



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

**LA EMPRESA PÚBLICA:
SU FUNDAMENTO, EVOLUCIÓN, MARCO NORMATIVO Y CONCEPTO
UNA APROXIMACIÓN JURÍDICO-TEÓRICA Y EMPÍRICA A UNA FORMA Y TÉCNICA DE
INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA**

**Memoria de prueba para optar al grado académico de licenciado
en ciencias jurídicas y sociales**

Estudiante memorista:

SIMÓN GONZÁLEZ BARRIOS

Profesor guía:

FRANCISCO OCTAVIO ZÚÑIGA URBINA,
profesor titular del departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile

Santiago de Chile,

2022

*A Emilia Luisa, “Memé”, (1942-2019),
quien falleció durante la redacción de esta memoria,
por tu cariño, por tu alegría permanente siempre,
y por entregar tu corazón y hacer felices a tantos niños y niñas.
¡Salud, con vinos Viu!*

*A mi madre y mi padre,
a mis abuelos y a toda mi familia.*

*A las y los funcionarios públicos,
en especial a aquellos que permanecieron en sus puestos de trabajo
en ese fatídico 11 de septiembre de 1973. A todos quienes
perdieron su empleo, fueron exonerados, detenidos, torturados
y muchos también asesinados o hecho desaparecer
y a los que resistieron durante los años del terrorismo de Estado
defendiendo el patrimonio de todas y todos los chilenos.*

AGRADECIMIENTOS

Agradezco profundamente a mi maestro y profesor guía, Francisco Zúñiga Urbina, por incentivar siempre a investigar y escribir, por haber puesto a mi disposición abundante material bibliográfico, por sus consejos y comentarios siempre pertinentes, y por haber guiado esta investigación, con el rigor intelectual y la generosidad que le caracteriza.

Esta memoria se ha nutrido de los siempre valiosos comentarios y aportes de Felipe Peroti Díaz, Enrique Sepúlveda Rodríguez, Flavio Quezada Rodríguez y Rodrigo Pica Flores, desde el campo jurídico, y de Francisco Saba Catalán y Francisco Molina Salas, desde el campo histórico y sociológico.

Con mucho cariño agradezco a toda mi familia, por su permanente cariño y comprensión, pidiéndoles disculpas por todas las horas que esta tesis les ha quitado. A mis padres, Angélica y Rodrigo, a mis hermanos, abuelos, tíos abuelos, a mi padrastro y su familia. El hogar ha sido para mí una permanente escuela y un refugio en los momentos difíciles.

Le agradezco muy especialmente a Viviana Correa Soto, por haber estado siempre a disposición para ayudarme a concluir esta memoria, con sus siempre valiosos consejos y por apurarme en los momentos indicados. Probablemente sin su ayuda habría quedado como un trabajo inconcluso.

Mención especial merece mi tío René Miguel González, por haberme ayudado a conseguir bibliografía en España, y habérmela remitido hasta mi hogar.

Agradezco a mis profesores de castellano e historia en la Escuela Florence Nightingale de Macul y en el Instituto Nacional José Miguel Carrera, por incentivar me tempranamente a la lectura y la escritura, mis profesores y colegas de la Academia de Debate del Instituto Nacional (ADEIN), por enseñarme a escuchar, y a someter cada punto de vista a un análisis riguroso, antes de formular aseveraciones certeras, y a mis profesores de Introducción al Derecho (Teoría del Derecho), Historia del Derecho y de Derecho Administrativo en mi querida Escuela de Derecho, por haber contribuido a mi formación académica, dándome las herramientas para la investigación jurídica.

Finalmente, y no por ello menos relevante, no habría terminado de redactar esta memoria sin el cariño y apoyo emocional mis compañeras y compañeros de la JS y del PS (y también de quienes han partido en los últimos años), del grupo de “les catadores”, del grupo de “les cables”, del grupo de amigos sin nombre que tiene como sede oficial la casa de Panchito Chahuán, y de quienes han estado más presentes en esta fase final de trabajo: Abel Piñones, Gonzalo Guajardo, Matías Fuentes, Toño Vega, Branco Nova, Ignacio Lorca, Julio Gallardo, Francisco Molina, Leandro Sáez, Francisca

Vergara, Tamy Bolzmann, Juan Carlos Varela, Guille Marín, Isi Donoso, Lore Espinoza, Dante Vera, Erwin Asenjo, Kalil Abu-Qalbein, Karime Gutiérrez y Fabián Machuca.

Pido disculpas de antemano, pues se me puede haber quedado en el tintero alguna mención en esta sección de agradecimientos.

Macul, marzo de 2022.

Tabla de contenido

Abreviaturas	xi
Resumen	xiv
INTRODUCCIÓN	15
PROLEGÓMENOS	17
1.- Sinopsis histórica de la empresa pública como fenómeno económico.....	18
2.- Sinopsis histórica de la empresa pública en Chile	22
2.1.- Orígenes del Estado en Chile.....	22
2.2.- El periodo del Estado desarrollista.....	26
2.3.- La “Constitución económica” de 1980.....	40
2.4.- Las privatizaciones	44
2.5.- Transición a la democracia	52
3.- Estallido social de octubre de 2019 y momento constituyente: ¿nuevos horizontes?	54
CAPÍTULO I. Fundamentación teórica de la empresa pública	55
1.- Fundamentos de la intervención del Estado en la economía.	55
2.- Modelos de Estado y función económica.....	57
3.- Argumentos a favor de la intervención del Estado en la economía.	59
3.1.- Argumentación desde la perspectiva (neo) liberal.	59
3.2.- Argumentación desde la perspectiva marxista.....	60
3.3.- Argumentación desde el pensamiento conservador	64
3.4.- Argumentación desde el keynesianismo.....	65
3.5.- Argumentos desde la “economía conductual” o el post-keynesianismo	66
3.6.- Argumentos desde el estructuralismo económico	67
4.- Argumentos en contra de la intervención del Estado en la economía.	69
4.1.- La crítica neoliberal.....	69
4.2.- Crítica desde el racionalismo económico	70
4.3.- La crítica económica clásica y neoclásica	70
5.- Balance.....	71
CAPÍTULO II. Marco constitucional, legal y doctrinario de la empresa pública en Chile.....	72
1.- La Constitución económica	72
2.- La reconstrucción dogmática del Art. 19 N°21, inciso 2° de la Constitución Política de la República y la cláusula de Estado empresario.	73

3.- Desarrollo legislativo, dogmático y jurisprudencial.	75
3.1. Empresas del Estado.....	76
3.2. Sociedades del Estado o empresas privadas del Estado.....	77
3.3. Empresa pública municipal.....	79
3.4. Evolución doctrinaria en el tratamiento de las empresas públicas	82
3.4.1. Evolución previa al decreto ley N° 3464 de 1980 (“Constitución Política de la República”)	82
3.4.2.- Evolución posterior al decreto ley N° 3464, de 1980 (“Constitución Política de la República”)	86
3.5.- Evolución jurisprudencial en el tratamiento de las empresas públicas.....	92
3.5.1.- Evolución jurisprudencial bajo la vigencia de la Constitución de 1925.	93
A.- La primera sistematización jurisprudencial de la Administración.....	94
B.- El concepto de “institución semifiscal”	95
C.- El concepto de “empresa fiscal”	96
D.- La apertura del cuadro clasificatorio de 1957	96
E.- Empresa pública y servicio público en la jurisprudencia	98
F.- Sector público y sector privado.....	99
G.- La doctrina de la empresa privada del Estado	100
3.5.2.- Evolución jurisprudencial durante la dictadura cívico-militar y la transición a la democracia	101
A.- Visión jurisprudencial sobre el concepto de Constitución económica.....	101
B.- Visión jurisprudencial sobre el concepto de orden público económico.	102
C.- Visión jurisprudencial sobre el principio de subsidiariedad.	103
D.- Preferencia empresarial del particular frente al Estado empresario.....	104
E.- Principio de especialidad del giro de las empresas públicas.....	104
3.5.3.- Visión jurisprudencial contemporánea	104
CAPÍTULO III. La empresa pública en derecho comparado	111
1.- Preliminar	111
2.- México	111
2.1.- Antecedentes previos a la Constitución de 1917.....	111
2.2.- La Constitución de 1917.....	113
2.3.- La primera fase económica de los gobiernos del PRI	119
2.4.- El giro económico del PRI: neoliberalismo y privatizaciones	121
2.5.- Actualidad.....	123

3.- España	124
3.1.- Antecedentes del Estado empresario en España	124
3.2.- El Estado empresario corporativista	126
3.3.- El diseño institucional de la transición	127
3.4.- El reflujó del Estado empresario en España.....	130
4.- Francia.....	130
4.1.- Surgimiento y antecedentes de la empresa pública	130
4.2.- Referencias normativas a la empresa pública.	132
4.3.- El art. 34 de la Constitución francesa y el concepto de sector público.....	133
4.4.- Consolidación del concepto.	134
4.5.- Las privatizaciones.	135
5.- Argentina	136
5.1.- La intervención estatal esporádica en la economía	137
5.2.- La intervención reguladora en la economía.	138
5.3.- La intervención estatal generalizada en la economía	138
5.4.- Dictadura y privatizaciones	141
5.5.- La recuperación del sector estatal	143
6.- Actividad empresarial pública internacional y asociación internacional ¿empresa pública binacional?.....	144
6.1.- Empresas públicas en el mercado internacional.....	144
6.2.- La empresa pública multinacional.....	145
CAPÍTULO IV. Concepto actual, taxonomía y características de la Empresa Pública	146
1.- La actividad de la Administración: títulos, formas y técnicas	146
1.1.- Títulos de intervención	148
1.2.- Formas de intervención	148
1.3.- Técnicas de intervención	149
1.4.- Evolución del concepto de “actividad de la Administración”	149
2.- Concepto de empresa pública	152
3.- Naturaleza jurídica	155
4.- Principios.....	155
4.1.- Transparencia y probidad	156
4.2.- Control.....	156
4.3.- Democracia de las grandes decisiones económicas.....	156

4.4.- Intervención técnica en la toma de decisiones económicas	157
4.5.- Coexistencia con actores económicos privados	157
5.- Clasificaciones	157
5.1.- Empresas públicas que proveen servicios públicos o que realizan actividad de fomento y aquellas que no lo realizan.....	157
5.2.- Ámbito territorial de la empresa pública	158
5.3.- Características de la propiedad: empresas totalmente estatales y empresas mixtas	158
5.4.- Empresas matrices y empresas filiales y subfiliales	158
6.- Control	159
6.1.- Control ejercido por la Cámara de Diputados.....	159
6.2.- Control ejercido por Contraloría General de la República.	160
6.3.- Control ejercido por el Consejo para la Transparencia.	161
6.4.- Control ejercido por la Comisión para el Mercado Financiero y por Superintendencias. ...	163
6.5.- Control de mérito u oportunidad.	163
7.- Gobierno corporativo	163
CONCLUSIÓN	164
BIBLIOGRAFÍA	168
Doctrina nacional	168
Doctrina extranjera.....	173
Legislación citada	177
Chilena	177
Extranjera	178
Jurisprudencia chilena	178
Jurisprudencia de la Corte Suprema.....	178
Jurisprudencia de Cortes de Apelaciones	178
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	178
Jurisprudencia Administrativa (dictámenes de Contraloría General de la República).....	179

Abreviaturas

ADIF:	Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (España).
AFP:	Administradora de Fondos de Pensiones. (Chile).
A. G.:	Asociación Gremial.
Art.:	artículo.
ASIMET:	Asociación de Industrias Metalúrgicas y Metalmecánicas.
c. / cc.:	Considerando/s.
CAP:	Compañía de Acero del Pacífico S.A. (Chile).
CE:	Constitución Económica.
CENC:	Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (“Comisión Ortúzar”).
CEPAL:	Comisión Económica para América Latina y el Caribe.
CMF:	Comisión para el Mercado Financiero (Chile)
CODELCO:	Corporación del Cobre (Chile).
CONAF:	Corporación Nacional Forestal de Chile.
CORFO:	Corporación de Fomento de la Producción de Chile.
CPR:	Constitución Política de la República de Chile.
DFL:	Decreto con Fuerza de Ley (Chile).
DL:	decreto ley (Chile).
EFE:	Empresa de los Ferrocarriles del Estado (Chile).
EMERES:	Empresa Metropolitana de Disposición y Tratamiento de Basuras Limitada (Chile).
EMPORCHI:	Empresa Portuaria de Chile.
ENAER:	Empresa Nacional de Aeronáutica de Chile.

ENAMI:	Empresa Nacional de Minería (Chile).
ENAP:	Empresa Nacional del Petróleo (Chile).
ENDESA:	Empresa Nacional de Energía S. A. (Chile).
EPIC:	<i>Établissement public à caractère industriel et commercial</i> / Establecimiento público de carácter industrial y comercial (Francia)
IANSA:	Industria Azucarera Nacional S.A. (Chile).
INI:	Instituto Nacional de Industria de España.
ISAPRE:	Institución de Salud Previsional.
IVA:	impuesto al valor agregado.
LOC:	Ley Orgánica Constitucional (Chile).
LOCM:	Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades de Chile.
Ltda.:	Limitada, Sociedad de Responsabilidad Limitada (Chile).
MORENA:	Movimiento de Regeneración Nacional (México).
N°:	número.
OPE:	orden público económico.
PC:	Partido Comunista (Chile).
PDC:	Partido Demócrata Cristiano (Chile).
PR:	Partido Radical (Chile).
PRI:	Partido Revolucionario Institucional (México).
PS:	Partido Socialista (Chile).
RENFE:	Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles (España).
S.A.:	Sociedad Anónima.
SELA:	Sistema Económico Latinoamericano.

SOFOFA:	Sociedad de Fomento Fabril.
SOQUIMICH:	Sociedad Química y Minera de Chile.
SCA:	Sentencia de Corte de Apelaciones (Chile).
SCS:	Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile.
SNCF:	<i>Société nationale des chemins de fer français</i> / Sociedad nacional de ferrocarriles franceses (Francia).
SpA:	Sociedad por Acciones.
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile.
TC:	Tribunal Constitucional de Chile.
TVN:	Televisión Nacional de Chile.
UDI:	Unión Demócrata Independiente (Chile)
UNAM:	Universidad Nacional Autónoma de México.
UTE:	Universidad Técnica del Estado de Chile.
YPF:	Yacimientos Petrolíferos Fiscales (Argentina)

Resumen

Esta memoria de prueba consta de un estudio histórico preliminar sobre el fenómeno de la empresa pública, que da contexto al trabajo de análisis jurídico posterior.

En seguida, el capítulo primero expone los fundamentos detrás de la existencia de dicha figura jurídica, el capítulo segundo da cuenta del marco jurídico nacional vigente, en que se desenvuelven las empresas públicas, el capítulo tercero da cuenta del desarrollo y regulación en cuatro ordenamientos jurídicos de la misma tradición (México, España, Francia y Argentina), y el capítulo cuarto plantea un concepto actualizado de la empresa pública, señalando sus principales elementos.

En suma, el trabajo de análisis de esta tesis busca dar una imagen al lector del concepto de empresa pública, desde perspectivas diversas que convergen hacia dicho fin.

INTRODUCCIÓN

La presente memoria de prueba adopta la forma de tesis, en los términos de la resolución N° 725, del señor Decano de la Facultad de Derecho, de 9 de diciembre de 2015, y busca dar cumplimiento a uno de los requisitos para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, establecido en el art. 2° letra b) del texto vigente del Reglamento para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Decreto Universitario N° 002441, de 1976).

Es fruto de una amplia investigación sobre el fenómeno de la empresa pública, que se extendió entre mediados de 2019 y febrero de 2021, periodo convulso para la sociedad chilena, a raíz del “estallido social” de 18 de octubre de 2019, encontrándonos en lo que Bruce Ackerman denominó “momento constitucional”¹, un periodo de reflexión, debate y discusión sobre cómo debe proyectarse el Chile de las próximas décadas; y convulso también para el mundo, a raíz de la pandemia de COVID-19, que ha generado una grave crisis sanitaria, así como económica, impactando en las diversas esferas de la vida, y por cierto en el derecho.

Debido a la amplitud del tema escogido, desde un inicio se optó por acotar el campo de estudio a la empresa pública como forma y técnica de intervención administrativa.

En cuanto al tratamiento metodológico del tema escogido, se ha optado principalmente por un trabajo jurídico-descriptivo², utilizando para ello el método de análisis, descomponiendo los diversos aspectos del problema jurídico, buscando ofrecer una imagen respecto del funcionamiento de la institución jurídica objeto de este trabajo. Sin perjuicio de lo anterior, se recurre también de forma auxiliar al análisis histórico-jurídico y jurídico-comparativo, toda vez que, para un correcto planteamiento del problema, se ha estimado necesario incorporar elementos históricos, así como indagar en otros ordenamientos jurídicos. Lo anterior, teniendo presente que la empresa pública es un fenómeno jurídico marcado, como se verá, por el tiempo histórico, así como un fenómeno de carácter universal, en donde existe influencia entre ordenamientos jurídicos pertenecientes a una misma tradición jurídica y por tanto se estima necesario para dar una adecuada descripción jurídica del mismo.

El trabajo se estructura en un estudio preliminar, a modo de prolegómenos, en que se efectúa una sinopsis histórica de la institución jurídica a analizar, adelantando las discusiones de dogmática constitucional que se plantearán a lo largo del trabajo, y una descripción del momento histórico en que se concluye esta memoria, que como ya hemos anunciado y explicaremos, se trata de un momento

¹ Véase: Bruce Ackerman, *We the People: Foundations*. (Cambridge: Harvard University Press, 1991)

² Siguiendo la nomenclatura empleada por el profesor Jorge Witker. Véase: Jorge Witker Velásquez, *Cómo elaborar una tesis en derecho. Pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del Derecho*. (Madrid: Editorial Civitas S.A., 1986): p 24.

constitucional fuerte, lo cual razonablemente puede repercutir, *pro futuro*, en la conceptualización del tema indagado, como revisaremos.

A los prolegómenos de este trabajo le siguen cuatro capítulos. En el primero de ellos, se trata la fundamentación teórica de la empresa pública, es decir, las razones filosóficas y prácticas que justifican la existencia de la institución. En el segundo, eminentemente descriptivo, se analiza el marco jurídico-normativo en que se desenvuelve la empresa pública en Chile. El tercero contiene un análisis de derecho comparado, respecto de cuatro ordenamientos jurídicos pertenecientes a nuestra misma tradición jurídica. El cuarto capítulo y final condensa los elementos que caracterizan a la empresa pública como forma de intervención administrativa. El razonamiento fluye a través de los capítulos en un hilo conductor de carácter deductivo.

Finalmente, en las conclusiones de este trabajo se busca dar respuesta al problema jurídico que hemos planteado, desde una perspectiva eminentemente jurídico-teórica y formalista³, pero que se apoya en algunos planteamientos empírico-sociológicos⁴ para intentar dar respuesta a las interrogantes que formula la presente tesis.

³ Witker, op. cit., p. 85.

⁴ Witker, op. cit., p. 97.

PROLEGÓMENOS

Escribir sobre la empresa pública en 2021 podría parecer algo anacrónico o un despropósito. A partir de las reformas neoliberales de la década de 1980, el derrumbe del bloque comunista y el “consenso de Washington”, la empresa pública como forma y técnica de intervención del Estado en la economía no ha hecho sino retroceder. La ola de privatizaciones de las décadas de 1980 y 1990 ha reducido la participación del Estado en la economía, bajo el influjo del dogma neoliberal imperante, aceptándose casi como “verdades reveladas” ciertas afirmaciones que justificaron dicha ola privatizadora, tales como que el Estado es un “mal empleador”, un “mal administrador”, le resta el necesario dinamismo a la economía, que el empresario particular si le brinda, estancando el crecimiento de los mercados, así como manteniendo ineficiencias y distorsiones económicas.

Lo cierto es que la frase “el Estado es un mal empresario”, repetida casi como un mantra, llevó a una reducción importante del sector público en los países occidentales, y por cierto muy especialmente en Chile.

Sin embargo, pese al retroceso del sector público en décadas pasadas, a la fecha se mantiene una participación considerable del sector público en el mercado mundial, observándose incluso un nuevo crecimiento del Estado empresario en occidente, en particular en el subcontinente latinoamericano.⁵ Con todo, aún es muy pronto a nuestro juicio como para hablar de “un resurgir” del Estado empresario a nivel mundial.

Sin perjuicio de lo anterior, afirmamos que la empresa pública como forma y técnica de intervención del Estado mantiene su vigencia y actualidad. Asimismo, sostenemos que no resultan suficientes los argumentos de orden económico -de ser ellos ciertos- para desvirtuar los fundamentos de la empresa pública, y finalmente, en forma prospectiva, afirmamos que un nuevo pacto social que aspire a la superación del modelo socio económico plasmado en la Constitución Política de 1980 requiere un robustecimiento del rol del Estado en la economía, siendo una de sus formas y técnicas de intervención más importantes la empresa pública, todo lo cual imprime un sello de actualidad a la presente memoria de prueba.

⁵ Destacan las experiencias de los “nuevos socialismos latinoamericanos” en la primera década del siglo XX, el proyecto presidencial en materia económica de Andrés López Obrador en México, entre otras.

1.- Sinopsis histórica de la empresa pública como fenómeno económico

Para comprender el fenómeno de la empresa pública, resulta ineludible remontarnos atrás en la historia económica de occidente.

Valentín Andrés Álvarez⁶ indicaba que la palabra “empresa” nace en el campo de las actividades colectivas. Recién a mediados del siglo XVIII surge el término “empresa” haciendo alusión a una actividad privada, identificación que se mantiene por largo tiempo, hasta que a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX cuando retornó el concepto de “empresa” al campo de “lo público”, acuñándose el término “empresa pública”. La aparición del concepto en lengua castellana es previa al uso de este en lengua francesa, en donde aparece recién a partir de 1946.⁷

Durante la antigüedad impera el distingo acuñado por Aristóteles entre “*oikonomia*” y “*crematística*”, es decir, entre necesidades “naturales” y “artificiales”.⁸ Al comenzar la modernidad, surge un ente histórico nuevo, el “Estado nacional”, cuya existencia supuso la aparición de un nuevo sistema económico, el mercantilismo, que se caracteriza por el predominio de lo público sobre lo privado.⁹ En el seno del Estado nacional se incubó una fuerza nueva, de un poder creciente e insospechado, el capitalismo, sistema económico que traslada la eficacia y el éxito ya no del conocimiento de un arte o una técnica, sino del espíritu de empresa y de iniciativa, del temple para asumir el riesgo y del amor a la aventura, elementos personalísimos orientados exclusivamente hacia el individuo, hacia su interés personal, estableciéndose la relación con otros individuos en el mercado, campo libre de lucha y competencia. El acento del sistema económico se traslada del trabajo al capital; si antes todo era “público”, ahora todo será “privado”, trasladándose el acento del grupo al individuo.¹⁰

Tras el triunfo de la revolución liberal-burguesa se produce un “giro copernicano”; deja de ser concebible una “empresa pública”, de hecho, ni siquiera era concebible la existencia de “propiedades públicas”, enajenándose las existentes en un proceso denominado “desamortización civil”, el cual no estuvo por cierto libre de inconvenientes prácticos, que llevó a admitir tempranamente la posibilidad de propiedad pública, mas no así la empresa, que debía ser sin excepción privada.¹¹

Así como en el seno del mercantilismo se incubó el capitalismo y la empresa privada, en las propias contradicciones del capitalismo se incuban los fundamentos de la empresa pública

⁶ Valentín Andrés Álvarez, “Introducción al estudio de la empresa pública”, *Revista de Administración Pública*, N°3 (septiembre-diciembre 1950): p. 42.

⁷ Jean-Yves Chérot, *Droit Public Économique*, (Francia: Economica, 2007, 2^{da} Ed.): p. 467.

⁸ Álvarez, op. cit., p. 43-44.

⁹ *Ibíd.*, p. 45.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 46.

¹¹ *Ibíd.*, p. 47.

contemporánea. Sintéticamente, y siguiendo a Valentín Andrés Álvarez podemos mencionar que las posibilidades aparentemente ilimitadas de la producción industrial impulsaron la concentración industrial, y con ella la tendencia al monopolio. Desde ese momento el capitalismo moderno socavó las bases del capitalismo primitivo, pues el monopolio constituía la negación de la competencia. Del “libre mercado” se pasó a la concentración del poder económico en pocas manos. La tendencia monopolística –señala Álvarez– constituye razón suficiente para transformar en actividades públicas las empresas privadas donde la técnica productiva impulsa aquella tendencia, aunque con la salvedad de que “razón suficiente” no significa “causa eficiente”, debiendo haber algo de interés público en una actividad para que pase del sector privado al sector público.¹²

En este estadio de la evolución de la teoría económica aparecen ciertas contradicciones, como el aparente carácter “natural” de lo “oikónómico” –que Álvarez identifica con “lo público”, al alejarse del sentido dado en el contexto de la organización de la familia primitiva. La contradicción más fuerte la identifica en considerar fuera del sector social al poder público y dentro a las actividades individuales y privadas, que se expresa nítidamente al “socializar” una actividad, al plantearse la duda de si sólo se puede “socializar” algo intangible, como ocurriría al fijarse un precio por el Estado. Para los antiguos, hay un distingo relevante entre las “leyes naturales” y las “leyes sociales”, cumpliéndose las primeras sin mandato de la autoridad. El gran error de Adam Smith –a juicio de Álvarez– radica en no haber tomado de Aristóteles la distinción entre “oikonomía” y “crematística”, aplicándola a los conceptos –que sí tomó prestados– de “valor de uso” y “valor de cambio”, cuyo fundamento radica precisamente en esa distinción. Para los continuadores de la economía neoclásica resultó ya imposible seguir soslayando que la hacienda pública era “oikónómica”.¹³

La escuela económica clásica centraba su estudio en las fuerzas económicas privadas, en mercados perfectos e ideales, no estudiando por cierto el efecto poderoso del actuar estatal en el campo económico. Dichos paradigmas de estudio se vieron prontamente superados, al entrar en acción fenómenos como los movimientos cíclicos de la coyuntura económica, los efectos del desempleo en la población, entre otros, en que las fuerzas económicas privadas resultan impotentes para prevenirlos o para erradicar sus efectos. Ante la crisis del capitalismo, parece justificada ampliamente la existencia de una economía estatal.

Queda un último aspecto por abordar, y es el que refiere al límite entre lo público y lo privado. Álvarez, concluyendo su monografía, plantea que:

¹² *Ibíd.*, pp. 47-48.

¹³ *Ibíd.*, pp. 49 y 50.

“una actividad económica debe, y sólo debe, pasar de privada a pública cuando dentro de la economía libre contraría o es indiferente a fines económicos, sociales, etc., que el Estado considera imprescindible cumplir, y la actividad es, además, en manos de éste, un instrumento que permite cumplirlos o mejorar su cumplimiento.”¹⁴

La anterior delimitación parece adecuada a modo introductorio al estudio del fenómeno de la empresa pública, pero resulta sin duda estéril o inútil para su aplicación concreta en el campo de la administración económica del Estado. No obstante ello, el criterio que plantea para la “publicación” de actividades, la máxima de que una actividad privada debe pasar al campo público cuando resulta contraria o indiferente a los fines buscados por un Estado, y cuando en sus manos sirve como instrumento para dichos fines, mantiene a nuestro juicio su vigencia universal, como principio axial de la intervención del Estado en el campo de la actividad productiva.

La monografía de Álvarez que hemos reseñado se inscribe en el periodo histórico de la posguerra, con los efectos aún latentes de la crisis económica de 1929 y de las dos guerras mundiales, y recoge suficientemente los efectos de un capitalismo desregulado, que agudizó la contradicción entre capital y trabajo.

En cuanto al desarrollo histórico de los entes denominados “empresas públicas”, plantea el académico mexicano Guillermo Guajardo que:

“[p]ara autores como Millward (2005), Toninelli (2000), Bouneau y Fernández (2004) y Comín y Díaz-Fuentes (2004), el origen de las empresas públicas se encuentra en Europa, en las manufacturas reales, astilleros y arsenales del Antiguo Régimen, pero fue en el siglo XIX cuando surgió el perfil moderno de estas organizaciones por las infraestructuras, la industrialización y la urbanización. En América Latina los factores de creación antes de 1914 fueron para la protección del mercado interno, las subvenciones al sector privado, el suministro de servicios, fomento del crecimiento o bien para recaudar recursos frescos sin recurrir a impuestos directos. Esa trayectoria adquirió consistencia desde las décadas de 1930 a 1940 en la energía y la infraestructura, expandiéndose en los decenios de 1960 y 1970 hacia la industrialización y la urbanización. Para ellos, las [empresas públicas] fueron adquiriendo una gran diversidad de formatos y denominaciones como compañías, empresas, institutos, comisiones, entes, servicios, que conformaron al sector público como un conjunto de establecimientos dependientes de organismos centralizados o descentralizados de la administración pública nacional, provincial y municipal [...] La dificultad para caracterizar

¹⁴ *Ibíd.*, p. 51.

los formatos históricos nos indica también la diversidad de orígenes y de tareas que se encuentran a partir de un núcleo básico, indicado por Millward (2005), en el sentido de que la moderna empresa pública se gesta durante la Revolución Industrial por la necesidad ineludible de la autoridad pública de regular, coordinar y definir derechos de las infraestructuras en las áreas urbanas, para la producción de bienes en masa y para la construcción de redes.”¹⁵

Existe un relativo consenso historiográfico en que, no obstante existen durante el antiguo régimen entidades que podrían ser denominadas empresas públicas, el concepto contemporáneo del término surge en las postrimerías del siglo XIX, muy de la mano de la revolución industrial.

También, existe relativo consenso en que el surgimiento de la empresa pública es gradual, y obedece a necesidades históricas de producción y regulación, por parte del Estado.

Agrega Guajardo que el desarrollo de los formatos históricos de la empresa pública se dio

“en cinco grandes subconjuntos de fenómenos en donde el Estado participó por:

- 1. El consumo de servicios en masa como agua potable, gas, transporte, comunicaciones, telégrafo, ferrocarriles, que escalaron hacia grandes redes.*
- 2. La forja de vínculos entre gobiernos e infraestructuras que obligaron a definir los derechos de vía por la necesaria regulación de las expropiaciones, rutas, tarifas, condiciones y normas de ingeniería, intereses garantizados, subsidios e impuestos.*
- 3. Lo que podríamos llamar intrusividad y durabilidad de las nuevas infraestructuras.*
- 4. La alteración de territorios y ciudades que requirió definir derechos de propiedad, así como los límites administrativos.*
- 5. La necesidad de la coordinación de redes.*

Lo anterior adoptó tres formatos muy generales: I) empresa pública localizada en un departamento de gobierno como correos, telégrafos y ferrocarriles; II) establecimiento público, como ocurrió en Francia después de 1940 con el llamado establecimiento público de carácter industrial y comercial (EPIC) con personalidad civil y autonomía financiera, siendo dirigido por un consejo de administración independiente del gobierno. El otro tipo fue la corporación pública en el Reino Unido, entidad separada legalmente no sujeta a las leyes que

¹⁵ Guillermo Guajardo Soto, “La empresa pública y sus definiciones en el largo plazo”, en *La empresa pública en México y en América Latina: entre el mercado y el Estado*, coord. Guillermo Guajardo y Alejandro Labrador, (México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades e Instituto Nacional de Administración Pública de México, 2015): pp. 26-27.

regulan las compañías comerciales; III) por acciones como sociedad anónima comercial, siendo ejemplos Air France y Lufthansa (Millward, 2005).”¹⁶

2.- Sinopsis histórica de la empresa pública en Chile

2.1.- Orígenes del Estado en Chile

El desarrollo intelectual e histórico que hemos reseñado tiene desde luego su correlato a nivel local. El paso del mercantilismo al capitalismo liberal-burgués es posterior al proceso de emancipación de Chile respecto del imperio español, dado que dicha revolución es una revolución política, pero no liberal burguesa.¹⁷

Durante el periodo colonial, hubo en nuestro país un escaso desarrollo de la agricultura y la ganadería¹⁸, siendo más precario aún el desarrollo de la minería¹⁹, así como muy rudimentaria la industria manufacturera y fábril²⁰. La economía chilena de aquel entonces era básicamente de subsistencia. Collier y Sater agregan que “[e]n un comienzo, el trabajo consistió principalmente en lavar oro en los ríos.

Durante el siglo XVI se extrajeron respetables cantidades de ese material precioso en Chile, pero muchos yacimientos se agotaron al poco tiempo, obligando a los colonos a recurrir a la agricultura y, especialmente, a la ganadería como principal fuente de sustento. Así se iniciaría uno de los procesos fundamentales en la historia chilena: la formación de grandes latifundios administrados por una elite terrateniente y explotados por una población rural semiservil²¹. El intercambio comercial hacia el exterior era escaso, siendo principalmente exportaciones de productos agrícolas y ganaderos²², y cobre, en bajas cantidades²³, teniendo como único mercado el imperio español, en especial el Perú²⁴, con una tibia apertura en el último siglo de la colonia²⁵. Debido a las políticas económicas mercantilistas a que

¹⁶ Guajardo, op. cit., pp. 27-28.

¹⁷ Francisco Zúñiga Urbina, “Constitución de 1828 y sus influencias. El constitucionalismo liberal en Chile”, en *Temas actuales de Derecho Constitucional. Libro homenaje al profesor Mario Verdugo Marinkovic*, coord. Emilio Pfeffer Urquiaga (Santiago, Chile: editorial Jurídica de Chile, 2009): p. 347.

¹⁸ Daniel Martner Urrutia, *Historia de Chile: historia económica*, (Santiago: Universidad de Chile y Balcells & co., 1929): p. 10.

¹⁹ Martner, op. cit., p. 15.

²⁰ Martner, op. cit., pp. 19-23.

²¹ Simon Collier y William F. Sater, *Historia de Chile 1808-1994*, trad. Milena Grass, (Madrid: Cambridge University Press, 1998): p. 19.

²² Sergio Villalobos Rivera et al., *Historia de Chile*, (Santiago, Chile: Editorial Universitaria, 2005): pp. 155-159.

²³ Martner, op. cit., p. 31. Este autor también señala que los principales productos exportados al Perú eran sebo, grasa, carne salada, charqui, cueros, vinos y frutas secas.

²⁴ Durante el periodo histórico de la colonia no había libertad de comercio, ni interior ni exterior. Véase: Martner, op. cit., p. 32.

²⁵ Villalobos et al., op. cit., pp. 213-215

adscribían las potencias europeas, se reservaron el monopolio de la actividad industrial, no permitiendo que sus colonias fabricaran manufacturas por sí mismas²⁶.

Con todo, las reformas borbónicas en las postrimerías del coloniaje ampliaron parcialmente los horizontes comerciales de Chile, al permitírsele comerciar directamente con España por la ruta del Cabo de Hornos, sin pasar por Perú, así como al permitírsele comerciar con el Virreinato del Río de la Plata, adquiriendo Chile una mayor independencia respecto del Perú, con la creación de la Casa de Moneda de Santiago (1750), así como su propio Tribunal del Consulado (1796)²⁷. Los mayores esfuerzos por liberalizar la economía se encuentran en una serie de decretos emitidos en 1778 por Carlos III, para liberalizar el comercio.²⁸

Como una de las causas de la emancipación de Chile del dominio español se encuentra “[l]a conciencia de que el país era víctima de una injustificada opresión económica por parte de España en los tiempos de la colonia i de que los habitantes tenían derecho a mayores consideraciones i a mayor bienestar”²⁹.

Daniel Martner compendia una serie de causas de la emancipación de Chile del dominio español, subrayando como una de las principales la falta de libertad económica y los gravámenes impuestos a todas las actividades de producción. Por ello, no es de extrañar que una de las primeras medidas adoptadas por la Junta Provisional de Gobierno formada el 18 de septiembre de 1810 fue declarar abiertos al comercio libre los puertos chilenos, ampliando con ello el mercado para la exportación de productos agrícolas y pecuarios, así como para las importaciones por parte de potencias diferentes a España.³⁰ Pese a ello, la libertad de comercio tuvo escaso impacto en la economía nacional, la que se mantuvo estancada durante las guerras de independencia.³¹

Con todo, resulta necesario destacar algunas iniciativas para el desarrollo económico e industrial de Chile durante el gobierno de José Miguel Carrera, como la organización de la “Sociedad económica de amigos del país”³², o la instalación en Huasco de un “Banco de rescate de pasta de

²⁶ Martner, op. cit., p. 35.

²⁷ Collier y Sater, op. cit., pp. 26-27.

²⁸ Véase : Collier y Sater, op. cit. 26 y Martner, op. cit., p. 38.

²⁹ Martner, op. cit., p. 91.

³⁰ Es menester subrayar las razones entregadas por la Junta para adoptar la libertad de comercio. “considerando el estado actual de las cosas de Europa, i que todos los hombres tienen ciertos derechos imprescriptibles con que los ha dotado el Criador para procurar su dicha, su prosperidad i bienestar, en vista del espediente de la materia”. Ley sin número de la Junta Provisional de Gobierno, de 21 de febrero de 1811. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1016562> [consultada el 8 de febrero de 2021]

³¹ Martner, op. cit., p. 104.

³² José Miguel Carrera Verdugo y José Santiago Portales y Larráin, “Parecer del Senado en orden a la sociedad filantrópica”, *Aurora de Chile*, 14 de enero de 1813. <http://www.auroradechile.cl/newtenberg/681/article-3533.html>

plata”³³, y por cierto la fundación y apertura del Instituto Nacional, institución fundamental para el desarrollo educacional y cultural durante el siglo XIX, siendo presupuesto necesario del desarrollo industrial de la naciente república.³⁴

En cuanto a la transformación política de nuestro país, tras varios años de inestabilidad política, en 1828 se adopta una Constitución política de un marcado horizonte ideológico liberal, aunque no alcanzándose a producir una transformación profunda en la sociedad y la economía de época³⁵, al resultar derogada por el triunfo de los “pelucones”³⁶ en la batalla de Lircay de 17 de abril de 1830, y la dictación a la postre de la Constitución conservadora de 1833, que marcaría el término abrupto de la posibilidad de una revolución liberal-burguesa exitosa en nuestro país. El ascenso del ideario liberal burgués, como veremos, se producirá en forma progresiva a lo largo del siglo XIX.

Durante la primera mitad de dicho siglo, se produce una paulatina migración desde las exportaciones de productos silvoagropecuarios hacia sustancias minerales, particularmente luego del descubrimiento de yacimientos de plata en el norte del país, en especial el mineral de Chañarcillo. Posteriormente, la plata daría lugar a la explotación de carbón en la zona del golfo de Arauco.³⁷ El desarrollo económico vinculado a la explotación minera en Atacama, al incremento de la agricultura a causa de nuevos mercados externos y al aumento del comercio, permitió la formación de sectores urbanos con mayores fortunas y nuevas influencias que fortalecieron a la naciente burguesía. Frente al oligarca terrateniente, parte de la vieja aristocracia colonial, de concepciones feudales, surge en nuestro país el burgués capitalista, de tendencias liberales, que constituye poco a poco una nueva y pujante clase social, con capitales propios, necesidades y aspiraciones nuevas.³⁸

A partir de la segunda mitad del siglo XIX se inicia la explotación y exportación de salitre y guano, sustancias que rápidamente se convertirían en el principal producto exportado por Chile, aumentando dramáticamente el volumen de las exportaciones tras la guerra del Pacífico³⁹, conflicto

³³ Pedro Prado Jaraquemada y José Miguel Carrera Verdugo, “Artículo de oficio”, *Aurora de Chile*, 6 de agosto de 1812. <http://www.auroradechile.cl/newtenberg/681/article-3286.html>

³⁴ Véase: Camilo Henríquez González, “Plan de organización del Instituto nacional de Chile, escuela central y normal para la difusión y adelantamiento de los conocimientos útiles”, *Aurora de Chile*, 18 de junio de 1812. <http://www.auroradechile.cl/newtenberg/681/article-2822.html> y Francisco Antonio Pérez et al., “Sanción de lo acordado en orden al Instituto Nacional. Fechado el 27 de Julio. Aprueba varias disposiciones relativas al Instituto Nacional”, *El Monitor Araucano*, 31 de julio de 1813.

³⁵ Villalobos et al., op. cit. pp. 458-461.

³⁶ Denominación bajo la cual se conoció al bando conservador durante los primeros decenios de la república oligárquica.

³⁷ Villalobos et al., op. cit. p.468-478.

³⁸ Julio César Jobet, *Ensayo crítico del desarrollo económico-social de Chile*, (Santiago, Chile: editorial Universitaria, 1951): p. 22.

³⁹ Por ejemplo, en 1880, en plena guerra, se exportaron 223.974 toneladas. En 1890 las exportaciones superaron el millón de toneladas. Jobet, op. cit., p. 47.

bélico con Bolivia y Perú que tuvo como resultado la incorporación de vastas reservas de salitre y guano en los territorios anexados al norte de Chile.

En forma paralela al auge exportador del nitrato, empieza a desarrollarse en nuestro país un incipiente capitalismo financiero, principalmente en las ciudades de Santiago y Valparaíso, como producto de la acumulación de riquezas derivadas de la explotación y exportación de recursos mineros. Esta acumulación de riquezas se concentra en pocas familias, nota característica de nuestro sistema económico.⁴⁰

En 1886 José Manuel Balmaceda asume la Presidencia de la República. Siendo un decidido liberal, en lo económico, si bien reconoce la importancia decisiva de la actividad privada, no acepta la teoría de la marginación del Estado en el proceso productivo. Por el contrario, considera que el Estado, el Gobierno, debe intervenir en el desarrollo de una economía poderosa y moderna, que contemple los intereses de la colectividad, del país entero.⁴¹ El ideario económico de Balmaceda aparece nítidamente en su discurso ante la convención liberal, al ser proclamado candidato presidencial, en que menciona:

“[...] hablo de la industria nacional, debo declarar que ella es débil e incierta por la desconfianza del capital y por nuestra común resistencia a sus corrientes benéficas [...] si el Estado, conservando el nivel de sus rentas y de sus gastos, dedica una porción de su riqueza a la protección de la industria nacional, sosteniéndola y alimentándola en sus primeras pruebas; y si hacemos concurrir al Estado con su capital y sus leyes económicas, y concurrimos todos individualmente o colectivamente a producir más y mejor y a consumir lo que producimos, una savia más fecunda circulará por el organismo industrial de la república y un mayor grado de riqueza nos dará este bien supremo de pueblo trabajador y honrado: vivir y vestirnos por nosotros mismos.”⁴²

Sin embargo, pese a los esfuerzos por industrializar nuestro país desplegados por Balmaceda, quien incluso propuso un contundente programa de nacionalizaciones de salitreras y ferrocarriles en el norte grande⁴³, ellos no lograron llegar a buen puerto, al estallar la guerra civil de 1891 entre un sector del Congreso Nacional y el Presidente de la República, en una operación orquestada por el imperialismo inglés, una “contra revolución”, siguiendo la terminología de Ramírez Necochea.⁴⁴

⁴⁰ Ricardo Lagos Escobar, *La concentración del poder económico: su teoría, realidad chilena*, (Santiago: Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, 1962), <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/151845>, p. 52 y ss.

⁴¹ Jobet, op. cit., p. 57.

⁴² Rafael Sagredo Baeza y Eduardo Devés Valdés, compiladores, *Discursos de José Manuel Balmaceda. Iconografía*. (Santiago, Chile: Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, DIBAM, 1992): p. 141.

⁴³ Jobet, op. cit., pp. 69-70.

⁴⁴ Hernán Ramírez Necochea, *Balmaceda y la contrarrevolución de 1891*, (Santiago, Chile: editorial Universitaria, 1958)

Tras la caída de Balmaceda, se acrecienta en nuestro país la influencia del imperialismo inglés, y se consolidan poderosas élites plutocráticas, que dominarían la escena económica durante un siglo.

La primera guerra mundial reportó cuantiosos ingresos al país, producto de un alza notable en las ventas de minerales y productos agrícolas. Sin embargo, al término de la guerra se paralizan las fuentes productivas, lo que genera una crisis económica general. En 1918, el derrumbe de la industria salitrera provoca la cesantía de miles de obreros. El costo de la vida se eleva considerablemente. El país queda sumido en una horrible crisis económica y social.⁴⁵

Al descenso de la demanda de importaciones, se suma la invención de sustitutos al salitre, a precios cada vez más económicos.⁴⁶ Producto de dicha crisis, se produce el paulatino y sostenido retroceso de la inversión inglesa, y su sustitución por inversiones estadounidenses tanto a nivel mundial, pero especialmente a escala continental.⁴⁷ A modo ejemplar, en nuestro país en 1912 las inversiones norteamericanas eran de 15 millones de dólares de época, ascendiendo a 451 millones en 1928 y a 700 millones en 1930.⁴⁸

En 1927, Carlos Ibáñez del Campo inicia una dictadura, aplastando a sus opositores políticos, promoviendo la inversión norteamericana y el ingreso de capitales, modernizando el país en cuanto a administración e infraestructura, pero sin crear un desarrollo económico propio basado en la industrialización del país. De ahí que la grave crisis bursátil de Wall Street en 1929 repercutió de forma tan dura en nuestra economía, toda vez que Estados Unidos no pudo seguir otorgando empréstitos a las dictaduras latinoamericanas, provocando graves crisis y la caída de dichos gobiernos autoritarios. En medio de graves protestas, en 1931 cae la dictadura de Ibáñez.⁴⁹

2.2.- El periodo del Estado desarrollista

Tras dicho gobierno autoritario se suceden gobiernos inestables, entre ellos la efímera experiencia de la República Socialista de Chile. Los partidos de clase obrera (Comunista y Socialista) confluyen con el Radical, para formar el Frente Popular, una alianza de fuerzas obreras y democrático-burguesas, con un programa de confluencia entre intereses de clase diversos.⁵⁰

En la etapa inmediata a la gran crisis de 1929, que va del año 1930 hasta 1938, se incubaba una suerte de “nacionalismo económico”, que impulsó un auge industrial. Privado nuestro país de capitales

⁴⁵ Jobet, op. cit., p. 137.

⁴⁶ Villalobos et al., op. cit., pp. 616-619

⁴⁷ Jobet, op. cit., p. 139.

⁴⁸ Jobet, op. cit., p. 165.

⁴⁹ Jobet op. cit., pp. 168-169.

⁵⁰ Jobet, op. cit., pp. 188-191.

estadounidenses, se dejó de comprar mercancías de dicho origen, amparándose iniciativas para crear puestos de trabajo e industria local.

Mauricio Casanova indica al respecto que

“[p]ara la mayor parte de los autores, durante la década de 1930 se originan o consolidan dos procesos que parecen constituir un quiebre en la historia económica latinoamericana. En primer lugar, se parece transitar desde un modelo exportador hacia uno de sustitución de importaciones, en el que los patrones laissez faire, propios del periodo 1830-1930, dan paso a un sistema basado en el control estatal de las actividades económicas. En segundo lugar, se suele afirmar que, también en estos años, las oligarquías pierden peso ante el avance de la clase media y la capas tecnocráticas de la administración pública, las que abogaban por un programa modernizador basado en la organización técnico-científica de los asuntos estatales”⁵¹

No obstante, el autor sostiene una tesis ligeramente diferente, afirmando (i) que el periodo post crisis en Chile no sólo se caracteriza por el fortalecimiento de la intervención estatal de la economía, sino también por un mayor control gremial-empresarial de las decisiones estatales, (ii) que el escenario de la Segunda Guerra Mundial fue un agente catalizador clave de este proceso.⁵² Añade que los enfoques historiográficos en el campo económico predominantes son (i) la historiografía marxista de mediados del siglo XX, centrados en el fenómeno de la industrialización minera y sus consecuencias; (ii) los historiadores de izquierda en la década de 1990, más cercanos a la historia social, subrayan fenómenos alternativos de industrialización, protagonizada ya no por proletarios industriales, sino que por artesanos (anarquistas, en el caso de Sergio Grez; “sujeto popular”, en el caso de Gabriel Salazar), manteniendo el énfasis en el capitalismo y sus contradicciones; (iii) historiadores afines a la idea del desarrollismo y a la denominada Escuela de la CEPAL (1940-1960), que tienen como objetivo central la investigación de las causas del subdesarrollo latinoamericano, con foco en los obstáculos a la industrialización y a la democratización (desarrollo económico y político); (iv) los historiadores adscritos a la teoría de la dependencia (1960-1980), que plantean que las causas del subdesarrollo no se encontraban en factores endógenos, sino en una estructura global de desigualdad, y (v) el enfoque transnacional, el que busca relacionar el surgimiento del Estado desarrollista con las redes comerciales-

⁵¹ Mauricio Casanova Brito, “Los orígenes del desarrollismo económico en Chile (1932-1945): ¿Estado empresario o empresarios en el Estado?” (tesis doctoral, Universidad Libre de Berlín, 2018): p. 6. https://refubium.fu-berlin.de/bitstream/handle/fub188/22401/Diss_Casanova.pdf?sequence=3&isAllowed=y

⁵² Ibid.

financieras de las élites, que buscan reinsertarse en los circuitos internacionales post crisis económica de 1929.⁵³ Hay, desde luego, historiadores que no encuadran dentro de ninguna de estas corrientes.

Dada la naturaleza acotada de esta memoria de prueba no abarcaremos la multiplicidad de visiones historiográficas económicas existentes, pero trataremos de incorporar diversas perspectivas.

En 1936 se organiza el Frente Popular, coalición integrada por los partidos Radical, Comunista, Socialista, Democrático y Radical Socialista, con participación de organizaciones sociales, tales como la Confederación de Trabajadores de Chile y el Movimiento Pro Emancipación de las Mujeres de Chile. La unidad se propició por el contexto internacional, marcado por la Guerra Civil Española y el auge del fascismo y el nazismo en Europa, alineándose además con la tesis sostenida por Georgi Dimitrov en el seno de la Tercera Internacional en 1935. Fue, en ese sentido, muy cercano a experiencias europeas⁵⁴ de ese periodo histórico conocido como “entre guerras”.

El Frente Popular accede al poder en 1938, bajo la candidatura presidencial del radical Pedro Aguirre Cerda, profesor y abogado, con estudios en Derecho Administrativo y Financiero, y de Economía Política y Legislación Social en La Sorbona y el Colegio de Francia. Su pensamiento y visión económica pueden extraerse de su obra *El problema industrial*⁵⁵, en donde se aprecia con fuerza el nacionalismo económico al que ya hemos hecho referencia. Esa doctrina recibía el fuerte respaldo del empresariado industrial. En 1938 los principales dirigentes de la SOFOFA (Sociedad de Fomento Fabril) propiciaban una efectiva protección de la industria, además de una política pública en la que el Estado tuviese directa intervención. Con reminiscencias “corporativistas”, las agrupaciones de empresarios buscaban acomodar los actos de gobierno a sus intereses, buscando integrarse a las agencias gubernamentales que diseñaban la política económica, debilitando el rol del Congreso. Se daba paso al “Estado de compromiso”⁵⁶

En su primer mensaje ante el Congreso Pleno el 21 de mayo de 1939, señalaba:

“La economía nacional ha podido adquirir una apariencia de prosperidad mientras sus riquezas naturales se extraen o explotan para llevarlas al extranjero y mientras los sueldos y salarios permiten una vida vegetativa a las clases trabajadoras; pero no habrá progreso efectivo ni estabilidad social consciente, ni civilización que engrandezca verdaderamente a la Patria, sino cuando en el aprovechamiento de las materias primas nacionales participe equitativamente tanto los componentes que sean indispensables de otras naciones más

⁵³ Casanova, op. cit., pp. 7-12.

⁵⁴ Armando de Ramón, *Historia de Chile*, (Santiago, Chile: Editorial Catalonia, 2003): p. 143.

⁵⁵ Pedro Aguirre Cerda, *El problema industrial*, (Santiago: Prensas de la Universidad de Chile, 1933)

⁵⁶ De Ramón, op. cit., pp. 146-147

civilizadas, como el pueblo mismo, en toda su integridad, el cual en diversas épocas de la historia ha pagado dolorosa contribución de su sangre para mantener el suelo patrio, acrecentarlo en riquezas, y que constantemente se prepara para servir su independencia [...] la independencia no consiste en tener una apariencia de Gobierno propio; es la facultad de gobernarse realmente a sí mismo y disponer no sólo de su fortuna, sino procurar la libre realización de sus sentimientos y legítimas aspiraciones”⁵⁷

En 1939 se produce el devastador terremoto de Chillán, catástrofe que aceleró la creación de la Corporación de Fomento a la Producción (CORFO), conjuntamente con la Corporación de Reconstrucción y Auxilio a los Damnificados del Terremoto⁵⁸. CORFO se convertiría en el órgano estatal encargado de fomentar y coordinar el desarrollo del país. A juicio de Armando de Ramón la creación de CORFO consagra el “Estado empresario”, pues en los fundamentos de la ley que le da vida se expresa claramente que la situación de atraso que presentaba Chile sólo podía ser modificada por una acción modernizadora dirigida por el Estado y apoyada por los particulares, que pusiera al día al país en industrialización, equipamiento e infraestructura. De igual forma, problemas como la falta de ahorro y la inoperante organización financiera requerían de urgentes reformas.⁵⁹

En su mensaje del 21 de mayo de 1939, Aguirre Cerda analiza los déficits en materia de infraestructura pública e industria, evidenciado por el terremoto:

“El cataclismo terrestre que hemos sufrido ha confirmado en el actual Gobierno la crítica que formulara ante el país sobre imprevisión para resolver problemas fundamentales de interés público”⁶⁰

Precisa que el país carece de capacidad de transporte y de vías de comunicación suficientes para satisfacer las exigencias de las actividades productoras y distribuidoras, hay carencia de maquinaria agrícola, de igual forma que escasea el combustible, afectando a la industria y a la minería. No se explota adecuadamente la riqueza de las caídas de agua, que permiten el desarrollo de la energía eléctrica, Señala también que todo plan productor debe ir acompañado de “una educación que sirva a hombres y mujeres en una preparación que infunda en todas las clases sociales un sentido de capacidad y de comprensión de que el país tiene fuerzas sobresalientes que bien conocidas y aprovechadas darán margen sobrado para una economía nacional sana, de beneficio para todas las actividades”, y agrega:

⁵⁷ Pedro Aguirre Cerda, Mensaje de S.E. el Presidente de la República en la apertura de las sesiones ordinarias del Congreso Nacional, (Santiago: Imprenta Fiscal de la Penitenciaría de Santiago, 1939): p. 4.

⁵⁸ Ley N° 6334, que crea las Corporaciones de Reconstrucción y Auxilio y de Fomento a la Producción, de 29 de abril de 1939.

⁵⁹ De Ramón, op. cit., p. 154.

⁶⁰ Aguirre, op. cit., p. 6.

“Gobernar es educar”, y con este firme concepto aprovecharé todas las fuerzas de que el Estado pueda disponer para despertar el espíritu constructivo, de organización y perseverancia que tanto necesita la colectividad nacional, y rectificaré el abandono en que se ha desarrollado la educación pública [...] Hay que proteger al productor, pero como tal no se entiende al que coloca su capital a interés para permanecer personalmente inactivo, o al que especula con la ignorancia o la miseria. El deber de trabajar es la sagrada contribución que todo individuo consciente de sus deberes ha de prestar a la colectividad en forma directa y personal [...] Y en ello incluyo deliberadamente a la mujer que no tenga obligaciones maternales que cumplir. La mujer debe ser incorporada a la vida nacional activa y gozar de todos los derechos civiles y políticos del hombre”⁶¹

Cardoso y Faletto⁶² denominan “Estado desarrollista” a las políticas económicas orientadas a la industrialización impulsada por el Estado, que se materializa con mayor intensidad y nitidez en Chile y en México. En el caso chileno, este modelo se habría vuelto inevitable a consecuencia de la grave crisis económica de 1929, y del estallido de la Segunda Guerra Mundial, que obligaba a la sustitución de importaciones. Esa política se orientó hacia desarrollar áreas económicas que no existían, y no a modificar las actividades ya existentes, en particular en materia agraria, en donde solo se impulsó la diversificación de cultivos, sin realizar cambios en la estructura de la propiedad, a diferencia del caso mexicano.

Los gobiernos del Frente Popular y del Partido Radical (1938-1953) inauguran un nuevo periodo económico, llevando adelante un vasto programa de industrialización, tanto sobre la base del fomento de la industria nacional, como por la creación de múltiples empresas estatales.⁶³ De Ramón subraya que desde la década de 1920 venían generándose las condiciones para la evolución político-económica que daría origen al intervencionismo del Estado en la economía, a través de medidas como la creación de instituciones de fomento a la producción, tales como la creación del Banco Central (1925), el Servicio de Minas del Estado (1925), la Caja de Crédito Agrario (1926), la Caja de Crédito Minero (1927), la Caja de Crédito Carbonífero y el Instituto de Crédito Industrial (1928).⁶⁴

La experiencia de dicha crisis económica llevó a los gobiernos de época al desarrollo de un plan de industrialización, a fin de lograr una mayor “independencia económica” respecto de la economía mundial, salvaguardando a nuestro país de fenómenos como el ocurrido en 1929, volviendo

⁶¹ Aguirre, op. cit., pp. 9-10.

⁶² Fernando Henrique Cardoso y Enzo Faletto, *Dependencia y desarrollo en América Latina*, (Buenos Aires: siglo XXI editores S.A., 1977)

⁶³ Villalobos et al., op. cit., pp. 780-783

⁶⁴ De Ramón, op. cit., p. 154-155.

menos dependiente a nuestra economía, sumado al factor del terremoto de Chillán, cuyas graves consecuencias requirieron de la acción decidida del Estado, logrando sortear por escasos votos el obstruccionismo de la derecha en el Congreso.⁶⁵

El gobierno de Pedro Aguirre Cerda terminó de forma abrupta, pues el Jefe de Estado enfermó de tuberculosis, falleciendo el 25 de noviembre de 1941. Collier y Sater destacan del gobierno de Aguirre Cerda el haber integrado en el sistema político a los partidos marxistas (Partido Socialista y Partido Comunista), la construcción de escuelas y viviendas de bajo costo, la formación de asentamientos agrícolas y la distribución de algunas tierras, y en especial la creación de CORFO. Sin embargo, debió renunciar a parte importante de su programa, en especial en lo referido a la reforma agraria, pues ello habría implicado un enfrentamiento directo con los hacendados, lo que podría haber repercutido en el precio de los alimentos de primera necesidad. Aguirre Cerda debió congraciarse durante su mandato con el poder tradicional, para llevar adelante transformaciones.⁶⁶ De Ramón, por su parte, subraya que la presencia del Partido Radical en los pactos políticos fue la causa de la gran moderación del Frente Popular chileno, mediando y amortiguando las demandas de los partidos de clase obrera, siendo una de las causas para que se diera en Chile un periodo de estabilidad política y social tan prolongado como el que se inaugura en 1938.⁶⁷

Respecto de la CORFO, desde un principio funcionó sobre la base de cinco líneas principales de actividad: (i) desarrollo de la energía y los combustibles; (ii) el establecimiento de determinadas industrias que permitieran sustituir importaciones, como por ejemplo la industria del acero, con la creación de la usina de Huachipato en 1948; (iii) desarrollo de la minería, mediante planes de mejoramiento técnico, y la fabricación de algunos productos, como alambres; (iv) agricultura y pesca, aportando recursos técnicos para mecanizar las faenas, así como estableciendo industrias procesadoras de productos del mar; (v) comercialización y servicios de transporte aéreo, marítimo y terrestre.⁶⁸

Tras la muerte de Aguirre Cerda se convocó a elecciones presidenciales, enfrentándose Carlos Ibáñez con Juan Antonio Ríos, apoyado por la Alianza Democrática, una inestable coalición formada por radicales, socialistas, comunistas y liberales alessandristas, cuyo principal punto en común era la aversión a Ibáñez, a quien veían como representante del fascismo (en un mundo polarizado por la Segunda Guerra Mundial). Fue un gobierno agitado, de múltiples conflictos políticos e inestabilidad, y que al igual que su antecesor culminó de forma abrupta, pues en enero de 1946 Ríos se vio obligado a dimitir, a raíz de un agresivo cáncer, falleciendo el 27 de junio de ese año. Con todo, su gobierno fue

⁶⁵ Collier y Sater, op. cit., p. 213.

⁶⁶ Collier y Sater, op. cit., pp. 214-215.

⁶⁷ De Ramón, op. cit., p. 144.

⁶⁸ De Ramón, op. cit., p. 156.

prolífico en impulsar el desarrollo industrial del país, al crear la Compañía de Acero del Pacífico S.A. (CAP), la primera siderúrgica del país, organizar la industria del petróleo y el monopolio de la energía eléctrica. En el convulso panorama internacional, abandona la neutralidad de Chile en la Segunda Guerra Mundial, rompiendo relaciones con las potencias del Eje (Alemania, Italia y Japón), declarándoles finalmente la guerra.⁶⁹

Armando de Ramón destaca la labor industrializadora llevada adelante por los gobiernos entre 1938 y 1973. Dicha tarea –destaca– se produjo tanto en Santiago, como en provincias, y tuvo como objetivo primario la creación de infraestructura para el desarrollo, especialmente en cuanto a la electrificación del país, inaugurándose en 1962 el sistema eléctrico interconectado entre La Serena y Chiloé. También se desarrolló la industria petrolífera, con descubrimiento de yacimientos en Magallanes y la creación de ENAP. De igual modo, la creación de la usina de Huachipato y la CAP, establecieron una industria básica, como es la siderúrgica. En el plano agroindustria, destaca la creación de IANSA, y el plan pesquero, naciendo por ejemplo la Empresa Pesquera Tarapacá S.A. Respecto del principal sector de la economía, la minería cuprífera, al término del periodo la gran minería del cobre estaba a cargo de CODELCO, mientras la pequeña y mediana minería vendían su producción a ENAMI, empresa creada en 1960 para el fomento de la minería mediante la adquisición, procesamiento y comercialización de las sustancias mineras, en sus fundiciones de Paipote (región de Atacama) y Ventanas (región de Valparaíso).⁷⁰

El último gobierno radical fue el de Gabriel González Videla (1946-1952), apoyado por la Alianza Democrática, coalición integrada por radicales, comunistas y demócratas (el Partido Socialista se retiró de dicha coalición), quien se impuso a las candidaturas presidenciales del Partido Conservador, del Partido Liberal y del Partido Socialista.

En el campo político, se distinguen dos fases del gobierno de González Videla; en la primera gobernó con el Partido Comunista, y en la segunda, presionado por Estados Unidos y por conflictos internos, rompió con el PC, ilegalizando a dicho partido por medio de la Ley N° 8987, de 1948, conocida como ley de defensa permanente de la democracia o “ley maldita”. En esa segunda fase del gobierno, se apoyó primero en un gabinete con fuerte presencia de figuras independientes (“el gabinete de administración”), para pasar luego al gabinete “de concentración nacional” (con participación de conservadores y liberales) y finalmente a un gabinete “de sensibilidad social” (con el apoyo de los socialcristianos y falangistas). Destaca durante su gobierno la promulgación de la Ley N° 9292, de 1949, que establece el sufragio femenino para elecciones parlamentarias y presidenciales.

⁶⁹ Collier y Sater, op. cit., pp. 215-217.

⁷⁰ De Ramón, op. cit., pp. 174-176.

En el plano económico, y pese a los vaivenes ideológicos del gobierno, se mantuvieron las políticas económicas intervencionistas de los dos gobiernos anteriores, destacando la creación de la refinería de petróleo de Con Con, de ENAP, la Fundición Nacional de Paipote, de ENAMI, la Siderúrgica Huachipato, de la CAP. En el desarrollo de redes, se inician las obras para conectar por carretera a Chile de Arica a Puerto Montt, con el diseño y construcción de la carretera panamericana, y se avanza en el plan de electrificación y construcción de centrales hidroeléctricas.

En el campo educacional, se crea la Universidad Técnica del Estado en 1947, para la formación del personal técnico y profesional idóneo para el desarrollo industrial. La UTE se establece sobre la base de la Escuela de Artes y Oficios y la Escuela de Minas de Copiapó.

Finalmente, se impulsa un plan de descentralización productiva, potenciando la provincia de Coquimbo, conocido como “plan Serena”, y que incluía planes de desarrollo regional, industrialización, infraestructura pública, conectividad, modernización del puerto de Coquimbo, entre otras labores, que contemplaba la planificación directa del Gobierno, y la colaboración de empresarios y particulares.⁷¹

Tras el gobierno de González Videla, en las elecciones presidenciales de 1952 se enfrentan Carlos Ibáñez del Campo, quien hacía gala de su condición de independiente, siendo apoyado por partidos menores, como el Partido Socialista Popular, el Partido Agrario Laborista, el Movimiento Nacional Ibañista, el Partido Radical Doctrinario, Partido Nacional Cristiano, Partido Progresista Femenino y el Partido Democrático, Pedro Alfonso Barrios, el abanderado del Partido Radical que contó con el apoyo del Partido Conservador Social Cristiano, Falange Nacional y el Partido Democrático, Arturo Matte Larraín, por el Partido Liberal, apoyado por el Partido Conservador Tradicionalista, el Partido Regionalista de Magallanes, el Partido Nacional Agrario y el Partido Liberal Progresista, y Salvador Allende Gossens, candidato del Frente Nacional del Pueblo, coalición que integraban el Partido Socialista, el Partido del Trabajo, y desde la clandestinidad el Partido Comunista. Triunfó en dichas elecciones Ibáñez del Campo, derrotando ampliamente a sus competidores.

Durante el segundo gobierno del General Ibáñez se mantiene el modelo desarrollista llevado adelante durante los gobiernos radicales. Durante su gobierno la CORFO crea la Industria Azucarera Nacional (IANSAN), para el procesamiento de remolacha y la producción de azúcar, se crea el Banco del Estado, mediante la fusión de diversas instituciones de ahorro y crédito del Estado.

⁷¹ Véase: Presidencia de la República de Chile, *Plan de fomento y urbanización para las provincias de Chile*, (Santiago, Chile: Talleres del Instituto Geográfico Militar, 1951) https://www.museohistoricolaserena.gob.cl/633/articles-50291_archivo_01.pdf

En materia minera, se dicta la Ley N° 11.828, conocida como la “Ley del Nuevo Trato”, que permite al Gobierno intervenir directamente en el control de la producción y la venta del cobre. Adicionalmente, dicho cuerpo legal crea el Departamento del Cobre, entidad encargada no solo del control, sino también de la formación de un equipo técnico experto en la industria cuprífera.⁷²

En 1955, debido al aumento de la inflación, Ibáñez contrata a consultores estadounidenses, quienes envían a la “misión Klein-Saks”, al cual propuso una serie de medidas económicas, algunas de las cuales fueron aplicadas, mientras otras no fueron consideradas, al desatarse diversas huelgas. Para algunos autores, se trataría del primer antecedente de políticas económicas de corte neoliberal o monetarista.⁷³

En las elecciones presidenciales de 1958 compitieron Salvador Allende, apoyado por el Frente de Acción Popular (PS, PC, Partido Radical Doctrinario, Partido Democrático y Vanguardia Nacional del Pueblo), Jorge Alessandri Rodríguez, candidato independiente apoyado por el Partido Conservador Unido, el Partido Liberal, y otras fuerzas menores, Eduardo Frei Montalva, candidato del Partido Demócrata Cristiano, apoyado además por el Partido Nacional y el Partido Agrario Laborista, Luis Bossay, por el Partido Radical, y el sacerdote Antonio Zamorano, candidato independiente, conocido como “el cura de Catapilco”. Resultó electo, por estrecho margen, Jorge Alessandri.

Durante su gobierno (1958-1964) mantuvo en líneas generales la política económica en materia de Estado empresario. Incluso, dictándose la Ley N° 15.020, de 1962, que impulsaba la primera reforma agraria, aunque a pequeña escala (por ello fue conocida como “la reforma del macetero”).

Alessandri se presentaba como un “no político”, independiente, ingeniero, vinculado más bien al mundo de los negocios que a la política, su primer gabinete altamente tecnificado se conoció como “la gerencia”. Poco después de asumir el cargo, se produjo el devastador terremoto de Valdivia de 1960, el más fuerte registrado por instrumentos de la historia, y aunque con efectos económicos menos devastadores que el terremoto de Chillán de 1939.⁷⁴

En cuanto a lo político, su gobierno se caracterizó por un fuerte acercamiento a Estados Unidos, incorporándose a la Alianza para el Progreso. También, el gabinete tecnocrático de “la gerencia” fracasó al no lograr respaldo en un Congreso Nacional en donde el gobierno carecía de mayoría, lo que llevó a Alessandri a entenderse con el Partido Radical y la Democracia Cristiana para

⁷² De Ramón, op. cit., p. 164.

⁷³ Véase: Rolf Lüders Schwarzenberg, “La Misión Klein-Saks, los Chicago Boys y la Política Económica”, *Documento de Trabajo N°411*, (Santiago, Chile: Instituto de Economía de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 2012)

⁷⁴ Collier y Sater, op. cit., pp. 226-227.

gobernar, incorporándolos en sus decisiones políticas. Al término de su mandato, intentó sin éxito una serie de reformas constitucionales.

Para las elecciones presidenciales de 1964 las fuerzas políticas de izquierda, agrupadas en el Frente de Acción Popular (FRAP) levantaron la candidatura de Salvador Allende Gossens, quien no resultaría electo en dicha oportunidad. Destaca entre las propuestas de dicha candidatura, para el tema que estudiamos, una propuesta para la reorganización de la Administración Pública en el contexto de un programa popular, preparada por Gonzalo Martner García. En ella, se plantea como objetivos independizar a la Administración de las presiones imperialistas, dar participación activa a los trabajadores, sus organizaciones, y a pequeños y medianos empresarios en los asuntos estatales, dar al Estado un rol central como planificador del desarrollo, mediante el uso de los excedentes económicos, descentralizar la administración pública creando gobiernos provinciales, fortaleciendo los municipales, y redistribuyendo territorialmente el ingreso nacional, entre otros.⁷⁵ La propuesta planteaba una profunda reforma administrativa, con un fuerte énfasis en la tarea de planificación y mecanismos de participación popular en la gestión administrativa; por ejemplo, en las empresas públicas se contemplaba la creación de un Consejo de Administración, integrado por trabajadores de la empresa, así como en el campo habría Cooperativas de Producción.⁷⁶

La Democracia Cristiana, por otro lado, postuló a Eduardo Frei Montalva, con un programa reformista que denominaron “Revolución en Libertad”⁷⁷, y que contemplaba la reforma agraria, una reforma constitucional, reforma educacional, redistribución de ingresos y el fomento de las organizaciones comunitarias.⁷⁸ En materia de actividad industrial, se mantienen las políticas desarrollistas y se conserva el rol del Estado empresario; se promueve la “racionalización” de la Administración, estableciéndose la jornada única de los funcionarios. Se propone la creación de una oficina de planificación nacional (ODEPLAN). Frei resultaría electo con la mayoría absoluta de los votos, pues las fuerzas políticas de derecha, visualizando la posibilidad de triunfo del candidato del FRAP, debido al antecedente previo del “naranjazo”⁷⁹ optaron pragmáticamente por apoyar al demócratacristiano.

⁷⁵ Gonzalo Martner García, *Obras escogidas (1950-1992)*, (Santiago, Chile: Ediciones del Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolívar, 1995): pp. 37-38.

⁷⁶ Martner, op. cit., p. 57.

⁷⁷ Partido Demócrata Cristiano de Chile (PDC), *Un Programa y un Gobierno*, (Santiago, Chile: Editorial del Pacífico S. A., 1967): p. 18.

⁷⁸ PDC, op. cit.,

⁷⁹ Elección complementaria desarrollada el 15 de marzo de 1964, para proveer un escaño de la Cámara de Diputados dejado vacante por el socialista Óscar Naranjo Jara, en que se impuso –contra todo pronóstico– su hijo Óscar Naranjo Arias, también del PS.

Durante el gobierno de Eduardo Frei Montalva (1964-1970) se llevó a cabo la denominada “chilenización del cobre”, implementada por medio de la Ley N° 16.425, la cual consistió en un considerable aumento de la participación estatal en la propiedad de las empresas de la gran minería del cobre. Además, reemplazó el Departamento del Cobre, por la Corporación del Cobre.⁸⁰

Gonzalo Martner denomina a este periodo “el modelo reformista de desarrollo”, presentando como panorama inicial una aguda inflación, lento crecimiento económico y una marcada concentración del ingreso, con una estructura agraria y minera obsoleta, así como atrasos importantes en el aparato industrial y el financiero. Las principales fuerzas que sustentaban el movimiento pluriclasista de Frei y su “revolución en libertad” fueron la burguesía industrial modernizante, que había ganado experiencia en el proceso de industrialización sustitutiva de importaciones y que deseaba modernizar la agricultura, a la vez que buscaba aumentar la participación de Chile en la exportación del cobre, ello sumado a alianza con sectores sociales, como pobladores, juventud y mujeres, en base a espacios para la participación social. La estrategia de desarrollo estuvo orientada hacia introducir cambios graduales tendientes a aumentar las exportaciones, aumentando la participación estatal en el mercado cuprífero, mediante lo que se denominó “chilenización” del cobre, se inició una reforma agraria tendiente a expropiar el latifundio y formar asentamientos cooperativos, una profunda reforma educativa y ampliación de matrículas, mejorar la organización de los sectores sociales, un ambicioso plan de construcción de vivienda y políticas de distribución del ingreso.⁸¹

Este modelo se implementó con mayoría parlamentaria y apoyo de Estados Unidos, sumado a un alto precio del cobre en los mercados internacionales; el énfasis estuvo puesto en las exportaciones, lográndose una importante alza en las exportaciones, lo que posibilitó un incremento en las importaciones de maquinarias para impulsar la capacidad productiva, incrementándose también la importación de carne y el turismo. La “chilenización del cobre” fue un proceso gradual, acordado con representantes de las principales mineras extranjeras: Anaconda, Kennecott y Cerro Corporation, mediante el cual el Estado adquirió el 51% de las acciones de la mina de El Teniente, el 25% de Andina. Los partidos de izquierda se oponían a la “chilenización”, defendiendo la “nacionalización total”. La presión popular forzó nuevas conversaciones en 1969 que culminaron en la compra del 51% de las acciones de las minas de Chuquicamata, Potrerillos y El Salvador.

Ahora, en donde se presentaba el mayor atraso era en materia agraria. Mientras México y otros países suprimieron el latifundio y realizaron reformas agrarias a comienzos de siglo, en Chile se comenzó a abordar el tema con medio siglo de retraso. En materia industrial, el desarrollo se mantuvo

⁸⁰ De Ramón, op. cit., o. 164.

⁸¹ Martner, op. cit., pp.64-65.

estancado, y en vivienda la construcción fue más lenta de lo esperado, generándose importantes frustraciones.

En términos concretos, el “modelo reformista” no logró elevar el crecimiento por sobre el 5,5%, llegando solo al 3,9% en el sexenio, y al 2,9% en los últimos cuatro años. Tampoco se cumplieron las metas de estabilización, al no lograrse reducir la inflación por debajo del 10%, elevándose ésta por sobre el 35% en 1970.⁸² Las frustraciones en el plano del desarrollo económico contribuyen a explicar la fuerte disminución de apoyo popular a un PDC que triunfó con mayoría absoluta en las elecciones de 1964.

Con todo, destacamos en el periodo de la “revolución en libertad” la dictación de la Ley N° 16.615, de 18 de enero de 1967, que modificó el estatuto constitucional de la propiedad, incorporando el concepto de “función social”.

En las elecciones presidenciales del 4 de septiembre de 1970 el candidato de la Unidad Popular Salvador Allende Gossens logra imponerse con un 36,63% al candidato independiente de derecha Jorge Alessandri, que obtuvo un 35,29% de las preferencias, y al abanderado de la Democracia Cristiana Radomiro Tomic, que logró un 28,08% de los sufragios. Debido a que el médico socialista no obtuvo la mayoría absoluta de los votos, fue electo Presidente de la República por el Congreso Pleno, el 24 de octubre del mismo año, con una amplia mayoría de 153 votos versus 35, 7 votos en blanco y 5 ausencias.

Bajo el epígrafe “La construcción de la nueva economía” el programa de la Unidad Popular se fija como objetivo central “reemplazar la actual estructura económica, terminando con el poder del capital monopolista nacional y extranjero y del latifundio, para iniciar la construcción del socialismo” agregando que “[e]n la nueva economía la planificación jugará un papel importantísimo”⁸³.

En seguida propone organizar la economía en base a tres áreas: el “área de propiedad social”, el “área de propiedad privada” y el “área mixta”.

El “área de propiedad social” se encontrará conformada por las empresas que actualmente posee el Estado más las empresas que se expropien, partiendo por la nacionalización de las riquezas básicas y los monopolios internos; a ese sector quedarían integradas (i) las empresas de la gran minería, (ii) el sistema financiero, en especial la banca privada y los seguros; (iii) el comercio exterior; (iv) las

⁸² Martner, op. cit., pp. 67-70.

⁸³ Comité Coordinador de la Unidad Popular, *Programa de la Unidad Popular*, (Santiago, Chile: Editorial Prensa Latinoamericana S.A, 1970): p. 23.

grandes empresas y monopolios de distribución; (v) los monopolios industriales estratégicos; (vi) en general, todas aquellas actividades que condiciona el desarrollo económico y social del país.

El “área de propiedad privada” contempla sectores de la industria, la minería, la agricultura y los servicios en que permanece vigente la propiedad privada de los medios de producción; en número dichas empresas serán la mayoría, y se verán beneficiadas por la planificación general de la economía nacional, la asistencia financiera y técnica, simplificándose los sistemas tributarios.

Se contemplaba también un “área mixta”, formada por empresas en que se combina el capital del Estado con el de particulares.⁸⁴

Los fundamentos detrás del proceso los expresa Allende con nitidez y claridad en su discurso el 11 de julio de 1971 en Rancagua:

“Hoy es el día de la dignidad nacional, y es también el día de la solidaridad. Es el día de la dignidad, porque Chile rompe con el pasado, se yergue con fe en el futuro y empieza el camino definitivo de su independencia económica, que significará su plena independencia política.

Por eso, nada más significativo que el que haya escogido para hablarle a la patria, como Presidente de ella, Rancagua, la Plaza de los Héroes. Aquí se sienten el ayer y el pasado, el heroísmo de los que lucharon y sacrificaron sus vidas para darnos perfil y contenido de pueblo [...]

Hoy culmina una larga lucha de las fuerzas populares, para recuperar para Chile el cobre, como su riqueza esencial, pero al mismo tiempo, y hay que repetirlo, queremos nosotros terminar con el latifundio, hacer que las riquezas mineras, no sólo el cobre, sean de nosotros. Estatizar los bancos y nacionalizar las empresas industriales monopólicas o fundamentales para Chile, estratégicas.

Es por eso que cada hombre y cada mujer deben entender que queremos colocar la economía al servicio del hombre de Chile, y que los bienes de producción esenciales deben estar en el área de la economía social para poder, de esta manera, aprovechar sus excedentes y elevar las condiciones materiales de existencia del pueblo y abrirle horizontes espirituales distintos. [...]

⁸⁴ Comité Coordinador de la Unidad Popular, op. cit., pp. 23-26.

Compañeros, esto es caminar en la dirección de las empresas del Estado, del esfuerzo común, el esfuerzo indispensable que permita sobreponerse a las deficiencias y a las dificultades; esto es comenzar a manejar las grandes empresas que Chile tiene ahora, para ponerlas no al servicio del cobre sino al servicio de todo Chile. Lo hemos dicho, y sabemos que se entiende nuestro lenguaje: los trabajadores del cobre no serán dueños de las minas para beneficio exclusivo de ellos. Son dueños de las minas en cuanto las minas le pertenecen al pueblo y los trabajadores del cobre forman parte del pueblo Pero los trabajadores del cobre tienen que entender, lo saben y lo van a vivir, que el esfuerzo de ellos estará destinado a hacer posible que cambie la vida del niño, la mujer y el hombre de la tierra chilena; que el esfuerzo de ellos y el cobre estará destinado al progreso de la patria, y que al sudar trabajando en el fondo de la mina, lo están haciendo por un Chile distinto, por una sociedad nueva, por el camino que abrimos hacia el socialismo.”⁸⁵

A la nacionalización de la gran minería del cobre, efectuado mediante reforma constitucional promulgada por la Ley N° 17.450, se sumaría una política de expropiaciones para constituir el área social de la economía, y para llevar adelante de forma más rápida la reforma agraria, aplicándose para ello el decreto ley N° 520, de 1932, que permitía la expropiación de empresas que detenían su producción, así como la compra masiva de acciones por parte de CORFO.

Si bien en materia económica, el primer año de gobierno de la Unidad Popular fue todo un éxito, en los dos años siguientes se produjeron diversos problemas, tales como una alta inflación, aparición de un “mercado negro” de productos, escases de productos básicos, entre otros, que algunos sectores explican como consecuencia de malas decisiones económicas, particularmente la fijación de precios y las emisiones inorgánicas de dinero por parte del Banco Central, mientras otro sector pone el énfasis en el permanente boicot de los principales grupos económicos, con estrategias como el acaparamiento de productos básicos, o la deliberada decisión de no producir, sumado al boicot y bloqueo promovido por Estados Unidos, y a acciones armadas de sabotaje a la infraestructura económica, y en los últimos meses a prolongadas huelgas del gremio de los transportistas.

Con todo, hay consenso en que durante los últimos meses del gobierno de la Unidad Popular el país se polarizó, generándose diversos enfrentamientos y conflictos, que llevaron a la sociedad a un clima de conflicto a gran escala.

⁸⁵ Salvador Allende Gossens, *Salvador Allende Presidente de Chile Discursos Escogidos 1970-1973*, (Santiago, Chile: Ediciones Biblioteca Clodomiro Almeyda Medina, 2013): pp. 61-77.

Todo el proceso se ve bruscamente detenido el 11 de septiembre de 1973, cuando las Fuerzas Armadas y Carabineros lleva a cabo un golpe de Estado, bombardeando el Palacio de La Moneda, y asumiendo de facto el gobierno una Junta Militar, auto atribuyéndose los poderes ejecutivo, legislativo y constituyente, desatando una feroz persecución a los partidarios de la Unidad Popular, abriéndose campos de concentración en recintos deportivos o instalaciones similares, llevándose a cabo ejecuciones sumarias, torturas, allanamientos injustificados, detención y expulsión del país de dirigentes sociales y sindicales, entre otras prácticas vulneratorias de los derechos humanos, con particular dureza en los primeros años de dicho gobierno de facto⁸⁶, que deviene tempranamente en una dictadura cívico-militar.

2.3.- La “Constitución económica” de 1980

El constituyente autoritario de 1980 tiene como uno de sus sellos distintivos el erigirse en una reacción al constitucionalismo social del siglo XX en Chile, que encuadra en la vigencia de la Carta Fundamental de 1925. Prueba fehaciente de lo anterior lo constituye el Acta N° 1 de la Junta de Gobierno, de 13 de septiembre de 1973, en la que se consigna que:

“Se encuentra en estudio la promulgación de una nueva Constitución Política del Estado, trabajo que está dirigido por el Profesor Universitario Dn. Jaime Guzmán.”⁸⁷

Ya en la “Declaración de Principios” de la Junta, del 11 de marzo de 1974, se señala

El respeto al principio de subsidiariedad representa la clave de la vigencia de una sociedad auténticamente libertaria. Casi podría decirse que es el barómetro principal para medir el grado de libertad de una estructura social. Por oposición a él, cuanto mayor sea el estatismo que afecte a una sociedad, menor será su efectiva libertad, por extendido que sea el ejercicio ciudadano de los derechos políticos. Es en la posibilidad de tener un ámbito de vida y actividad propia independiente del Estado y sólo sometido al superior control de éste desde el ángulo del bien común, donde reside la fuente de una vida social en que la libertad ofrezca a la creación y al esfuerzo personal un margen de alternativas y variedad suficientes. El estatismo genera, en cambio, una sociedad gris, uniforme, sometida y sin horizontes.

No cuesta advertir que el principio de subsidiariedad presupone el derecho a la libre iniciativa en el campo económico. La posibilidad de que los particulares puedan emprender actividades

⁸⁶ Para mayor contexto sobre este periodo, véase: Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, (Santiago, Chile: Gobierno de Chile, 1991) y Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*, (Santiago, Chile: Gobierno de Chile, 2004)

⁸⁷ Junta de Gobierno de la República de Chile, *Acta Junta N°1* (Santiago, Chile: Secretaría General de Gobierno, 1973), https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/34263/1/acta1_1973.pdf

productivas, aparte de constituir un derecho que el Estado no puede ni debe eliminar conforme a los principios expuestos, es además el único camino que permite un verdadero desarrollo de la economía. La centralización excluyente de toda actividad económica por el Estado, no sólo conduce a una sociedad estatista que termina por negar prácticamente la libertad personal, sino que además prescinde de la capacidad creadora de los particulares en el terreno empresarial, cuyo reemplazo por el burócrata perjudica el surgimiento de nuevas fuentes de producción y de trabajo. La aceptación de la libre iniciativa descrita no podría entenderse, eso sí, como un desconocimiento de la activa y principalísima labor que compete al Estado en el campo económico. No sólo es misión suya adoptar las medidas que aseguren efectivamente la competencia y el necesario control de los particulares, para evitar toda forma de abuso o monopolio. Una economía moderna exige, además, que el Estado cumpla un papel planificador de la actividad económica general. De lo que se trata, es de que dicha planificación estatal no se hipertrofié, cerrando el paso al valioso aporte de la iniciativa particular, sino que se oriente a converger y completamentarse con esta.

Por otro lado, sería inútil admitir la iniciativa de los particulares en el campo económico, si no se reconoce conjuntamente el derecho de propiedad privada, tanto sobre bienes de consumo como sobre medios de producción.

El referido derecho de propiedad fluye como una consecuencia ineludible de la concepción del hombre y la sociedad antes esbozada, como asimismo del principio de subsidiariedad que de ella se deriva. Su forma natural es la propiedad individual, pudiendo aceptarse también como expresión de ella la propiedad en común, en cuanto sea libremente pactada y mantenida. El Estado sólo debe reservarse la propiedad de aquello que, por su carácter estratégico o vital para el país, no sea prudente dejar en manos de un grupo limitado de particulares, dejando abierto todo lo demás al derecho de propiedad privada. La consagración de éste debe ir acompañada de la exigencia jurídica de que él se ejerza teniendo en cuenta la función social que le es inherente. Asimismo, corresponde arbitrar los medios para que el derecho de propiedad privada sea una realidad para todos los chilenos, favoreciendo su efectiva difusión en todos los estratos sociales. Se trata de hacer de Chile una nación de propietarios y no de proletarios. El derecho de propiedad privada requiere de garantías jurídicas que impidan el despojo. Para ello debe asegurarse que el Estado podrá sólo expropiar en virtud de una efectiva necesidad de bien común, indemnizando al afectado en forma justa y oportuna”⁸⁸.

⁸⁸ Junta de Gobierno de la República de Chile, *Declaración de principios del Gobierno de Chile*, (Santiago: División de Comunicación Social, Ministerio Secretaría General de Gobierno, 1974)

En dicho documento se delinear las ideas matrices de lo que años más tarde cuajaría en la Constitución Económica de 1980. A dicho documento deben sumarse otras fuentes que constituyen el sustrato ideológico de la Carta de 1980, como “El Ladrillo”, así como las denominadas “Actas Constitucionales”.

Un personaje central para entender la justificación del programa económico de la Constitución de 1980 es Jaime Guzmán, quien sirvió como “puente” entre las ideas del “equipo económico” de la dictadura, y la CENC; Guzmán vincula el pensamiento de economistas con la visión de los juristas de la CENC, dando sustento “normativo” a las políticas de “*shock*” aplicadas durante los primeros años de la dictadura. El propio Jaime Guzmán había participado en no pocas reuniones del equipo que redactó “El Ladrillo”, y que se llevaron a cabo en una vieja casona ubicada en calle Suecia 286, que años más tarde se convertiría en sede de la UDI.⁸⁹

A juicio de Renato Cristi, Guzmán sintetiza de forma teórica y práctica el fascismo nacional católico y el neoliberalismo teorizado por la Escuela de Chicago.⁹⁰

Mauricio Torres, por su parte, indica:

*“Sin duda, la opción conservadora durante el [siglo] XX se alía con una estructura teórica liberal, pero ello no termina por acercar a ambas tradiciones políticas. El giro neoliberal de los conservadores es del todo pragmático, es una estrategia política, que se aprovecha del carácter tecnocrático del neoliberalismo, que de por sí repudia la deliberación pública. Siendo así, nada hay de raro en esta alianza: el neoliberalismo no es más que la manifestación más pulcra del pensamiento conservador, ese que cree que los ciudadanos no están capacitados para ingresar a la vida política”*⁹¹

En cuanto al pensamiento económico, Torres señala que:

“sufre de mayores vaivenes que el pensamiento constitucional y político, en especial debido a su fuerte pragmatismo y realismo político. Mientras, en lo general, su pensamiento se vincula a la doctrina social de la iglesia, en sus escritos tempranos seguiría coherentemente una interpretación corporativista de la misma, pero en su obra tardía se alejaría de ellos ciñéndose más a una lectura individualista, que lo aproxima al neoliberalismo Hayekiano. Con todo, esa adhesión presentaría una fuerte diferencia en lo relativo a justicia social y rol

⁸⁹ Centro de Estudios Públicos, “El Ladrillo”, bases de la política económica del Gobierno Militar chileno (Santiago, Chile: Centro de Estudios Públicos, 1992): p. 10.

⁹⁰ Renato Cristi, El pensamiento político de Jaime Guzmán: autoridad y libertad, (Santiago, Chile: Editorial LOM, 2000)

⁹¹ Mauricio Torres Jáuregui, “El pensamiento conservador en la Constitución de 1980”, (memoria de prueba, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2015): p. 34.

redistributivo del Estado, donde Guzmán volvería a distanciarse del liberalismo y acoger la doctrina social eclesialística”⁹²

Hacia 1979, con el lanzamiento de la revista *Realidad*, Guzmán abandona la línea dura del corporativismo católico, sosteniendo:

“es de la esencia del empresario el querer ganar dinero y no se puede pretender una economía que crezca en forma rápida y sostenida si no es incentivando el móvil del lucro individual. Esto lo digo en forma muy tajante y cruda, porque es, a mi juicio, el punto de vista que no sólo no ha comprendido la doctrina demócratacristiana sino que no ha recogido adecuadamente la doctrina social de la Iglesia. Yo creo que va a ser indispensable que la doctrina social de la Iglesia profundice este tema, a la luz de la ciencia económica y de la experiencia contemporánea [...] o se acepte el lucro en los individuos o se radica sólo en el Estado exigiendo que las empresas estatales del colectivismo sean rentables”⁹³

El decreto ley N° 3464, de 8 de agosto de 1980, autodenominado “Constitución Política de la República”, es una carta otorgada, autoritaria en lo político, y neoliberal en lo económico⁹⁴, resultado de una revolución-refundación autoritaria del capitalismo, fruto de una dictadura de clase⁹⁵. Posee un marcado sello neoliberal, expresado en la fórmula del Estado subsidiario (mínimo); amplia recepción de derechos civiles de contenido patrimonial revestidos de una protección judicial extraordinaria-urgente en el proceso de amparo de derechos ante tribunales superiores de justicia; “autonomías constitucionales” como dispositivos contramayoritarios y enderezadas a defender o custodiar el “orden constitucional” (Tribunal Constitucional y Banco Central); y “enclaves autoritarios” subsistentes como la legislación de “supermayorías” o de quórum especial para dotar de estabilidad el desarrollo de ciertos institutos de la parte dogmática de la Constitución (prevención, salud, educación, enseñanza, limitaciones a la libertad de adquirir bienes, propiedad minera, Estado empresario y amparo económico, entre otras) o de la parte orgánica de la Constitución (bases de la Administración del Estado, Congreso Nacional, Fuerzas Armadas y de Orden, Tribunal Constitucional, Banco Central, Contraloría General de la República y Gobierno y Administración interior)⁹⁶.

⁹² Torres, op. cit., p. 53.

⁹³ Jaime Guzmán Errázuriz, “Análisis crítico de la Democracia Cristiana”, *Revista Realidad* N° 53 (1983): p. 29.

⁹⁴ Eric Eduardo Palma González, “De la Carta otorgada de 1980 a la Constitución binominal de 2005”, *Derecho y Humanidades* 13 (2007)

⁹⁵ Francisco Zúñiga Urbina, “Nueva Constitución y constitucionalismo en el bicentenario”, *Revista de Derecho Público* 76 (2014): p. 127.

⁹⁶ Zúñiga, op. cit., pp. 129-130.

2.4.- Las privatizaciones

Consecuente con la mirada del constituyente autoritario en torno al rol que el Estado debía desempeñar en el plano económico, durante el periodo autoritario-neoliberal (dictadura), se llevó a cabo un importante programa de privatizaciones. Si bien en doctrina del derecho el tema es poco abordado, sobresale –por su rigurosidad metodológica y la variedad de sus fuentes– el informe elaborado por la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados encargada de “analizar presuntas irregularidades en las privatizaciones de Empresas del Estado ocurridas con anterioridad al año 1990”, constituida en 2004 bajo la presidencia del diputado Carlos Montes Cisternas.

Dicha investigación establece que, durante el periodo 1973-1990 fueron devueltas o enajenadas 725 empresas del Estado y activos de CORFO, suma que comprende tanto a empresas creadas originalmente por el Estado, como también empresas intervenidas o requisadas durante el periodo 1970-1973, siendo mayormente empresas industriales (70%), seguidas de empresas de servicios (25%) y del sector primario (5%)⁹⁷. El informe clasifica a las empresas enajenadas en aquellas devueltas a sus dueños sin mediar pago, bajo la premisa de que habían sido requisadas o intervenidas durante el periodo 1970-1973, y que ascienden a 341⁹⁸; aquellas empresas estatales pertenecientes a CORFO antes de 1970, cifra que asciende a 46; y las pertenecientes a la denominada “área rara”, es decir, aquellas que fueron enajenadas durante los primeros años de la dictadura cívico-militar, quebrando, siendo nuevamente intervenidas por el Estado, saneadas sus finanzas, y nuevamente privatizadas, ascendiendo a 43 el número de dichas empresas, siendo principalmente bancos, ISAPRE y AFP⁹⁹.

Del total de empresas, 124 correspondían a grandes empresas, según datos de la CORFO, y 169 determinó la Comisión Investigadora que correspondieron a las empresas más importantes del proceso privatizador, desde el punto de vista de su relevancia patrimonial, así como de su pertenencia a CORFO en forma anterior a 1970.

Otro caso interesante de análisis, a juicio de la Comisión Investigadora, radica en aquellas empresas enajenadas en el periodo 1988-1990, es decir, tras el plebiscito nacional del 5 de octubre de 1988, en que la ciudadanía mayoritariamente rechazó la continuidad de Augusto Pinochet en la jefatura del Estado. En ese breve periodo se aprecia una aceleración en el proceso privatizador, vendiéndose 24 importantes empresas¹⁰⁰.

⁹⁷ Cámara de Diputados de Chile, Informe de la comisión investigadora encargada de analizar presuntas irregularidades en las privatizaciones de Empresas del Estado ocurridas con anterioridad al año 1990. Primera parte, (Valparaíso: Cámara de Diputados de Chile, 2004): p. 22.

⁹⁸ Cámara de Diputados de Chile, op. cit., p. 53.

⁹⁹ Cámara de Diputados de Chile, op. cit., p. 63.

¹⁰⁰ Cámara de Diputados de Chile, op. cit., p. 80.

En cuanto a los efectos del proceso en el patrimonio público, ellos son pormenorizadamente analizados en la segunda parte del informe en comentario¹⁰¹. Se concluye que “no es posible entregar una cifra global confiable para el período, de los ingresos percibidos por concepto de privatización de empresas públicas”¹⁰², debido a la ausencia de datos oficiales completos y fiables. Con todo, hay diversos estudios sobre las implicancias del proceso. Por ejemplo, Mario Marcel proyectaba que

*“el impacto de las privatizaciones sobre el flujo de caja del sector público sería positivo hasta 1989, aunque ese año ya se notaría una leve caída debido al rápido aumento de los dividendos perdidos que prácticamente se duplican respecto a 1988. A partir de entonces el impacto neto estaría completamente determinado por este último elemento. Este impacto negativo fluctuará entre los 27 mil y los 44 mil millones de pesos anuales en promedio entre 1990 y 1997, lo que equivale a entre 125 y 200 millones de dólares [...] De este modo la privatización de empresas públicas en Chile tendría -potencialmente- un impacto negativo sobre la disponibilidad de recursos del sector público en los próximos años. La privatización vendría así a sumarse a una serie de cambios estructurales implementados durante los últimos años y que tienen en común un efecto restrictivo sobre las finanzas públicas. Entre éstos se cuentan la Reforma Previsional de 1980 y las rebajas tributarias implementadas desde 1984.”*¹⁰³

Las proyecciones de Marcel se vieron materializadas, y se debió compensar la pérdida con un alza del IVA de un 16% a un 18%¹⁰⁴.

En cuanto al valor al que fueron vendidas las empresas,

“[d]iversos autores han realizado ejercicios para determinar si las empresas se vendieron a su precio real y las conclusiones no son concordantes entre todos ellos. Existen demasiados elementos sujetos a interpretación subjetiva, debido particularmente a la escasez de información de la época en que se adoptaron las decisiones. Por ejemplo, véase los trabajos de Marcel (1989), Hachette y Lüders (1992) y el trabajo de Sáez publicado en este libro. En general, los estudios realizados para Chile y otros países que han privatizado

¹⁰¹ Cámara de Diputados de Chile, Informe de la comisión investigadora encargada de analizar presuntas irregularidades en las privatizaciones de Empresas del Estado ocurridas con anterioridad al año 1990. Segunda parte, (Valparaíso: Cámara de Diputados de Chile, 2004)

¹⁰² Cámara de Diputados, op. cit., p. 7.

¹⁰³ Mario Marcel Cullell, “Privatización y Finanzas Públicas: el caso de Chile: 1985-88”, *Colección Estudios CIEPLAN* 26 (1989): p.45.

¹⁰⁴ Cámara de Diputados de Chile, op. cit., p. 10.

*empresas públicas apuntan a la tendencia a la subvaluación.*¹⁰⁵ De acuerdo al informe del Banco Mundial sobre el proceso privatizador chileno “en la mayor parte de las enajenaciones, las acciones fueron valoradas por debajo de su valor económico”¹⁰⁶

En la tercera parte del informe se analizan los logros e impactos del proceso. Los objetivos explícitos más importantes del proceso privatizador –de acuerdo a la dictadura– se resumen en (i) superar el déficit fiscal, (ii) aumentar la eficiencia de las empresas, (iii) terminar con los subsidios a las empresas que cubrían la ineficiencia, y (iv) desconcentrar la propiedad.

Respecto del primer objetivo, el informe señala que “[e]ste objetivo fue uno de los mejor cumplidos durante el período 73-90. Se lograría disminuyendo el gasto público, aumentando las tarifas de los servicios públicos y obligando a las empresas estatales a autofinanciarse” pero añade que la reducción del déficit fiscal “se logró principalmente gracias a los ingresos provenientes de las privatizaciones que contribuyeron de manera importante a aumentar los ingresos fiscales”¹⁰⁷, pero a juicio de Devlin y Cominetti “utilizar los ingresos de la privatización para financiar gastos es lo mismo que obtener préstamos y, por lo tanto, cuando las privatizaciones financian gastos corrientes reducen el patrimonio neto del sector público. Por otra parte, no eliminan, sino que solamente postergan la necesidad de ajustes fiscales por medio de mayores impuestos o reducción de gastos.”¹⁰⁸

En cuanto al segundo objetivo –señala el informe– “se logró [aunque], no existe una sola acepción del concepto “eficiencia empresarial” y no hay consenso entre los economistas sobre la supuesta incapacidad de las empresas estatales para alcanzar los mismos cánones de eficiencia de una empresa privada.”¹⁰⁹

Los economistas cercanos a la dictadura cívico-militar sostenían que el Estado es un mal administrador, ineficiente y monopólico, tanto porque normalmente está a cargo de monopolios naturales, como porque las empresas estatales reciben subsidios y prebendas políticas de los gobiernos. Bajo esa premisa, la dictadura en septiembre de 1973 impuso un importante número de exigencias a las empresas estatales, tales como que debían obtener rentabilidad, se suspendían los aportes fiscales, y se

¹⁰⁵ José Yáñez Henríquez, “Impacto sobre las finanzas públicas de la privatización de empresas públicas”, en *Después de las privatizaciones: hacia el Estado regulador*, Ed. Óscar Muñoz Gomá (Santiago: CIEPLAN, 1993): p. 150.

¹⁰⁶ Cámara de Diputados de Chile, op. cit., p. 14. Véase además: World Bank, Helen Nankani, Technical Paper N° 89, Volume II Selected Country Case Studies in Techniques of Privatization of State-Owned Enterprises, basado en Informe Borrador titulado “Privatization in Chile” de J. Marshall y F. Montt para el Banco Mundial, Julio, 1988

¹⁰⁷ Cámara de Diputados de Chile, Informe de la comisión investigadora encargada de analizar presuntas irregularidades en las privatizaciones de Empresas del Estado ocurridas con anterioridad al año 1990. Tercera parte, (Valparaíso: Cámara de Diputados de Chile, 2004)

¹⁰⁸ Robert Devlin y Rossella Cominetti, *La crisis de la empresa pública, las privatizaciones y la equidad social*, Serie reformas de política pública 26 (Santiago: CEPAL, 1994), p. 24. Véase también: Richard Hemming y Ali Mansoor, *Privatization and Public Enterprises*, (Washington, D.C.: International Monetary Fund IMF, 1988)

¹⁰⁹ Cámara de Diputados de Chile, op. cit., p. 4.

eliminaban las franquicias arancelarias y tributarias. A partir de ese momento, estas empresas debían autofinanciarse y reeditar al Estado por las inversiones realizadas. Los proyectos de inversión deberían tener una rentabilidad superior al costo de oportunidad. Las empresas debían organizarse como sociedades anónimas.

Las medidas adoptadas por la Junta Militar, significaron que las empresas estatales, desde 1973, comenzaron a cumplir con las mismas obligaciones que las empresas privadas. Según Devlin y Cominetti, el cumplimiento de estas reglas permitió que la mayoría de las empresas estatales chilenas estuvieran funcionando de manera eficiente y viable antes de su privatización.¹¹⁰ Sin embargo, de acuerdo a opiniones del profesor Ricardo Ffrench Davis, los períodos post privatizaciones en Chile, en los años 70 y luego en la segunda mitad de los 80, fueron períodos de reactivación económica, porque ingresaron divisas y hubo utilización de la capacidad ociosa creada en el período recesivo previo. Por lo tanto, a su juicio, las mayores rentabilidades no serían fruto de las privatizaciones. En ambos períodos, agrega el profesor Ffrench Davis, habrían aumentado las rentabilidades de las empresas, aún sin privatizaciones y, al mismo tiempo, agrega, a fines de 1987, aumentó el precio del cobre.¹¹¹

En cuanto al tercer objetivo, de acuerdo al informe no fue cumplido puesto que durante el período 73-90, tal como se vio en las páginas precedentes, el Estado entregó gran cantidad de subsidios al sector privado. “Al respecto, llama la atención la existencia de un doble estándar entre los partidarios de ajustes económicos estructurales, quienes por un lado rechazaban manifiestamente los subsidios ocultos en sectores sociales y no obstante, pasaron por alto los subsidios en el precio de venta, ocultos ya sea en la subvalorización de las empresas públicas y/o en la oferta de condiciones crediticias más favorables que las prevalecientes en el mercado”¹¹²

En cuanto al cuarto objetivo, existe una fuerte controversia entre los economistas respecto de la denominada “diseminación” de la propiedad. Por ejemplo, para Cristián Larroulet y Rolf Lüders la diseminación correspondía a que un gran número de accionistas tuviera la propiedad de las acciones de una empresa. En cambio, para Ffrench Davis y Fernando Dahse el control de una propiedad no lo tiene el pequeño poseedor de acciones, sino el que decide sobre el excedente económico que éstas generan, que puede corresponder al o los accionista mayoritario o mayoritarios, o bien, a los tecnócratas en los cuales se delega la gestión de la empresa.

Pero el informe no se queda allí, y analiza los impactos de las privatizaciones en materia de equidad, en particular respecto: (i) de la distribución del ingreso, (ii) de la concentración de la

¹¹⁰ Devlin y Cominetti, op. cit., p. 42

¹¹¹ Cámara de Diputados, op. cit., pp. 6-7.

¹¹² Devlin y Cominetti, op. cit., p. 44.

propiedad, (iii) de la formación de los grupos económicos, y (iv) de la relación entre “el dinero y la política”.

En materia de distribución del ingreso, los indicadores muestran un aumento en la desigualdad del ingreso y la pobreza. La política de “racionalización” del personal que emprendieron las empresas recién privatizadas, sumado al “saneamiento” de las empresas públicas. En total, en 1975 se habían despedido aproximadamente 100.000 trabajadores públicos, un 3,5% de la fuerza de trabajo. La cesantía ese mismo año alcanzaba el 15,7%. La alta cesantía marcó todo el periodo dictatorial. Respecto de la tarifa de los servicios públicos, que impacta directamente en el presupuesto familiar, se registraron importantes alzas después de su privatización, o en el periodo previo de “saneamiento”. Finalmente, la política fiscal fue altamente regresiva, con una carga tributaria proporcionalmente mayor para los sectores de menores ingresos¹¹³

Respecto de la concentración de la propiedad, uno de los objetivos supuestamente buscados mediante el proceso de privatizaciones, se produjo el efecto inverso. Incluso economistas adictos al régimen autoritario critican la primera ronda de las privatizaciones, en que se entregaron numerosas empresas a grupos económicos que no eran suficientemente solventes. Autores como Fernando Dahse indican que ya en 1979 se verificaba una intensa concentración de la propiedad. Una de las principales críticas de los economistas defensores del proceso de privatizaciones era el carácter monopólico de muchas empresas del Estado, en particular aquellas que gestionaban servicios públicos que constituían monopolios naturales. Dichos monopolios naturales se privatizaron, y por más que hayan vendido parte de sus acciones a trabajadores, hasta hoy continúan siendo monopolios naturales y están en manos de grupos económicos. Otro aspecto problemático del proceso radica en el amplio uso de información privilegiada, lo que contribuyó a la conformación de grupos económicos. Finalmente, en lo que refiere al denominado “capitalismo popular” implementado en las últimas rondas privatizadoras, representó un éxito, por ejemplo para el Instituto Libertad y Desarrollo, mientras para otros autores como Fernando Dahse restan importancia, debido a que estiman de mayor relevancia el control efectivo de la empresa, lo mismo en el caso del “capitalismo institucional” implementado en las AFP. Otras políticas implementadas, como por ejemplo la política financiera de alta permisividad y de liberalización de los precios en contexto de recesión contribuyeron a la concentración de la propiedad, al igual que la política tributaria y crediticia, de otorgar grandes créditos y “perdonar” deudas, en especial en el contexto de la crisis económica de 1982, contribuyeron a la concentración de la propiedad.¹¹⁴

¹¹³ Cámara de Diputados de Chile, op. cit., pp. 24-31.

¹¹⁴ Cámara de Diputados de Chile, op. cit., pp. 31-57.

Sobre los grupos económicos, el estudio concluye que la economía chilena se caracteriza por una alta concentración de la propiedad, aún mayor a periodos anteriores. A los grupos económicos tradicionales se sumaron algunos grupos nacidos sobre la base de empresas estatales privatizadas.¹¹⁵

Un análisis minucioso sobre la concentración del poder económico en el Chile y cómo las privatizaciones crearon un mapa de la riqueza después de 1973 lo encontramos en un clásico libro de Fernando Dahse¹¹⁶, que ha tenido varias actualizaciones posteriores. Otro clásico sobre la materia fue escrito diez años después por Patricio Rozas y Gustavo Marín¹¹⁷, dando cuenta de cambios en la “geografía” de la concentración del poder económico: una tendencia a la mayor concentración de la propiedad, y el auge de aquellos grupos formados del despojo de las empresas del Estado.

En la relación entre dinero y política, los organismos internacionales preocupados por la corrupción le dan una gran importancia a las relaciones entre lo público y lo privado y se refieren, específicamente, a las privatizaciones, dictando una serie de normas que aseguren en esos procesos la transparencia, la equidad y la probidad administrativa.

En el caso chileno, el proceso privatizador desarrollado en el período es inaceptable dado los niveles actuales de desarrollo de la sociedad. No hubo transparencia, participación ciudadana ni información, en condiciones de dictadura, situación que permitió al grupo de economistas del régimen, aplicar un conjunto de medidas económicas que ellos decidieron entre sí y ante sí, sin tener que llegar previamente a consensos políticos, ni consultar al Parlamento o responder a la Prensa o a la opinión pública. Menos aún recibir las protestas o planteamientos de las organizaciones sociales que estaban proscritas. Todo el proceso se llevó a cabo con gran opacidad, y muchas de las operaciones, si bien legales de acuerdo a las normas que la dictadura adoptaba, no pasaban ningún estándar democrático en materia de probidad y transparencia, así como interdicción de los conflictos de interés.¹¹⁸

En las conclusiones del informe, se destaca el aporte de la “Comisión Especial Investigadora de la Anterior Administración de la Corporación de Fomento de la Producción y las Privatización de sus Empresas Filiales” constituida en 1991, y que vio suspendido su funcionamiento debido a presiones militares, expresadas en los denominados “boinazo” y “ejercicios de enlace”, insubordinaciones mediante los cuales el Ejército, comandado aún por Augusto Pinochet, presionó al

¹¹⁵ Cámara de Diputados de Chile, op. cit., pp. 57-70.

¹¹⁶ Fernando Dahse Housset, Mapa de la extrema riqueza. Los grupos económicos y el proceso de concentración de capitales, (Santiago, Chile: editorial Aconcagua, 1979).

¹¹⁷ Patricio Rozas Balbontín y Gustavo Marín, 1988: *El “mapa de la extrema riqueza” 10 años después*, (Santiago, Chile: Ediciones Chile América CESOC, 1989).

¹¹⁸ Cámara de Diputados de Chile, op. cit., pp. 70-75.

Gobierno debido a investigaciones relacionadas a corrupción durante la dictadura cívico-militar, bregando por paralizarlas y obstaculizarlas.

En consecuencia, el gobierno del Presidente Aylwin no hizo nada con el informe sobre privatizaciones que encargó el Ministerio de Minería y CORFO; generándose una suerte de perdón o amnistía de facto para el estamento empresarial-burocrático de la dictadura.¹¹⁹

Si bien la primera comisión no alcanzó a analizar completamente el proceso de las privatizaciones, reunió valioso material, y concluyó que “El proceso de privatización ejecutado en Chile entre 1985 y 1987 significó la venta de 32 empresas pertenecientes a CORFO, con una pérdida patrimonial de 2.209 millones de dólares de 1989. A ello se agrega que CORFO asumió los pasivos de las empresas enajenadas, aumentando sus deudas en 131% en relación a 1984” y “La privatización de CAP significó cerca de 1/3 de la pérdida patrimonial total sufrida por CORFO. CAP era una empresa rentable y de gran potencialidad al momento de privatizarse, y el Estado de Chile tenía el 95.96% de sus acciones.”¹²⁰

En cuanto a las conclusiones de las fuentes examinadas por esta segunda Comisión, se establece en materia de patrimonio público

“El objetivo inmediato de los economistas del Gobierno Militar fue hacer funcionar el mercado por tanto la defensa del patrimonio público no estaba entre sus prioridades. Esto es claro cuando se comprueba los altos costos de la nueva política económica, provenientes, básicamente, de la enorme cantidad de recursos que entregó el Estado al sector privado durante el período, dentro de los cuales se destacó el bajo precio al que se vendieron las empresas estatales, lo que significó una pérdida patrimonial de un 69% de su valor libro. Según información proporcionada por la Contraloría General de la República, se estima que sólo por la venta de 30 empresas enajenadas durante el período comprendido entre 1978 y 1990, el país perdió US\$ 2.223.163.439,98 lo que a 1990 correspondía al 6,4% del PIB de 1990.”¹²¹

En cuanto al marco jurídico bajo el que se realizaron las privatizaciones, indican que

¹¹⁹ Sobre este tema, véase: María Olivia Mönckeberg Pardo, *El saqueo de los grupos económicos al Estado chileno*, (Santiago, Chile: ediciones B Grupo Zeta, 2001).

¹²⁰ Cámara de Diputados de Chile, Informe de la comisión investigadora encargada de analizar presuntas irregularidades en las privatizaciones de Empresas del Estado ocurridas con anterioridad al año 1990. Conclusiones, (Valparaíso: Cámara de Diputados de Chile, 2004): p. 1.

¹²¹ Cámara de Diputados de Chile, op. cit., p. 3.

“[L]a situación de excepción les permitió darse la legalidad requerida para realizar sus propósitos sin perder el tiempo con consultas a la sociedad civil. [...] Fue legal vender en forma directa sin licitación, fue legal que los mismos que diseñaban las privatizaciones y fijaban los precios de las acciones, pudieran posteriormente comprarlas. Fue legal que no se pagaran los préstamos al Estado o que se renegociaran cuando se necesitara. Nada estaba prohibido y todo podía decretarse con el fin de cumplir con rapidez los objetivos privatizadores que, a juicio de sus partidarios, constituyeron la base del éxito económico que ha caracterizado a Chile en las últimas décadas.”¹²²

Respecto de los objetivos perseguidos

“terminar con la propiedad estatal era una materia de principios, puesto que a su juicio la propiedad estatal es la base de todos los problemas económicos de una sociedad y, en especial la explicación de la crisis que afectaba al país al año 1973. Pese a que, entre los objetivos explícitos del proceso privatizador, se proponían “terminar con los subsidios”, vicio adjudicable a las empresas en manos del Estado, la entrega de subsidios a la empresa privada fue masiva, durante todo el período, y la base del diseño de la nueva estrategia de desarrollo, no sólo a través del precio de venta de las empresas, sino a través de todos los recursos con que contaba el aparato estatal chileno. [...] Esta decisión de apoyar, de manera tan absoluta al sector privado con recursos estatales y patrimonio público, aparentemente contradictoria con los planteamientos liberales y la doctrina de la Universidad de Chicago, fue imposible de evadir para el equipo diseñador, puesto que en Chile no existía una clase empresarial fuerte y competitiva. Hasta 1973 los grupos económicos que habían ido consolidándose en las diferentes etapas del desarrollo de Chile, lo habían hecho al alero del Estado, apoyados por éste, o habían basado sus actividades sobre bases previamente sentadas por el aparato público en cuyo nacimiento, la misma CORFO había jugado un papel trascendental. Esta vez, nuevamente la CORFO, sería la que se pondría al servicio de la creación de la nueva clase empresarial. Según el diseño prefijado por los economistas del régimen, que por ningún motivo pensaban transar, se crearía una nueva clase empresarial dinámica y competitiva que fuera capaz de hacerse cargo del nuevo modelo económico en todos sus aspectos. [...] En el caso de la diseminación de la propiedad, obtuvieron justamente lo contrario con las diversas medidas implementadas. Los “capitalistas populares” se han esfumado. La mayoría vendió sus acciones a grupos económicos que recibieron con ello un aporte a su enriquecimiento y, aún en sus mejores momentos, ningún capitalista popular tuvo representación en ningún

¹²² *Ibíd.*, p. 4.

Directorio. Nunca los afiliados cotizantes han tenido representación en sus AFP, donde los administradores utilizan sus fondos para sus negocios, ni en los destinos de los excedentes de las empresas de las que supuestamente son dueños. Es difícil imaginar que los ideólogos del régimen, aún hoy, consideren que la venta de acciones a funcionarios, que al parecer tampoco fueron tan populares, o la constitución de las AFP con fondos de los pensionados con la posibilidad de invertirlos en la compra de acciones, hayan diseminado la propiedad en Chile.”

En relación a la concentración económica y la desigualdad en el ingreso, el informe concluye que

“Aunque el proceso privatizador sea considerado exitoso por el aumento de las rentabilidades de algunas empresas como lo expone el Instituto Libertad y Desarrollo, lo que reeditaría mayores ingresos tributarios al Estado, es imposible negar que el proceso privatizador 73-90, junto al resto de las políticas del período, tuvieron efectos concentradores y excluyentes. Ello se expresa en la creciente concentración de la propiedad en grupos económicos poderosos, algunos de los cuales incluso se encuentran en los records de Forbes como los más ricos del mundo. Pero, específicamente, es muy gráfico comprobar que los nombres de los controladores de los grupos económicos que surgieron durante las privatizaciones, corresponden en gran medida a los técnicos que las diseñaron desde la CORFO o que fueron interventores de empresas estatales como Julio Ponce Lerou con el grupo SOQUIMICH, Roberto De Andraca con el Holding CAP y otros como José Yuraszeck, que dieron origen al grupo ENDESA España con Chilectra, Enersis y Pehuenche, los grupos de Hurtado Vicuña y Fernández León o el grupo Penta de Carlos Alberto Délano que hizo su fortuna con las “diseminación de la propiedad” a que se perseguía con la creación de las AFP. La distribución del ingreso en el período 73-90 fue la más desigual de toda la historia de Chile. La participación del quintil más pobre en el gasto se redujo de 7,6% en 1969, a 5,2% en 1978 y a 4,4% en 1988. En los 60 y comienzos de los 70, había un coeficiente de Gini de doce o trece veces; se empeora a quince veces en los 70 y a veinte veces en los 80”¹²³

2.5.- Transición a la democracia

Tras el retorno a la democracia el 11 de marzo de 1990, cuando Patricio Aylwin asume la Presidencia de la República, se inicia una fase conocida como “la transición” o de “democracia

¹²³ *Ibíd.*, pp. 7-8.

protegida”¹²⁴, por cuanto la aplicación de la Constitución de 1980 contemplaba controles o resguardos diseñados por la dictadura¹²⁵ para perpetuar el modelo diseñado por el constituyente autoritario y neoliberal, denominados genéricamente como “enclaves autoritarios”, es decir “toda la normativa constitucional que confiere a órganos o instituciones no electas por la ciudadanía atribuciones o potestades tales que les permiten interferir, influir y, eventualmente, condicionar el ejercicio de las facultades o prerrogativas propias de las autoridades democráticamente electas”.¹²⁶

En ese sentido, el periodo de “democracia protegida”, con los mencionados enclaves autoritarios, limitó el accionar político de los gobiernos democráticos, al no contar con mayorías parlamentarias, no obstante obtener mayorías relativas en las elecciones.¹²⁷

Señala José Luis Guerrero que:

*“En materia económica, la continuidad que se advierte en los gobiernos democráticos, con las medidas que había adoptado el Régimen militar en sus últimos años, estaría fundada en la opción pragmática de asegurar la mantención de una lógica de crecimiento económico que no debía interrumpirse, atendidos sus buenos resultados, en términos de expectativas de los sectores empresariales, políticos y militares que habían negociado la transición. [...] En ese contexto, los gobiernos de la Concertación, salvo matices en el gobierno de Michelle Bachelet (2006-2010), no innovaron en materia macroeconómica, incluso, autoimponiéndose reglas de austeridad fiscal más intensas que las del propio Régimen militar, como mantener un superávit del 1% del presupuesto fiscal, generando importante ahorro fiscal que permitió enfrentar periodos de crisis como sucedió con la crisis financiera internacional de 2008, y que fuera flexibilizado a 0,5% luego de esa crisis.”*¹²⁸

Las políticas económicas han consolidado a Chile como un país con buenos indicadores de crecimiento, pero con problemas en materia de desigualdad. En ese sentido, “Chile se presenta como un país estable económicamente, con niveles de crecimiento relativamente importantes en la región y

¹²⁴ Siguiendo la nomenclatura empleada por el régimen autoritario. Véase: Augusto Pinochet Ugarte, *Discurso en Cerro Chacarillas, con ocasión del día de la juventud* (Santiago: sin editor, 1977) <http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-127202.html>

¹²⁵ José Luis Guerrero Bécar, *La Constitución Económica Chilena* (Santiago, Chile: Der Ediciones, 2018): p. 64.

¹²⁶ Francisco Fernández Fredes, “La Constitución Chilena de 1980: enclaves autoritarios y cerrojos institucionales”, en *Sistema representativo y democracia semidirecta, memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Hugo Concha Cantú coord.. (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2002): p. 195.

¹²⁷ Guerrero, op. cit., p. 66.

¹²⁸ Guerrero, ibíd.

muy buenas cifras macroeconómicas, pero con problemas microeconómicos importantes, especialmente en desigualdad en la distribución del ingreso.”¹²⁹

3.- Estallido social de octubre de 2019 y momento constituyente: ¿nuevos horizontes?

El denominado “estallido social” de octubre de 2019, precedido por un auge de los movimientos sociales en la década precedente (“revolución pingüina” de 2006, “movimiento estudiantil” de 2011, protestas contra las AFP en 2017, entre otros), son signos evidentes de agotamiento del modelo político y socioeconómico trazado por el constituyente autoritario de 1980. El movimiento social desató mediante las movilizaciones y protesta social el denominado “nudo gordiano”¹³⁰ de la Constitución de 1980. La demanda por cambios profundos al modelo cristalizó en el Acuerdo del 15 de noviembre de 2019, en el que los principales partidos políticos con representación parlamentaria comprometieron sus votos para reformar la Constitución Política, entregando al soberano la posibilidad de desatar un proceso constituyente para dotar a Chile de una nueva Carta Fundamental.¹³¹

El contexto político nacional en el que se culmina la redacción de esta memoria de prueba abre una oportunidad para pensar en un nuevo arreglo político institucional, en donde sin duda uno de los grandes temas a abordar será la definición del tipo de Estado que el pueblo soberano quiere para Chile, y en particular marcará el nacimiento de una nueva Constitución económica¹³² para Chile, con un rediseño de las cláusulas que configuran el Estado empresario en nuestro país, lo que acarreará un efecto jurídico de adecuación del sistema normativo infra constitucional.

¹²⁹ Guerrero, op. cit., p. 78.

¹³⁰ Francisco Zúñiga Urbina, “Nueva Constitución y operación constituyente. Algunas notas acerca de la reforma constitucional y de la Asamblea Constituyente”, *Estudios Constitucionales*, año 11, N°1 (2013) <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v11n1/art14.pdf>

¹³¹ Sobre este punto, véase: Simón González Barrios, “La empresa pública en la nueva Constitución chilena: algunas reflexiones críticas”, *Revista de Derecho Político*, N°113 (2022): pp. 249-251. <https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/33574>

¹³² Sobre el concepto, véase infra p. 72 y ss.

CAPÍTULO I. Fundamentación teórica de la empresa pública

1.- Fundamentos de la intervención del Estado en la economía.

En el plano teórico, Martínez Puón identifica seis fundamentos de la intervención del Estado en la economía, a saber: “a) reconocimiento de un mercado imperfecto en su funcionamiento o reconocidas fallas de mercado; identificación del Estado como institución que apoya causas sociales que el mercado por sí solo no puede atender; b) el Estado como promotor de la competencia entre capitales y del desarrollo económico; c) como institución reguladora; d) como institución que distribuye el ingreso por razones de justicia social; e) como institución garantista y f) como institución Red.”¹³³

Revisaremos brevemente cada una de estas razones:

- a) Reconocimiento de un mercado imperfecto en su funcionamiento o reconocidas fallas de mercado; identificación del Estado como institución que apoya causas sociales que el mercado por sí solo no puede atender.

Las fallas de mercado se producen en dos niveles, el macro económico y el micro económico. La primera ocurre por el desajuste entre los distintos agregados macroeconómicos y por el retraso relativo de la demanda efectiva. La segunda surge cuando aparecen en la economía los denominados bienes públicos y las externalidades.

Las fallas de mercado macroeconómicas tienen dos efectos, la tasa de crecimiento real de la economía es menor que la potencial y la amenaza de la recesión económica se hace presente y el mercado por sí solo conduce inevitablemente a la desestabilización de la economía. La función del Estado consiste esencialmente en buscar la estabilidad y el pleno empleo por medio de las políticas fiscal y monetaria y la administración de la demanda agregada y otras variables.

Respecto de las fallas de mercado microeconómicas, la función del Estado consiste, primero, en producir bienes públicos y en regular la provisión de bienes privados por medio de organismos públicos y, especialmente de las empresas estatales; y segundo, crear externalidades positivas mediante la obra pública y la infraestructura y corregir las externalidades negativas por medio de regulaciones. Todo ello para mejorar la asignación de recursos.

¹³³ Rafael Martínez Puón, “El péndulo del Estado: la vuelta a los fundamentos de su intervención”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 213 (septiembre-diciembre de 2011): p. 74.

Cuando el mercado se vuelve ineficiente por causa de agentes privados que infringen la ley ya sea en la forma de evasión de impuestos o depredación de recursos naturales, con prácticas especulativas o monopólicas o buscando privilegios legales e ilegales se vuelve necesaria la intervención estatal, para corregir estas claras distorsiones.

- b) El Estado como promotor de la competencia entre capitales y como promotor del desarrollo económico.

Una segunda línea argumentativa postula que al Estado le corresponde impulsar el crecimiento económico por medio de políticas sectoriales activas como la industrial, comercial, la promoción de la inversión y del ahorro, así como de modificaciones estructurales en las relaciones intra e intersectoriales. Ello debido a que el Estado constituye una institución ubicada estratégicamente para lograr cambios y para conducir las economías nacionales en términos de soberanía e independencia de cara a la internacionalización y la globalización económica, por medio de las políticas externas: proteccionistas, promotoras de exportaciones, moduladoras de las inversión extranjera, entre otras. De esa forma, la intervención estatal en la economía se justifica bajo la argumentación que el Estado debe asumir el papel de “promotor de la competencia” entre los capitales, como forma de legitimar éticamente tanto la competencia como los “monopolios naturales”.

- c) Como institución reguladora.

El Estado genera y vigila el cumplimiento de las leyes en aspectos económicos tales como regulaciones, contratos y reglamentos indispensables para garantizar el intercambio mercantil entre los distintos agentes de la economía. La existencia de reglamentaciones que regulen a los mercados con el fin de evitar graves distorsiones, monopolios o abusos es indispensable. Por supuesto que de no existir éstos, se estaría ante la existencia de un capitalismo fuera de borda que sin duda ocasionaría más problemas que los existentes. La otra cara de la regulación sería, en todo caso, la sobrerregulación, la cual también se ha venido a comprobar que genera efectos perversos. En ese sentido cabe preguntar: ¿cuáles son los verdaderos límites de la regulación?

- d) Como institución que distribuye el ingreso por razones de justicia social.

El Estado promueve la redistribución del ingreso por razones de eficiencia y de justicia social. Esta función va más lejos de los mecanismos fiscales tradicionales. El Estado no sólo invoca razones éticas, aunque ciertamente relevantes en el desempeño de esta función crucial, sino necesarias para la propia legitimación del Estado y la gobernabilidad del sistema.

A través de la política, al Estado le correspondería un papel rector de la sociedad. Bajo esas condiciones le competiría entonces velar por la institucionalización de la vida social ajustada a la “dignidad humana” y a la vez determinar lo que esto significa y cómo se alcanzaría tal condición. Además, sería el destinatario último de todos los problemas que siguen sin resolver, sería una especie de cima jerárquica de la sociedad, la última instancia.

e) Como institución garantista.

Los Estados, más allá de su participación e intervención en la economía, son instituciones políticas cuya misión es la de garantizar derechos individuales de las personas, regularmente consagrados en una Constitución Política o Carta Magna y que tienen que ver con los derechos fundamentales (trabajo, libre tránsito, educación, vida política, justicia, libre expresión, asociación y otros). Éstos, de alguna forma, tienen que ver con la necesidad de que el Estado intervenga en la economía.

f) Como institución Red.

La intervención del Estado en la economía se apoya en la existencia de redes, es decir, en la necesidad de que el Estado establezca relaciones sólidas con sindicatos, empresarios, universidades, centros de investigación y organizaciones civiles que se traduzcan en pactos sociales o acuerdos nacionales que le den solidez a su participación en los aspectos económicos, cualquiera que sea su modalidad. El concepto más acabado al respecto es lo que se conoce hoy día como gobernanza, entendida como coordinación.

Concluye Martínez Puón observando que los seis fundamentos antes citados se encuentran asociados o interrelacionados, afirmando con ciertos matices que se trata de fundamentos comunes para todos los países del mundo con sus dinámicas particulares.

2.- Modelos de Estado y función económica

Siguiendo a Peces-Barba, la evolución constitucional en occidente atraviesa por tres líneas de pensamiento en los últimos dos siglos, que contribuyeron de forma gravitante a la formación de la cultura jurídica moderna, el pensamiento liberal, el democrático y el socialista.¹³⁴ Estas tres tradiciones van modelando al Estado desde sus perspectivas constitucionales, lo que repercute en las normas infra constitucionales. La evolución del Derecho Constitucional desencadena la evolución del Derecho Administrativo, dado que ambas disciplinas están íntimamente relacionadas, constituyendo la primera

¹³⁴ Gregorio Peces-Barba Martínez, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General* (Madrid: Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, 1995): pp. 199-204.

las “cabezas de capítulo” de la segunda disciplina, como elocuentemente lo indicara Pellegrino Rossi.¹³⁵

Esa influencia de las tres ideologías también se expresa, por cierto, en el constitucionalismo chileno, que presenta como hitos la Constitución liberal de 1828, las reformas liberales a la Carta de 1833 (ciclo iniciado en 1867), la Constitución social de 1925 y su ciclo de reformas, que se interrumpe en 1973.

Del Estado gendarme o Estado policía propio del siglo XIX, pasamos en el siglo XX al Estado social. Del abstencionismo estatal que caracterizó al Estado liberal decimonónico, surgió el Estado intervencionista. Martínez Puón identifica tres modelos de Estado intervencionista: Estado de bienestar, estado empresario y Estado desarrollista, haciendo la salvedad de que no existen modelos “puros”, sino que se trata de construcciones históricas, producto de pactos sociales y económicos.¹³⁶

En nuestro medio, Francisco Zúñiga identifica tres funciones del Estado en la economía capitalista: Estado Regulador, Estado Gestor de Servicios y de Fomento y Estado Empresario.¹³⁷ Dichas funciones estatales en la economía presentan matices dados por su Constitución Económica y por la forma jurídico-política concreta del Estado (Estado liberal y Estado social), que han modelado la economía capitalista de los últimos dos siglos.¹³⁸

La actividad de regulación u ordenación consiste en el ejercicio de potestades estatales encaminadas a garantizar que el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas y sus grupos no perjudique derechos de terceros ni atente contra el interés general. Se vincula a la tradicional teoría de la policía administrativa, cuyo centro de gravedad es el “orden público”, del que nace el “orden público económico”, elaborado por la doctrina francesa de raíz privatista (Ripert y Farjat).¹³⁹

La actividad de gestión de servicios y fomento hace referencia a la actividad de gestión orientada a la producción y distribución de bienes y servicios (públicos y comunitarios) precisos para la satisfacción de las necesidades colectivas humanas¹⁴⁰, así como a aquella actividad “encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que

¹³⁵ Miguel Santiago Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Teoría General* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982, tercera edición actualizada): p. 162.

¹³⁶ Martínez, op. cit., p. 76.

¹³⁷ Francisco Zúñiga Urbina, “Constitución económica y Estado empresario”, *Revista de Derecho Público*, N°63, tomo I, (2001): p. 340.

¹³⁸ Zúñiga, op. cit., p. 349.

¹³⁹ Zúñiga, op. cit., pp. 349-350.

¹⁴⁰ Zúñiga, op. cit., p. 351.

satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos.”¹⁴¹

La actividad empresarial del Estado refiere a la incursión del Estado en actividades económicas tradicionales (sectores de la economía) o resultado de consideraciones geo-estratégicas (reservas), o bien necesarias para la marcha o resultado de la economía del país, configurándose fruto de la influencia sucesiva del liberalismo individualista (Estado gendarme), socialismo (colectivismo) e intervencionismo (Estado social o benefactor).¹⁴² La nota característica de dicha actividad consiste en que el Estado no actúa como regulador o promotor de la actividad económica, sino que la lleva adelante por sí, superando la visión del liberalismo clásico, en que dichas actividades corresponden en forma exclusiva a los particulares

3.- Argumentos a favor de la intervención del Estado en la economía.

Como vimos, una de las actividades estatales es la actividad empresarial del Estado o Estado Empresario. Ella encuentra su justificación tanto en el campo teórico como en el práctico. A modo de resumen, identificamos los siguientes fundamentos de la empresa pública como técnica y forma de intervención del Estado:

a) Ausencia de interés de los particulares de desarrollar determinada actividad económica, considerada relevante en razón de los fines del Estado (consideraciones sociales, geoestratégicas, ambientales, desarrollo local, etc.)

b) Hay interés escaso de los particulares por desarrollar determinada actividad económica relevante según lo señalado en el punto anterior.

c) Aun habiendo interés de los particulares en desarrollar determinada actividad económica, hay razones de interés nacional para que el Estado la desarrolle dicha actividad.

d) Necesidad de corregir una actividad económica, debido a distorsiones del mercado.

3.1.- Argumentación desde la perspectiva (neo) liberal.

Gaspar Ariño plantea como metas deseables de toda organización política la defensa de las libertades individuales, el logro de la justicia social (justa distribución de los bienes) y el máximo grado posible de eficacia económica. Sostiene que hay razones para pensar que la economía de mercado es el modelo que mejor sirve para lograr dichas metas, limitando el crecimiento estatal en el

¹⁴¹ Luis Jordana de Pozas, “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo”, *Revista de Estudios Políticos* 48 (1949): p. 49.

¹⁴² Zúñiga, op. cit., p. 353.

orden económico, pero no pretendiendo volver al *laissez faire* como principio organizador de la economía, pero si afirmando en este llamado neoliberalismo un objetivo principal: asegurar el orden de competencia y que las intervenciones estatales se lleven a cabo actuando conforme al sistema. El contenido mínimo del quehacer estatal de acuerdo al liberalismo (seguridad, libertad, propiedad; cuanto menos Estado, mejor) se ve matizado por la necesaria intervención estatal, en los denominados fracasos del mercado, bien en la producción de bienes públicos, bien en la distribución de los productos con los privados, de acuerdo con criterios de justicia social, siendo ese el doble título de intervención del Estado de bienestar (*Welfare State*).¹⁴³

Ahora, plantea Ariño, surgen dos problemas: determinar cuáles son esos “bienes públicos” cuya consecución debe ser encomendada al Estado, y cuáles son los criterios de distribución distintos al criterio capitalista-económico (aportación realizada al proceso productivo, medida según el mercado). Respecto del primer problema, habría fines esenciales al Estado, tales como defensa, justicia, hacienda, orden público, etc., que son manifestación indeclinable de la soberanía, siendo el resto de actividades variable a través de la historia, del país, entre otros factores. Actividades como sanidad, educación, beneficencia, o asistencia social, que se consideran bienes públicos, han estado durante siglos encomendadas a organizaciones sociales (Iglesia, corporaciones, universidades, etc.), y lo propio ha ocurrido con actividades económicas, de tipo industrial o comercial (abastecimientos básicos, tabacos, transporte, recursos hidráulicos, bancos o minería). El autor se plantea entonces cuál debe ser el criterio, abriendo de esa forma un interesante debate, en el que confluyen razones técnicas, como también decisiones políticas.

3.2.- Argumentación desde la perspectiva marxista.

Por otro lado, desde la óptica de la economía de tradición marxista, la intervención del Estado en la actividad económica, al menos en la primera fase de “transición al comunismo”, ocupa un lugar central.¹⁴⁴

El tema es abordado a raíz del fenómeno de la acumulación capitalista, del cual se produce la concentración y centralización de la producción y del capital. Karl Marx indica que “la centralización de los medios de producción y la socialización del trabajo llegan a un punto en que son ya

¹⁴³ Gaspar Ariño Ortiz, *Empresa Pública, Empresa Privada, Empresa de Interés General*, (Pamplona, España: Editorial Aranzadi, 2007): pp. 46-47.

¹⁴⁴ Véase: Marianela Scocco, “La transición del capitalismo al comunismo”, *Revista Izquierdas* N°42 (2018), https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-50492018000500186

incompatibles con su envoltura capitalista. Esta salta hecha añicos¹⁴⁵. La hora de la propiedad privada capitalista ha sonado. Los expropiadores serán expropiados”.¹⁴⁶ Así las cosas,

“[L]a clase capitalista suprime cada vez más la dispersión de los medios de producción, de la propiedad y de la población: centraliza los medios de producción, concentra la propiedad en un pequeño número de manos y aglomera a la población en las ciudades. Este proceso de concentración elimina al pequeño productor y propietario y engrosa las masas proletarias. En esta forma, la sociedad se divide cada vez más en dos clases definidas y completamente antagónicas: por una parte, un pequeño grupo de magnates que concentran en su poder toda la riqueza y el poder, la burguesía; y por otro lado, la gran masa de no poseedores, de trabajadores, el proletariado en una palabra.”¹⁴⁷

Marx, interpretado por Jobet, sostiene que la acumulación capitalista conduce a la “superpoblación relativa” (o “superpoblación capitalista”), así como el fenómeno de la racionalización del trabajo conduce a la superexplotación del proletariado. Este fenómeno va ligado al “maquinismo”¹⁴⁸, el que conlleva la sustitución de grandes cuadrillas de obreros por máquinas, y unos pocos operadores de estas. Todo ello acarrea lo que denomina como “cesantía permanente”.

Dichos fenómenos desencadenan las “crisis periódicas del sistema capitalista”, debido a crisis de sobreproducción, o más bien, de subconsumo, originadas por la disminución del poder consumidor del proletariado, tratándose de un fenómeno crónico. La causa de estas crisis radica en la contradicción fundamental del capitalismo en sí: el carácter social de la producción y el modo individualista de apropiación.

La sobreproducción periódica de las mercancías y del capital, por la tendencia inherente al modo capitalista de producción a desarrollar las fuerzas productivas y a explotar el capital en la mayor medida posible. La clase capitalista es capaz de resistir las crisis temporalmente, conquistando nuevos mercados, destruyendo las fuerzas productivas, o destruyendo las mercancías que no pueden ser consumidas. Dichas medidas no alteran las contradicciones del sistema de producción capitalista, al cabo de un tiempo conducen a nuevas crisis. Las crisis son insolubles en el sistema actual, conduciendo a una gran crisis final, en la que los trabajadores distribuirán equitativamente la riqueza. El último acto

¹⁴⁵ Adviértase una semejanza con la tesis sostenida por Valentín Andrés Álvarez, vid. supra. p. 18 y ss.

¹⁴⁶ Julio César Jobet, *Los fundamentos del marxismo*, (Santiago, Chile: Editorial Prensa Latinoamericana S.A., 1964, quinta edición): pp. 126-127.

¹⁴⁷ Jobet, op. cit., p. 128.

¹⁴⁸ Con esta expresión refiere al reemplazo del trabajo artesanal por maquinaria y sistematización de los procesos de producción de mercancías, en el contexto de la “revolución industrial” ocurrida durante el siglo XIX, que cambió diametralmente los modos de producción, debido a la explotación de nuevas fuentes de energía, entre otros adelantos tecnológicos.

de la lucha entre capitalistas y trabajadores, entre la burguesía y el proletariado, es la expropiación de los capitales por las masas obreras, quienes socializarán los medios de producción y cambio, colocándolos bajo la dirección de la colectividad, desapareciendo el sobretrabajo, la plusvalía y la propiedad privada. Se llega al colectivismo, nueva etapa de la evolución social por medio de la lucha de clases, terminando la dominación de clases y desapareciendo el Estado burgués. “El primer acto por el cual el Estado se constituirá realmente en el representante de toda la sociedad, la toma de posesión de los medios de producción en nombre de la sociedad, será al mismo tiempo su último acto como Estado. El gobierno de las personas será substituido por la administración de las cosas y por la dirección de la producción”¹⁴⁹.

Así, la teoría marxista justifica plenamente la intervención estatal en la economía en la fase de socialización de los medios de producción, y postula que tras el fin del Estado burgués existirá administración y planificación de la economía, iniciándose un modo de producción que supere todos los problemas y contradicciones del modo de producción capitalista.

Un tema central en la teoría económica marxista lo ocupa la propiedad. Investigadores del tema identifican que “el derecho de propiedad y sus diversos sistemas o regímenes nacen del instinto fundamental del hombre, ser social, de apropiarse de los bienes que le son necesarios y que se encuentran en cantidades limitadas a su disposición”¹⁵⁰, ese instinto viene dado por las necesidades vitales, y origina el riesgo de entrar en conflicto con los instintos de apropiación de otros hombres, pudiendo afectar al cuerpo social, naciendo de allí la necesidad de que la organización social, en particular su organización social, señalen cómo ha de ejercerse dicho instinto.

Los regímenes de propiedad han experimentado importantes variaciones a lo largo de la historia. En esa evolución, los teóricos del marxismo han distinguido entre aquellos bienes que forman la propiedad individual o de la familia, clan, etc., que son los destinados a satisfacer las necesidades personales e inmediatas del hombre para asegurar su existencia, y por otro lado entre aquellos bienes que en economía han sido llamados “medios o instrumentos de producción”, es decir, la tierra, los bosques, las minas, las fábricas, etc., y sobre los cuales disputaron durante el siglo XX dos grandes modelos, uno de los cuales postulaba, *grosso modo*, la propiedad privada sobre todo tipo de bienes, y otro –el socialista– que postulaba la propiedad colectiva sobre la segunda clase de bienes, es decir, sobre los “medios de producción”.¹⁵¹

¹⁴⁹ Jobet, op. cit., p. 132.

¹⁵⁰ Aída Figueroa Yávar, “El régimen de propiedad en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas”, *Revista de Derecho Público*, N°3 (1965): p. 5.

¹⁵¹ Figueroa, op. cit., pp. 5-6.

A modo de ejemplo, en la extinta Unión Soviética se transitó por varias etapas en cuanto a la regulación de la propiedad, pero siempre basándose en el principio de propiedad privada sobre los bienes necesarios para la subsistencia personal o familiar, y de propiedad colectiva sobre los medios de producción, radicando el debate en torno a las fronteras o deslindes entre ambas clases de bienes. Bajo dicha premisa, se reconocía el derecho de propiedad personal, así como diversas clases de propiedades, estatales o colectivas, siendo predominante el carácter común de los bienes.

Dado el gran volumen de bienes en poder del Estado o de organizaciones cooperativas, la gestión o administración de dichos bienes cobra vital importancia. Así, se distinguía entre gestión directa de los bienes por parte de la administración del Estado, y gestión semidirecta, realizada por organizaciones, instituciones y empresas del Estado, distintas del Estado como poder público, que administran operativamente los bienes que les han sido adscritos.

Destacaron en el panorama económico soviético el “*Trust* industrial del Estado” y los *Совхоз* (*Sovjós*); ambas instituciones llevaban a cabo la gestión semi directa o administración operativa de los bienes, es decir, “no siendo dueños de los bienes que administran, los organismos ejercen el derecho de posesión, uso y disposición de los mismos dentro de los límites establecidos por la ley en consonancia con sus fines, las tareas de los planes de producción y demás, y el destino de dichos bienes”¹⁵². Ambos órganos se distinguen de los órganos del Estado que cumplen la función directa de la propiedad, en que están “personalizadas”, es decir, gozan de personalidad jurídica propia, lo que les reconoce una cierta autonomía y libertad de acción en la actividad económica.

El *trust* industrial es una agrupación de varias empresas solidarias de actividades análogas o complementarias, con dirección propia, y el *trust* tiene un director propio nombrado por la Administración central.

El *Sovjós* es una granja colectiva del Estado, y constituye la forma superior de la producción agropecuaria, y que lleva a cabo el usufructo de tierras públicas para su explotación, siendo en cierta medida empresas estatales, pues la totalidad de la producción correspondía al Estado. El *Sovjós* nunca prosperó, y en cambio la institución predominante en el campo agropecuario soviético fue el *Колхоз* (*Koljós*), que corresponden a cooperativas de campesinos individuales, que usufructúan de la tierra y los instrumentos y medios de producción, y se reparten la producción.

En cuanto a los modos de adquirir la propiedad, destacan la nacionalización (más propiamente estatización), existiendo también la municipalización, es decir, la apropiación de bienes no por el

¹⁵² Figueroa, op. cit., p. 16.

Estado, sino por el municipio; la derelicción, cuya apropiación corresponde al Estado; la confiscación; la requisa; los modos derivativos, existiendo además modos de poner término a la propiedad socialista del Estado.

3.3.- Argumentación desde el pensamiento conservador

Mario Góngora, uno de los últimos intelectuales del conservadurismo chileno –y sin duda uno de los principales exponentes de esa corriente de pensamiento– sostuvo en su polémica obra *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX* (1981) que en nuestro país “el Estado es la matriz de la nacionalidad: la nación no existiría sin el Estado, que la ha configurado a lo largo de los siglos XIX y XX”¹⁵³, y en esa línea se muestra particularmente crítico de la orientación ideológica seguida por la dictadura cívico-militar.

Señala Góngora que, si bien la Declaración de Principios de la Junta de 1974 extrae su inspiración del tradicionalismo español y de la concepción tomista, que comprende como finalidad del Estado la idea de bien común, que es más que la suma de intereses particulares, el principio verdaderamente operativo de dicho documento sería el “principio de subsidiariedad”, que en el contexto de la Declaración busca proteger una concepción orgánica del Estado, que tiende a evitar la nivelación centralizadora. En un comienzo –remarca Góngora–, la acción gubernamental se dirigió contra el Estado empresario, pero en siete u ocho años se consolidó una suerte de “revolución desde arriba”, derivando en una tendencia anti-estatal.

Ello rompe con la idea cardinal del pensamiento conservador de Góngora, quien plantea:

*“[l]a idea cardinal del Chile Republicano es, históricamente considerado, que es el Estado el que ha ido configurando y afirmando la nacionalidad chilena a través de los siglos XIX y XX; y que la finalidad del Estado es el Bien Común en todas sus dimensiones: defensa nacional, justicia, educación, salud, fomento de la economía, protección a las actividades culturales, etc. [...] Ahora, en cambio, se expande la tendencia a la privatización y la convicción de que la “libertad económica” es la base de la libertad política y finalmente de toda libertad”*¹⁵⁴

Enuncia como ejemplos de esta concepción mercantil la Ley General de Universidades de 1980, que concibe un “mercado de la educación”, la entrada de entidades privadas en competencia directa a los servicios estatales, la desaparición del papel mediador del Estado en los conflictos

¹⁵³ Mario Góngora del Campo, *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX*, (Santiago, Chile: Editorial Universitaria, 1986, 9^{na} edición): p. 59.

¹⁵⁴ Góngora, op. cit., pp. 298-299.

laborales, la supresión de la Carta Fundamental de la expresión “la educación pública es atención preferente del Estado” y el fin del principio corporativo de los Colegios Profesionales. Con todo, lo fundamental de dicha política se ha producido en el campo específicamente económico, eliminándose toda huella de “dirigismo estatal”, a fin de que el mercado funcione sin distorsiones. Ello ha conllevado, a juicio del autor, efectos económicos positivos y negativos.

Ya en un plano de conclusiones, el autor señala que si bien hay resultados positivos de la política económica, sobretudo en la reducción inflacionaria, ello ha sido a costa del Estado de bienestar, mostrándose ya los aspectos negativos de planificar todo un Estado y una sociedad con criterios cuantitativos de costo y beneficio.

“La planificación ha partido de cero, contrariando o prescindiendo de toda tradición, lo que siempre trae consigo revanchas culturales. El neoliberalismo no es, efectivamente, un fruto propio de nuestra sociedad, como en Inglaterra, Holanda o Estados Unidos, sino una “revolución desde arriba”, paradójicamente antiestatal, en una nación formada por el Estado.”¹⁵⁵

Así, en suma, Góngora rechaza la revolución neoliberal y plantea que ella se opone a la noción de Estado, central en su comprensión de la nacionalidad, buscando marginarlo de la vida nacional. A *contrario sensu*, el conservadurismo al que adscribe Góngora defiende el rol desarrollado por el Estado antes de la etapa de las “planificaciones globales”, que se inicia en 1964, y que incluye un cierto intervencionismo y dirigismo en la actividad económica.

3.4.- Argumentación desde el keynesianismo

A raíz de la crisis económica de 1929, John Maynard Keynes refutó teóricamente varios de los postulados de la escuela económica clásica, en particular en lo que refiere al dogmatismo respecto del libre mercado. En el capítulo 24 de su Teoría General, Keynes sostiene que “los principales inconvenientes de la sociedad económica en que vivimos son su incapacidad para procurar la ocupación plena y su arbitraria y desigual distribución de la riqueza y los ingresos”¹⁵⁶. Ello, pues en su análisis coincide con aquellas escuelas económicas que sostienen la tendencia crónica de las sociedades contemporáneas al subempleo, vinculándolo al fenómeno del subconsumo, aunque difiere sutilmente en la respuesta que debe darse a ese fenómeno.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Góngora, op. cit., p. 301.

¹⁵⁶ John Maynard Keynes, *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, traductor Eduardo Hornedo, (México: Fondo de Cultura Económica, 1934, 7^{ma} edición en español): p. 328.

¹⁵⁷ Keynes, op. cit., pp. 288-289.

Se presenta crítico del *laissez faire*, al afirmar la importancia “vital de establecer ciertos controles centrales en asuntos que actualmente se dejan casi por completo en manos de la iniciativa privada [...] El estado tendrá que ejercer una influencia orientadora sobre la propensión a consumir, a través de su sistema de impuestos, fijando la tasa de interés y, quizás, por otros medios.” Agrega que “parece improbable que la influencia de la política bancaria sobre la tasa de interés sea suficiente por sí misma para determinar otra de inversión óptima. Creo, por tanto, que una socialización bastante completa de las inversiones será el único medio de aproximarse a la ocupación plena; aunque esto no necesita excluir cualquier forma, transacción o medio por los cuales la autoridad pública coopere con la iniciativa privada”, aunque precisa que “no se aboga francamente por un sistema de socialismo de estado que abarque la mayor parte de la vida económica de la comunidad. No es la propiedad de los medios de producción la que conviene al estado asumir. Si éste es capaz de determinar el monto global de los recursos destinados a aumentar esos medios y la tasa básica de remuneración de quienes los poseen, habrá realizado todo lo que le corresponde. Además, las medidas indispensables de socialización pueden introducirse gradualmente sin necesidad de romper con las tradiciones generales de la sociedad.”¹⁵⁸

Subyace a los planteamientos económicos de Keynes la justificación de la intervención del Estado en la economía, por medio de variadas formas y técnicas, a fin de propender a una distribución del ingreso y la riqueza menos desigual, y de avanzar hacia el pleno empleo de la sociedad, en todo lo cual la empresa pública puede desempeñar un importante rol.

3.5.- Argumentos desde la “economía conductual” o el post-keynesianismo

Gustavo Marqués plantea que, bajo un supuesto de certidumbre, es decir, que los agentes tengan conocimiento del futuro, permitiría demostrar que ningún intervencionismo estatal permitiría superar el desempeño del libre mercado (al menos en el campo del rendimiento económico). Sin embargo, hay situaciones en el desenvolvimiento del fenómeno económico en que prima la incertidumbre, en las cuales no es seguro que el mercado pueda arreglárselas sin la intervención estatal, creándose la ocasión para que el Estado intervenga. Bajo ocasiones de incertidumbre, objetivos como el pleno empleo, son inalcanzables sin la intervención estatal.

Respecto al punto sobre por qué el Estado está en mejores condiciones que el mercado autónomo para combatir la liquidez excesiva y obtener mayor empleo, pudiendo actuar racionalmente en circunstancias que el mercado no puede hacerlo. Las investigaciones post keynesianas persiguen clarificar cuáles son las ventajas estratégicas de las autoridades para realizar una intervención racional.

¹⁵⁸ Keynes, op. cit., pp. 332-333.

Keynes aborda en su teoría general las dificultades que los “estados de la mente” (expectativas) planteaban a las autoridades al intentar aplicar políticas monetarias, pues los gobernantes están interesados en propiciar un estado de cosas que permita elevar la eficiencia marginal del capital por sobre la tasa de interés, siendo variables clave en esta operación la tasa de interés, valor del dinero y el costo de producción, respecto de las cuales pueden existir variados cursos de acción, y sobre los cuáles la acción gubernativa puede influir en las condiciones iniciales de operación de dichas variables.

Así, si el gobernante emplea la teoría económica keynesiana, y la aplica para ir adoptando decisiones económicas, ella le permite anticipar o explicar los fenómenos económicos, manteniendo *ceteris paribus*, es decir, constantes ciertas variables económicas, puede estimular fenómenos económicos mediante el manejo de las variables y expectativas, lo que el autor denomina como “configuración de expectativas”, que sumada a los principios de la teoría keynesiana constituyen las bases para la toma de decisión de los gobernantes.

En este escenario, el Estado dispone de tres ventajas estratégicas sobre los privados para la toma de decisiones económicas, a saber (i) el gobernante se distingue del inversor privado en que el primero busca alcanzar objetivos como incrementar la producción o el empleo, mientras el segundo busca su enriquecimiento personal; así, aunque el inversor maneje a la perfección la teoría económica, no tendrá mayor interés, por ejemplo, en aumentar el empleo; (ii) los individuos pueden reaccionar de cualquier manera frente a los estímulos del mercado. Ese subjetivismo se ve morigerado por la teoría general, que proporciona sólo algunos cursos de acción posibles, encauzando la toma de decisiones; (iii) finalmente, los gobernantes se ubican en mejor posición que los agentes privados, pues no sólo manejan las expectativas económicas, sino que pueden influir activamente en ellas, ejerciendo un protagonismo mayor que los privados.

Se concluye, así que “bajo condiciones de incertidumbre los gobernantes poseen mejores chances que los agentes para comportarse racionalmente, lo cual legitimaría en principio el intervencionismo estatal.”¹⁵⁹

3.6.- Argumentos desde el estructuralismo económico

El pensamiento estructuralista o desarrollista surge en Latinoamérica durante las primeras décadas del siglo XX, la cual concibe a la economía mundial como un sistema formado por un centro y una periferia, cuya interacción da lugar a movimientos cíclicos, requiriéndose para el desarrollo de los países periféricos del avance técnico. Uno de sus principales exponentes fue el economista argentino

¹⁵⁹ Gustavo Marques, “Argumentos en favor de la intervención estatal bajo incertidumbre”, *Energeia* N°1, volumen 5, 2009. [http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/696/Argumentos en favor de la intervenci%C3%B3n estatal.pdf?sequence=1](http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/696/Argumentos%20en%20favor%20de%20la%20intervenci%C3%B3n%20estatal.pdf?sequence=1)

Raúl Prebisch, quien compartía con Keynes las críticas a la economía de mercado, en lo que respecta a la desigual y arbitraria distribución del ingreso y a incapacidad para generar pleno empleo, creyendo además los dos economistas que la inversión era altamente volátil y que se requerían instrumentos y políticas contracíclicas. Sin embargo, sostenía que la teoría de Keynes adolecía del mismo defecto que los clásicos: encontrarse anclada en el análisis de equilibrio, teniendo en su centro la teoría del ajuste automático. Además, Keynes no entregaba un marco conceptual apropiado para los denominados países de la periferia. Prebisch expuso en su *Teoría de la Dinámica* un marco conceptual para las economías periféricas.¹⁶⁰

Con todo, una de las principales aportaciones de Prebisch fueron su obra *El desarrollo económico de la América Latina y algunos de sus principales problemas*¹⁶¹, conocido por su importancia como el “manifiesto latinoamericano” y la primera parte del Estudio Económico de América Latina de 1949, titulado *Crecimiento, desequilibrio y disparidades: interpretación del proceso de desarrollo económico*, conocido también como “manifiesto de La Habana”¹⁶².

En ambas obras, y en otros trabajos coetáneos, Prebisch plantea que durante la llamada “primera globalización” el modelo económico latinoamericano se sustentaba en la exportación de materias primas. La crisis económica de 1929 provocó el colapso de dicho esquema, toda vez que hubo una dramática caída en la demanda de materias primas provenientes de Latinoamérica. Del estudio de ese fenómeno, Prebisch plantea su famosa tesis conocida como “caída de los términos de intercambio” o “tesis Prebisch-Singer”, debido a que el economista germano-británico Hans Wolfgang Singer llegó simultáneamente a similares conclusiones que Prebisch. De acuerdo a dicha tesis, el precio de las materias primas tendía a descender siempre frente a los productos manufacturados, y ello en un esquema de centro-periferia condenaba a Latinoamérica al subdesarrollo. Los países periféricos requerían industrializarse, y para ello se requería de la acción decidida del Estado.

La “tesis Prebisch-Singer” se ha visto, en general, comprobada por el análisis de la variación de los términos de intercambio durante el siglo XX, evidenciándose el decrecimiento general y

¹⁶⁰ Esteban Pérez Caldentey, Osvaldo Sunkel y Miguel Torres Olivos, *Raúl Prebisch (1901-1986) Un recorrido por las etapas de su pensamiento sobre el desarrollo económico*, (Santiago, Chile: CEPAL, 2012): pp. 12-13 https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40062/Prebisch_etapas_pensamiento.pdf?sequence=1&isAllowed=y

¹⁶¹ Raúl Prebisch, *El desarrollo económico de la América Latina y algunos de sus principales problemas*, (Santiago, Chile: CEPAL, 2021) <https://www.cepal.org/es/publicaciones/40010-desarrollo-economico-la-america-latina-algunos-sus-principales-problemas>

¹⁶² CEPAL, *Estudio económico de América Latina 1949*, (Nueva York, Estados Unidos de América: Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos, 1951) <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/1003>

sostenido de los precios de las materias primas, aunque sin poder afirmarse una “tendencia secular o continua al deterioro de los términos de intercambio”.¹⁶³

4.- Argumentos en contra de la intervención del Estado en la economía.

Un sector de la doctrina se pronuncia en contra de la intervención del Estado en la economía, distinguiéndose incluso visiones extremas que niegan la necesidad de regulación estatal de la economía, y otras más moderadas que bregan por reducir la participación del Estado en la economía.

4.1.- La crítica neoliberal

En “El Ladrillo”, texto que contiene el programa económico del régimen autoritario, y que sirvió de fundamento para la ola de privatizaciones realizadas, se afirma que el crecimiento de la actividad estatal en la economía (ya sea directamente, ya sea por medio de regulación) conlleva concentración del poder económico en burócratas y autoridades políticas, y la toma de decisiones económicas acarrearán distorsiones graves en el sistema económico.¹⁶⁴ Se señala también que el aumento de la inversión pública, para desarrollar actividades económicas de baja rentabilidad, acarrea alzas tributarias o fenómenos inflacionarios, todo lo cual repercute en una reducción del ahorro privado.¹⁶⁵ Asimismo, la excesiva burocratización y politización de las instituciones, no sólo resta eficiencia a todo el sistema, sino que constituye una pesada carga para la colectividad.¹⁶⁶ La inversión termina dependiendo más de caprichos políticos, más que de la verdadera rentabilidad social.¹⁶⁷

Con todo, en dicha publicación se afirma que:

“Las anteriores consideraciones sobre el estatismo no deben llevar a la errada conclusión de que el Estado debe marginarse totalmente de cualquier acción en el campo económico; muy por el contrario, estimamos que compete al Estado la dirección superior de todo el sistema económico, la fijación de metas globales, la determinación del marco institucional, el establecimiento de mecanismos de planeamiento y control, el desarrollo de la infraestructura y de aquellas actividades en que el beneficio social sea mayor que el beneficio privado, etc.”¹⁶⁸

¹⁶³ Véase: José Antonio Ocampo y María Ángela Parra, “Los términos de intercambio de los productos básicos en el siglo XX”, *Revista de la CEPAL* 79 (2003): p. 29.
https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/10872/079007035_es.pdf

¹⁶⁴ Centro de Estudios Públicos, “*El Ladrillo*”, *bases de la política económica del Gobierno Militar chileno* (Santiago, Chile: Centro de Estudios Públicos, 1992) pp. 30-31.

¹⁶⁵ Centro de Estudios Públicos, op. cit., p. 31.

¹⁶⁶ *Ibíd.*

¹⁶⁷ Centro de Estudios Públicos, op. cit., p. 32.

¹⁶⁸ Centro de Estudios Públicos, op. cit., p. 33.

Algunos autores nacionales han señalado, incluso, que la concentración del poder económico en manos del Estado tiene como objetivo último el control de las personas.¹⁶⁹

4.2.- Crítica desde el racionalismo económico

Guillermo Guajardo¹⁷⁰, traduciendo el trabajo del profesor británico Robert Millward¹⁷¹, ha intentado compendiar los argumentos que se han esgrimido en contra de las empresas públicas, llegando a los siguientes:

- 1) Escaso o débil incentivo para el monitoreo de su manejo y desempeño.
- 2) Asimetrías en la información entre gerentes y propietarios para la verificación empírica del deterioro del desempeño de una gran firma por acciones.
- 3) Las empresas públicas tienden a capturar al regulador.
- 4) Las teorías de la decisión pública caracterizan a los servidores públicos como maximizadores de su propia utilidad más que motivados por actuar como funcionarios desinteresados.
- 5) Finalmente, de acuerdo con el enfoque austríaco, los funcionarios públicos no pueden comprometerse significativamente en idear esquemas de precios basados en los costos y en las reglas de inversión para el sector público.

4.3.- La crítica económica clásica y neoclásica

Gustavo Marqués distingue entre la crítica clásica y la neoclásica al intervencionismo estatal. Para la escuela clásica de la economía, se reconocía el papel económico de las expectativas y los estados de confianza, argumentando que la reacción de los empresarios al intervencionismo estatal tornaría ineficaz o contraproducente dicho intervencionismo. Para el pensamiento económico neoclásico, se cuestiona que se represente a los agentes económicos como menos racionales que los gobernantes, particularmente desde la teoría de las expectativas racionales, que plantea a los actores económicos poseen similar nivel de información que los gobernantes, desapareciendo la asimetría informativa.¹⁷²

¹⁶⁹ Hernán Büchi Buc, *La transformación económica de Chile*, (Colombia: Editorial Norma S.A., 1993): p. 55-56.

¹⁷⁰ Guillermo Guajardo Soto, "La empresa pública y sus definiciones en el largo plazo", en *La empresa pública en México y en América Latina: entre el mercado y el Estado*, coord. Guillermo Guajardo y Alejandro Labrador, (México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades e Instituto Nacional de Administración Pública de México, 2015): p. 25

¹⁷¹ Robert Millward, *Private and public enterprise in Europe: Energy, telecommunications and transport, 1830-1990* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005)

¹⁷² Gustavo Marqués, "Argumentos en favor de la intervención estatal bajo incertidumbre", *Revista Energeia* Vol. 5 N°1 (2009): pp. 204-205.
http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/696/Argumentos_en_favor_de_la_intervenci%C3%B3n_estatal.pdf?sequence=1

5.- Balance.

En suma, advertimos en la doctrina una división en torno al rol económico que debe llevar adelante el Estado. Por una parte, hay sectores que justifican e impulsan dicho rol económico, y por otra parte hay otro sector de la doctrina que busca reducirlo.

Sin embargo, aún dentro de ese segundo grupo, se reconoce la competencia estatal de dirección, fijación de metas, orientación e impulsión del sistema económico, y el desarrollo de actividades económicas allí donde el beneficio social sea mayor al beneficio privado.

Así las cosas, desde el punto de vista doctrinario, hay relativo consenso en cuanto a que la intervención estatal se encuentra plenamente justificada.

Queda por resolver, entonces, cual es la intensidad de esa intervención estatal en el fenómeno económico.

CAPÍTULO II. Marco constitucional, legal y doctrinario de la empresa pública en Chile

La empresa pública, como hemos visto, es tratada por el constituyente autoritario desde el recelo y la desconfianza. Ello, porque la Constitución económica actualmente vigente se construye en oposición al desarrollo del constitucionalismo durante la vigencia de la Constitución de 1925.

1.- La Constitución económica

Dicho concepto hace referencia al plexo de normas constitucionales que regulan la actividad económica del Estado y de los particulares, bajo la forma de disposiciones de principio¹⁷³, cláusulas económico-sociales¹⁷⁴ y normas operativas. El elemento principal que la Constitución económica debe determinar es el mínimo constitucional que deben respetar los agentes económicos.¹⁷⁵ García Pelayo, por su parte, la define como “[e]l conjunto de normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, o, dicho de otro modo, para el orden y proceso económico”¹⁷⁶

En Chile, la doctrina más tradicional emplea el término “Orden Público Económico” para compendiar al conjunto de normas iusfundamentales que regulan la actividad económica. A modo ejemplar, José Luis Cea define al OPE como “el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución”¹⁷⁷

Zúñiga es crítico del empleo del concepto de OPE, aunque advierte que no se trata solamente de una impropiedad conceptual, sino que habría detrás de la utilización del concepto una carga ideológica, pues dicho concepto se asocia al Estado liberal, y a la actividad administrativa de policía.¹⁷⁸

La Constitución económica debe abordar, al menos: el tipo o tipos de propiedad, las formas de relación entre los actores económicos del sistema, y la distribución de roles entre el Estado y los actores económicos de la sociedad (producción, inversión, distribución y consumo).¹⁷⁹

¹⁷³ Véase: Vezio Crisafulli, “Sobre la eficacia normativa de las disposiciones de principio en la Constitución” (trad. Mario Cerda Medina), *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile* 7 (1967): p. 41

¹⁷⁴ Francisco Zúñiga Urbina, “Constitución y “cláusulas económicas y sociales”. Algunas notas acerca de la operatividad de las normas constitucionales”, *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de Derecho Constitucional* 21 (2009)

¹⁷⁵ Zúñiga (2001), op. cit., p. 343.

¹⁷⁶ Manuel García Pelayo, *Obras Completas*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991): p. 2857

¹⁷⁷ José Luis Cea Egaña, *Tratado de la Constitución de 1980*, (Santiago, Chile: editorial Jurídica de Chile, 1988): p. 158

¹⁷⁸ Zúñiga, op. cit., p. 344.

La Constitución económica chilena, al ser una categoría dogmática nueva en nuestra doctrina (pero vieja en la doctrina europeo continental), es una reconstrucción dogmática de diversas normas presentes dispersas en el Texto Fundamental, pero que cobran sentido sistémico, a la luz del criterio interpretativo de que la Constitución como subsistema normativo debe guardar correspondencia y armonía entre sus disposiciones.

Francisco Zúñiga¹⁸⁰, estudiando la Constitución económica chilena, enuncia las siguientes aseveraciones:

- a) La Constitución económica se compone de una parte dogmática y una parte orgánica.¹⁸¹
- b) Las normas iusfundamentales de la CE son de diversa naturaleza, pero en última instancia son normas de competencia negativa o positiva.
- c) La CE tiene un techo ideológico abierto en que confluyen la matriz de constitucionalismo liberal y la matriz del constitucionalismo social, fruto de las reformas de 1989 y 1991.¹⁸²
- d) La CE posee garantías normativas y jurisdiccionales de envergadura, como el principio de reserva legal, garantía de contenido esencial, acción de protección, acción de amparo económico, contenciosos administrativo en materia de expropiación, acción de “nulidad de derecho público”, y otras acciones constitucionales.
- e) El recurso (acción) de amparo económico cumple un rol axial, pues coloca en tensión el Estado empresario y la libertad económica del Art. 19 N°21 de la CPR.

La norma iusfundamental que da soporte al tema de esta memoria es el artículo 19 número 21 de la Constitución Política de la República, el que debe entenderse coherentemente con el artículo 3 de la Carta Fundamental. Dicha norma ha sido objeto de numerosas investigaciones y trabajos, y en el acápite siguiente nos referiremos a su contenido.

2.- La reconstrucción dogmática del Art. 19 N°21, inciso 2° de la Constitución Política de la República y la cláusula de Estado empresario.

Primero, debemos señalar que esta norma no ha sido modificada desde su inclusión en el decreto ley N° 3464, de 1980 (“Constitución Política de la República”).

¹⁷⁹ Zúñiga, op. cit., p. 345.

¹⁸⁰ Zúñiga, op. cit., p. 345-346.

¹⁸¹ Recogiendo la tradicional distinción introducida por Adolfo Posada.

¹⁸² Debemos agregar también la reforma de 2005 (promulgada mediante Ley N° 20.050).

En cuanto a sus orígenes, los encuentra en una exposición del Fiscal del Banco Central, Roberto Guerrero, en una sesión de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (“Comisión Ortúzar”), quien planteó que la creación de servicios o empresas públicas, así como la participación del Estado en la gestión de empresas, ya sea en forma mayoritaria o minoritaria, debían ser autorizadas por ley.¹⁸³ Durante el debate se adicionó que dicha autorización legal debía ser de quórum calificado.¹⁸⁴ Durante la revisión de la norma en el Consejo de Estado, el tema fue debatido, y por petición de Gabriel González Videla se modificó la exigencia de ley de quórum calificado por ley de quórum simple. González Videla planteó en una minuta que “la inmensa mayoría del país no desea que se “congele” una determinada política económica, sino dotar al gobierno de la suficiente libertad para adoptar las políticas económicas que considere adecuada [...] no se puede aceptar sensatamente que dentro de las estructuras democráticas, se impida al Presidente de la República optar por el modelo de política económica que corresponde a sus convicciones”¹⁸⁵ Sin embargo, pese a que el Consejo de Estado modificó el proyecto de la CENC, la Junta de Gobierno volvió al texto original elaborado por la CENC, que es la redacción que presenta actualmente la norma en comento.¹⁸⁶

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

Francisco Zúñiga¹⁸⁷, diseccionando el art. 19 N°21 CPR, extrae las siguientes premisas: (a) La norma precitada no prohíbe al Estado desarrollar actividades económicas-empresariales o participar en ellas, sino que lo somete a una habilitación o autorización legal. Atendido el elevado quórum, la determinación de la actividad empresarial del Estado y sus organismos requiere de un consenso de fuerzas políticas, y del concurso del Presidente de la República y el Congreso Nacional; (b) la actividad empresarial del Estado y sus organismos por regla general debe regirse por las normas aplicables a los particulares, se aleja la posibilidad de privilegio del Estado empresario y se transforma a la empresa estatal en una auténtica empresa, debiendo competir en el mercado con empresas privadas; (c) si bien se admiten excepciones al régimen general de derecho común, deben obedecer a motivos justificados establecidos por ley de quórum calificado, pudiendo haber privilegios o cargas para las empresas estatales. Es posible extraer, además que el Estado empresario (empresas públicas y empresas privadas del Estado) se someten al principio de legalidad, y requieren para desarrollar actividades empresariales

¹⁸³ Enrique Navarro Beltrán, *La Constitución Económica chilena ante los Tribunales de Justicia*, (Santiago, Chile: ediciones Universidad Finis Terrae, 2016): p. 66.

¹⁸⁴ Navarro, op. cit., pp. 68-69.

¹⁸⁵ Consejo de Estado. Acta de la Sesión N°65 de 13 de marzo de 1979. En: Jaime Arancibia Mattar, Enrique Brahm García y Andrés Irarrázaval Gomien, editores, *Actas del Consejo de Estado en Chile (1976-1990)*, tomo I, (Santiago, Chile: ediciones Centro de Estudios Bicentenario, 2008): p. 386.

¹⁸⁶ Navarro, op. cit., pp.69-71

¹⁸⁷ Zúñiga, op. cit., p. 353.

o participar en ellas de ley de quórum calificado autorizador general o especial, que el Estado empresario carece de privilegios, con excepción de los monopolios naturales y legales en que aún existen empresas del Estado.¹⁸⁸

José Luis Guerrero plantea que la regulación de la actividad empresarial del Estado (también llamado “estatuto del Estado empresario”), recogido en la norma que analizamos, ha experimentado una evolución en cuanto a su formulación constitucional. En un inicio, y sobre la base de los antecedentes constitucionales, se entendía sin mayores dudas reconocido el denominado “principio de subsidiariedad económica en la actuación del Estado”, pero en etapas más recientes se ha intensificado la discusión “en torno a si el estatuto del Estado empresario debe entenderse solo como reglas constitucionales formales de mera habilitación, o bien, que cuenta con un contenido material que debe ser revisado al momento de la habilitación. Esto es, que en él está presente el principio de subsidiariedad, por lo que no bastaría el cumplimiento de los requisitos formales si, en definitiva, la ley habilitante no observa el cumplimiento del principio de subsidiariedad.”¹⁸⁹

Agrega que la discusión doctrinaria puede ser resumida en dos posturas o visiones, por un lado “históricos o tradicionalistas”, quienes sostienen que el principio de subsidiariedad se encuentra implícito en el estatuto del Estado empresario, constituyendo la actuación del Estado en materiales empresariales una excepción¹⁹⁰; por otro lado, un sector de la doctrina desconoce o, al menos, cuestiona la presencia del principio de subsidiariedad en el art. 19 N°21 CPR.¹⁹¹ Dicha postura plantea que la disposición analizada solo contempla un mecanismo de habilitación legal para la actuación empresarial del Estado, siendo la regla que el Estado puede intervenir en actividades empresariales, requiriendo sólo de una ley habilitante, que en este caso específico es de quórum calificado. No habría una norma de contenido material en el art. 19 N°21 CPR.

3.- Desarrollo legislativo, dogmático y jurisprudencial.

Lo primero que se observa en el desarrollo legislativo del Estado empresario es la ausencia de legislación orgánica sobre la materia. Ante la ausencia de dicha legislación orgánica, debemos preliminarmente precisar que cada empresa del Estado creada por Ley cuenta con su estatuto propio. En cambio, tratándose de las llamadas “sociedades del Estado” o “empresas privadas del Estado”, se rigen por las normas pertinentes de derecho privado, de acuerdo a la forma de constitución, aunque con

¹⁸⁸ Zúñiga, op. cit., pp. 360-361.

¹⁸⁹ Guerrero, op. cit., pp. 333-334.

¹⁹⁰ Adscriben a dicha línea doctrinaria José Luis Cea Egaña, Eugenio Evans de la Cuadra, Germán Urzúa Valenzuela, entre otros. Véase: Guerrero, op. cit., 334.

¹⁹¹ Adhieren a esta visión doctrinaria Rodrigo Vallejo Garretón, Diego Pardow Lorenzo, Christian Viera Álvarez, Jaime Bassa Mercado, Juan Carlos Ferrada Bórquez, Patricio Masbernat Muñoz, José Tomás Hurtado Contreras y Francisco Zúñiga Urbina, entre otros. Véase: Guerrero, op. cit., pp. 335-336.

algunas excepciones en que se rige por normas de derecho público, como por ejemplo en materia de control.

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

Respecto de las “sociedades del Estado”, el artículo 6º del citado cuerpo legal las sitúa fuera de la Administración del Estado.

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

3.1. Empresas del Estado

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

Pedro Pierry, tempranamente, planteaba lo dificultoso que resulta delimitar la actividad empresarial de las instituciones públicas, ya que éstas desarrollan lo que en doctrina se denomina actividad de servicio público, pudiendo existir colisión entre actividades que revisten tanto el carácter de servicio público como el de empresariales.¹⁹²

Beatriz von Loebenstein¹⁹³, asumiendo la dificultad teórica de definir estos órganos de la Administración, enumera las siguientes características:

- i) Son entidades creadas por ley.
- ii) Tienen personalidad jurídica de derecho público propia y patrimonio propio.
- iii) Forman parte de la Administración del Estado.
- iv) Se trata de entidades autónomas, pero sujetas a la supervigilancia de la Administración.

¹⁹² Pedro Pierry Arrau, “Algunos aspectos de la actividad empresarial del Estado”, *Revista de Derecho Público* N° 37-38 (1985): pp. 222-223.

¹⁹³ Beatriz von Loebenstein Weil, *Empresas Públicas, sus características, naturaleza jurídica, marco normativo, régimen jurídico y su vinculación con la Administración del Estado*, (Santiago, Chile: Editorial Hammurabi, 2018): pp. 33-35

- v) Se encuentran sometidas al principio de legalidad y de probidad administrativa, así como al control por parte de la Cámara de Diputados, la Contraloría General de la República y el Consejo para la Transparencia.

3.2. Sociedades del Estado o empresas privadas del Estado

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

Patricio Latorre define a las sociedades del Estado como “aquellas [sociedades] en que participa un órgano de la Administración del Estado, facultado por una ley de quórum calificado para desarrollar actividades empresariales”¹⁹⁴

Pierry¹⁹⁵ las clasifica en:

- i) Instituciones creadas por ley, o normada su creación por ley, conforme al derecho privado.
Cita los ejemplos de la empresa Telex Chile Comunicaciones Telegráficas S.A. (DFL 10 de 1981), de las sociedades anónimas portuarias (Ley N°18.042), y de la Línea Aérea Nacional S.A. (Ley N°18.400).
- ii) Empresas creadas para desarrollar actividades que anteriormente tenían a su cargo empresas del Estado de derecho público, sin intervención legislativa.
Ejemplifica con el caso de la Refinería de Petróleo Concón Ltda., luego Refinería de Petróleo Concón S.A.
- iii) Habilitación genérica a instituciones del Estado para constituir o formar parte de instituciones empresariales.
Señala que es el caso del artículo 9° de la Ley N° 18.297, sustituido por la Ley N° 18.416, que dispone en su letra j como función del consejo de ENAER “constituir y

¹⁹⁴ Patricio Latorre Viver, “Las sociedades estatales en el ordenamiento jurídico chileno: naturaleza, límites y control de sus actividades”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N°30 (2008): p. 223.

¹⁹⁵ Pierry, op. cit., pp. 224-231.

formar parte de sociedades públicas o privadas, ya sean nacionales o extranjeras con acuerdo del Consejo”

- iv) Situación especial producida con ocasión de la adquisición de acciones de la Empresa Chilena de Electricidad por parte de instituciones del Estado.

Dicha situación se produjo por aplicación de los arts. 75 y siguientes del DFL N° 1 de 1982, del Ministerio de Minería, sobre servicios eléctricos, permitiendo el reembolso de ciertos servicios mediante aportes financieros, entre los que se encuentran acciones. En la práctica, la Empresa Chilena de Electricidad reembolsó a diversas instituciones del Estado a través de acciones aceptadas por dichas instituciones. Contraloría General de la República, por medio de sendos dictámenes, ha sostenido que las Municipalidades pueden aceptar dichas acciones, provenientes de concesionarias de servicios eléctricos de carácter estatal o de economía mixta, siendo improcedente respecto de concesionarios privados, en línea con lo dispuesto en el art. 55 del DL N° 1289.

- v) Facultad otorgada con anterioridad a la Constitución Política de 1980.

Esta hipótesis planteada por Pierry se afincaba en el artículo 3° del decreto ley N° 1056, de 1975, el que permitía a las instituciones del sector público hacer aportes de capital a sociedades o empresas previa autorización del Ministerio de Hacienda, sosteniéndose el debate respecto a la derogación tácita o no del precepto, al tenor del art. 19 N°21 de la Carta Fundamental.

- vi) Con autorización legislativa y facultad amplia.

Refiere a la hipótesis de que el legislador “autorice al Estado para desarrollar actividades empresariales”, siendo una autorización genérica.

Latorre, en cuanto a las características de estas entidades, plantea que se trata de empresas que no son creadas directamente por una ley, sino en virtud de una autorización que el legislador otra empresa del Estado, para crear una nueva entidad empresarial, la que se caracterizará por constituirse, organizarse y funcionar de acuerdo a las disposiciones del derecho común, rigiendo las normas de derecho público sólo respecto de materias específicas vinculadas principalmente al control de sus actos, principalmente en cuanto al manejo financiero de los mismos.¹⁹⁶

¹⁹⁶ Latorre, op. cit., pp. 225-226.

Beatriz von Loebenstein, por su parte, identifica las siguientes características comunes a estas entidades¹⁹⁷:

- i) No son creadas por ley. Son creadas conforme a las reglas del derecho común, al ser personas jurídicas de derecho privado, no obstante la participación y representación de un órgano de la Administración requiere de una ley que lo autorice.
- ii) Tienen personalidad jurídica de derecho privado, rigiéndose por las normas de derecho privado en cuanto a su formación y al desempeño de su giro.
- iii) No forman parte de la Administración del Estado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1º de la LOCBGAE, aunque esta afirmación no es pacífica en la doctrina.
- iv) No existiría una absoluta sujeción a los principios de legalidad y probidad administrativa, al tratarse de sociedades con personalidad jurídica de derecho privado, que se rigen por el derecho común. Lo anterior, sin perjuicio de los controles que puedan existir.
- v) Las sociedades del Estado pueden ser creadas por el Estado o existir previamente en el mundo privado. En el primer caso, el Estado crea filiales de empresas públicas, o bien, crea sociedades como continuadoras de algún servicio público. En el segundo caso, el Estado compra o adquiere acciones de alguna empresa privada

3.3. Empresa pública municipal

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

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

Esta forma de actividad empresarial pública es escasa en Chile. Uno de los pocos ejemplos lo constituye la Empresa Metropolitana de Disposición y Tratamiento de Basuras Limitada (EMERES Ltda.), constituida el 25 de agosto de 1986 por catorce Municipalidades de la Región Metropolitana, por medio de la suscripción de una escritura pública autorizada por la notaria pública Gloria Acharán Toledo. Las Municipalidades procedieron de conformidad a la Resolución N° 27, de 14 de abril de

¹⁹⁷ Von Loebenstein, op. cit., pp. 37-38.

1986, del Ministerio del Interior, dictada en virtud del N° 21 del artículo 19 de la Constitución Política que faculta al Estado y a sus organismos para desarrollar actividades empresariales, previa autorización dada por ley de quórum calificado, y considerando que los artículos 55 y 56 del decreto ley N° 1289, de 1975, Ley Orgánica de Municipios y Administración Comunal, permitían la creación de empresas municipales o intermunicipales para atender necesidades imprescindibles que no pudieren ser satisfechas por particulares, previa autorización del Presidente de la República, quien podría delegar su facultad en el Ministro del Interior o en el Intendente Regional respectivo.¹⁹⁸

Pese a la derogación de dicho decreto ley, y su reemplazo por la Ley N° 18.695, la Contraloría General de la República ha dictaminado que EMERES ha podido continuar funcionando como empresa municipal, toda vez que fue constituida válidamente al alero de una “ley de quórum calificado ficta”, al amparo de la disposición transitoria quinta de la Constitución de 1980 (DL 3464 de 1980),¹⁹⁹ ratificando su carácter empresarial en múltiples pronunciamientos.²⁰⁰

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

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

Un caso bastante singular la constituye el Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado (SMAPA) de la comuna de Maipú, repartición que formando parte de la Municipalidad de dicha comuna desarrolla actividad con características empresariales, pero que dadas las características

¹⁹⁸ Cámara de Diputados de Chile, Informe de la Comisión Especial Investigadora de la administración que hace la Empresa Metropolitana de Residuos Sólidos (Emeres) del vertedero ubicado en el Fundo Lepanto, en la comuna de San Bernardo, y otras materias afines, creada por acuerdo de la Cámara de Diputados, adoptado el 15 de octubre de 1997, (Valparaíso, Chile: Cámara de Diputados de Chile, 1998): pp. 4-5.
<https://www.bcn.cl/laborparlamentaria/wsgi/consulta/verParticipacion.py?idParticipacion=1351615&idPersona=2574&idDocumento=666244&idAkn=entityE6ZN2ZF6>

¹⁹⁹ Dictámenes N° 20.176, de 5 de julio de 1995 y N°17.917 de 10 de junio de 1997.

²⁰⁰ Por ejemplo, véase: Dictamen N° 30.530, de 9 de agosto de 1993.

jurídicas mediante los cuales lo desarrolla encuadra más propiamente en la categoría de servicio público.

Así se encuentra establecido en el Reglamento de Estructura, Funciones y Coordinación de dicha Municipalidad²⁰¹, que le otorga el carácter de Dirección Municipal, y lo ha precisado el Ente Contralor en múltiples pronunciamientos²⁰², en que ha afirmado que SMAPA es un servicio municipal que tiene la misma personalidad jurídica de la Municipalidad, integrado por funcionarios municipales – sin perjuicio de los contratados a honorarios– y respecto del cual a los concejales y al alcalde les cabe la intervención que la ley N° 18.695 les reconoce, careciendo además de autonomía.

En específico, SMAPA fue creado mediante decreto N° 288, de 1950, del Ministerio de Interior, que “Restituye a la Municipalidad de Maipú la Administración del Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de la comuna”. Asimismo, de y de conformidad al inciso primero del artículo 1° transitorio del DFL N° 382, de 1988 (Ley General de Servicios Sanitarios), posee el carácter de concesionaria de servicios sanitarios.

El criterio restrictivo hacia la gestión económica municipal se aprecia en diversos pronunciamientos del Órgano Contralor, por ejemplo, en un dictamen²⁰³ en que devuelve una resolución de la CORFO, por medio de la cual donaba a la Municipalidad de Huailaihué la central térmica Río Negro Hornopirén, “porque la operación y mantención de las instalaciones de esa central, implican el desarrollo de una actividad empresarial por parte del municipio, que este solo puede realizar si una ley de quorum calificado lo autoriza”. Al respecto, CORFO señala que “proporcionar a la comunidad alumbrado y energía eléctrica contribuye a la satisfacción de una necesidad pública lo que, conforme [a la] ley 18.695 [...] es un cometido municipal que no tendría carácter de actividad empresarial”.

Ante ese argumento, replica el Ente de Control: “no obstante, si bien la mantención del servicio de alumbrado de los bienes nacionales de uso público recae en los municipios, no es menos efectivo que la generación y distribución de energía eléctrica a los habitantes en general, como en este caso, no son funciones que la actual ley orgánica constitucional de municipalidades haya asignado”

²⁰¹ Decreto Alcaldicio N° 3364, de 30 de mayo de 2011.

²⁰² Dictámenes N° 3127, de 20 de enero de 2005; N° 22.427, de 15 de mayo del 2006; N° 70.401, de 3 de septiembre de 2015; y N° 90.185, de 12 de noviembre de 2015.

²⁰³ Dictamen N° 4013, de 31 de enero de 1990.

3.4. Evolución doctrinaria en el tratamiento de las empresas públicas

3.4.1. Evolución previa al decreto ley N° 3464 de 1980 (“Constitución Política de la República”)

El profesor Rolando Pantoja describe el crecimiento del sector administrativo a partir de 1938 a raíz de razones socioeconómicas, vinculadas a una nueva concepción del Estado, y al auge del ideal industrializador en Chile²⁰⁴. El cambio en la política económica impulsado por el Frente Popular trajo como efecto inherente un complejo desarrollo de la Administración del Estado. Dicho desarrollo pasó inicialmente inadvertido para la dogmática administrativa, la que de forma paulatina fue incorporando a la empresa pública al cuadro organizacional de la Administración del Estado²⁰⁵.

Así, señala Pantoja, el *Derecho Administrativo* del profesor Ernesto Merino, de 1936, se limitaba a analizar dentro del cuadro organizacional de la Administración sólo al Estado, a los establecimientos públicos, los establecimientos de utilidad pública y las instituciones semifiscales²⁰⁶, en el *Derecho Administrativo* del profesor Manuel Jara Cristi, de 1943, ya se incluyen planteamientos sobre la actividad empresarial del Estado, al hacer alusión a la nacionalización y socialización de los servicios públicos²⁰⁷. En 1948 aparece la primera mención cualitativa de las empresas públicas, en la segunda edición del *Derecho Administrativo* de Guillermo Varas Contreras, el que incorpora a las empresas del Estado con carácter comercial e industrial, señalando:

*“[E]l 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”*²⁰⁸

Estas entidades constituían, incluso pasado 1960 “la última etapa en la evolución institucional del Estado y del Derecho Administrativo [fruto de] la intervención estatal en materia económica, signo determinante de este proceso evolutivo”²⁰⁹

²⁰⁴ Tema ya abordado en esta memoria de prueba. Véase supra p. 22 y ss.

²⁰⁵ Rolando Pantoja Bauzá, *La organización administrativa del Estado*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998): p. 56.

²⁰⁶ Ernesto Merino Segura, *Derecho Administrativo* (Santiago: Imprenta Universitaria, 1936): pp. 51 y ss.

²⁰⁷ Manuel Jara Cristi, *Manual de Derecho Administrativo*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1948): p. 79.

²⁰⁸ Guillermo Varas Contreras, *Derecho Administrativo*, (Santiago: Editorial Nascimento, 1948, 2ª edición): pp. 159-160.

²⁰⁹ Enrique Silva Cimma, *Derecho Administrativo chileno y comparado*, tomo II, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1969): p. 256.

Con todo, a partir de los trabajos de los profesores Enrique Silva Cimma, *Apuntes de Derecho Administrativo*, de 1959, y del profesor Patricio Aylwin Azócar, *Derecho Administrativo*, del mismo año, se aprecia una mayor convergencia entre la política económica del período y la evolución de la doctrina administrativista.

En sus *Apuntes*, el profesor Silva Cimma advierte la complejidad adquirida por la estructura organizacional de la Administración, compendiando cuatro tipos de órganos administrativos, a saber (i) servicios de la Administración fiscal o de la Administración Pública propiamente dicha, (ii) servicios de la Administración Pública con régimen de autonomía, (iii) las instituciones, sean fiscales o semifiscales, y (iv) las empresas, sean fiscales o semifiscales. Respecto de esas últimas, indica que “al igual que las Instituciones, son creadas por la ley para servir intereses públicos. Su naturaleza es comercial, pero prima el interés público por sobre el lucro”.

Añade Silva Cimma que pueden ser fiscales o semifiscales. Las empresas fiscales se caracterizan por poseer patrimonio propio de bienes fiscales, que sólo han sido afectados para que se administren independientemente del Fisco y cumplan la finalidad para que han sido creadas; personalidad jurídica, para administrar ese patrimonio afectado; la autonomía es relativa. El Poder Administrativo interviene constantemente en su administración; sus empleados no son públicos, tomando esta expresión en sentido estricto. Están sometidos como norma general a un régimen legal especial que se caracteriza por su falta de estabilidad, dada la índole de sus funciones. Ejemplifica con Ferrocarriles del Estado, Línea Aérea Nacional, Empresa de Transportes Colectivos del Estado, etc. En cuanto a las empresas semifiscales, ellas se caracterizan porque su patrimonio es mixto, pudiendo ser de bienes fiscales, semifiscales o aún particulares, constituyendo en todo caso un patrimonio propio. A menudo el Estado concurre a subvencionarlas; gozan de personalidad jurídica en su carácter de sociedades mercantiles, de acuerdo con el Código de Comercio; su autonomía con respecto al Jefe de Estado es casi absoluta, teniendo este último sólo intervención en la designación de directores de acuerdo con el porcentaje del aporte estatal; sus empleados son particulares. Dentro de esta subespecie se encuentran las sociedades de economía mixta, que el profesor Silva Cimma define como “toda sociedad anónima en la cual se vinculan colectividades públicas y privadas con participación común en la administración como consecuencia de la colaboración bilateral en la formación del capital [...] se sujetan a normas de derecho privado [...] y no se trata de servicios públicos”²¹⁰

Por su parte, en su *Derecho Administrativo* el profesor Patricio Aylwin indica que los servicios públicos se clasifican en (i) servicios públicos propiamente administrativos y (ii) servicios públicos

²¹⁰ Enrique Silva Cimma, *Apuntes de Derecho Administrativo*, (Santiago, Chile: Editorial Universitaria S.A., 1959): pp. 239, 246-247, 457 y 458.

industriales y comerciales; éstos últimos funcionan en forma análoga a las empresas privadas similares. Aylwin indica que dos rasgos principales caracterizan a un servicio industrial y comercial: (i) el objeto de su actividad consiste en la ejecución habitual de actos de comercio, siendo en consecuencia semejante a cualquier empresa privada; y (ii) dicha actividad se realiza en condiciones análogas a la de los particulares, valiéndose preferentemente de los medios o procedimientos propios del derecho privado. Compartiendo la opinión de André de Laubadère, el régimen jurídico de estos servicios es mixto, en cuanto al funcionamiento y actividad se rigen por el derecho privado, y en su organización por el derecho público.

En 1968 Álex Varela conceptualiza las empresas públicas como “reparticiones dependientes del Estado en el curso del proceso de descentralización funcional del mismo”, agregando que el concepto “empresa” lo proporciona el Derecho Comercial, correspondiendo a “una actividad organizada metódica y profesionalmente para la ejecución de actividades industriales y comerciales”, y desde el punto de vista jurídico la empresa remite a “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” constituyendo “la forma extrema de intervención del Estado en materia económica”²¹¹.

Señala en cuanto a sus características que cuentan con reconocimiento constitucional (Art. 45 Constitución Política de 1925) y legal, pero careciendo de un estatuto jurídico común, rigiéndose cada una por sus leyes y reglamentos orgánicos, o estatutos si son S.A. Tampoco hay uniformidad en cuanto a la denominación, empleándose los conceptos de empresas fiscales, empresas autónomas del Estado, empresas públicas de administración autónoma, entre otras denominaciones. Su estructura personificada y autónoma (no podrían funcionar como servicios públicos dependientes) son resultante del moderno intervencionismo del Estado.

Entre sus principales rasgos configurativos subraya²¹²:

- i) Son creadas por un acto de autoridad pública (ley o decreto supremo), así como también por acuerdos o convenciones entre dos o más entes públicos, o por contrato, como ocurre con las S.A.
- ii) El acto que las crea les confiere el carácter de persona jurídica administrativa.
- iii) Sus fines son privados, hasta que el Estado resuelve organizarlas y dirigirlas para suplir el desinterés o la falta de capacidad financiera de los particulares.

²¹¹ Álex Varela Caballero, *Curso de Derecho Administrativo*, (Valparaíso, Chile: EDEVAL, 1968): p. 123.

²¹² Varela, op. cit., pp. 124-125.

- iv) En cuanto personas jurídicas de derecho público, poseen todos los atributos propios de ellas, salvo el de las potestades públicas (con excepción de ENAP, que puede expropiar bienes).
- v) Sus presupuestos no forman parte del Presupuesto General de la Nación ni son aprobados por el Congreso Nacional, sino por el Ejecutivo.
- vi) El Estado les suele otorgar aportes y subvenciones.
- vii) Su administración corresponde a órganos unipersonales (Directores Generales, Presidentes, Vicepresidentes Ejecutivos), asesorados o no por Consejos (órganos deliberantes y consultivos).
- viii) Gozan de amplia autonomía, aunque no absoluta. Pueden transigir judicial y extrajudicialmente sus pleitos y someterlos a compromisos o arbitrajes.
- ix) Sus empleados y obreros se rigen por las normas del Código del Trabajo y de sus leyes orgánicas, y no por el Estatuto Administrativo, alcanzándoles la prohibición de sindicalizarse. Poseen variados regímenes previsionales.
- x) En general gozan de privilegios tributarios.
- xi) Son fiscalizadas por la Contraloría General de la República o por las Superintendencias de S.A. y de Bancos, o bien por órganos de fiscalización *ad hoc*.
- xii) No todas constituyen servicio público, pero todas forman parte de la Administración Central del Estado.

Por otro lado, en 1969, los profesores Germán Urzúa y Ana María García señalaban respecto de las empresas del Estado:

*“[s]on organismos a través de los cuales el Estado juega el rol de un empresario particular y compete con los particulares que se dedican a la explotación del mismo giro”*²¹³

Los autores compendian una serie de Empresas del Estado, agregando que junto a ellas se encuentran las sociedades de economía mixta, de reciente aparición –en ese entonces–, y que se distinguían por ser accionistas el Estado y los particulares. Respecto de esta figura juris, subrayan:

*“[l]a 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”*²¹⁴

²¹³ Germán Urzúa Valenzuela y Ana María García Barzelatto, *Diagnóstico de la Burocracia Chilena (1818-1969)*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1969): pp. 206-208.

²¹⁴ Urzúa y García, *Ibíd.*

Mediante esa figura juris, “el Estado se ha introducido en las sociedades anónimas no ya como entidad superior encargada de velar por el correcto ejercicio de todas las actividades nacionales, sino que directamente como un accionista más, aportando también su capital y uniendo sus propios recursos a los de los particulares asociados en la empresa”²¹⁵. Agregan que la sociedad de economía mixta no ha surgido como una evolución puramente jurídica o doctrinaria, sino que se ha tratado de un fenómeno de índole económica; en ocasiones el Estado ha decidido instituir un servicio público bajo esa forma, formando el capital social mediante la emisión de acciones, y en otras el Estado se ha asociado a una entidad ya existente como accionista. A raíz de ello –señalan–, se discute si se trata de servicios públicos, o si pertenecen al derecho privado. Destacan que en esa clase de figuras jurídicas no hay un servicio público de prestación directa, sino una sociedad de capitales, más cercanas a la actividad comercial e industrial que a la actividad administrativa. Compendian una serie de estas sociedades, entre las que anotan el Banco Central, la Sociedad Constructora de Establecimientos Educativos y la Sociedad Constructora de Establecimientos Hospitalarios, y numerosas sociedades creadas por CORFO.

3.4.2.- Evolución posterior al decreto ley N° 3464, de 1980 (“Constitución Política de la República”)

Hasta este punto, hemos revisado la evolución doctrinaria del concepto de empresas públicas bajo la vigencia de la Constitución Política de 1925. La dictación del decreto ley N° 3464, de 1980 “Constitución Política de la República de 1980”, así como una abundante legislación irregular dictada por la Junta de Gobierno, que se había auto atribuido el poder legislativo tras el golpe de Estado de 1973, vendrían naturalmente a generar un efecto en la comprensión doctrinaria del fenómeno de la empresa pública, especialmente teniendo presente el carácter “refundacional” del texto de 1980, que como ya hemos revisado²¹⁶ perseguía una refundación autoritaria del capitalismo en Chile.

Se debe tener muy presente, también, que en nuestro país el constitucionalismo democrático y social prácticamente desaparece tras el golpe de Estado-revolución de 1973, reapareciendo un constitucionalismo democrático, teórica y metodológicamente influidos por el institucionalismo francés de la “revolución Duverger”, a fines de la década, con la fundación del Grupo de Estudios Constitucionales (Grupo de los 24) el 21 de julio de 1978. En las universidades, intervenidas o “cautivas” durante el régimen autoritario, el constitucionalismo está ausente a pesar de que en 1976 se reanuda en la Universidad Católica de Valparaíso las VII jornadas chilenas de derecho público, siendo un buen botón de muestra de los “tiempos de silencio” la unilateral orientación temática y la restringida

²¹⁵ Urzúa y García, *Ibíd.*

²¹⁶ Véase supra: p. 40 y ss.

gama de autores recogidos en la Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile.²¹⁷ Mismo fenómeno se aprecia, por cierto, en el campo del derecho administrativo, así como en general en todas las áreas del derecho.

Entre los primeros estudios sobre el nuevo panorama de la actividad de la Administración a partir de la vigencia del decreto ley N°3464, de 1980, encontramos un trabajo del profesor Pedro Pierry²¹⁸ de 1983, en el que da cuenta de una “considerable disminución” de la Administración del Estado, vaticinando que ella tenderá a continuar en los años siguientes, con excepción del campo de la administración municipal. Plantea como esquema general que la Administración del Estado se encuentra constituida por (i) los servicios fiscales centralizados y (ii) las instituciones y empresas denominadas autónomas o descentralizadas, así como (iii) las municipalidades.

El profesor Pierry indica que dichos cambios y disminuciones de la Administración se han producido a través de (i) la modificación de la naturaleza jurídica de muchas instituciones; (ii) de su cambio de ubicación dentro del esquema organizacional de la Administración; (iii) del traspaso de funciones desde órganos de la Administración central a órganos descentralizados, como las Municipalidades, o fuera de la Administración; y (iv) funciones que estaban a cargo de instituciones de la Administración han dejado de ser ejercidas por ella, o por órganos en que tenga injerencia el Estado, y que pasado a ser asumidas por los particulares²¹⁹.

Los cambios dentro de la Administración se han producido –explica Pierry– mediante la modificación de servicios fiscales que se han transformado en instituciones descentralizadas, citando los casos de la Dirección del Trabajo, Servicio Nacional de Aduanas, Superintendencia de Seguridad Social y Fiscalía Nacional Económica, lo cual obedece a la tendencia al aumento de los organismos descentralizados o autónomos; el traspaso de funciones desde la Administración central a las municipalidades, como el caso de los establecimientos educacionales, o desde la Administración descentralizada funcionalmente a las municipalidades, como en el caso de las prestaciones de salud. Se agrega a estos cambios la creación de empresas municipales o intermunicipales para actuar en el ámbito de la competencia municipal, constituidas al amparo del art. 55 del decreto ley N° 1289, de 1975, “Ley orgánica de municipios y administración comunal”.

En cuanto a la reducción de la Administración del Estado, ésta se ha materializado a través de la constitución de sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada para asumir funciones

²¹⁷ Zúñiga, op. cit., p. 126.

²¹⁸ Pedro Pierry Arrrau, “Cambios en la estructura de la Administración del Estado”, *Revista de Derecho Público* 33/34 (1983)

²¹⁹ Pierry, op. cit., pp. 101-102.

realizadas anteriormente por empresas del Estado; de la constitución de corporaciones de derecho privado constituidas por organismos del Estado, sin participación de instituciones o personas privadas, como por ejemplo CONAF, con participación parcial de organismos del Estado, como en la Corporación de Desarrollo Social de Valparaíso, o el traspaso de actividades de la Administración a corporaciones de derecho privado no constituidas por organismos públicos. Asimismo, se encuentra el traspaso de actividades del sector público a particulares a través del procedimiento de concesión de servicio público, o el traspaso a través de contratos de prestación de servicios. Agrega el profesor Pierry que pueden presentarse otros casos, como la constitución de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, en que el Estado tenga o no aporte mayoritario, o en igual proporción que los particulares, tratándose de las sociedades de economía mixta, o de las corporaciones creadas en virtud de la Ley N°17.995, de 1981, que concedió personalidad jurídica a las corporaciones de asistencia judicial de la región Metropolitana de Santiago, de la región de Valparaíso y de la región de Bío-Bío, y cuya naturaleza jurídica no está clara.

La actividad empresarial del Estado o de sus organismos se despliega a través de lo que el profesor Pierry identifica como “sector para-estatal” y que se encuentra integrado por sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, que tienen el carácter de personas jurídicas de derecho privado, constituidas conforme a las normas del derecho comercial, en donde el Estado o sus instituciones pueden ser el único propietario o puede concurrir con particulares, mayoritariamente o no. Para que el Estado o sus organismos puedan desarrollar actividad empresarial requieren de habilitación legal, por medio de una ley de quórum calificado, aunque Pierry sostiene como posible la tesis de que la creación de empresas del Estado regidas por el derecho público y que formen parte de la Administración constituirían servicios públicos, por lo que pese a su denominación no serían actividades empresariales, requiriéndose en tal caso sólo ley simple, conforme a lo preceptuado en el art. 60 N°14 y 62 N°2 de la Constitución en ese entonces vigente (DL N° 3464, de 1980); agrega que la habilitación para desarrollar actividad empresarial puede ser genérica, como en el caso del art. 55 del DL N° 1289, de 1975 (Ley orgánica de municipios y administración comunal, en ese entonces vigente), e incluso tácita, como en el caso de aquellas actividades de carácter empresarial que el Estado realizaba con anterioridad a la promulgación del DL N°3464, de 1980.

Una importante distinción, a juicio de Pierry, debe efectuarse entre aquellas empresas en donde el Estado o sus instituciones participa en forma mayoritaria, igualitaria o exclusiva, y aquellas en que lo hace en forma minoritaria. En las primeras, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, debe tratarse de una actividad de interés general, y que constituye por tanto servicio público. La diferencia con el servicio público propiamente tal estribaría en que dichas actividades se someten a las reglas del

derecho privado. Con todo, se someten a ciertas reglas particulares del derecho público, especialmente en materia de control. No forman parte de la Administración, pero configuran un sector aparte, que el autor denomina “para estatal”. Por otro lado, en las segundas, al ser minoritaria la participación del Estado, no se les aplicarían diversas normas en materia de control, y el Estado no controlaría absolutamente la marcha de dichos organismos empresariales. Estima el autor que no forman parte del sector “para estatal”, siendo la participación pública circunstancial y limitada.

Queda un último grupo de instituciones, las instituciones de derecho privado sin fines de lucro, constituidas o integradas por el Estado y sus instituciones, como por ejemplo la Corporación Nacional Forestal o la Corporación de Desarrollo Social de Valparaíso, sobre las que no ahondaremos por escapar de la esfera de estudio de esta memoria de prueba.

Concluye su trabajo el profesor Pierry indicando que el sector “para estatal” (denominado por Soto Kloss como “administración invisible del Estado”²²⁰) constituye un nuevo sector, separado de la Administración del Estado, integrada por servicios fiscales y entes descentralizados de derecho público; este sector “para estatal” se encuentra integrado por personas jurídicas con fines de lucro de carácter empresarial, generalmente sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, y que pertenecen íntegra, mayoritaria o igualitariamente al Estado o a sus instituciones, y por personas jurídicas sin fines de lucro, generalmente corporaciones, constituidas por el Estado o por sus instituciones descentralizadas, o controladas por el Estado. La suma de todos estos organismos constituye lo que el autor denomina “sector público”.

Son características fundamentales del sector “para estatal”: (i) tener a su cargo la gestión de una actividad de servicio público tendiente a satisfacer necesidades de interés general; (ii) poseen patrimonio y bienes que en último término pertenecen al Estado; (iii) se trata de instituciones controladas y dirigidas por el Estado en su funcionamiento y que expresan y concretizan los programas de gobierno y los cometidos señalados en la Constitución y las leyes; (iv) tienen un régimen de organización y funcionamiento de derecho privado.

Dos años más tarde, el profesor Pierry analizaría en forma particular la actividad empresarial del Estado.²²¹ En dicho trabajo plantearía, en primer lugar, los problemas teóricos para diferenciar entre el servicio público y la empresa pública, tema al que ya hemos hecho referencia. Enseguida, clasifica

²²⁰ Gustavo Reyes Román y Eduardo Soto Kloss, *Régimen Jurídico de la Administración del Estado*, (Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1980): p. 29.

²²¹ Pedro Pierry Arrau, “Algunos aspectos de la actividad empresarial del Estado”, *Revista de Derecho Público* N° 37-38 (1985)

las formas de actividad empresarial estatal a través de instituciones de derecho privado, tema que también hemos abordado.

En seguida, analiza la aplicación del derecho público a la actividad empresarial del Estado, la que junto a instituciones de derecho privado sin fines de lucro configuran lo que se ha denominado sector paraestatal o “administración invisible” del Estado. Se trata de varias excepciones que la ley establece a la aplicación de la legislación común. Es particularmente interesante –a juicio del autor– la situación de las sociedades anónimas en que el capital pertenece íntegramente al Estado o a sus instituciones, debido a que la Ley N°18.046 sobre sociedades anónimas establece a la Junta de Accionistas como el máximo órgano de decisión, mas sin embargo en este caso la totalidad de las acciones pertenecen al Estado o sus organismos, suscitándose una serie de interrogantes respecto de la relación entre el Estado o sus organismos y el Directorio de la S.A.

A juicio de Pierry ninguna de las posiciones amparadas en el derecho mercantil son adecuadas para la relación entre el directorio y sus miembros con las instituciones de derecho público propietarias de las acciones. Comparte la opinión de Eduardo García de Enterría²²², quien plantea que la utilización sistemática del derecho privado por la Administración tiene un límite dado por su carácter de organización política, y que la utilización del derecho privado no libera a la Administración de la aplicación del derecho público, pues las instituciones creadas o que funcionan de acuerdo al derecho privado se encuentran sometidas al derecho público, en tanto dependen de otra institución inequívocamente pública, en lo que refiere a las relaciones que unen a dichos entes con la Administración.

Añade que “[l]a utilización por parte del Estado de las formas mercantiles para la organización de sus empresas, se hace fundamentalmente por razones de conveniencia, para librar su gestión de las limitaciones del derecho público”, siendo a su juicio fácil de advertir que “con esta utilización por la Administración de la forma de sociedad anónima en la que entra como único socio [...] se excede notoriamente el concepto mismo de sociedad anónima” puesto que “[u]na sociedad mercantil responde a un principio asociativo; principio básico que falta cuando la Administración no pone en común capitales con otros socios, como podría ocurrir en las sociedades de economía mixta”²²³.

El profesor Rolando Pantoja, por su parte, revisa la situación de las empresas “del Estado-nación” a partir de la vigencia del decreto ley N° 3464, de 1980²²⁴, indicando que la visión

²²² Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I (Madrid, España: Editorial Civitas, 1977,): p. 236.

²²³ Pierry, op. cit., pp. 234-235.

²²⁴ Pantoja, op. cit., pp. 178 y ss.

jurisprudencial de las empresas del Estado a 1996 mantiene las definiciones alcanzadas en 1957, distinguiéndose una actividad empresarial del Estado bifurcada en dos tipos de empresas: las empresas públicas y las empresas privadas, visión recepcionada por la Ley N° 18.575, de 1986, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE), que incluye en su artículo 1° inciso segundo a las empresas públicas creadas por ley dentro del cuadro de órganos constitutivos de la Administración del Estado, disposición que da por superada la tesis del profesor Pierry.

Entiende que la Constitución elabora un concepto de Administración del Estado basado en el principio democrático de “servicialidad del Estado”, del cual surgen fuertes interacciones entre los sectores públicos y privado, reduciendo la tradicional oposición que el administrativismo del pasado planteaba entre el servicio público y la empresa privada. Añade que la finalidad ha pasado a prevalecer por sobre la organicidad, así como el objetivo estatal por sobre las formas y los regímenes jurídicos. Plantea que:

“En este contexto, las empresas del Estado, sean públicas o privadas según la denominación usual con que se las conoce, son parte de la Administración Pública, integran el sector público por origen y por naturaleza de la actividad, independientemente de su régimen jurídico y de las naturales consecuencias que derivan de esta circunstancia”²²⁵

Estima el profesor Pantoja que las empresas del Estado, en tanto expresión de la actividad empresarial del Estado y sus organismos, es decir, del Estado-persona jurídica y de sus órganos descentralizados y personificados, o también llamadas por la doctrina como “instituciones fiscales y semifiscales”, han dejado de investir la calidad de servicios públicos descentralizados que les asignaba la Constitución Política de la República de 1925, y que les reconoce la jurisprudencia (en 1998), para articularse en estructuras formales disímiles, sujetas a distintos regímenes jurídicos, que justifican configurarlas como un nuevo circuito administrativo de organismos del Estado-nación, un nuevo subsistema organizacional administrativo, distinto del modelado por el Estado-persona jurídica, y por aquellos organismos que de una u otra manera se integran dentro del gran espacio que se denomina generalmente Administración Pública

Por tanto, señala el autor que ha operado una transformación en el universo administrativo, en donde ya no es posible caracterizar sólo en base a los elementos jerarquía o supervigilancia, de donde surgen las entidades centralizadas o descentralizadas, sometidas al derecho público administrativo, pues han surgido modalidades de mayor complejidad; un reexamen de dichas figuras permite sostener

²²⁵ Pantoja, op. cit., p. 205.

que la Administración debiese articularse en seis circuitos de común origen -sector público- y compartida finalidad -servicio a las personas y contribución al bien común-, ellos son: (i) el constituido por el Estado persona jurídica; (ii) el formado por los servicios descentralizados; (iii) el que configuran los servicios constitucionalmente autónomos; (iv) el constituido por los servicios legalmente autónomos; (v) el conformado por las empresas del Estado; y (vi) el constituido por los fondos administrativos.

No se advierte en autores más contemporáneos una interpretación marcadamente divergente de la delineada por Pierry y Pantoja. Jorge Bermúdez, por ejemplo, en su *Derecho Administrativo General*, las aborda a propósito de la organización administrativa, manteniendo el distingo entre empresas del Estado y sociedades del Estado. Las entiende como una de las formas mediante las cuales el Estado satisface necesidades públicas, a través de la intervención en la actividad económica, aunque subrayando los requisitos y limitaciones que, inspiradas en el modelo económico actual, buscan no alterar el equilibrio entre los actores del mercado.²²⁶

José Miguel Valdivia, en cambio, se muestra algo más crítico en su *Manual de Derecho Administrativo*. Plantea que la práctica y el legislador distinguen entre empresas públicas creadas por ley y sociedades del Estado.²²⁷ Señala que las primeras son configuradas directamente por la ley, al igual que cualquier órgano administrativo descentralizado, forman parte de la Administración, contando con personalidad jurídica de derecho público. En cambio, respecto de las sociedades, son configuradas por actos jurídicos subordinados a la ley, comúnmente actos jurídicos de derecho privado, no formando parte de la Administración, sino que siendo una especie de propiedad de ella, y teniendo personalidad jurídica de derecho privado.

Con todo, en la práctica ambas categorías operan bajo estándares comunes y tienen similar organización interna.

3.5.- Evolución jurisprudencial en el tratamiento de las empresas públicas.

Al igual que ocurrió con la doctrina, la jurisprudencia fue evolucionando en el tratamiento dado a la empresa pública. En esa evolución hay etapas bien marcadas: (i) jurisprudencia bajo la vigencia de la Constitución Política de 1925; (ii) jurisprudencia durante la dictadura cívico-militar, en especial tras la entrada en vigencia del decreto ley N° 3464, de 1980 (“Constitución Política”); y (iii) jurisprudencia durante la transición a la democracia.

²²⁶ Jorge Bermúdez Soto, *Derecho Administrativo General*, (Santiago, Chile: Editorial Thomson Reuters, 2014, 3^{ra} Ed.): p. 421.

²²⁷ José Miguel Valdivia Olivares, *Manual de Derecho Administrativo*, (Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 2018):

Durante la primera etapa, la jurisprudencia se alinea en términos generales con una cultura jurídica profundamente legalista, con una judicatura enraizada en el constitucionalismo democrático, y en sintonía con el devenir doctrinario internacional y a nivel latinoamericano, aunque con un marcado conservadurismo. La jurisprudencia es coherente con la neutralidad económica de la Carta de 1925, que permite la aplicación de políticas económicas diversas. En suma, es una jurisprudencia interpretativa y no innovativa, que va recogiendo los avances legales y doctrinarios a medida que ellos se producen. En la segunda etapa, advertimos una judicatura servil y comprometida ideológicamente con el proyecto refundacional de la dictadura cívico-militar, pero en la que subsisten algunos resabios del régimen constitucional anterior. En esta segunda etapa la dictadura prepara a la judicatura para defender el proyecto refundacional del régimen, mediante el nombramiento de magistrados comprometidos con dicho proyecto, que desarrollen interpretativamente el horizonte ideológico plasmado en el decreto ley N° 3464, de 1980, y que lo proyecten en el tiempo. Las fronteras entre la justicia plenamente comprometida con el proyecto de la dictadura, y la justicia de transición, es particularmente difuso. Ello, pues la dictadura deja instalada una “cultura jurídica” autoritaria y neoliberal que se proyecta incluso a décadas de la transición política.

3.5.1.- Evolución jurisprudencial bajo la vigencia de la Constitución de 1925.

Durante esta primera etapa destaca la actividad interpretativa que sobre la materia objeto de esta memoria de prueba lleva a cabo principalmente la Contraloría General de la República. Siguiendo al profesor Pantoja Bauzá, podemos señalar como hitos en la construcción conceptual del Estado empresario por parte de Contraloría General de la República los dictámenes N° 55.741, de 1957; N° 80.429, de 1960; N° 11.537, de 1973; N° 10.492, de 1979; y N°22.683, de 1996.

Pero antes, debemos sucintamente precisar que la Constitución Política de 1925, 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.”²²⁸ Recién en 1943, vía reforma constitucional²²⁹, se incorporan al cuadro de la Administración del Estado los organismos descentralizados funcionales. Indica el art. 2° de dicha ley:

“Intercálase a continuación del inciso segundo del artículo 45 de la Constitución Política del Estado, el siguiente: “Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la

²²⁸ Pantoja, op. cit., p. 76.

²²⁹ Promulgada mediante la Ley N° 7.727, de reforma constitucional que limita la iniciativa parlamentaria en lo relativo a gastos públicos, de 23 de noviembre de 1943.

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. El Congreso Nacional sólo podrá aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleos, emolumentos o aumentos que se propongan. No se aplicará esta disposición al Congreso Nacional ni a los servicios que de él dependen".

A.- La primera sistematización jurisprudencial de la Administración

Basándose en ese artículo de la Carta Fundamental, la Contraloría General de la República expidió un dictamen²³⁰ que plantearía la primera gran sistematización jurisprudencial de la Administración chilena. En una primera etapa, el Ente de Control adoptó una interpretación restrictiva del art. 45 inciso 3° del Texto Fundamental, interpretando de forma taxativa 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 en su dictamen del año 1957 y admitió la existencia de otros organismos administrativos, distintos de los mencionados por el inciso 3° del artículo 45 de la Constitución Política, abriendo el organigrama de la Administración Pública a otros organismos administrativos creados por el legislador.

En su dictamen N° 55.741, la Entidad Contralora señalaba:

“esta Contraloría debe recurrir, en primer término, a las disposiciones constitucionales que se refieren a los organismos integrantes de la Administración del Estado [...] A este respecto puede afirmarse que el Presidente de la República, en el ejercicio de la función de administrar el Estado que le encomienda en forma privativa la Carta Fundamental, debe recurrir a los únicos organismos que la misma Carta señala como ejecutores de esta facultad. Ellos no pueden ser otros que aquellos a que se refiere el artículo 45 de la Constitución, que al entregar al Presidente de la República la iniciativa en la proposición de leyes que tiendan a crear nuevos servicios públicos o empleos rentados y en la concesión de aumentos de sueldos y gratificaciones a los empleados del Estado, ha señalado en forma categórica cuáles son los organismos por medio de los cuales el Presidente realiza su función de administrar, esto es: la Administración Pública, las empresas fiscales y las instituciones semifiscales. No hay, pues, más organismos o servicios de la Administración del Estado que

²³⁰ Dictamen N° 55.741, de 1957.

*éstos, y pese a la diversidad de concepción de las leyes que han creado algunos servicios o instituciones, esta Contraloría puede afirmar que todos los organismos administrativos en que el Estado, representado por el Presidente de la República, tiene intervención, deben quedar, necesariamente, encuadrados en alguna de esas tres nomenclaturas.*²³¹

El esquema clasificatorio de Contraloría antedicho fue aceptado por la Corte Suprema mediante sentencia de 27 de septiembre de 1968. En ella, el máximo tribunal declara que “del artículo 1º del DFL N° 251, de 1960, se deduce, necesariamente, que dicho Banco [Banco del Estado] no es parte de la Administración Pública, ni es institución semifiscal; la calificación de empresa que por razones claras la ley le asigna, sólo permite ubicarlo dentro de la noción de empresa fiscal del Estado”²³² añadiendo que ella era la única calificación posible, al no encuadrar en las otras categorías taxonómicas a que hace referencia el constituyente, a saber, Administración Pública, institución semifiscal o empresa fiscal.

B.- El concepto de “institución semifiscal”

El primer concepto asimilado por la jurisprudencia fue el de institución semifiscal. En 1943, la Corte Suprema de Justicia las definió como:

*“aquellas instituciones cuyo origen deriva de la ley, son regidas por un estatuto legal especial, realizan fines de interés público; cuentan con un patrimonio independiente que les quita el carácter de un servicio del Estado y tienen personalidad jurídica propia que les da autonomía, pero sobre las cuales la administración ejerce una tuición o vigilancia mediante los representantes que designa ante sus consejos directivos y los fiscaliza por alguna de sus instituciones propias, como la Contraloría, la Superintendencia de Bancos, etc.*²³³

La Corte de Apelaciones de Santiago, por su parte, indicó respecto de dichas instituciones que son “órganos por cuyo intermedio el Estado cumple fines específicos, similares a los de un servicio público”²³⁴ y que “las instituciones pueden definirse como ‘los servicios u organismos públicos, creados por ley para realizar determinados objetivos de interés general, que tienen personalidad jurídica propia, disponen de recursos financieros constituidos con el aporte del Estado en cualquiera forma (sea para reunir su capital o para asegurar su funcionamiento), y, a veces, con aportes de particulares; son dirigidos por Consejos formados por representantes del Estado y de particulares (administración mancomunada) , gozan de autonomía administrativa más o menos intensa, disfrutan de

²³¹ Dictamen N° 55.741, de 1957.

²³² SCS sin rol, de 27 de septiembre de 1968. Véase: Pantoja, op. cit., pp. 81-82.

²³³ SCS sin rol, de 26 de noviembre de 1943. Véase: Pantoja, op. cit., p. 80.

²³⁴ SCA de Santiago, sin rol, de 29 de diciembre de 1961. Véase: Pantoja, op. cit., p. 80.

franquicias especiales –particularmente en materias tributarias y de procedimientos-, utilizan las formas jurídicas de derecho privado, están sujetas al control especial del poder central (sea a través de la Contraloría General de la República, de la Superintendencia de Bancos, etc.) y carecen de imperio o facultad de dictar normas de carácter obligatorio”.²³⁵

También, la Contraloría General de la República expresó en el precitado dictamen N° 55.741 de 1957, que la institución semifiscal, “no ha sido definida por el legislador, pese al cúmulo de disposiciones que a ellas han debido referirse en los últimos años y que son consecuencia de las innumerables actividades en que ha debido intervenir el Estado, de acuerdo con su más moderna concepción. Pero es indudable que esta expresión institución semifiscal se debe considerar como una nomenclatura genérica que sea comprensiva de todas aquellas actividades administrativas en que el Estado tenga alguna intervención, sea mediante designación de sus presidentes, directores, consejeros o empleados; aporte de capitales en cualquier forma; fiscalización por medio de sus organismos legalmente establecidos, Contraloría General de la República, Superintendencia de Bancos, etc.” agregando que “[e]n el mismo sentido se ha pronunciado también la jurisprudencia de nuestros Tribunales, pudiendo citarse al efecto el fallo del recurso de queja de la Caja Nacional de Ahorros contra la Comisión Central Mixta de Sueldos, de fecha 26 de noviembre de 1943.”

C.- El concepto de “empresa fiscal”

En 1957, la Contraloría General de la República formuló una primera aproximación teórica al concepto de empresa pública. Esa Entidad Contralora las denomina “empresas fiscales”, indicando que se trata de:

*“aquellos servicios personificados y patrimonializados mediante los cuales el Estado atiende necesidades públicas con características esencialmente comerciales. Es el caso, entre otros, de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, la Empresa Nacional de Transportes, la Empresa Marítima del Estado, etc.”*²³⁶

D.- La apertura del cuadro clasificatorio de 1957

El dictamen N° 80.429, de 1960, quiebra la unidad postulada por el dictamen N° 55.741, de 1957, que buscaba una visión unitaria y armónica de la Administración pública, al reconocer la figura de las “instituciones fiscales”, diferente de las instituciones fiscales a que hacía referencia el pronunciamiento del Ente Contralor en 1957, y ajena a las menciones del Texto Fundamental de 1925 reformado. Ello, en relación al Servicio Nacional de Salud, persona jurídico de derecho público que se

²³⁵ SCA de Santiago, sin rol, de 23 de diciembre de 1961. Véase: Pantoja, op. cit., pp. 80-81.

²³⁶ Dictamen N° 55.741, de 1957. Véase: Pantoja, op. cit., p. 81.

relacionaba con el Ejecutivo a través del Ministerio de Salud. Sobre dicha repartición, señaló Contraloría:

“[la] Constitución Política [...] previene textualmente que ‘Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salubridad’.

De esta disposición es posible inferir que en la Administración Pública debe existir un servicio nacional de salubridad para cumplir la obligación que asume el Estado de velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país, y que el mantenimiento del servicio debe financiarse con cargo al Presupuesto de la nación, por cuanto el constituyente de 1925 hace referencia a una cantidad que anualmente debe destinarse a mantenerlo y las sumas que el Estado invierte se traducen en gastos que anualmente figuran en el Presupuesto fiscal.

En estas condiciones, puede afirmarse que el Servicio Nacional de Salud constituye un organismo al cual compete realizar un cometido funcional que la Constitución Política encomienda al Estado y que ordena financiar por medio de sumas que el Fisco debe destinar en su Presupuesto anual, circunstancias que permiten asignar a este Servicio el carácter de organismo fiscal, si bien con particulares características de autonomía en relación con la Administración central.

En efecto, debe tenerse presente que de acuerdo a lo establecido en su ley orgánica, el Servicio Nacional de Salud ‘será una persona jurídica, de administración autónoma, dependerá del Ministerio de Salubridad y se regirá por las disposiciones de la presente ley’. Como puede observarse, la ley ha dotado de personalidad jurídica y de autonomía de administración al Servicio Nacional de Salud, pero tanto este hecho como la circunstancia de que se contemplen otras fuentes de recursos para financiar su funcionamiento, distintas a los aportes presupuestarios fiscales, no obstan a que deba ser considerado como una institución fiscal con un régimen especial de autonomía, y no le confieren, por lo tanto, la naturaleza de institución semifiscal.”²³⁷

Por otro lado, en 1973, la Contraloría admitió que las municipalidades eran una rama de la Administración estatal.²³⁸

²³⁷ Dictamen N° 80.429, de 1960. Véase: Pantoja, op. cit., p. 83.

²³⁸ Dictamen N° 11.537, de 1973. Véase: Pantoja, op. cit., p. 84.

Así, en síntesis, a 1973 la Administración del Estado aparecía conformada para la jurisprudencia administrativa por: (i) la Administración pública en sentido restringido; (ii) las empresas fiscales o del Estado; (iii) las instituciones fiscales y semifiscales; y (iv) las municipalidades.

E.- Empresa pública y servicio público en la jurisprudencia

En el “dictamen síntesis” (en palabras del profesor Pantoja) N° 64.792 de 1970, resume la doctrina de Contraloría General de la República en materia de esquema general de la Administración. Así, encuadra a los servicios públicos dentro del “sector fiscal” o Administración central, que actúan bajo la personalidad jurídica del Fisco, así como también en el sector autónomo o de administración descentralizada, dependiendo la personalidad jurídica que los habilita para actuar.

El Ente de Control entrega dos definiciones:

Servicios fiscales o administración fiscal: “son [aquellos] que actúan bajo la personalidad jurídica del Fisco, del Estado en sentido restringido”

Entes autónomos o de administración descentralizada: “[son aquellos servicios públicos] que tienen personalidad jurídica distinta del Fisco y manejan su propio patrimonio, pudiendo distinguirse entre ellos, como especies, a las instituciones y a las empresas públicas”, agregando que “[s]e entiende que una institución, sea fiscal o semifiscal, se caracteriza por ser un servicios personificado que persigue fines de progreso general, de fomento o de índole social”, así como “[s]e entiende a su vez que lo peculiar en un empresa es que el hecho de que exista un servicio personificado que persiga fines de carácter comercial o industrial, y, por lo mismo, que en su actividad ordinaria se traduce en celebrar o ejecutar actos de comercio”²³⁹

En la misma línea, el Dictamen N° 16.974, de 1970, expresó:

*“por empresas del Estado deben entenderse los servicios públicos que tienen personalidad jurídica de derecho público y persiguen fines comerciales o industriales, que realizan actos de comercio en el área del transporte: Línea Aérea Nacional-Chile, Empresa de Transportes Colectivos del Estado, Empresa de los Ferrocarriles del Estado, Empresa Marítima del Estado; de la agricultura, tal es el caso de la Corporación de la Reforma Agraria, del Servicio Agrícola y Ganadero, del Instituto de Desarrollo Agropecuario; de la construcción: Corporación de Mejoramiento, Corporación de la Vivienda, Corporación de Servicios Habitacionales, etc.”*²⁴⁰

²³⁹ Dictamen N° 64.792, de 1970. Véase: Pantoja, op. cit., pp. 88-89.

²⁴⁰ Dictamen N° 16.974, de 1970. Véase: Pantoja, op. cit., p. 85.

En suma, la jurisprudencia administrativa de época conceptualiza a las empresas públicas como una especie de servicio público, distinguiéndose por los fines comerciales o industriales que persiguen, pero sin constituir una clase de entidades administrativas propia.

F.- Sector público y sector privado

A juicio del profesor Pantoja Bauzá, durante el tiempo que media entre el año 1957 y 1970, transcurrió el periodo formativo de la Administración pública, en el cual Contraloría General de la República desempeñó un importante rol.

En esa etapa, el Dictamen N° 23.379, de 1959, empezó precisando los conceptos de sector público y de sector privado, indicando:

“El conjunto de organismos integrantes del Estado constituyen el sector público en contraposición a los organismos o empresas que actúan por iniciativa privada o al margen del Estado. En otras palabras, podría decirse que los servicios públicos determinan el sector público frente al sector privado.”²⁴¹

Por su parte, el dictamen N° 14, de 1973, precisó que:

“El concepto de sector público empleado en algunas leyes es comprensivo de todos aquellos servicios públicos que integran orgánicamente la Administración del Estado, señalados en la Constitución Política del Estado y que son, fundamentalmente, las reparticiones de la Administración central y los organismos, servicios, instituciones y empresas funcional y territorialmente descentralizadas, cuyas características comunes son las de ser entidades creadas por la ley con la finalidad de satisfacer una necesidad pública, que cuenta con un régimen jurídico especial y financiamiento con cargo a recursos fiscales o públicos en sentido amplio.”²⁴²

Asimismo, respecto del concepto “Administración del Estado”, el dictamen N° 50.423, de 1960, indicó que ella se diferencia del concepto “Administración pública”, puesto que “es un término genérico que comprende a todos los servicios mediante los cuales el Presidente de la República cumple con su función de administrar el Estado que la Constitución le encomienda”. Agrega el referido dictamen que “dentro de este concepto quedan comprendidos los servicios fiscales, semifiscales y empresas del Estado”. Por el contrario, señala el Ente de Control, “[...] el término Administración

²⁴¹ Dictamen N° 23.379, de 1959. Véase: Pantoja, op. cit., pp. 86-87.

²⁴² Dictamen N° 14, de 1973. Véase: Pantoja, op. cit., p. 87.

Pública es específico, comprende a aquellos servicios fiscales, o sea, aquellos dependientes directamente del poder central y que actúan con la personalidad jurídica del Estado.”

Acerca del concepto “servicios fiscales”, indicaría la Contraloría que “sólo deben entenderse aquellos integrados a la Administración central, que carecen de personalidad jurídica propia y regulan sus gastos a través del presupuesto fiscal. Los servicios o entidades estatales, bajo el común requisito de pertenecer al Estado, incluyen a todos los organismos que integran la Administración estatal, cualquiera que sea su denominación, naturaleza o régimen de administración.”

G.- La doctrina de la empresa privada del Estado

La Contraloría General de la República, por medio de su dictamen N°10.492, de 1979, plantea una visión general de la actividad empresarial del Estado, sosteniendo que ella se expresa en empresas públicas y empresas privadas del Estado, señalando:

“Las empresas del Estado o empresas públicas o estatales son entidades creadas por la ley que tienen personalidad jurídica de derecho público distinta y separada del Fisco; cuentan con un patrimonio propio que originalmente está constituido por fondos públicos y han sido dotadas de autonomía para gestionar el mismo. Son, además, organismos funcionalmente descentralizados que, con tal naturaleza, integran los cuadros orgánicos de la Administración. Cabe agregar que, no obstante contar con la citada autonomía, se encuentran bajo la supervigilancia del poder central, la que se ejerce de diversas formas, como son, a modo de ejemplo, la designación del Vicepresidente Ejecutivo, el que es de la exclusiva confianza del Presidente de la República, o el nombramiento de ciertos representantes en los directorios o consejos, el control jurídico de los actos más importantes, la aprobación previa de planes de inversión o de la planta de sus empleados.

Las empresas privadas del Estado “comprenden las empresas, sociedades o entidades privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o participación”.

Aun cuando el Estado o los entes públicos participen en dichas empresas privadas, tal hecho no tiene el alcance de modificar su naturaleza jurídica, que es esencialmente de derecho

privado, sin que por ello, entonces, puedan considerarse formando parte de los cuadros orgánicos de la Administración como empresas del Estado.”²⁴³

Se trata de un dictamen que ha tenido gran impacto en la doctrina y la jurisprudencia, pues si bien el constituyente autoritario de 1980 no recogió el distingo entre “empresas públicas y “empresas privadas del Estado”, se trata de una categorización que sigue muy presente, siendo de amplia utilización hasta la actualidad.

3.5.2.- Evolución jurisprudencial durante la dictadura cívico-militar y la transición a la democracia

En este periodo, a nuestro juicio, la jurisprudencia desempeña un rol central en la consolidación del proyecto ideológico subyacente a la “Constitución” de 1980 en materia económica, incluso por sobre el texto expreso del decreto ley N° 3464, de 1980.

Precisamente, sostenemos que las características adquiridas por el régimen económico chileno y su marcado sello neoliberal pasaron incluso más por el desarrollo doctrinario y la práctica jurisprudencial, que por la literalidad del decreto ley N° 3464, de 1980. En ello influyó fuertemente que durante los primeros años de vigencia de dicho cuerpo normativo, sólo un sector de la doctrina tenía acceso a las cátedras universitarias de las principales universidades, a los medios masivos de comunicación, a las revistas científicas, y otros espacios de expresión, teniendo en la práctica el monopolio de la interpretación de la Carta de 1980. De igual forma, la mayoría de los magistrados, en particular de los tribunales superiores de justicia y del Tribunal Constitucional, adscribía a dichas posiciones mayoritarias de la doctrina, y presentaban un compromiso pleno con el proyecto ideológico de la dictadura cívico-militar, y ello se expresa –como veremos– en el devenir jurisprudencial.

La expresión más elocuente de lo que anotamos la hallamos en la construcción doctrinaria y jurisprudencial del llamado “principio de subsidiariedad en materia económica”, el cual no obstante no encontrarse en el texto expreso del decreto ley N° 3464, de 1980, constituiría el “principio rector” de la Constitución económica chilena a juicio tanto de la doctrina mayoritaria, como de la jurisprudencia.

A.- Visión jurisprudencial sobre el concepto de Constitución económica

Como anota el profesor José Luis Guerrero,

“[e]l no demasiado amplio y elaborado debate en torno a la delimitación de la noción de “Constitución económica en Chile ha venido acompañado por su casi inexistente tratamiento jurisprudencial [...] tanto a nivel de Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, las referencias a la noción de Constitución económica son escasas, lo

²⁴³ Dictamen N° 10.929, de 1979. Véase: Pantoja, op. cit., pp. 85-86.

que contrasta con las numerosas sentencias que hacen referencia a la noción de orden público económico”²⁴⁴

El autor identifica dos sentencias en que se trata la noción de Constitución económica, aunque confundiendo el concepto con el de orden público económico: (i) la sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 1413 de 2009²⁴⁵, sobre libertad de trabajo, que hace escueta mención del concepto, asimilándolo al orden público económico, y (ii) la sentencia de la Corte Suprema rol N°2578-2012²⁴⁶, sobre reclamación contra sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en materias de “colusión de farmacias”, en que el máximo tribunal reconoce la noción de Constitución económica para justificar la existencia de una regulación de la libre competencia, enlistando una serie de disposiciones constitucionales que, a juicio de dichos sentenciadores, constituirían parte de la Constitución económica, aunque incluyendo algunas disposiciones en materia de derechos fundamentales erróneas a juicio del profesor Guerrero Bécar.

El jurista concluye que la jurisprudencia chilena reconoce la existencia de la noción de Constitución económica, pero sólo como un término más moderno al orden público económico, casi como un cambio de nomenclatura, sin establecer rasgos diferenciadores entre ambos conceptos, y aportando pocos elementos para la configuración del término. Añade a su análisis jurisprudencial la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago rol N° 4538-1999²⁴⁷, que abona a la conclusión antedicha.²⁴⁸

B.- Visión jurisprudencial sobre el concepto de orden público económico.

A diferencia de lo que ocurre con el concepto de Constitución económica, el tratamiento jurisprudencial del término orden público económico (OPE) es abundante y extendido en la jurisprudencia, incluso desde antes que el concepto fuera abordado por la doctrina. El primer antecedente –a juicio de José Luis Guerrero– lo constituye una sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena de 1954.²⁴⁹ En su noveno considerando, dicha sentencia señalaba: “Desde el ángulo económico, el orden público se ha definido como el conjunto de medidas y reglas legales que dirigen la economía, organizando la producción y distribución de las riquezas en armonía con los intereses de la sociedad. De esta noción ha surgido el concepto de delito económico que viene a ser, precisamente, todo hecho que importe una transgresión a aquel orden público económico”

²⁴⁴ Guerrero, op. cit., p. 102.

²⁴⁵ STC rol N° 1413-2009, de 16 de noviembre de 2010.

²⁴⁶ SCS rol N° 2578-2012, de 7 de septiembre de 2012.

²⁴⁷ SCA de Santiago rol N° 4538-1999, de 13 de enero de 2000.

²⁴⁸ Guerrero, op. cit., pp. 103-105.

²⁴⁹ SCA de La Serena, sin rol, de 13 de marzo de 1954.

Luego de ese antecedente inicial, el término empieza a ser profusamente utilizado luego de la entrada en vigor del decreto ley N° 3463, de 1980, vinculándose a la noción desarrollada por Georges Ripert en el derecho francés, y adecuado y desarrollado al derecho chileno por el profesor José Luis Cea Egaña.²⁵⁰

El Tribunal Constitucional ha abordado en reiteradas ocasiones la noción de OPE, recogiendo el concepto formulado por Cea Egaña. Véase, a modo ejemplar, las sentencias del Tribunal Constitucional roles N° 207-1995, 546-2006 y 2475-2013. Adicionalmente, en la sentencia rol N°1144-2008, el TC precisa que si bien el concepto de orden público económico no está definido en la Constitución, estaría presente a lo largo del texto constitucional. Indica en el considerando 65° de dicha sentencia: “Que los preceptos constitucionales de los numerales 21° y 22° del artículo 19, que se alegan infringidos, forman parte del denominado orden público económico, que si bien no ha sido definido en la Constitución, fluye de numerosas disposiciones de la Carta Fundamental y de su contexto dogmático y normativo.”

Se desprende de dicha sentencia, a juicio de Guerrero, que el orden público económico excede los principios, valores y normas constitucionales de contenido económico, incorporando normas de rango legal que regulan la actividad económica limitándola, diferenciando por tanto al concepto de la Constitución económica.²⁵¹

C.- Visión jurisprudencial sobre el principio de subsidiariedad.

El principio de subsidiariedad ha sido sindicado en innumerables sentencias de tribunales superiores como uno de los principios torales del ordenamiento constitucional económico chileno.²⁵² Pese a que, a diferencia de otros principios fundamentales carece de reconocimiento explícito en la Carta Fundamental, la jurisprudencia mayoritaria ha señalado que se encuentra implícito en el texto constitucional.

Por ejemplo, en sentencia de la Corte Suprema de 26 de abril de 2010²⁵³, en que resolvió una acción de amparo económico interpuesto en contra de la Dirección General de Aguas, o en sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de julio de 2002²⁵⁴, recaída sobre la impugnación formulada por un grupo de diputados en contra de la ley que autorizó a la Universidad de Chile a administrar el Liceo Manuel de Salas en reemplazo de la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación, o en

²⁵⁰ “Conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución”, véase: José Luis Cea Egaña, *Tratado de la Constitución de 1980*, (Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1988), p. 157

²⁵¹ Guerrero, op. cit., p. 119.

²⁵² Véase: Guerrero, op. cit., pp. 122-124.

²⁵³ SCS rol N° 2255-2010, de 26 de abril de 2010.

²⁵⁴ STC rol N° 352, de 15 de julio de 2002.

sentencia de 27 de enero de 2015²⁵⁵, en que controla la constitucionalidad de un artículo de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

D.- Preferencia empresarial del particular frente al Estado empresario

Respecto a este epígrafe, la jurisprudencia más conservadora sostiene que el constituyente autoritario estableció una preferencia hacia los particulares para desarrollar actividad económica. Esta tesis ha sido expresada, por ejemplo por el Tribunal Constitucional²⁵⁶, así como la Corte de Apelaciones de Santiago²⁵⁷.

E.- Principio de especialidad del giro de las empresas públicas

Se trata de un principio teorizado por la doctrina más conservadora, que cobró fuerza en la jurisprudencia de finales de la década de 1990, y que persigue impedir el “desborde” del Estado empresario, es decir, que las empresas públicas expandan el ámbito en que desarrollan su actividad económica.²⁵⁸

Con todo, se trata de un principio cuestionado, respecto del cual hay jurisprudencia que lo acepta y otra que lo rechaza.

Por ejemplo, en ASIMET A.G. con CODELCO²⁵⁹, la Corte de Apelaciones de Santiago entiende que sólo hay infracción al art. 19 N° 21 de la Constitución cuando en los hechos una empresa estatal realice actividades que desborden su giro legal, y no cuando constituya sociedades destinadas a desbordarlo. En sentido contrario, en Asociación Gremial de Impresores de Chile con Correos de Chile²⁶⁰ (caso del Correo Híbrido), la Corte estima que la empresa pública Correos de Chile implementó un nuevo servicio, denominado “correo híbrido”, que no estaría contemplado dentro de la esfera de funciones de dicha entidad.

3.5.3.- *Visión jurisprudencial contemporánea*

En los últimos años hemos advertido un cambio en la línea jurisprudencial, al menos respecto de la Corte Suprema, en lo que refiere al estatuto del Estado empresario, y a la interpretación del art. 19 N° 21 de la Carta Fundamental.

²⁵⁵ STC rol N° 2644, de 27 de enero de 2015.

²⁵⁶ STC rol N° 143, de 9 de septiembre de 1991.

²⁵⁷ SCA de Santiago rol N° 2798-95, de 4 de julio de 1995.

²⁵⁸ Arturo Ferandois Vöhringer, *Derecho Constitucional Económico, tomo I*, (Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2001): p. 228.

²⁵⁹ SCA de Santiago rol N° 575-1993, de 28 de abril de 1993.

²⁶⁰ SCA de Santiago rol N° 3817-1998, de 27 de noviembre de 1998. Confirmada por SCS N° 4068-1998, de 16 de diciembre de 1998.

Dicho cambio de visión se expresa, por ejemplo, en el voto en contra del ministro Sergio Muñoz y del abogado integrante Pedro Pierry en la sentencia de la tercera sala de la Corte Suprema rol N° 36.305-2019, de 6 de octubre de 2020, correspondiente a un recurso de queja deducido por la AFP Capital S.A. en contra de los integrantes de la tercera sala de la Corte de Apelaciones de Santiago que rechazaron un reclamo de ilegalidad interpuesto en contra de la decisión del Consejo para la Transparencia en un proceso de amparo, en que un ciudadano requería la entrega de información por parte de la Subsecretaría de Pensiones, referida a las notas explicativas de los informes diarios de dicha AFP en el periodo 1981-2018 ante el anotado órgano fiscalizador.

La sentencia de mayoría desestimó la procedencia del recurso de queja, pero actuando de oficio dejó sin efecto la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, acogiendo la reclamación de AFP Capital S.A., al estimar que la entrega de la información afecta la gestión de los negocios de la mencionada AFP, afectando sus derechos de carácter comercial o económico, afectando la competitividad de dicho mercado²⁶¹, pese a reconocer la “especial naturaleza de las AFP”²⁶².

Los disidentes, a su turno, discrepan de la visión del voto de mayoría respecto de la naturaleza jurídica de las AFP, como simples empresas privadas, afirman que “atendida la especial función que cumplen las AFP dentro del Sistema Previsional, no obstante su calidad de entes privados, es necesario, para resolver la controversia, determinar su ubicación dentro del sistema gubernamental y, sobre la base de aquello, la naturaleza de la información que le fue requerida”²⁶³.

Para ello -señalan- el concepto de servicio público resulta fundamental, en especial tras la que denominan como “crisis de la noción de servicio público” la doctrina ha venido modificándolo, buscando adecuarlo a la realidad social. De una concepción exclusivamente orgánica, que décadas atrás era predominante en nuestro país, se ha pasado al imperio de la concepción funcional. La Corte define a dicha concepción funcional de la siguiente manera: “una actividad de interés general que el Estado decide satisfacer”²⁶⁴.

Precisan que el Estado puede asumir la actividad de servicio público a través de sus propios órganos, coincidiendo en tal caso el carácter orgánico y funcional del servicio público, o bien satisfacerlo por medio de instituciones públicas no integradas al Estado o entidades de derecho privado con o sin fines de lucro. Añaden que muchas veces la intención del legislador de transformar o crear una actividad como servicio público, cuando se trata de personas jurídicas de derecho privado, no

²⁶¹ SCS rol N° 36.305-2019, de 6 de octubre de 2020, c. 7°.

²⁶² SCS rol N° 36.305-2019, de 6 de octubre de 2020, c. 8°.

²⁶³ SCS rol N° 36.305-2019, de 6 de octubre de 2020, voto en contra, letra B.

²⁶⁴ SCS rol N° 36.305-2019, de 6 de octubre de 2020, voto en contra, letra C.

siempre es explícita, debiendo por tanto buscarse índices para determinar si ella fue o no la intención del legislador. En la especie, las AFP constituirían un ejemplo de actividad de servicio público material incardinadas en un órgano externo a la Administración, y por tanto a juicio de los autores del voto disidente en comento no puede entenderse que las AFP se regulen en un sistema privado basado en la libre actividad de los particulares, aplicándoseles normas y principios de derecho público, entre los que se encontrarían aquellos vinculados a la transparencia, estando en consecuencia por confirmar el fallo sobre el que se dedujo el recurso de queja.

Un mes después, la tercera sala del máximo tribunal expediría la sentencia rol N° 112.508-2020, de fecha 10 de noviembre de 2020, que resuelve un recurso de apelación respecto de la sentencia que resolvió un acción de amparo económico deducido por la empresa del rubro tecnológico SIPROL SpA en contra del Ministerio de Transportes, la Dirección de Obras Portuarias, el Instituto Nacional de Hidráulica y Energía Marina SpA, en contra de un proyecto de investigación en que trabajan y que busca desarrollar un sistema de predicción de oleaje, a fin de ponerlo a disposición de forma gratuita en los puertos del país, lo que a juicio de la actora “constituye una amenaza para la actividad económica de su empresa”, la que comercializa un producto para la predicción de oleaje, desconociendo el proyecto de investigación impugnado el principio de subsidiariedad, que a juicio de la actora se encontraría consagrado en el art. 19 N° 21 de la Constitución.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en su momento, rechazó el amparo, al tratarse de una investigación que no persigue lucro, y que busca prestar un servicio de utilidad a todos los terminales del país, encontrándose dentro de las funciones de los órganos contra los que se recurre.

Contra dicha sentencia, SIPROL SpA recurre de apelación, alegando que la actividad que pretenden desarrollar los órganos de la Administración contra los que se recurre tiene la calidad de empresarial, no requiriendo para ser calificada como tal de un fin de lucro, estimando vulnerado el principio de subsidiariedad, pues al entregarse la predicción de oleaje de forma gratuita, ello le impide competir en esas condiciones, añadiendo que el Estado no puede desarrollar actividad empresarial, sino sólo cuando una ley de quórum calificado se lo permita.

En cuanto al fondo del asunto, estima la magistratura suprema que “consiste en determinar si el Estado a través de las recurridas, por el hecho de iniciar una línea de investigación para el desarrollo de un sistema predictivo de oleaje que pondrá a disposición de los puertos chilenos, amaga o impide la ejecución de la actividad económica de la actora”²⁶⁵. Para ello, estima necesario conocer y determinar

²⁶⁵ SCS rol N° 112.508-2020, de 10 de noviembre de 2020, c. 12.

la naturaleza y el rol que cumple el Estado en la administración, ejecución y operatividad de los puertos de Chile, en particular cómo se desarrolla dicha actividad económica.

Así, en síntesis, se señala que a partir de 1960 los puertos chilenos dejaron de ser administrados por el Servicio de Explotación de Puertos del Servicio Nacional de Aduanas, creándose la Empresa Portuaria de Chile (EMPORCHI) por medio del DFL N° 290, del Ministerio de Hacienda, de 1960. En 1967 se crea el Instituto Nacional de Hidráulica de Chile, como corporación autónoma de derecho público, encargada de desarrollar actividades de investigación y estudios en materias hídricas y de mecánica de fluidos, dentro de lo cual se incluyen estudios de hidráulica marítima, costera y puertos. En 1981, se dicta la ley N° 18.042 que creó la Corporación Nacional Portuaria, autorizando al Estado a desarrollar actividad empresarial de orden portuario, al tiempo que se dictaba normativa encaminada a establecer un sistema de libre acceso a múltiples operadores privados, separando la propiedad y desarrollo de infraestructura portuaria, a cargo de una empresa pública, de la prestación de servicios portuarios, a cargo de varias empresas privadas, sistema conocido como “multioperador”. Añade que dicho esquema se mantendría hasta 1997, cuando se dicta la Ley N° 19.542, acabando con la Corporación Nacional Portuaria y creando 10 empresas portuarias, independientes entre sí, y promoviendo la competencia entre puertos, estableciendo paralelamente un sistema de concesiones portuarias. Dichas empresas portuarias son empresas del Estado regidas por las normas de las sociedades anónimas, formando parte del comité CORFO del sistema de empresas públicas. Finalmente, destacan los sentenciadores la Ley N° 20.773 de 2014, que crea el Fondo de Modernización Portuaria.

Luego, interpretando la normativa citada y que permanece vigente, a saber, las leyes N° 19.542 y 20.773, y para dilucidar la disyuntiva planteada, examina el concepto de servicio público en la empresa portuaria, determinando su grado de participación dentro del orden económico. Para ello, reproduce el clásico concepto de servicio público de Maurice Hauriou²⁶⁶, indicando luego que debido al desarrollo y evolución de la sociedad, y en especial de la economía, dicho concepto ha mutado, produciéndose la descomposición del concepto en uno orgánico y otro funcional, definiendo al segundo como:

²⁶⁶ “un servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública”, véase: SCS rol N° 112.508-2020, de 10 de noviembre de 2020, c. 16.

“[U]na actividad de interés general que el Estado decide satisfacer al ser ineludible que ésta sea prestada por el Estado al ser ineludible que ésta sea prestada por el Estado, atendido su carácter sustancial o material”²⁶⁷.

Agregan que dicha calificación debe efectuarla la ley, razón por la cual una actividad sea servicio público asumido por la Administración en un momento, y en otro no, entregada a los particulares. Añaden que el servicio público puede ser prestado directamente por la Administración, a través de un concesionario, o de un tercero ajeno que satisface el interés general.

De lo anterior, fluyo a juicio de la Corte que la actividad portuaria siempre ha constituido un servicio público, dado que “el Sistema Portuario constituye un servicio público que es desarrollado por empresas que tienen ese carácter, las que a través de la colaboración de privados gestionan la prestación de ese servicio público, el cual constituye un eje fundamental de nuestra economía y la integración del país”²⁶⁸. En razón de ello, aparecen legitimados los órganos públicos contra los cuales se recurre a investigar y desarrollar el referido sistema de predicción de oleaje, al constituir parte del servicio público que se encuentra obligado a garantizar, confirmando en suma la sentencia apelada, que rechaza la acción de amparo económico.

El último eslabón de dicho proceso evolutivo lo encontramos en la sentencia de la tercera sala de la Corte Suprema rol N° 17.167-2021, autos caratulados “Cleverpark SpA con Asociación de Municipios Metropolitanos para la Seguridad Ciudadana”, de 23 de junio de 2021. Dicha resolución resuelve un recurso de apelación respecto de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, recaída sobre un recurso de amparo económico deducido por Cleverpark SpA, en contra de la citada asociación de municipios. En dicha acción constitucional, acusa a la asociación de municipios ya referida de ejercer una actividad comercial, el cobro de estacionamiento en las vías públicas de la comuna de Providencia, sin contar con una ley de quórum calificado que la autorice y al margen del objeto que el ordenamiento jurídico y, en particular dicho ente, se dio al momento de constituirse, esto es, resguardar la seguridad de sus respectivas comunas, alegando que ello afectaría su garantía fundamental de desarrollar cualquier actividad económica lícita, conforme al art. 19 N°21 de la Carta Fundamental.²⁶⁹

En concreto, la recurrente arguye que:

²⁶⁷ SCS rol N° 112.508-2020, de 10 de noviembre de 2020, c. 16.

²⁶⁸ SCS rol N° 112.508-2020, de 10 de noviembre de 2020, c. 20.

²⁶⁹ SCS rol N° 17.167-2021, de 23 de junio de 2021, c. 1°.

“[...] las municipalidades en el uso de sus facultades pueden regular los estacionamientos en la vía pública, dicha potestad no les autoriza para el desarrollo de la actividad económica/empresarial de la adecuación de las vías para el cobro a los particulares, porque esa deben realizarla a través de una concesión, previa licitación pública. De allí la ilicitud de haber entregado la explotación de los estacionamientos a la recurrida mediante un permiso precario, pretendiendo de esta forma evadir el régimen jurídico de derecho público que la reglamenta, valiéndose de la circunstancia que el ordenamiento les otorga a esas asociaciones una personalidad jurídica de derecho privado, no obstante que en lo material la Asociación debe ser considerada como parte de la Administración del Estado.”²⁷⁰

La Corte de Apelaciones de Santiago desestimó el recurso por consideraciones principalmente formales, estimando, además que el otorgamiento de un permiso precario a la asociación de municipios para administrar bienes nacionales de uso público (vía pública) no tiene la finalidad de desarrollar una actividad económica/empresarial, sino que únicamente persigue la prestación de servicios, temporales, en pro de la comunidad. La Corte Suprema, a su turno y conociendo en alzada, señaló:

“[...] en cuanto al fondo del asunto controvertido es necesario establecer dos cuestiones. Por un lado, la naturaleza jurídica de la gestión que realizan las asociaciones de municipales y, en ese entendido, determinar el marco normativo que las reglamente y, por otro, precisar la extensión de las facultades legales de la municipalidad de Providencia para los efectos de administrar los bienes nacionales de uso público de su comuna. [...] en relación al primer tópico [...] el concepto de servicio público a través del tiempo ha ido modificándose constantemente con el objeto de adecuarlo a la realidad y evolución social, puesto que, es un hecho innegable que el Estado ha ido delegando algunas de sus obligaciones y/o complementado otras a través de los particulares, bajo distintas modales de control, con el objeto de satisfacer las necesidades de los ciudadanos y con ello su rol fundamental de preservar el bien común de la sociedad.”²⁷¹

De esa suerte, y tras citar las definiciones de Santiago Muñoz Machado y de Enrique Silva Cimma, el máximo tribunal distingue de la noción de servicio público dos conceptos, uno orgánico, que corresponde a las instituciones que integran la Administración del Estado, y otro funcional o material, que define como “una actividad de interés general que el Estado decide satisfacer”, correspondiéndole a la ley tal calificación, siendo un concepto variable. Asimismo, el Estado puede asumir la actividad de servicio público a través de sus propios órganos y, en ese caso la situación es

²⁷⁰ Ibid.

²⁷¹ SCS rol N° 17.167-2021, de 23 de junio de 2021, cc. 7° y 8°.

clara, pues coinciden los conceptos orgánico y funcional; pero también puede decidir satisfacerlo por medio de instituciones públicas, no integradas al Estado y/o entidades de derecho privado, comerciales o sin fin de lucro.

Concluye entonces la Corte:

“[...] las consecuencias de catalogar a una actividad como servicio público, en el derecho administrativo (al menos teóricamente en Chile) y, en lo que interesa para resolver los presentes autos, significa que el Estado está obligado a mantener el funcionamiento de dicha actividad y que en la solución de sus conflictos y ejercicio se pueden aplicar normas de derecho público. Lo anterior, permite concluir que atendida la labor que desarrollan la Asociación de Municipios Metropolitanos para la Seguridad Ciudadana, dentro del sistema Municipal, no puede sino entenderse inserta en lo material dentro de la Administración. Es más, sus estatutos reafirman esta postura al disponer que su principal función es “Desarrollar entre sus miembros o asociadas las acciones necesarias y actividades tendientes a fortalecer la seguridad de los vecinos en las comunas asociadas”, función que por su sola naturaleza, pertenece al Estado, todo lo cual permite concluir que la recurrida, ente privado, desarrolla una función pública desde un punto de vista material y, como tal, se integra a la actividad estatal.”²⁷²

²⁷² SCS rol N° 17.167-2021, de 23 de junio de 2021, c. 12°.

CAPÍTULO III. La empresa pública en derecho comparado

1.- Preliminar

El fenómeno de la empresa pública, como hemos observado, es contemporáneo a la asunción de funciones económico-sociales por parte de la Administración, y por tanto se presenta, con matices, en la mayoría de los países del orbe.

En este capítulo revisaremos sucintamente cómo se ha manifestado el fenómeno de la empresa pública en ciertos ordenamientos jurídicos. Finalmente, haremos mención a la actividad internacional de estos entes, y a la posibilidad de asociacionismo entre estados, para la creación de empresas públicas de carácter binacional.

2.- México

México es país pionero en la materia, toda vez que la Constitución mexicana de 5 de febrero de 1917 (“Constitución de Querétaro”) es la primera carta fundamental que incorpora derechos económicos, sociales y culturales, siendo punto de partida ineludible para el estudio de la consagración en textos iusfundamentales de lo que se ha denominado como Estado social y democrático de derecho, “Estado providencia” o “Estado de bienestar”.

La Carta de Querétaro es la culminación de un proceso revolucionario agrario iniciado en 1910²⁷³. Fue en ese cuerpo normativo que encontró su sustento jurídico el fenómeno de la empresa pública en México.

Así las cosas, “la creación de empresas públicas y el crecimiento o decrecimiento del sector paraestatal está ligado a la evolución del Estado, como resultado de los cambios en la configuración de los intereses y el poder”²⁷⁴.

2.1.- Antecedentes previos a la Constitución de 1917

Sin embargo, el origen histórico de la empresa pública en México se remonta a “los denominados “estancos”, que surgieron en la Nueva España²⁷⁵ a inicios de la Colonia a partir del siglo XVI, bajo el régimen [económico] del mercantilismo. Estos monopolios de la Corona constituyeron una de las fuentes principales de las rentas del Estado y la prosperidad de la metrópoli [...] Entre los

²⁷³ Jorge Witker Velásquez, *La empresa pública en México y España, un estudio comparativo de derecho administrativo* (Madrid: Editorial Civitas y Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1982): p. 23

²⁷⁴ José Rafael Castelazo de los Ángeles, “El rol de la Empresa Pública en México”, en *La empresa pública en México y en América Latina: entre el mercado y el Estado*, coord. Guillermo Guajardo y Alejandro Labrador, (México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades e Instituto Nacional de Administración Pública de México, 2015): p. 55.

²⁷⁵ Denominación del virreinato español ubicado en América del Norte, del que se emancipó México.

principales “estancos” cabe mencionar, como el más importante –por los ingresos que generaba– el del tabaco, seguido por los de correos, pólvora, naipes, papel sellado, juego de gallos y de la nieve”²⁷⁶.

Tras la independencia de México (1810-1821), se suprimieron la mayoría de los “estancos”, pero se propuso para el mejoramiento de la Administración pública mexicana la creación de empresas por el Gobierno o la participación de éste en ellas en calidad de accionista, a fin de generar progresos en el campo de la agricultura, la industria y el comercio. En 1830 se estableció el Banco de Avío para el Fomento de la Industria Nacional, que apoyaría el establecimiento de fábricas modernas, promoviéndose mediante créditos la inversión privada de mexicanos y extranjeros.²⁷⁷

En 1854 se produce la revolución liberal de Ayutla, que cristaliza en la Constitución Política de 1857, de marcado cuño ideológico liberal. Dicha Carta Fundamental incorporó entre los derechos del hombre “La libertad de ejercer cualquier género de industria, comercio y trabajo, que fuera útil y honesto”²⁷⁸, prohibiendo los monopolios y estancos de toda clase. Representa, en el plano económico, el hito de cambio entre el mercantilismo y el liberalismo económico en México.²⁷⁹

A partir de 1880, México “había plasmado su inserción en la dinámica expansiva del capitalismo internacional a través del gobierno de Porfirio Díaz, quien implementó las bases capitalistas que, en su contradicción con la realidad agrícola, atrasada e indígena, agudizaron los conflictos sociales agrarios, gérmenes de lo que masivamente sucedería en 1910.”²⁸⁰

A juicio de Witker, la penetración del capitalismo internacional a partir del gobierno de Porfirio Díaz, propició factores de modernización urbana, pero llevó a los campesinos, sector mayoritario de la población mexicana, a condiciones de sobreexplotación, mientras en las ciudades, la oligarquía criolla y extranjera vivía en la opulencia más abyecta²⁸¹.

En el plano ideológico, en México tuvo un fuerte desarrollo el pensamiento liberal y democrático, teniendo como nota característica el fuerte laicismo y anticlericalismo que le imprimió Benito Juárez, y en donde si bien los principios liberales plasmados en la realidad mexicana a nivel de aspiraciones colectivas fueron el individualismo burgués, la propiedad privada, la secularización de la sociedad y la supremacía estatal, la identidad liberalismo-federalismo y la igualdad ante la ley²⁸²,

²⁷⁶ Castelazo, op. cit., p. 56.

²⁷⁷ *Ibíd.*

²⁷⁸ Constitución Política de la República Mexicana de 1857, artículo 4º.

²⁷⁹ Castelazo, op. cit., p. 57.

²⁸⁰ Witker, op. cit., pp. 23-24.

²⁸¹ Véase: Jorge Carpizo, *La Constitución mexicana de 1917* (México D. F.: UNAM, 1980, 4ª Ed.): p. 28.

²⁸² Witker, op. cit., p. 26.

también se advierte la aspiración a una sociedad democrática abierta (“el poder del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”), aunque sin incorporar elementos de “constitucionalismo social”²⁸³.

2.2.- La Constitución de 1917

Bajo ese contexto objetivo y subjetivo, el constituyente mexicano de 1917 plasma un proyecto constitucional de socioliberalismo, en el que se conjugan puntos esenciales en materia de derechos sociales, pero insertos en principios liberales democráticos, siendo un diseño pionero en América y en el mundo, que a la postre sería replicado, con matices, por buena parte de los regímenes occidentales y en particular latinoamericanos.

En cuanto al modelo económico plasmado en la Carta de Querétaro, de acuerdo a Jorge Witker:

*El socioliberalismo mexicano se nutrió [...] de elementos internos y externos. Entre los primeros se encuentran la necesidad de ampliar los derechos sociales concretos a las masas campesinas y obreras, duramente golpeadas por la dictadura porfirista de factura capitalista y extranjerizante. Había que canalizar las aspiraciones de las mayorías, que desde el inicio habían escrito heroicas páginas de luchas sociales, tanto en los centros mineros como en los campos aztecas. Esas luchas más empíricas y dramáticas que, impulsadas por ideas colectivistas, se enmarcaron siempre en una aspiración de sociedad liberal y democrática. Esto es, que el ingrediente ideológico del descontento social fue siempre impulsado por élites liberales, salvo limitadísimas excepciones como los Flores Magón.*²⁸⁴

*Entre los elementos externos, además de la influencia universal del liberalismo decimonónico, conviene señalar las crisis cíclicas del capitalismo que precisamente coinciden con el descontento social interno. Solo baste mencionar como la década primera del siglo veinte en América Latina se caracteriza por el nacimiento de la llamada “cuestión social” que empieza a agitar el descontento laboral, culminando con la Primera Guerra Mundial y la Revolución Rusa. Esto es, que es imposible desligar de las crisis, y finalmente guerras, provocadas por el capitalismo internacional, un hecho tan importante para la región y el mundo como es la Revolución Mexicana*²⁸⁵.

Debemos precisar que, la Constitución mexicana de 1917, más que fijar un modelo tipo de economía, es un programa o proyecto de sociedad a la que se aspira, y no recoge en esencia ningún

²⁸³ Jorge Sayeg Helú, *El constitucionalismo social mexicano, tomo II* (México D. F.: edición del autor, 1973): p. 274.

²⁸⁴ Witker, op. cit., p. 27.

²⁸⁵ Véase: Arnaldo Córdova, *La ideología de la Revolución Mexicana* (México D.F.: Editorial Era, 1974): p. 46.

programa partidario unívoco²⁸⁶. El modelo económico queda entregada a las correlaciones de fuerza que se den en el Parlamento, no siendo la Carta de Querétaro ni capitalista ni colectivista, mas siendo ambos modelos viables dentro de la norma constitucional; en razón de lo anterior, podemos afirmar que la Constitución mexicana de 1917 es técnicamente “neutra”, permitiendo a gobiernos mayoritarios de diverso cuño ideológico llevar a cabo su programa económico. No es, en suma, una Constitución “neutralizante” de la política.

No obstante lo anterior, y siguiendo a Witker²⁸⁷, la Constitución de 1917 es el reflejo jurídico del acto o proceso que legaliza o institucionaliza la Revolución Mexicana de 1910, y como tal recepciona las ideologías imperantes en la época, y las ideas y aspiraciones del movimiento revolucionario. Tuvo su génesis en el proyecto que Venustiano Carranza, encargado ejecutivo del triunfante movimiento revolucionario, presenta al Congreso Constituyente de Querétaro, y que consistía en la Constitución de 1857, reorganizada y con nueva redacción, y en donde el principal cambio radicaba en la propuesta de un ejecutivo más fuerte, con elección vía sufragio directo, en vez de la fórmula de elección indirecta del ejecutivo de la Carta Liberal de 1857. Sin embargo, ni la Carta formalmente vigente ni el proyecto de Carranza se pronunciaban sobre los hoy denominados “derechos sociales”, menos sobre la participación del Estado en la gestión de los negocios públicos. El proyecto soslayaba temas como el dominio de los recursos del subsuelo, el rol del Estado en la educación, el problema agrario, y los derechos de la clase obrera. El Congreso Constituyente de 1917, de marcado carácter anticarranzista, rehizo el proyecto y por una mayoría aplastante de 99 contra 58 votos incorporó las reivindicaciones de los revolucionarios, entre ellos los derechos sociales. Esa decisión del constituyente marca el fin del carácter liberal del Estado mexicano, dando paso a un Estado intervencionista, orientado a la realización de tareas de fomento y promoción del desarrollo²⁸⁸. Los objetivos programáticos perseguidos por el Estado al intervenir en el desarrollo económico y social son: a) acelerar el desarrollo nacional; b) aumentar la productividad y el empleo; c) elevar el nivel de la vida; d) abrir fuentes de crédito; e) dirigir los procesos de reforma agraria y redistribución de la riqueza, y f) proporcionar servicios básicos que faciliten el desarrollo industrial.

Resulta clave para esta nueva comprensión del Estado mexicano, el artículo el artículo 27 de la Carta de Querétaro, el que establece

²⁸⁶ Witker, op. cit., p. 28.

²⁸⁷ Witker, op. cit., pp. 28-36.

²⁸⁸ Antonio Carrillo Flores, “La Constitución en el desarrollo económico y social de México”, en *Las experiencias del proceso político constitucional en México y España*, (México D.F.: UNAM, 1979): p. 312.

La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual, ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

Esta no podrá ser expropiada sino por causa de utilidad pública y mediante indemnización.

La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación.

Con este objeto se dictarán las medidas necesarias para el fraccionamiento de los latifundios; para el desarrollo de la pequeña propiedad; para la creación de nuevos centros de población agrícola con las tierras y aguas que les sean indispensables; para el fomento de la agricultura y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad. [...] Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los minerales o substancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas. Los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los fosfatos susceptibles de ser utilizados como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos. [...] En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible, y sólo podrán hacerse concesiones por el Gobierno Federal a los particulares o sociedades civiles o comerciales constituidas conforme a las leyes mexicanas, con la condición de que se establezcan trabajos regulares para la explotación de los elementos de que se trata, y se cumpla con los requisitos que prevengan las leyes [...]»²⁸⁹.

Así las cosas, el artículo transcrito, en línea con otros artículos, como el 123, relativo a los derechos de los trabajadores, constituyen el núcleo central del constitucionalismo social mexicano, que

²⁸⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, artículo 27.

junto a la Constitución de Weimar de 1919 y su párrafo 153²⁹⁰, constituyen experiencias pioneras en la consagración en Textos Fundamentales del llamado constitucionalismo social.

La reserva por parte del Estado de la explotación de ciertos recursos naturales, reforzada en 1940 mediante la reforma del párrafo sexto del artículo 27²⁹¹, abren un sendero implícito a la empresa pública, legitimando la participación directa del Estado en la producción de bienes y servicios. Sin embargo, la doctrina constitucional y administrativa mexicana de manera unánime coinciden en que ni en el proyecto presentado por Venustiano Carranza, ni en la Constitución finalmente expedida por el Congreso Constituyente, existía ningún precepto que expresamente se refiriera a las facultades genéricas de los poderes constituidos para crear empresas públicas²⁹².

Pese a ello, Witker sostiene la plena constitucionalidad de la existencia de las empresas públicas en la Carta de Querétaro, afincándose para ello en los artículos 73, fracción XXX (que otorga al Congreso las facultades implícitas), 89, fracción I (que atribuye al Presidente de la República las facultades de ejecutar y reglamentar las leyes), sumado a los artículos 123 y 93. Señala que la Carta de Querétaro reconoce por vía de interpretación orgánica a los organismos descentralizados y empresas de participación estatal, como una proyección inevitable del mercado intervencionismo estatal visto en los artículos 27, 28, 73, 123 y 131, que se inscriben en un sistema de democracia económica y social, calificada por el artículo 3.

Witker, analizando el artículo 27 de la Carta de Querétaro, extrae las siguientes conclusiones: (i) el problema central de México en 1917 era la economía campesina, motivo por el cual el artículo precitado es llamado también el “artículo sobre la tierra”, permitiendo limitar la propiedad en aras de erradicar los latifundios y repartir la tierra para el desarrollo de la “pequeña propiedad”; (ii) se contienen garantías sociales patrimoniales, a saber: propiedad de tierras y aguas corresponde a la nación, la que puede constituir propiedad privada; subordinación de la propiedad privada al interés social; régimen de expropiación; régimen de concesiones administrativas; interdicción de los latifundios; autorización de los monopolios en determinados servicios públicos; régimen de capacidades e incapacidades para adquirir el dominio de tierras y aguas; régimen comunal de explotación de tierras, bosques y aguas; régimen ejidal; régimen de la pequeña propiedad agrícola y ganadera; (iii) la expropiación debe ser realizada mediante indemnización, la cual debe ser coetánea, en

²⁹⁰ Párrafo 153: “La propiedad obliga. Su uso debe estar a la vez al servicio del bien común”. Reproducido por el párrafo 14 de la Ley Fundamental de Bonn.

²⁹¹ Mediante la adición de la siguiente disposición: “Tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos, no se expedirán concesiones y la ley Reglamentaria respectiva determinará la forma en que la Nación llevará a cabo las explotaciones de esos productos.”

²⁹² José Francisco Ruiz Massieu, *La empresa pública, un estudio de derecho público sobre la experiencia mexicana* (México D.F.: Instituto Nacional de Administración Pública, 1980)

dinero, real y efectiva, de acuerdo a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia; (iv) en 1941 se estableció la ley reglamentaria del artículo 27 constitucional, en materia de hidrocarburos, la que revela las características centrales del dominio, a saber: directo, inalienable e imprescriptible; (v) el fundamento jurídico-político de la propiedad en México es la soberanía nacional; (vi) la Carta de Querétaro se ve complementada por leyes complementarias (ley de ejidos de 1920, ley de tierras ociosas de 1920, Código Agrario de 1934, Ley de Reforma Agraria de 1971, Ley de Nacionalización de Bienes de 1940); (vii) en suma, la Constitución de 1917 introduce a premisa de la función social de la propiedad, entregándole su titularidad a la nación, entendida en tanto pueblo, depositario de la propiedad originaria, que proviene directamente de la soberanía popular; el Estado es sujeto activo de la gestión económica, desarrollando una política de planificación estatal, que nace de los artículos sociales que entregan al Estado la capacidad y la obligación de velar por el interés público.²⁹³

En razón de lo anterior, afirma²⁹⁴ que la Carta de Querétaro consagra el carácter de democracia económica y social del Estado mexicano, en donde la primacía social se inscribe en una filosofía política de tradición liberal, que hace coexistir los intereses colectivos con la garantía individual de la libertad de empresa. La propiedad privada, reconocida como derecho individual, unida a la libertad de empresa, estructuran un esquema de economía libre, propio de las democracias representativas. Sin embargo, el constituyente establece “modalidades” al derecho de propiedad, haciendo que deje de ser irrestricto e inmutable, funcionalizándose al interés general. El término “modalidad” utilizado por el constituyente de Querétaro lleva necesariamente a discusión, pues “el término empleado se prest[a] a discusión sobre su significado y alcance, puesto que dependerá de la ideología de cada cual el resolver si una modalidad puede legar hasta limitar uno de los aspectos propios del derecho de propiedad. Habrá quienes sostengan que lo único permitido es imponer a la propiedad formas de ejercicio que no alteren sus facultades esenciales de libre uso, goce y disposición”²⁹⁵. Ello ratifica el carácter neutral de la Constitución de 1917, pues deberá ser el legislador en cada caso y en función de la ideología predominante, quien evaluará el concepto de modalidad.

La Carta Fundamental faculta al Estado para dirigir y promover el desarrollo económico velando por el progreso social y cultural de las mayorías, pero limitado por los derechos individuales de libertad económica y propiedad privada. Sin embargo, en ese equilibrio, el Estado tiene áreas exclusivas de intervención (recursos naturales) y competencias amplias para distribuir equitativamente la riqueza y dirigir el proceso económico.

²⁹³ Witker, op. cit., pp. 38-40.

²⁹⁴ Witker, op. cit., pp. 40-45.

²⁹⁵ Eduardo Novoa Monreal, *El derecho de propiedad privada* (Bogotá: Editorial Temis, 1979): p. 149.

En razón de lo anterior, un sector mayoritario de la doctrina afirma que los preceptos reseñados diseñan a nivel constitucional una economía de carácter mixto.

“No solo la legislación secundaria fue abandonando ciertos principios “liberales” sino que los textos mismos de la Carta Fundamental en el curso de los últimos 60 años se han ido modificando o interpretando casi siempre en el sentido de ampliar las atribuciones del Estado para promover o dirigir el desarrollo económico y social de México, aunque conservando a la iniciativa particular como fuente principal de recursos para el desarrollo, sea a través de sus inversiones o de los impuestos que cubren las empresas y las personas físicas. Por eso se dice con razón que la economía mexicana es mixta, aunque de tiempo en tiempo ha variado la actitud del Estado en cuanto a ampliar o restringir las órbitas en que operan los dos sectores; el público y el privado (Suele también hablarse de un sector social que no forma parte del Estado, pero tampoco encaja en el constituido por las empresas privadas capitalistas, como es el caso de las empresas ejidales y de las cooperativas”²⁹⁶.

El carácter mixto de la economía mexicana no es pacífico en la doctrina, siendo cuestionado por diversos autores. Desde la óptica liberal, la intervención estatal ha sido en miras de “de crear, promover y mejorar la infraestructura sobre la cual la iniciativa privada, los individuos particulares, los mexicanos mismos, pueden realizar su actividad económica²⁹⁷” Por otro lado, desde la perspectiva marxista “[d]espués de la Revolución, al amparo de lo que incluso jurídicamente se convierte en un capitalismo de Estado, éste interviene en el proceso económico-social [...] ¿A qué obedece su creciente participación? Fundamentalmente, a la propia dinámica del capitalismo, y en particular del capital monopolista. Aún [una] modesta industrialización requiere una costosa y moderna infraestructura, comunicaciones telegráficas y telefónicas, caminos, puertos, transporte marítimo y aéreo, ferrocarriles, obras hidráulicas, energéticos baratos, escuelas y servicios de salud. En otros tiempos, y con base en otras técnicas, los países más ricos construyeron esa infraestructura como un negocio de las grandes empresas. En México no hubo, en general, capitalistas privados capaces de hacerlo, por lo que el Estado tuvo que tomarlas en gran parte bajo su responsabilidad”²⁹⁸.

En síntesis, del análisis jurídico y doctrinal del constitucionalismo mexicano, Jorge Witker concluye que “la Constitución de 1917 y sus posteriores reformas y desarrollos interpretativos legitiman ampliamente la actuación y desarrollo de las empresas públicas inscritas en una economía de

²⁹⁶ Carrillo Flores, op. cit. p. 312.

²⁹⁷ Diario de los Debates de la Cámara de Diputados, México, 7 de diciembre de 1965, en el que se recoge la intervención de los diputados del Partido de Acción Nacional.

²⁹⁸ Alonso Aguilar Monteverde, “Capital monopolista y empresas estatales”, *Estrategia* N° 14, marzo-abril 1977, México, p. 44.

mercado administrado que permite el libre juego de los particulares, lógicamente en el contexto de un sistema político en constante evolución.”²⁹⁹

2.3.- La primera fase económica de los gobiernos del PRI

Es en ese marco constitucional que, entre 1917 y 1921 se crean 5 empresas de participación estatal, entre 1921 y 1930 se crean 10, entre 1930 y 1933 se crean 6, ascendiendo entre 1934 y 1940 a 39, y entre 1940 y 1945 a 51, siendo 50 las creadas entre 1945 y 1950, para pasar a 101 entre 1950 y 1959, 132 entre 1960 y 1970, y 105 entre 1970 y 1974. En suma, hay una lentitud inicial en la creación de empresas públicas desde la entrada en vigencia de la Carta de Querétaro, viviéndose un primer periodo de auge en la creación del sector paraestatal (1934-1950), que corresponde a las políticas nacionalistas e industrializadoras del presidente Lázaro Cárdenas. Hay una ligera desaceleración del proceso en los años posteriores a la segunda guerra mundial (1945-1950), y un nuevo repunte a partir de la década de 1950, que coincide con políticas públicas de industrialización sustitutiva de importaciones de bienes de consumo, y el surgimiento de un sector paraestatal en ciertos rubros básicos de la economía³⁰⁰.

El primer Plan Sexenal Posrevolucionario de 1933 incorpora como principio básico el “intervencionismo estatal”, como política de nacionalismo económico y justicia social. Entre los principales sectores nacionalizados se haya la electricidad (Comisión Federal de Electricidad) y se establecen instituciones estatales de crédito.

En 1934 se crea el Fondo de Cultura Económico y la Comisión de Fomento Minero. Durante la presidencia de Lázaro Cárdenas (1934-1940) se expropiaron las empresas petroleras extranjeras, creándose un Consejo de Administración del Petróleo, y se estatizaron los Ferrocarriles Nacionales de México.

Durante el gobierno de Manuel Ávila Camacho (1940-1946) se establecen leyes protectoras al capital privado, y se establecen Altos Hornos de México, Fondo de Fomento a la Industria y el Instituto Mexicano de Seguro Social, entre otros.

En la presidencia de Miguel Alemán (1946-1952) se crea el Directorio del Gobierno Federal, para el desarrollo de la industria básica estatal. Durante la presidencia de Adolfo Ruiz Cortines (1952-1958) se crean un sinnúmero de nuevas empresas e instituciones de intervención económica³⁰¹.

²⁹⁹ Witker, op. cit., p. 50.

³⁰⁰ Witker, op. cit., p. 36.

³⁰¹ Destacamos: Consejo de Recursos Naturales No Renovables, Comisión Nacional de Energía Nuclear, Centro Industrial compuesto por Diesel Nacional, Constructora Nacional de Carros de Ferrocarril y Fábrica Nacional de Maquinaria Textil,

Bajo la presidencia de Adolfo López Mateos (1952-1958), diferencias entre el Gobierno y algunos círculos empresariales, sumado a una disminución de las inversiones y fuga de capitales, llevan a una recesión, acentuando el Gobierno la política de *mexicanización* de ciertas áreas de la economía (petroquímica, siderúrgica, electricidad), mejoras en asistencia social (Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de Los Trabajadores del Estado), entre otros.

Ya bajo el gobierno de Gustavo Díaz Ordaz (1964-1970) el Estado mexicano era un importante productor directo de bienes y servicios, concentrando el 83% de la propiedad de las 30 empresas más importantes del país.

Durante la presidencia de Luis Echeverría Álvarez (1970-1976) revisó los resultados negativos del llamado “desarrollo estabilizador”, pilar hasta la época del crecimiento y la estabilidad macroeconómica, implementando una política expansiva en el consumo y la inversión pública, ante el escaso dinamismo de la inversión privada, pasando del “desarrollo estabilizador” al “desarrollo compartido”, mediante múltiples nuevos organismos. En 1970 se crea el Instituto Mexicano de Comercio Exterior, que favorecería las exportaciones a países de América Latina y en países del entonces “bloque socialista”. Se crea el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), el Instituto Nacional para el Desarrollo de la Comunidad Rural y de la Vivienda Popular (INDECO), la Comisión para la Regularización de la Tierra (CORET), el Instituto Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT), la empresa Promoción y Desarrollo Industrial (PRODINSA), para la reinserción laboral de los reclusos, entre otras. El imperativo formulado por el Presidente Echeverría consistía en “proporcionar mejores niveles de vida a una población creciente y a las presiones externas derivadas de la inestabilidad del sistema económico internacional, hicieron necesario que en los últimos años el Estado asumiera en forma plena, racional y consciente su responsabilidad histórica como agente primordial de la transformación económica y social de México. Así, el sistema de empresas del Estado interviene para asegurar que se usen adecuadamente los recursos naturales del país, que los consumidores no sean afectados por precios excesivos de los productos y que no se registre el enriquecimiento de grupos minoritarios con la explotación de esos recursos, que pertenecen originalmente a la Nación.”

Tras la gestión de Luis Echeverría, le sucede José López Portillo (1976-1982), marcado por la más grave crisis económica en decenios, con una tasa de crecimiento de apenas 2%, después de haber llegado a 6,7%; para ello, se reforma la organización sectorial mediante la Ley Orgánica de la

Fábricas de Papel Tuxtepec S.A., Fondo de Garantía y Fomento, y los Institutos Nacionales de Vivienda y de Bienestar de la Infancia.

Administración Pública Federal. El Estado adquirió diversas empresas particulares para evitar su quiebra, y salvaguardar los empleos, creciendo de 750 a 1155 las entidades paraestatales³⁰².

2.4.- El giro económico del PRI: neoliberalismo y privatizaciones

Durante la presidencia de Miguel de la Madrid (1982-1988) se produce un cambio de rumbo en las políticas económicas, en relación a sus predecesores, orientándose hacia el neoliberalismo³⁰³, en línea con los programas económicos implementados por las administraciones de la Primera Ministra de Gran Bretaña, Margaret Thatcher (1979-1990), y del Presidente de Estados Unidos, Ronald Reagan (1981-1989), dirigidas a la desestatificación del mercado, mediante masivas privatizaciones de las empresas públicas (“consenso de Washington”)³⁰⁴.

A juicio de Castelazo, “[...] las reformas privatizadoras [ignoraron] las cuestiones sociales y los problemas históricos de América Latina, tales como la distribución del ingreso y la pobreza [...] [Mirando en retrospectiva, el papel que desempeñó] el sector paraestatal fue determinante para el desarrollo en la economía y la satisfacción de diversas aspiraciones populares en materia de salud, alimentación, vivienda y educación. Asimismo, la infraestructura para el despegue industrial resultó invaluable”³⁰⁵.

El profesor Jaime Cárdenas, a su turno, caracteriza de la siguiente forma al Estado neoliberal:

“El Estado neoliberal (años ochenta del siglo xx a nuestra época) somete al Estado-nación y al derecho público a las exigencias económicas, políticas y jurídicas de la globalización neoliberal. Estimamos que sus notas más relevantes son en el orden interno las siguientes: 1) poderes fácticos nacionales y transnacionales sin límites y controles jurídicos suficientes; 2) derechos fundamentales sin garantías plenas de realización, principalmente respecto a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales; 3) débil democratización y transparencia de las transnacionales; 4) supremacía de los tratados internacionales, principalmente los relacionados con el comercio, las inversiones y la propiedad, por encima de las Constituciones nacionales; 5) mecanismos débiles de derecho procesal constitucional para no proteger con suficiencia los derechos fundamentales de carácter social ni los derechos colectivos; 6) instrumentos anticorrupción compatibles con los intereses de las grandes corporaciones transnacionales; 7) reducción de la democracia participativa, deliberativa, y comunitaria, y con ello, impulso de una democracia electoral

³⁰² Castelazo, op. cit., p. 61.

³⁰³ En ese entonces también conocido como “monetarismo”.

³⁰⁴ Castelazo, op. cit., p. 61.

³⁰⁵ *Ibid.*

*manipuladora de los derechos políticos de los ciudadanos; 8) entrega del patrimonio de las naciones —sus recursos naturales— y de su explotación a los intereses foráneos; 9) inadecuada defensa de la soberanía nacional, y 10) implantación del modelo económico neoliberal globalizador para someter al derecho y al Estado nacional en su provecho.*³⁰⁶

Al término de la presidencia de De la Madrid sólo quedan 412 entidades paraestatales. Se había asentado una política económica conservadora en extremo, de un marcado carácter antiestatal o antiintervencionista, que liberalizó la economía, pero que no obstante lo anterior no trajo consigo recuperación económica, ahondando dicha crisis y la crisis de confianza hacia el gobierno.

Bajo el gobierno de Carlos Salinas de Gortari (1988-1994) se produce una segunda ola privatizadora, la que da cuenta de que el objetivo no era el combate al déficit fiscal, sino el retiro definitivo del Estado del quehacer económico, sustituyéndolo por el capital privado. El gobierno de Salinas concluyó con 216 entidades paraestatales. Le sucedió en la presidencia Ernesto Zedillo Ponce de León (1994-2000), que siguió el derrotero de sus predecesores, promoviendo la inversión privada nacional y extranjera, así como el abstencionismo estatal. Zedillo fue el último de una larga lista de Jefes de Estado del Partido Revolucionario Institucional (PRI), al ganar las elecciones y asumir el sexenio 2000-2006 Vicente Fox Quezada, del Partido Acción Nacional. Fox anunció en su programa un combate contra la corrupción de administradores y dirigentes gremiales del sector paraestatal, además de anunciar que no privatizaría ni PEMEX ni la Comisión Federal de Electricidad; durante su gobierno se crearon 31 entidades paraestatales, cerrando su gestión con un total de 215 entidades paraestatales. Le sucedió Felipe Calderón Hinojosa (2006-2012), de su mismo partido, quien puso énfasis en la regulación normativa, la gestión, los procesos y el desempeño de la Administración Pública en general. Concluyó su mandato con menos de 200 entidades paraestatales.

Con Enrique Peña Nieto (2012-2018) el PRI retorna a la presidencia, siguiendo con un programa de privatizaciones, liberalización comercial, y el cambio de paradigma de un Estado propietario a un Estado regulador. Entre las medidas adoptadas se encontró la denominada reforma energética, un conjunto de reformas constitucionales y legales implementadas entre 2013 y 2014, que a juicio del profesor Cárdenas supusieron un cambio de paradigma, sustituyendo de forma definitiva el modelo de desarrollo asentado por la expropiación petrolera de 1938. Hidrocarburos y electricidad fueron dos sectores estratégicos en torno a los cuales giraba el desarrollo industrial, y dos instrumentos fundantes de la soberanía nacional. En el paradigma jurídico previo, el Estado mexicano “tenía el

³⁰⁶ Jaime Cárdenas Gracia, “La reforma energética y transformación del derecho público”, en *Aportes sobre la configuración del derecho energético en México*, Margarita Palomino Guerrero y Marisol Angles Hernández (coord.), (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas y UNAM, 2019): p. 48.

control y administración casi total de la explotación de la energía. La Constitución en sucesivas reformas prohibió las concesiones (1940) los contratos (1960) y estableció mediante el concepto de área estratégica en 1983 la exclusividad en la explotación de la energía prohibiendo que el sector privado trasnacional y nacional participara en el control y administración de los elementos nodales de la industria [...] La reforma constitucional energética de 2013 permitió todo tipo de contratos, concesiones o licencias, y mutó el significado de área estratégica.”³⁰⁷. A 2013 se contabilizaban 198 organismos paraestatales³⁰⁸.

2.5.- Actualidad

El 1º de julio de 2018, Andrés Manuel López Obrador, del izquierdista Movimiento de Regeneración Nacional (MORENA), obtuvo el triunfo en las elecciones presidenciales, con un programa económico orientado al fortalecimiento de la actividad económica del Estado, y con una fuerte crítica al neoliberalismo. En estos términos se pronunciaba López Obrador, al momento de asumir su cargo frente al Congreso de la Unión:

“En cuanto a la ineficiencia del modelo económico neoliberal, baste decir que ni siquiera en términos cuantitativos ha dado buenos resultados. Recuérdese que luego de la etapa violenta de la Revolución, desde los años treinta hasta los setenta, del siglo pasado, es decir, durante 40 años, la economía de México creció a una tasa promedio anual del 5 por ciento.

Y durante ese mismo periodo, en dos sexenios consecutivos, de 1958 a 1970, cuando fue ministro de Hacienda Antonio Ortíz Mena, la economía del país no solo creció al 6 por ciento anual sino que este avance se obtuvo sin inflación y sin incremento de la deuda pública. Por cierto, Ortíz Mena no era economista sino abogado.

Posteriormente hubo 2 gobiernos, de 1970 a 1982, en que la economía también creció a una tasa del 6 por ciento anual pero con graves desequilibrios macroeconómicos, es decir, con inflación y endeudamiento.

En cuanto a la política económica aplicada durante el periodo neoliberal, de 1983 a la fecha, ha sido la más ineficiente en la historia moderna de México. En este tiempo la economía ha crecido en 2 por ciento anual, y tanto por ello como por la tremenda concentración del ingreso en pocas manos, se ha empobrecido a la mayoría de la población hasta llevarla a

³⁰⁷ Cárdenas, op. cit., p. 49.

³⁰⁸ Castelazo, op. cit., pp. 62-64

buscarse la vida en la informalidad, a emigrar masivamente del territorio nacional o a tomar el camino de las conductas antisociales.

Lo digo con realismo y sin prejuicios ideológicos: la política económica neoliberal ha sido un desastre, una calamidad para la vida pública del país. Por ejemplo, la reforma energética, que nos dijeron que vendría a salvarnos solo ha significado la caída en la producción de petróleo y el aumento desmedido en los precios de las gasolinas, el gas y la electricidad. [...]

*En la época [...] del llamado desarrollo estabilizador, o compartido, que va de los años 30 a los 70 del siglo pasado, los gobernantes no se atrevieron a privatizar las tierras ejidales, los bosques, las playas, los ferrocarriles, las telecomunicaciones, las minas, la industria eléctrica ni mucho menos a enajenar el petróleo, pero en estas últimas tres décadas las máximas autoridades se han dedicado, como en el Porfiriato, a concesionar el territorio y a transferir empresas y bienes públicos, e incluso funciones del Estado a particulares nacionales y extranjeros.*³⁰⁹

Con todo, aún es muy pronto como para evaluar si la presidencia de López Obrador significará un cambio de rumbo en las políticas económicas de México.

3.- España

En España, a diferencia de México, el surgimiento y auge del fenómeno de la empresa pública no está asociado al tránsito desde un Estado liberal abstencionista a un Estado social intervencionista, sino que se inserta en el periodo posterior a la guerra civil española (1936-1939), vinculado al proyecto económico autárquico de la dictadura corporativista y de ideología conservadora nacional católica, encabezada por Francisco Franco, quien accedió violentamente al poder al término de ese conflicto armado.

3.1.- Antecedentes del Estado empresario en España

Con todo, y al igual que en otros países de Europa, los orígenes históricos de la empresa pública en España los podemos encontrar en el origen mismo del “Estado nacional”, engarzando con el modelo económico mercantilista que dominó la escena europea durante dos siglos. En cuanto a su recepción en Textos Fundamentales, debemos precisar que las “Constituciones históricas” españolas

³⁰⁹ Andrés Manuel López Obrador, “Discurso completo del C. Presidente Andrés Manuel López Obrador en la toma de protesta”, 1º de diciembre de 2018, Palacio Legislativo de San Lázaro, <https://embamex.sre.gob.mx/sudafrica/index.php/discurso-integro-de-andres-manuel-lopez-obrador-al-rendir-protesta-como-presidente> [fecha de acceso: 27 de enero de 2021]

(1812, 1845, 1856, 1869 y 1876), están fuertemente inspiradas en el individualismo burgués de origen liberal, no conteniendo por tanto disposiciones en materia económica, y menos concernientes a la intervención del Estado en la economía. Al contrario de ese constitucionalismo de matriz liberal, la Constitución de la República española de 9 de diciembre de 1931, junto con reconocer la libertad de industria y comercio en el artículo 33, contenía un reconocimiento expreso a la intervención económica del Estado, en el artículo 44³¹⁰, el que expresaba:

“Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes.

La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes.

Con los mismos requisitos la propiedad podrá ser socializada. Los servicios públicos y las explotaciones que afecten al interés común pueden ser nacionalizados en los casos en que la necesidad social así lo exija.

El Estado podrá intervenir por ley la explotación y coordinación de industrias y empresas cuando así lo exigieran la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional.

En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes.”³¹¹

El régimen franquista impulsó la intervención del Estado en la actividad económica tanto por razones prácticas, como por otras ideológicas³¹². Las graves secuelas económicas de la guerra, acentuadas más tarde por el aislamiento internacional al régimen franquista³¹³, obligaban la intervención gubernamental.

Sin embargo, pese al carácter corporativista del régimen franquista, la intervención estatal en la economía no perseguía objetivos de planificación económica, sino que era subsidiaria a la iniciativa privada. Debido al carácter confesional del Estado español, el principio de subsidiariedad teorizado por

³¹⁰ Álvaro Muñoz López, “Empresa pública y Constitución”, en *Estudios sobre el proyecto de Constitución* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1978): p. 324.

³¹¹ Constitución de la República Española de 1931, artículo 44.

³¹² Witker, op. cit., pp. 45-46.

³¹³ Considerado casi como un “Estado paria”, debido al apoyo brindado por el franquismo a la dictadura fascista de Benito Mussolini, y a la dictadura nacionalsocialista de Adolf Hitler.

la doctrina de la Iglesia Católica tuvo pronta recepción en el ordenamiento jurídico franquista, convirtiéndose a futuro en reacción frente al vigoroso incremento del sector público español³¹⁴.

Con todo, y como expresan los profesores García de Enterría y Sánchez Morón

“De hecho, el principio de subsidiariedad no está en contradicción esencial con la acción industrializadora que el Estado despliega desde 1939. Lo que ocurre es que este principio va a interpretarse de manera diversa a tenor de las circunstancias históricas y de las opciones de política económica de las distintas etapas del régimen franquista. En un primer momento no se interpreta como dejación, sino que, habida cuenta de la escasa disponibilidad de la iniciativa privada, seriamente quebrantada durante la Guerra Civil, y de las necesidades de la autarquía económica, el Estado se impone la tarea de estimular y contribuir el mismo en buena medida a un esfuerzo industrializador, al menos en sectores básicos de la economía nacional³¹⁵”.

3.2.- El Estado empresario corporativista

Un hito fundamental en la consagración del Estado empresario en España fue la creación en 1941 del Instituto Nacional de Industria, concebida como una “entidad de derecho público que tiene por finalidad propulsar y financiar, en servicio de la nación, la creación y resurgimiento de nuestras industrias, en especial de las que se propagan como fin principal la resolución de los problemas impuestos por las exigencias de la defensa del país, o que se dirijan al desenvolvimiento de nuestra autarquía económica”³¹⁶. El artículo 2 de su ley fundacional estipulaba que las empresas propiciadas o gestionadas por el INI debían constituirse exclusivamente como sociedades anónimas³¹⁷, a fin de no dotarlas de imperio o de facultades desorbitantes.

Con un amplio margen de autonomía administrativa, el INI se convirtió en el pivote industrializador del modelo autárquico vigente. El INI se ubicaba en plano de igualdad con los ministerios, estaba dotado de gran autonomía financiera nacional e internacional, siendo solo supervisado por el Ministerio de Hacienda en operaciones que excedieran los 5 millones de pesetas (de época), financiándose con (i) recursos propios (retención de beneficios y venta de acciones), (ii)

³¹⁴ Witker, op. cit., pp. 46-47.

³¹⁵ Eduardo García de Enterría y Miguel Sánchez Morón, *Régimen Jurídico de la Empresa Pública*, ponencia al “coloquio sobre Empresas Públicas”, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México, 1979): p. 7, en Witker, op. cit., pp. 47-48.

³¹⁶ Ley de 25 de septiembre de 1941 por la que se crea el Instituto Nacional de Industria, Boletín Oficial del Estado (30 de septiembre de 1941). <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1941/273/A07516-07519.pdf>

³¹⁷ Una reforma a la Ley de Sociedades Anónimas, en ese entonces vigente, hizo posible la constitución de sociedades con un sólo socio.

aportación del Estado (subvenciones presupuestarias), (iii) obligaciones y (iv) créditos³¹⁸. Bajo ese andamiaje jurídico y recursos, el INI instrumentó de 1941 a 1978 la intervención gubernamental³¹⁹.

Además del INI, durante la dictadura franquista hubo dos sectores más de intervención estatal; la Dirección General del Patrimonio, dependiente del Ministerio de Hacienda, de la cual dependían 29 empresas (entre las que destacaban Teléfonos, Petróleo y Tabaco); y el Instituto de Crédito Oficial, organismo autónomo adscrito al Ministerio de Economía, que manejaba seis entidades oficiales de crédito, constituidas como sociedad anónima, excepto una, que era un organismo autónomo, en total concentraban en 1978 el 15% del crédito total concedido por todas las instituciones financieras españolas.

3.3.- El diseño institucional de la transición

A la muerte del dictador Francisco Franco en 1975, se abren en España tres opciones claras: el continuismo, la reforma o la ruptura con el régimen. Para los continuistas el régimen debe pervivir en su estructura y principios fundamentales; para los rupturistas, las exigencias de democratización del país imponían romper con el pasado, forjando un nuevo Estado a través de un proceso constituyente; por último, los reformistas entendían que la democratización del país sólo llegaría de la mano de la utilización de los procedimientos de reforma que el propio ordenamiento jurídico franquista preveía, y no mediante el enfrentamiento directo con los defensores del *statu quo*.³²⁰ Se impuso finalmente ese camino, y el 15 de diciembre de 1976 se aprueba vía referéndum la Ley para la Reforma Política presentada por Adolfo Suárez; dicha norma, que formalmente fue la octava Ley Fundamental del régimen franquista, representa a juicio de Jorge Witker la “cláusula derogatoria” de todo el aparato constitucional franquista, tanto por razones políticas, como estrictamente jurídicas³²¹.

El tránsito desde la dictadura a la democracia en España fue producto de tres procesos simultáneos: institucionales, es decir, las previsiones del ordenamiento institucional en orden a que España se definía como una monarquía social, católica y representativa, siendo Juan Carlos de Borbón el encargado de a su muerte al general Franco, con poderes absolutos; personales, en tanto el régimen se basaba en la figura insustituible e irrepetible del caudillo Francisco Franco, y económico-sociales,

³¹⁸ Witker, op. cit., pp. 48-49.

³¹⁹ Las inversiones del Instituto se dirigieron preferentemente a industrias relacionadas a la Defensa Nacional, investigación de recursos minerales, producción de energía (eléctrica y combustibles líquidos), transformación mecánica (vehículos industriales, aeronáuticos y astilleros navales) y al de transporte (Iberia). En 1978 el INI participaba directamente en 71 empresas y 250 filiales, con un capital de 17.000 millones de dólares, y empleando a 240.000 trabajadores. Véase: García de Enterría y Sánchez Morón, op. cit. e Instituto Nacional de Industria y Centro Europeo de Empresas Públicas, *Public Enterprise in Spain* (Madrid: autoedición, 1978): p. 89.

³²⁰ Véase: Pedro de Vega García, “La transición política española a la luz de los principios democráticos de legalidad, publicidad y racionalidad” en *Las experiencias del proceso político-constitucional en México y España* (México: UNAM, 1979): pp. 248 y ss.

³²¹ Witker, op. cit., pp. 51-52.

vinculado a la apertura económica iniciada en la década de los 60', y la vinculación con el mercado común europeo, países todos democráticos, por lo que el régimen autoritario español era un importante obstáculo para la inserción de la economía española en la economía europea.

Así, teniendo a la vista el modelo autoritario y autárquico, que propició un vigoroso intervencionismo estatal complementario a la actividad privada, y las características del tránsito de la autocracia a la democracia, es posible entender el modelo económico y social de la Constitución española de 1978.³²²

A juicio del profesor Witker,

*“[l]a Constitución de 1978, producto de una transición compleja, refleja en su articulado rasgos de ambigüedad en relación al modelo de organización económica y social. Es decir, que pese a recoger principios del constitucionalismo contemporáneo, carece de una parte que pudiera denominarse “constitución económica”. Por ello, puede afirmarse que la Constitución, al igual en parte que la mexicana, se inscribe en el marco de un código político, que dotado de neutralidad, entrega al Parlamento el contenido vía leyes, del tipo de modelo económico a establecer.”*³²³

Lo anterior, no obstante el preámbulo de la Constitución propone establecer un orden económico y social justo, y una digna calidad de vida en una sociedad democrática avanzada, cláusulas abiertas entregadas a la interpretación doctrinaria. El artículo 1.1. de la Constitución, en tanto, dispone:

“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”³²⁴

Dicha disposición, a juicio de Witker, reafirma la tesis de amplitud, en tanto introduce dos conceptos relativamente discrepantes, Estado social de derecho y Estado democrático de derecho, en tanto el primer concepto hace referencia al *Welfare State*, y el segundo se vincula al proyecto de transición hacia el socialismo, aparente antinomia que se resolvería en el concepto de “orden económico y social justo”, que apuntaría hacia un sistema de economía mixto, en donde convergen los intereses privados (capitalismo avanzado) con un sector público vigoroso que propicia una equitativa distribución de la riqueza y los ingresos, que concilia normas como el art. 33, I, que consagra la propiedad privada, art. 38 y otros que postulan una economía de mercado, con el art. 33, 3, que regula

³²² Witker, op. cit., pp. 52-54.

³²³ Witker, op. cit., p. 54.

³²⁴ Constitución española de 1978, art. 1 N° 1.

la expropiación en función del interés público, a los arts. 40, 1 y 2, y al 128, 2, que encomiendan funciones al Estado en materia de progreso social y económico, distribución equitativa de la renta regional, políticas públicas que tiendan al pleno empleo, y que reconocen la iniciativa pública en la actividad económica, admitiéndose reservas de sectores por ley.

La Constitución española acepta una vigorosa intervención estatal, que puede expandirse incluso a costa del sector privado, con la única limitación del reconocimiento de una economía de mercado. Con todo, y de acuerdo al art. 131, 2, la eventual expansión del sector público se vincula a la planificación de la economía. En la incorporación de la planificación económica, técnica propia de los regímenes socialistas, se advierte el carácter genuinamente mixto del modelo económico español.

Además de legitimar, en los hechos, un régimen de economía mixta, termina con el discutido principio de subsidiariedad en el art. 128, 2, y establece en diversas disposiciones un marco jurídico que permite a las leyes de desarrollo unificar criterios en torno al estatuto de la empresa pública.

Sintéticamente, el profesor Witker expone³²⁵ que la Carta Fundamental española establece: (i) habilitación constitucional expresa a la iniciativa estatal en la economía (art. 128, 2); (ii) subordinación de la riqueza al interés general (art. 128, 2); (iii) posibilidad de reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio (art. 128, 2); (iv) función estatal de promoción de las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución más equitativa de la renta regional y personal (art. 40); (v) legitimación constitucional de políticas públicas que tiendan al pleno empleo (art. 40); y (vi) cláusula de economía de mercado y libre empresa, con limitaciones (art. 38).

Adicionalmente, y legitimada la existencia de las empresas públicas, el art. 103 establece una serie de principios que debe observar la Administración pública, a saber: (i) eficacia, (ii) jerarquía, (iii) descentralización, (iv) desconcentración, (v) coordinación, (vi) sometimiento pleno a la ley y al derecho, (vii) creación, rectoría y coordinación de acuerdo a la ley, (viii) regulación legal del estatuto de los funcionarios públicos; (ix) acceso a la función pública de acuerdo a los principios de mérito y capacidad; y (x) estatuto de la función pública contempla peculiaridades en materia de sindicación, sistema de incompatibilidades, e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones. De ellos, descentralización, desconcentración y coordinación constituyen el marco operativo de las empresas públicas. El legislador se reserva el derecho de crear nuevas empresas públicas, y las regiones y comunidades autónomas para estructurar sectores públicos (art. 149).

³²⁵ Witker, op. cit., pp. 60-64.

Finalmente, señalar que hay una extensa regulación del control sobre la actividad empresarial pública, y que el art. 131 permite al legislador planificar la actividad económica general para atender las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y de su justa distribución”, en donde las empresas públicas constituyen uno de los instrumentos fundamentales, en coexistencia a las empresas privadas.

3.4.- El reflujo del Estado empresario en España.

En su periodo de mayor apogeo, el Estado empresario español alcanzó dimensiones más modestas que otros países europeos, al igual que la cobertura de necesidades sociales.³²⁶

El sistema empresarial público tuvo dos polos de desarrollo, el INI y el Ministerio de Hacienda, a través de la Dirección General de Patrimonio. Adicionalmente, otros ministerios también tuvieron centros menores de adscripción de empresas. A juicio de Ariño, en perspectiva muy crítica, el Estado empresario estuvo a medio camino entre un holding empresarial y una institución de protección social.³²⁷

La incorporación de España a la Unión Europea, sumado a la crisis del Estado de bienestar, obligó a gobiernos de distinto color político a adecuar la legislación en materia empresarial, reduciendo el tamaño y la cantidad de empresas públicas. Un ejemplo patento de lo anterior, fue la división de RENFE en dos empresas públicas: RENFE Operadora y ADIF. ADIF conservó la propiedad sobre las vías férreas y la infraestructura, mientras RENFE Operadora quedó a cargo de la gestión y explotación de dicha red ferroviaria. Esa división se efectuó con miras a privatizar en el futuro la explotación comercial de las vías ferroviarias españolas, lo cual no se ha concretado hasta la fecha.

4.- Francia

4.1.- Surgimiento y antecedentes de la empresa pública

Al igual que en España, en Francia el surgimiento y auge de la empresa pública se produce en el periodo histórico conocido como “de posguerra”, que se inicia tras el término de la segunda guerra mundial (1939-1945). De hecho, el concepto de empresa pública (*entreprise publique*) empieza a ser utilizado a partir de 1946, en el inventario del sector público industrial que fue realizado por

³²⁶ Gaspar Ariño Ortiz, *Empresa Pública, Empresa Privada, Empresa de Interés General*, (Pamplona: Thomson Aranzadi, 2007): p. 88.

³²⁷ Ariño, op. cit., p. 92.

instrucción del ministro de finanzas Robert Schuman.³²⁸ La aparición del término se da en el contexto del programa de nacionalizaciones. Hasta esa fecha se hablaba de “empresas nacionalizadas”.

Con todo, ya existían en el sector público francés entidades que realizaban actividad industrial o comercial. Se trata incluso de un sector industrial de larga data, que se remonta al “antiguo régimen”, correspondiendo a actividades que buscaban el desarrollo de tradiciones artísticas, como las Manufacturas de Gobelinos, de Sèvres o de Beauvais, u actividades que reportaban ingresos al Estado, como el tabaco, los fósforos o el correo, y los arsenales y astilleros, que construían armas y navíos para la defensa nacional.³²⁹

Todas esas actividades se realizaban *en régie*, concepto propio del derecho público francés. Hay *régie* cuando la persona jurídica responsable de un servicio público implementa por ella misma el proceso, es decir, organiza el servicio y asegura ella misma la dirección y el funcionamiento.³³⁰ Es decir, por medio de la gestión directa de las actividades por el órgano administrativo en cuestión.

En el transcurso del siglo XIX, el Estado francés retomó la gestión de líneas ferroviarias concesionadas pero deficitarias, a través de una ley que crea la administración de ferrocarriles del Estado (ley de 18 de mayo de 1878), dando paso a una nueva y relevante *régie* del Estado. Todas las antedichas *régies* eran consideradas como servicios públicos, como se aprecia por ejemplo en la célebre *arrêt Blanco*, en que se formaliza el concepto de servicio público. Pero no podemos hablar de empresa pública, pues dicho concepto para el derecho público francés requiere de una personalidad jurídica distinta del Estado, y de entidades sometidas en mayor medida a las reglas del derecho privado.³³¹

Tras la primera guerra mundial (1914-1918), a raíz de los bienes entregados por Alemania como compensación, en el marco del Tratado de Versalles, surgen los *offices industriels*, instituciones creadas especialmente para administrar las actividades industriales entregadas por Alemania en el Sarre, Alto Rin y la zona de Alsacia y Lorena, siendo el primero de ellos el *Office national industriel de l'azote* (oficina nacional industrial del nitrógeno). Esta fórmula fue creada para evitar la gestión directa por parte del Estado *en régie*, así como tampoco fue posible entregar la actividad en concesión, por lo que se optó por esta fórmula intermedia de un organismo autónomo.

³²⁸ Yean-Yves Chérot, *Droit Public Économique*, (Francia: Economica, 2007, 2^{da} Ed.): p. 468. Cfr. Pierre Delvolvé, *Droit public de l'économie*, (Francia: Précis Dalloz, 1998): p. 629.

³²⁹ Chérot, op. cit., pp. 469-470.

³³⁰ Francis-Paul Bénoit, *Le droit administratif français*, (Toulouse, Francia: editorial Dalloz, 1968): p. 818. Véase también: Jean Rivero, *Derecho Administrativo*, (Caracas, Venezuela: Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1984): p. 493 y ss.

³³¹ Chérot, op. cit., p. 470.

Varios *offices industriels* fueron creados, pero esta estructura entró en crisis. Por ello, a partir de 1937 se crea el *établissement public industriel et commercial* (EPIC) (establecimiento público industrial y comercial), forma jurídica muy empleada durante la nacionalización de empresas tras la segunda guerra mundial.

En el periodo de entreguerras aparecen además las sociedades de economía mixta, a través de sociedades anónimas con participación de capitales públicos y privados. Ellas permiten la gestión privada con control de la actividad por parte del Estado con un objetivo de interés general. Se trata de una fórmula utilizada en diferentes contextos económicos y sociales, destacando la sociedad Air France, constituida el 30 de mayo de 1933 por la fusión de cinco aéreas deficitarias y subvencionadas por el Estado. Misma fórmula se ocupó para compañías navieras, y para los ferrocarriles, mediante la creación de la *Société nationale des chemins de fer français* (SNCF) (sociedad nacional de ferrocarriles franceses) el 31 de agosto de 1937.

Durante el Frente Popular (1936-1938) se realizaron importantes nacionalizaciones de empresas, valiéndose de la fórmula de la sociedad de economía mixta, aunque con un capital mayoritario para el Estado francés.³³² En todo caso, no existió un régimen jurídico general de las empresas nacionalizadas, sino un ensamblaje dispar de estatutos variados. Así, algunas empresas conservaron su estatuto de sociedades comerciales, mientras otras se constituyeron en *régie*, y otras en establecimientos públicos industriales o comerciales.³³³

4.2.- Referencias normativas a la empresa pública.

El primer intento normativo de conceptualizar a la empresa pública se encuentra en el proyecto de estatuto general de empresas públicas de 1948, presentado al Parlamento por el gobierno de Henri Queuille, en aplicación de la ley 48-1268 de 1948, el que proponía definir a la empresa pública como “una persona moral dotada de autonomía financiera, y donde el capital está exclusivamente constituido por aportes en efectivo o en especies, hechos por el Estado, en vistas de su asignación para una actividad comercial, industrial o agrícola. Ejerce su actividad conforme a las leyes y costumbres del comercio.”³³⁴ Dicho proyecto no fue discutido por el Parlamento, pero constituye un texto de referencia obligada.

Se abre un periodo en el que diversos cuerpos legales franceses conceptualizan a la empresa pública de manera sensiblemente diferente. Esa incertidumbre en la definición de empresa pública se

³³² Chérot, op. cit., p. 472.

³³³ Benoît, op. cit., p. 266.

³³⁴ Chérot, op. cit., p. 473.

aprecia en diversas interpretaciones del Consejo de Estado, el que consigna “la ausencia de toda definición general de la empresa pública susceptible de imponerse”³³⁵

Esta disparidad de criterios legales y jurisprudenciales queda en evidencia en la doctrina del periodo, en que autores como Jean Dufau, Georges Delion y Michel Durupty emprenden el esfuerzo de arribar a un concepto único de empresa pública.

4.3.- El art. 34 de la Constitución francesa y el concepto de sector público.

Un último elemento para dar cuenta del panorama normativo de la empresa pública en Francia se obtiene al analizar el artículo 34 de la Constitución de la quinta república:

“Artículo 34. Las leyes serán votadas por el Parlamento. [...]”

La ley fijará asimismo las normas referentes:

[...]

A la creación de categorías de entes públicos

[...]

A las nacionalizaciones de empresas y transferencias de la propiedad de empresas del sector público al sector privado. [...]”

El criterio de distinción entre sector público y sector privado a que alude el Texto Fundamental fue fijado por el Consejo de Estado, siendo la base para toda la política del sector público a partir de la vigencia de la Constitución del 4 de octubre, en lo que concierne al reparto de competencia entre la ley y el reglamento para fijar las reglas relativas a la transferencia de empresas desde el sector público al sector privado.

En una primera etapa jurisprudencial respecto al alcance del concepto de sector público, el Consejo de Estado francés examinó un decreto del Comisariado de la Energía Atómica que autorizaba la creación de la *Compagnie Générale des Matières Nucleaires*, COGEMA (compañía general de asuntos nucleares), transfiriéndole todos los activos relativos a la explotación comercial de la energía atómica, aunque conservando el Comisariado el 100% del capital social de COGEMA, y previendo que debería conservar siempre más del 50% del capital social. Así, el asunto sometido a conocimiento del Consejo de Estado consistía en determinar si la operación implicaba una transferencia desde el sector público hacia el sector privado. Dicha magistratura resolvió que, debido a que el decreto estipulaba que

³³⁵ Conseil d’Etat, 10 de julio de 1972, compañía Air Inter. Véase: Chérot, op. cit., p. 473.

el Comisariado conservaría siempre la mayoría del capital social, así como mayoría en el consejo de administración de la sociedad, ella pertenece al sector público, asentando de esa forma un importante criterio: la propiedad de más del 50% del capital social por parte del Estado francés implica la pertenencia al sector público. Si el decreto en cuestión no estableciera dicha reserva accionaria, sería inconstitucional, al vulnerar el art. 34 de la Constitución francesa.³³⁶

En una segunda etapa, el Consejo examina más detenidamente el criterio establecido en el caso de COGEMA. Por ejemplo, en 1998, el Consejo examinó una serie de acciones efectuadas por el Estado francés sobre el capital de la sociedad *Dassault Aviation*, arribando a la conclusión de que la tenencia directa por parte de una persona moral de derecho público de más de la mitad del capital no es necesariamente garantía de mayoría en término de poderes, toda vez que, puede ocurrir, que una mayoría de derechos de voto en las asambleas de accionistas no sea rigurosamente equivalente a la tenencia de la mayoría del capital social.³³⁷

4.4.- Consolidación del concepto.

Como hemos visto, en el derecho público francés coexisten numerosos conceptos y modalidades para el desarrollo del Estado empresario, el cual alcanzó una vasta extensión durante el siglo XX. Una primera aproximación da cuenta que “las instituciones llamadas empresas públicas fueron creadas para asegurar una cierta flexibilidad de gestión para actividades que no se deseaba transformar, por su control por parte del Estado, en actividad administrativa”³³⁸. Dentro de esa aproximación se ubican figuras jurídicas diversas, como el *office industriel*, el *établissement public industriel et commercial*, la *société d'économie mixte* y las *sociétés nationales*.

Como vimos en el apartado anterior, existió en el proyecto de estatuto de 1948 un intento de conceptualizar a la empresa pública, el que no prosperó en el Parlamento francés.

Producto de lo anterior, en el derecho público francés podemos encontrar un archipiélago de instituciones diversas que en rigor desarrollan actividad empresarial, y que son el resultado de la acumulación de instituciones creadas en épocas diferentes, que representan un conjunto dispar de estatutos, organización, regímenes jurídicos. Sin embargo, es posible distinguir algunos grandes tipos³³⁹:

³³⁶ Conseil d'Etat, 24 de noviembre de 1978, sindicato nacional del personal de la energía atómica. Véase: Chérot, op. cit., pp. 476-478.

³³⁷ Véase: Chérot, op. cit., p. 480.

³³⁸ Chérot, op. cit., p. 481.

³³⁹ Chérot, op. cit., pp. 483-487.

a) Las empresas en la forma de establecimientos públicos y las empresas públicas en la forma de sociedad.

b) Las empresas públicas que gestionan un servicio público.

c) Empresas públicas que disponen de derechos exclusivos o monopólicos y empresas públicas del sector competitivo.

d) Empresas públicas de primer rango (“matrices”) y filiales.

e) Empresas públicas locales.

4.5.- Las privatizaciones.

La política de privatización de empresas del sector público en Francia fue muy fuerte. El retroceso del sector público tiene un punto de inflexión en 1986, con la dictación de la ley 86/793, de 2 de julio de 1986, cuerpo normativo que da un tratamiento diferenciado al caso de la desnacionalización y de transferencia al sector privado de empresas públicas de primer rango o matrices, del caso de transferencia al sector privado de filiales y subfiliales de empresas públicas de primer rango, radicando en el segundo caso la decisión de transferencia en la decisión de los dirigentes de las empresas públicas. De igual forma, flexibiliza el proceso de aumento de capital.

Dicha ley estableció las reglas base para el proceso de privatizaciones, y en su artículo 4º previó expresamente la transferencia al sector privado de 65 empresas públicas, aunque dicho proceso se vio detenido por el triunfo en las elecciones presidenciales de 1988 del socialista François Mitterrand, quien logró constituir un gobierno de izquierda, y quien prometió que no habría ni nacionalizaciones ni privatizaciones durante su mandato. De las 65 empresas, sólo 13 alcanzaron a ser transferidas al sector privado: la compañía *Saint-Gobain*, *Paribas*, *Société générale alsacienne de banque*, la *Banque du bâtiment et des travaux publics*, la *Banque industrielle et mobilière privée*, *CCF*, *CGE*, la agencia *Havas*, la *Société Générale*, la *Mutuelle Générale Française Accident* y la *Mutuelle générale française vie*, la *Compagnie financière de Suez*, y la *Société Matra*. Si bien se trata de un reducido número de empresas, muchas de ellas revisten gran importancia en el mercado local e internacional.

Tras las elecciones legislativas de 1993 (las elecciones “de medio tiempo”), la izquierda perdió de forma abrumadora el control del Parlamento, el que quedó en manos de la centroderecha. Se produciría la segunda cohabitación de la era Mitterrand, al reemplazar como Primer Ministro al socialista Pierre Bérégovoy por el *gaullista* Édouard Balladur, quien reimpulsó el programa de

privatizaciones iniciado de forma fallida en 1986. Para ello, debió aprobar una ley, la 93-923, de 19 de julio de 1993, la que en su artículo 2-1 dispuso la transferencia del sector público al sector privado de una lista de 21 grupos de empresas, las cuales al año 1993 controlaban 1760 empresas. Entre esos 21 grupos destacan firmas como *Aérospatiale*, *Société nationale industrielle*, *Air France*, *BNP*, *Compagnie générale maritime*, *Régie nationale des usines Renault*, *Société nationale Elf Aquitaine*, y *Thomson S.A.*

La ley precedentemente mencionada fue complementada por la ley 96-314, de 12 de abril de 1996, que agregó nuevas empresas a la lista, la ley 2003-1365, de 31 de diciembre de 2003, que dispuso la privatización de *France Télécom*, y la ley 2006-1537, que sumó a la lista a *Gaz de France*.

El programa de privatizaciones de 1993 fue activamente realizado por los gobiernos de Édouard Balladur y Alain Juppé. Tras las elecciones legislativas de 1997, forma gobierno Lionel Jospin, socialista, quien no detiene el programa de privatizaciones, pero lo reorienta. A fines de 2001, del listado original de 1993, solo *Air France*, la *Société Nationale d'Étude et de Construction de Moteurs d'Avion*, *SNECMA* y la *Caisse Centrale de Réassurance* se mantienen en poder del Estado francés. El Estado perdería el control de *Air France* mediante la operación de fusión con la aerolínea neerlandesa *KLM*, mientras *SNECMA* daría paso a la sociedad “*Safran*”, con un 36% de su paquete accionario controlado por el Estado.

La era de las privatizaciones ha significado también el decline del EPIC y de las *Sociétés Nationales*.³⁴⁰

Pese al fuerte declive del Estado empresario en Francia, y como plantea Yean-Yves Chérot, “si hay un escollo a evitar absolutamente cuando estudiamos las empresas públicas, es el de considerar que ellas constituyen una modalidad llamada a desaparecer y, por tanto, no sería necesario por consecuencia de ocuparse seriamente de ellas en el futuro”³⁴¹, pues pese a la intensidad de la política de privatizaciones, el número de empresas públicas aún existente en Francia es muy relevante, así como la garantía de la propiedad pública en el cuadro de actividades de servicio público se encuentra fuertemente anclada en el ideario político, así como en el Preámbulo de la Constitución de 1946.

5.- Argentina

La CEPAL identificaba en 1976 tres etapas en la evolución del Estado empresario en la Argentina. Un primer periodo que abarcaba desde la declaración de independencia (1816) hasta la gran crisis económica de 1930, que denomina “de intervención esporádica”. Un segundo periodo que se

³⁴⁰ Chérot, op. cit., pp. 495-501.

³⁴¹ Chérot, op. cit., p. 487.

prolonga desde la gran crisis hasta la revolución de 1943, en que surge una “intervención reguladora” de la economía, y una tercera etapa que identifica como de “intervención generalizada del Estado en la economía”.³⁴² A esas tres etapas estimamos necesario agregar otras dos: dictadura militar y privatizaciones y recuperación del sector estatal, que han marcado la evolución de la historia económica argentina en las últimas décadas.

5.1.- La intervención estatal esporádica en la economía

Los orígenes de la actividad empresarial pública en Argentina se remontan a la creación en 1822 del Banco de la Provincia de Buenos Aires, que en 1826 fue transformado en el Banco de las Provincias Unidas de Río de la Plata (conocido coloquialmente como Banco Nacional), de capitales mixtos (fondos estatales y fondos aportados por particulares).³⁴³

Durante este periodo, el pensamiento liberal hegemoniza el panorama político y teórico trasandino, atribuyéndose a los particulares la preferencia para el desarrollo de actividad económica. Con todo, existió intervención estatal esporádica en ciertas áreas de la economía, fundada su conveniencia en razones como la integración nacional, que justificó la creación de bancos de titularidad pública, y luego de ferrocarriles y telégrafos; la defensa nacional, que explicó el desarrollo de armamento, y de sus insumos básicos; y en la última fase la búsqueda de independencia económica, un mayor control estatal sobre actividades económicas básicas, y razones coyunturales que demandaron la creación de ciertas industrias públicas.

Pese a lo que ocurría en los hechos, la Constitución argentina de 1853 era marcadamente liberal, al punto que Juan Bautista Alberdi sostuvo que en ella no era posible encontrar disposición alguna que atribuya a alguna rama del gobierno facultades para ejercer el comercio, la agricultura o las manufacturas por cuenta del Estado.³⁴⁴

La actividad empresarial pública, en esta primera etapa, se concentró en tres áreas: (i) bancos, (ii) servicios públicos, tales como telégrafos, ferrocarriles, correo y agua corriente, (iii) empresas industriales y comerciales

³⁴² CEPAL, *Las empresas públicas en la Argentina, documento interno de trabajo para comentarios y observaciones* (Buenos Aires, Argentina: CEPAL, 1976): pp. 1, 30 y 47. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/28556/CEPALba105_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y

³⁴³ Provincias Unidas del Río de la Plata, *Registro Nacional, libro II*, (Buenos Aires: Imprenta de los Expósitos, 1826)

³⁴⁴ Juan Bautista Alberdi, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, (Buenos Aires, Argentina: Editorial Raigal, 1954): p. 108.

5.2.- La intervención reguladora en la economía.

De acuerdo con lo estudiado por la CEPAL, dos acontecimientos mundiales tuvieron gran repercusión en el curso de la economía argentina, la gran crisis económica de 1929 y la segunda guerra mundial, dando paso a una nueva etapa económica, en que la intervención estatal deja de perseguir el desarrollo de áreas puntuales, y empieza a perseguir regular la economía.

La gran crisis económica, que marcó la década de 1930, quebró el modelo de desarrollo concebido en el siglo XIX, y que se basaba principalmente en la exportación de materias primas, en particular del campo agropecuario. Así, para controlar la crisis y estabilizar los ingresos de dicho sector, se hizo necesaria la creación de diversos órganos reguladores, tales como las Juntas Nacionales de Granos, de la Yerba Mate, de Carnes, y del Algodón, y la Corporación Argentina de Productores de Carne, organización de naturaleza jurídica *sui generis*, al constituir una cooperativa de afiliación forzosa para los productores, por expreso mandato legal.

La segunda guerra mundial, por su parte, impulsó la creación de la Dirección General de Fabricaciones Militares y de la Flota Mercante del Estado.

Finalmente, y a fin de ordenar el caótico sector de los transportes en el Gran Buenos Aires, la ley N° 12.311, de 1936, autorizó la creación de la Corporación de Transportes de la Ciudad de Buenos Aires, con potestades tanto de coordinación entre los medios de transporte públicos privados existentes, como para crear nuevos servicios e transporte público. Dicha corporación asumió la forma jurídica de empresa mixta.

Cabe precisarse que, todas las transformaciones económicas se llevaron a cabo bajo la vigencia de la Carta liberal de 1853.

5.3.- La intervención estatal generalizada en la economía

La ruptura definitiva se produce en 1943, con ocasión del movimiento militar del 4 de junio de ese año, y con el ascenso al poder del General Juan Domingo Perón, quien impulsó un gobierno abiertamente intervencionista en lo económico.

La CEPAL identifica, a su vez, tres sub etapas en este periodo, a saber: (i) entre 1943 y 1955 se produce una masiva estatización de empresas concesionarias de servicios públicos, propiedad de grupos económicos extranjeros, creándose además numerosas empresas públicas en sectores estratégicos de la economía; (ii) entre 1955 y 1966 se reestructura el Estado empresario, con el cierre de ciertas empresas estatales y la apertura de otras; y (iii) entre 1966 y 1976 se produce un nuevo impulso, mediante la creación de industrias básicas de titularidad estatal

Durante el primer subperiodo (1943-1955) se dictaron las primeras normas legales generales para regular la actividad empresarial pública. El primer régimen jurídico orgánico fue establecido por el decreto ley N° 15.349/46, ratificado mediante la ley N° 12.962.

En 1949 se produce una importante reforma a la Constitución de 1853, la que incorporó los principios económicos fundamentales de las nuevas políticas públicas en el capítulo IV de dicho texto fundamental, entre ellos la función social de la propiedad, el capital y la actividad económica. El artículo 40° de la Constitución se consagró el rol empresarial del Estado, y el monopolio estatal respecto de algunas actividades productivas, mediante simple habilitación legal.

Dicho precepto señalaba lo siguiente:

“La organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social. El Estado, mediante una ley, podrá intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguardia de los intereses generales y dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales asegurados en esta Constitución. Salvo la importación y exportación, que estarán a cargo del Estado, de acuerdo con las limitaciones y el régimen que se determine por ley, toda actividad económica se organizará conforme a la libre iniciativa privada, siempre que no tenga por fin ostensible o encubierto dominar los mercados nacionales, eliminar la competencia o aumentar usurariamente los beneficios.

Los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedad imprescriptibles e inalienables de la Nación, con la correspondiente participación en su producto que se convendrá con las provincias.

Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaran en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine.

El precio por la expropiación de empresas concesionarios de servicios públicos será el del costo de origen de los bienes afectados a la explotación, menos las sumas que se hubieren amortizado durante el lapso cumplido desde el otorgamiento de la concesión y los excedentes

*sobre una ganancia razonable que serán considerados también como reintegración del capital invertido.*³⁴⁵

A fin de complementar la transformación constitucional, se dictó la Ley N°13.653 de 1949, la que estableció el marco jurídico de las entidades descentralizadas de la Administración. Dicha norma entrega una definición de empresas del Estado en su artículo primero:

*“A los efectos de la presente ley se entiende por "Empresas del Estado" las entidades descentralizadas de la administración nacional, que cumplen funciones de índole comercial, industrial o de prestación de servicios públicos de carácter similar.”*³⁴⁶

Dicho cuerpo legal daba amplia autonomía a las empresas del Estado, aunque sometiéndolas al control del Ejecutivo. Al régimen jurídico que establecía se fueron incorporando paulatinamente casi todas las empresas públicas.

En el segundo subperiodo (1955-1966) se produce un giro importante en materia de política económica, que implicó un reordenamiento del sector empresarial estatal, por medio de la liquidación de múltiples empresas y creación de otras.³⁴⁷

En el tercer subperiodo (1966-1976) destaca la dictación de normas legales de mucha significación. Como vimos, la primera ley de empresas del Estado de 1949 daba amplia autonomía, la que tras varias modificaciones empezó a verse entorpecida. Se creía que los problemas de gestión se originaban en el carácter de personas de derecho público de las empresas, que les hacía aplicables las normas administrativas y de control, entorpeciendo la gestión comercial o industrial. Por ello se proyectó un régimen jurídico que permitiera encuadrar a las empresas públicas en las normas de derecho privado, posibilitando la concurrencia de capital privado. En esa línea se dictó el decreto ley 17.318 de 1967, que creó las sociedades anónimas con mayoría estatal, el cual sólo establece excepciones respecto de los requisitos del Código de Comercio y el requisito de que el Estado debe mantener al menos el 51% de las acciones, requiriéndose ley especial para reducir ese porcentaje. Dicho régimen se mantuvo hasta 1972, cuando se dictó la ley de sociedades comerciales.

Debido a que múltiples grandes empresas se acogieron a este nuevo régimen, se suscitaron fuertes críticas debido a la inclusión de grandes empresas. Ello motivó la dictación en 1974 de la Ley N° 20.705, que aprobó el régimen de Sociedades de Estado, la cual evitaba las trabas e inconvenientes del régimen de las empresas del Estado, pero aseguraba al mismo tiempo el carácter totalmente estatal

³⁴⁵ Constitución de la Nación Argentina (1949). Véase: http://www.jus.gob.ar/media/1306658/constitucion_1949.pdf

³⁴⁶ Ley N° 13.653, art. 1°.

³⁴⁷ CEPAL, op. cit., p. 100.

de la empresa, superando así las críticas a la sociedad anónima con mayoría estatal. Con todo, dicho régimen tuvo corta aplicación y casi ninguna empresa se acogió a él.³⁴⁸

Destaca también en dicho subperiodo la creación de empresas públicas binacionales, constituidas por asociación con el gobierno de alguno de los países limítrofes.³⁴⁹

5.4.- Dictadura y privatizaciones

El cuarto periodo se inicia en 1976, con el advenimiento de la dictadura cívico-militar argentina conocida como “proceso de reorganización nacional”, que en materia económica siguió los lineamientos económicos de la llamada “escuela de Chicago”, que ya se aplicaban en Chile, alineándose luego con las políticas económicas de los gobiernos de Ronald Reagan en Estados Unidos, y de Margaret Thatcher en Reino Unido.

En concreto, dicho régimen autoritario confió la gestión económica a José Alfredo Martínez de Hoz, quien impulsó medidas de corte neoliberal o monetarista. En concreto, llevó a cabo una rebaja arancelaria, a fin de promover las “ventajas comparativas”, lo que derivó en un alza de las importaciones y la quiebra de numerosas empresas industriales. Se apoyó en dos pilares: la redefinición de la relación entre capital y trabajo, prohibiendo la huelga y los sindicatos, y congelando el alza de los salarios, todo lo cual afectó considerablemente la calidad de vida de los trabajadores, y dentro del capital, la transferencia de ingresos desde las pequeñas y medianas empresas, hacia aquellas de mayor tamaño, propendiendo a la concentración económica.³⁵⁰

El “giro neoliberal” se profundiza en el gobierno de Carlos Saúl Menem (1989-1999), del Partido Justicialista, tienda política que se había opuesto en el anterior gobierno de Raúl Alfonsín, de la Unión Cívica Radical, a las privatizaciones de empresas públicas.

Menem, a poco de asumir, logró la aprobación legislativa de un ambicioso programa de privatizaciones, mediante la sanción de la ley N° 23.969, de Reforma del Estado, la cual hizo posible un programa de privatizaciones mucho más amplio y rápido que los llevados a cabo por otros países.³⁵¹ Entre 1990 y 1991 “se privatizaron las empresas de telecomunicaciones, de aeronavegación, tenencias accionarias en la industria petroquímica, áreas centrales y secundarias de la explotación petrolífera, más un tercio de la red nacional de carreteras, más 5.000 Km de ramales ferroviarios, entre otras. En

³⁴⁸ CEPAL, op. cit., p. 112.

³⁴⁹ CEPAL, op. cit., pp. 128-131.

³⁵⁰ Cfr. Eduardo Basualdo, El proceso de privatización en la Argentina. La renegociación con las empresas privatizadas. Revisión contractual y supresión de privilegios y de rentas extraordinarias, (Buenos Aires, Argentina: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Argentina. Área de Economía y Tecnología, 2002): pp. 16-17.

³⁵¹ Daniel Azpiazu y Adolfo Vispo, “Algunas enseñanzas de las privatizaciones en Argentina”, *Revista de la CEPAL* 54 (1994): p. 130.

1992 y 1993 las privatizaciones llegaron al sector energético (transporte y distribución de gas natural, Obras Sanitarias de la Nación, elevadores portuarios, siderúrgicas, parcialmente YPF, entre otros).

En cuanto a los principales efectos macroeconómicos de dicho proceso, Azpiazu y Vispo señalan que ellos fueron un impacto fiscal importante en los ingresos fiscales, aunque por una única vez; desde la perspectiva de los egresos fiscales, el Estado se vio favorecido al dejar de financiar los déficit de ciertas empresas, aunque en muchos casos debió hacerse cargo del endeudamiento de las empresas privatizadas. A raíz de ello, estiman que resulta difícil cuantificar con precisión el impacto fiscal global de las privatizaciones; en cuanto a la valoración de los activos privatizados, se estima una considerable subvaluación de los activos públicos, y que si bien los ingresos de las privatizaciones impactaron positivamente en las finanzas del sector público, la persistencia de desequilibrios estructurales, así como los costos implícitos del proceso ya enunciados, presagiaban que el efecto positivo tendería a diluirse.³⁵²

En cuanto a los efectos en el sector externo, indican que “[e]l principal efecto positivo de las privatizaciones –el ingreso de capitales–, se verifica exclusivamente durante el proceso de “desestatización” de las empresas públicas. Sin embargo, a medida que éstas son transferidas al sector privado, toma forma otro efecto, de carácter permanente y signo contrario, sobre la balanza de pagos. Se trata de la remisión de utilidades y dividendos al exterior por parte de los consorcios adjudicatarios de las empresas privatizadas”³⁵³.

Respecto de la estructura de precios, las privatizaciones implicaron una cesión a determinados segmentos del sector privado de buena parte del poder regulatorio sobre mercados que asumen un papel protagónico sobre la competitividad de la economía en su conjunto. Por otro lado, supuso un estímulo moderado a la formación de capital, que tendió a diluirse rápidamente.

Otro rasgo sobresaliente del programa de privatizaciones fue la propulsión de la concentración y centralización del capital, llevando a “una acentuada concentración de la propiedad de las empresas y de las áreas “desestatizadas” en un reducido número de agentes económicos. Y por otro, a la sobrevivencia y reforzamiento de monopolios –u oligopolios– legales, con la consiguiente consolidación de mercados protegidos, en condiciones que aseguran bajos o nulos riesgos empresariales, y amplios márgenes de libertad para la fijación de tarifas.”³⁵⁴

³⁵² Azpiazu y Vispo, op. cit., pp. 131-133.

³⁵³ Azpiazu y Vispo, op. cit., p. 133.

³⁵⁴ Azpiazu y Vispo, op. cit., p. 138.

Finalmente, y sintetizando los objetivos y resultados del programa de privatizaciones, llegan a las siguientes conclusiones: (i) en cuanto al estímulo de la inversión en las empresas privatizadas, y su efecto multiplicador, la formación de capital fue ínfima, además de una escasa inversión; (ii) respecto de la resolución definitiva de los desequilibrios fiscales, el efecto inicial positivo se vería neutralizado en el mediano o largo plazo, afectando especialmente la subvaluación de los activos fiscales; (iii) en relación a la reducción significativa del endeudamiento externo, no se produjo, al recurrirse nuevamente al endeudamiento externo; (iv) sobre la incorporación de nueva tecnología, mejora de gestión, calidad de servicios y bienes ofrecidos a la comunidad, solo se estima que las mejoras hasta la fecha son mínimas, en relación al deterioro previo de las empresas y servicios privatizados; (v) finalmente, en cuando a un cambio global de las reglas del juego empresarial, sólo se ha fortalecido el poder de los mismos agentes económicos que crecieron al amparo de la promoción industrial, de la estatización de la deuda externa privada, y de la compras de bienes y servicios por el sector público, incrementando su poder de cabildeo y acrecentando su poder sobre los precios relativos y distribución de la riqueza, no generándose una nueva clase empresarial basada en el emprendimiento, sino consolidándose el poder de mercado de unos pocos grupos.³⁵⁵

5.5.- La recuperación del sector estatal

En la quinta etapa de la historia argentina, que se inicia con el gobierno de Néstor Kirchner (2003-2007) y se prolonga en el de Cristina Fernández de Kirchner (2007-2015), se revierte la tendencia de las décadas precedentes, con un fortalecimiento del sector estatal, que incluyó renacionalizaciones.

En este sentido, a partir del año 2003, cambia la matriz económica y productiva argentina. El Estado comienza a incrementar su participación en la actividad empresarial y a recuperar su rol, no sólo como productor de bienes y servicios, sino también y fundamentalmente, como “promotor del desarrollo sustentable, custodio de la gobernabilidad democrática y defensor de la equidad distributiva”³⁵⁶. Bajo esta premisa, se produjo un crecimiento efectivo del sector productivo estatal. En el período 2003-2015 se incorporaron 13 nuevas empresas públicas, destacando la recuperación de los ferrocarriles argentinos por parte del Estado.

Un contrapunto en ese cambio de paradigma económico lo constituye el gobierno de Mauricio Macri (2015-2019), quien intentó una reorientación neoliberal durante su mandato, de forma

³⁵⁵ Azpiazu y Vispo, op. cit., pp. 145-146.

³⁵⁶ Agustina Valsangiacomo, Magali Brosio, Felipe Montano y Paula Núñez, *Mapeo de Empresas Públicas en Argentina: 2003-2015 Principales características e impacto económico*, (Buenos Aires: CIPPEC, 2016): p. 16. . http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic5_arg_resp_insitu_soci_ane1.pdf

infructuosa, al ser derrotado en su intento de reelección en 2019 por Alberto Fernández, antiguo colaborador del gobierno de Néstor Kirchner, quien retomó la agenda económica de sus predecesores.

6.- Actividad empresarial pública internacional y asociación internacional ¿empresa pública binacional?

6.1.- Empresas públicas en el mercado internacional

Si bien la empresa pública nace como instrumento de acción directa del Estado en la vida económica, con un marcado perfil territorial o nacional, centrándose en la producción de bienes y servicios para el mercado interno, supliendo los vacíos dejados por las empresas privadas, en la medida que las economías nacionales se articulan a la economía internacional, las actividades de las empresas públicas se proyectan extraterritorialmente, convirtiéndose en sujetos activos de comercio exterior.³⁵⁷ En 1982, Jorge Witker identificaba tres áreas en que las empresas estatales estaban ingresando al mercado internacional, a saber: (i) la industria extractiva, debido a la creciente tendencia de muchos países para asumir directamente dicha área, así como su posterior comercialización; (ii) un segundo grupo lo constituían las empresas públicas de manufacturas; y (iii) un tercer grupo constituido por el sector servicios, en especial en materia de transporte marítimo y aéreo. La entrada de empresas públicas a un mercado tradicionalmente controlado por empresas privadas suponía variados desafíos desde el punto de vista jurídico internacional, algunos de los cuáles son abordados por Witker.³⁵⁸

El marco jurídico del comercio internacional se encuentra constituido, fundamentalmente, por el Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT), organismo internacional de compleja naturaleza jurídica establecido el 1º de enero de 1948 por veintitrés países, y modificado en varias ocasiones. Presenta un marcado carácter neoliberal, al plantear la multilateralización de los intercambios mercantiles por la vía de desgravaciones, reducciones arancelarias negociadas, propiciándose el libre flujo de productos entre países, utilizándose para ello reducciones arancelarias. Bajo ese esquema, las empresas públicas (o estatales) son visualizadas como “obstáculos” que entorpecen el libre juego de las reglas mercantiles internacionales, ajenas a la mecánica liberal privatista que orienta al GATT.

Bajo ese marco normativo, que se ha visto fortalecido con el paso de los años, y la fundación de la Organización Mundial de Comercio durante la ronda de Uruguay

³⁵⁷ Witker, op. cit., p. 199.

³⁵⁸ Witker, op. cit., pp. 199-200.

6.2.- La empresa pública multinacional

Otra arista del fenómeno de la internacionalización de la empresa pública se encuentra en la denominada empresa mixta, binacional o multinacional, en la que como su nombre lo indica concurren dos o más naciones a su formación.

A nivel teórico-jurídico, la empresa mixta se vincula a las experiencias de las “empresas multinacionales andinas” y las “empresas multinacionales del Sistema Económico Latinoamericano (SELA).³⁵⁹

Respecto de la primera de estas experiencias, el Pacto Andino surge en 1969, como una experiencia de integración en el contexto de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), luego Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), mediante la suscripción del Tratado de Cartagena por Chile, Colombia, Perú, Ecuador, Bolivia y Venezuela. En la decisión 46 vinculada a ese instrumento se diseña la “empresa multinacional andina”, con las siguientes características: (i) las empresas creadas deben entenderse ligadas a la promoción del desarrollo económico regional, (ii) en cuanto a las áreas de integración económica, la empresa pública se vincula al tamaño del Estado en los respectivos países, (iii) se insertaron en un contexto de fracaso de iniciativas de desarrollo socioeconómico de la región, como por ejemplo la Alianza para el Progreso, (iv) una de sus notas distintivas es la calificación de la empresa, que corresponde al capital, según se desprende de la decisión 46.

³⁵⁹ Witker, op. cit., pp. 229-230.

CAPÍTULO IV. Concepto actual, taxonomía y características de la Empresa Pública

En los capítulos precedentes hemos revisado la fundamentación teórica detrás de la actividad empresarial del Estado, el marco constitucional, legal y reglamentario de la empresa pública en Chile y hemos dado una mirada a cuatro ordenamientos jurídicos pertenecientes a nuestra misma tradición jurídica.

En este capítulo, y basándonos para ello en lo precedentemente anotado, buscaremos conceptualizar la empresa pública, indagar en su “taxonomía” y describir sus características, en tanto institución jurídica.

1.- La actividad de la Administración: títulos, formas y técnicas

Previo a conceptualizar la empresa pública, revisaremos doctrinariamente el concepto de “actividad de la Administración”, parcela del Derecho Público en la que a nuestro juicio se encuadra el fenómeno de la empresa pública, al menos desde el punto de vista jurídico. Al respecto, Brigitte Leal señala que:

“[L]a actividad de la Administración es entendida como la serie de mecanismos o cauces por medio de los cuales sus potestades se manifiestan, con la finalidad de dar fiel cumplimiento a los objetivos propios de la comunidad, cuya protección y defensa corresponden al Estado. La actividad de la Administración tiene como finalidad esencial satisfacer necesidades públicas, las cuales varían constantemente a lo largo del tiempo. El cumplimiento de estas finalidades explica por qué ella actúa en los más diversos aspectos de la ordenación de la vida en sociedad”³⁶⁰

La misma autora indica que:

“[N]o ha sido el ordenamiento jurídico ni mucho menos el desarrollo doctrinario de esta disciplina los que han definido los cauces que ella ha debido transitar. Por el contrario, la actividad administrativa se ha forjado a la luz de la realidad social. Lo anterior puede explicar, en buena medida, la gran dificultad a la cual se ha enfrentado la doctrina a la hora de establecer categorizaciones que ilustren de una manera más o menos ordenada esta realidad. Los intentos no han sido escasos, ni tampoco en vano. A pesar del escenario

³⁶⁰ Brigitte Leal Vásquez, “La potestad de inspección de la Administración del Estado”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N° 56 (2015): p. 24.

Corresponde a la memoria de prueba homónima, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (profesor guía: Carlos Carmona Santander), que obtuvo el primer lugar del Premio Tribunal Constitucional 2014.

*relatado, existe una cierta uniformidad en torno a los criterios de clasificación, al menos, en la tradición propia del derecho continental.*³⁶¹

En su misma línea, José Luis Villar Ezcurra plantea que la actividad de la Administración hace referencia “a los cauces a través de los cuales se manifiestan las potestades que le atribuye el [o]rdenamiento jurídico y que asumen la forma externa de normas, actos o contratos”³⁶²

El autor plantea que se debe profundizar sobre el contenido específico de estas tres clases de potestades, indagando respecto del cómo, cuándo y por qué la Administración despliega su actividad. Previo a esa indagación, se plantean una serie de premisas que sustentan el planteamiento posterior, a saber: (i) el Derecho Administrativo no nace a raíz del constitucionalismo, sino que es un producto histórico, de sedimentación de técnicas y formas de actuar. La mayor parte de las técnicas utilizadas por la Administración –sostiene Villar– tienen origen en etapas anteriores al constitucionalismo; (ii) que es atribuible al constitucionalismo y al Estado de Derecho la justificación de toda actuación administrativa en un sólo título, el principio de legalidad y la cobertura constitucional de la actividad administrativa, ocupando la Administración una posición “vicarial” subordinada a la Ley, siendo sus privilegios consecuencia del interés público que representa, finalmente, la Administración sólo podrá actuar mediante el ejercicio de potestades³⁶³ previamente atribuidas por el ordenamiento jurídico, radicando en ello la razón última que justifica su actuación; así, en suma, Ley, interés público y potestad constituyen la tríada de elementos que dan cobertura a la actuación administrativa; (iii) la explicación del cómo, el dónde y el por qué actúa la Administración requieren de otros criterios puramente instrumentales, a modo de andamiaje, que permiten explicar la existencia de formas diferentes en la actuación administrativa. Advierte finalmente Villar Ezcurra que las mayores disputas doctrinales al abordar el problema de la actuación administrativa radican en la forma de entender la relación entre el Estado (o los “poderes públicos”, más genéricamente) y la sociedad civil. Ello se expresa en la formulación de dos conceptos que representan dos modos de concebir la relación Estado-Sociedad. De un lado “interés público”, que se concibe, en sí, como algo diferente a la mera suma de intereses privados y cuya determinación se deja, en algunos casos, a la propia Administración (aunque, en otros, es directamente definido por el propio legislador). De otro, como “interés general” que viene

³⁶¹ *Ibíd.*

³⁶² José Luis Villar Ezcurra, *Derecho Administrativo Especial. Administración pública y actividad de los particulares*, (Madrid: Civitas, 1999): p. 21.

³⁶³ Concepto originalmente desarrollado por Santi Romano. Véase: Santi Romano, *Fragments de un diccionario jurídico*, (Granada, España: Editorial Comares, 2002); véase también: Emilio Suñe Llinas, “La potestad, con especial referencia al Derecho Administrativo”, (tesis doctoral, catedrático director José Luis Villar Palasí, Universidad Complutense de Madrid, 1988): pp. 10 y ss. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/53336/1/5309876591.pdf> [Consultado el 2 de febrero de 2021]

a ser la suma o mejor la resultante del conjunto de los intereses privados dando lugar, con ello, a una relación de cooperación entre el poder público y la sociedad³⁶⁴.

Para clasificar las actividades de la Administración, Villar Ezcurra intenta dar respuesta a las interrogantes sobre el cómo, dónde y por qué actúa la Administración en sus relaciones con los ciudadanos, designando bajo los rótulos de (i) títulos, (ii) formas y (iii) técnicas de intervención a dichos parámetros³⁶⁵.

1.1.- Títulos de intervención

Bajo dicha denominación se designa “a la justificación jurídica (es decir, el por qué) de la actividad administrativa”³⁶⁶.

Los órganos de la Administración Pública actúan mediante el ejercicio de potestades previamente atribuidas por una norma de rango suficiente, residiendo en ello la justificación o el porqué de su actuación. Con todo, las potestades suelen implicar la atribución de poderes y situaciones de privilegio a la Administración, argumentadas en el interés general, ello no basta para precisar dónde debe intervenir la Administración, debiéndose para ello recurrir al principio de cobertura constitucional, en virtud del cual la Administración no sólo podrá sino que deberá intervenir en todos aquellos aspectos en que la Constitución así lo requiere. La Carta fundamental no necesariamente indica cómo debe intervenir la Administración, sino dónde debe hacerlo, tocando al legislador en cada caso y momento decidir la forma o el contenido que tal actuación requiere. Hay preceptos constitucionales en donde no se obliga a intervenir, pero se habilita a hacerlo mediante cauces determinados. La cobertura constitucional responde al dónde debe actuar la Administración.

1.2.- Formas de intervención

Dicho término designa a “los cauces a través de los cuales se manifiesta la intervención administrativa”³⁶⁷, buscando dar respuesta al cómo debe intervenir la Administración. Aquí la doctrina encuadra expresiones como policía, fomento, empresa pública o servicio público, respondiendo a la finalidad específica que se asigna a la Administración.

Así, entre las formas de intervención, Villar Ezcurra identifica a (i) el mantenimiento del orden público (policía), (ii) el estímulo a la actividad de los particulares (fomento), (iii) la prestación directa

³⁶⁴ Villar, op. cit., pp. 22-23

³⁶⁵ Villar, op. cit., p. 24.

³⁶⁶ Villar, Ibíd.

³⁶⁷ Villar, Ibíd.

de servicios o la producción de bienes (empresa pública), y (iv) garantía de la prestación de servicios (servicio público).

1.3.- Técnicas de intervención

Con los títulos y las formas de intervención pareciera haberse dado suficiente respuesta a las tres preguntas iniciales, pero en opinión de Villar Ezcurra³⁶⁸ la pregunta acerca del cómo actúa la Administración no resulta suficientemente perfilada con las formas de intervención. Ello, dado que las formas aluden a la finalidad, pero no prejuzgan los medios que tiene a su alcance la Administración para lograr un determinado objetivo, toda vez que no existe correlación absoluta entre los fines y los medios empleados.

Así, tanto las formas como las técnicas de intervención buscan dar respuesta a la pregunta cómo interviene la Administración, pero la primera lo hace atendiendo la finalidad en cada caso, mientras la segunda lo hace atendiendo a los medios empleados para ello.

1.4.- Evolución del concepto de “actividad de la Administración”

El planteamiento del profesor Villar Ezcurra que hemos mencionado es una de las últimas visiones doctrinarias en una larga evolución³⁶⁹. Resumiendo, con algunas aportaciones nuestras, el estudio efectuado por José Herreros y Constanza Schönhaut, podemos mencionar que el abordaje de la “actividad de la Administración” atraviesa por varias etapas históricas, y engarza con la comprensión que se tiene del rol del Estado en determinado momento histórico, siendo heredera de la doctrina de la separación de poderes del Estado elaborada por Montesquieu, y de discusiones en torno a los conceptos de atribuciones y funciones estatales.

Con todo, debemos puntualizar que hay visiones que sostienen la preexistencia de la actividad administrativa al origen del Estado, como por ejemplo en la teoría marxista del Estado.³⁷⁰

En cuanto al concepto de actividad del Estado, las definiciones suelen no ser categóricas, en tanto se trata de un concepto dinámico, que busca vincular las siempre variables relaciones entre el Estado y la sociedad civil. Así, plantea Villar Ezcurra que “cabe advertir que las mayores disputas doctrinales al abordar el problema de la actuación administrativa son debidas al hecho de que se trata

³⁶⁸ Villar, op. cit., p. 25.

³⁶⁹ Para el análisis *in extenso*, véase: José Herreros Nogueira y Constanza Schönhaut Soto, “Origen, concepto y evolución de la Empresa Pública en Chile hasta 1973”, (Memoria de Prueba, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2016): pp. 10-67.

³⁷⁰ cfr. Clodomiro Almeyda Medina, “Hacia una teoría marxista del Estado”, (Memoria de Prueba, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1948): p. 63.

de algo íntimamente relacionado con la forma de entender la relación entre el Estado (o, más genéricamente, los poderes públicos) y la sociedad civil”³⁷¹.

Dejaremos expresada aquí la definición genérica que efectúa el profesor Andrés Serra:

*“[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”*³⁷²

Por otra parte, respecto de la actividad administrativa, Serra señala que el poder del Estado, unitario y coactivo, desenvuelve su actividad por medio de las funciones del mismo, y respecto de la función administrativa, ella es

*“la actividad que normalmente corresponde al Poder Ejecutivo, se realiza bajo el orden jurídico y limita sus efectos a los actos jurídicos concretos o particulares y a los actos materiales, que tienen por finalidad la prestación de un servicio 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”*³⁷³

Pero la discusión no se agota en la definición de la actividad del Estado y la actividad administrativa, a posteriori viene la discusión en torno a cómo clasificar dichas actividades. Al respecto, se han propuesto varios esquemas, de acuerdo a criterios tales como la efectividad de su actuación, la forma en que ésta se externaliza, la legalidad, la perspectiva desde la que se observa y el régimen jurídico que se le aplica. Otra forma de sistematizar la actividad administrativa utiliza para ello el esquema sectorial, de acuerdo al sistema departamental en que se divide la Administración central del Estado, generalmente a cargo de un Ministerio de Estado. El denominado “enfoque tradicional” lo hace a partir de la evolución histórica de las tareas del Estado.

Entre las teorizaciones históricas respecto del problema de la actividad de la Administración encontramos las denominadas “visiones nucleares”, desarrolladas en el reino de Prusia (siglo XVIII) y en Francia (siglo XIX). En Prusia el concepto central de la actividad administrativa era la policía, que en su faz negativa se ocupaba de la seguridad y el orden, y en su faz positiva del bienestar, aunque reduciéndose la actividad administrativa a la coacción. Con todo, hay autores que desarrollan la existencia de una “policía del bienestar” (*Wohlfahrtspolizei*). La visión prusiana que reducía la actividad administrativa a la coacción es superada en los siglos posteriores; Herreros y Schönhaut subrayan el

³⁷¹ Villar, op. cit., p. 23.

³⁷² Andrés Serra Rojas, *Derecho Administrativo*. Tomo I, (México: Editorial Porrúa S.A., 1977, 8va Ed.): p. 21.

³⁷³ Serra, op. cit., p. 58.

aporte de Ernst Forsthoff, quien acuña el concepto de *Daseinsvorsorge* (“existencia vital”, o “procura existencial”) en su obra *Die Verwaltung las Leistungsträger* (La Administración como soporte de prestaciones)³⁷⁴, en que plantea que la Administración debe asumir la prestación directa de bienes y servicios, y ya no sólo garantizar la libertad del individuo, pues el individuo requiere de bienes y servicios existenciales, antes de poder pensar en qué hacer con su libertad. En Francia, el concepto nuclear es el servicio público, cuya reaparición y resignificación se vincula con el abandono del paradigma del “Estado gendarme” y el paso al “Estado providencia”; dicha teorización fue llevada a cabo por la denominada “Escuela del Servicio Público”, que tuvo entre sus más destacados integrantes a León Duguit, Gaston Jèze, Roger Bonnard y Louis Rolland. Duguit llegó incluso a sostener:

*“El Estado no es, como queríamos creer y como creímos durante algún tiempo que era, un poder comandado, una soberanía; es una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobiernos. Importa por tanto precisar esta noción de servicio público, que es capital, y alrededor de la cual gravita todo el derecho público moderno”*³⁷⁵

Posteriormente, agregan Herreros y Schönhaut, surgieron las denominadas “teorías duales”, ante la imposibilidad detectada por algunos juristas de reducir a un único criterio la totalidad de la actividad de la Administración. En síntesis, estas teorías distinguían entre actividad formal y material de la Administración. Un primer conjunto de teorías distingue entre actuación jurídica de ordenación y actuación material de ordenación; Vittorio Emanuele Orlando distingue entre actividad jurídica o de policía y 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.³⁷⁶ Otra teoría, planteada por Santi Romano, discípulo de Orlando, distingue entre la actividad administrativa de limitación y la actividad administrativa de prestación.

Si bien las teorías duales tuvieron relativo éxito, la expansión de las actividades de la Administración, así como dificultades teóricas, toda vez que las actividades de policía y servicio

³⁷⁴ Véase: Nuria Magaldi, “El concepto de procura existencial (*Daseinsvorsorge*) en Ernst Forsthoff y las transformaciones de la Administración Pública”, *Revista de Derecho Público: teoría y método*, Marcial Pons 1 (2020)

³⁷⁵ Leon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, (Paris : Fontemoing & Cie. Éditeurs, 1928) : p. 59.

Traducción libre del original : « l'État n'est pas, comme on a voulu le faire et comme on a cru quelque temps qu'il l'était, une puissance que commande, une souveraineté ; il est une coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernements. Il importe donc de préciser cette notion de service public, qui est capitale, et autour de laquelle gravite tout le droit public moderne. »

³⁷⁶ Véase: Vittorio E. Orlando, *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*. Tomo I, (Milano: Società Editrice Libreria, 1900): p. 78

público por separado no podían dotar de sentido a toda la actividad desempeñada por el Estado, hicieron aparecer las “teorías trinitarias”. En ese sentido, indica

“un sector importante de la doctrina –encabezado en Italia por Errico Presutti, en Francia por Rogger Bonnard, en España por Luis Jordana de Pozas y en México por Andrés Serra Rojas–reconoció tres modalidades dentro de la actividad administrativa: policía, fomento y servicio público; después se admitió la gestión económica”³⁷⁷

Destaca en nuestro medio el trabajo del profesor Jordana de Pozas, quien no sólo introdujo en la lengua castellana las teorías sobre la tripartición, sino que además las vinculó con técnicas concretas, relacionando a la policía con el mantenimiento del orden público y la utilización de la coacción y la limitación de derechos, al fomento con el estímulo a la actividad de particulares, o bien, excluyéndoles de limitaciones o coacciones, dejando al servicio público, como categoría residual, englobando toda la actividad prestacional de carácter no jurídica efectuada por la Administración.³⁷⁸

Más aún, Jordana de Pozas alcanza a visualizar el trasfondo político de la tripartición de actividades, al vincular la policía administrativa con el antiguo régimen, el fomento al Estado liberal y el servicio público al Estado intervencionista.³⁷⁹

Finalmente, en la última etapa de la evolución doctrinaria, se encuentra la crítica a la teoría de la tripartición, entre las que destaca la posición planteada por Villar Ezcurra ya reseñada, y que dice relación con el planteamiento de la actividad administrativa en base a títulos, formas y técnicas de intervención.

2.- Concepto de empresa pública

En el acápite anterior hemos situado a la empresa pública en el ámbito de la actividad formal de la Administración, como una forma y una técnica de intervención administrativa.

La definición del concepto jurídico de empresa pública no es pacífica en la doctrina. Por ello, muchos autores prefieren centrarse en el estudio de sus elementos, omitiendo una definición. El concepto de empresa mismo, por ejemplo, es considerado como más propio de la economía, o de la sociología, en tanto corresponde a una realidad organizativa para actuar en el mercado, que asume formas muy diversas en el derecho.³⁸⁰ Con todo, y renegando de una definición, la doctrina española

³⁷⁷ Jorge Fernández Ruiz, *Derecho Administrativo*, (México D.F.: UNAM y McGraw-Hill, 1997): p. 79.

³⁷⁸ Véase: Villar Ezcurra, op. cit., p. 34.

³⁷⁹ Cfr. Patricio Aylwin Azócar, *Manual de Derecho Administrativo*, (Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1952): p.

17

³⁸⁰ Luis Cosculluela Montaner y Mariano López Benítez, *Derecho Público Económico*, (Madrid: Iustel, 2007): p. 127.

identifica tres notas distintivas del concepto: personalidad jurídica independiente, creada por una entidad pública o en que la Administración tenga la titularidad de la mayoría de sus acciones y que opere en el mercado para la realización de actividades comerciales, industriales o financieras.³⁸¹

La jurisprudencia española, por su parte, ha planteado el siguiente concepto: “La empresa en cuanto actividad económica, tendrá la calificación de pública cuando haya sido creada o en ella participe la Administración asumiendo el riesgo o la dirección, de modo pleno o relativo, de acuerdo con la forma que adopte, para realización de una actividad económica que, como fin esencial, motivó su existencia”³⁸²

Fernández Vazquez, en su diccionario de derecho público, indica que:

*“La empresa pública es una organización unitaria de bienes y personas bajo la forma de persona jurídica de [d]erecho [p]rivado, de naturaleza comercial, mercantil o industrial, con patrimonio propio y capital del Estado, creada por ley para realizar actividades económicas, pudiendo revestirse de cualquiera de las formas admitidas por el derecho”*³⁸³

El profesor Silva Cimma las clasifica dentro del concepto de servicio público, y señala respecto de ellas que “...podemos entender por empresas públicas aquellos servicios que el Estado crea para satisfacer necesidades colectivas de utilidad pública, mediante prestaciones singulares a los miembros del conglomerado social, y sometiéndose en cuanto a las prestaciones con éstos a las normas del Derecho Común” agregando que “[c]uando nacen estas entidades, el Estado actúa en materia mercantil o industrial, y si bien como toda empresa de tal carácter persigue fines de lucro, éste es relativo frente a la finalidad determinante de su creación, cual es la satisfacción de la necesidad general para que ha nacido a la vida jurídica administrativa”³⁸⁴.

Para Silva Cimma, las empresas públicas son una clase de servicios públicos, pero que se diferencian en que en ellas el Estado afecta un patrimonio, originalmente fiscal, para crear un ente de naturaleza mercantil, que tendrá por finalidad específica otorgar una prestación o beneficio de utilidad pública a los particulares.

Así, “[n]aturaleza comercial, finalidad pública y lucro sólo en la medida en que las utilidades sean elemento suficiente para mantener la integridad del patrimonio que se ha afectado a la satisfacción

³⁸¹ Cosculluela y López, op. cit., pp. 127-128.

³⁸² Sentencia del Tribunal Supremo español de 28 de septiembre de 1978, reproducida en: Sebastián Martín-Retortillo Báquer, *Derecho Administrativo Económico*, (Madrid: Distribuciones La Ley, 1988): p. 235.

³⁸³ Emilio Fernández Vázquez, *Diccionario de derecho público*, (Buenos Aires: editorial Astrea, 1981): p. 272.

³⁸⁴ Enrique Silva Cimma, *Derecho Administrativo chileno y comparado*, (Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995): p. 195.

del fin, y, de manera casi absoluta, libre competencia con los particulares y no monopolio serán las características determinantes de esta clase de servicios públicos personificados e independientes en el Derecho chileno.”³⁸⁵

Por nuestra parte, y siguiendo la visión del profesor Villar Ezcurra, conceptualizaremos a la empresa pública como:

“Una forma y técnica de intervención administrativa, por medio de la cual la Administración, a través de una persona jurídica que se somete a las reglas del derecho común y mercantil, lleva a cabo fines de interés público, de fomento, de servicio público o de carácter exclusivamente de carácter empresarial, a través de su participación en mercados abiertos o cerrados.”

De la definición se desprenden dos conceptos de empresa pública. La empresa pública como forma de intervención administrativa, y la empresa pública como técnica de intervención administrativa.

Este distingo guarda similitud con lo postulado por Sebastián Martín-Retortillo, quien distingue entre empresas públicas gestoras de servicios públicos y empresas públicas de producción o comercialización de bienes.³⁸⁶

Respecto del primer concepto, es decir la empresa pública como forma de intervención de la Administración, corresponde a una persona jurídica que se somete al derecho común y mercantil, bajo control de la Administración, que produce en forma directa bienes de cualquier tipo, o bien, que presta servicios, sin que éstos constituyan servicio público, con fines de interés público.

Respecto del segundo concepto, corresponde a una persona jurídica que se somete al derecho común y mercantil, bajo control de la Administración, que permite a la Administración llevar a cabo actividad de fomento, que le permite prestar servicios públicos, o bien, que le permite la provisión de bienes y servicios de cualquier tipo o naturaleza, con finalidad pública.

Como elementos comunes de ambas definiciones tenemos:

- a) Personalidad jurídica
- b) Sumisión al derecho común y mercantil
- c) Bajo control de la Administración

³⁸⁵ Silva Cimma, op. cit., p. 196.

³⁸⁶ Sebastián Martín-Retortillo Báquer, *Derecho Administrativo Económico*, (Madrid: Distribuciones La Ley, 1988): p. 232.

- d) Prestación en forma directa de bienes y servicios de cualquier tipo
- e) Finalidad pública

Se diferencian en cuanto a que como forma de intervención su finalidad exclusiva es colocar en el mercado bienes y servicios de cualquier tipo, mientras en su carácter de técnica de intervención es auxiliar a la concretización de otras formas de intervención administrativa.

3.- Naturaleza jurídica

Tanto en Chile, como en el derecho comparado, la empresa pública posee formas jurídicas muy diversas, pero en general la empresa pública se constituye como una persona jurídica sometida al derecho común y mercantil.

En nuestro país, y como hemos revisado, la doctrina distingue entre empresas públicas creadas por ley y sociedades del Estado, en donde las primeras poseen un estatuto especial establecido por el legislador, mientras las segundas adoptan una forma jurídica mercantil, usualmente una sociedad anónima, en que el Fisco suele ser el principal accionista. Con todo, ambas formas jurídicas suelen compartir varios elementos.

A nuestro juicio, es particularmente relevante distinguir el contenido de la forma, así como el que las empresas públicas poseen una dimensión interna y una externa. Las empresas públicas asumen típicamente una figura *juris societaria*; mayoritariamente asumen la forma de sociedad anónima. Ello no significa que sean una sociedad anónima; sólo usan dicha figura para actuar en el campo jurídico, realizando actos jurídicos mercantiles para el desarrollo de su cometido.

En su dimensión externa, la empresa pública puede presentarse como una sociedad anónima, una sociedad limitada, u otras formas mercantiles, o bien, por una figura *sui generis* modelada a partir de un estatuto legal específico.

En su dimensión interna, la empresa pública puede operar como un servicio público o como una empresa “de mercado” propiamente tal.

4.- Principios

Tras la conceptualización de la empresa pública, trataremos de identificar aquellos principios jurídicos que resultan comunes a la empresa pública, tanto como forma, como también como técnica de intervención administrativa.

4.1.- Transparencia y probidad

La transparencia es un principio de la Administración reconocido en el artículo 8° de la Carta Fundamental, y que cuenta con desarrollo legislativo en la ley N° 20.285.

El inciso segundo del artículo 4° de dicha ley dispone:

“El principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley”

La definición estándar en el derecho chileno del principio de probidad lo encontramos en diversos cuerpos normativos, entre ellos la Ley N° 20.880, la que en su artículo 1°, incisos segundo y tercero, dispone:

“El principio de probidad en la función pública consiste en observar una conducta funcionaria intachable, un desempeño honesto y leal de la función o cargo con preeminencia del interés general sobre el particular. Existe conflicto de intereses en el ejercicio de la función pública cuando concurren a la vez el interés general propio del ejercicio de las funciones con un interés particular, sea o no de carácter económico, de quien ejerce dichas funciones o de los terceros vinculados a él determinados por la ley, o cuando concurren circunstancias que le restan imparcialidad en el ejercicio de sus competencias”

4.2.- Control

Silva Cimma indicaba que no hay democracia sin control ni control sin democracia³⁸⁷. Jorge Witker por su parte, indica que “el control institucional y formal, en sus diversos matices, tiene por finalidad procurar el respeto del orden jurídico por parte de los órganos llamados a ejercer el poder público, y que trasladado este concepto al campo puramente administrativo, el control persigue, en una palabra, la subordinación de esa administración, en todos sus aspectos, al sistema de derecho”³⁸⁸.

4.3.- Democracia de las grandes decisiones económicas

Debido a que la actividad de las empresas públicas es uno de los factores que incide en el crecimiento y en el tipo de desarrollo que experimenta el país, el principio democrático podría extenderse a las decisiones adoptadas por estas entidades empresariales.

³⁸⁷ Enrique Silva Cimma, *El control público*, (Caracas: Contraloría General de la República, 1976): p. 27.

³⁸⁸ Witker, op. cit., p. 122.

En la actualidad, este principio podría construirse a partir de la relación entre Ministerios sectoriales y ciertas empresas públicas, así como respecto del control que ejerce la Cámara de Diputados.

4.4.- Intervención técnica en la toma de decisiones económicas

Se trata de un principio que conceptualizamos en oposición al principio democrático que hemos enunciado previamente, y que en tensión dialéctica debiesen definir las grandes decisiones económicas.

Así como el carácter público de las empresas públicas y su incidencia en el curso de la economía y en la hacienda pública obliga a que estén sujetas a control político, y que existan mecanismos a través del cual los poderes democráticos incidan en sus decisiones, su carácter empresarial obliga a la asistencia técnica para la interpretación de variables, el análisis del mercado, y la adopción de decisiones racionales.

4.5.- Coexistencia con actores económicos privados

Se trata de un principio que se desprende de diversas disposiciones del actual Texto Fundamental, específicamente del art. 19 N° 21, que ya hemos revisado en esta memoria, y que en su primer inciso consagra la libertad de empresa, modelando una economía de mercado, y en su inciso segundo contiene disposiciones orgánicas, que establecen la cláusula de Estado empresario.

Dicho artículo constituye la base de la Constitución económica, dando origen a un sistema mixto, en que coexiste la actividad empresarial privada con la pública.

5.- Clasificaciones

5.1.- Empresas públicas que proveen servicios públicos o que realizan actividad de fomento y aquellas que no lo realizan

Una primera clasificación de la empresa pública, que se desprende del concepto que hemos desarrollado para esta tesis, clasifica a las empresas en aquellas, que en tanto técnica de intervención administrativa prestan un servicio público, o auxilian una función de fomento, de aquellas que no lo hacen.

Beatriz von Loebenstein, siguiendo al derecho público alemán, distingue entre empresas “de servicio público” y empresas “de mercado”³⁸⁹, clasificación que compartimos en términos generales.

³⁸⁹ Von Loebenstein, op. cit., pp. 138-140.

5.2.- Ámbito territorial de la empresa pública

En cuanto al ámbito territorial, la empresa pública puede clasificarse en aquellas que poseen un ámbito de acción nacional, y aquellas que poseen un ámbito de acción local.

En el derecho local, el marco jurídico vigente admite la creación de empresas públicas de alcance nacional y empresas públicas municipales o intermunicipales. Nada obsta que en el futuro se autoricen otra clase de empresas de alcance local, como podrían ser empresas regionales.

Respecto a esta distinción, no amerita mayor comentario, toda vez que en Chile han tenido escaso desarrollo las formas empresariales de carácter local, en particular por el carácter de Estado unitario, así como por el centralismo que caracteriza nuestro país. Por lo anterior, la adopción de formas de organización territorial más descentralizadas pudiesen llevar a un mayor desarrollo de empresas locales, tanto para la gestión de servicios públicos locales, como para financiar a entidades locales, o para otros fines públicos en que esta técnica administrativa pudiese colaborar.

5.3.- Características de la propiedad: empresas totalmente estatales y empresas mixtas

De la naturaleza del control accionario que ejerce la Administración sobre una determinada empresa pública se desprende una tercera clasificación posible entre aquellas empresas que pertenecen plenamente a la Administración, y aquellas en que ésta sólo ejerce un control parcial, coexistiendo con particulares.

Este distingo es particularmente relevante, pues en aquellas empresas que pertenecen totalmente a la Administración resulta indiscutible señalar que ella persigue fines públicos, mientras en aquellas que comparten su control con particulares, dicha afirmación admite matices.

En las empresas de control mixto, coexisten fines públicos perseguidos por la Administración, con fines particulares perseguidos por los particulares que forman sociedad con la Administración.

5.4.- Empresas matrices y empresas filiales y subfiliales.

Otra clasificación plausible distingue entre empresas matrices, y sus filiales y subfiliales.

Dicha clasificación posee mediana relevancia, en tanto la figura del *holding* como estructura de control empresarial, así como el temprano debate respecto de las reglas para la creación de empresas filiales.³⁹⁰

5.5.- Empresas monopólicas y aquellas que no lo son.

³⁹⁰ Véase: Pierry, op. cit., p. 225.

Von Loebenstein distingue entre aquellas empresas que gestionan un monopolio natural de aquellas que no lo hacen, y que operan en un mercado concurrencial.

Se trata de una distinción relevante, pues las características de las empresas gestoras de monopolios naturales son diferentes a aquellas que operan en mercados abiertos, debiendo someterse a mayores regulaciones para evitar a generación de perjuicios a los usuarios o consumidores, así como a los proveedores.

6.- Control

Uno de los elementos que distingue a las empresas públicas de aquellas particulares, es que se encuentran sujetas a mayores controles, respecto de variados órganos del Estado. La naturaleza de dicho control varía según el órgano estatal que lo ejerce; en ciertos casos comparten control con las empresas privadas, y en otros, dicho control aplica solo respecto de las empresas públicas.

La empresa pública, proyección de la Administración en la vida económica y social, no puede sustraerse a premisas de subordinación, máxime tratándose de bienes públicos, pertenecientes a toda la sociedad³⁹¹. Con todo, se distingue entre el control de legalidad y legitimidad, y el control de mérito u oportunidad, toda vez que a la empresa pública no le basta con cumplir las leyes, para lograr la eficiencia y la productividad, objetivos fundamentales, aunque no exclusivos de toda empresa pública.

Beatriz von Loebenstein examina el control que ejercen la Cámara de Diputados, la Contraloría General de la República y el Consejo para la Transparencia.³⁹² También ejercen control otros órganos estatales, como la Comisión para el Mercado Financiero (CMF) o algunas superintendencias.

6.1.- Control ejercido por la Cámara de Diputados

El control ejercido por la Cámara de Diputados emana de su facultad fiscalizadora contemplada en el art. 52 del Texto Fundamental, el que dispone: “Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados: 1) Fiscalizar los actos del Gobierno. [...]”

Respecto del precepto transcrito, se ha debatido la diferencia entre fiscalización y control³⁹³, siendo fiscalizar más amplio que controlar, de acuerdo a la interpretación doctrinaria, pues fiscalizar incorporaría variables políticas, mientras controlar sería sólo un examen de adecuación normativo. Ha sido objeto de debate también la expresión “actos del Gobierno”, debido a la tradicional distinción

³⁹¹ Witker, op. cit., pp. 122-123.

³⁹² Von Loebenstein, op. cit., p. 80 y ss.

³⁹³ Véase: Alan Bronfman Vargas, Eduardo Cordero Quinzacara y Eduardo Aldunate Lizana, Derecho Parlamentario Chileno, (Santiago, Chile: Legal Publishing, 2013): p. 294.

entre actos del Gobierno y actos de la Administración. A propósito de la reforma constitucional de 2005 se determinó que la expresión “actos de Gobierno” incluía las actuaciones de las empresas públicas, y de aquellas mixtas en que la participación del Estado es mayoritaria.³⁹⁴

Así las cosas, la Cámara de Diputados fiscaliza las empresas públicas y las sociedades del Estado solicitando información, formando comisiones especiales y citando a los funcionarios y representantes de las empresas con el objeto de que rindan cuenta.

Beatriz von Loebenstein desglosa el control ejercido por la Cámara de Diputados en (i) control a través de acuerdos, observaciones y solicitud de antecedentes; (ii) control a través de comisiones especiales, y (iii) otros controles.³⁹⁵

6.2.- Control ejercido por Contraloría General de la República.

La Contraloría General de la República es un órgano autónomo, que forma parte de la denominada “Administración fiscalizadora”, que tiene a su cargo el control de legalidad de los actos de la Administración, la fiscalización del ingreso e inversión de los fondos públicos, y la contabilidad general de la nación.

Su actividad contralora se extiende a todos los órganos de la Administración, dentro de los que se encuentran las empresas públicas creadas por ley. Así se desprende del art. 16º de su ley orgánica.

El control ejercido sobre las entidades empresariales es de legalidad, financiero y contable. En ese sentido, Contraloría General de la República examina los actos administrativos relacionados a entidades empresariales públicas, controla las inversiones de capital y el destino que dan las empresas públicas a sus utilidades, que son fondos públicos, examinando también las cuentas de las entidades empresariales públicas, incluido el ejercicio contable, dictando al efecto cada año un oficio para uniformar criterios, y finalmente, Contraloría puede llevar a cabo auditorias, y realizar recomendaciones, a las empresas públicas.

También, a través de su jurisprudencia administrativa, Contraloría General de la República se ha declarado competente para conocer asuntos vinculados a las empresas públicas, ha señalado que forman parte de la Administración, resultándoles aplicables los principios probidad, legalidad, publicidad, control, responsabilidad, eficiencia, entre otros.

³⁹⁴ Bronfman, Cordero y Aldunate, op. cit., p. 303.

³⁹⁵ Von Lobenstein, op. cit., pp. 84-91.

6.3.- Control ejercido por el Consejo para la Transparencia.

La ley N° 20.285 creó un órgano autónomo de la Administración fiscalizadora denominado Consejo para la Transparencia, a cargo de controlar el cumplimiento del principio de transparencia de la función pública. Su objeto es promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre la materia, y garantizar el acceso a la información pública.³⁹⁶

Respecto del ámbito de aplicación de dicha ley, el inciso tercero de su artículo 2° incluye a las empresas públicas creadas por ley, las empresas del Estado y sociedades en que el Estado tenga una participación superior al 50% o mayoría en el directorio. Asimismo, el artículo 10° extiende el principio de transparencia de la función pública a las entidades empresariales públicas consignadas en el artículo 2°, incluyendo TVN, ENAMI, EFE, CODELCO o Banco del Estado, aun cuando sus respectivas leyes indican que deben ser mencionadas expresamente por otras leyes para que aquellas les sean aplicables.

La incorporación de estas entidades empresariales públicas busca equiparar los deberes de las empresas públicas a aquellos deberes informativos de las empresas privadas. En razón de lo anterior, el referido artículo dispone:

“El principio de la transparencia de la función pública [...] es aplicable a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y a las sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, tales como Televisión Nacional de Chile, la Empresa Nacional de Minería, la Empresa de Ferrocarriles del Estado, la Corporación Nacional del Cobre de Chile o Banco Estado, aun cuando la ley respectiva disponga que es necesario mencionarlas expresamente para quedar sujetas a las regulaciones de otras leyes.

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

- a) El marco normativo que les sea aplicable.*
- b) Su estructura orgánica u organización interna.*
- c) Las funciones y competencias de cada una de sus unidades u órganos internos.*
- d) Sus estados financieros y memorias anuales.*

³⁹⁶ Von Lobenstein, op. cit., p. 103.

e) Sus filiales o coligadas y todas las entidades en que tengan participación, representación e intervención, cualquiera sea su naturaleza y el fundamento normativo que la justifica.

f) La composición de sus directorios y la individualización de los responsables de la gestión y administración de la empresa.

g) Información consolidada del personal.

h) Toda remuneración percibida en el año por cada Director, Presidente Ejecutivo o Vicepresidente Ejecutivo y Gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa, incluso aquellas que provengan de funciones o empleos distintos del ejercicio de su cargo que le hayan sido conferidos por la empresa, o por concepto de gastos de representación, viáticos, regalías y, en general, todo otro estipendio. Asimismo, deberá incluirse, de forma global y consolidada, la remuneración total percibida por el personal de la empresa.

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

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

Este precepto busca resolver la aparente antinomia producida entre el artículo 8° y el artículo 19 N° 21 del Texto Fundamental, atendido a que el primero de ellos extiende los principios de probidad y publicidad a la totalidad de los órganos de la Administración del Estado, mientras el artículo 19 N° 21 somete la actividad empresarial del Estado al estatuto común de las empresas.

El artículo 7° y décimo transitorio enumera aquella información que debe encontrarse a disposición del público.

6.4.- Control ejercido por la Comisión para el Mercado Financiero y por Superintendencias.

De acuerdo a lo preceptuado por la Ley N° 20.285, las empresas públicas deben entregar a la Comisión para el Mercado Financiero, o a la Superintendencia a cuya fiscalización se encuentren sometidas, la misma información correspondiente a las sociedades anónimas abiertas, de conformidad con la Ley N° 18.046.

Tratándose de las empresas de servicios sanitarios, TVN y EFE, dichas entidades están sujetas a la fiscalización de la Comisión en los mismos términos que las sociedades anónimas abiertas. La CMF mantiene un Registro de las Empresas Públicas³⁹⁷.

6.5.- Control de mérito u oportunidad.

El profesor Witker indica la existencia de un control de mérito u oportunidad, diferente al control de legalidad³⁹⁸.

Entre dichas modalidades de control encuadra (i) el contrato de programa, desarrollado teórica y prácticamente en Francia, y (ii) el sistema holding, de aplicación en Bélgica, España e Italia, entre otros.

En Chile el control de mérito u oportunidad se materializa preferentemente a través de la supervisión ejercida por agentes en representación del Presidente de la República en los directorios, así como por el control ejercido por la Cámara de Diputados.

También, en ciertas épocas, CORFO ha operado como *holding* de algunas empresas públicas.

7.- Gobierno corporativo

Un aspecto particularmente relevante respecto de las empresas públicas lo constituyen sus órganos de gestión y toma de decisiones, el denominado “gobierno corporativo”, siendo un tema con escaso tratamiento en la doctrina.

Al respecto, en el mensaje de la Ley N° 20.382 se definió al gobierno corporativo como:

“el conjunto de instancias y prácticas institucionales, en el proceso de toma de decisiones de la empresa, que contribuyen a la creación sostenible de valor en un marco de

³⁹⁷ Dicho registro puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://www.cmfchile.cl/portal/principal/613/w3-propertyvalue-18556.html>

³⁹⁸ Véase: Witker, op. cit., pp. 127 y ss.

*transparencia y responsabilidad empresarial, alineando incentivos y promoviendo el respeto a los derechos de los accionistas y grupos de interés que participan directa o indirectamente*³⁹⁹

Respecto de esa definición, se desprende que el gobierno corporativo constituye el espacio de deliberación y adopción de decisiones económicas. Suelen ser órganos colegiados y asamblearios, integrados por Directores con voto y decisión, y gerentes que reportan información para la adopción de decisiones.

De este modo, uno de los aspectos críticos a la hora de diseñar la institucionalidad de una empresa pública estriba en definir la estructura del Directorio. En general, las empresas públicas siguen el modelo de gestión de las sociedades anónimas.

Beatriz von Loebenstein clasifica los gobiernos corporativos de las empresas públicas en: (i) gobierno corporativo de las empresas públicas creadas por ley y (ii) gobierno corporativo de las empresas que forman parte del Sistema de Empresas Públicas de CORFO.⁴⁰⁰

CONCLUSIÓN

En esta memoria de prueba hemos revisado a las empresas públicas como fenómeno histórico en los prolegómenos de nuestro trabajo, para posteriormente revisar los fundamentos teóricos de su existencia, el marco jurídico vigente a nivel nacional y en derecho comparado, para terminar diseccionando los elementos jurídicos que componen la institución. De dicho ejercicio, hemos arribado a las siguientes conclusiones.

La empresa pública, antes que un concepto jurídico, es un fenómeno histórico y económico, que hunde sus raíces en la época del predominio del pensamiento mercantilista económico, pero que se termina consolidando como parte de la reacción al liberalismo económico, alcanzando su mayor auge durante el Estado social de la posguerra, tanto en Chile como en el resto del mundo.

En cuanto fenómeno económico e histórico, la empresa pública tiene alcance planetario; sin embargo, en cuanto fenómeno jurídico, adquiere dimensiones particulares, dependiendo del país en que ella se desenvuelve. En dicho sentido, la empresa pública se materializa adoptando formas jurídicas mercantiles variadas, en el contexto del derecho local. Es particularmente interesante el caso francés, por la variedad de formas jurídicas y su desarrollo dogmático y jurisprudencial.

³⁹⁹ Marco Cifuentes Durán, “Gobierno corporativo en empresas estatales chilenas y normas de la OECD – CODELCO y Metro”, (Memoria de prueba, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago: 2013): p. 10, disponible en: https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/116703/de-cifuentes_m.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁴⁰⁰ Von Loebenstein, op. cit., pp. 75-80.

Otro descubrimiento estriba en que su desarrollo se produce en regímenes de signo político diverso; por ejemplo, el Estado empresario alcanza un amplio desarrollo en la España franquista, al tiempo que se también se desarrollaba prolíficamente al otro lado de los Pirineos, en la Francia de la quinta república.

Lo anterior se explica, a nuestro juicio, porque la justificación detrás de la empresa pública puede explicarse desde variadas posiciones ideológicas, aunque fundamentalmente en el contexto del desarrollo del Estado social de la posguerra.

A nivel latinoamericano, a diferencia del caso europeo, el auge del Estado empresario se asocia con el esfuerzo gubernamental por industrializar los países, bajo el paraguas del pensamiento económico de la CEPAL. Ante la ausencia de empresas privadas, es el Estado el que asume funciones productivas y mercantiles.

La empresa pública, en tanto fenómeno histórico y económico, sufre un fuerte declive a partir de la década de 1980, asociado a la caída de los socialismos reales y a la crisis del Estado de bienestar en Europa. En dicho periodo se producen las llamadas privatizaciones, en las cuales a través de variadas operaciones jurídicas los Estados se desprenden de la propiedad de sus empresas.

Este proceso de privatizaciones se desarrolla de forma diferente dependiente de cada país, en algunos es más profundo y rápido, y en otros más lento y moderado. Un caso en que las privatizaciones se desarrollaron de forma rápida fue Chile, en donde la ausencia de deliberación política y de cualquier forma de oposición durante la dictadura cívico-militar permitió que el régimen imperante llevara a cabo un proceso rápido y profundo de privatizaciones, es muy diferente al caso francés, en donde las privatizaciones se realizaron en el contexto de un régimen democrático, fruto de consensos políticos, siendo mucho menos intenso y más extendido en el tiempo.

Con todo, la actividad empresarial pública ha empezado a recobrar vigencia y actualidad de en línea con el surgimiento de posiciones críticas al “consenso de Washington”, asociada a los nuevos gobiernos progresistas en América Latina, y al resurgimiento de la socialdemocracia europea, así como al creciente peso económico de China en el concierto internacional.

Ejemplo de lo anterior es la posición económica adoptada por el gobierno de López Obrador en México, que ha proyectado una política más proclive a la intervención del Estado como agente empresarial.

En general, es en la explotación de los bienes comunes o de las llamadas “reservas estratégicas” en donde el peso de las empresas públicas continúa siendo muy relevante; por ejemplo, en campos como la minería o la explotación de los hidrocarburos, en donde operan grandes empresas de dominio estatal.

En el caso chileno, y como hemos revisado, en los programas de los principales partidos y movimientos políticos postulantes a la Convención Constitucional, se advierte una visión más favorable hacia la intervención estatal en la actividad empresarial, alejada del dogmatismo imperante en las décadas de los 90’ y 2000; esa visión se advierte también en el programa de gobierno del presidente Gabriel Boric, quien propone la creación de empresas públicas, por ejemplo para explotar las llamadas “energías renovables no convencionales”. Con todo, es apresurado aún, al tiempo de concluirse de concluirse esta memoria, vaticinar el devenir de esta forma de intervención administrativa en nuestro país hacia el futuro mediato.

En cuanto al concepto jurídico, advertimos que, dado que las empresas públicas como fenómeno económico surgen mucho antes que su teorización y delimitación por parte del derecho constitucional económico o del derecho administrativo, inicialmente adoptaron formas jurídicas pre existentes, particularmente el servicio público, así como también figuras propias del derecho mercantil, u otras como el establecimiento público.

Por ello, ha resultado teóricamente complejo separar el concepto de empresa pública del concepto de servicio público, pues ambas formas de intervención comparten muchos elementos comunes, siendo un tema aún pendiente la adecuada delimitación de ambos conceptos por parte de la dogmática.

En el plano prospectivo, un aspecto que se podría abordar en lo futuro es el establecimiento de un estatuto jurídico común para las diversas formas empresariales públicas, que recoja el desarrollo dogmático y jurisprudencial. Advertimos sobretodo en el derecho nacional dispersión y falta de regulación en el tratamiento dado por el legislador a esta clase de entidades administrativas.

A nivel comparado, una experiencia interesante fue el proyecto de estatuto general de las empresas públicas presentado en 1948 por Henri Queuille, jefe de gobierno francés, que aunque no aprobado por el parlamento francés constituye un punto de referencia para el desarrollo doctrinario.

Finalmente, y como reflexión final, al momento de concluir la redacción de esta memoria, Chile se encuentra en la fase más intensa de su proceso constituyente, estando pendiente aún la adopción de parte importante de aquellas normas que conformarán su Constitución económica. Con la

información segmentada de que disponemos, podemos aseverar que habrá una adecuación a nivel de principios constitucionales, así como probablemente exista una orientación programática sustancialmente diferente al Texto Fundamental actualmente vigente. Si ello significará un quiebre histórico en la evolución del Estado empresario, es materia que está por verse.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina nacional

- Aguirre Cerda, Pedro. *El problema industrial*. Santiago: Prensas de la Universidad de Chile, 1933.
- Aguirre Cerda, Pedro. *Mensaje de S.E. el Presidente de la República en la apertura de las sesiones ordinarias del Congreso Nacional*. Santiago: Imprenta Fiscal de la Penitenciaría de Santiago, 1939.
- Allende Gossens, Salvador. *Salvador Allende Presidente de Chile Discursos Escogidos 1970-1973*. Santiago, Chile: Ediciones Biblioteca Clodomiro Almeyda Medina, 2013.
- Almeyda Medina, Clodomiro. “Hacia una teoría marxista del Estado”. Memoria de Prueba, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1948.
- Arancibia Mattar, Jaime; Brahm García, Enrique, e Irarrázaval Gomien, Andrés, editores. *Actas del Consejo de Estado en Chile (1976-1990), tomo I*. Santiago, Chile: ediciones Centro de Estudios Bicentenario, 2008.
- Aylwin Azócar, Patricio. *Manual de Derecho Administrativo*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1952.
- Bermúdez Soto, Jorge. *Derecho Administrativo General*. Santiago, Chile: Editorial Thomson Reuters, 2014, 3^{ra} Ed.
- Bronfman Vargas, Alan; Cordero Quinzacara, Eduardo y Aldunate Lizana, Eduardo. *Derecho Parlamentario Chileno*. Santiago, Chile: Legal Publishing, 2013.
- Büchi Buc, Hernán. *La transformación económica de Chile*. Colombia: Editorial Norma S.A., 1993.
- Cámara de Diputados de Chile. *Informe de la Comisión Especial Investigadora de la administración que hace la Empresa Metropolitana de Residuos Sólidos (Emeres) del vertedero ubicado en el Fundo Lepanto, en la comuna de San Bernardo, y otras materias afines, creada por acuerdo de la Cámara de Diputados, adoptado el 15 de octubre de 1997*. Valparaíso, Chile: Cámara de Diputados de Chile, 1998.
<https://www.bcn.cl/laborparlamentaria/wsgi/consulta/verParticipacion.py?idParticipacion=1351615&idPersona=2574&idDocumento=666244&idAkn=entityE6ZN2ZF6>
- Cámara de Diputados de Chile. *Informe de la comisión investigadora encargada de analizar presuntas irregularidades en las privatizaciones de Empresas del Estado ocurridas con anterioridad al año 1990*. Valparaíso: Cámara de Diputados de Chile, 2004.

- Carrera Verdugo, José Miguel y Portales y Larraín, José Santiago. “Parecer del Senado en orden a la sociedad filantrópica”. *Aurora de Chile*, 14 de enero de 1813. <http://www.auroradechile.cl/newtenberg/681/article-3533.html>
- Casanova Brito, Mauricio. “Los orígenes del desarrollismo económico en Chile (1932-1945): ¿Estado empresario o empresarios en el Estado?”. Tesis doctoral, Universidad Libre de Berlín, 2018. https://refubium.fu-berlin.de/bitstream/handle/fub188/22401/Diss_Casanova.pdf?sequence=3&isAllowed=y
- Cea Egaña, José Luis. *Tratado de la Constitución de 1980*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1988.
- Centro de Estudios Públicos. “*El Ladrillo*”, *bases de la política económica del Gobierno Militar chileno*. Santiago, Chile: Centro de Estudios Públicos, 1992.
- Cifuentes Durán, Marco. “Gobierno corporativo en empresas estatales chilenas y normas de la OECD – CODELCO y Metro”. Memoria de prueba, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago: 2013.
- Cristi, Renato. *El pensamiento político de Jaime Guzmán: autoridad y libertad*. Santiago, Chile: Editorial LOM, 2000.
- Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación. *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*. Santiago, Chile: Gobierno de Chile, 1991.
- Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura. *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*. Santiago, Chile: Gobierno de Chile, 2004.
- Comité Coordinador de la Unidad Popular. *Programa de la Unidad Popular*. Santiago, Chile: Editorial Prensa Latinoamericana S.A, 1970.
- Dahse Housset, Fernando. *Mapa de la extrema riqueza. Los grupos económicos y el proceso de concentración de capitales*. Santiago, Chile: editorial Aconcagua, 1979.
- De Ramón, Armando. *Historia de Chile*. Santiago, Chile: Editorial Catalonia, 2003.
- Fermandois Vöhringer, Arturo. *Derecho Constitucional Económico, tomo I*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2001.
- Figueroa Yávar, Aída. “El régimen de propiedad en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas”, *Revista de Derecho Público*, N°3 (1965).
- Góngora del Campo, Mario. *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX*. Santiago, Chile: Editorial Universitaria, 1986, 9^{na} edición.
- González Barrios, Simón. “La empresa pública en la nueva Constitución chilena: algunas reflexiones críticas”, *Revista de Derecho Político*, N°113 (2022): pp. 249-251. <https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/33574>

- Guerrero Bécar, José Luis. *La Constitución Económica Chilena*. Santiago, Chile: Der Ediciones, 2018.
- Henríquez González, Camilo. “Plan de organización del Instituto nacional de Chile, escuela central y normal para la difusión y adelantamiento de los conocimientos útiles”. *Aurora de Chile*. 18 de junio de 1812. <http://www.auroradechile.cl/newtenberg/681/article-2822.html>
- Herreros Nogueira, José y Schönhaut Soto, Constanza. “Origen, concepto y evolución de la Empresa Pública en Chile hasta 1973”. Memoria de Prueba, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2016.
- Jara Cristi, Manuel. *Manual de Derecho Administrativo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1948.
- Jobet, Julio César. *Ensayo crítico del desarrollo económico-social de Chile*. Santiago, Chile: editorial Universitaria, 1951
- Junta de Gobierno de la República de Chile, *Acta Junta N°1*. Santiago, Chile: Secretaría General de Gobierno, 1973. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/34263/1/acta1_1973.pdf
- Junta de Gobierno de la República de Chile. *Declaración de principios del Gobierno de Chile*. Santiago: División de Comunicación Social, Ministerio Secretaría General de Gobierno, 1974.
- Lagos Escobar, Ricardo. *La concentración del poder económico: su teoría, realidad chilena*. Santiago: Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, 1962. <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/151845>
- Latorre Vivar, Patricio. “Las sociedades estatales en el ordenamiento jurídico chileno: naturaleza, límites y control de sus actividades”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N°30 (2008).
- Leal Vásquez, Brigitte. “La potestad de inspección de la Administración del Estado”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N° 56, (2015).
- Lüders Schwarzenberg, Rolf. “La Misión Klein-Saks, los Chicago Boys y la Política Económica”, *Documento de Trabajo N°411*. Santiago, Chile: Instituto de Economía de la Pontificia Universidad Católica de Chile, (2012).
- Marcel Cullell, Mario. “Privatización y Finanzas Públicas: el caso de Chile: 1985-88”, *Colección Estudios CIEPLAN* 26 (1989).
- Martner García, Gonzalo. *Obras escogidas (1950-1992)*. Santiago, Chile: Ediciones del Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolívar, 1995.

- Martner Urrutia, Daniel. *Historia de Chile: historia económica*. Santiago: Universidad de Chile y Balcells & co., 1929.
- Merino Segura, Ernesto. *Derecho Administrativo*. Santiago: Imprenta Universitaria, 1936.
- Mönckeberg Pardo, María Olivia. *El saqueo de los grupos económicos al Estado chileno*. Santiago, Chile: ediciones B Grupo Zeta, 2001.
- Navarro Beltrán, Enrique. *La Constitución económica chilena ante los Tribunales de Justicia*. Santiago, Chile: ediciones Universidad Finis Terrae, 2016.
- Novoa Monreal, Eduardo. *El derecho de propiedad privada*. Bogotá: Editorial Temis, 1979.
- Palma González, Eric Eduardo. “De la Carta otorgada de 1980 a la Constitución binominal de 2005”. *Derecho y Humanidades* 13 (2007).
- Pantoja Bauzá, Rolando. *La organización administrativa del Estado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- Pérez, Francisco Antonio et al. “Sanción de lo acordado en orden al Instituto Nacional. Fechado el 27 de Julio. Aprueba varias disposiciones relativas al Instituto Nacional”, *El Monitor Araucano*, 31 de julio de 1813.
- Pierry Arrau, Pedro. “Cambios en la estructura de la Administración del Estado”, *Revista de Derecho Público* 33/34 (1983).
<https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/43731>
- Pierry Arrau, Pedro. “Algunos aspectos de la actividad empresarial del Estado”, *Revista de Derecho Público* N° 37-38 (1985).
<https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/43707>
- Pinochet Ugarte, Augusto. *Discurso en Cerro Chacarillas, con ocasión del día de la juventud*. Santiago: sin editor, 1977. <http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-127202.html>
- Prado Jaraquemada, Pedro y Carrera Verdugo, José Miguel. “Artículo de oficio”. *Aurora de Chile*, 6 de agosto de 1812. <http://www.auroradechile.cl/newtenberg/681/article-3286.html>
- Presidencia de la República de Chile, *Plan de fomento y urbanización para las provincias de Chile*, (Santiago, Chile: Talleres del Instituto Geográfico Militar, 1951)
https://www.museohistoricolaserena.gob.cl/633/articles-50291_archivo_01.pdf
- Ramírez Necochea, Hernán. *Balmaceda y la contrarrevolución de 1891*. Santiago, Chile: editorial Universitaria, 1958.
- Reyes Román, Gustavo y Soto Kloss, Eduardo. *Régimen Jurídico de la Administración del Estado*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1980.
- Rozas Balbontín, Patricio y Marín, Gustavo. *1988: El “mapa de la extrema riqueza” 10 años después*. Santiago, Chile: Ediciones Chile América CESOC, 1989.

- Sagredo Baeza, Rafael y Devés Valdés, Eduardo (compiladores). *Discursos de José Manuel Balmaceda. Iconografía*. Santiago, Chile: Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, DIBAM, 1992.
- Silva Cimma, Enrique. *Apuntes de Derecho Administrativo*. Santiago, Chile: Editorial Universitaria S.A., 1959.
- Silva Cimma, Enrique. *Derecho Administrativo chileno y comparado, tomo II*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1969.
- Silva Cimma, Enrique. *El control público*. Caracas: Contraloría General de la República, 1976.
- Silva Cimma, Enrique. *Derecho Administrativo chileno y comparado, tomo IV*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995.
- Torres Jáuregui, Mauricio. “El pensamiento conservador en la Constitución de 1980”. Memoria de prueba, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2015.
- Urzúa Valenzuela, Germán y García Barzelatto, Ana María. *Diagnóstico de la Burocracia Chilena (1818-1969)*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1969.
- Varas Contreras, Guillermo. *Derecho Administrativo*. Santiago: Editorial Nascimento, 1948, 2ª edición.
- Varela Caballero, Álex. *Curso de Derecho Administrativo*. Valparaíso, Chile: EDEVAL, 1968.
- Villalobos Rivera, Sergio, Silva, Osvaldo; Silva, Fernando y Estellé, Patricio. *Historia de Chile*. Santiago, Chile: Editorial Universitaria, 2005.
- Von Loebenstein Weil, Beatriz. *Empresas Públicas, sus características, naturaleza jurídica, marco normativo, régimen jurídico y su vinculación con la Administración del Estado*. Santiago, Chile: Editorial Hammurabi, 2018.
- Yáñez Henríquez, José. “Impacto sobre las finanzas públicas de la privatización de empresas públicas”. En *Después de las privatizaciones: hacia el Estado regulador*, editado por Óscar Muñoz Gomá. Santiago: CIEPLAN, 1993.
- Zúñiga Urbina, Francisco. “Constitución económica y Estado empresario”, *Revista de Derecho Público*, N°63, tomo I, (2001)
- Zúñiga Urbina, Francisco. “Constitución de 1828 y sus influencias. El constitucionalismo liberal en Chile.” En *Temas actuales de Derecho Constitucional. Libro homenaje al profesor Mario Verdugo Marinkovic*, coordinado por Emilio Pfeffer Urquiaga, 345-370. Santiago, Chile: editorial Jurídica de Chile, 2009.
- Zúñiga Urbina, Francisco, “Constitución y "cláusulas económicas y sociales". Algunas notas acerca de la operatividad de las normas constitucionales”, *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de Derecho Constitucional* 21 (2009)

- Zúñiga Urbina, Francisco. “Nueva Constitución y operación constituyente. Algunas notas acerca de la reforma constitucional y de la Asamblea Constituyente”, *Estudios Constitucionales*, año 11, N°1 (2013) <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v11n1/art14.pdf>
- Zúñiga Urbina, Francisco. “Nueva Constitución y constitucionalismo en el bicentenario”, *Revista de Derecho Público* 76 (2014) <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/35373>

Doctrina extranjera

- Ackerman, Bruce. *We the People: Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- Alberdi, Juan Bautista. *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Raigal, 1954.
- Álvarez, Valentín Andrés. “Introducción al estudio de la empresa pública”, *Revista de Administración Pública*, N°3 (septiembre-diciembre 1950)
- Ariño Ortiz, Gaspar. *Empresa Pública, Empresa Privada, Empresa de Interés General*. Pamplona: Thomson Aranzadi, 2007.
- Azpiazu, Daniel y Vispo, Adolfo. “Algunas enseñanzas de las privatizaciones en Argentina”, *Revista de la CEPAL* 54 (1994) <https://www.cepal.org/es/publicaciones/11966-algunas-ensenanzas-privatizaciones-argentina>
- Basualdo, Eduardo. *El proceso de privatización en la Argentina. La renegociación con las empresas privatizadas. Revisión contractual y supresión de privilegios y de rentas extraordinarias*. Buenos Aires, Argentina: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Argentina. Área de Economía y Tecnología, 2002. <http://publicacioneseconomia.flacso.org.ar/images/pdf/154.pdf>
- Bénoit, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Toulouse, Francia: editorial Dalloz, 1968.
- Cárdenas Gracia, Jaime. “La reforma energética y transformación del derecho público”, en *Aportes sobre la configuración del derecho energético en México*, Margarita Palomino Guerrero y Marisol Angles Hernández (coord.). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas y UNAM, 2019.
- Carrillo Flores, Antonio. “La Constitución en el desarrollo económico y social de México”, en *Las experiencias del proceso político constitucional en México y España*. México D.F.: UNAM, 1979.
- Carpizo McGregor, Jorge. *La Constitución mexicana de 1917*. México D. F.: UNAM, 1980, 4ª Ed.

- Castelazo de los Ángeles, José Rafael. “El rol de la Empresa Pública en México”, en *La empresa pública en México y en América Latina: entre el mercado y el Estado*, coord. Guillermo Guajardo y Alejandro Labrador. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades e Instituto Nacional de Administración Pública de México, 2015.
- Cardoso, Fernando Henrique y Faletto, Enzo. *Dependencia y desarrollo en América Latina*. Buenos Aires: siglo XXI editores S.A., 1977.
- CEPAL. *Estudio económico de América Latina 1949*. Nueva York, Estados Unidos de América: Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos, 1951. <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/1003>
- Chérot, Jean-Yves. *Droit Public Économique*. Francia: Economica, 2007, 2^{da} Ed.
- Collier, Simon y Sater, William F. *Historia de Chile 1808-1994*, trad. Milena Grass. Madrid: Cambridge University Press, 1998.
- Córdova, Arnaldo. *La ideología de la Revolución Mexicana*. México D.F.: Editorial Era, 1974.
- Cosculluela Montaner, Luis y López Benítez, Mariano. *Derecho Público Económico*. Madrid: Iustel, 2007.
- De Vega García, Pedro. “La transición política española a la luz de los principios democráticos de legalidad, publicidad y racionalidad” en *Las experiencias del proceso político-constitucional en México y España*. México: UNAM, 1979.
- Delvolvé, Pierre. *Droit public de l'économie*. Francia: Précis Dalloz, 1998.
- Duguit, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*, tomo I. Paris : Fontemoing & Cie. Éditeurs, 1928, 3^{ra} Ed. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k96899931/f71.item> [consultado el 14 de febrero de 2021]
- Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo*. México D.F.: UNAM y McGraw-Hill, 1997.
- Fernández Vázquez, Emilio. *Diccionario de derecho público*. Buenos Aires: editorial Astrea, 1981.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I. Madrid, España: Editorial Civitas, 1997.
- García de Enterría, Eduardo y Sánchez Morón, Miguel. *Régimen Jurídico de la Empresa Pública*, ponencia al “coloquio sobre Empresas Públicas”, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México, 1979.
- García Pelayo, Manuel. *Obras Completas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Guajardo Soto, Guillermo, “La empresa pública y sus definiciones en el largo plazo”, en *La empresa pública en México y en América Latina: entre el mercado y el Estado*, coordinado por

- Guillermo Guajardo y Alejandro Labrador, 23-35. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades e Instituto Nacional de Administración Pública de México, 2015.
- Jordana de Pozas, Luis. “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo”, *Revista de Estudios Políticos* 48 (1949)
 - Keynes, John Maynard. *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, traductor Eduardo Hornedo. México: Fondo de Cultura Económica, 1934, 7^{ma} edición en español.
 - López Obrador, Andrés Manuel. “Discurso completo del C. Presidente Andrés Manuel López Obrador en la toma de protesta”. 1º de diciembre de 2018. Palacio Legislativo de San Lázaro. <https://embamex.sre.gob.mx/sudafrica/index.php/discurso-integro-de-andres-manuel-lopez-obrador-al-rendir-protesta-como-presidente> [fecha de consulta: 27 de enero de 2021]
 - Magaldi, Nuria. “El concepto de procura existencial (*Daseinsvorsorge*) en Ernst Forsthoff y las transformaciones de la Administración Pública”, *Revista de Derecho Público: teoría y método, Marcial Pons* 1 (2020): 147-174 <http://www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/article/view/30/41> [consultado el 14 de febrero de 2021]
 - Marqués, Gustavo. “Argumentos en favor de la intervención estatal bajo incertidumbre”, *Revista Energeia* Vol. 5 N°1 (2009): pp. 204-205. http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/696/Argumentos_en_favor_de_la_intervenci%C3%B3n_estatal.pdf?sequence=1
 - Marienhoff, Miguel Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Teoría General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982, tercera edición actualizada.
 - Martín-Retortillo Báquer, Sebastián. *Derecho Administrativo Económico*. Madrid: Distribuciones La Ley, 1988.
 - Martínez Puón, Rafael. “El péndulo del Estado: la vuelta a los fundamentos de su intervención”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 213 (septiembre-diciembre de 2011)
 - Millward, Robert. *Private and public enterprise in Europe: Energy, telecommunications and transport, 1830-1990*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
 - Muñoz López, Álvaro. “Empresa pública y Constitución”, en *Estudios sobre el proyecto de Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1978.
 - Ocampo, José Antonio y Parra, María Ángela. “Los términos de intercambio de los productos básicos en el siglo XX”, *Revista de la CEPAL* 79 (2003): 7-35. https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/10872/079007035_es.pdf

- Orlando, Vittorio Emanuele. *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*. Tomo I, Milano: Società Editrice Libreria, 1900.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General* Madrid: Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, 1995.
- Pérez Caldentey, Esteban, Sunkel, Osvaldo y Torres Olivios, Miguel. *Raúl Prebisch (1901-1986) Un recorrido por las etapas de su pensamiento sobre el desarrollo económico*. Santiago, Chile: CEPAL, 2012.
https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40062/Prebisch_etapas_pensamiento.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Prebisch, Raúl. *El desarrollo económico de la América Latina y algunos de sus principales problemas*. Santiago, Chile: CEPAL, 2021. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/40010-desarrollo-economico-la-america-latina-algunos-sus-principales-problemas>
- Ruiz Massieu, José Francisco., *La empresa pública, un estudio de derecho público sobre la experiencia mexicana*. México D.F.: Instituto Nacional de Administración Pública, 1980.
- Sayeg Helú, Jorge. *El constitucionalismo social mexicano, tomo II*. México D. F.: edición del autor, 1973.
- Scocco, Marianela. “La transición del capitalismo al comunismo”, *Revista Izquierdas N°42* (2018), https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-50492018000500186
- Rivero, Jean. *Derecho Administrativo*. Caracas, Venezuela: Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1984.
- Valsangiacomo, Agustina; Brosio, Magali; Montano, Felipe y Núñez, Paula. *Mapeo de Empresas Públicas en Argentina: 2003-2015 Principales características e impacto económico*. Buenos Aires: CIPPEC, 2016.
- Villar Ezcurra, José Luis. *Derecho Administrativo Especial. Administración pública y actividad de los particulares*. Madrid: Civitas, 1999.
- Witker Velásquez, Jorge. *La empresa pública en México y España, un estudio comparativo de derecho administrativo*. Madrid: Editorial Civitas y Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.
- Witker Velásquez, Jorge. *Cómo elaborar una tesis en derecho. Pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del Derecho*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1986.

Legislación citada

Chilena

- Constitución Política de la República de Chile de 1980 (decreto ley N° 3464, de 8 de agosto de 1980)
- Ley N° 3918, de 7 de marzo de 1923 (que autoriza el establecimiento de sociedades civiles y comerciales de responsabilidad limitada)
- Ley N° 6334, de 28 de abril de 1939, que crea las Corporaciones de Reconstrucción y Auxilios y de Fomento a la Producción.
- Ley N° 7727, de 23 de noviembre de 1943, de reforma constitucional que limita la iniciativa parlamentaria en lo relativo a gastos públicos.
- Ley N° 11.828, de 3 de mayo de 1955, que fija disposiciones relacionadas con las empresas productoras de cobre de la gran minería y crea el Departamento del Cobre.
- DFL N° 290, del Ministerio de Hacienda, de 31 de marzo de 1960, que aprueba la ley orgánica de la Empresa Portuaria de Chile.
- Ley N° 15.020, de 15 de noviembre de 1962, sobre Reforma Agraria.
- Ley N° 16.425, de 24 de enero de 1966, que modifica la Ley N°11.828.
- Ley N° 16.615, de 18 de enero de 1967, que modifica la Constitución Política del Estado.
- Ley N° 17.450, de 15 de julio de 1971, que reforma la Constitución Política del Estado.
- Ley Orgánica de las Municipalidades de 1975 (decreto ley N° 1289, de 12 de diciembre de 1975) [derogada el 31 de marzo de 1988]
- Ley N° 18.042, de 5 de octubre de 1981, que crea la Corporación Nacional Portuaria.
- Ley N° 18.575, de 12 de noviembre de 1986, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por Decreto con Fuerza de Ley N°1, de 13 de diciembre del 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.
- Ley N° 18.695, de 29 de marzo de 1988, Orgánica Constitucional de Municipalidades, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por Decreto con Fuerza de Ley N°1, de 9 de mayo de 2006, del Ministerio del Interior.
- Ley N° 19.542, de 9 de diciembre de 1997, que moderniza el sector portuario estatal.
- Ley N° 20.285, de 20 de agosto de 2008, sobre acceso a la información pública.
- Ley N° 20.773, de 15 de septiembre de 2014, que modifica el Código del Trabajo y la Ley de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, en materia de trabajo portuario, estableciendo las obligaciones y beneficios que indica.

- Ley N° 20.880, de 5 de enero de 2016, sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses.

Extranjera

- Constitución de la Republica Española de 1931.
- Constitución de la Nación Argentina de 1949.
http://www.jus.gob.ar/media/1306658/constitucion_1949.pdf
- Constitución francesa, de 4 de octubre de 1958.
- Constitución española de 1978.
- Constitución Política de la República Mexicana de 1857.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.
- Ley de 25 de septiembre de 1941 por la que se crea el Instituto Nacional de Industria, *Boletín Oficial del Estado* (30 de septiembre de 1941)
<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1941/273/A07516-07519.pdf>

Jurisprudencia chilena

Jurisprudencia de la Corte Suprema

- SCS sin rol, de 27 de septiembre de 1968.
- SCS sin rol, de 26 de noviembre de 1943.
- SCS rol N° 2255-2010, de 26 de abril de 2010.
- SCS rol N° 2578-2012, de 7 de septiembre de 2012.
- SCS rol N° 36.305-2019, de 6 de octubre de 2020.
- SCS rol N° 112.508-2020, de 10 de noviembre de 2020.
- SCS rol N° 17.167-2021, de 23 de junio de 2021.

Jurisprudencia de Cortes de Apelaciones

- SCA de La Serena, sin rol, de 13 de marzo de 1954.
- SCA de Santiago, sin rol, de 29 de diciembre de 1961.
- SCA de Santiago, rol N° 575-1993, de 28 de abril de 1993.
- SCA de Santiago, rol N° 2798-1995, de 4 de julio de 1995.
- SCA de Santiago, rol N° 3817-1998, de 27 de noviembre de 1998.
- SCA de Santiago, rol N° 4538-1999, de 13 de enero de 2000.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

- STC rol N° 143-1991, de 5 de septiembre de 1991.

- STC rol N° 207-1995, de 10 de febrero de 1995.
- STC rol N° 352-2002, de 15 de julio de 2002.
- STC rol N° 546-2006, de 17 de noviembre de 2006.
- STC rol N° 1413-2009, de 16 de noviembre de 2010.
- STC rol N° 2475-2013, de 7 de agosto de 2014.
- STC rol N° 2644-2014, de 27 de enero de 2015.

Jurisprudencia Administrativa (dictámenes de Contraloría General de la República)

- Dictamen N° 55.741, de 1957.
- Dictamen N° 23.379, de 1959.
- Dictamen N° 50.423, de 1960.
- Dictamen N° 80.429, de 1960.
- Dictamen N° 16.974, de 1970.
- Dictamen N° 64.792, de 1970.
- Dictamen N° 14, de 1973.
- Dictamen N° 11.537, de 1973.
- Dictamen N° 10.492, de 21 de febrero de 1979.
- Dictamen N° 10.929, de 1979.
- Dictamen N° 4.013, de 31 de enero de 1990.
- Dictamen N° 30.530, de 9 de agosto de 1993.
- Dictamen N° 20.176, de 5 de julio de 1995.
- Dictamen N° 22.683, de 1996.
- Dictamen N° 17.917, de 10 de junio de 1997.
- Dictamen N° 3.117, de 20 de enero de 2005.
- Dictamen N° 22.427, de 15 de mayo de 2006.
- Dictamen N° 70.401, de 3 de septiembre de 2015.
- Dictamen N° 90.185, 12 de noviembre de 2015.