dirección General de Estadística de Chile. Estadística anual de la república de chile, comercio exterior, v. 1862, Imprenta Nacional Calle de la Moneda N° 46, 1863. 424p.

Algunos años después, el 22 de febrero de 1858, se dicta la Ordenanza General de Correos que, en resumen, estableció que este servicio dependiese del Ministerio del Interior. Entonces se incorpora al señalado servicio la Línea Telegráfica establecida por el Estado.

Esta última ley tuvo gran importancia desde el punto de vista de la organización administrativa, puesto que entregó de modo definitivo al monopolio estatal la conducción postal, disponiéndose la fusión de correos con el naciente servicio de telégrafos. Esta fusión no fue permanente, ya que tal ordenanza fue modificada en 1872 quitándose a la Dirección General de Correos sus facultades sobre Telégrafos y creándose independientemente la Inspección General de Telégrafos. Pero de nuevo se produjo la fusión, años después, en virtud de la ley 3.619, del 14 de marzo de 1920, bajo la dependencia de una Dirección General.

### **3.1.2.6 Caja de Crédito Hipotecario (Ley de 29 de agosto de 1855).**

Durante el Gobierno de Manuel Montt y a partir de la iniciativa del diputado Antonio Varas, se creó, por Ley del 29 de agosto de 1855, la Caja de

Crédito Hipotecario, organismo estatal sin fines de lucro destinado a facilitar los préstamos sobre hipotecas con un reembolso a largo plazo. La finalidad de estos préstamos era fomentar la agricultura. La misma ley autorizó la creación de sociedades anónimas para este fin, gracias a lo cual surgieron los bancos hipotecarios.

La Caja otorgaba créditos según la propiedad que era hipotecada. Además emitía bonos para respaldar las distintas operaciones que efectuaba. La entidad fue capaz de enfrentar diversas crisis económicas que golpearon a nuestro país. Sobrevivió a la crisis de 1860, a la guerra con España, la Guerra del Pacífico, la crisis de mediados de los setenta y la revolución de 1891.

En sus orígenes, los mayores beneficiarios de la caja fueron los propietarios de tierras, quienes requerían dinero para obtener mayor productividad de ellas. También fue la precursora de una institución dedicada al ahorro: La Caja Nacional de Ahorros.<sup>823</sup>

---

<sup>823</sup> Página web del Banco Estado: <http://www.museodelahorro.cl/el-museo/historias/la-caja-de-cr%C3%A9dito-hipotecario>.

Con el transcurso del tiempo, esta institución fue afectada por numerosas modificaciones hasta ser fusionada con otros servicios, dando origen al actual Banco del Estado, creado en 1953.

### **3.1.2.7 Caja de Ahorros de Empleados Públicos (Ley de 24 de septiembre 1858).**

Se establece de manera definitiva la Caja de Ahorros de Empleados Públicos, cuyo antecedente se encuentra en la Ley del 24 de septiembre de 1858, que, por falta de adecuado estudio previo como de competente dirección, terminó por caer en falencia.

Sin embargo, con fecha 22 de agosto de 1861 se promulgó la ley que crea una nueva Caja de Ahorros bajo la responsabilidad directa del Estado. Esta se establece en Santiago y queda abierta la posibilidad de establecer sucursales en provincias<sup>824</sup>. La Caja de Ahorros no es propiamente una institución de previsión; como lo indica su nombre es una institución

---

<sup>824</sup> Urzúa V, Germán y García B., Ana María. Op. cit., 29-30pp.

destinada a recoger el ahorro para autofinanciar una especie de seguro para determinadas eventualidades<sup>825</sup>.

Para ilustrar el funcionamiento, sírvenos el artículo 6° de la ley que la crea, según el cual “Todo imponente, por sí o por medio de su representante lejítimo, podrá retirar en totalidad o en parte los fondos que haya impuesto tres días después de hecha la demanda de reembolso”. En relación a su organización, el artículo 8° señala que “Los empleados que administren o sirvan en la Caja i en sus sucursales serán nombrados por el Presidente de la República y pagados con el remanente que quede de los intereses, después de deducido el de las imposiciones”.

Resulta interesante, por último, que la ley haya dispuesto la posibilidad de crear nuevas cajas por los particulares. En su artículo 15° y final de la ley de 1961 se señala que “Las Municipalidades, las sociedades de beneficencia i los particulares podrán establecer cajas de ahorro, previa aprobación de sus estatutos por el Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Estado”<sup>826</sup>.

---

<sup>825</sup> Cf. Bravo, Bernardino. Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica, Editorial Jurídica, Santiago, 1986, 288p.

<sup>826</sup> Chile. Discursos de apertura en las sesiones del Congreso, V. I, Memorias Ministeriales, Imprenta del Ferrocarril, Santiago, 1961, pp. 431 y 432

### **3.1.2.8 Creación de los primeros servicios por medio de decretos.**

Valentín Letelier reconocía en aquella época que “casi todos los servicios se han organizado por medio de decretos, como los de estadística, ingenieros militares, casi toda la educación pública, tanto primaria como secundaria, los correos, los telégrafos; delegaciones fiscales de salitreras, el de giros postales, el de canje de publicaciones de la Biblioteca Nacional y el de hidrografía”<sup>827</sup>.

Esta prerrogativa que tenía el Presidente de la República para dictar decretos, reconocida tanto por los poderes fiscalizadores como por la opinión pública, estaba en “abierta oposición con la letra de la Constitución, que sólo le faculta para dictar decretos reglamentarios”.<sup>828</sup>

En el mismo sentido Jorge Huneeus, al distinguir entre la ejecución de la ley y la dictación de la ley reclamaba: “Esto es tan sencillo y tan elemental,

---

<sup>827</sup> Letelier, Valentín. Dictámenes, Recopilados por disposición del Supremo Gobierno y el Tribunal de Cuentas, Imprenta, Litografía y Encuadernación La Ilustración, 1924, dictamen de 5 de agosto de 1986, pág. 140.

<sup>828</sup> Letelier, Valentín. Dictámenes, Op. cit. p.140.

que no se comprende cómo ha habido entre nosotros muchos casos de decretos que se han separado abiertamente de la ley, y otros que han creado para su cumplimiento condiciones nuevas no establecidas por ella y que se han convertido en otras tantas obligaciones de origen vedado”<sup>829</sup>.

Algunos ejemplos, entre los que enunció Valentín Letelier, se encuentra la Oficina Hidrográfica de la Marina Nacional. Mediante el Decreto de la Presidencia N° 329 del 1° de mayo de 1874, fue creada la Oficina Hidrográfica de la Marina Nacional. Su primer director fue el Capitán de Fragata Graduado Francisco Vidal Gormaz. El 15 de mayo de 1875 aparece el primer número de "Noticias Hidrográficas", que se ha seguido publicando hasta la actualidad.

*“He acordado i decreto el siguiente Reglamento para la Oficina Hidrográfica de la Marina Nacional. Art. 1° Se establece una Oficina Hidrográfica anexa por ahora al Ministerio de Marina. Art. 2° Corresponde a la Oficina:*

---

<sup>829</sup> Huneeus, Jorge, La Constitución ante el Congreso, Imprenta Cervantes, 1891, t. II, 46, 47 y 49pp., en Pantoja Bauzá, Rolando. Op. cit. (1998), 34p.



*I proponer al Gobierno, segun un plan, los reconocimientos hidrográficos que deban hacerse por los buques de la Armada en los mares i rios de la República;*

*II redactar las instrucciones para practicar estos reconocimientos en los cuales se exigirán los comprobantes de la buena ejecucion del trabajo para que se archiven en la oficina, i proporcionar a la comisión exploradora los instrumentos, cartas i demas utensilios necesarios al efecto.”*

En relación a su funcionamiento, señalaban los artículos 6° y 7°

*“Art. 6° El personal de la Oficina se compondrá de los siguientes empleados: un Director de la clase de Jefes de la Armada, un oficial i un escribiente Ayudante. Los empleados militares gozarán el sueldo que les corresponde por la lei cuando estan desembarcados excepto el Director que disfrutará ademas de la gratificación de embarcado con cargo abordo. El escribiente ayudante tendrá un sueldo anual de seiscientos pesos”.*

*“Art. 7º Al Director toca organizar el trabajo de la Oficina y proponer al Gobierno para su aprobación la manera como debe distribuirse dicho trabajo entre todos los empleados”.*

La Instrucción Primaria también fue administrada vía Decreto. En la Memoria presentada al Consejo de la Universidad por Andrés Bello, de 1860 se destacaba que desde junio de 1859 hasta mayo de 1860 se habían establecido veintiséis escuelas fiscales, diez de hombres y dieciséis de mujeres. Durante el decenio de Montt se administró la educación primaria mediante Decretos y bajo la dirección y decisión el gobierno central; esta forma centralizada de operar se consagrará en la ley y reglamento posteriores, manteniendo esta característica a lo largo del siglo. En una revista llama “Monitor de las Escuelas Primarias” se publicaban los decretos sobre educación primaria, que era informado por el Intendente y decidido por el Gobierno Central.

Todos los nombramientos y destituciones, la fundación de escuelas, la asignación de recursos, la remisión de textos y útiles, la recopilación de datos estadísticos y en general todo lo referido al funcionamiento de las escuelas

pasaba por el Gobierno Central, es decir, con la firma del Presidente y del Ministro<sup>830</sup>.

Un decreto de 19 de diciembre de 1853, por ejemplo, ordenaba que se repartieran periódicamente a todos los departamentos los libros elementales comprado por el Ministerio de Instrucción Pública para que “se vendan a las personas pudientes i se den gratuitamente a las menesterosas”<sup>831</sup>

### **3.1.2.9 Características generales de las reparticiones.**

Estas reparticiones carecían de individualidad jurídica y debían recurrir al Presidente de la República para toda actividad que requiriera de personalidad; a su vez, en cuanto a recursos, carecían de bienes propios. Sus bienes eran parte del patrimonio de la persona Estado-Fisco al cual estaban incorporadas estas direcciones, lo que hacía que jurídicamente carecieran de todo bien a título propio. De aquí que hayan pasado a llamarse y se

---

<sup>830</sup> Egaña B., María Loreto. La educación primaria popular en el siglo XIX en Chile. Una práctica de política estatal. Ediciones de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, Santiago, 2000, 71p.

<sup>831</sup> Amunátegui, Víctor. De la Instrucción Primaria en Chile; lo que es, lo que debería ser. Imprenta del Ferrocarril, Santiago, 1856, 211p.

denominen, de acuerdo con la caracterización que ofrece el profesor Rolando Pantoja Bauzá:

1. Servicios dependientes, porque estaban subordinados al Presidente de la República a través del respectivo ministerio;
2. Fiscales, porque como dependencias internas del Estado-Fisco carecían de personalidad jurídica y de patrimonio propio, y sus bienes eran de este carácter;
3. De administración central, porque pertenecían a aquel ámbito de administración adscrito al centro administrativo nacional representado por el Presidente de la República, constituyendo simples proyecciones operativas del poder central, realizadores de las directivas e instrucciones impartidas por él<sup>832</sup>.

La caracterización que ofrece el profesor Enrique Silva Cimma también echa luz sobre el período en comento. El régimen de centralización administrativa atiende a las necesidades públicas del país desde el Poder

---

<sup>832</sup> Pantoja Bauzá, Rolando. Op. cit. (1998), 32p.

central, el cual crea servicios públicos con acción respecto de todo el territorio nacional. Concurren los siguientes elementos distintivos<sup>833</sup>:

1. Los órganos, servicios o instituciones extienden su competencia a todo el territorio de la República. Pueden existir órganos zonales o locales pero con el carácter de dependientes del Poder Central.
2. El órgano central decide en definitiva sobre todos los asuntos administrativos del territorio nacional. Los órganos zonales o locales pueden resolver, en ciertos casos, pero sólo como delegatarios de aquél.
3. Los órganos zonales o locales, cuando existen, no se generan con independencia del Poder Central.
4. Los funcionarios de los órganos o servicios regionales o locales son nombrados por el Poder Central, respecto de quien dependen jerárquicamente.

### **3.1.3 La actividad económica del Estado bajo la Constitución de 1833: República liberal.**

---

<sup>833</sup> En Silva Cimma, Enrique. Op. cit., 112p.

### **3.1.3.1 Reformas constitucionales durante los Gobiernos liberales.**

Con la asunción del Gobierno por Presidente José Joaquín Pérez, inicia el período comúnmente llamado “República Liberal” por la historiografía tradicional chilena. En forma sintética, puede decirse que este periodo se caracterizó por la construcción de numerosas obras públicas para favorecer el desarrollo de la economía de exportación. Las obras de infraestructura, como puentes, ferrocarriles, telégrafo, caminos, canales de regadío, se levantaron en función de las necesidades de la minería del Norte y de la producción agropecuaria de la zona central y sur<sup>834</sup>.

Durante este período se realizó un número vasto de reformas a las Constitución Política de 1833. Algunas de las más importantes que pueden mencionarse<sup>835</sup>:

---

<sup>834</sup> Cf. Vitale, Luis. Interpretación Marxista de la Historia de Chile. Ascenso y declinación de la burguesía chilena (1861-1891), Editorial LOM, Santiago de Chile, 1993, Tomo IV, 33p.

<sup>835</sup> Documento “Reformas a las Constitución 1833”, disponible en la página web del Ministerio Secretaría General de la Presidencia: [http://www.minsejpres.gob.cl/wp-content/uploads/2013/01/Reformas\\_a\\_la\\_Constitucion\\_de\\_1833.pdf](http://www.minsejpres.gob.cl/wp-content/uploads/2013/01/Reformas_a_la_Constitucion_de_1833.pdf)

1. Ley de reforma constitucional de 18 de agosto 1871. Mediante esta ley de modifica el régimen de elección presidencial en dos aspectos (artículos 61 y 62 de la Constitución Política): a) Prohíbe la reelección del Presidente de la República para el período siguiente a su mandato; con anterioridad a la reforma sólo estaba prohibida la reelección del Presidente para un tercer período consecutivo y b) autoriza la reelección de quien ha sido Presidente mediando el lapso de un período.
2. Ley de reforma constitucional de 13 de agosto de 1874. Se modifica la composición y la forma de elección de los miembros de la Cámara de Diputados y del Senado, sus inhabilidades e incompatibilidades (arts. 19-31 y 33-35).
3. Ley de reforma constitucional de 24 de octubre de 1874. Se establecen una serie de reformas a la Constitución en relación a: a) la regulación de los poderes y estados de excepción constitucionales, b) la regulación de la Comisión Conservadora, c) las facultades del Presidente de la República y d) la regulación del consejo de Estado. Es preciso resaltar que el resultado de esta reforma es que se reemplaza la facultad del Congreso para autorizar al Presidente para el uso de facultades extraordinarias, por la atribución del Congreso para dictar “leyes excepcionales” para restringir los derechos constitucionales.

4. Ley de reforma constitucional de 15 de enero de 1882. Modifica el procedimiento de reforma de la Constitución (arts. 40 y 165-168). En cuanto al papel del Presidente de la República, esta reforma restringe su facultad de veto, pudiendo sólo observar un proyecto de reforma aprobado por el Congreso proponiendo modificaciones o corrección. Antes podía vetar totalmente el proyecto debiendo entenderse desechado sin que pueda volver a proponerse durante ese año.
5. Ley de reforma constitucional de 9 de agosto de 1888. Dentro de los aspectos que modifica, entre ellos requisitos de sufragio y causales de pérdida de la ciudadanía, reforma el procedimiento de elección del Presidente de la República (art. 73). Se modifica el quórum de funcionamiento del Congreso para la designación del Presidente de la República en caso de que ningún candidato haya obtenido mayoría absoluta en la elección: se requieren la mayoría absoluta de los miembros en ejercicio. Antes debía ser aprobado por las tres cuartas partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara.
6. Ley de reforma constitucional N°43 D. O. 26 de junio de 1893. Se reforma el procedimiento de formación de las leyes, modificando los efectos de los vetos y observaciones presidenciales. Se suprime la facultad del Presidente de rechazar totalmente un proyecto y se consagra la posibilidad de insistir



en el proyecto original si las cámaras no aprobaban las observaciones presidenciales. El veto tenía el efecto de que el proyecto se entendía desechado sin que pudiera volver a proponerse ese año.

7. Ley de reforma constitucional N° 4.004 D. O. 26 de febrero de 1924. Esta reforma modificó, entre otras materias: a) La relación entre el Ejecutivo y el Congreso. Se agrega la atribución exclusiva de la Cámara de Diputados de “Manifestar si los Ministros merecen o no confianza” y b) Se agrega como atribución presidencial la de “disolver por una vez durante los cuatro primeros años de su período, a la Cámara de Diputados (dentro de los dos primeros del período de la Cámara). En el acto mismo de la disolución se llamaba a elecciones durando la Cámara de Diputados elegida el tiempo que faltare a la disuelta.

Las reformas que experimentó la Constitución Política de 1833 fueron, en general, tendientes a equilibrar las facultades del Ejecutivo con las del Congreso, además de profundizar el programa liberal en cuanto a los derechos de reunión, asociación, libertad de enseñanza, reforma a los requisitos para el sufragio, etc. La estructura de la Administración del Estado, por lo tanto, no sufrió modificaciones, al menos constitucionalmente. Ateniéndonos al propósito de mostrar las transformaciones de la Administración que hicieron

posible el desarrollo de su actividad económica en este período, abordaremos los hitos que resultaron más relevantes en ese sentido.

### **3.1.3.2 Empresa de Ferrocarriles del Estado (DL de 4 de enero de 1884).**

La Guerra del Pacífico había acentuado la ineficiencia de operar líneas separadas y con administraciones independientes. Con la firma del Tratado de Paz de Ancón en octubre de 1883, el Presidente de la República llamó al Congreso a una sesión extraordinaria con el fin de resolver el problema de los ferrocarriles.

Hasta 1884 la línea de Santiago a Valparaíso y el Ferrocarril Central, de Santiago Sur, constituían dos administraciones independientes. Para subsanar las dificultades que originaba la falta de unidad en los servicios ferroviarios, la Ley de 4 de enero de 1884 creó una dirección General con un Consejo Directivo, cuatro Direcciones de Departamento (Explotación, Vía, Tracción y Maestranza y Contabilidad) y tres secciones (Santiago – Valparaíso, Santiago

– Talca y Talca – Concepción y Rames) <sup>836</sup>. Se creó mediante la compra de las empresas encargadas de las obras del tren longitudinal y del trayecto Santiago-Valparaíso. Posteriormente, adquirió las líneas ferroviarias de las empresas salitreras en el norte de Chile. Desde 1913, la red de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado se extendió desde Iquique a Puerto Montt y ramales.

Se creó como un servicio público de propiedad estatal, con la finalidad de desarrollar, impulsar y explotar los servicios de transporte ferroviario de pasajeros y de carga a lo largo del país. Este servicio fue por un Director General designado por el Presidente de la República. Esta ley precisó el carácter jurídico de Ferrocarriles, al definirlo como una “empresa industrial de acarreo y transporte”, y asignándoles una verdadera autonomía administrativa <sup>837</sup>. Se crea así, la empresa más antigua del Estado de Chile, que cumplió una serie de objetivos estratégicos, desde la colonización del territorio chileno hasta agilizar actividades productivas de toda índole.

---

<sup>836</sup> Schmidt, Luis. La última Ley Orgánica de los Ferrocarriles del Estado. Anales del Instituto de Ingenieros de Chile, Santiago, 12: 1925, diciembre, 618p.

<sup>837</sup> Urzúa V, Germán y García B., Ana María. Op. cit., 31p.

Lo más sobresaliente de esta legislación fue el retorno a una administración centralizada con oficinas centrales en Santiago y una formalización de las relaciones entre la nueva entidad creada y sus empleados, la que incluía garantías tales como comidas, servicio médico, beneficios de jubilación, y otros beneficios secundarios<sup>838</sup>.

### **3.1.3.3 Ley Municipalidades (Ley de 12 de septiembre de 1887).**

De acuerdo con Ley Orgánica de Municipalidades de 1854, la Comisión de Alcaldes se integraba con el Gobernador y Subdelegado respectivo, además del Procurador Municipal. Con la dictación de la Ley Orgánica de 1887, se retiró a los representantes del Ejecutivo la mayor parte de estas atribuciones, pasando la administración de los intereses locales a los municipios y a los alcaldes.

Testigo de estas transformaciones fue el administrativista José Domingo Amunátegui Rivera, según quien “La lei de 1887 introdujo en el réjimen municipal la primera reforma destinada a separar las funciones locales de las

---

<sup>838</sup> Alliende, María Piedad. La Construcción de los Ferrocarriles en Chile 1850 – 1913. Revista Austral de Ciencias Sociales, N° 5, 2001, 143-161pp.

jenerales. Al efecto, asignó al primer alcalde, quitándolas al Gobernador, atribuciones privativas de algunos servicios municipales, como el aseo de las poblaciones, la dirección de mataderos i abastos i otras. El gobernador o el subdelegado, continuó siendo presidente de la Municipalidad respectiva, según el precepto constitucional, pero la lei le despojó del voto. Se conservó el servicio de policía de seguridad bajo sus órdenes.”<sup>839</sup>

Las atribuciones de los Intendentes y Gobernadores quedaron reducidas a presidir las sesiones de las Municipalidades y a suspender sus acuerdos o resoluciones que perjudicasen el orden público. El Alcalde, dotado de facultades amplísimas, pasó a ser el verdadero jefe de la comuna. Este proceso no logró, sin embargo, consolidarse y diversas atribuciones fueron progresivamente vueltas a centralizar por la falta de madurez del sistema municipal<sup>840</sup>.

Bajo el régimen de la ley de 1887, los alcaldes se mantuvieron, sin embargo, como agentes electorales del gobierno, lo que produjo tal reacción contra el sistema, que nació la llamada "Ley de la comuna autónoma" del año 1891. Este cuerpo legal pretendió suprimir la intervención del Presidente de la

---

<sup>839</sup> Amunátegui, Víctor. Op. cit.

<sup>840</sup> Chile. Ministerio del Interior. Op. cit., 7p.

República en las elecciones, para lo cual se concedió plena autonomía a las comunas, radicando el poder electoral del país en los Municipios independientes. En virtud de esta nueva Ley se transfirió atribuciones administrativas a 195 comunas redefinidas, con tesorerías, con administración de bienes y rentas, con jefes de policía y de todos los servicios locales.

Esta Ley atendió otros objetivos también, como “fundar la autonomía municipal y procurar la libertad en las elecciones radicando en las Municipalidades como de origen independiente del Ejecutivo, el poder electoral”, de manera que desde esa fecha “los municipales son elejidos en votación popular i directa, en las mismas fechas en que se verifica la elección de diputados. Duran tres años en el ejercicio del cargo [...] Las Municipalidades tienen tesorero, secretario i los empleados necesarios para la atención de los servicios que les están encomendados. Ellas fijan sus sueldos i detallan sus obligaciones.”<sup>841</sup>.

#### **3.1.3.4 Ley de Organización de Ministerios (1887).**

---

<sup>841</sup> Amunátegui R., Domingo, vid. op. cit., 202 a 205pp y 209p.

Durante la administración de Balmaceda, se observa notoria preocupación por la marcha de la Administración Pública. Así, en concepto de Encina, “Balmaceda puso gran empeño en mantener la severa moralidad que le legaron sus antecesores, y en líneas generales logró imponerla hasta fines de 1890. Durante el período no se reestructuró la Administración, sino que se adaptó y desarrolló conforme a las nuevas exigencias del país. Casi no hubo ramo del servicio público que no recibiera ensanches y mejoras, que en algunos casos tomaron las proporciones de una verdadera organización”<sup>842</sup>.

La Ley de reorganización de los Ministerios, del 21 de junio de 1887 atendía precisamente a este propósito. Prueba de estos es la creación del Ministerio de Industria y Obras Públicas, a cargo de todo lo relacionado con la agricultura, minería, industria fabril, obras públicas en general, bosques y todo lo relativo a Colonización, sin perjuicio de la observación hecha anteriormente con respecto a ella, por pasar al Ministerio de Relaciones durante un período. Todas estas funciones antes correspondían al Ministerio del Interior, por disposición de la ley de 1837<sup>843</sup>.

---

<sup>842</sup> Citado en Urzúa V., Germán y García B., Ana María, Op. cit., 31p.

<sup>843</sup> Urzúa V., Germán y García B., Ana María. Op. cit., 32p.

El país experimento cambios profundos en sus condiciones socioeconómicas, de modo que silenciosamente, se desliza la acción del Estado hacia esferas o sectores que, doctrinariamente, estuvieron consagrados sólo para la iniciativa privada o cuando más el Estado podía intervenir para suplir o complementar esta. De un discurso del Presidente Balmaceda puede colegirse que as dos grandes áreas en que trabajaría su gobierno eran la educación y la producción: “Me propongo lograr que los fondos del Estado se dediquen a la construcción de liceos y escuelas... que puedan mejorar la capacidad intelectual de Chile... No cesaré de urgir la construcción de ferrocarriles, de puentes, de dársenas y de puertos que puedan facilitar la producción, estimular la mano de obra, sostener a los débiles”<sup>844</sup>.

El Presidente Balmaceda, hacia el final de su truncado período presidencial por la Revolución de 1891, presento un proyecto de ley que creaba un Banco del Estado, pero que quedó en discusión en el Congreso al momento de producirse la Revolución. Este proyecto refleja la tendencia nacionalista e intervencionista del Presidente.

---

<sup>844</sup> Urzúa, Germán. Historia política de Chile y su evolución electoral: desde 1810 a 1992. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, 185p.



### 3.1.3.5 Hacia la Constitución Política 1925.

Algunos autores han señalado que en Chile el Estado ha pasado por dos etapas: el Estado liberal propiamente dicho, impulsado por las teorías de Courcelle Seneuil a partir de 1850 en adelante, y el Estado intervencionista que comienza a mostrarse definitivamente desde 1930, aún cuando algunos retrotraen este comienzo a 1925 con la creación del Banco Central o de la Superintendencia de Bancos. Durante la vigencia de la Constitución Política de 1833 la orientación que tiene el Estado es la de asegurar la libertad de los particulares. La propiedad se concibe como un derecho absoluto, lo que estaba en armonía con lo dispuesto en la Constitución de 1833. Tampoco existía el temor de que el régimen de la propiedad fuera alterado sustancialmente o pudiera desaparecer por un audaz legislador que pretendiera alterar el espíritu que inspiraba a la Carta Fundamental, puesto que las fuerzas políticas y el sistema social en general tenían una clara inclinación liberal, basada en una democracia censitaria, al margen de las amenazas anarquistas o socialistas, las que sólo se hicieron notar bien entrado el siglo XX<sup>845</sup>.

---

<sup>845</sup> Cordero, Eduardo. Op. cit., 130p.

En este contexto el Derecho Administrativo no puede sino asumir un rol secundario, determinado justamente por el carácter impreso al Estado en su relación con los particulares. Estas etapas terminan con la administración de Balmaceda. Con este Mandatario comienza la Administración Pública a mostrar cambios significativos y elocuentes en su crecimiento funcionario, porque el Estado, a su vez, empieza a intervenir en esferas en que hasta entonces se había abstenido por la mentalidad social y política dominante.

A partir de la Guerra del Pacífico, con la adquisición de las grandes riquezas mineras del norte, comienza a desarrollarse una clase media en los centros urbanos del norte y de la capital crecen aceleradamente. La minería se coloca como fuente principal de la riqueza nacional, aliándose posteriormente a la industria. Hagamos notar que, a poco iniciarse la segunda mitad del siglo (1857), la aristocracia terrateniente ya había sufrido un rudo golpe con la abolición de los mayorazgos. Este hecho, al coincidir con la depresión económica de 1859-1861, provocó una ruidosa baja en el valor de la propiedad agrícola y un empobrecimiento general de nuestra agricultura, base económica de esas familias<sup>846</sup>. Esto significó una nueva distribución del poder económico y, por ende, del poder político.

---

<sup>846</sup> Urzúa V., Germán y García B., Ana María. Op. cit., 35p.

Hasta 1920 siguió el Estado definido por una mentalidad liberal o individualista, propulsora de la libre empresa y, consecuentemente, de la abstención de aquél en la vida económica y aun social. El aparato administrativo fue correspondientemente simple y en la práctica estuvo constituido por una gran masa de servicios dependientes directamente de los diversos Ministerios. De este modo no se distingue aún ningún servicio institucionalmente descentralizado, ni es posible concebir, tampoco, aquello que se ha dado en llamar Administración Pública descentralizada para oponerla a la clásica o tradicional, constituida por los servicios de los Ministerios propiamente tales<sup>847</sup>.

Pero se avecinaba el nuevo siglo y, con él, un nuevo contexto de actuación para el derecho administrativo. Ya en el propio siglo XIX era posible notar el soterrado pero consistente cambio que se producía en el área de los servicios. Como apuntara don Valentín Letelier: “La creciente complicación de los servicios públicos impuesta por las nuevas necesidades de la cultura nacional, ha puesto al Gobierno en estado de impotencia para administrar debidamente. Por esta causa, de años atrás se han venido

---

<sup>847</sup> Urzúa V., Germán y García B., Ana María. Op. cit., 38p.

sustrayendo de manos del gobierno ramos especiales de la administración, instituyendo direcciones para atenderlos. Los correos, las obras públicas, los caminos, los telégrafos, la instrucción, las prisiones, las tierras fiscales, la higiene, etc., son ramos que el Gobierno dirigió antes por sí mismo y que desde hace cincuenta años se han venido confiando sucesivamente a instituciones independientes. De esta manera, esto es, de una organización espontánea se ha operado insensiblemente en la organización del Estado chileno una evolución de carácter radical, se han separado más y más las funciones administrativas de las políticas, y dejando el Gobierno en manos del Presidente de la República, se ha confiado la administración a órganos especiales<sup>848</sup>”.

En el llamado “período parlamentario” se crean, o reestructuran, varios servicios importantes, de modo que no ha crecido sólo la burocracia estatal, sino también se ha aumentado la intervención del Estado, hacia otros campos específicos que antes o no tuvo, o apenas incursionó en ellos<sup>849</sup>.

---

<sup>848</sup> Letelier, Valentín. Op. cit., 233p.

<sup>849</sup> Urzúa V., Germán y García B., Ana María. Op. cit., 44p.

**3.1.3.6 Otros servicios y organismos creados durante la vigencia de la Constitución Política de 1833.**

**Cuadro N° 2.**

<b>Año</b>	<b>Ley</b>	<b>Organismo</b>
1888	Ley de 27 de enero de 1888.	Dirección de Obras Públicas
1898	Ley N° 4.402	Correos y Telégrafos
1907	Ley N° 1.992	Caja de Crédito Salitrero
1910	Ley N° 2.324	Dirección de Alcantarillado
1910	Ley N° 3.075	Caja Nacional de Ahorros
1911	Ley N° 2.498	Caja de Ahorros para los Empleados de Ferrocarriles del Estado.
1911	Ley N° 2.577	Oficina Central de Estadística
1915	Ley N° 3.029	Caja de Retiro del Ejército y la Armada
1915	Ley N° 1.049	Instituto Médico Legal
1917	Ley N° 3.295	Expropiación Cerro San Cristóbal (utilidad pública)

1918	Ley N° 3.371	Dirección General de Especies Valoradas
1918	Ley N° 3.379	Caja de Retiro y Previsión Social Ferrocarriles del Estado
1918	Ley N° 3.385	Dirección General de Sanidad
1920	Ley N° 3.607	Caja de Crédito Popular
1920	Ley N° 3.619	Dirección de Correos y Telégrafos
1921	Ley N° 3.815	Cuerpo de Gendarmería de Prisiones
1924	Ley N° 4.052	Caja de Asistencia, Previsión y Bienestar Social de la Policía
1924	Ley N° 4.054	Caja de Seguro Obrero
1924	Ley N° 4.059	Caja de Empleados Particulares
1925	D. L. N° 311	Cuerpo de Ingenieros de Minas
1925	D. L. N° 325	Inspección de Bienes Nacionales
1925	D. L. N° 342	Ley General de Ferrocarriles del Estado
1925	D. L. N° 343	Conservador del Registro Electoral
1925	D. L. N° 454	Caja Nacional de Empleados Públicos
1925	D. L. N° 486	Banco Central
1925	D. L. N° 526	Dirección General de Asistencia Social
1925	D. L. N° 559	Superintendencia de Empresas Bancarias

1925	D. L. N° 576	Caja Retiro y Previsión Social Empleados Municipales
------	--------------	--

### 3.2 Constitución de 1925

Una nueva sensibilidad estuvo presente en la gran reforma constitucional incorporada a la Carta de 1833, que por la magnitud y la profundidad de los cambios que realizó, fue conocida como la Constitución de 1925.

En el ámbito administrativo, se produce el movimiento pendular en el sentido contrario a las reformas que había sufrido la Constitución Política de 1833 a fines del siglo XIX. Al Presidente de la República le fueron entregadas mayores atribuciones políticas, lo que contrastaba con el persistente desgaste que habían sufrido en las últimas décadas a favor de las facultades del Congreso. La Constitución de 1925 comenzó a recoger en su articulado el

predominio de la corriente del neoconstitucionalismo, que entre sus principios destacaba el fortalecimiento del Poder Ejecutivo<sup>850</sup>.

### **3.2.1 Características generales de la Constitución Política de 1925.**

La Constitución de 1925 no dispondría algo diferente a lo que había prescrito su predecesora en cuanto que la creación o supresión de empleos públicos era materia de ley y atribución exclusiva del Congreso, demostrando que los cambios del mundo político no eran percibidos todavía por o para el ámbito administrativo:

*Artículo 43. Son atribuciones exclusivas del Congreso:*

*1ª. Aprobar o reprobado anualmente la cuenta de la inversión de los fondos destinados para los gastos de la administración pública que debe presentar el Gobierno.*

*Artículo 44. Sólo en virtud de una ley se puede:*

---

<sup>850</sup> García B., A. María. Tendencias Constitucionales Contemporáneas. en Revista Chilena de Derecho, Vol. 11, N° 2-3: 1984, 270 a 273pp.



*4º, primera parte. Aprobar anualmente el cálculo de entradas y fijar en la misma ley los gastos de la administración pública.*

*5º, primera parte. Crear o suprimir empleos públicos; determinar o modificar sus atribuciones; aumentar o disminuir sus dotaciones, y decretar honores públicos a los grandes servidores.*

Sin embargo, en el plano nacional administrativo, se postulaba una racionalización de la Administración Pública. Esta racionalización consistía en la descentralización de los servicios, por medio de la transferencia de mayores facultades a sus jefes. Una novedad que venía aparejada a esta tendencia descentralizadora, era la creación de tribunales administrativos encargados de conocer y juzgar las causas funcionarias que surgieran de cualquier conflicto jurídico entre los jefes de esos servicios y el personal que se desempeñaba en ello<sup>851</sup>, proyecto que sólo quedó en la letra y nunca se materializó.

Si la fuerte centralización administrativa que caracterizó al orden institucional que se organizó bajo el imperio de la Constitución Política de

---

<sup>851</sup> Pantoja Bauzá, Rolando. Op. cit. (1998), 38p.

1833, se reconoce surgida en Francia, se ha dicho, “la descentralización es un régimen esencialmente inglés, peculiar de aquel país que supo resistir los avances del absolutismo real mediante sus instituciones democráticas, cuyo origen arranca de la Magna Carta de Juan Sin Tierra y del Estatuto de Oxford de Enrique III. La característica del *selfgovernment* durante el siglo XIX estriba en la participación de todos los ciudadanos en la vida local y el desenvolvimiento, en una cierta medida, de una gestión burocrática impuesta a los nuevos servicios, que tan provechosos resultados ha dado en Inglaterra”<sup>852</sup>.

No obstante la hipótesis anterior, los procesos descentralizadores parecen obedecer más a motivos históricos que a postulados doctrinarios. Esto se debería a que una vez que los Estados han completado el proceso centralizador y construido plenamente el Estado constitucional -en el mundo latino y especialmente en Francia-, se inicia en el último tercio del siglo XIX, una revisión crítica del centralismo como instrumento eficaz y eficiente de organización administrativa. De ahí que, resuelta ya la emergencia de la reorganización de la Administración del Estado, se produce un movimiento descentralizador que persigue, en primer lugar, restituir el principio electivo en las corporaciones locales (municipalidades), democratizando sus órganos

---

<sup>852</sup> Varas Contreras, Guillermo, vid. op. cit., 73p.

de dirección y rompiendo su dependencia del poder central. Estas aspiraciones llevaron a la Constitución de 1925 a establecer las asambleas provinciales y las municipalidades, aquéllas a nivel de las provincias, éstas a nivel de las comunas, y a postular que los servicios nacionales tuvieran direcciones zonales a lo largo del territorio de la República. Una vez conseguido lo anterior, se inicia un proceso de construcción de la autonomía orgánica y funcional de los municipios en un ámbito acotado de competencias, el que se encuentra vinculado estrechamente a las necesidades básicas de fácil provisión por la Administración local<sup>853</sup>.

Estas reformas no estaban exentas de un ánimo general de modernización de la Administración chilena. La transformación del rol estatal y de sus funciones exigía la expansión y transformación de la maquinaria administrativa existente. Si previo a 1925, bajo una visión tradicional del Estado marcado por su sello liberal y de funcionalidad eminentemente política, la administración pública era relativamente sencilla, a contar de 1925 se requería un ajuste administrativo que acompañara la incorporación de una visión moderna de Estado ligada a la intervención en los aspectos económicos y sociales. En 1926, el entonces Ministro de Guerra, Carlos Ibáñez, señalaba

---

<sup>853</sup> Parada V., Ramón. Op. cit., 39p.

"los rumbos de un Estado moderno deben orientarse de preferencia y urgentemente hacia la solución de los problemas económicos (...) el viejo criterio político debe sustituido por un nuevo concepto de gobierno que resuelva y ejecute"<sup>854</sup>, y para lo cual consideraba necesario "que se reorganice nuestra administración pública, modernizándola y reduciéndola en beneficio de su eficacia"<sup>855</sup>. A este movimiento responde, por ejemplo, la creación del Banco Central de Chile y de la Contraloría General de la República, como formas de cooperación al gobierno del país, en el campo monetario en el primer caso, en el de la contabilidad pública, las estadísticas administrativas y el registro de los empleados y bienes del Estado, en el segundo. En palabras del abogado, profesor de derecho, cientista político e historiador, Germán Urzúa Valenzuela, "se evidencia [entre 1925 y 1931] un notable interés por transformar la estructura administrativa del país. Se crearon algunos organismos fundamentales que han llegado hasta el actual régimen administrativo, y que en sus líneas vertebrales se mantienen –a 1971–, pese a las modificaciones orgánicas experimentadas en los siguientes años [...] En efecto, entonces se crean por lo menos nueve organismos descentralizados de

---

<sup>854</sup> Donoso, C. Notas sobre el origen, acatamiento y desgaste del régimen presidencial 1925-1973. En Historia N° 13, Instituto de Historia, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago 1976, 314 y 316pp.

<sup>855</sup> La Nación, Santiago, 21 de octubre de 1926.

importancia. Línea Aérea Nacional; 9. Dirección de Aeronáutica”<sup>856</sup>, a los cuales han de agregarse otros servicios nacidos de la gran reestructuración dispuesta entre 1927 y 1931.

Entre 1925, desde la vigencia de la nueva Constitución en octubre del mismo año, a 1932, surgieron:

**Cuadro N°3.**

<b>Año</b>	<b>Ley</b>	<b>Organismo</b>
1925	DL N° 638	Consejo de Defensa Fiscal
1925	DL N° 684	Inspección Superior de Ferrocarriles
1925	DL N° 684	Consejo de Vías de Comunicación
1925	DL N° 689	Consejo Superior de Asistencia Social
1925	DL N° 689	Dirección General de Asistencia
1925	DL N° 689	Juntas de Beneficencia Departamentales

La aparición de este amplio número de organismos administrativos, muchos con características propias y novedosas para su tiempo, presentó

---

<sup>856</sup> Urzúa V., Germán y García B-, Ana María. Op. cit., 44 y 69pp.

problemas de funcionamiento y exigió definiciones. Así ocurrió, por ejemplo, con los servicios conceptuados por la ley como autónomos, cuya relación con el Gobierno no estaba despejada a nivel de ley y que llevó a cuestionar el rol del Ministro frente a esta clase especial de servicios públicos<sup>857</sup>. En general, se trató de un proceso histórico de renovación estatal que excedió, incluso, la cobertura texto constitucional, para avanzar en lo administrativo hacia una descentralización funcional o por servicios, obra del legislador, que se materializó en organismos que primero recibieron el nombre de cajas de seguro o de previsión y luego de instituciones semifiscales.

Por “descentralización administrativa”, la Constitución de 1925 entendía el robustecimiento de la acción administrativa de los organismos que establecía a nivel territorial. Descentralizar era una expresión que incumbía sólo al beneficio de las autoridades provinciales y comunales, y a la creación de oficinas zonales de “servicios generales” o “nacionales”, como los llamaba la Constitución Política. El concepto, por lo tanto, era distinto al de descentralización funcional o por servicios, como dirá más tarde la doctrina para referirse a esta modalidad del sistema organizacional descentralizado.

---

<sup>857</sup> Pantoja Bauzá, Rolando. Op. cit. (1998), 44p.

La Constitución de 1925, por lo tanto, en su texto original reconocía sólo la existencia de la Administración Pública, en cuanto administración central o general, y de las asambleas provinciales y municipalidades a nivel territorial. En consecuencia, desconocía la descentralización funcional o por servicios, de modo que omitía toda referencia a las entidades funcionalmente descentralizadas.

*Artículo 45, inciso 2°. Corresponderá exclusivamente al Presidente de la República la iniciativa [...] 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...*

*Artículo 94. La Administración de cada provincia reside en el Intendente, quien estará asesorado, en la forma que determine la ley, por una Asamblea Provincial, de la cual será su Presidente.*

*Artículo 95. Cada Asamblea Provincial se compondrá de representantes designados por las Municipalidades de la provincia en su primera sesión, por valor acumulativo.*

*Estos cargos son concejiles y su duración será por tres años.*

*Las Municipalidades designarán el número de representantes que para cada una determine la ley.*

*Artículo 101, inciso 1°. La administración local de cada comuna o agrupación de comunas establecidas por ley, reside en una Municipalidad.*

*Artículo 102. Las Municipalidades tendrán los regidores que para cada una de ellas fije la ley. Su número no bajará de cinco ni subirá de quince.*

*Estos cargos son concejiles y su duración es de cuatro años.*

*Las elecciones generales de regidores tendrán lugar en el año subsiguiente al de cada elección general de diputados y senadores.*

La Administración Pública, bajo el imperio de la Constitución Política de 1925, era concebida como una administración nacional formada por servicios públicos fiscales, que llamó “generales” en su artículo 107.



*Artículo 107. Las leyes confiarán paulatinamente a los organismos provinciales o comunales las atribuciones y facultades administrativas que ejerzan en la actualidad otras autoridades, con el fin de proceder a la descentralización del régimen administrativo interior. Los servicios generales de la Nación se descentralizarán mediante la formación de las zonas que fijen las leyes.*

*En todo caso, la fiscalización de los servicios de una provincia corresponderá al Intendente, y la vigilancia superior de ellos, al Presidente de la República.*

Pero, aunque la Constitución había delimitado claramente que los servicios que componían la Administración eran servicios públicos fiscales centralizados, el legislador prestó un franco y abierto estímulo al desarrollo de un gran sector descentralizado funcional que la Carta Fundamental no pudo seguir ignorando. Este gran sector será incorporado al texto del Código Político en la reforma de 1943, bajo los nombres de empresas fiscales e instituciones semifiscales. Esto fue posible porque el legislador, al ritmo de las necesidades sociales, adoptará este sistema organizacional para el área de la entonces llamada previsión y social, y creará instituciones públicas, normalmente llamadas instituciones semifiscales, como personas jurídicas de

derecho público encargadas de administrar, con independencia del poder central, los fondos y las prestaciones de la seguridad social, que vinieron a sumarse, por obra del legislador, a la descentralización concebida por la Constitución<sup>858</sup>.

Este sector que se denomina funcionalmente descentralizado no ha sido creado a partir de los gobiernos radicales, como algunos sostienen, sino que comienza propiamente a partir de 1918, época en que junto con crearse uno de ellos (Caja de Retiro de los FF.CC. del Estado) se insinúan y plantean una serie de iniciativas legales que se plasmarán en otros tantos organismos previsionales en la época del pronunciamiento militar de 1924. A esta observación debe añadirse que, en realidad, el primer organismo descentralizado en Chile data de 1843 (la Universidad de Chile), y en seguida de 1844, al unificarse definitivamente Ferrocarriles y comenzar a ser propiamente una empresa comercial del Estado.<sup>859</sup>

El período de anormalidad política y constitucional que el país vivió entre 1925 y 1931 se tradujo en una reforma general de la legislación administrativa. En cierto sentido, se modificó o alteró toda la estructura legal,

---

<sup>858</sup> Pantoja Bauzá, Rolando. Op. cit. (1998), 41 y 42pp.

<sup>859</sup> Urzúa V., Germán y García B., Ana María. Op. cit., 69p.

dándose comienzo con ello a una nueva etapa de la historia administrativa del país<sup>860</sup>. Se crearon organismos de gran importancia, como el Banco Central, la Caja de Empleos Públicos, el Registro Electoral, la Dirección de Obras Públicas, la Superintendencia de Bancos, etc.

### **3.2.2 La actividad económica del Estado desde la Constitución Política de 1925 hasta el Gobierno de Salvador Allende.**

Con la finalidad de ofrecer un panorama general de los cambios que experimentó la Administración durante la vigencia de la Constitución de 1925, hemos dividido en períodos una parte importante del siglo pasado. De esta forma, se puede dar cuenta en forma sucinta de cuáles fueron las condiciones materiales que determinaron el actuar de la Administración y en concreto, en qué organismos se vio reflejada esta respuesta. Nos limitaremos a expresar el año, el número de la Ley, Decreto Ley o Decreto con Fuerza de Ley en que dichos organismos fueron creados en atención a la economía que debe observarse en estas páginas, cuya finalidad es mostrar como proliferaron los organismos autónomos durante la el segundo y tercer cuarto del siglo XX. Los

---

<sup>860</sup> Urzúa V., Germán y García B., Ana María. Op. cit., 44p.

organismos que aquí mencionamos son aquellos que han sido destacados en forma generalizada, y están lejos de saturar exhaustivamente la totalidad de los organismos creados. Para el tratamiento exhaustivo ver ANEXO N° 2.

### **3.2.2.1 Administración del Presidente Carlos Ibáñez del Campo (1926 – 1931).**

Bajo la presidencia de Carlos Ibáñez se tomaron una serie de medidas tendientes a otorgar un tinte modernizador a su labor económica. También lo es el surgimiento de una serie de organismos crediticios y técnicos que apoyaban a diversos sectores de la producción nacional. Así nació el Servicio de Minas del Estado (1925), la Caja de Crédito Agrario (1926), la Caja de Crédito Minero (1927), la Consejo de Crédito Carbonífero y el Instituto de Crédito Industrial (1928). En resumen, bajo el Gobierno de Ibáñez comienza a operar toda una modificación del Estado, el que tendrá un rol más activo en el proceso de desarrollo económico nacional<sup>861</sup>.

Desde el punto de vista de la Administración Pública, podemos resumir la crítica que suele dirigirse en contra de este período en los siguiente puntos:

---

<sup>861</sup> Vid. Corfo, Historia de CORFO (en línea), en [www.corfo.cl](http://www.corfo.cl) [consulta: 25 de septiembre de 2005].

1) presenta crecimiento desorbitado de la burocracia; 2) nacimiento de organismos “espurios y malsanos”, según la afirmación de Melfi (Domingo Melfi. “Sin brújula”<sup>862</sup>), o en todo caso, injustificados, y 3) dotación de funcionarios incompetentes [...] Es evidente que un impulso mayor [al dado por Balmaceda] se realiza en la Administración Ibáñez, sin que sea dable sostener que haya asumido entonces el Estado un carácter intervencionista, en la medida que esta expresión sugiere una política económica limitante del sector privado que se materializará en la década del 40 en adelante<sup>863</sup>.

Los analistas sostienen que este crecimiento desmesurado en el aparato burocrático se explica por la ausencia de actividad privada. Junto a la salud, en la que el Estado debió crear organismos definitivos en 1892, el transporte ferroviario presentaba un consistente nivel evolutivo tras unificación del transporte ferroviario y mediante la planificación y coordinación gubernativas llegándose a su integración total en tiempos de Balmaceda<sup>864</sup>.

#### **Cuadro N° 4.**

---

<sup>862</sup> Melfi, Domingo. Sin brújula. Ediciones Ercilla, Santiago de Chile, 1933, citado en Urzúa V., Germán y García B., Ana María. Op. cit., 47p.

<sup>863</sup> Urzúa V., Germán; García B., Ana María. Op. cit., 47p.

<sup>864</sup> Urzúa V., Germán; García B., Ana María. Op. cit., 48p.

<b>Año</b>	<b>Ley</b>	<b>Organismo</b>
1927	Ley N° 4.112	Caja de Crédito Minero
1927	Ley N° 4.144	Superintendencia del Salitre y Yodo
1927	Ley N° 4.228	Caja Reaseguradora de Chile
1927	DFL N° 4.901	Caja de Previsión de los Carabineros de Chile
1928	Ley N° 4.312	Instituto de Crédito Industrial
1928	Ley N° 4.248	Consejo de Fomento Carbonero
1928	Ley N° 4.404	Inspección General de Sociedades Anónimas y Operaciones Bursátiles
1928	Ley N° 4.447	Dirección General de Menores
1928	Ley N° 4.496	Caja de Colonización Agrícola
1929	Ley N° 4.648	Jardín Zoológico Nacional
1929	DFL N° 769	Servicio de Control de Exportación
1931	DL N° 82	Dirección del Registro Electoral
1931	DFL N° 135	Superintendencia de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio
1931	DFL N° 222	Línea Aérea Nacional
1931	DFL N° 235	Servicios Agua Potable y

		Alcantarillado
--	--	----------------

La creación de estos servicios demuestra lo siguiente: “1) que este régimen puso énfasis, por circunstancias propias de la misma crisis que comenzaba a vivir el país en el sector económico, creando al efecto servicios públicos destinados a fortalecer el proceso económico productivo nacional. De ahí las instituciones de crédito y de fomento que entonces se crean y 2) no puede sostenerse hoy que estos organismos hayan sido inútiles e injustificados, ya que bastaría para desvirtuar esta afirmación el hecho de que muchos de estos servicios y organismos se mantuvieron en el tiempo o mutaron en instituciones similares<sup>865</sup>.”

El crecimiento de la burocracia (excesivo para muchos y para la Misión Kremmerer<sup>866</sup>, por mencionar a alguno de los analistas) durante esta administración estuvo determinada, en gran medida, por el nacimiento de

---

<sup>865</sup> Urzúa V., Germán; García B., Ana María. Op. cit., 49p.

<sup>866</sup> La Misión Kemmerer consistió en una serie de propuestas de remodelación de los sistemas monetarios, bancarios y fiscales, que luego se convirtieron en leyes (algunas de las cuales perduran hasta hoy). “La Misión” –que en realidad fueron varias- se desarrolló principalmente en Latinoamérica, entre 1919 y 1931. Los trabajos fueron liderados por Edwin Walter Kemmerer, economista estadounidense, profesor de Economía en la Universidad de Princeton, contratado como asesor financiero y económico por los gobiernos de Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, México y Perú, con el fin de consolidar la estabilidad monetaria. Las misiones estuvieron integradas por distintos colaboradores expertos en banca, contabilidad, organización tributaria y auditoría.

todos esos servicios destinados al fomento y desarrollo de actividades propiamente económicas, de tal manera que fue un crecimiento necesario en la medida en que el Estado comienza a actuar en otras esferas de la vida social.

El diagnóstico del crecimiento inorgánico de la administración pública, fue una problemática que imponiendo una elevada presión fiscal al erario público. Esta situación debilitó la posición del Estado para hacer frente presupuestariamente a las necesidades que demandaron las políticas de recuperación postcrisis y el proyecto de reforma del Estado. Esta situación adquirió mayor complejidad con los efectos inflacionarios de las políticas de fomento, con los que convivió la economía chilena del período.

Esta problemática fue enfrentada por medio de la promulgación de leyes cuyos objetivos fueron la reducción del tamaño de la burocracia, reorganización y despidos o rebajas salariales. El mecanismo para llevar a cabo estas acciones fue la autorización de facultades extraordinarias al Presidente para determinar plantas y reorganizaciones. En el periodo que va desde la primera administración del Presidente Ibáñez a la segunda (1927 -



1958 se dictaron diez leyes de reorganización<sup>867</sup>, que serán destacadas en cada caso. En el caso de este primer gobierno, las Leyes 4.075 de 1926 y 4.113 de 1927, buscaron rebajar las remuneraciones, eliminar gratificaciones y suprimir cargos; las leyes 4.156 de 1927, 4.795 de 1930 y 5.005 de 1931 ampliaron las facultades del Presidente para reorganizar sueldos y plantas.

### **3.2.2.1.1 DFL de reorganización N° 7.912 de junio de 1927.**

Es una de las primeras leyes tendente a modernizar la labor económica del Estado desde la vigencia de la Constitución Política de 1925. En concreto, este decreto con fuerza de ley reorganizaba los Ministerios y asignaba las funciones y labores que en adelante desempeñarían.

En su artículo 4°, se mostraba el claro giro administrativo que estaba proponiendo esta reorganización:

*Artículo 4° Que la mayor ingerencia que el nuevo régimen constitucional asigna al Presidente de la República en la dirección de los*

---

<sup>867</sup> Arias Y., Karina. Ideas, intentos y fracasos en el proceso modernización administrativa entre las dos administraciones de Ibáñez (1927-1958). *Universum* [online], 27: 2012, 18p.

*negocios del Estado, hace necesario dotar a la Presidencia de organismos de cooperación inmediata en el estudio de las materias sometidas a su resolución, a fin de capacitarla, además, para que pueda hacer concurrir las actividades de los diferentes Ministerios en las finalidades generales de la política administrativa y económico-social del Gobierno; y 5° Las facultades que me otorgan las leyes 4,113 y 4,156, de 5 de Febrero y 1° de Agosto del presente año, respectivamente.*

### **3.2.2.1.2 Creación legal de la Contraloría General de la República.**

Mediante el Decreto con Fuerza de Ley N° 400 bis, del Ministerio de Hacienda, de 1927, el Presidente de la República, Sr. Emiliano Figueroa Larraín, dispuso la creación de la Contraloría, mediante la aprobación del denominado “Proyecto de Contraloría Jeneral de la República” propuesto por la Misión Kemmerer. Los fundamentos de este cuerpo legal enfatizaron la necesidad de centralizar en un órgano administrativo especial, que actuara con unidad de propósitos, la fiscalización de los ingresos nacionales y la inversión de los recursos fiscales, dirigido por un jefe dotado de amplias facultades,

“para que pueda responder ante el Presidente de la República de la eficiencia de los servicios que se le encargan”.

El art. 1° del proyecto aludido dispuso la fusión del Tribunal de Cuentas, la Dirección de Contabilidad General, la Sección de Bienes Nacionales y la Dirección General de Estadística en una oficina administrativa, denominada Contraloría General de la República, la que “será independiente de todos los Ministerios i de las demás reparticiones del Estado”. El art. 2° señaló que un funcionario, denominado Contralor General de la República, tendría a su cargo la Contraloría, quien sería nombrado por el Presidente de la República, durando seis años en sus funciones, pudiendo ser reelegido. Finalmente, los arts. 2° y siguientes contemplaron una organización administrativa básica consistente en un Contralor General, un Subcontralor y un Inspector General de Servicios Públicos. Finalmente, el art. 38 dispuso que la Ley de Presupuestos contemplase los fondos necesarios para el mantenimiento del servicio, el que sería fijado por decreto del Contralor General, aprobado por el Ministro de Hacienda-

La Contraloría adquirió en este período su estructura orgánica mediante el Decreto Ley N° 258, de 1932, Ley Orgánica de la Contraloría,

reglamentado por el Decreto Supremo N° 935, del Ministerio de Hacienda, de 1933, Reglamento Orgánico de la Contraloría<sup>868</sup>.

### **3.2.2.2 Administración del Presidente Arturo Alessandri Palma (1932 - 1938).**

El período siguiente, que está comprendido entre los años 1932 y 1938, corresponde a la Presidencia de don Arturo Alessandri Palma. Las actividades estatales ejercen un rol claro y distinto respecto del papel que jugó durante la vigencia de la Constitución Política de 1833. No prevalece el liberalismo y la mentalidad individualista, que era compatible con un Estado abstencionista en los ámbitos económico y social. El Estado asume una relación paternalista respecto de los particulares, lo que determina que éste último comience a intervenir diferentes aspectos de la vida nacional. Esta actitud paternalista se mantendrá pese a la ideología liberal de sus gobernantes, como sucede durante la Administración de don Arturo Alessandri Palma<sup>869</sup>.

Cuadro N°5.

---

<sup>868</sup> Obando C., Iván. La Contraloría General de la República en perspectiva histórica y comparada. En “Contraloría General de la República: 85 años de vida institucional (1927-1912), Unidad de Servicios Gráficos de la Contraloría General de la República, Santiago, 2012, 71p.

<sup>869</sup> Urzúa V., Germán y García B., Ana María. Op. cit., 52p.

<b>Año</b>	<b>Ley</b>	<b>Organismo</b>
1932	DL N° 520	Comisariato General de Subsistencia y Precios (Gobierno provisional de Carlos Dávila)
1932	Ley N° 5.107	Comisión de Cambios Internacionales
1932	DL N° 595	Caja Autónoma de Amortización de la Deuda Pública
1936	Ley N° 5950	Caja de Habitación Popular
1937	Ley N° 5989	Sociedad Constructora de Establecimientos Educativos
1937	Ley N° 6037	Caja de la Marina Mercante

De acuerdo con el juicio del economista chileno y testigo de la época, Jorge Ahumada, en su obra “En vez de la miseria”, “la tarea de la reestructuración a la que se vio confrontado el país a raíz de la crisis de 1930 no podía ser realizada por la acción espontánea de la iniciativa privada, sobre todo porque las fuentes vitales de esa iniciativa se alimentaban de la agricultura, la minería y el comercio, cuyos empresarios no estaban preparados para la tarea de construcción industrial que había que encarar... La realización de las nuevas tareas del Gobierno exigió la expansión de la

maquinaria administrativa existente. Con el tiempo pasó a ser el patrón con más empleados, el consumidor de mayor demanda, el más grande generador de ingresos y el mayor de todos los inversionistas del país. Al crecer la maquinaria administrativa debió haber cambiado de naturaleza, tal como lo hace todo organismo que madura. El crecimiento no es sólo cuestión de dimensiones; lo es también de composición, de modo que si no ocurre esta última adaptación, el mecanismo no funciona bien”<sup>870</sup>. Las últimas palabras del autor hacen alusión justamente al cambio de estructura estaba operando en la Administración, proceso que es distintos de la mera ampliación o cobertura. Este proceso estaría determinado más por la realidad político-económica del país que por una declaración de principios de la Carta Magna, pues, como hemos visto, el Estado se vio en la necesidad de excederla para atender efectivamente las necesidades públicas que arrojaban sus diagnósticos.

### **3.2.2.3 Administración Pública entre 1938 y 1952 (Gobiernos Radicales).**

La llegada al poder del Frente Popular, coalición electoral conformada por un amplio grupos de partidos de izquierda y bajo la hegemonía del centro

---

<sup>870</sup> Ahumada, Jorge. Después de la miseria. Editorial del Pacífico, Santiago, 1958, 35p.

político chileno, hizo que desde 1938 se estimulara la industrialización del país y se produjera una gran corriente de pensamiento económico que sin descuidar la preocupación social, privilegió el crecimiento de un nuevo sector administrativo, volcado hacia la empresa, creando un número cada vez mayor de organizaciones empresariales del Estado.

El Estado se había preocupado de mucho antes por fortalecer la empresa privada. A fines del 1800, por iniciativa suya se había formado la Sociedad de Fomento Fabril, por ejemplo, y constantemente había mantenido una relación auspiciosa con el sector económico particular. Pero el Presidente Aguirre iba más allá de la relación Estado- empresa que se había mantenido en el pasado. El fomento de la industrialización se constituyó como el eje central de la política económica de los gobiernos radicales. Este proceso, que había comenzado en 1933 para superar las secuelas dejadas por la crisis del 29, fue desarrollando un nuevo modelo de capitalismo estatal. Es interesante constatar que este fenómeno no sólo se imponía en Chile, sino que más bien era el resultado de una serie de experimentos en la política económica de los países

del centro, para corregir las deficiencias del modelo capitalista a través de una mayor participación del Estado en la vida económica del país<sup>871</sup>.

En este período (1938-1952) las administraciones radicales se caracterizan por un esfuerzo uniforme tendiente a crear un desarrollo industrial y económico general, hasta entonces apenas incipiente. Particularmente este proceso se inaugura con la Corfo, de la que emanan los organismos específicos que promueven el desarrollo de la producción de energía eléctrica (Endesa), de combustibles (Enap) o de otras áreas de la actividad fabril, industrial y aun agrícola del país.

Este período que hemos denominado genéricamente “período radical” se caracteriza por: 1. La utilización frecuente y reiterada de facultades legislativas delegadas por el Congreso Nacional para reorganizar la Administración Pública; 2. Desarrollo de los organismos funcionalmente descentralizados (semifiscales, autónomos y empresas autónomas), y 3. Crecimiento desorganizado de la Administración, especialmente descentralizada, por virtud de presiones cruzadas de sectores socioeconómicos interesados en el crecimiento de la burocracia estatal.

---

<sup>871</sup> Sunkel, Osvaldo y Paz, Pedro. El desarrollo latinoamericano y la teoría del desarrollo. Siglo XXI, México, 1975, 229p.



### **3.2.2.3.1 Administración del Presidente Pedro Aguirre Cerda (1938 – 1941).**

La llegada al Gobierno de don Pedro Aguirre Cerda en 1938 y el terremoto que asolara al país el 24 de enero de 1939, fueron los elementos coyunturales que aceleraron la creación de la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO). Esta catástrofe dejó al descubierto la precaria situación económica en la que se encontraba el país, reflejada en la escasez de recursos de inversión, el retraso tecnológico y la magra movilización y diversificación de los recursos financieros, entre otros<sup>872</sup>. Dentro de este mismo plano, la acción gubernamental se basó en la creación de un organismo encargado de fomentar y coordinar el desarrollo económico del país. En definitiva, éste sería el organismo del Estado chileno encargado de impulsar la actividad productiva nacional. La CORFO abordó su objetivo echando directamente las bases de la industrialización del país, orientándose a generar las industrias básicas. Así, bajo su alero fueron creadas las grandes empresas, indispensable para el desarrollo de Chile, como la Empresa Nacional de Electricidad (ENDESA) en 1943, la Compañía de Acero del Pacífico (CAP) en 1946, la Empresa

---

<sup>872</sup> Muñoz G., Oscar. Economía política de la industrialización chilena, 1940-1970. Apuntes Cieplan, Santiago de Chile, 37: 1982, 5p.

Nacional de Petróleo (ENAP) en 1950, y la Industria Azucarera Nacional (IANSA) en 1953, entre muchas otras<sup>873</sup>.

La CORFO, entre otras iniciativas, puso en marcha el plan de electrificación que ha elevado –a 1958– más de diez veces el potencial de energía hidroeléctrica que existía antes. Dirige la exploración y explotación industrial del petróleo en Magallanes. Su producción suple la totalidad del consumo interno del país desde 1956, con excepción del combustible empleado en la gran minería, la industria salitrera y la aviación. Industrializó la siderúrgica en Huachipato, convirtiendo a Chile en un país exportador de acero.

Trazó los fundamentos del Plan Agrícola con los siguientes objetivos: “a) recuperación de más de cuatro y medio millones de hectáreas corroídas por el cáncer de la erosión; b) habilitación de nuevas superficies de cultivo de las superficies arables; c) elevación del rendimiento y productividad agrícolas por el cultivo mecanizado, los fertilizantes y la destrucción de las malezas y plagas de la agricultura que anulaban la mayor parte de los esfuerzos del agricultor; d) habilitación de caminos y medios de transporte para facilitar el

---

<sup>873</sup> Camacho, Gladys. Op. cit., 405 – 406pp.

trabajo de la tierra y transportar a los centros de consumo los productos del campo”<sup>874</sup>.

La CORFO preparó un Plan General de Desarrollo y “para remediar las urgencias más apremiantes, Aguirre Cerda elabora un Plan de Acción Inmediata, que pone en marcha en 1940, y que contiene, por primera vez en Chile, una planificación de la economía nacional. Comprende a la Minería, con la Fundición Nacional de Oro y Cobre que se va a construir en Paipote; comprende, también, la Producción de Energía Eléctrica y Fomento de Combustibles, punto de partida de las grandes Centrales Hidroeléctricas que hoy están distribuidas en el territorio y de la idea de crear una corporación para el fomento de la producción carbonífera; están comprendidas la agricultura y las explotaciones afines; las industrias, el comercio, los transportes; el petróleo; la pesca; las industrias de la madera; la industria química pesada; la producción de fertilizantes y de abonos calizos, y la explotación de los salares de Pintados para la obtención de sulfatos y cloruro de potasio, aparte de la atención insoslayable que merece la industria salitrera”<sup>875</sup>.

---

<sup>874</sup> Camacho, Gladys. *Ibíd.*

<sup>875</sup> Camacho, Gladys. *Ibíd.*

Cuadro N°6.

Año	Ley	Organismo
1939	DFL N° 3.283	Dirección General de Restaurantes y Hospederías Populares Fiscales y la Dirección General de Cesantía
1939	Ley N° 6.334	Corporación de fomento de la Producción y la Corporación de Reconstrucción y Auxilio
1940	DFL N° 1.779	Dirección General de Cesantía
1941	Decreto Ministerio de Hacienda N° 1684.	Industria Nacional de Neumáticos (INSA)

Si se enumeran los organismos creados en los primeros años del gobierno de Aguirre Cerda, correspondientes al Frente Popular, vale decir, entre 1939 y 1941, se podría llegar a la conclusión de que el Estado no ensanchó significativamente su esfera de acción. Así, las más grandes creaciones de esos años son la Corporación de Fomento de la Producción y la

Corporación de Reconstrucción y Auxilio<sup>876</sup>. Pero estas creaciones serán fundamentales para el desarrollo posterior de la intervención del económica del Estado. La creación de servicios destinados al incremento de la producción económica, característica esencial del periodo, junto con estar identificado a una concepción ideológica concreta, trajo como consecuencia ineludible, el incremento de la burocracia pública.<sup>877</sup>

### **3.2.2.3.2 Administración del Presidente Juan Antonio Ríos (1942 – 1946).**

En febrero de 1942 se convocó a elecciones extraordinarias para Presidente de la República ante el fallecimiento de Pedro Aguirre Cerda, ocurrido en noviembre de 1941. La victoria fue para Juan Antonio Ríos, candidato radical de tendencia moderada. Ríos continuó el programa democratizador y de desarrollo económico social de su predecesor. El Presidente Aguirre Cerda había sido un convencido de que el mejoramiento del nivel de vida de la nación dependía del incremento de la renta nacional y

---

<sup>876</sup> Urzúa V., Germán y García B., Ana María. Op. cit., 57p.

<sup>877</sup> Urzúa V., Germán y García B., Ana María. Op. cit., 59p.

de su más justa distribución, por medio de la producción y aumento de salario<sup>878</sup>.

Cuadro N° 7.

<b>Año</b>	<b>Ley</b>	<b>Organismo</b>
1942	DFL N° 32/1.552	Servicio Médico Nacional de Empleados
1942	DFL N° 2581	Chile Films
1942	DFL N° 2.821	Consejo Nacional de Comercio Exterior
1942	DFL N° 2851	Instituto de Economía Agrícola
1944 <sup>879</sup>	DS (Hacienda) N° 97	Empresa Nacional de Electricidad S. A.
1945	DS N° 8019	Instituto Nacional de Investigaciones Tecnológicas y Normalización
1944	Ley N° 7.874	Sociedad Constructora de Establecimientos

<sup>878</sup> Echenique, Antonia C.; Rodríguez, Concepción G. Historia De La Compañía De Acero Del Pacífico S.A. (Huachipato: Consolidación Del Proceso Siderúrgico Chileno, 1905–1950). Compañía de Acero del Pacífico, 1990, p. 73

<sup>879</sup> Se constituye por escritura pública en diciembre de 1943.

		Hospitalarios
1945	Ley N° 8059	Defensa Civil de Chile
1945	Ley N° 8.132	Empresa Nacional de Transportes Colectivos S.A.
1946	DS (Hacienda) N° 2004	Compañía de Acero del Pacífico S. A.

### **3.2.2.3.2.1 Ley de reorganización N° 7.200 de junio de 1942.**

Esta ley fue conocida como la “Ley de emergencia económica”. Modifica sustancialmente varios servicios que son fusionados o reorganizados. Esta Ley era un estatuto que reordenaba la administración del Estado, la seguridad interior y exterior y el manejo de la economía nacional, ampliando significativamente las atribuciones del Presidente de la República<sup>880</sup>. Esta reestructuración ordenó las reparticiones y organismos en cada Secretaría de Estado. Para ilustrar la forma en que la ley lo hizo,

---

<sup>880</sup> Durán B., Florencio. El Partido Radical. Editorial Nascimento, Santiago, 1958, pp. 273 – 380.

ofrecemos como ejemplo lo que se dispuso respecto del Ministerio del Interior:

*Artículo 1° Los servicios dependientes del Ministerio del Interior serán los siguientes:*

- 1) Subsecretaría y Administración General;*
- 2) Servicio de Gobierno Interior;*
- 3) Dirección General de Correos y Telégrafos;*
- 4) Dirección del Registro Electoral;*
- 5) Dirección General de Auxilio Social;*
- 6) Dirección General de Carabineros de Chile;*
- 7) Dirección General de Investigaciones e Identificación;*
- Dirección General de Servicios Eléctricos y de Gas;*
- 9) Dirección General de Informaciones y Cultura;*
- 10) Dirección General de los Servicios de Agua Potable y Alcantarillado, y*
- 11) Dirección General de Alcantarillado de Santiago.*

Dicha ley habilitó al Ejecutivo a promulgar varios decretos para introducir reformas en las áreas respectivas. Retomaremos el tratamiento de



esta importante Ley de reorganización a propósito del tratamiento de los entes autónomos.

### **3.2.2.3.2.2 Ley de Reforma Constitucional N° 7.727 de noviembre 1943.**

Esta reforma constitucional discurrió sobre tres grandes objetivos: fortalecer la potestad legislativa del Presidente de la República en materia de creación de gasto público; circunscribir la potestad administrativa del Presidente de la República en las mismas materias y reforzar las atribuciones fiscalizadoras, contables y jurisdiccionales de la Contraloría en materia de recursos y fondos públicos. Originalmente, ella perseguía solamente fortalecer la iniciativa legislativa del Presidente de la República en materias administrativas, mediante la concesión de una iniciativa exclusiva, pero durante el *iter* legislativo esta iniciativa exclusiva fue extendida a la alteración de la división política o administrativa y la creación de nuevos servicios públicos o empleos rentados<sup>881</sup>.

---

<sup>881</sup> Obando C., Iván; Allesch P., Johann. Op. cit., pp. 73-74.

Finalmente, se reforzaron las atribuciones antedichas de la Contraloría, mediante la concesión de autonomía constitucional a esta última, la que le permitiría ejercerlas sin interferencia de otras autoridades o poderes.

El art. 1° de dicha ley agregó tres nuevos incisos al art. 21 de la Constitución Política de 1925, del siguiente tenor:

*“Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades, de la Beneficencia Pública y de los otros 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. Se exceptúan de esta disposición las cuentas del Congreso Nacional, que serán juzgadas de acuerdo con sus reglamentos internos./ La Contraloría no dará curso a los decretos que excedan el límite señalado en el número 10° del artículo 72 de la Constitución, y remitirá copia íntegra de los antecedentes a la Cámara de Diputados./ También enviará copia a la misma Cámara de los decretos de que tome razón y que se dicten con la firma de todos los Ministros*

*de Estado, conforme a lo dispuesto en el precepto citado en el inciso anterior”.*

De acuerdo a lo anterior, Silva Bascuñán señaló años más tarde que la mentada autonomía permitía desempeñarse “con plena libertad en el ejercicio de sus tareas, en relación a los entes sobre que recae su acción e incluso respecto de los órganos fundamentales del Estado”<sup>882</sup>. Silva Cimma agregó que dicha autonomía era absoluta y que la única intervención de otras autoridades se materializaba en la designación del Jefe Superior del Servicio: el Contralor General era designado por el Presidente de la República, con el acuerdo del Senado<sup>883</sup>.

Por otro lado, y en el sentido de fortalecer la potestad legislativa del Presidente, la Ley N° 7.727 establece la iniciativa exclusiva del Presidente en determinadas materias de ley y limita las atribuciones del Congreso a su respecto (art. 45). Por una parte, se agregan como materias de ley de exclusiva iniciativa del Presidente de la república: (i) Alterar la división política o administrativa del país, (ii) Crear nuevos servicios públicos o empleos

---

<sup>882</sup> Silva Bascuñán, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1963, t. III, p. 310

<sup>883</sup> Silva Cimma, Enrique. Op. cit., P. 373

rentados, y (iii) Conceder o aumentar sueldos y gratificaciones al personal de la Administración Pública, de las empresas fiscales y de las instituciones semifiscales (se excluye de esta disposición el Congreso Nacional y los servicios que de él dependan).

De aquí que la misma Constitución de 1925, luego de la reforma constitucional aprobada por la Ley N° 7.727, de 1943, haya innovado en la visión tradicional de la Administración del Estado para dar acogida a las nuevas formas organizacionales creadas por el legislador. Hablará ahora de Administración Pública, empresas fiscales e instituciones semifiscales, consciente, como se dejó constancia en la historia fidedigna de su establecimiento, que era conveniente incorporar al cuerpo del Código Político las nuevas organizaciones que mostraba el escenario administrativo de la época.

*Artículo 45, inciso 3º, primera parte. Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa para alterar la división política o administrativa del país; 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.*

Sin embargo, la incorporación al cuadro de la Administración del Estado de los organismos descentralizados funcionales que se han conocido, a raíz de la incidencia en el sector público de los factores sociales y socioeconómicos de cambio que impactaron la realidad chilena, hizo que el constituyente, en la reforma del año 1943, aprobada por la Ley N° 7.727, reconociera la existencia de estos nuevos organismos y los insertara en el texto del Código Político.

De aquí que el inciso 3° del artículo 45 de la Carta Fundamental, por efecto de esta reforma, pasara a considerar desde el año 1943 junto a la Administración Pública a dos grandes tipos de entidades administrativas: “las empresas fiscales” y “las instituciones semifiscales”.

*Artículo 45, inciso 3°. Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa... 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. Precisamente, basándose en este artículo, la Contraloría General de la República habría de modelar la primera gran sistematización jurisprudencial de la Administración del Estado de Chile.*

Lo hizo desde dos puntos de vista:

En una primera etapa, marcada por el año 1957, la Contraloría General, en una tesis restrictiva, aceptó al artículo 45, inciso 3º, como criterio basal de una clasificación constitucional y por ende taxativa de los organismos constitutivos de la Administración, cerrando el cuadro clasificatorio de la Administración del Estado a toda realidad legislativa distinta de la constitucional.

En un segundo período, marcado por el año 1960, la Contraloría General de la República liberó el cuadro clasificatorio del marco constitucional que había impuesto el año 1957 y admitió la existencia de otros organismos administrativos, distintos de los mencionados por el inciso 3º del artículo 45 de la Constitución Política, abriendo el organigrama de la Administración Pública a otros organismos administrativos creados por el legislador.

En el dictamen N° 55.741, de 1957, en efecto, la jurisprudencia administrativa afirmó la doctrina de la suficiencia de las normas constitucionales para caracterizar a los organismos de la Administración del Estado. Partiendo del precepto constitucional que radicaba en el Presidente de la República la titularidad de ejercicio de la función administrativa del Estado, la Contraloría General sostuvo en ese informe que el Primer Mandatario no podía ejercer esta actividad sino por medio de los organismos consultados expresamente con tal objeto en la Constitución Política, de manera que en el cuadro clasificatorio de la Administración Pública no podía haber más organismos o servicios públicos que los establecidos expresamente con tal objeto por la Carta Fundamental.

Sin embargo, en 1959, siempre bajo el imperio de estas disposiciones, el profesor Patricio Aylwin, a tono con estos nuevos tiempos, hablará de la descentralización funcional o por servicios como una forma organizacional de prestar servicios públicos “indirectamente por el Estado por medio de personas jurídicas de derecho público que el Estado crea con cargo al patrimonio público, distinto del fiscal; de personas que obran con mayor o

menor autonomía, es decir, con poderes propios de decisión, sin subordinación jerárquica por tanto al poder central”<sup>884</sup>.

“Históricamente –explicará–, la descentralización funcional se ha aplicado en un comienzo a los servicios de enseñanza superior y de beneficencia pública. El motivo en uno y otro caso y tanto en Francia como en Chile, ha sido el de aprovechar mejor la liberalidad pública y privada. En nuestro tiempo, la intervención del Estado en la vida social ha provocado una proliferación enorme de estos servicios. Ejemplos de ello son la Línea Aérea Nacional, la Empresa de Transportes Colectivos del Estado, la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, el Banco del Estado, etc. Estas personas jurídicas toman diversos nombres en los distintos países: en Francia, establecimientos públicos; en Italia, instituciones; en Argentina, entes autárquicos. En Chile se llaman de muchas maneras”<sup>885</sup>.

### **3.2.2.3.2.3 Ley de reorganización N° 7.747 de diciembre de 1943.**

---

<sup>884</sup> Pantoja Bauzá, Rolando. Op. cit., p. 41

<sup>885</sup> Aylwin, Patricio, Derecho Administrativo, tomo I, Editorial Universitaria, 1959, págs. 113 y 117.



Esta ley otorgó al Presidente nuevas facultades de carácter económico, como las de decretar la regulación o racionamiento de la importación, distribución y venta de las mercaderías o materias primas que él declarara esenciales; fijar precios de los artículos agropecuarios de producción nacional o importados; ordenar la continuación por cuenta del Estado de actividades comerciales e industriales; elaborar un plan agrario fijando zonas de cultivo; estanco del trigo y su molienda, etc.<sup>886</sup>. También disponía un plazo para dictar el Estatuto Administrativo, en su título VII:

#### *Organización de la Administración Pública*

*Artículo 38. El Presidente de la República antes del 30 de Junio próximo, dictará el texto definitivo del Estatuto Administrativo.*

Esta ley vuelve a referirse al Estatuto Administrativo, disponiendo que el Presidente de la República tuviera un plazo hasta el 30 de junio de 1944 para fijar su texto definitivo. En realidad, este estatuto se dictó por ley 8.282, del 24 de septiembre de 1945, derogando el anterior, vigente desde agosto de 1930 y contenido en el DFL 3740.

---

<sup>886</sup> Silva B., Alejandro; Silva G., María Pía. Tratado de derechos constitucional: Congreso Nacional: la función legislativa. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 64.

### **3.2.2.3.3 Administración del Presidente Gabriel González Videla (1946 – 1952).**

Destaca en el Gobierno de Gabriel González Videla la creación de la Empresa Nacional de Petróleo, en 1950, “dependiente de la Corporación de Fomento de la Producción, únicamente por la presente ley y por los estatutos que, a propuesta del Consejo de dicha Corporación, se aprueban por decreto del Presidente de la República”. “Las funciones y derechos que corresponden al Estado respecto a la exploración y explotación de los yacimientos petrolíferos y respecto a la refinación y venta del petróleo obtenido en ellos, como asimismo de los subproductos, serán ejercidos por dicha empresa”.<sup>887</sup>

También destaca la creación de la Universidad Técnica del Estado con la finalidad de dar mayor atención a las actividades productoras independientes. Esta fue una Universidad de carácter público, creada en 1947.

Durante el Gobierno de González Videla nuevamente el Congreso otorgó al Ejecutivo facultades extraordinarias mediante la Ley de

---

<sup>887</sup> Urzúa V., Germán y García B., Ana María. Op. cit., 64p.

reorganización N° 8.837 de 1947, para “refundir, coordinar y organizar servicios públicos, instituciones fiscales y semifiscales y de Administración autónoma, y también fijar la dependencia de estos organismos, de cada Ministerio”. Sin embargo el gobierno no hizo uso de estas facultades extraordinarias.

Cuadro N° 8.

<b>Año</b>	<b>Ley</b>	<b>Organismo</b>
1947	Decreto N° 957 Ministerio de Economía y Comercio	Fundición Nacional Paipote
1947	DFL N° 1831	Universidad Técnica del Estado
1948	Ley N° 8.939	Dirección de Comercio
1950	Ley N° 9.618	Empresa Nacional del Petróleo

#### **3.2.2.4 Segunda Administración de Carlos Ibáñez del Campo (1952-1958).**

Destacan en este periodo:

(i) Creación del Ministerio de Minería, que formula, dirige y realiza la política minera del gobierno, tendiente a orientar, fomentar y controlar la investigación, explotación, beneficio, transporte y comercio de toda clase de minerales.

(ii) Creación de la Empresa de Transportes Colectivos del Estado. “Mejoramiento de los servicios de la locomoción colectiva sobre la base de una organización adecuada que permitiera dar servicios a precios reducidos y con elementos de transportes cómodos y modernos”. En la fundamentación del texto que la creara, se expresó también que era necesario que el Estado asumiera directamente la atención de estos servicios para que dejaran de constituir negocio de lucro particular y se convirtiese en un organismo que mirara exclusivamente el interés y el servicio colectivos.

(iii) Creación del Instituto Nacional de Comercio, mediante la fusión del Instituto de Economía Agrícola y del Instituto de Comercio Exterior.

(iv) Creación de la Fábrica Nacional de Aeronaves establecida con personalidad jurídica y administrativa autónoma, con patrimonio propio.

(v) Creación del Departamento de Estudios Financieros del Ministerio de Hacienda. La justificación de esta oficina estaba en el hecho de que “más del 25% de la renta nacional esté bajo la orientación del Estado, lo que significa que las decisiones públicas de recaudar y gastar los recursos monetarios de la economía influya de manera decisiva en las tendencias de expansión y contracción, como asimismo en el ritmo de crecimiento económico del país”.

(vi) Creación del Banco del Estado mediante la fusión de la Caja Nacional de Ahorros, la Caja de Crédito Hipotecario, la Caja de Crédito Agrario y el Instituto de Crédito Industrial. Es “una institución bancaria, financiera y comercial que propenderá al fomento de las actividades productoras y facilitará la circulación de bienes mediante una acción crediticia que consulte las necesidades fundamentales de la economía nacional”.

(vii) Creación de la Corporación Nacional de Inversiones de Previsión para realizar una política tendiente a velar por “los recursos económicos y técnicos de que disponen las instituciones de seguridad social”.

(viii) Creación del Consejo Consultivo de Pesca y Caza. Como las normas y sistemas vigentes eran, en concepto del Ejecutivo, ineficaces, se estimó necesario crear “un organismo directivo que impulse el desarrollo de estas industrias y colabore con el gobierno en la aplicación de las normas administrativas y tributarias.

(iv) Creación del Instituto de Seguros del Estado, por la fusión de “las secciones y departamentos de seguros de vida, incendio, desgravamen hipotecario y de garantía de las diversas Cajas de Previsión Social, instituciones semifiscales, fiscales o empresas fiscales y de administración autónoma del Estado, y, en general, de todas las personas jurídicas creadas por ley, en que el Estado tenga aporte de capital o representación”.

(x) Creación de la Junta Nacional de Cooperación Agrícola, para coordinar y dar eficacia a su acción de fomento de las cooperativas y

asociaciones agrícolas, y ante el hecho de que el Departamento de Cooperativas de Pequeños Agricultores de la Caja de Crédito Agrario había funcionado defectuosamente.

(xi) Creación de la Empresa Explotadora de la Industria Hotelera de Chile, con el carácter de sociedad anónima.

(xii) Organización de la Empresa Marítima del Estado. Su creación se basó en la despreocupación de las empresas marítimas privadas por atender adecuadamente “las necesidades de aquellas partes del territorio que, por la extensión de su litoral, se mantienen aisladas del resto del país”. Por eso se resolvió dar adecuada organización y autonomía al Departamento Marítimo de los FF.CC. del Estado. Es una empresa del Estado con administración autónoma y personalidad jurídica propia.

(xiii) Creación de la Dirección General de Producción Agraria y Pesquera por la fusión de la Dirección Nacional de Agricultura y la Dirección de Pesca y Caza.

Facilitó este amplio número de creaciones estatales la Ley 11.151, que autorizó al Presidente de la República para que dentro de un plazo de 6 meses procediera a reorganizar todas las ramas de la Administración Pública con ciertas excepciones, incluyendo las instituciones fiscales y semifiscales, empresas autónomas, y en general todas las personas jurídicas creadas por ley en que el Estado tuviese aportes de capital o representación; pudiendo al efecto señalarles sus funciones y facultades y su dependencia o relación respecto de cada Ministro y, en consecuencia, reestructurarlas, fusionarlas, dividir las, fijar las plantas, ampliar y suprimir servicios, cargos y empleos. La creación de estos organismos se hizo a través de decretos con fuerza de ley, como puede apreciarse en el siguiente cuadro:

**Cuadro N° 9.**

<b>Año</b>	<b>Ley</b>	<b>Organismo</b>
1953	DFL N° 54	Empresa de Transportes Colectivos del Estado
1953	DFL N° 173	Superintendencia de Precios (SAP)
1953	DFL N° 223	Fábricas y Maestranzas del Ejército
1953	DFL N° 191	Junta Nacional de Auxilio Escolar
1953	DFL N° 200	Corporación Nacional de Inversiones de



		Previsión
1953	DFL N° 208	Consejo Consultivo de Pesca y Caza
1953	DFL N° 210	Instituto de Seguros del Estado
1953	DFL N° 285	Corporación de la Vivienda
1953	DFL N° 335	Dirección de Obras Sanitarias
1953	DFL N° 360	Junta Nacional de Cooperación Agrícola
1953	DFL N° 370	Empresa Explotadora de la Industria Hotelera de Chile
1953	DFL N° 381	Servicio de Equipos Agrícolas Mecanizados
1953	DFL N° 388	Empresa Marítima del Estado
1953	DS (Hacienda) N° 10.008	Industria Azucarera Nacional
1955	Ley N° 11.828	Empresa Nacional de Fundiciones
1955	DS N° 3.483	Servicio de Cooperación Técnica
1956	DS (Hacienda) N° 3.931	Industrias Forestales S.A.

1957	DFL N° 398	Dirección General de Producción Agraria y Pesquera
------	------------	---

#### **3.2.2.4.1 Ley de reorganización N° 11.151 de 5 febrero de 1953.**

Esta ley otorgó al Presidente de la República facultades extraordinarias administrativas y económicas con el fin de reorganizar la Administración Pública, Instituciones Semifiscales, Empresas Autónomas del Estado y, en general, todas las personas jurídicas creadas por ley en que el Estado tenga aporte de capital o representación, y para obtener la estabilización económica del país; designación de personas extrañas a la Administración Pública; régimen de jubilaciones; planta suplementaria; beneficios extraordinarios a que tendrán derecho los empleados y obreros de carácter permanente que dejen de pertenecer a los servicios reorganizados, etc.

Señalaba, en su Artículo 1°:

*Autorízase al presidente de la República para que dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha de vigencia de esta ley, proceda a*

*reorganizar todas las ramas de la Administración Pública, con excepción de las contempladas en el artículo 12°; las instituciones fiscales y semifiscales, las empresas autónomas del Estado, y en general, todas las personas jurídicas creadas por ley en que el Estado tenga aportes de capital o representación; a señalarles sus funciones y facultades y su dependencia o relación respecto de cada Ministerio y, en consecuencia, a estructurar, fusionar, dividir, fijar las plantas, ampliar, reducir y suprimir servicios, cargos y empleos.*

Más adelante, y en la misma administración, se dictó la Ley N° 12.084, de agosto de 1956, que facultó al Presidente de la República para fusionar aquellos servicios o entidades que desempeñaban labores semejantes, complementarias y paralelas.

### **3.2.2.5 Gobierno de Jorge Alessandri Rodríguez (1958-1964).**

Nuevamente el Presidente dispuso de amplias facultades para reorganizar la Administración Pública. El Gobierno de Jorge Alessandri dictó diferentes textos que establecieron la nueva estructura jurídica de la

Administración Pública. Creación de Ministerios: Trabajo y Previsión Social, Salud Pública.

(i) Creación de la empresa Nacional de Minería, mediante la fusión de la Caja de Crédito y Fomento Minero con la Empresa Nacional de Fundiciones.

(ii) Se pone término a Fanaero (Fábrica Nacional de Aeronaves de Chile), creada en 1953.

(iii) Creación de la Empresa de Comercio Agrícola, que reemplaza al Instituto Nacional de Comercio, creado en 1953. Tiene personalidad jurídica y patrimonio propio, y es una empresa del Estado.

(iv) Creación de Astilleros y Maestranzas de la Armada (Asmar), como empresa del Estado, de administración autónoma, patrimonio propio y domicilio en Valparaíso.

(v) Creación de la Empresa Portuaria de Chile (Emporchi). Los antecedentes de este organismo se remontan a 1904, en que se establece

la Junta Central de obras de Puertos, reemplazada por la Comisión de Puertos en 1910 y en 1927 pasa a denominarse Inspección Superior de Puertos. Más tarde, en el mismo año 1927, se creó el Departamento de Obras Marítimas, en que se fusionan la Inspección General de Puertos y Oficinas de Obras Hidráulicas y Construcción. Este Departamento desaparece en 1942 y surgen el Departamento de Puertos y el Servicio de Explotación de puertos. Esta situación termina en 1960, que crea la Emporchi.

**Cuadro N° 10.**

<b>Año</b>	<b>Ley</b>	<b>Organismo</b>
1960	DFL N°153	Empresa Nacional de Minería
1960	DFL N° 242	Dirección de Industria y Comercio (DIRINCO)
1960	DFL N° 274	Empresa de Comercio Agrícola
1960	DFL N° 290	Empresa Portuaria de Chile
1960	DFL N° 321	Astilleros y Maestranzas de la Armada

### **3.2.2.5.1 Ley de reorganización N° 13.305 de abril de 1959.**

Las facultades de que gozó la Presidencia de Arturo Alessandri a las que hemos aludido fueron concedidas por la Ley N° 13.305, de abril de 1959. Señalaba esta Ley, en su Título VIII sobre las Facultades Administrativas:

*Artículo 202. Autorízase al Presidente de la República para que, dentro del plazo de un año contado desde la fecha de vigencia de esta ley, proceda a reorganizar todas las ramas de la Administración Pública, con las excepciones que se señalan en el artículo 208.o, las instituciones fiscales y semifiscales, las instituciones y empresas autónomas del Estado y, en general, todas las personas jurídicas creadas por ley en las cuales el Estado tenga aportes de capital; a señalarles sus funciones y facultades y su dependencia o relación respecto de cada Ministerio y, en consecuencia, a estructurar, crear, descentralizar, fusionar, dividir, fijar las plantas, ampliar, reducir y suprimir servicios, cargos y empleos [...]*

*Se le autoriza, además, para dictar los respectivos estatutos para los personales de los Servicios, instituciones y empresas a que se refieren los*

*incisos anteriores en los cuales podrá fijar sus atribuciones, obligaciones y sanciones, como, asimismo, los regímenes aplicables a sus remuneraciones.*

El propósito reorganizador, una vez más estuvo determinado por consideraciones económicas más que de eficiencia de la propia Administración.

### **3.2.2.6 Administración del Presidente Eduardo Frei Montalva (1965 – 1969).**

El 30 de noviembre de 1964, el Gobierno del Presidente Frei Montalva remitió a la Cámara de Diputados un proyecto de reforma constitucional Ley N° 16.615, en el cual el Supremo Gobierno reconocía que “el crecimiento de las funciones del Estado moderno y su intervención en materias económicas ha dado origen en los últimos decenios a numerosos organismos, instituciones o empresas en las que participa el Fisco y a través de las cuales se satisfacen necesidades colectivas. Estas entidades, que el constituyente de 1925 no previó, se han ido agregando a la estructura administrativa de un modo desordenado y confuso, lo que ha producido una verdadera anarquía en materia de organización, denominación y régimen jurídico de los diversos

servicios que integran la Administración”. Para superar esta verdadera anarquía, proponía establecer una categorización de organismos administrativos que normalizara la terminología aplicable a ellos.

La complejidad estructural que fue adquiriendo la Administración Pública desconcertó a sus observadores por bastante tiempo. No puede dejar de llamar la atención, dirá Raúl Garrido en 1966, “la caótica confusión en que ha incurrido el legislador”; “existe una verdadera anarquía legislativa en esta materia”, agregará Hernán Vela el año 1970<sup>888</sup>.

Por otro lado, en el mismo Mensaje, el Presidente señalaba que para llevar a cabo las realizaciones y cambios que constituyen el compromiso del Gobierno con el pueblo de Chile, “es indispensable modernizar la maquinaria del Estado a fin de que cumpla con eficacia y agilidad sus funciones y sea al mismo tiempo fiel intérprete de la voluntad popular”. Sostenía, luego, en el punto III del mismo mensaje que “es urgente reservar al Poder Ejecutivo la iniciativa de todas las leyes que impliquen gastos o que interfieran con la planificación necesaria en materia económico-social. Esta disposición, que

---

<sup>888</sup> Garrido, Raúl, Las empresas estatales, Editorial Jurídica de Chile, 1966, pág.

55. Vela Soto, Hernán, De las empresas autónomas del Estado, en general, y de la Empresa Portuaria de Chile, en particular, memoria de prueba, Universidad Católica de Valparaíso, 1970, pág. 22. Citado en Camacho, Gladys, Op. cit., pp. 405.



también se está haciendo universal, tiene su fundamento en la realidad económica de nuestro tiempo. Es indudable que la enorme complicación de la economía moderna y la necesidad de planificar las inversiones y de señalar metas y prioridades, exigen planes no sólo a corto plazo, sino de desarrollo a largo plazo, que requieren unidad de criterio tanto en las inversiones como en los gastos<sup>889</sup>.

Pese a que la Administración de Eduardo Frei Montalva no gozó de las facultades extraordinarias reestructurantes que fueron otorgadas por Ley a los Gobiernos anteriores, el Mensaje citado es una muestra de que el Ejecutivo seguía demandando facultades legislativas que, en el fondo, fortalecían el rol económico de la Administración en la vida de la Nación.

Este ánimo se materializó en la creación de diversos organismos en el curso de la Administración de Eduardo Frei Montalva, entre los que se cuentan la creación del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, en diciembre de 1965, oportunidad en que también se crean el Consejo Nacional de la Vivienda y la Corporación de Servicios Habitacionales como sucesora ésta de la Fundación de Viviendas y Asistencia Social, ex Instituto de la Vivienda

---

<sup>889</sup> Frei M., Eduardo. Texto del Mensaje y del Proyecto de Reforma Constitucional propuesto por S. E. el Presidente de la República, Don Eduardo Frei Montalva, 30 de noviembre de 1964.

Rural. Es empresa del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio y autónomo.

También se creó la Oficina de Planificación Nacional, como servicio funcionalmente descentralizado con patrimonio propio y personalidad jurídica de derecho público sometida a la supervigilancia directa del Presidente de la República, a quien debe asesorar en todas aquellas materias que digan relación con el proceso de planificación económica y social.

Durante la Administración del Presidente Frei, en los años 60 se desarrollaron planes especiales de desarrollo a través de la CORFO. Estos involucraron aportes de capitales e intervenciones directas del Estado en actividades como la minería, la electrificación del país y la agricultura. También el comercio, a través del establecimiento de una red nacional de frigoríficos y diversas empresas públicas de transporte y hotelería<sup>890</sup>

Con esta óptica intervencionista, CORFO impulsó un gran plan de inversiones básicas, que contempló la creación de empresas como la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL), así como el apoyo financiero en

---

<sup>890</sup> Camacho, Gladys. Op. cit., p. 406.

general a través de la creación del Instituto Nacional de Capacitación (INACAP) y de organismos de investigación como el Instituto de Fomento Pesquero (IFOP), el Instituto de Recursos Naturales (IREN) y la Empresa Nacional de Riego.

### **3.2.2.6.1 Ley de Reforma Constitucional N° 16.615.**

Esta reforma recayó en el art. 10 N° 10 de la Constitución Política de 1925, que regula la garantía constitucional de la propiedad, sustituyendo completamente la disposición anterior por una nueva, que reconfiguró de forma profunda el régimen de propiedad sostenido a lo largo de cuatro décadas. Esta modificación, que consolida mayores atribuciones para el Estado respecto de la propiedad privada, es coherente con el desarrollo histórico y la profundización de la actividad económica del Estado durante el siglo XX. En ella pueden distinguirse los siguientes aspectos: se modifica el contenido de la garantía de la propiedad, se replantean las limitaciones y función social de la propiedad, se regula la expropiación y contiene una regulación constitucional del dominio público de aguas<sup>891</sup>.

---

<sup>891</sup> Documento “Reformas a las Constitución 1925”, disponible en la página web del Ministerio Secretaría General de la Presidencia: [http://www.minsepres.gob.cl/wp-content/uploads/2013/01/Reformas\\_a\\_la\\_Constitucion\\_de\\_1925.pdf](http://www.minsepres.gob.cl/wp-content/uploads/2013/01/Reformas_a_la_Constitucion_de_1925.pdf), 9p.

La Constitución de 1925 garantizaba “la inviolabilidad de todas las propiedades sin distinción alguna”. La Ley N° 16.615 reformula la caracterización de la garantía constitucional de la propiedad: la Constitución asegura el “derecho de propiedad en sus diversas especies” y que la ley establecerá el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y su forma de disposición.

En el texto a reformular, la Constitución Política de 1925 establecía que “el ejercicio de la propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública a favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública”. Esta era una formulación demasiado amplia y no se había incorporado el concepto de “función social de la propiedad”, que implica un enfoque muy distinto a la limitación. Se establece que el ley deberá establecer las limitaciones y obligaciones de la propiedad, de manera que se asegure “su función social” y “hacerla accesible a todos”. Luego precisa que la función social de la propiedad comprende “los intereses generales del Estado, la utilidad y la salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y

energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes” y la ley “propenderá la conveniente distribución de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar”. Esta reforma amplia y/o desarrolla el contenido de los llamados “intereses generales del Estado”, incluyendo el aprovechamiento de las fuentes y energías productivas, las condiciones de vida de sus habitantes, la distribución de la propiedad y el desarrollo de la propiedad familiar.

La reforma, además, proveía una nueva reglamentación general de la expropiación, según la cual “Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o interés social, calificada por el legislador”. La expropiación era procedente sólo en virtud de ley y “el expropiado tendrá siempre derecho a indemnización cuyo monto y condiciones de pago se determinarán equitativamente tomando en consideración los intereses de la colectividad y de los expropiados”. La ley determinaría las normas para fijar las indemnizaciones con derecho a reclamaciones por la fijación del monto ante tribunales.

Por último, en materia de Dominio Público, la reforma establecía una regulación de referida al derecho de aguas, según el cual, “la ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular”. Los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento.

#### **3.2.2.6.2 Ley de Reforma Constitucional N° 17.284.**

De acuerdo con los juristas nacionales Sergio Carrasco Delgado y Carlos Rosales Valverde, la Ley 17.284 contiene las modificaciones más sustanciales introducidas a nuestra Carta Fundamental desde que fuera dictada el año 1925<sup>892</sup>. En el Mensaje del Presidente Frei, con fecha 18 de marzo de 1969 que da inicio a la tramitación de la Ley N° 17.284, fueron expresados con claridad los cuatro objetivos principales que contenía la reforma. El proyecto abarcaba los siguientes aspectos: (i) el establecimiento de mecanismos eficaces para resolver los conflictos de poderes; (ii) la aceleración de los trámites para la formación de la ley; (iii) la entrega al Ejecutivo de

---

<sup>892</sup> Carrasco, Sergio y Rosales, Carlos. Las Reformas Constitucionales introducidas por la Ley N° 17.284. Revista de Derecho, año XXXIX, 155: 1971, 30p.

autoridad suficiente para controlar el proceso económico y dirigir la planificación y (iv), la institucionalización de la ley normativa, especialmente la que se solicita para poner en ejecución el programa presidencial<sup>893</sup>. El punto (iii), que modifica el artículo 45, fu el que mayores polémicas provocó, y es el que nos interesa analizar por la injerencia que este tiene en las relaciones que establecía el Estado con la economía del país.

Los incisos 2° y 3° del artículo 45 señalaban: “Corresponderá exclusivamente al Presidente de la República la iniciativa para proponer suplementos a partidas o ítem de la Ley General de Presupuesto; para alterar la división política o administrativa del país; para suprimir, reducir o condonar impuestos o contribuciones de cualquier clase, con intereses o sanciones, postergar o consolidar su pago y establecer exenciones tributarias totales o parciales”. También “corresponderá exclusivamente al Presidente de la República la iniciativa para crear nuevos servicios públicos o empleos rentados; para fijar o modificar las remuneraciones y demás beneficios pecuniarios del personal de los servicios de la Administración del Estado, tanto centra como descentralizada; para fijar los sueldos o salarios mínimos de los trabajadores del sector privado, aumentar obligatoriamente sus

---

<sup>893</sup> Mensaje de S.E. El Presidente de la República. Fecha 18 de marzo de 1969. Cuenta en Sesión 21, Legislatura Extraordinaria 1968-69.

remuneraciones y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirvan para determinarlos”. Por último, dicha “iniciativa exclusiva se extenderá a materias que digan relación con el establecimiento o modificación de los regímenes previsionales o de seguridad social, con la concesión o aumento, por gracia, de pensiones u otros beneficios pecuniarios y con la condonación de las sumas percibidas indebidamente por concepto de remuneraciones u otros beneficios económicos, pensiones de jubilación, retiro o montepío o pensiones de gracia. Esta disposición no se aplicará al Congreso Nacional y a los servicios que de él dependen”.

Estos preceptos, consolidaban un proceso cuya consolidación se fraguó a lo largo de la primera mitad del siglo XX: la responsabilidad de la actividad económica y financiera del Estado se encontraba radicada en el Poder Ejecutivo. El Presidente don Jorge Alessandri ya había sostenido en el mensaje del proyecto de reformas del 1964: “Si el Presidente de la República tiene la responsabilidad exclusiva del manejo administrativo y financiero de la nación, lo lógico es que los parlamentarios no tengan derecho alguno de iniciativa en esta materia y que ella pertenezca exclusivamente al Jefe de Estado”<sup>894</sup>.

---

<sup>894</sup> Carrasco, Sergio; Rosales, Carlos. Op. cit., 36p.



A través de esta reforma se quiso terminar con todo lo que signifique una interferencia extraña en la conducción de lo económico en el país, con la finalidad de que se establezcan programas definidos orientados a desarrollar “una política económica que suponga la aplicación de los recursos fiscales de acuerdo con criterios de prioridad técnicamente determinados”<sup>895</sup>, según fue dicho en la discusión suscitada en el Senado a propósito de esta ley.

Esta reforma, también, implicaba un nuevo giro terminológico que ajustaba cuentas con la realidad histórica de fines de la década de 1960. De acuerdo con el profesor Rolando Pantoja, “Las expresiones “administración pública” y “empleos públicos”, de 1833 y 1925; “servicios públicos”, “Administración Pública, las empresas fiscales y las instituciones semifiscales”, de 1943, y las de “administración del Estado, tanto central como descentralizada”, de 1970, no sólo fueron nombres identificadores de organismos componentes del sector público administrativo: constituyeron, en verdad, fórmulas terminológicas representativas, en cada tiempo y edad, de lo que fue el ser de la Administración del Estado de Chile, los hitos fijadores del itinerario organizacional desde el cual el derecho administrativo chileno ha

---

<sup>895</sup> *Ibíd.*

estructurado su esfuerzo sistematizador del panorama orgánico del país, en un recorrido que se desplaza desde la centralización a la descentralización, desde el centralismo a la libertad de actuación-gestión, desde la jerarquía a la coordinación, desde la rigidez a la fluidez, en una evolución difícil, surgida como respuesta institucional a los urgentes requerimientos que se sucedieron en la sociedad chilena”<sup>896</sup>.

Es importante agregar, por último, la relevancia que tiene la incorporación del Tribunal Constitucional dentro de la institucionalidad que proponía esta reforma, como un elemento racionalizador de la órbita de acción de los poderes del Estado. Antes de la reforma sólo existía en Chile el “recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley”, que resultó insuficiente, “ya que sus efectos son relativos al caso determinado que se conoce y no extensivos ni siquiera a través de una jurisprudencia reiterada”<sup>897</sup>. El Tribunal Constitucional tendría la facultad de dirimir controversias entre poderes dentro de la institucionalidad, de manera que se podrá eliminar uno de los principales escollos que actualmente impide que las funciones del Estado se pudieran ejercer de acuerdo a la Constitución.

---

<sup>896</sup> Pantoja Bauzá, Rolando. Op. cit. (1998), 107p.

<sup>897</sup> Carrasco, Sergio; Rosales, Carlos. Op. cit., 39p.

**Cuadro N° 11.**

<b>Año</b>	<b>Ley</b>	<b>Organismo</b>
1964	Consejo Corfo	Instituto de Recursos Naturales
1964	Consejo Corfo	Instituto de Fomento Pesquero
1965	DS (Hacienda) N° 5.487	Empresa Nacional de Telecomunicaciones
1965	Ley N° 16.391	Consejo Nacional de la Vivienda
1965	Ley N° 16.391	Corporación de Servicios Habitacionales
1966	Ley N° 16.464	Parque Metropolitano de Santiago
1966	DS N° 2.541	Instituto Nacional de Capacitación
1967	Ley N° 16.635	Oficina de Planificación Nacional
1967	Ley N°	Corporación del Cobre

	1.6624	
1967	Ley N° 16.690	Empresa Nacional de Riego
1969	DS (Hacienda) N° 1.776	Sociedad de Construcciones y Operaciones Agropecuarias (SOCOAGRO)

### **3.2.2.7 Administración del Presidente Salvador Allende Gossens (1970 – 1973).**

Durante los años sesenta, la economía chilena exhibía las insuficiencias típicas del modelo de industrialización sustitutiva en su fase terminal. Los rasgos de esta etapa, a modo general son<sup>898</sup>:

(i) Existían todavía estructuras agrarias en que todavía dominaba el latifundio tradicional, de corte semi-capitalista; (ii) se mantenía el perfil exportador primario y este sector (especialmente la gran minería del cobre) estaba en manos del capital extranjero; (iii) existía un proceso de

---

<sup>898</sup> Valenzuela F., José. El Gobierno de Allende: Aspectos económicos. Aportes, Revista de la Facultad de Economía, BUAP, Año XI, 33: 2006, 7p.

industrialización “trunco”, que no lograba desplegar una gran capacidad exportadora; (iv) las entradas de capitales extranjeros provocaron flujos en sentido inverso que muy pronto anulan los efectos netos positivos iniciales.

Sin embargo, en la época, como hemos visto en el caso del Gobierno de Eduardo Frei M., aumenta el papel económico del Estado<sup>899</sup>: (i) aumenta drásticamente su participación en la inversión fija total; (ii) se pone al servicio del nuevo tipo de capital extranjero, generándole economías externas y hasta canalizando ahorros nacionales en su favor; (iii) jugando un papel decisivo en la “realización del producto global. Según un estudio de la época, en 1970 el sector público inducía el 47% del valor agregado total, un 41% del empleo, un 44% del consumo familiar y un 44% del excedente bruto<sup>900</sup>.

En el Primer Mensaje del Presidente Allende, ante el Congreso pleno, el 21 de mayo de 1971, se expresaron las grandes líneas que guiarían la política económica del Gobierno. En el punto quinto, relativo a las reformas estructurales que impulsaría el Gobierno, sostuvo que:

---

<sup>899</sup> Valenzuela F., José. Op. cit., 8p.

<sup>900</sup> Mistral, C. Chile: del triunfo popular al golpe fascista. Editorial ERA, México, 1974, 34p.

“Iniciar el proceso de transformaciones estructurales es una necesidad histórica ineludible, toda vez que con ello se abre cauce al desarrollo impetuoso de las fuerzas productivas sociales al modificar sustancialmente las relaciones de producción imperantes. Es importante señalar que sólo en el contexto de esas transformaciones puede mantenerse una política de redistribución de ingresos con carácter permanente. El programa de reformas estructurales planteado para 1971 es el siguiente:

- “1.- Nacionalización de las grandes riquezas básicas.
- 2.- Estatización completa de la banca privada.
- 3.- Nacionalización (estatización) de algunos grandes monopolios de la producción y distribución.
- 4.- Profundización de la Reforma Agraria.
- 5.- Ampliación del área estatal del Comercio Exterior”<sup>901</sup>

El sector clave y que debía funcionar como núcleo a desarrollar el sector estatal o “Área de Propiedad Social”. Esta se integraba de (i) la gran minería del cobre, salitre, yodo, hierro y carbón mineral; (ii) el sistema financiero del país, en especial la banca privada y seguros; (iii) el comercio

---

<sup>901</sup> Primer Mensaje del Presidente Allende ante el Congreso pleno, 21 de mayo de 1971, 2p.

exterior; (iv) las grandes empresas y monopolios de distribución; (v) los monopolios industriales estratégicos y (vi) en general aquellas actividades que condicionan el desarrollo económico y social del país, tales como la producción y distribución de energía eléctrica, el transporte ferroviario, aéreo y marítimo; las comunicaciones; la producción, refinación y distribución del petróleo y sus derivados, incluyendo el gas licuado; la siderurgia, el cemento, la petroquímica, la celulosa y el papel”<sup>902</sup>.

El Gobierno de la Unidad Popular asumió, principalmente, una tarea de nacionalización, y es por eso que la creación de empresas públicas y otros organismos no es descollante. Las tareas programáticas contenidas en el mensaje fueron puestas en acción de inmediato. A fines del año 1971, habían sido traspasadas al sector público (Área de Propiedad Social) ya sea por ley, por adquisición de la mayoría de sus acciones o por expropiación legal las cinco grandes empresas del cobre (Chuquicamata, El Teniente, El Salvador, Exótica y Andina); SOQUIMICH (salitre); Lota-Schwager (Carbón); Romeral (Hierro); CAP (Acero); CHILECTRA (Electricidad de Santiago y Valparaíso) SOCOMETAL, INDAC, SGM y otras metalúrgicas. La mayor parte de las

---

<sup>902</sup> Cf. Unidad Popular. Programa básico del gobierno de la Unidad Popular, Santiago, 1969 (?).

empresas pesqueras y la mayor parte de los bancos (unos quince), lo cual significa el 70% del sistema bancario<sup>903</sup>.

Por otro lado, y mediante el polémico Decreto N° 520 de 1932, fueron requisadas y/o intervenidas por problemas de abastecimientos y de acuerdo con la ley las mayores empresas textiles (Yarur, Sumar, Hirmas, industrias de Tomé) algunas de las cuales tienen varias plantas o empresas subsidiarias; dos principales productoras de cemento (Melon y Polpaico); CTC (teléfonos), MADECO (manufacturas de cobre); CCU (cervecera) y Ford Motors<sup>904</sup>. Estaban ya en trámites de formar sociedades mixtas con administración conjunta con representantes de capital privado IRT (ex RCA), INSA y Firestone (neumáticos), Madeco (provisoriamente intervenida); industrias automotrices y CHIPRODAL.

### **3.2.2.7.1 El Decreto Ley N° 520.**

El origen de este decreto se remonta al año 1932, luego del derrocamiento del Presidente electo Juan Esteban Montero. El abogado y político Carlos Dávila logro mantenerse en la primera magistratura de la

---

<sup>903</sup> Canihuante, Gustavo. La Revolución Chilena. Editorial Nascimento, 1971, 74p.

<sup>904</sup> *Ibíd.*



nación durante 100 días y dictar una serie de normas tendientes a implantar su ideología de corte socialista, entre las que destacan por su éxito la creación de un Banco del Estado y la organización del trabajo de los cesantes en los lavaderos de oro. En medio del cúmulo de normas jurídicas dictadas durante su mandato, encontramos el Decreto Ley N° 520 del 30 de agosto de 1932<sup>905</sup>.

El principal objetivo de este decreto fue otorgar ciertas facultades al Estado en nombre de la sociedad toda, para planificar y desarrollar diversos aspectos de la economía nacional que pudiesen ayudar a un desarrollo más igualitario. Dicha normativa se centró especialmente en aquellos relacionados con la producción y distribución de artículos de primera necesidad y de uso o consumo habitual. De este modo se pretendió poder abastecer a todos los chilenos, de los diversos productos comprendidos en esta calificación, tendiendo a mejorar la calidad de vida de los más postergados.

Es a fines de la década del 60', durante el gobierno de Eduardo Frei Montalva (1964-1970) y previo a la campaña presidencial de 1970, que tras un arduo análisis llevado a cabo por un grupo de juristas liderados por el

---

<sup>905</sup> Vaisbuch, Daniel. Compatibilidad jurídica del programa de la Unidad Popular sobre las tres áreas de propiedad en la economía con el ordenamiento jurídico chileno. 1970-1973. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídica y Sociales. Universidad de Chile, 2012, 69p.

connotado abogado Eduardo Novoa Monreal, quienes serían más tarde los asesores jurídicos de Salvador Allende durante su gobierno, encontraron en el Decreto Ley 520 de 1932, sumado a la otras normas de índole económico, laboral y de seguridad interior, la posibilidad de llevar a cabo un proceso transformador de la economía nacional, bajo los parámetros y dentro de los límites normativos vigentes en la época, para el caso en que no contara con las mayorías legislativas necesarias para cambiar dichos límites<sup>906</sup>.

El programa presidencial de Salvador Allende contemplaba la formación de un área de propiedad social que quedaría en manos del Estado y que sería factor dominante en la nueva economía nacional. Pero el Ejecutivo no contaba en el Congreso Nacional con las mayorías que le permitieran obtener las correspondientes leyes de expropiación. Para lograr con éxito un punto tan importante del programa, se estudió y aplicó una legislación bastante antigua, de agosto de 1932, el Decreto Ley N° 520, posterior Decreto N° 1262 de 1953, que permitía la expropiación de empresas industriales y comerciarles que se mantuvieron en receso, que no mantuvieron un ritmo normal de producción o que ocultaren mercaderías o especularen con los precios. Sobre esta base el gobierno de Allende se propuso expropiar en

---

<sup>906</sup> Vaisbuch, Daniel. Op. cit., 72p.

primer término a empresas industriales del sector textil y para ello dictó los decretos correspondientes. La Contraloría General de la República y el Consejo de Defensa del Estado les dieron su aprobación. El decreto de 1932 le permitía al Estado, en tiempos de escasez, requisar las industrias para asegurar la justa distribución del producto. El fisco adquirió empresas sin leyes especiales ni indemnización para sus dueños y accionistas, llegando a controlar el 60% de la producción nacional<sup>907</sup>.

Durante el Gobierno de Salvador Allende, se aplicaron sólo dos causales de dicho decreto, contenidas en los artículos quinto y sexto, según los cuales:

*Artículo 5. Todo establecimiento industrial o comercial, y toda explotación agrícola que se mantenga en receso, podrá ser expropiada por el Presidente de la República, a solicitud de la Superintendencia de Abastecimientos y Precios, previo informe favorable del Consejo de Defensa Fiscal.*

*Artículo 6. El Presidente de la República, a propuesta del Superintendente, podrá imponer a los productores la obligación de producir o elaborar*

---

<sup>907</sup> González, Luis P. Allende y la vía chilena al socialismo. Centro de Estudios Miguel Enríquez, Santiago, 2005, 2p.

*artículos declarados de primera necesidad, en las cantidades, calidades y condiciones que determine.*

*El incumplimiento de dicha obligación lo autorizará para expropiar, con los requisitos señalados en el artículo anterior, el establecimiento, empresa o explotación del productor rebelde, todo sin perjuicio de las demás sanciones que establece esta ley.*

### **3.2.2.7.2 Nueva dirección a la CORFO y transportes.**

Según los directivos de la Corporación de Fomento, los gobiernos anteriores al de la Unidad Popular habían desvirtuado el objetivo de la entidad, pues muchas de Las empresas creadas por ésta habían sido transferidas al sector privado y, peor aún, algunas habían pasado a ser controladas por inversionistas extranjeros. Argumentaban, además, que el encauzamiento dado a la política crediticia, en vez de posibilitar un efectivo aumento de la actividad industrial, había contribuido a formar centros de poder; en otras palabras, la CORFO había propuesto "programas que no se orientaban a la liberación económica, sino más bien a favorecer a grupos monopólicos"<sup>908</sup>.

---

<sup>908</sup> Corfo. Memoria 4 de noviembre de 1970- 4 de noviembre de 1971, Santiago, 1971, 1p.

El Gobierno, de acuerdo con su programa, establecía nuevas responsabilidades para la Corporación de Fomento de la Producción, con el objetivo de acelerar y consolidar el desarrollo económico y social del país. El Gobierno veía una serie de factores limitantes que se arrastraban desde los gobiernos anteriores. Esas características eran enumeradas también en el Mensaje Presidencial del 21 de mayo de 1971 ante el Congreso: (i) la actual producción industrial es desequilibrada, con gran predominio de los bienes de consumo, con un débil aporte de los bienes de capital, y con una relativa participación de la producción de los bienes durables de consumo; (ii) existe una gran y grave deficiencia en la utilización de los recursos, que se refleja en una relación de precios muy desfavorable en comparación con el mercado internacional; (iii) se ha comprobado que nuestro desarrollo industrial tiene muchos vicios de superficialidad, sin gran especialización en líneas de producción y carece de un adecuado dominio tecnológico; (iv) se ha comprobado la existencia de una irracional diversificación de empresas y productos, que afecta notoriamente la estabilidad de un mercado perfecto o medianamente competitivo; y (v) se ha podido palpar el grave deterioro que significa para el desarrollo armónico de todas las regiones del país, la alta concentración que la actividad industrial alcanza en determinadas zonas del

territorio<sup>909</sup>. La transformación de la estructura productiva, planteada por el gobierno de la Unidad Popular, encontró en Corfo una herramienta efectiva para la realización de una amplia política de estatización de empresas de las más diversas áreas, llegando la institución a controlar más de 500 unidades productivas hacia 1973.

Hacia comienzos de 1973, el mismo Allende argüía que esta política daba como resultado que las empresas de dicha área aportaran "aproximadamente el 30% del producto", lo que las convertía en el eje en torno al cual había comenzado a girar el aparato productivo. Hay que considerar también que a través de la CORFO se había logrado estatizar además la banca comercial y el progresivo control de los centros de distribución y comercialización de una gama creciente de productos. Mediante el establecimiento de las tres áreas de la economía, pues también se impulsó el área mixta, se iba cumpliendo el objetivo substancial de establecer una dirección central que coordine todos los procesos productivos nacionales, cautelando los intereses del Estado y expandiendo sus proyecciones a todos los sectores de la población<sup>910</sup>.

---

<sup>909</sup> Chile. Primer Mensaje del Presidente Allende ante el Congreso pleno, 21 de mayo de 1971, 6-7p.

<sup>910</sup> Ortega M., Luis. CORFO: 50 años de realizaciones. USACH, Facultad de Humanidades, Departamento de Historia, 1989, 224p.

Respecto del sector de transportes, la Unidad Popular reconocía que tenía singular importancia para el cumplimiento de su programa. Esto se explicaba por varias razones, entre ellas, que este sector estaba al servicio de todos los servicios productivos, su rol en el desarrollo regional y nacional, su impacto en la explotación de los recursos naturales del país, etc.

El sector de transporte se le presentó como una actividad en que coexistía una importante participación del Estado como empresario, junto con empresas privadas que mantienen un control mayoritario. El área estatal del transporte se concebía como un mecanismo que permitía absorber los malos negocios y que implicaba gastos enormes para el Estado, mientras que el sector privado estaba constituido por un gran número de unidades económicas, algunas con alto grado de eficiencia y otras con un nivel artesanal, y que funcionaban como monopolios.

El Gobierno consideraba que los transportes era un sector estratégico que podía ampliar considerablemente el área social, reservando al sector privado el manejo de algunos rubros en que, por predominar el pequeño

empresario, todavía es socialmente conveniente mantener las relaciones capitalistas de producción.<sup>911</sup>

### **3.2.2.7.3 Ley de Nacionalización de la Gran Minería del Cobre.**

Desde la década 1960, con el surgimiento de nuevas ideas reformistas y revolucionarias, se instaló en la opinión pública la preocupación por la recuperación de las riquezas básicas. Durante el Gobierno de Eduardo Frei Montalva, cuya línea económica proponía un conjunto de reformas estructurales, se desarrolló una nueva política cuprífera conocida como la chilenización del cobre. Durante el Gobierno del Presidente Frei Montalva, y en ejercicio de las facultades conferidas por la Ley 16.624, se celebraron diversos convenios con las compañías de la Gran Minería del cobre<sup>912</sup>. Esta acción permitió la intervención chilena en la propiedad y dirección de la gran minería del cobre mediante la asociación con el capital extranjero; asimismo, proponía un aumento sustancial de la producción mediante fuertes inversiones y la refinación completa del cobre en nuestro territorio. En plena marcha de

---

<sup>911</sup> Chile. Primer Mensaje del Presidente Allende ante el Congreso pleno, 21 de mayo de 1971, cap. IV (sobre la Política de Transporte).

<sup>912</sup> Carrasco, Sergio y Rosales, Carlos. Op. cit. 63p.



este proceso, el alza del precio del cobre y las altas utilidades de las corporaciones norteamericanas, reavivaron en la opinión pública el debate sobre una nacionalización total, obligando al Gobierno a poner en marcha la llamada nacionalización pactada.

El triunfo presidencial de Salvador Allende puso en marcha un inmediato proceso hacia la nacionalización y estatización de la gran minería del cobre. Este proceso culminó el 11 de julio de 1971, cuando el Congreso Nacional aprobó, con muy pocas modificaciones y por votación unánime, la enmienda constitucional que hizo posible la nacionalización total del cobre, caratulada como Ley N° 17.450. La nacionalización del cobre significaba, de acuerdo con el gobierno, independizar la economía nacional frente al capital extranjero. La Ley 17.450 o Ley de la nacionalización de la Gran Minería del Cobre, aprobada por la unanimidad del Congreso Nacional, el 11 de julio de 1971 y publicada el 16 del mismo mes, modificó el art. 10 de la Constitución de 1925 e introdujo las disposiciones decimosexta y decimoséptima transitorias.

Por medio de la Reforma se establece –radicado en el Estado- el dominio absoluto, exclusivo inalienable e imprescriptible de todas las minas,

covaderas, arenas metalíferas, salares, depósitos de carbón e hidrocarburos y demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales. De lo anterior surge que los particulares han adquirido sobre estos bienes no un derecho de dominio, sino que aquellos derechos comprendidos en los términos de la respectiva concesión. Esto trajo como consecuencia que la nacionalización de las empresas que exploten yacimientos mineros o de los bienes con que se efectúe tal explotación, no da derecho a indemnización alguna en relación al valor de los yacimientos mineros<sup>913</sup>.

Respecto a la situación jurídica en que quedaban las empresas nacionalizadas, el proyecto del Ejecutivo establecía que las sociedades mineras mixtas quedaban disueltas y que las relaciones que surgieron entre sus socios serían liquidadas conforme a las reglas generales. Este criterio se modificó en el Congreso y se estableció que el capital de las empresas nacionalizadas pasaría al dominio de la Corporación del Cobre y de la Empresa Nacional de Minería, en la proporción que fije el Presidente de la República por Decreto Supremo. La reforma también facultaba al Presidente para que dicte las normas que sean necesarias para coordinar el régimen de administración y explotación de las nuevas empresas, materia que deberá

---

<sup>913</sup> Carrasco, Sergio; Rosales, Carlos. Op. cit., p. 65.

preocupar rápidamente a las autoridades a fin de evitar situaciones de desorden que impactaran la economía del país<sup>914</sup>.

---

<sup>914</sup> Carrasco, Sergio; Rosales, Carlos. Op. cit., p. 75.

## CONCLUSIONES.

1. El tratamiento conceptual de la actividad del Estado –entiéndase aquí "actividad" en un sentido lato- se ha servido de múltiples conceptos para aprehender su fundamento, forma y contenido. “Funciones”, “atribuciones”, “actividades” (ahora en sentido estricto), “cometidos” y “fines” son solo algunos de estas expresiones, con las cuales se ha buscado dotar de sentido y perfeccionar su comprensión. El avance progresivo en la comprensión del rol de la Administración está sujeto a una definición más estricta y siempre actualizada de estos conceptos, a la luz de la Constitución Política de la República de Chile y las leyes vigentes.
2. Aceptar de forma acrítica las conceptualizaciones que se cristalizaron a lo largo de dos siglos aproximadamente, como por ejemplo la clásica comprensión tripartita de actividades estatales, no nos puede conducir a una comprensión cabal y compleja de la actividad del Estado. Por ello, proponemos comprender la actividad de la Administración como una

relación entre títulos, formas y técnicas de intervención, dando cuenta de la compleja realidad de la actividad estatal.

3. Los procesos sociales, los factores económicos y los cambios urbanos y demográficos vividos a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, dieron pie al surgimiento de nuevas necesidades sociales que adquieren tal relevancia que se hace necesaria su satisfacción de manera continuada y permanente. Es así, como el Estado comienza a tomar un rol más protagónico en la prestación de ciertos servicios que, luego, pasarán a ser llamados servicios públicos.
  
4. La dogmática del Derecho Administrativo libró un intenso debate en torno a la justificación político-jurídica del servicio público y del derecho público. La doctrina alemana se caracterizó por afirmar que dicha justificación descansaba en la soberanía y la escuela francesa, por su parte, se sostenía que el fundamento estaba en el deber del Estado de organizar las actividades inter-sociales indispensables. El desarrollo y progreso de estas posturas iniciales determinaron el surgimiento de posiciones intermedias que incorporaban ambos elementos.

5. La noción amplia de servicio público, representada principalmente por los autores Gaston Jèze y Léon Duguit, estaría basada en la idea de que el servicio público es la actividad administrativa. Dirigida a la satisfacción de necesidades de interés general, ésta se rige por un procedimiento especial de Derecho público, queda investido de potestades exorbitantes y su realización es de exclusividad de la Administración (aproximación orgánica o subjetiva de la definición), de manera que la participación de los particulares sólo es posible mediante la concesión en determinados casos.
  
6. Jurisprudencialmente, en el Consejo de Estado francés, la noción de servicio público sufre profundas transformaciones a partir del desarrollo de criterios de demarcación de la actividad de servicio público, que servían para definir la sede judicial, destacándose el criterio de los actos de autoridad, criterio de servicio público, criterio de potestades exorbitantes y el criterio de los servicios públicos industriales o comerciales.

7. Habiendo realizado un análisis pormenorizado de este desarrollo, pudimos concluir que el servicio público podría ser concebido como una forma de intervención administrativa, que responde y tiene como finalidad la de satisfacer una necesidad de interés general, consistente en una prestación técnica, regular, continua, de acceso universal e igualitario a la población, sujeta a la obligación y el poder de modificación de la organización y el funcionamiento en atención a las exigencias sociales -para lo cual la Administración cuenta con ciertas sujeciones y prerrogativas a fin de asegurar el cumplimiento cabal de estos principios, deberes y estándares del servicio a la población-, pudiendo ser gestionada directa (*régis*, establecimiento público) o indirectamente (concesión, agente privado) y siendo, en cualquier caso, dependiente de una autoridad pública y sujeto a un régimen de control estatal.

8. Se pudo vislumbrar que el debate sobre el carácter de los servicios públicos, su extensión más o menos restringida en las actividades sociales y económicas, así como el contenido de aquellos -que hemos denominado “interés general”-, son aspectos profundamente políticos del debate que, por tanto, no pueden sólo abordarse técnicamente. La

técnica jurídica es sólo una herramienta. Ni las actividades de la Administración del Estado ni los servicios públicos, están dotados de un contenido permanente e inmutable. No existe ningún servicio público que por su naturaleza sea, objetivamente, industrial o comercial: es industrial o comercial el servicio que se decide someter al régimen correspondiente, esto no puede resultar sino de una elección voluntaria.

9. El fallo denominado “*Arrêt Eloka*” dictado por el Consejo de Estado Francés en 1921 da pie a lo que fue denominado como la primera crisis del servicio público, que estuvo marcado por la incorporación del concepto de “servicios público comerciales e industriales”, por el auge del mecanismo de concesión (que pronto es reemplazado por otros de menos intensidad, como el registro o la autorización) y por la instalación de una noción funcional del servicio público, abandonando así la visión orgánica. Esta crisis y estos nuevos “servicios públicos comerciales e industriales”, ligados a la idea de actividades de carácter propiamente económicos, son la antesala de la aparición de la empresa pública.



10. La segunda crisis del servicio público está marcada por las privatizaciones y la liberalización de empresas y actividades de servicio público (*despublificación*), por la transformación del régimen jurídico aplicable -libre competencia-, por el replanteamiento del rol del Estado, ahora regulador y subsidiario; y, en general, por la mercantilización del sistema de prestaciones a la sociedad.

11. Distinguimos dos momentos cruciales en el desarrollo de la actividad económica de la Administración; el primero está relacionado con la participación estatal en actividades de carácter económico. En un segundo momento, la Administración implicará la gestión directa de actividades económicas a través de empresas públicas o estatales. La primera etapa supuso, principalmente, la construcción de infraestructura básica para la sociedad, como construcción de carreteras, sistemas hidráulicos, puertos, alumbrado y caminos, entre otros, y la segunda supuso no sólo la prestación de infraestructura, sino la gestión de las actividades propiamente tal, como es la distribución de energía eléctrica, explotación de recursos naturales o gestión de transporte de pasajeros y carga (como ferrocarriles).

12. Pudimos identificar en la literatura administrativa, el uso indiferenciado del concepto de “empresa pública” o “actividad empresarial” o “actividad económica”. Por ello, decidimos realizar algunas diferenciaciones terminológicas: cuando hablamos de “actividad económica del Estado”, debemos entender, ampliamente, la referencia a la participación estatal en el campo económico de la sociedad; cuando nos referimos a “estado empresario” o “actividad empresarial del estado”, queremos representar la existencia de una política económica concreta definida en un tiempo determinado para la intervención administrativa en la actividad económica y cuando hablemos de empresa pública, nos referiremos a la forma concreta que adquieren en la sociedad las dos acepciones previas.

13. En esta investigación, la categoría “actividad económica del Estado” será considerada la cuarta forma de intervención administrativa (policía, fomento, servicio público y actividad económica) y le llamaremos propiamente “gestión económica”, la que quedó definida como aquella actividad material o de prestación estatal dirigida a la producción y

distribución de bienes económicos en concurrencia o no con los particulares.

14. Aclarado lo anterior, pudimos identificar tres niveles de abordaje del concepto de “empresa pública”, del más amplio al más concreto: (i) categorialmente, como actividad o forma de intervención de la Administración; (ii) en forma acotada, como fórmula organizacional flexible, desligada del derecho público para facilitar la intervención económica; (iii) y concretamente, como unidad organizativa específica, como forma concreta de gestión).

15. Consideramos que la única manera realmente correcta de utilizar esta noción es refiriéndose a lo que hemos denominado como empresa pública en su sentido acotado o estricto. De manera que dicha fórmula organizacional instrumental y flexible podrá tomar dos formas concretas de gestión en atención a su régimen interno: régimen privado-privado (sociedad mercantil del Estado) o régimen público-privado (entidad pública empresarial).

16. La empresa pública en sentido estricto podemos considerarla como una unidad organizativa, un mecanismo instrumental de gestión directa no integrada de actividades materiales o técnicas (prestación de servicios públicos, producción de bienes) de carácter tradicionalmente económico (producción o distribución, industrial o comercial) utilizada por la Administración (local o central), consistente en un establecimiento u organización de carácter empresarial de propiedad estatal o municipal, con personalidad jurídica independiente de la Administración, pero dirigida y utilizada por ésta para objetivos de política y justicia económica, sometida por regla general en su relación con terceros al derecho privado, y que puede actuar en régimen de monopolio fiscal o en concurrencia con particulares. Y esta fórmula de organización es la que podrá tener expresiones concretas diversas.

17. Planteamos una diferencia entre lo estatal y lo público como adjetivos aplicables tanto a los servicios como a las empresas ligadas a la Administración. Entendemos lo “estatal” como adjetivo que informa acerca de la propiedad del Estado sobre una empresa y “público”, cualitativamente, como el contenido y objetivo democrático y social de dicha forma de actuación. Cuando hablamos de “empresa pública”, no

podemos solo referirnos a que el Estado tiene una participación significativa en los activos de una determinada empresa, sino también a que dicha empresa estará encaminada a finalidades que responden a un interés mucho más complejo que el ánimo de lucro.

18. Las primeras expresiones de la actividad económica del Estado se dio a nivel local, municipal, probablemente debido a la mayor capacidad que tuvieron las administraciones locales para procesar en su estructura los diversos cambios sociales y políticos que describíamos de aquella época (crecimiento demográfico de las localidades urbanas, el aumento y despersonalización de necesidades sociales).

19. La actividad económica del Estado, en sus inicios, no se realizaba necesariamente por empresas públicas (algunas tendrán carácter de servicio público), a la vez que no toda empresa pública se crea para efectos de gestionar actividades productivas industriales en sentido estricto. Así, muchos servicios públicos requieren de una empresa pública para su gestión, así como algunas actividades económicas parecen responder a necesidades de servicio público.

20. Los inicios de la actividad económica del Estado pueden datarse en el siglo XVII y XVIII con los establecimientos de dependencia del monarca, no obstante, dichas actividades se fundaban más en la intención de mantener una fuente de ingresos que en una política económica dirigida por la Administración.
21. Con todo, es solo cuando toma objetivos ya no meramente recaudatorios, sino de claro interés general, cuando la actuación económica comienza a considerarse recién propiamente como una especial forma de actuación administrativa, como un verdadero fenómeno empresarial de la Administración, y esto ocurre hacia el siglo XIX.
22. Así, las primeras empresas públicas propiamente tales, aunque no fueron comprendidas así en su momento, fueron aquellas surgidas a partir de las primeras necesidades monopólicas y estratégicas nacionales, como el telégrafo, el correo o la fabricación de material de guerra o de acuñación de monedas.

23. El inicio de la actividad económica estatal chilena se dio en la segunda mitad del siglo XIX, desde el momento en que es posible advertir una iniciativa más concreta de parte del poder legislativo como del ejecutivo hacia la creación de servicios públicos. Desde este momento resulta destacable la importancia que tuvieron las municipalidades en esta tarea.

24. En Chile, la actividad prestacional del Estado se encuadraba, en su totalidad, en la categoría de los servicios públicos, de manera que la discusión acerca de su naturaleza fue abordada desde una perspectiva más práctica u objetiva, centrada en el esfuerzo por sistematizar el panorama en atención a las diversas formas que iban adquiriendo en concreto los organismos que se dedicaron a actividades prestacionales. La clasificación y diferencia entre los diversos entes que se abocaron a la actividad prestacional, se dio en torno a dos grandes categorizaciones: personificados o descentralizados y centralizados o del poder central.

25. La sistematización, organización y clasificación de los servicios públicos en Chile se dio, por tanto, no en base al desarrollo técnico o

dogmático del concepto en sí, sino en base a la estructuración de la actividad directa del Estado, al calor del quehacer estatal.

26. Esta situación se expresa también en el hecho de que, en Chile, la definición legal de empresa pública nunca se formalizó. La aproximación más acabada que existió a este concepto puede ser rastreada hasta el gobierno del Presidente Pedro Aguirre Cerda, quien en 1939 envió al Congreso un proyecto legislativo que contenía disposiciones sobre “los servicios comerciales del Estado”.

27. En este contexto, fueron naciendo nuevos organismos estatales al margen de la organización tradicional de los servicios públicos, para ser instrumentos de cometidos funcionales diversos, produciéndose así, un proceso de descentralización administrativa desde el punto de vista institucional (personalidad jurídica autónoma), no obstante deslindar con las fronteras de la inconstitucionalidad, toda vez que la Constitución Política de 1925 solo hacía referencia al concepto de descentralización territorial.



28. Sin embargo, a pesar de la evidente falencia doctrinaria en el tratamiento de los servicios públicos y empresas públicas, concluimos que hay un acierto, consciente o no, en el hecho de no forzar la separación tradicional de ambas formas de intervención, ya que permitió efectivamente un despliegue estatal en el que las empresas públicas se consideraban solo formas de organización funcionales al quehacer prestacional y propiamente económico, al servicio público en sentido amplio.

29. Terminada esta investigación, nos arriesgamos a proponer la posibilidad de asumir como finalidad del servicio público la satisfacción de derechos fundamentales y bienestar básico de la sociedad, de manera que el carácter público de los servicios ligados a la administración está dado por dicho objetivo, diferenciándolos de los servicios meramente estatales cuya finalidad es responder a los objetivos propiamente burocráticos del Estado (ejemplo, registro civil).

30. De igual forma nos preguntamos por la finalidad que permitiría asumir como pública a una empresa estatal (u otra unidad organizativa de propiedad del Estado) destinada a la actividad económica del estado,

imaginando que el resguardo del patrimonio natural, de bienes comunes, de recursos naturales escasos o áreas estratégicas de la economía, podría ser una respuesta válida.

31. Dicho esto, nos gustaría hacer una pequeña alusión a la necesidad de replantearse el sistema de concesiones de servicio público y actividades económicas en Chile, particularmente respecto de las concesiones de explotación. Es necesario entender la concesión como mecanismo de apoyo de las actividades de interés general y de carácter estratégico, mas no como forma disfrazada de propiedad y enriquecimiento privado a costa de los recursos estatales y colectivos.

32. Finalmente, recalamos el carácter profundamente político imbricado en el debate sobre las formas de organización y actuación del Estado y, por tanto, la necesidad de abordar el derecho administrativo siempre al calor del modelo económico, político y social que desde sus instituciones se pretende construir. El derecho administrativo no es neutro.



## BIBLIOGRAFÍA

1. Ahumada, Jorge. Después de la miseria. Editorial del Pacífico, Santiago, 1958.
2. Alessi, Renato. Instituciones de Derecho Administrativo. Barcelona, Bosch, 1970. Tomo I y II.
3. Alliende, María Piedad. Historia del ferrocarril en Chile. Pehuen Editores, Santiago, 1993.
4. Alliende, María Piedad. La Construcción de los Ferrocarriles en Chile 1850 – 1913. Revista Austral de Ciencias Sociales, N° 5, 2001.
5. Alvarado, Germán. Organización de los servicios públicos y su influencia en la economía nacional. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1945.
6. Alvarez-Gendín, Sabino. Tratado general de Derecho Administrativo. Barcelona, Bosch, Tomo I, 1958.
7. Amunátegui R., Domingo. Resumen de Derecho Administrativo. Imprenta y Litografía “La Razón”. Montevideo, 1900.
8. Amunátegui, Víctor. De la Instrucción Primaria en Chile; lo que es, lo que debería ser. Imprenta del Ferrocarril, Santiago, 1856.
9. Araneda, Sergio. Los servicios públicos industriales y comerciales. Santiago de Chile, Universitaria, 1965.
10. Arias Y., Karina. Ideas, intentos y fracasos en el proceso modernización administrativa entre las dos administraciones de Ibáñez (1927-1958). *Universum* [online], 27: 2012.

11. Ariño, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica. Granada, Editorial Comares, 1999.
12. Ariño, Gaspar. Empresa pública, empresa privada, empresa de interés general: lecciones retrospectivas, de las que algo se puede aprender. Navarra, Editorial Aranzadi, 2007.
13. Aylwin, Patricio. Manual de Derecho Administrativo. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1952.
14. Bassols, Martín. Servicio público y empresa pública: Reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales. Revista de Administración Pública, 84: 1977.
15. Bello, Andrés. La acción del gobierno. Artículo publicado originalmente como editorial en *El Araucano*, 1º de abril de 1842. Reeditado, con el título con que ahora lo reproducimos en las *Obras completas de Don Andrés Bello*, Volumen VIII, Santiago de Chile. Impreso por Pedro G. Ramírez, 1885.
16. Benoit, Francis-Paul. El Derecho Administrativo Francés. Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1977.
17. Bermúdez Soto, Jorge. Derecho Administrativo General. 2ª ed. Chile, Legal Publishing Chile, 2011.
18. Bertand, A. Condición actual de la propiedad salitrera en Chile y estudios de las cuestiones relativas a la industria salitrera y a los salitres del estado. Imprenta Nacional, Santiago de Chile, 1892.
19. Bianchi, A. The theory of Latin American Development. Social and Economic Studies, marzo, 22: 1973.
20. Bielsa, Rafael. Principios de Derecho Administrativo. 3ª Ed. Buenos Aires, Depalma, 1963.
21. Bonnard, Roger. *Précis Elementaire de Droit Administratif*. Paris, Recueil Sirey, 1926.

22. Butelmann, Andrea, Cortés-Douglas, Hernán y Videla, Pedro. Proteccionismo en Chile: una visión retrospectiva. En Cuadernos de Economía N° 54, 18: 1981.
23. Bravo, Bernardino. Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica, Editorial Jurídica, Santiago, 1986.
24. Brewer Carias, Allan-Randolph. Las empresas públicas en el Derecho comparado: Estudio sobre el régimen de las actividades industriales del Estado. Venezuela, Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Central de Venezuela, 1967.
25. Brue, Stanley L. y Grant, Randy R. Historia del pensamiento económico. Cengage Learning, México, 2009.
26. Bruun, Geoffrey. La Europa del siglo XIX, 1815-1914. Fondo de Cultura Económica, México, 1964.
27. Calderón, Alfonso. Doscientos sesenta años del correo en Chile. Primera edición Octubre 2007, Correos de Chile. Consultado el 16 de enero de 2015.
28. Camacho, Gladys. Tratado de Derecho Administrativo: La actividad sustancial de la Administración del Estado. Santiago de Chile, Legal Publishing. Tomo IV, 2010.
29. Cariola S., Carmen y Sunkel, Osvaldo. Un siglo de historia económica en Chile 1830-1930. Editorial Universitaria, Santiago, 1990.
30. Carmagnani, Marcelo. Desarrollo industrial y subdesarrollo económico. El caso chileno (1860-1920). Ediciones de la Dibam, Santiago de Chile, 1998.
31. Carrasco A., Manuel. Comentarios sobre la Constitución Política de 1833. Imprenta del Mercurio, Santiago, 1874.
32. Carrasco, Sergio y Rosales, Carlos. Las Reformas Constitucionales introducidas por la Ley N° 17.284. Revista de Derecho, año XXXIX, 155: 1971.

33. Carré de Malberg, Raymong. Teoría general del Estado. México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2000.
34. Carro, José Luis. Servicio público e intervención pública. Una reflexión general sobre los servicios públicos de relevancia económica. En, Cosculluela, Luis (coord.). Estudios de Derecho Público Económico: Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo. España, Editorial Civitas, 2003.
35. Cea, José Luis. Teoría del Gobierno. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2000.
36. Chile. Boletín de las Leyes y de las Órdenes y Decretos del Gobierno, Imprenta y Librería del Mercurio, Valparaíso, 1849.
37. Chile. Congreso Nacional. Sesiones de los Cuerpos Legislativos de la República de Chile, 1811-1845. Santiago 1889-1908, Tomo VI, 1822.
38. Chile. Discursos de apertura en las sesiones del Congreso, V. I, Memorias Ministeriales, Imprenta del Ferrocarril, Santiago, 1961.
39. Chile. Documento "Reformas a las Constitución 1833", disponible en la página web del Ministerio Secretaría General de la Presidencia: [http://www.minsegpres.gob.cl/wp-content/uploads/2013/01/Reformas\\_a\\_la\\_Constitucion\\_de\\_1833.pdf](http://www.minsegpres.gob.cl/wp-content/uploads/2013/01/Reformas_a_la_Constitucion_de_1833.pdf).
40. Chile. El Pasado republicano de Chile, o sea, Colección de discursos pronunciados por los Presidentes de la República ante el Congreso Nacional al inaugurarse cada año el período legislativo: 1832-1900. Impr. de "El País", Concepción, 1899.
41. Chile. Ministerio de Hacienda. Memoria de Hacienda año 1848. Santiago, 1849.
42. Chile. Ministerio del Interior. Manual de Gestión Municipal, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo. Disponible en: [www.subdere.gov.cl/sites/default/files/.../articles-66811\\_recurso\\_1.doc](http://www.subdere.gov.cl/sites/default/files/.../articles-66811_recurso_1.doc).

43. Chile. Primer Mensaje del Presidente Allende ante el Congreso pleno, 21 de mayo de 1971.
44. Cifuentes, Pamela. “Casa de Moneda de Chile”, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, Serie Estudios, Año XIII, n° 275 , Santiago de Chile, 2003.
45. Claro Solar, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Imprenta Nascimento, Santiago, Chile, 1940.
46. Comín, Francisco y Díaz, Daniel. La empresa pública en Europa. Madrid, Editorial Síntesis, 2004.
47. Cordero, Eduardo. La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno. Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XIX N°1: 2006.
48. Corfo. Historia de CORFO (en línea), en [www.corfo.cl](http://www.corfo.cl).
49. Corfo. Memoria 4 de noviembre de 1970- 4 de noviembre de 1971, Santiago, 1971.
50. De Vos, Bárbara. El surgimiento del paradigma industrializador en Chile (1875-1900). Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, Santiago, 1999.
51. Diez, Manuel M. Derecho Administrativo. Buenos Aires, Plus Ultra, 1967.
52. Dirección General de Estadística de Chile. Estadística anual de la república de Chile, comercio exterior, v. 1862, Imprenta Nacional Calle de la Moneda N° 46, 1863.
53. Donoso, C. Notas sobre el origen, acatamiento y desgaste del régimen presidencial 1925-1973. En Historia N° 13, Instituto de Historia, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago 1976.
54. Duguit, León. Las transformaciones del derecho público. Madrid, Francisco Beltrán, 1913.



55. Duguit, León. *Manual de Derecho Constitucional*. Granada, Editorial Comares, 2005.
56. Duguit, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris, Ancienne Librairie Fontemoing, 1927.
57. Egaña B., María Loreto. *La educación primaria popular en el siglo XIX en Chile. Una práctica de política estatal*. Ediciones de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, Santiago, 2000.
58. Espech, Román. *Manufactura Nacional*. Santiago, Imprenta Victoria, Santiago, 1887.
59. Feliú Cruz, Guillermo. *Durante la República. Perfiles de la evolución política, social y constitucional*, en: *La Constitución de 1925 y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Editorial Jurídica de Chile, 1951.
60. Fernández Ruíz, Jorge. *Derecho Administrativo*. México D.F., Universidad Autónoma de México, 1997.
61. Fernández Ruiz, Jorge. *Servicios públicos municipales*. México, Instituto Nacional de Administración Pública, A.C, 2002.
62. Fernández Ruiz, Jorge. *Régimen del servicio público y de la empresa pública en el sector energía*, [en línea] <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/153/22.pdf>.
63. Ferrada B., Juan Carlos. *El Estado administrador de Chile: de unitario centralizado a descentralizado y desconcentrado*. *Revista de Derecho*, Vol. X: 1999.
64. Fetter, F. W. *Monetary Inflation in Chile*, Princeton, 1931.
65. Forsthoff, Ernst. *Die Verwaltung als Leistungsträger, Königsberger Rechtswissenschaftliche Forschungen*. Berlin, Stuttgart, 1938.
66. Fraga, Gabino. *Derecho administrativo*. México, Editorial Porrúa, 1990.

67. Frossini, Vittorio. Las transformaciones de la doctrina del Estado en Italia. *Revista de estudios políticos* 202: 1975.
68. Gallego Anabitarte, Alfredo. La influencia extranjera en el Derecho Administrativo español desde 1950 hasta hoy. *Revista de Administración Pública*, 150: 1999.
69. Gámir Casares, Luis. El proceso de transformación de la empresa pública. *Información Comercial Económica, ICE, Revista de economía*, 811: 2003.
70. Gandarillas, José A.; Fábres, José Clemente y Herrera, Felipe. *Boletín de las leyes i decretos del Gobierno, Libro XXIII*, Imprenta Nacional, Santiago, 1855.
71. García B., A. María. Tendencias Constitucionales Contemporáneas. en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 11, N° 2-3: 1984.
72. García de Enterría, Eduardo. La actividad industrial y mercantil de los municipios. *Revista de Administración Pública*, 17: 1955.
73. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid, Ed. Civitas. Tomo II, 1977.
74. García Miranda, Carmen María. La unidad en el concepto de ordenamiento jurídico de Santi Romano. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2: 1998.
75. Garrido Falla, Fernando. El concepto de servicio público en Derecho Español. *Revista de Administración Pública*, 135: 1994
76. Garrido Falla, Fernando. Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales. *Revista de Administración Pública*, 7: enero/abril, 1952.
77. Garrido Falla, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*. 11ª Ed. Madrid, Editorial Tecnos. Tomo II, 2002.
78. Gascón y Marín, José. *Tratado de Derecho Administrativo*. 8ª edición revisada. Madrid, C. Bermejo. Tomo I, 1943.

79. Góngora, Álvaro. “Políticas económicas”, “agentes económicos” y desarrollo industrial en Chile hacia 1870-1900. Dimensión histórica de Chile N° 1, 1984.
80. González, Marcial. “Situación económica del país”. Artículo aparecido en *La revista de Santiago*, Tomo primero, 1848.
81. González, Luis P. Allende y la vía chilena al socialismo. Centro de Estudios Miguel Enríquez, Santiago, 2005.
82. Gordillo, Agustín. Tratado de derecho administrativo. 7ª Ed. México, Editorial Porrúa, Tomo II, 2004.
83. Grez, Sergio. De la “regeneración del pueblo” a la huelga general, RIL Editores, 2007.
84. Hurtado Ruiz-Tagle, Carlos. Concentración de población y desarrollo económico. El caso chileno. Universidad de Chile. Instituto de Economía, Santiago, 1966.
85. Jara Cristi, Manuel. Manual de Derecho Administrativo. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1948.
86. Jellinek, George. Teoría General del Estado. Madrid, Editora Nacional. Tomo II, 1914
87. Jèze, Gastón. Principios generales del Derecho Administrativo. Buenos Aires, Depalma, Tomo II, 1950.
88. Jiménez de Cisneros, Francisco y Gallego Anabitarte, Alfredo. Los organismos autónomos en el Derecho Público español: tipología y régimen jurídico. Alcalá de Henares, Instituto Nacional de Administración Pública, 1987.
89. Jordana de Pozas, Luis. Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. Revista de Estudios Políticos, 48: 1949.
90. Jordana de Pozas, Luis. El problema de los fines de la actividad administrativa. Revista de Administración Pública, 4: 1951.

91. Kirsch, William. The industrialization of Chile, 1880-1930. P. L. Diss, The University of Florida, 1973.
92. Kolbach, Oscar. Clasificación de los servicios públicos en Chile. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, 1963.
93. Lagos, Ricardo. La industria en Chile: antecedentes estructurales. Universidad de Chile, Instituto de Economía, Santiago, 1966.
94. Lastarria, José Victorino. Elementos de Derecho Público Constitucional. Imprenta Chilena, Santiago, 1848.
95. Letelier, Valentín. Apuntaciones de Derecho Administrativo. Imprenta y Encuadernación Chile, Santiago, 1904.
96. Magaldi, Nuria. Procura existencial, Estado de Derecho y Estado Social. Ernst Forsthoff y la crisis de Weimar. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2007.
97. Mamalakis, M. The role of Government in the Resource Transfer and Resource Allocation Processes. The Chilean Nitrate Sector, 1830-1930. Ranis, G. (ed.) Government and Economic Development, New Haven, 1971.
98. Maldonado G., Tomás. La noción de servicio público a partir de la concepción de Estado Social de Derecho. Colombia, Revista Actualidad Jurídica, 2010.
99. Maljar, Daniel Eduardo. Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos. Buenos Aires, Hammurabi, 1998.
100. Mannheim, Aquiles. Estudios sobre la situación y porvenir de Chile a propósito del proyecto de conversión metálica. Gutengerg, Santiago de Chile, 1892.
101. Marienhoff, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot. Tomo I, 1977.

102. Martín-Retortillo, Lorenzo. La configuración jurídica de la administración pública y el concepto de "*Daseinsvorsorge*". Revista de Administración Pública 38: 1962.
103. Martín Rebollo, Luis. De nuevo sobre el servicio público: Planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica. Revista de Administración Pública, 100-102: 1983.
104. Martín Rebollo, Luis. Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras. En, Cienfuegos, David y Rodríguez, Luis (Coord.). Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica. España, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas, 2008.
105. Martín Retortillo, Sebastián. Empresas públicas: reflexiones del momento presente. Revista de Administración Pública, 126: 1991.
106. Martínez-Abarca Ruiz-Funes, Carlos. La colaboración particular y la crisis de la noción de servicio público. Anales de la Universidad de Murcia, Derecho 16 (1-2): 1958.
107. Martínez Marulanda, Diego. Fundamentos para una introducción al Derecho. Medellín, Editorial Universidad de Antioquía, 2007.
108. Martner, Daniel. Estudio de Política Comercial Chilena. Imprenta Universitaria, Santiago, 1923.
109. Martner, Daniel. Economía Política. Imprenta Universitaria, Santiago, 1925
110. Martner, Daniel. Historia de Chile. Historia Económica. Santiago, Balcells & Co., Tomo I, 1929.
111. Mena, Mauricio. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Leyes. Leída en septiembre de 1865. Publicada en los Anales de la Universidad de Chile, TOMO XXVII, N° 6, Diciembre 1865.
112. Merino Segura, Ernesto. Derecho Administrativo. Imprenta Universitaria, Santiago, 1936.

113. Mistral, C. Chile: del triunfo popular al golpe fascista. Editorial ERA, México, 1974.
114. Montalvo, Juan Carlos. Interés general y Administración contemporánea. Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política, 14: 2011.
115. Montaña Plata, Alberto. El concepto de servicio público en el Derecho Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
116. Montesquieu, Charles. El Espíritu de las leyes. Barcelona, Ediciones Orbis S.A., 1984.
117. Moreno, Roberto. Descentralización y zonas extremas. Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2013.
118. Muñoz G., Óscar. Chile y su industrialización: pasado, crisis y opciones. Cieplan, Santiago, 1986.
119. Muñoz G., Óscar. Crecimiento industrial de Chile, 1914-1965 Instituto de Economía y Planificación, Santiago, 1968.
120. Muñoz G., Oscar. Economía política de la industrialización chilena, 1940-1970. Apuntes Cieplan, Santiago de Chile, 37: 1982.
121. Muñoz Machado, Santiago. Servicio público y mercado: I. Los fundamentos. Madrid, Civitas, V. I, 1997.
122. Muñoz Machado, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Madrid, Portal Derecho S.A., Tomo IV, 2011.
123. Nieto García, Alejandro (pr.). 34 artículos seleccionados de la revista de Administración Pública con ocasión de su centenario, Madrid: I.N.A.P., 1983.
124. Nieto García, Alejandro. Algunas precisiones sobre el concepto de policía. Revista de Administración Pública 81: 1976.

125. Nieto García, Alejandro. El mito de la Administración prusiana. Sevilla, Instituto García Oviedo, 1962.
126. Nieto García, Alejandro. Estudios de derecho y ciencia de la Administración. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2001.
127. Nieto García, Alejandro. La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo. RAP, 37: 1962.
128. Obando C., Iván. La Contraloría General de la República en perspectiva histórica y comparada. En “Contraloría General de la República: 85 años de vida institucional (1927-1912), Unidad de Servicios Gráficos de la Contraloría General de la República, Santiago, 2012.
129. Orlando, Vittorio E. Primo trattato di diritto amministrativo italiano. Milano, Tomo I, 1900.
130. Ortega, Luis. Acerca de los orígenes de la industrialización chilena 1860-1879. Nueva Historia, año 1, N° 2, Londres, 1981.
131. Ortega, Luis. Change and Crisis in Chile’s Economy and Society, 1865-1879, (Tesis doctoral inédita, London, 1979), Capítulos I y II.
132. Ortega, Luis. Chile en ruta al capitalismo. Cambio, euforia y depresión (1850-1880). LOM Ediciones, Santiago, 2005.
133. Ortega, Luis. El proceso de Industrialización en Chile 1850-1930, Revista Historia, Santiago 26: 1992.
134. Ortega, Luis (ed). La Guerra Civil de 1891. Cien años hoy. Santiago, 1993.
135. Ortega P., Luis y Pinto V. Julio. Expansión minera y desarrollo industrial: Un caso de crecimiento asociado (Chile 1850-1914). U. de Santiago, Departamento de Historia, 1990.
136. Ortega M., Luis. CORFO: 50 años de realizaciones. USACH, Facultad de Humanidades, Departamento de Historia, 1989.

137. Padilla, Agustín. Régimen jurídico de la actividad económica del Estado. Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, 13: 1981.
138. Palma, Gabriel. Chile 1914-1935: de economía exportadora a sustitutiva de importaciones (Estudio N° 81). Colección Estudios Cieplan, marzo, 12: 1984.
139. Pantoja B., Rolando. El Derecho Administrativo. Clasicismo y modernidad. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1994.
140. Pantoja B., Rolando. La organización administrativa del Estado, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
141. Parada, R. Derecho Administrativo: Parte General I. Madrid, Editorial Marcial Pons, 1996.
142. Parejo Alfonso, Luciano. Servicios públicos y servicios de interés general, la renovada actualidad de los primeros. Revista de Derecho de la Unión Europea, 7: 2004.
143. Peset Reig, Mariano. Notas para una interpretación de Leon Duguit (1859-1928): Dimensión psicológica y sociológica de su obra jurídica. Revista de estudios políticos 158: 1968.
144. Pielow, Johan-Christian. “Servicio público” en Francia y “Daseinsvorsorge” en Alemania: convergencia de los objetivos, diversidad de los medios. Revista de Derecho Administrativo Económico 12: 2004.
145. Pinard, Michel. La tradición francesa del servicio público. En: Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., 2005.
146. Pinto, Aníbal. Chile: Un caso de desarrollo frustrado. Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1973.
147. Prado, Santiago. Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno. Publicado anónimo. Imprenta Nacional, 1859.



148. Presutti, Errico. *Principii fondamentali di Scienza dell'Amministrazione*, Milán, Società Editrice 1903.
149. Rivero, Jean. Derecho Administrativo. Traducción de la 9ª Ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984.
150. Rodríguez, Francisca de P. "Biografía del doctor D. José A. Rodríguez Aldea". Santiago, 1862.
151. Romano, Santi. El ordenamiento jurídico. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963.
152. Ross, Agustín. Reseña histórica del comercio de Chile durante la era colonial. Imprenta Cervantes, Santiago de Chile, 1891.
153. Rozas, Patricio y Hantke-Domas, Michael. Gestión pública y servicios públicos: Notas sobre el concepto tradicional de servicio público. Santiago, Naciones Unidas CEPAL, 2013.
154. Salas, Manuel de. Escritos de don Manuel de Salas y documentos relativos a él y a su familia. Santiago, Imprenta Cervantes. Tomo I., 1910
155. Salazar, Gabriel. Historia de la acumulación capitalista en Chile (Apuntes de clase). Santiago, LOM Ediciones, 2003.
156. Salazar, Gabriel. Mercaderes, empresarios y capitalistas (Chile, siglo XIX). Editorial Sudamericana, Santiago, 2009.
157. Santamaría Pastor, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo General. Madrid, Iustel, Tomo II, 2009.
158. Sayagués Laso, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo, Depalma. Tomo I, 1953.
159. Schmidt, Luis. La última Ley Orgánica de los Ferrocarriles del Estado. Anales del Instituto de Ingenieros de Chile, Santiago, 12: 1925.

160. Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. 8ª Ed. México, Editorial Porrúa S.A. Tomo I, 1977.
161. Silva Cimma, Enrique. Derecho Administrativo chileno y comparado. El servicio público. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1995.
162. Souvirón, José María. La actividad de la administración y el servicio público. España, Editorial Comares, 1998.
163. Sunkel, Osvaldo y Paz, Pedro. El desarrollo latinoamericano y la teoría del desarrollo. Siglo XXI, México, 1975.
164. Tawil Santiago, Guido. Administración y Justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa. Buenos Aires, Depalma, 1993.
165. Unidad Popular. Programa básico del gobierno de la Unidad Popular, Santiago, 1969 (?).
166. Urzúa, Germán. Historia política de Chile y su evolución electoral: desde 1810 a 1992. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
167. Urzúa V, Germán; García B., Ana María. Diagnóstico de la burocracia chilena (1818-1969). Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1971.
168. Vaisbuch, Daniel. Compatibilidad jurídica del programa de la Unidad Popular sobre las tres áreas de propiedad en la economía con el ordenamiento jurídico chileno. 1970-1973. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídica y Sociales. Universidad de Chile, 2012.
169. Valdebenito I., Alfonso. Evolución jurídica del régimen municipal en Chile (1541-1971). Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1973.
170. Valenzuela F., José. El Gobierno de Allende: Aspectos económicos. Aportes, Revista de la Facultad de Economía, BUAP, Año XI, 33: 2006.

171. Valls Hernández, Sergio. La noción de servicio público en el Estado Social de Derecho, [en línea] Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2654/17.pdf>>
172. Varas, Guillermo. Derecho Administrativo, Madrid, Aguilar, 1940.
173. Varela, Alex. Curso de Derecho Administrativo. Editorial de la Escuela de Derecho de Valparaíso de la Universidad de Chile (EDEVVAL), 1968.
174. Vargas, Juan. La Sociedad de Fomento Fabril 1883-1928. Revista Historia, Santiago, 13: 1977.
175. Vedel, Georges. Derecho Administrativo. Traducción de la 6a. Ed. por Juan Rincón Jurado. Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980.
176. Vega Velasco, Jorge. Los servicios fiscales, semifiscales y municipales de la República. Imprenta El Imparcial, Santiago, 1946.
177. Velarde F., Juan. ¿Sector privado, colaborador del, o frente al, sector público? Revista española de control externo. Vol. 10 (28): 2008.
178. Veliz, Claudio. Historia de la Marina Mercante de Chile. Santiago, 1961.
179. Vicuña Pérez, Ángel. Proteccionismo aplicado a la Industria Chilena. Universitaria, Santiago de Chile, 1905.
180. Villar Ezcurra, José Luis. Derecho Administrativo especial: Administración pública y actividad de los particulares. Madrid, Civitas Ediciones, 1999.
181. Villar Palasí, José Luis. La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo. Revista de Administración Pública, 3: 1950.
182. Villegas B., Benjamín. Derecho administrativo. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina. Tomo I, 1974.

183. Vitale, Luis. Interpretación Marxista de la Historia de Chile. Ascenso y declinación de la burguesía chilena (1861-1891), Editorial LOM, Santiago de Chile, 1993.
184. Weil, Prosper. Derecho Administrativo. Madrid, Editorial Civitas, 1986.
185. Wright, Thomas C., Landowners and Reform in Chile: the Sociedad Nacional de Agricultura, 1919-1940, Urbana, University of Illinois Press, 1982.