

\$480.

C/359

26-03-07

CAPÍTULO III
DE ESPALDAS AL ESTATISMO: EL DERECHO
DE LOS PARTICULARES A DESARROLLAR
CUALQUIER ACTIVIDAD ECONÓMICA

INTRODUCCIÓN

Cierto es que la Constitución de 1925 contemplaba una incipiente garantía en materia económica, al proclamar que "Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así" (art. 10 N° 14 inciso 3°)¹⁸⁰. Mas, cómo no admitir que, a poco de entrar en vigencia, la parca formulación literal de esta cláusula se revelaría como insuficiente y pronto comenzaría a ser sobrepasada en la práctica, puesto que no consideró que ese derecho a la libertad de empresa terminaría siendo anulado en los hechos, por un estatismo omnipresente que copaba todos los espacios donde la iniciativa privada podía desplegarse en plenitud. La ya escasa garantía empezaría a diluirse progresivamente a partir de la década de los 30, hasta casi desaparecer del todo con la embestida socialista de los años 1970-73.

Una primera conclusión se deduce de lo dicho. Es que el eclipse del sector privado no fue el resultado de prohibiciones formales, sino que de la creación de un creciente número de servicios públicos y empresas estatales adscritos a la Administración, para lo cual nunca faltó el pretexto de nuevas e ilimitadas "necesidades públicas" que satisfacer para "hacer felices a los súbditos".

¹⁸⁰Luego de la LRC 17.398 (9.1.1971) quedaría como sigue: "Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salud públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así" (inc. 5°).

La norma arranca su origen de la Constitución de 1833, art. 151 (142). Ver J. Huneeus, *La Constitución ante el Congreso*, Impr. Cervantes (Stgo.) 2ª ed. (1891) vol. 2, pp. 362-368. Por su parte, desde 1874 nuestro Código Penal sanciona al empleado público que "Prohibiere un trabajo o industria que no se oponga a la ley, a las buenas costumbres, seguridad y salubridad pública", en el art. 158 N° 2. Ver M. de Rivacoba y Rivacoba, *Código Penal de la República de Chile y actas de las sesiones de la comisión redactora*, Edeval (Valparaíso) 1ª ed. (1974) 315 y 512. Con anterioridad, sólo la Carta de 1822 se había preocupado de consignar, escuetamente, que "La industria no conocerá trabas, y se irán aboliendo los impuestos sobre sus productos" (art. 222).

Por contraste, queda claro, desde un comienzo del gobierno militar que asume en 1973, el afán de concretar un ideario filosófico-jurídico que revirtiera la situación descrita y remediara ese *lapsus* de la Carta de 1925. Inspirada, según propia confesión, en la concepción cristiana del hombre, la Declaración de Principios del Gobierno de Chile (11.3.1974) hace resurgir dos ideas centrales que se colocan como postes indicadores a los redactores del nuevo proyecto constitucional: 1º) la afirmación de que el hombre tiene derechos naturales y superiores al Estado, y 2º) que el fin del Estado es el bien común general, el cual exige respetar el principio de subsidiariedad¹⁸¹.

A estos axiomas la Constitución de 1980 se encargaría de darles vigor aplicativo¹⁸². Es así que tanto de la historia fidedigna de su establecimiento, como del propio texto que fue aprobado en definitiva, se deduce que nota conformadora de nuestro Estado de Derecho, con categoría de elemento esencial, es la *primacía de la persona humana y el reconocimiento de sus derechos fundamentales*¹⁸³. De allí que, ya en su pórtico de entrada y a modo de bienvenida, en el capítulo I "Bases de la Institucionalidad", se preocupa de consignar que "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos" (art. 1 inciso 1º).

Y como esa "libertad" e "igualdad" sin más se proyectan en distintos ámbitos, con ello habría bastado para afianzarlas, incluso en el plano económico. Pero el bagaje de experiencias acumuladas, demostrativas de la permanente invasión del Estado en la esfera de los particulares, que llevaría al forzado y continuo repliegue de la iniciativa privada, junto a la necesidad de hacer operativo el principio de subsidiariedad y de reforzar los derechos de las personas, operarían como aguijón y harían de acicate para incorporar en la Ley Suprema de 1980 una normativa jurídica consecuente con dichos propósitos¹⁸⁴.

¹⁸¹El texto de esta Declaración puede consultarse en Anuario de Derecho Administrativo (U. de Chile) I (1975/76) pp. 515-527 (hay edición aparte).

Sobre el principio de subsidiariedad, véanse los trabajos de Massini, Sagués y Soto Kloss, en Revista de Derecho Público (U. de Chile) N°s. 39/40 (1986) pp. 33-71. El de Soto Kloss también en *Derecho administrativo. Bases fundamentales*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, tomo I, 130-146.

¹⁸²Son *axiomas*, porque son los principios evidentes que constituyen el fundamento intrínsecamente necesario del Derecho Constitucional actual, excluyentes de todo lo que les es contrario u opuesto. Al revés de los *postulados*, que son proposiciones que se admiten como posibles, aunque no como necesarias ni excluyentes.

¹⁸³E. Soto Kloss, *ob. cit.*, vol. 2, 12-13.

¹⁸⁴Aunque la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución desechó, en su oportunidad, la idea de consagrar un capítulo específico dedicado al "orden público económico", se dejó explícita constancia que, de todos modos, su concepción no se hallaba ausente.

Aduciendo sus integrantes que concentrar en un solo capítulo todas las normas referentes a ese ordenamiento trastocaba la técnica constitucional, optaron porque este concepto primordial fluyera como resultado de la interpretación armónica de la nutrida preceptiva que, a lo largo de la Constitución actual, incide en la actividad económica, permitiendo que en ésta se fortalezca la libertad humana (Sesión 388 de 27.6.1978).

En un entramado coherente y armonioso se inserta, así, un "orden público económico"¹⁸⁵, donde es posible observar que todos esos objetivos se comprimen y cristalizan en una disposición en particular: "La Constitución asegura a todas las personas: El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen"¹⁸⁶.

Es este art. 19 N° 21 inciso 1º recién transcrito uno de los pilares en que se asienta o reposa la Constitución Económica de 1980¹⁸⁷. Las que siguen serán acotaciones, esto es, meras notas o apostillas en relación a este derecho.

1. EFECTOS DE SU CALIFICACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Si el art. 19 N° 21 inc. 1º se pone en relación con el art. 5º de la Constitución, entonces su sentido y proyección se nos hace más claro. A tal efecto, es necesario encuadrarlo tanto (1º) con aquella parte en que ese art. 5º alude a los "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", cuanto (2º), con aquella otra que se refiere a tales derechos como "limitación" y deber de "promoción" para el Estado.

¹⁸⁵Expresión que debe ser entendida en el alcance que le asigna la C.E.N.C., esto es, como el conjunto de "normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país, de modo que ellas conduzcan a la consecución del bien común" (Informe de 16.8.1978, cursivas nuestras).

¹⁸⁶El inc. 1º reproducido apunta a dejar establecido, como *regla general*, la preeminencia de la actividad económica privada. El inc. 2º versa sobre el carácter *excepcional* que reviste la función empresarial realizada por el Estado o con participación de éste. Para la interpretación de este inc. 2º como una fórmula de resguardo o garantía de ese derecho reconocido en el inc. 1º, vid., aparte de lo que se dice más adelante, nuestro *Actividad empresarial de las sociedades del Estado*, en Informe Constitucional N°s. 1.658 (19.12.1997) y 1.659 (22.12.1997). Más ampliamente en *Empresas públicas y sociedades del Estado*, en "La actividad empresarial del Estado", Central de Apuntes Fac. de Derecho de la U. de Chile (1996), luego en Revista de Derecho (U. Finis Terrae) 3 (1999) 29-46, y ahora en capítulo IV.

¹⁸⁷Perspectivas generales se encuentran en G. Bruna C., *La libertad económica: elemento de un nuevo orden político-económico*, Rev. Política (Instituto de Ciencias Políticas de la U. de Chile) 13 (1987) 59-76. J.L. Cea E., *Tratado de la Constitución de 1980*, Edit. Jurídica de Chile (Stgo.) 1ª ed. (1988) cap. IX. F. Dougnac R., *La garantía constitucional del N° 21 del Artículo 19 de la Constitución en relación con los demás que configuran "el orden público económico"*, Gaceta Jurídica 68 (1986) 6-12. A. Yrarrázaval C., *Principios económicos de la Constitución de 1980*, Rev. Chilena de Derecho (U. Católica de Chile) vol. 14 N° 1 (1987) 97-112.

Para la génesis del art. 19 N° 21, consultar a R. Huidobro S. en RDP 43/44 (1988) 98-116, y a R. Guerrero-E. Navarro en Revista de Derecho (U. Finis Terrae) 1 (1997) 117-142. De Enrique Navarro B., también es Notas sobre el contenido esencial del derecho a emprender cualquier actividad económica, misma revista N° 3 (1999) 19-28.

1.1) Ha de partirse, por de pronto, con una idea esencial y previa: en tanto derivación consecencial del derecho primario a la libertad, el derecho que nos ocupa no puede ser entendido como producto de una liberalidad o simple regalía proveniente del Estado. Antes bien, siendo anterior y pre-existente al mismo Estado –en sentido valorativo, que no cronológico– por tener su origen en el propio Creador, la Constitución no lo concede ni otorga, sino sólo lo recoge a modo de “reconocimiento”. En este predicamento, el art. 5º de la Carta de 1980 sitúa el respeto de los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” dentro de las Bases de la Institucionalidad chilena.

El punto de partida asumido supone admitir la titularidad privada originaria sobre todos los rubros económicos, sin excepción¹⁸⁸. Entiéndase bien: el desarrollo de “cualquiera” actividad económica lícita, sin distinción, pertenece *iure proprio* y *ab initio* a los particulares.

De donde se sigue que este derecho tiene cabida y recibe aplicación incluso cuando el legislador condiciona el acceso a ciertas actividades, primordiales para la comunidad, a una previa “concesión de servicio público” que se ha de obtener de la autoridad, como es el caso, por ejemplo, del suministro eléctrico, la distribución de agua potable o la transmisión telefónica¹⁸⁹.

Por eso no debe caerse en el error de seguir entendiendo dichas “concesiones de servicio público” en iguales términos a como la doctrina tradicional venía concibiéndolas con anterioridad: porque no son cometidos cuya titularidad pertenezca al Estado como función propia, y en que éste sólo aparezca delegando su ejercicio en los particulares interesados en su operación¹⁹⁰. Esta premisa básica no se configura, ni de lejos, en los casos

traídos a colación y otros análogos, por la sencilla razón de que las leyes respectivas parten, precisamente, del supuesto inverso, esto es, que se trata de actividades empresariales y, por ende, de gestión privada¹⁹¹.

A lo cual se suma que, en tales casos, no se ha hecho acreedor al Estado de un poder discrecional para concurrir o no al negocio concesional, comoquiera que éste se encuentra supeditado a un procedimiento reglado, que necesariamente debe concluir con la habilitación solicitada, si el interesado reúne las exigencias técnicas requeridas. Ni tampoco los empresarios del ramo quedan subordinados a los clásicos poderes exorbitantes de la Administración: no hay poder de dirección o tuición como para que se pueda sustituir la decisión empresarial por la decisión burocrática, como tampoco existe el poder de resolución unilateral y posterior rescate, que faculte al Estado para reemplazar a los prestadores privados y reasumir la gestión del servicio¹⁹².

1.2) En segundo lugar, sería pecar de estrabismo jurídico no advertir que, en el art. 19 N° 21 inc. 1º, el constituyente quiso consignar la preeminencia de la iniciativa privada, y que por su inserción dentro del capítulo III “De los derechos y deberes constitucionales”, ello es algo más que una simple

vitales e impostergables para la comunidad), como lo hace el art. 19 N° 16 inc. 6º de la Constitución, o en algunas ocasiones el legislador (v. gr. ley 18.138 art. 11 inc. 2, Código del Trabajo art. 384 letra a), o la misma LOC 18.575 art. 11 bis inc. 4º, agregado por la ley 19.653).

Es lo que insinuamos en RDP 55/56 (1994) 1943-160. Idem (con un panorama de la situación europea y norteamericana) Juan J. Montero P., *Titularidad privada de los servicios de interés general* en Revista Española de Derecho Administrativo (Madrid) 92 (1996) 567-591.

Véase también la prevención de los señores R. García y E. Soto Kloss en sentencia del Tribunal Constitucional de 26.9.1995 (cons. 5), en RDJ 92 (1995) 2.6, 183-186.

¹⁹¹ Así lo ratifica, en el área de telecomunicaciones, la jurisprudencia judicial, al entender que el hecho de entabrar la explotación de estas concesiones, implica afectar el derecho reconocido a sus titulares por el art. 19 N° 21 inc. 1º: RP *Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A.* en GJ 101 (1988) 41-46, y *Compañía Eléctrica del Río Maipo S.A.* en GJ 165 (1994) 43-49.

Avala que el Estado no es titular *per se* de estas actividades la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República: las concesiones de telecomunicaciones, así como las de distribución de agua potable, importan para su titular de desarrollo de una “actividad empresarial”, por lo que, tratándose de un órgano estatal, éste debe contar previamente con la autorización legal ordenada en el art. 19 N° 21 inc. 2 CP (Dictámenes 37.937 de 1994, 34.301 de 1995 y 17.096 de 1996). Cfr., para las concesiones de servicio telefónico, de distribución de energía eléctrica, y de aguas, al compás del criterio antiguo, v. Dictámenes 77.285 de 1972, 23.603 de 1984 y 15.983 de 1988.

¹⁹² Si se quiere ser exacto, a) en cuanto al “ingreso” a estos rubros, lo que en el fondo está demandando el legislador es una “autorización” administrativa (acto que supone reconocer un derecho preexistente del particular), por el hecho de que los prestadores han de usar bienes públicos: idem S. Bernstein L., *Sector eléctrico* en “Soluciones privadas a problemas públicos” (varios autores) Instituto Libertad y Desarrollo (Stgo.) 1ª ed. (1991) pág. 196. De otra parte, b) en cuanto a la “ejecución” de estas actividades, se trata de cometidos privados cuya gestión está afectada a un régimen legal especial de derecho público, a fin de asegurar la continuidad y regularidad de su prestación.

¹⁸⁸ Una única excepción contempla la CP de 1980: el art. 19 N° 24 inc. 10 establece una reserva exclusiva al Estado para la exploración, explotación y beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión minera. Desde luego, no hay en la actualidad una cláusula amplia como la consagrada en la Carta de 1925 luego de la LRC 17.450 (16.7.1971), que permitía a la ley reservar al Estado el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción u otros, “cuando el interés de la comunidad nacional lo exija” (art. 10 N° 10 inc. 3).

Lo dicho es sin perjuicio de que, en materias de salud y previsión, consulte la coexistencia de instituciones públicas (estatales) y privadas encargadas de su satisfacción (art. 19 N° 9 y 18, respectivamente, de la CP 1980). Al referirse a la libertad de información, establece la posibilidad de que el Estado opere y mantenga estaciones de televisión (art. 19 N° 12): es ésta una típica actividad empresarial (de hecho, Televisión Nacional de Chile es una empresa pública, según la ley 19.132) pero afecta a un sistema de “concesiones de radiodifusión” (leyes 18.168 y 18.838).

¹⁸⁹ Para los ejemplos propuestos, consúltense, respectivamente, el DFL 1 (Minería) de 1982 (ley general de servicios eléctricos); el DFL 382 (OO.PP) de 1988 (ley general de servicios sanitarios), y la ley 18.168 (ley general de telecomunicaciones).

¹⁹⁰ O sea, la prestación de estos servicios no ha sido reservada al Estado con caracteres de “necesidad pública” (aquellas que el legislador dispone que sean satisfechas por la Administración, ya por medio de sus organismos, ya a través de concesionarios propiamente tales). Más bien cabría hablar de “servicios de utilidad pública” (al recaer sobre actividades

directriz, curso de acción o mero parámetro de política económica, que los gobernantes de turno serían libres para seguir o no¹⁹³. Por el contrario, es una regla jurídica exigible, que adquiere imperatividad directa e inmediata por versar sobre un derecho subjetivo.

Es que calificado como *derecho subjetivo*, forzoso es extraer las consecuencias que por su carácter le pertenecen, una de las cuales se traduce en las consiguientes *obligaciones correlativas* que genera para el Estado. Dado que no hay derechos sin obligaciones, y para evitar que los primeros quedaran reducidos a puras *flatus vocis* carentes de virtualidad alguna, esto es para sobrepasar el umbral de la retórica y las disposiciones programáticas, el art. 5° inc. 2° de la Constitución de 1980 dispuso que "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

1.2.1) Si esto se compagina con el art. 6° del mismo texto constitucional, relativo a la eficacia vinculante de sus prescripciones, la consecuencia que se obtiene es que este derecho trae aparejado, automáticamente, una verdadera *obligación de no hacer* para el Estado: es una expresa y formal "limitación" al legislador para determinar la *publicatio* de una actividad económica que corresponde a los particulares¹⁹⁴.

Por lo demás, este deber de abstención que la Constitución impone al Estado, y que conlleva el respeto efectivo del derecho mencionado, es congruente con la vertiente denominada pasiva del principio de subsidiariedad que informa al Código Fundamental, el cual veda al Estado exceder sus

funciones naturales (labores de policía, defensa nacional y relaciones exteriores u otras que envuelven una coordinación general) para absorber cometidos que correspondan a los privados y las comunidades menores.

1.2.2) Además, como los derechos esenciales ya no sólo constituyen meras barreras a la expansión de las funciones del Estado, ese deber activo de "promoverlos" equivale a una *obligación de hacer* que pesa sobre él. Ello fuerza al legislador a actuar efectivamente de manera coherente con el contenido del derecho en cuestión, a fin de que se haga posible y viable: su efectivo respeto manda derogar la *publicatio* y ordenar el retiro del Estado de todos aquellos ámbitos económicos que pertenecen a los particulares¹⁹⁵.

Su alcance y significado lo refiere de un modo muy preciso la sentencia del Tribunal Constitucional de 30.10.1995, en términos que no podemos sino recoger, ya que expresan, además, la situación a la que venimos aludiendo: después de señalar que se trata de "un derecho de fundamental importancia para los individuos, al permitir desarrollar tanto el espíritu de iniciativa como la subjetividad creadora de cada una de las personas", concluye diciendo "Que el derecho reconocido por el artículo 19, N° 21, es consecuencia, por lo tanto, de esa primacía de la persona, que establece de manera precisa y plena de consecuencias jurídicas la Constitución en su artículo 1°, y que reitera su artículo 5° al imponer al Estado, y a cada uno de sus órganos, cualquiera sea su naturaleza, función o jerarquía, el deber de respetar los derechos de las personas e incluso de promover su ejercicio, a fin de que puedan, además, participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional" (cons. 42)¹⁹⁶.

2. CONTENIDO Y REGULACIÓN DEL MISMO

Por las consecuencias que emanan, reténgase desde ya que el art. 19 N° 21 inc. 1° parte distinguiendo dos situaciones diferentes, que es necesario separar y no confundir: (1) por *excepción*, una actividad puede ser *prohibida* única y exclusivamente merced a alguna de las tres causales que taxativamente prevé el constituyente, a saber, por ser contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, y que (2) por *regla general*, toda actividad económica que no sea considerada como tal, debe reputarse lícita de suyo, sin perjuicio de que pueda ser *regulada* por el legislador.

¹⁹³Para la doctrina pontificia acerca de la intervención temporal del Estado en materias económicas y su posterior retiro, v. *Centessimus annus* (1991) "Papel del Estado en el sector de la economía" (48).

Un desarrollo jurídico del punto puede encontrarse en nuestro ¿*Qué es "privatizar"?* en RDP 57/58(1995) 239-261, y ahora en capítulo II. Para un panorama mundial, ver J. Rodríguez-Arana, *La privatización de la empresa pública*, Edit. Montecorvo (Madrid) 1991.

¹⁹⁶RDJ 92 (1995) 2.6, 186-204.

¹⁹³Aunque no puede atribuirse a esta normación la virtud de consagrar, como "necesario" o "definitivo", un solo y determinado modelo o estructura económica. Sería una *contradictio in terminis* con la libertad que dichos preceptos tienden a asegurar.

Pero resulta a todas luces jurídicamente inaceptable en el campo de nuestro derecho público y aún en lo atinente a las normas generales de hermenéutica, suponer que las disposiciones del ordenamiento económico chileno se extienden o contraen para cobijar todas las opiniones, puesto que de ninguna manera facultan su uso alternativo. La armonía interna de la Constitución lleva a desestimar *in limine* cualquier sistema estatizante que tienda a invalidar la libertad económica que, a los particulares, resguarda de modo expreso en su texto.

¹⁹⁴Tiene razón Gaspar Ariño: "la libertad de empresa...comporta una regla general de abstención de los poderes públicos en el ámbito empresarial, por la sencilla razón de que las intervenciones masivas o generalizadas del Estado desplazarían fácilmente la iniciativa privada y acabarían, de hecho, con la libre competencia en razón de los superiores medios y las ventajas financieras de que goza la Administración. Esto no es una opinión, sino una experiencia", en *Servicio público y libertades públicas* en "Actualidad y perspectiva del derecho público a fines del siglo XX (Homenaje a F. Garrido Falla/3 vols.)", Edit. Complutense, Madrid, vol. 2 (1992) 1315-1335 (la cita en pág. 1317). Del mismo autor véase *Principios constitucionales de la libertad de empresa*, Edit. Marcial Pons (Madrid) 1995.

2.1) En lo que hace a las actividades ilícitas, valga reiterar que sólo existen tres únicos fundamentos para que una determinada actividad sea o esté prohibida: la moral, el orden público y la seguridad nacional. Y no es baladí que sea una enumeración taxativa –referida exclusivamente a los casos que la norma señala y sin que pueda extenderse a situaciones que le son ajenas– porque sólo en tales hipótesis *el derecho no existe*. Son esas causales de las que se vale el constituyente para entrar a su *delimitación*: ellas definen el ámbito de lo lícito y, por ende, el círculo del cual depende que el derecho examinado se reputa preexistente¹⁹⁷.

Lo anterior conduce a dos aspectos que merecen precisión.

2.1.1) El primero consiste en acotar que si esas actividades están vedadas a los particulares, de igual modo deben estar vedadas al Estado. Sea que se aplique el principio de bilateralidad de las normas constitucionales –que obligan por igual a gobernantes y a gobernados–, o sea que se considere la propia naturaleza del objeto sobre que recaen y los fines que persiguen, cualquiera que sea el criterio que prime para abordar la cuestión, de lo que no puede dudarse es que, independientemente de quien las realice, la titularidad sobre estas actividades no puede reconocerse u otorgarse a nadie, a ningún sujeto, sea privado o estatal. Lo que es ilícito para unos, no puede ser lícito para otros.

Trátase de impedimentos absolutos que recaen sobre actividades objetivamente ilícitas, sin respecto a determinadas personas, y que, por eso mismo, no pueden ser materia de derechos subjetivos ni de cometidos estatales.

Luego, entonces, es jurídicamente improcedente invocar una de esas causales de inhabilidad para restar la actividad a los particulares en beneficio del Estado. En concreto, ningún monopolio o “régimen en exclusiva” que favorezca al Estado puede en ellas encontrar sustento, habida cuenta que, en su más elemental aplicación, un monopolio para unos implica una *prohibición* para los otros¹⁹⁸.

2.1.2) Cabe preguntarse, a continuación, quién puede tipificar o calificar que una actividad es opuesta a la moral, al orden público o a la seguridad nacional. Al margen de toda duda de que debe ser un órgano del Estado, ¿es asunto de resorte privativo del Legislador y/o de los Tribunales? ¿O acaso de los órganos de la Administración del Estado?

¹⁹⁷Mientras la figura de la *limitación* opera sobre el “ejercicio” de los derechos, la *delimitación* actúa directamente sobre su “contenido”. J.C. Cassagne, *La intervención administrativa*, Abeledo-Perrot (Buenos Aires) 2ª ed. (1994) pág. 75.

¹⁹⁸Con mayor extensión hemos abordado el punto en *Inconstitucionalidad de monopolios legales*, Informe Constitucional 1.642 (25.11.1997).

Aparte de apuntar que el art. 19 N° 21 no hace referencia a la ley o a la sentencia como fuentes productoras de prohibiciones, carece de otro asidero la tesis que permite a la Administración generar estos impedimentos, *ex novo* o en uso de atribuciones genéricas sólo indirectamente atinentes a la materia¹⁹⁹.

En verdad, ello es inadmisibles. Porque la idea matriz que inspiró el establecimiento de la norma fue evitar la repetición de hechos tan públicos y notorios en la época 1970-73 con la actuación de la Dirección de Industria y Comercio, Dirinco, que por vía administrativa (resoluciones y reglamentos) entrababa, limitaba e impedía el ejercicio de la libertad de industria reconocida en la Carta de 1925, de donde se explica que en las actas de sesiones de la Comisión Ortúzar se repita una y otra vez que afectar ese derecho –dentro de los límites constitucionales– es asunto de exclusiva “reserva legal”²⁰⁰. Debiendo agregarse que el silencio del art. 19 N° 21 en este punto específico, no es aval suficiente para inferir un poder implícito depositado en la Administración, sin mención expresa²⁰¹, en circunstancias que, si se mira la disposición con criterio parejo, se observa que el constituyente confió al legislador la normación de los diversos aspectos relativos a este derecho²⁰².

¹⁹⁹Piénsese en las municipalidades, que a menudo esgrimen su atribución para “administrar los bienes nacionales de uso público existentes en la comuna” (LOC 18.695 art. 5 letra c), otorgada con el único fin de resguardar su uso común e impedir su menoscabo, para imponer, mediante ordenanzas, qué actos de comercio pueden o no ejecutarse sobre dichos espacios y en qué condiciones (restricciones y limitaciones que, gran parte de las veces, no guardan ninguna relación con la conservación de esos bienes).

²⁰⁰Sesión 388 (27.6.1978) pp. 2.899, 2901, 2904, 2905, 2907 a 2916, y sesión 393 (4.7.1978) p. 3001.

En la cit. sesión 388, el señor Bertelsen considera peligrosa esta interpretación y consulta si sería correcto que una autoridad administrativa prohibiera determinado trabajo por considerarlo atentatorio contra la moral, y el señor Ortúzar hace presente el inconveniente de confiar tal determinación a la autoridad administrativa.

²⁰¹La alegación de que, por no ser materia de ley tal calificación, ya que no se encontraría dentro de aquellas que menciona el art. 60, ella debiera ser objeto de reglamento “autónomo” del Presidente de la República (art. 32 N° 8), se contrarresta *a fortiori* con el art. 61 inc. 2: si el Primer Mandatario no puede jamás dictar un decreto con fuerza de ley que afecte las garantías constitucionales, menos puede hacerlo a través de un simple decreto reglamentario. Que no se pierda el rumbo: si el art. 61 inc. 2 dice que las “materias comprendidas en las garantías constitucionales” no son delegables por el legislador, es obvio que razona sobre la base de que ellas son asuntos reservados a la potestad de la ley.

Confirma el punto de vista manifestado la única excepción prevista por la Constitución: únicamente en el derecho de reunión hay una remisión a “las disposiciones generales de policía” (art. 19 N° 13).

²⁰²Por comparación, recuérdese que el art. 19 N° 15 emplea expresiones similares a las del art. 19 N° 21 en estudio (“Prohíbense las asociaciones contrarias a la moral, el orden público y a la seguridad nacional”) y que la Corte Suprema, por sentencia de 16.9.1992 (cons. 21), dictaminó que juzgar si una entidad cae dentro de esas causales es asunto que incumbe a los Tribunales y no a la Administración. Recurso de inaplicabilidad *Sociedad Benefactora y Educacional Dignidad*, en RDJ 89 (1992) 2.5, 270-291.

Lo anteriormente expuesto y la máxima de que los particulares pueden hacer todo lo que la ley no les prohíba, arroja una sola conclusión: es el legislador el único convocado para pormenorizar estas causales de prohibición, y los tribunales los únicos llamados a declararlas en cada caso concreto.

2.2) Respecto de las actividades lícitas, puede desplegarse con amplitud el derecho de los particulares a desarrollarlas libremente. En efecto, el derecho reconocido en el art. 19 N° 21 inc. 1° es de contenido tan vasto, como consecuencia de su recepción en el texto constitucional en términos amplios, que comprende la iniciativa y prosecución indefinida de "cualquiera" actividad económica, sea extractiva, productiva, comercial, de intercambio, financiera o de servicios, por ejemplo, y ello tanto dentro del país como en el ámbito internacional²⁰³.

Lo dicho, a condición de que el desempeño de la respectiva actividad se efectúe "respetando las normas legales que la regulen". Pero esto último también requiere de algunas precisiones.

2.2.1) Hay que partir consignando una evidente obviedad: por principio, todas las actividades económicas lícitas, sin excepción, deben sumisión al ordenamiento jurídico por imperativo del art. 6 inc. 2° de la Constitución. Quienquiera que sea su titular, debe observar (a) la legislación básica que encuadra el actuar de todo particular (códigos civil, de comercio y sus normas conexas), y (b) la legislación general que se preocupa de los efectos externos negativos o adversos que puede causar una actividad lícita, a fin de adecuarlos con los intereses del bien común (leyes sobre defensa de la libre competencia, de protección del medio ambiente, de tutela a consumidores o usuarios, de preservación de las condiciones de vida urbana, etc.).

Es casi de perogrullo constatar, entonces, que cuando el art. 19 N° 21 hizo alusión a las "normas legales que la regulen", no quiso solamente reiterar ese mismo mandato de ceñirse, como es de ordinario, a los precep-

²⁰³Actas de la Comisión Ortúzar, sesión 384 p. 2816. Su aplicación judicial en acción de amparo económico (LOC 18.971) *Agrícola y Comercial Lourdes Ltda.*, C. Ap. Santiago 25.5.1996 (cons. 3) en GJ 191 (1996) 81-88 (aprobada en consulta por la Corte Suprema el 19.6.1996, rol 2.292-96). En igual sentido, vid. *Asociación de Exportadores y Embotelladores de Vino A.G.*, C. Ap. Santiago 25.5.1996 (cons. 3) C. Suprema 19.6.1996, en RDJ 93 (1996) 2.5, 140-153.

En cuanto a precisar las dimensiones básicas del derecho a la libertad de empresa, dentro de la literatura extranjera se ha consolidado la opinión de que éste se descompone en: a) libertad de creación de empresas y de acceso al mercado; b) libertad de organización del empresario; c) libertad de dirección de la empresa, y d) libertad de actuación en el mercado. Véanse, Fritz Ossenbuhl, *Las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn* en *Revista Española de Derecho Constitucional* (Madrid) 32 (1991) 9-44, G. Ariño en *Principios constitucionales de la libertad de empresa* cit. 85-92, y F. González Navarro, *Derecho administrativo español*, Ed. Eunsa (Navarra/España) 2ª ed. (1994) vol. 3 135

tos legales que sirven de "complemento" al derecho en estudio, pues ello sería una repetición superflua e innecesaria, sino que quiso denotar que ciertas y determinadas actividades económicas pueden quedar afectas a una normación específica (ley reguladora), que se superpone a aquella preceptiva básica y general (leyes marco)²⁰⁴.

2.2.2) Un segundo dato a tener presente es la garantía o protección normativa con que cuenta este derecho: regular esas concretas actividades económicas, vale decir el ejercicio legítimo del derecho a desarrollarlas, es *materia de exclusiva reserva legal*.

Es sencillo comprobar que esta faceta pertenece al dominio privativo del legislador, si se atiende al tenor del propio art. 19 N° 21 inc. 1° de la Constitución, que habla de las "*normas legales*" que regulen tales actividades, y a lo prevenido en el art. 60 N° 2, en cuya virtud "*Sólo* son materias de ley: las que la Constitución exija que sean *reguladas por una ley*". Y dicha regulación únicamente puede ser objeto de actos del legislador, porque al ser una materia comprendida en las garantías constitucionales, no cabe dictar a su respecto decretos con fuerza de ley, por impedirlo así, expresamente, el art. 61 inc. 2°²⁰⁵.

Contribuye a corroborar este parecer el mérito de los antecedentes de la historia del art. 19 N° 21, ya invocados. A lo cual puede añadirse que la Comisión Constituyente, en su sesión 212 (19.5.1976), acordó por unanimidad de sus miembros dejar constancia –al tratarse del que luego sería art. 19 N° 26 de la Constitución vigente– que la autoridad administrativa, cualquiera que sea, está marginada de toda facultad para *regular*, complementar o interpretar las garantías que asegura la Carta Fundamental (pág. 10)²⁰⁶.

Es este criterio, por lo demás, al que se ha atenido el Tribunal Constitucional en numerosos veredictos, insistiendo que el constituyente –tal como ocurre en general en materia de derechos constitucionales– se remite acá

²⁰⁴El art. 19 N° 26 CP formula análoga diferencia, al hacer mención a los "preceptos legales que por mandato de la Constitución *regulen o complementen* las garantías que ésta establece".

²⁰⁵Al no contemplar excepciones, hay en este art. 61 inc. 2° de la Constitución de 1980 un notable avance con respecto a la Carta de 1925. Ésta también estatuyó que la autorización del legislador al Presidente de la República para emitir decretos con fuerza de ley no podía extenderse a materias comprendidas en las garantías constitucionales, pero a renglón seguido decía "salvo en lo concerniente a...la protección al trabajo (y) a la industria" (art. 44 N° 15).

²⁰⁶Vid. E. Evans, *Los derechos constitucionales*, Edit. Jurídica de Chile (Santiago) 1ª ed. (1986) tomo 2 p. 148. Fue Evans precisamente quien propuso que esta disposición, que estaba referida al derecho de propiedad (sesión 106), fuera extendida a todos los derechos fundamentales; y fue él quien propuso que se dejara expresa constancia en Actas del sentido que el constituyente daba a la norma, lo que se acordó por unanimidad (dice esa constancia: "que por lo tanto, ni el Poder Administrador, ni ningún otro Poder Público pueden atribuirse la facultad de regular, complementar o interpretar las garantías que asegure el texto constitucional").

expresamente a la ley y sólo a ésta, como norma complementaria o reguladora, y que en consecuencia no procede jamás abordar tal aspecto por la vía de actos administrativos²⁰⁷.

2.3) Pero todo lo anterior no debe hacernos olvidar la muy elemental diferencia entre lo principal y lo accesorio: el derecho (lo principal) es capaz de subsistir por sí solo, independientemente de la ley que le pueda servir de garantía (lo accesorio).

Lo "principal": como el derecho existe ya, *ante litteram*, y ha sido reconocido por un precepto de rango constitucional, con ello es suficiente para que posea eficacia directa e inmediata, conforme con lo que prescriben los arts. 5º inc. 2º y 6º inc. 2º de la Carta Fundamental. En estricto rigor, el derecho es operativo de suyo, por sí mismo, sin que sea menester un desarrollo legislativo para su efectividad, vale decir sin necesidad de mediación legal²⁰⁸.

Lo "accesorio": como el legislador no puede reclamar legítimamente haber recibido de la Constitución un poder omnímodo para actuar, apelando a su sola voluntad soberana, únicamente podrá dictar la ley reguladora en caso de insuficiencia del derecho, esto es cuando exista un fundamento necesariamente empírico, objetivo y pertinente, que sustente, en la práctica, la necesidad de afianzarlo. Si esta *conditio sine qua non* no se da, si no se requiere "promover" el derecho dotándolo de una seguridad, caución o resguardo legal, porque éste se basta a sí mismo, entonces la ley será nula conforme el art. 7º de la Constitución, porque el legislador no habrá justificado su "competencia" para dictarla.

2.4) Por último, hay que tener en cuenta la garantía material que alcanza y accede también a este derecho. La establece así el art. 19 Nº 26 de la Carta: "La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

Para entender a cabalidad la regla invocada, conviene puntualizar que ella incide en dos órdenes de impedimentos, a) uno tocante a la imposibilidad de afectar el "contenido esencial" del derecho (su ser), b) el otro

atinente a la inhabilidad para establecer exigencias que "impidan su libre ejercicio" (su hacer). Veámoslos, separadamente.

a) Según es dable apreciar, hay aquí una singularización concreta, referida específicamente al legislador, de aquella *obligación de no hacer* que pesa sobre el Estado en general y de que nos habla el art. 5º inc. 2º de la Constitución, amén del cual "el ejercicio de la soberanía reconoce como *limitación* el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana". Ahora el constituyente, en el art. 19 Nº 26, particulariza este mandato, al decir que las leyes complementarias (que desarrollan los derechos) y las leyes reguladoras (que los resguardan), en cuanto adicionan a los derechos respectivos algo de que éstos carecían, no pueden volver atrás, no pueden regresar al punto de partida para atacar su contenido esencial, ya definido o delimitado, expresa o implícitamente, desde un comienzo por la propia Constitución²⁰⁹.

A idéntica conclusión se arriba si se advierte que dichas leyes han sido dictadas en el contexto del citado art. 5º inc. 2º, en la parte que éste impone al Estado esa *obligación activa* de "promover" los derechos esenciales. Si han sido expedidas para afianzar, fomentar, fortalecer, potenciar, robustecer, tonificar o vigorizar esos derechos, es palmario que no pueden degenerar en vías que concluyan aboliéndolos o suprimiéndolos.

Recordemos que el legislador sólo tiene competencia para "regular", o sea para sujetar a normas una actividad, exclusivamente para poner orden en el acceso a ella y/o su práctica posterior, y en procura de afianzar el derecho de los particulares para ejercerla. Pues bien, al hilo de aquella delimitación constitucional del derecho y de esta limitación constitucional al legislador, es obvio que la ley lesionaría el derecho en su esencia o sustancia, excediendo su competencia, al menos en los casos siguientes:

- si distorsiona la "titularidad" del derecho, como cuando disciplina la actividad con tal grado de intensidad que, a la postre, termina engendrando una *sustitución* de la decisión del particular por la determinación estatal²¹⁰; o,
- si elimina la posibilidad de "desarrollar" la actividad, como cuando consagra una *prohibición* (que sólo tiene cabida si la actividad es contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional: art. 19 Nº 21 inc. 1º)²¹¹; ordena una *suspensión* (pues impedir del todo el ejerci-

²⁰⁷En su importante sentencia de 21.4.1992 (rol 146), en Diario Oficial de 6.5.1992 y RDJ 89 (1992) 2.6, 35-44 (cons. 8-11). Confirman este predicamento sus sentencias de 6.4.1993 (rol 167) en D.O. de 15.4.1993 y RDJ 90 (1993) 2.6, 14-24 (cons. 12 y 14), y de 30.10.1995 (rol 226) en RDJ 92 (1995) 2.6, 186-204 (cons. 41-43).

²⁰⁸Luego, a nadie puede serle negado o postergado el derecho a emprender una determinada actividad económica lícita (que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, y calificada así por el legislador), a pretexto de faltar la ley reguladora que se dice necesaria, a la luz de los citados arts. 5º y 6º. Mirado ahora desde la óptica del art. 7º de la Constitución, ese hecho (ausencia de ley) sólo evidencia que ningún órgano del Estado tiene "competencia" para rechazar esa actividad.

²⁰⁹Y que, en el caso que nos ocupa, se traduce en el "derecho" de los particulares a "desarrollar" libremente "cualquiera" actividad económica "lícita".

²¹⁰Lo que equivale a pretender transformar al empresario en cuasi funcionario.

²¹¹Para la diferencia entre "regular" y "prohibir" una actividad económica, v. sentencias del Tribunal Constitucional citadas en nota 208 anterior. Es cierto que en estos fallos se ha admitido que al "regular" se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio del derecho. Pero enseguida advierten que, con tal expediente, no se puede llegar hasta obstaculizar o impedir la ejecución de actos lícitos amparados por el art. 19 Nº 21.

ció de un derecho, aun si de manera temporal, sólo procede en estados de excepción constitucional: arts. 39 ss.)²¹², o impone una *restricción total* (ya que reducir la amplitud o extensión del ejercicio de un derecho sólo está previsto en estados de excepción, y en estados de normalidad constitucional sólo caben restricciones "específicas" para proteger el medio ambiente: art. 19 N° 8 inc. 2°)²¹³.

b) Junto a la intangibilidad de la extensión o alcance del derecho subjetivo, asegurada en la primera parte del art. 19 N° 26, el otro elemento que introduce este precepto dice relación con la prohibición dirigida al legislador de "imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio"²¹⁴.

El Tribunal Constitucional chileno, en sentencia de 24.2.1987 (rol 43), ha hecho un esfuerzo por precisar este último resguardo "en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica", señalando que "se impide el libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica" (cons. 21)²¹⁵.

Nos parece que la comprensión de esta norma se esclarece aún más haciendo una distinción: mientras aquella primera parte del art. 19 N° 26 –ya estudiada– impide la *privación* misma del derecho o, lo que es igual, el desconocimiento de su contenido esencial, aquí rechaza la *perturbación* de su legítimo ejercicio.

Para despejarle el camino dentro de las vías del ordenamiento jurídico, y así allanar la práctica de los actos que son propios del derecho en análisis, lo que acá prohíbe el constituyente es el hecho de ponerle obstáculos a través de medidas innecesarias (no requeridas, en realidad, por el bien común), inadecuadas (en comparación con otras, que eran suficientes y menos gravosas) o desproporcionadas (abusivas o excesivas, porque van más allá de lo razonable y prudente, al extremo de convertirlas en des-medidas).

3. SU OTRO RESGUARDO FRENTE A LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO

No sería completo nuestro análisis ni comprenderíamos el tema en toda su dimensión si no advirtiéramos a continuación que hay dos normas en el art. 19 N° 21 –una sobre la primacía privada en la economía (inc 1°) y la otra acerca de actividad empresarial del Estado (inc. 2°)– y que ellas se vinculan y comunican entre sí en estrecha relación de derecho a garantía.

En efecto, es conclusión que se obtiene por su ubicación y lectura que el inciso 2° de dicha regla constitucional está llamada a operar como una doble garantía a ese derecho reconocido precedentemente en el inciso 1°.

Este propósito de resguardo queda en evidencia si se repara en una distinción elemental, cual es que el art. 19 N° 21 inciso 2° ha distinguido, para los efectos de acotar la presencia del Estado en la economía, dos situaciones diferentes y precisas según se trate: a) de la autorización inicial para "desarrollar" cometidos empresariales o para "participar" en ellos, o b) se trate de la ejecución posterior de esas "actividades" económicas.

Se infiere este distingo, toda vez que ambos órdenes de materias aparecen tratados separadamente por el propio precepto, a punto seguido: "El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado".

Así, por una parte, consagra una limitación para que el Estado y sus organismos puedan acceder a cualquier rubro empresarial, exigiéndoles al efecto una específica ley de quórum calificado. De otro lado, la indicada regla constitucional alcanza también la realización misma de esos cometidos, exigiéndoles que se sometan a la legislación común aplicable a los particulares.

Como la finalidad del art. 19 N° 21 es asegurar la prevalencia de la persona humana respecto de la acción del Estado y sus organismos en la economía, su necesaria armonía con el resto de la Constitución permite aseverar que²¹⁶:

- a) la primera exigencia tiende a fortalecer la *libertad* humana y la iniciativa creadora del hombre, lo que trae aparejado el deber del Estado de abstenerse de asumir funciones empresariales, salvo que por excepción y por aplicación del principio de subsidiariedad en su vertiente

²¹² Así se infiere de una abundante jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional: sentencias de 7.6.1985 (rol 29), 22.11.1993 (rol 176) y 28.2.1994 (rol 185). Mayores detalles en E. Soto Kloss, *Derecho administrativo. Bases fundamentales* cit., vol. 2 pp. 91-95.

²¹³ Ver nota precedente.

²¹⁴ Si la norma cubre la actuación del legislador, con tanta mayor razón alcanza también la actuación de la Administración, cuando ésta es habilitada legalmente con potestades discretionales para fijar estándares o parámetros técnicos vinculados al desarrollo de una actividad.

²¹⁵ Su texto en E. Valenzuela S., *Repertorio de jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (1993), 10.2.1993, Ed. Jurídica de Chile (Santiago), 13 ed. (1989) 86-87.

²¹⁶ Enseguida haremos una interpretación a la luz del art. 1° de la Constitución (que alude a la "libertad" e "igualdad"), comoquiera que el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 27.10.1983 (rol 19), advierte que esa disposición es clave para orientar al intérprete en su misión de declarar el verdadero sentido y alcance de los demás preceptos de la Carta (cons. 9).

- activa, así se lo permita una previa, expresa y específica ley de quórum calificado;
- b) mientras que la segunda condición se halla en íntima trabazón con la *igualdad* de trato jurídico, cuando coexistan empresas o sociedades estatales y agentes económicos privados, dentro de un mismo sector; o sea, al decir aquí que aquéllas deben ceñirse a la "legislación común aplicable a los particulares", el constituyente quiso dejar establecido que, en su gestión empresarial, el Estado no estuviera premunido de privilegios, vale decir, que su concurrencia dentro del quehacer económico se produzca en igualdad de condiciones, conforme a análogas reglas y sin estatutos especiales que le reporten una ventaja sobre el sector privado²¹⁷.

Lo cual es plenamente conciliable con aquellas otras normas del orden público económico que, como el art. 60 N° 9 de la Constitución²¹⁸, regulan específicamente el aspecto financiero de la actividad empresarial que realiza el Estado o con participación de éste, y cuyo propósito es que esa actividad se autofinancie y sea eficiente, de modo que no se cubran sus necesidades de funcionamiento con créditos proporcionados por el propio Estado, o con subvenciones y subsidios gubernamentales destinados a paliar sus déficit²¹⁹.

²¹⁷Actas de la Comisión Ortúzar, sesiones 388 y 389. En esta remisión a la "legislación común aplicable a los particulares" subyace un cierto rechazo a la aplicación directa y preferente del derecho público en lo que hace a esas actividades empresariales del Estado y sus organismos, pues es el resguardo que imaginan los comisionados para poner a salvo este derecho subjetivo de esa añeja concepción, que todavía se prolonga anacrónicamente hasta nuestros días, y que entiendo el derecho público como el estatuto de los privilegios del Estado, y no como aquello que se refiere a los ciudadanos, al "público" precisamente.

Hay una fórmula de remisión más o menos homóloga a la empleada en esta segunda parte del art. 19 N° 21 inc. 2°, en el art. 104 inc. 5° de la Constitución (en la forma como aparece luego de la sustitución introducida por la LRC 19.097).

²¹⁸Este art. 60 dice que "Sólo son materias de ley: 9) Las que fijen las normas con arreglo a las cuales las empresas del Estado y aquellas en que éste tenga participación puedan contratar empréstitos, las que en ningún caso podrán efectuarse con el Estado, sus organismos o empresas".

²¹⁹Dictámenes 29.331 de 1983 y 12.720 de 1992, de Contraloría General de la República. Una concreción de este principio es el art. 45 inc. 1° de la ley de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado: "La Empresa, en caso alguno, podrá comprometer el crédito público. Tampoco podrá obtener financiamientos, créditos, aportes, subsidios, fianzas o garantías del Estado o de cualquiera de sus organismos, entidades o empresas, sino en los casos que ello fuere posible para el sector privado y en iguales condiciones" (introducido por el art. 1° N° 34 de la ley 19.170, de 3.10.1992).

Otro ejemplo es el art. 20 de la ley 19.542 (19.12.1997), que creó diez empresas portuarias estatales en reemplazo de Emporchi, merced al cual "Las empresas, en caso alguno, podrán obtener créditos, subsidios, fianzas o garantías del Estado o de cualquiera de sus organismos, entidades o empresas, sino en los casos en que ello fuere posible para el sector privado y en iguales condiciones...".

APÉNDICE 1 CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBERTAD DE EMPRESA (TURNOS IMPUESTOS A LAS FARMACIAS)

La Unión de Dueños de Farmacias de Chile A.G. solicitó a la Contraloría General de la República revisar su Dictamen 38.030 de 1997, que declaró que la fijación de turnos obligatorios a las farmacias no implicaba vulnerar el derecho reconocido en el art. 19 N° 21 de la Constitución, ya que dicha medida la adopta la autoridad sanitaria en cumplimiento del deber que le asiste de tutelar el derecho recogido en el N° 9 del citado art. 19, sobre protección a la salud.

La entidad recurrente alegó que este servicio a la comunidad debería brindarse a través de los consultorios administrados por las Municipalidades. Para los particulares –agregó– constituye un gravamen, que les genera pérdidas económicas importantes, lo cual es materia de regulación legal y no de un reglamento.

El Dictamen 32.242 de 1998 mantuvo el pronunciamiento impugnado, por los motivos que, resumidamente, se exponen a continuación.

1. Del art. 19 N° 9 de la Constitución se advierte que el derecho a la protección de la salud, impone al Estado la obligación de adoptar las providencias que sean necesarias para resguardar la salud de todos los habitantes (sic) y proteger el libre e igualitario acceso a las distintas acciones de salud. Ello no obsta a que los particulares también puedan actuar en este sector, de múltiples formas, pero sujetos a una especial regulación normativa, como el Código Sanitario y sus reglamentos.

A fin de coordinar estas actividades, y en cumplimiento de su cometido de protección de la salud, el Estado cuenta con facultades que le permiten regular la actividad de los particulares en ese campo. Así, el art. 122 del Código Sanitario señala que "Ninguna farmacia, droguería o laboratorio de productos farmacéuticos podrá instalarse, funcionar o trasladarse sin autorización del Servicio Nacional de Salud". El inc. 2° añade que "Corresponderá a éste, asimismo, la fiscalización de dichos establecimientos".

De allí se explica que el decreto supremo (Salud) 466, de 1984, reglamento de Farmacias, Droguerías, Almacenes Farmacéuticos y Botiquines autorizados, contemple en su art. 42 la modalidad de atención a través de turnos: "El Servicio de Salud fijará semestralmente los turnos de las farmacias de su territorio, los que serán obligatorios...".

2. Si bien las actividades que realizan los particulares en este sector quedan comprendidas en el art. 19 N° 21 de la Carta Fundamental, que protege el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica, es indispensable, no obstante, que aquellas, para gozar de esa garantía, se ejecuten respetando las normas (legales) que las regulen.

En cuanto a las negativas consecuencias económicas que irrogaría a los particulares el cumplimiento de los turnos de atención obligatoria dispuestos por la autoridad, tales planteamientos, atendida su naturaleza, deben ser pues-

tos en conocimiento de los órganos administrativos competentes, a fin de que ellos se pronuncien acerca de la conveniencia de introducir cambios en el régimen de turnos.

¿Qué nos parece este predicamento?

Ningún problema tan consustancial con la libertad de empresa como el relativo a los horarios en que puede funcionar un establecimiento comercial. El cual se revela cada vez que el Estado sustituye la decisión del propietario; como en este caso, en que la Unión de Dueños de Farmacias de Chile A.G. cuestionó —ante la Contraloría General de la República— las atribuciones de la autoridad sanitaria para disponer turnos obligatorios a las farmacias.

Y sorprenden —no producen la menor convicción— los Dictámenes 38.037 de 1997 y 32.242 de 1998, en que se viene a decir que los Servicios de Salud pueden determinar el *modus operandi* de dichos negocios, con apoyo en los N°s 9 y 21 del art. 19 de la Constitución, siendo que la lectura atenta de ambos preceptos conduce a sostener, precisamente, lo contrario.

1. Creo delusoria, para empezar, la invocación al art. 19 N° 9, cuando —a propósito del derecho a la protección de la salud— prescribe que “El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo” (inc. 2°) y que “Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud” (inc. 3°).

Uno, porque es regla básica de concordancia constitucional el que no cabe esgrimir un derecho fundamental, como pretexto para postergar la eficacia de otra libertad esencial. La Carta Fundamental manda perentoriamente, en su art. 6, que todas las disposiciones constitucionales deben recibir plena aplicación, razón por la cual es improcedente preterir unas en beneficio de otras²²⁰.

Dos, porque es obvio que lo único que hace el inciso 2° del art. 19 N° 9 es imponer una obligación al Estado, pero no es conclusión que se obtenga de su texto el que el Estado pueda, a su vez, hacer como un *by pass* y endosar gratuitamente esta carga a los particulares que son propietarios de ciertos establecimientos comerciales. Lo confirma el art. 19 N° 24 de la propia Constitución, cuando prevé que el legislador puede establecer “limitaciones y obligaciones” a la propiedad, por razones de “salubridad pública”: sí, lo puede hacer, pero pagando el Estado, a cambio, las equitativas compensaciones e indemnizaciones²²¹.

Tres, porque el inciso 3°, al hacer alusión a la “coordinación y control” que le incumbe al Estado, quiere decir que éste puede concertar los medios y es-

²²⁰Lo cual es cláusula habitual en los textos declarativos de derechos fundamentales: como en el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (art. 5), el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (art. 5), o el Pacto de San José de Costa Rica (art. 29). Así lo hacía, también, nuestra Acta Constitucional N° 3 de 1976 (art. 11).

²²¹Para la aplicación de este criterio, véase la sentencia del Tribunal Constitucional de 2.12.1996 (rol 245-246), publicada en el Diario Oficial de 10.12.1996, págs. 3-9.

fuerzos de los organismos estatales y privados para una acción común en el área de la salud, y que puede fiscalizar el cumplimiento de las normas aplicables al sector; pero bajo ningún respecto se puede sostener que allí se autoriza al Estado para la fijación de horarios, como quiera que esta medida importa establecer una limitación al ejercicio del comercio²²².

Puesto que la Carta Fundamental ha de ser interpretada en el sentido más favorable a la eficacia y esencia de los derechos que ella asegura, la imposición de limitaciones y obligaciones a otros derechos, en provecho de éste, a la protección de la salud, habría requerido una mención expresa del constituyente, lo que no hizo²²³.

Por eso, ni remotamente, el art. 122 del Código Sanitario contempla competencia explícita alguna en favor de la Administración para imponer turnos de ninguna especie. Literalmente sólo confía a los Servicios de Salud²²⁴ la “fiscalización” sobre las farmacias, de modo que al no concederles atribuciones para regular el horario de funcionamiento de tales establecimientos, o para gravarlos con jornadas especiales de atención de público²²⁵, todo acto en dicho sentido es nulo de derecho público, por simple aplicación del art. 7 de la Constitución.

Atengámonos, pues, a la verdad: el régimen de turnos es pura creación *ex novo* de un acto administrativo de carácter simplemente reglamentario. Sin ninguna fuente de superior jerarquía normativa, ha sido instituido —de la nada— por el decreto 466 (Salud) de 1984 (12.3.1985), reglamento de Farmacias, Droguerías, Almacenes Farmacéuticos y Botiquines.

2. Pasemos a la otra invocación. Se dice que “si bien las actividades que realizan los particulares en este sector quedan comprendidas en el artículo 19, N° 21, de la Carta Fundamental, que protege el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica, es indispensable, no obstante, que aquellas, para gozar de esa garantía, se ejecuten respetando las normas que las regulan”.

Veamos qué objeciones hay en contra de ella. Citaremos dos.

La primera es ésta: el que, a sus expensas, se quiera legitimar un acto reglamentario cuyo objeto es disciplinar un cometido empresarial, sólo evidencia la

²²²Tal cual lo reconociera, antes, el Dictamen 11.074 de 1983.

²²³Como sí lo contempló, por ejemplo, en el N° 8 precedente del mismo art. 19.

²²⁴Las referencias que la ley hacía al ex Servicio Nacional de Salud, en la actualidad deben entenderse efectuadas a los “Servicios de Salud” (organismos descentralizados de la Administración del Estado), en virtud del DL 2.763 de 1979 (art. 17).

²²⁵Así como, tampoco, del art. 129 inc. 2° del Código (ubicado en el mismo Libro Sexto, relativo a las farmacias) —que dice que “Igualmente, corresponde al Servicio Nacional de Salud *vigilar* el funcionamiento de peluquerías, institutos de belleza, gabinetes de pedicuría y otros establecimientos similares”— podría derivarse una facultad *implícita* en favor de la autoridad, para ordenar que esos locales cumplan determinados turnos y extiendan su jornada más allá de lo que determinen sus dueños.

creciente usura de la regla constitucional precitada. Claro, porque el art. 19 N° 21 inciso 1° dice con todas sus letras que únicamente en virtud de "*normas legales*" se puede regular el ejercicio de una actividad comercial o industrial²²⁶.

El constituyente, tal como ocurre en general en materia de garantías constitucionales, se remite expresamente a la *ley* y sólo a ésta, como norma reguladora o complementaria, no siendo procedente –por ende– disponer de estos aspectos por la vía de un decreto supremo²²⁷. Y todos sabemos que esta idea está reforzada por el art. 19 N° 26 de la Carta de 1980, al estipular "La seguridad de que los *preceptos legales* que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia...".

La segunda tiene que ver con este art. 19 N° 26: no creo que haya sido observado que los turnos de marras delatan, precisamente, un atentado al "contenido esencial" de la libertad de empresa.

No es necesario agenciar mayores cavilaciones para admitir que el derecho a "desarrollar" actividades económicas aparece irreconocible cuando la "extensión" del horario en que se van a realizar se hace depender de quien no es su titular. Porque es incuestionable que el derecho de que se trata supone –al menos– la libertad del empresario para decidir *cuándo* ha de llevarlas a cabo, estableciendo los días o momentos de apertura y cierre²²⁸.

Hay, en fin, un argumento al que vuelvo siempre: el art. 5 inciso 2° de la Constitución, cuando señala que "el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", y que es "deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos".

Cuán claro aparece que esa "limitación" es una *prohibición* que, respecto al derecho que nos ocupa, *impide* al Estado sustituirse en la decisión del empresario. Como clarísimo aparece, igualmente, que la ley 18.018 (14.8.1981) fue una forma concreta adoptada por el Estado para cumplir con esa obligación activa de "promover" este derecho, al derogar una serie de disposiciones anteriores que establecían límites de horario al funcionamiento de estableci-

²²⁶Más detalles sobre el origen de esta norma (que tuvo por finalidad *excluir de plano* a los actos reglamentarios), y la doctrina y la jurisprudencia sobre ella elaborada, pueden consultarse en nuestro *De espaldas al estatismo: el derecho de los particulares a desarrollar cualquiera actividad económica*, en revista *Ius Publicum* (U. Santo Tomás) 1 (1998) 105-121, y ahora en capítulo III.

²²⁷Recuerdo, así, las felices afirmaciones del Dictamen 74.557 de 1972, de la mismísima Contraloría.

²²⁸A menos, claro está, que un texto expreso de ley disponga la "continuidad" en la prestación de un "servicio público" regulado que es atendido por particulares, y que ese factor se considere en las tarifas a pagar por los usuarios. Como sucede, por ejemplo, con el suministro de energía eléctrica, según los arts. 74 y 83 del DFL 1 (Minería) de 1982, o con la provisión de agua potable, según los arts. 33 y 35 del DFL 382 (Obras Públicas) de 1988.

mientos comerciales, y, especialmente, la ley 16.344, que fijaba la jornada de trabajo de las farmacias del país (art. 6 N° 1)²²⁹.

Pero aun cuando sean tan claros para cualquier letrado dichos preceptos, cuando la idea estatista se apodera de la autoridad, hasta la claridad del sol de mediodía, en pleno estío, será para ella tinieblas y oscuridad.

Todavía no cala en algunos funcionarios que es el Estado el que está al servicio de las personas y no al revés (art. 1 inc. 4° de la Constitución), y que la Carta Fundamental prima sobre sus ideas o pasiones.

²²⁹Dicho art. 6 también derogó –en su N° 3– la ley 11.999 y –en su N° 8– el DL 934 de 1975, que versaban sobre lo mismo.

Referente al horario de los negocios de expendio de bebidas alcohólicas y el art. 164 de la ley 17.105, vid. Apéndice 2 siguiente.

APÉNDICE 2
EL HORARIO DE FUNCIONAMIENTO DE LOS ESTABLECIMIENTOS
DE EXPENDIO DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS
(OTRA TENAZA CONTRA LA LIBERTAD DE COMERCIO)

1. ¿Los derechos humanos “en serio”? Vamos, que a uno le entra la duda cuando observa el montaje de vigorosas campañas –cruzadas– para exaltar las libertades ciudadanas, pero –paralelamente– ve cómo cualquier invocación genérica del bien común sirve de talismán suficiente para aportillar la *libertad de empresa*.

Explicaciones sobran. O porque algunos la consideran como parte de una mera “política económica”, cuya eficacia queda subordinada a los bemoles y contorsiones de la autoridad de turno. O porque, en el mejor de los casos, conciben la iniciativa privada como un derecho, pero de corte menor, de poco abolengo y alcurnia, siempre susceptible de postergación frente a otros derechos de “mayor importancia”.

Es como que no se asimila todavía –después de tantas décadas de dirigismo estatal– que se trata de un *derecho esencial*, que la Constitución de 1980 inmortalizó (lo digo con intención²³⁰) en beneficio de las personas, al reconocerles, en su art. 19 N° 21 inciso 1°, la libertad para “desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”.

Y libertad económica que fue “asegurada” por el constituyente, justamente para emanciparla de quienes tienen el poder político y así sacarla del ámbito de la arbitrariedad gubernativa. Por eso el texto supremo previene, en su art. 1 inciso 4°, que el Estado debe propender al bien común pero “con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. Añádase lo dispuesto en su art. 5 inciso 2°, merced al cual “el ejercicio de la soberanía reconoce como *limitación* el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, y entonces se comprenderá que esa libertad económica implica eliminar –por principio– la capacidad del Estado para discriminar quién

²³⁰Ya que no puede ser objeto de una *derogación formal* (a pretexto de una “reforma” constitucional: art. 116) ni de una *derogación subliminal* (a pretexto de una “regulación” legal: 19 N° 26).

Es imposible no divisar o presentir algo de esto, en la moción de algunos diputados de centro-izquierda (6.4.1999), que propusieron “modificar” este art. 19 N° 21, agregándole el siguiente inciso 3°, nuevo: “En caso de existir zonas geográficas del país en manifiesto estado de retraso en su desarrollo económico en relación al resto del territorio nacional, el Presidente de la República podrá autorizar la inversión de recursos públicos para la creación, instalación y funcionamiento de empresas productivas o de prestación de servicios por cuenta del Estado o en asociación con el sector privado. Una vez que se haya cumplido su función de promoción del desarrollo en la zona afectada, o en un plazo de 10 años, deberán ser enajenadas al sector privado. Una ley regulará la aplicación de este inciso” (Boletín N° 2.319).

¿Qué tal? En buen romance, se quiere borrar de una plumada la garantía normativa a la libre iniciativa privada, consagrada en el inciso 2°, y consistente en que la actividad empresarial de los organismos estatales “sólo” puede tener lugar por excepción, cuando “una ley de quórum calificado los autoriza”, en casos específicos y calificados, uno a uno, por el legislador.

puede producir y quién no, qué productos y servicios serán autorizados, cómo serán producidos, a qué precios, en qué cantidad...y cuándo podrán transarse²³¹.

2. Todo este es el trasfondo, nos parece, en el que debe manejarse la comprensión –si se puede– de la ley 19.602 (25.3.1999), que endosó a los municipios la facultad omnimoda para “Fijar el horario de funcionamiento de los establecimientos de expendio de bebidas alcohólicas existentes en la comuna” (modificación introducida a la ley 18.695, orgánica constitucional de municipalidades, art. 58 letra ñ)²³².

Acusemos, de partida, que la génesis de esta norma suministra uno de los incontables ejemplos de la forma como, a veces, se legisla en Chile: de manera improvisada, sin condescender a razones concretas, con falta de antecedentes objetivos, lo que facilita la retórica y hace, de la ley resultante, un acto carente de motivación real. Y –para colmo de males– pasando olímpicamente por encima de la Constitución, *ex professo*.

Como se sabe, el precepto tuvo su origen en una indicación formulada, en la Comisión de Gobierno de la Cámara Alta, por el senador socialista don Ricardo Núñez, quien, para defender la facultad que se estaba dando a los alcaldes para “regular” los horarios de que se trata –e “independientemente de las observaciones de carácter constitucional”– esgrimió tanto la “tarea muy importante (de las municipalidades) de velar por la salud pública”²³³, en la Sesión 28ª ordinaria (14.1.1998), como la necesidad de impedir los “delitos por exceso de consumo de alcohol”²³⁴, en la Sesión 33ª (27.1.1998).

²³¹Evoco las felices expresiones de Hernando de Soto, en su ya famoso *El otro Sendero*, Ed. Diana (México) 1ª ed./2ª reimposición mexicana (1987) 304-305.

²³²En nuestra crítica, no ignoramos que el Tribunal Constitucional, por sentencia de 2.2.1999 (rol 284), examinó esta nueva norma incorporada por la cit. ley 19.602 –en el contexto de otras muchas modificaciones efectuadas a la LOC 18.695– y que le dio su aprobación, sin hacer el menor reparo.

Quizá –conjeturamos– porque entendió que debía primar el bien común (y olvidó lo que dice el art. 1 inc. 4º de la Constitución), o porque se asiló en su criterio (tal vez poco realista) de que no le incumbe hacer apreciaciones de “mérito” acerca de las leyes en examen (suponer, por anticipado, el mal uso o abuso en su aplicación, por parte de las autoridades administrativas).

²³³Esta vinculación entre dos funciones inasimilables (la atención de la salud pública con el control del comercio) invita su *reductio ad absurdum*: el hecho que la LOC 18.695 entregue a los municipios tareas precisas en el campo de “la educación y la cultura” (art. 4 letra a), la “promoción del empleo y el fomento productivo” (letra d) o el “deporte y la recreación” (letra e), ¿puede servir de aval para que éstos determinen el horario de los cines, la jornada de trabajo de las industrias ubicadas en la comuna, o en qué momento pueden funcionar los gimnasios particulares?.

²³⁴Copio sin animadversión las palabras de Carlos Ball, de Cato Institute: “Los políticos siempre creen que promulgando nuevas leyes acaban con los problemas y jamás prevén el daño que sus leyes pueden causar”, dice. “La Ley Seca –agrega– convirtió a unas pandillas de rateros en las mafias que con el capital amasado vendiendo whisky de contrabando se diversificaron luego en juegos, protección y prostitución. La Guerra contra las Drogas convirtió a unos campesinos colombianos en hombres fabulosamente ricos y poderosos. Y a nadie debe sorprender que los más apasionados defensores de todas estas leyes sean los burócratas que ven su presupuesto crecer en la proporción que crece el mismo problema que la ley supuestamente solucionaría”. En *Deben aprender*, El Mercurio (Stgo.) 27.6.1999, cuerpo A pág. 2.

Muchos más se plegaron a la moción, queriendo agregar su propia justificación a la norma en discusión; como don Nicolás Díaz Sánchez, que por ahí, en la misma Sesión 33ª, aludía al “vandalismo” que causan las “barras bravas” cuando llegan a provincias, y por allá, en la Sesión 34ª (27.1.1998), a los desórdenes que causan los “eventos musicales de rock metálico-duro”²³⁵.

Al seguir hojeando la deliberación, éste es el párrafo que marqué, de don Mariano Ruiz-Esquide, en la referida Sesión 33ª: “el bien común (resguardar la salud) sí constituye una justificación para restringir determinadas actividades en cuanto ellas significan un agravio a ese bien común”²³⁶. Y este otro del senador Jorge Lavandero, en la Sesión 34ª: “entre la libertad de emprender y el bien común, no cabe duda que debe primar el bien común”.

Ahora, aunque al inicio la indicación no prosperó en el Senado, por falta de quórum (20 a favor, 16 en contra y 1 abstención)²³⁷, estaba destinada a ser un proyecto-Lázaro, pues fue resurrecto en la Comisión Mixta que se formó, “a sugerencia del Ejecutivo” (oficio de 9.11.1998), tras un cosmético cambio de redacción²³⁸. Así se coló y fue aprobado en definitiva, entre el cúmulo de alteraciones de que estaba siendo objeto la ley 18.695.

3. El argumento de los párrafos anteriores, interrumpido y como entorpecido de réplicas, puede parecer intrincado. Busco un método más directo: de ningún modo esta ley puede ser reconocida como una “ordenación racional en aras al bien común”, al haber infringido, sin embozo, el art. 1 inciso 4º de la Constitución.

Porque su historia nos agencia la inequívoca impresión de que aquí se legisló a fuerza de pura jactancia, sin el abastecimiento de antecedentes que sustentarán su idea matriz, esto es, que la venta de bebidas alcohólicas representa un “agravio” al bien común. Y porque, sin salvar esa omisión, los legisladores prefirieron estigmatizar la libertad de comercio y exhumar la errónea creencia –tan cara a los socialismos totalitarios– de que el bien común (supuesto de estar comprometido) es causal suficiente para afectar los derechos de las personas.

²³⁵ ¿Será por eso que la Municipalidad de Licantén (decreto alcaldicio 627 exento, publicado en el Diario Oficial de 23.7.1999) o de Hualañé (decreto alcaldicio 493 exento, publicado el 21.8.1999), por ejemplo, “han tenido que fijar” el horario de botillerías, supermercados, cabaret, restaurantes, etc.?

²³⁶ Entonces, en buena lógica, por ser la venta de bebidas alcohólicas directamente (y no remotamente) “contrario a la moral y al orden público”, tendría que haberse dictado, derechamente, una ley prohibitiva, que impidiera absolutamente la ejecución de esos actos de comercio, en todo momento. Porque si dichas ventas no son compatibles con el bien común, es de suponer que no son apropiadas en instante alguno.

²³⁷ Asumimos que por la sobresaliente oposición, entre otros, de la senadora señora Olga Feliú, quien –en las sesiones indicadas– reiteró que la materia ya estaba reglada en la Ley de Alcoholes; que la proposición violaba el art. 19 N°s. 21 y 24 de la Constitución; además de importar una delegación improcedente de facultades legislativas.

²³⁸ La moción del senador Núñez era autorizar a los municipios para “Restringir los horarios de funcionamiento de las botillerías por zonas o barrios de la comuna”. Compárese con el que quedó, en definitiva: “Fijar el horario de funcionamiento de los establecimientos de expendio de bebidas alcohólicas existentes en la comuna”.

Éste es el vicio inmediato de inconstitucionalidad de que padece la norma, cometido a sabiendas durante su gestación. El otro, lo revela la lectura de su texto: sentado que estaba en juego ese derecho esencial a la libre iniciativa privada en el orden económico –del cual es curadora la Constitución– no cabía al legislador hacer del comercio de bebidas alcohólicas una actividad administrativamente reglamentada. Más precisamente, es inadmisibles que, como consecuencia de esta ley, el horario de venta de esos productos se haya convertido –degradado– en una materia susceptible de ser disciplinada, íntegramente, de la A a la Z, a través de ordenanzas comunales.

Si el horario de apertura y cierre del comercio envuelve una dimensión básica de la libre iniciativa privada, que se integra dentro del derecho de los particulares a “desarrollar” sus propias actividades económicas, ello exigía aplicar a cabalidad el antes mencionado art. 19 N° 21 inciso 1º de la Carta Fundamental, al amparo del cual el ejercicio de este derecho únicamente puede regularse por normas de carácter *legal*.

No se pase por alto que la regla constitucional aludida, además de constatar aquel derecho, contiene y consagra una *garantía normativa* para la seguridad del mismo, consistente en que todo lo concerniente a las “regulaciones” (incluidas las limitaciones) que puedan afectar su ejercicio, *sólo pueden ser objeto de ley*. Reserva al legislador, exclusiva (art. 60 N° 2) e intransferible (art. 61 inciso 2º), que impide –por ende– su configuración por actos de la Administración.

Así lo entendió –respecto al tema que nos ocupa– la jurisprudencia administrativa y judicial. La Contraloría General, en su Dictamen 11.074 de 1983, al sostener que la fijación de horarios importa establecer una limitación al ejercicio del comercio, y que por eso constituye una materia propia de ley²³⁹. El Poder Judicial, v. gr. en el caso *Soto Soto* (1985), al acoger un recurso de protección enderezado contra la Municipalidad de Calbuco, por haber emitido una resolución alcaldía que fijaba, al recurrente, un horario para expendio de bebidas alcohólicas en su local comercial, en circunstancias que no lo permitía la ley²⁴⁰.

²³⁹ Aunque el recurso al Derecho comparado casi nunca es bienvenido, sea recordar al Tribunal Supremo español, quien, por sentencia de 23.5.1988 (art. 1.074), invalidó un ampuloso decreto autonómico por el que se fijaban horarios comerciales. “Es indudable –dijo– que todo lo relativo al horario de apertura y cierre de los establecimientos comerciales es materia que queda integrada en la libertad de empresa y en el comercio interior, y, por tanto, *constituye materia de reserva de ley, vedada, en consecuencia, a la potestad reglamentaria*, por lo que las disposiciones que vulneran tal reserva son nulas de pleno derecho por quebrantar el principio de jerarquía normativa” (cursivas nuestras). Citada por Gaspar Ariño, en *Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo*, Ed. Marcial Pons (Madrid) 1ª ed. (1995) pág. 110.

En el mismo plano, puede ser útil también el artículo *Las Blue Laws: un drama en tres actos (análisis del problema de los horarios comerciales en Estados Unidos)*, de Helena Villarejo Galende, en *Revista de Administración Pública* (Madrid) 147 (1998) 459-473.

²⁴⁰ Corte de Apelaciones de Puerto Montt 9.8.1985, Corte Suprema 22.8.1985, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* tomo 82 (1985) 2.5, 212-216.

Y asimismo lo entendió el propio Legislador, al dictar la ley 18.183 (30.11.1982), que modificó el antes muy detallado y riguroso art. 164 de la ley 17.105, de Alcoholes, Bebidas Alcohólicas y Vinagres, declarando, en su lugar, que "Los negocios de expendio de bebidas alcohólicas fijarán libremente su horario de atención al público...", con excepción de las Cantinas, bares y tabernas, de los Cabarets y peñas folklóricas, y de las Quintas de recreo, para las cuales dispuso un horario especial, considerando la naturaleza de estos negocios²⁴¹.

De allí que hoy cabe sostener que la ley 19.602 cometió –de suyo– una violación directa a la Constitución, al decir –así, en términos genéricos e irrestrictos– que los entes edilicios pueden "Fijar el horario de funcionamiento de los establecimientos de expendio de bebidas alcohólicas", sin siquiera detenerse a prefigurar los elementos básicos de esa limitación y haciendo una remisión amplia al desarrollo reglamentario posterior.

4. Un asunto aparte de la inconstitucionalidad de la ley 19.602 –ya despejado– es el relativo a su aplicación, a la regularidad de las ordenanzas dictadas en su virtud²⁴².

²⁴¹El art. 164 original de la ley 17.105 (14.4.1969) restringía el horario de todos estos negocios. Por su parte, el DL 934 de 1975 –a fin de permitir "la iniciativa privada en materia comercial" (cons. 1º)– autorizó a los propietarios de los establecimientos de comercio para fijar o extender sus horarios, de común acuerdo con sus empleados, sin perjuicio de fijar una jornada mínima obligatoria de atención al público; asimismo, derogó todas las disposiciones legales contrarias o incompatibles con sus disposiciones, a excepción de la ley 16.344, relativa a las farmacias (el art. 6 N° 8 de la ley 18.018, de 14.8.1981, dejó sin efecto este DL).

Mientras la Contraloría General entendió que el DL 934 había producido la derogación del art. 164 de la ley 17.105 (Dictámenes 55.658 de 1978; 3.193, 29.743 y 48.025, de 1979), los Tribunales sostuvieron su vigencia, por ser la Ley de Alcoholes una normativa de naturaleza penal, que no podía verse alcanzada por una disposición del ordenamiento laboral o comercial, como era el DL 934.

Esta discrepancia, y el propósito de afianzar el régimen de libertad de horarios, llevó a la dictación de la citada ley 18.183, según emana de su historia fidedigna (Boletín 242-03). El Mensaje presidencial e Informe Técnico que acompañó la iniciativa, de los Ministerios de Justicia y Economía (1.6.1982), propusieron derogar, simplemente, el citado art. 164 de la ley 17.105, para así afectar a los establecimientos del rubro a "la normativa de general aplicación que rige en el comercio en materia de horario de atención al público, para lo cual se hace necesario eliminar las *restricciones* que se establecen, para esta clase de negocios, en el texto que se propone derogar" (cursivas nuestras).

En definitiva, en la Junta de Gobierno se acordó el texto modificatorio transcrito, que consagró la libertad de horarios, como regla general, sin perjuicio de las excepciones señaladas, para "evitar un mayor consumo de alcohol...considerando la naturaleza de estos negocios" (Informe del Presidente de la I Comisión Legislativa, de 20.10.1982).

²⁴²El art. 10 de la LOC 18.695 dice que las ordenanzas son resoluciones que contienen normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad. Según la Contraloría General –Dictamen 21.322 de 1999– el solo hecho de que su art. 4 letra b) diga que los municipios pueden cumplir funciones relacionadas con la "salud pública y la protección del medio ambiente" los faculta, de suyo, para dictar ordenanzas en la materia.

A las observaciones hechas a este pronunciamiento por el prof. Raúl Bertelsen, en Informe Constitucional 2.054 (13.8.1999), sumaríamos esta otra: dichas ordenanzas sólo proceden cuando el respectivo municipio cumple un *cometido específico* en cada uno de los rubros que señala el art. 4 de la LOC 18.695, a fin de regular el acceso de la comunidad local a las

Era de esperar, la lectura del Diario Oficial facilita el censo y corrobora la sospecha inicial: la multiplicación de centros de producción normativa (hay casi 400 municipios en el país) ha dado origen a una situación verdaderamente caótica. Un panorama denso, difícil de entender; compuesto por una pléyade de ordenanzas descoordinadas, contingentes y coyunturales, cuyo fundamento no se divisa conectado a cada realidad local, a la preservación de la "salud" de la población, ni aparece asociado a la presencia de "barras bravas" en eventos deportivos, o a la realización de conciertos de "rock pesado".

Hay municipios que –dando por descontado que el art. 164 de la Ley de Alcoholes se encuentra derogado– han optado por regular *íntegramente* la materia, a partir de fojas cero, tipificando los diferentes establecimientos de expendio de bebidas alcohólicas (depósitos, restaurantes, cabaret, hoteles, fuentes de soda, supermercados de bebidas, etc.), para –enseguida– fijarles un horario distinto, o dejar algunos en libertad de acción²⁴³.

Como las ordenanzas N° 18 de la Municipalidad de Vicuña (12.7.1999), N° 1 de Lampa (13.7.99), N° 1.328 de Quintero (24.7.99), N° 904 de Zapallar (13.8.99), N° 1 de Los Andes (17.8.99) o N° 595 de Ranquil (9.9.99).

Otras municipalidades han hecho una regulación *parcial*, como la de San Joaquín, con la ordenanza N° 1 (28.7.99), que sólo dispuso un horario para los depósitos de bebidas alcohólicas, negocios de expendio de cervezas o de sidras de fruta, para ser consumidas fuera del establecimiento, y supermercados de bebidas alcohólicas (art. 1). Añade que "Los demás establecimientos de expendio de bebidas alcohólicas fijarán libremente su horario de funcionamiento" (art. 2).

No faltan las que han fijado horarios sólo respecto de ciertas categorías de establecimientos del ramo, agregando que los no mencionados deben ajustarse al art. 164 de la Ley de Alcoholes, como si éste estuviere vigente. Es el caso de las ordenanzas N°s. 642 de Chañaral (16.7.99), 627 de Licantén (23.7.99), 1.933 de Quillota (4.8.99), 454 de El Quisco (16.8.99) y 2.539 de Arica (1.9.99).

Más dudas ofrecen, todavía, las ordenanzas que únicamente han estatuido el horario de determinados establecimientos, pero sin aclarar si aquellos no aludidos pueden funcionar libremente, o de acuerdo a las normas que daba el citado art. 164 de la Ley 17.105. Tal, la N° 751 de Llay-Llay (16.7.99), la N° 18 de Peñalolén (27.7.99), la N° 247 de Rengo (13.8.99) y la N° 493 de Hualañe (21.8.99).

prestaciones concretas que ha de otorgar. Así, las municipalidades estarán habilitadas para emitir ordenanzas en relación a la "educación y la cultura" (art. 4 letra a) o al "deporte y recreación" (art. 4 letra e), a condición de que *brinden realmente* estos servicios a la población.

Este es el único modo –nos parece– de compatibilizar o armonizar esta potestad reglamentaria de las municipalidades, con la potestad reglamentaria del Presidente de la República (art. 32 N° 8 CP), y de evitar la duplicación o interferencia entre ambas atribuciones (como lo manda el art. 5 inc. 2° de la LOC 18.575, sobre bases generales de la Administración del Estado).

²⁴³Efectivamente, la ley no distingue, en cuanto a los establecimientos de "expendio" de bebidas alcohólicas afectos a esta medida. Mas, en ausencia de una tipificación legal, y conforme al Diccionario de la Lengua Española, cabe concluir que las ordenanzas municipales sólo pueden referirse a aquellos locales comerciales donde se "consumen" tales productos.

CAPÍTULO IV
EMPRESAS PÚBLICAS Y
SOCIEDADES DEL ESTADO

INTRODUCCIÓN

Es de sobra conocido que la Constitución de 1980 dio cabida a la actividad empresarial del Estado, aunque de modo excepcional, y que en ese orden de materias la sometió a la legislación común aplicable a los particulares.

Así lo expresa su art. 19 N° 21, inciso 2°:

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

Pero apenas se comienza a examinarlo, lo que a primera vista parecería tan obvio, se torna escurridizo.

¿Qué naturaleza jurídica poseen aquellos sujetos comprendidos bajo la locución *"el Estado y sus organismos"*? ¿Cuál es el régimen jurídico exacto al que deben someter sus actos? ¿Será en todo caso, y para todos los efectos, únicamente *"la legislación común aplicable a los particulares"*?

A modo de portada veamos algunos casos, sin duda polémicos:

- Desde hace algún tiempo, la Corporación Nacional del Cobre, Codelco, viene insistiendo ante la Contraloría General de la República que a ella no le asiste la condición de ser un organismo de la Administración Pública, puesto que considera que tiene un régimen constitucional especial que la asimilaría en su tratamiento a una empresa privada. De allí infiere, entre otras consecuencias, que sus trabajadores no tienen la calidad de funcionarios públicos; que no le son aplicables las disposiciones generales de la Administración del Estado; o que no le alcanza la obligación de proporcionar las informaciones que le sean requeridas

5. Una sugerencia última. Todo lo anterior justifica un mínimo *ius commune*; que el Legislador acote este "dadaísmo" de ordenanzas dispares, delimitando, en alguna medida, una atribución tan amplia como la concedida a las autoridades comunales para fijar –sin más– la oportunidad en que los locales afectados pueden abrir y cerrar sus puertas al público²⁴⁴. Recuerdo un precedente: aunque la ley 11.860, antiguo estatuto municipal, las facultó para "Reglamentar los almacenes y lugares de expendio y consumo de vinos y licores" (art. 52 N° 19), esto no impidió que la ley 11.256, ex ley de Alcoholes, prefijara un horario para esos establecimientos comerciales (art. 156).

Bastaría una ley simple (como una modificación a la Ley de Alcoholes) para complementar esa atribución esencial de las municipalidades, cual es la de dictar ordenanzas en el tema que se analiza, conforme al art. 5 de la ley orgánica constitucional 18.695. En efecto, acorde con la Constitución Política, art. 19 N° 21 inciso 1°, la regulación de las actividades económicas es materia de ley común, de manera que, como la referida ley 18.695 no consignó las peculiaridades de esa regulación, no existe obstáculo constitucional para que disposiciones legales comunes especifiquen dicha atribución esencial.

Al encuadrar las ordenanzas comunales dentro de ciertos límites, engarzándolas dentro de un contexto coherente, el Legislador estaría rescatando –en parte– su competencia para regular estas actividades económicas, de las que hizo dejación con infracción de la Constitución. Y, además de poner coto a esa Torre de Babel actual, compuesta por una tupida normativa municipal, contribuiría a salvaguardar a los afectados de eventuales mandarinatos locales.

²⁴⁴Competencia abierta a la "arbitrariedad" administrativa (cuando se ejerce sin apoyo en antecedentes idóneos, o de manera desproporcionada) que –huelga decirlo– puede, asimismo, ser reparada, en cada caso, por los Tribunales del Poder Judicial, conociendo de un recurso de protección.

Informe Constitucional 2.051 (10.8.1999) da cuenta de dos, promovidos después de la emisión de la ley 19.602, lamentablemente rechazados. Uno, de la Asociación Gremial Cámara de Comercio de Dueños de Botillerías contra los Alcaldes de Ñuñoa y de Santiago, Corte de Apelaciones de Santiago 18.6.1999 (roles 1.517 y 2.102-99), Corte Suprema 13.7.1999 (rol 2.223-99). El otro, de la misma entidad gremial contra el Alcalde de Recoleta, C.Ap. Stgo. 23.6.1999 (rol 1.970-99), CS 29.7.1999 (rol 2.319-99).

por los órganos legislativos, comoquiera que ese deber recaer únicamente sobre los organismos de la Administración, al tenor del art. 9 de la ley 18.918, orgánica constitucional del Congreso Nacional.

Y la Contraloría ha desestimado uniforme y reiteradamente estos planteamientos. Girando en torno a la premisa de que las personas jurídicas de derecho público son creadas por ley, en su Dictamen 20.108, de 1994, ha concluido que se trata de una empresa pública, puesto que el DL 1.350, de 1976, creó a Codelco-Chile para cumplir una *función pública*, con un patrimonio público y una dotación de funcionarios públicos. Esta es la doctrina de la entidad fiscalizadora:

“Cuando el legislador decide crear una empresa pública es porque estima que existe una *necesidad pública* comprometida y por ello, precisamente, tal clase de entidades integra la Administración del Estado, conforme lo establecido en el artículo 1° de la ley N° 18.575, y tal como, por lo demás, lo señalara la jurisprudencia de este Organismo Contralor emitida con anterioridad a la dictación de esa ley”.

No es de extrañar, entonces, que la Contraloría haya mantenido su criterio de que los trabajadores de Codelco son funcionarios públicos, según precisara en su Dictamen 16.164 de 1994; o que siendo parte esa empresa de la Administración del Estado, se encuentra en el imperativo de proporcionar los antecedentes que le solicite el Congreso, como señalara en sus Dictámenes 26.088 de 1993 y 28.226 de 1994. Es más, en Dictamen 9.008 de 1992, sostuvo incluso que, en razón de ser una empresa pública, las autoridades de Codelco se encuentran “sometidas a los principios de legalidad y competencia contenidos en los artículos 6 y 7 de la Constitución, por lo que en el ámbito de sus atribuciones, Codelco no se sujeta al principio de la autonomía de la voluntad, sino a las normas de derecho público”²⁴⁵.

Y para mostrar asuntos bullados, recuérdese el pronunciamiento que emitió la Contraloría a raíz de una presentación del entonces diputado don Carlos Bombal, referida a si una norma de derecho público —el DL 534 de 1974— era aplicable a la Empresa de Obras Sanitarias de Valparaíso S.A. ESVAL, sociedad filial del Estado (Corfo y Fisco), y si la construcción del colector para la V Región que ésta encargara a terceros, revestía el carácter de obra pública.

²⁴⁵Sobre inaplicabilidad del principio de autonomía de la voluntad a las empresas públicas, antes v. Dictamen 9.769 de 1989. Respecto a su aplicación, en materia de cobro de intereses, Dictamen 11.213 de 1975.

El punto era que los artículos 11 y 12 de ese cuerpo legal someten a determinadas restricciones los incrementos de precios por aumentos de obras públicas que se convengan.

La respuesta la daría la Contraloría en su Dictamen 2.016 de 1996: ese acuerdo de voluntades entre Esval y las firmas constructoras Consorcio Oceánico e Iseki, no encuadra dentro de la categoría del clásico contrato de construcción de obra pública.

Partiendo por definir que “son obras públicas todas aquellas de naturaleza inmueble construidas o financiadas por el Estado y destinadas a cumplir una finalidad pública”, la Contraloría reconoce que, en el caso de la consulta, se cumplirían dos de los requisitos enunciados, cuales son que las obras son de naturaleza inmueble y que tienen por objeto atender “*necesidades públicas*”. Mas, no admitió que a dicho contrato haya comparecido el Estado, habida cuenta de que Esval S.A. no forma parte integrante de los cuadros orgánicos de la Administración del Estado, según su invariable jurisprudencia anterior y lo dispuesto en el art. 6 de la ley 18.575. Al contrario —dice—, se trata de una sociedad de derecho privado con personalidad jurídica del mismo carácter y con patrimonio propio, aportado inicialmente por entidades estatales, pero netamente diferente del patrimonio público.

En suma: aplicando estrictamente, en este caso, la regla constitucional del art. 19 N° 21 inciso 2°, en cuya virtud la actividad empresarial del Estado y sus organismos se debe subordinar a la legislación común de los particulares, la Contraloría sostuvo que la convención de marras debió ceñirse a la “normativa común concerniente a la confección de obras materiales, contenidas básicamente en los artículos 1996 y siguientes del Código Civil”, y que “puede estimarse que rige plenamente en ese campo el principio de autonomía de la voluntad reconocido en los artículos 1542 y 12° del Código Civil”²⁴⁶.

¿Entidades públicas o privadas? ¿Regidas por el derecho público o privado? ¿Quizás una mixtura?

1. ANTECEDENTES

1.1) Como cuestión previa, es necesario recordar que históricamente —y en especial a contar de la década de los 30— el Estado chileno ha venido asumiendo la gestión misma de cometidos empresariales de dos maneras cla-

²⁴⁶Lo mismo en Dictamen 7.419 de 1996, en que la CGR se hace cargo de un recurso de protección promovido en su contra por los diputados señores Bombal y Ávila. La Corte de Santiago, por sentencia de 15.3.1996 (rol 461-96), rechazó el recurso, por no existir acto ilegal o arbitrario de CGR al informar como lo hizo en su Dictamen 2.016 de 1996. En igual sentido, véase la declaración pública del señor Contralor General, en El Mercurio (Stgo.) de 4.6.1996, C. 1 y 6, y en Sesión 12ª ordinaria (3.7.1996) del Senado, vid. en El Mercurio (Stgo.) 12.7.1996, Versión oficial, pág. 18.

ramente diferenciadas y que es útil distinguir desde ya: por una parte, a través de empresas creadas por ley; y de otro lado, mediante sociedades comerciales-industriales constituidas o adquiridas por el Estado con arreglo a los procedimientos propios del derecho privado²⁴⁷.

Tempranamente la Contraloría General de la República, en ejercicio de su potestad dictaminante, se encargaría de decantar la diferencia.

A las primeras –denominadas en la legislación de la época como *empresas públicas, empresas del Estado o empresas fiscales*– las considera desde ya como integrantes de la Administración del Estado, aunque precisaría que a ellas les asiste una peculiaridad que las hace diferentes del resto de los entes administrativos, cual es el hecho de que exista un sujeto personificado de derecho público que persiga fines de carácter comercial o industrial y, por lo mismo, que su actividad se traduzca en celebrar o ejecutar actos de comercio, como el modo principal de satisfacer la necesidad pública a que está destinado²⁴⁸. Entonces, para la entidad fiscalizadora tales expresiones denotan una categoría especial de organismos creados por ley para el desarrollo de actividades empresariales del Estado, dotados de autonomía para el cumplimiento de sus fines y de personalidad jurídica y patrimonio propio, esto es, plenamente diferenciados del fisco²⁴⁹.

Por contraste, en relación a las segundas –llamadas genéricamente *sociedades del Estado*²⁵⁰– acotaría que la participación del Estado en ellas, y aunque le pertenecieran en un 100%, no tiene el alcance de modificar su naturaleza jurídica, que es esencialmente de derecho privado, sin que por ello pudieran considerarse como formando parte de los cuadros orgánicos de la Administración del Estado²⁵¹.

²⁴⁷Sin perjuicio de los procedimientos de derecho público que el Estado también empleara para estatizar compañías privadas: la nacionalización de las empresas de la gran minería del cobre en 1971 (LRC 17.540) y las expropiaciones sobre la industria textil en el período 1970-73 (por aplicación del DL 520 de 1932).

²⁴⁸Dictámenes 41.919 de 1959; 16.120 de 1960; 16.974 y 64.792, ambos de 1970, entre otros.

²⁴⁹Dictámenes 10.492 de 1979 y 12.720 de 1992.

²⁵⁰Para CGR son *sociedades del Estado* únicamente aquellas en que éste tiene participación exclusiva, mayoritaria o en igual proporción con particulares (Dictámenes 20.423 de 1975, 3.355 de 1986 y 32.171 de 1993). Acá entendemos comprendidas en esa voz a todas las sociedades en que participe el Estado, sean integradas sólo por organismos públicos, o de éstos con particulares (sociedades de economía mixta), y cualquiera sea el grado de esta participación.

²⁵¹Dictámenes 40.236 de 1966; 77.080 de 1971; 55.527 de 1972; 14 y 43.494 de 1973; 10.492 de 1979; 19.148 de 1982; 184 y 29.674 de 1983; 8.622 de 1994; 2.016, 22.683 y 25.017 de 1996, 17.934 de 1998, 47.904 de 1999, etc. Igualmente, sentencia de 14.9.1988 del Tribunal Electoral Regional de la VIII Región, en Revista de Derecho y Jurisprudencia tomo 85 (1988) 2.6, 130-134.

También véase la sentencia de 4.11.96 (rol 249) del Tribunal Constitucional (cons. 4°). Y los fallos recaídos en recurso de protección *Salas Montes*, Corte de Apelaciones de Antofagasta 26.12.95, Corte Suprema 26.3.96, en RDJ 93 (1996) 2.5, 107-120.

1.2) No es vano recordar, enseguida, que recién la reforma constitucional de 1943 (ley 7.727) vino a admitir expresamente que el Estado pudiera desarrollar cometidos empresariales con sus *empresas fiscales*, al introducir esta categoría de sujetos administrativos en la Carta de 1925, art. 45, a propósito de las materias de ley de iniciativa presidencial exclusiva.

En cuanto a aquellas *sociedades del Estado*, cabe anotar que la Constitución de 1925 nunca las incorporó en su texto, por manera que, bajo su vigencia, configuraron un mecanismo a todas luces extraconstitucional, no obstante las abundantes normas de rango puramente legal que permitían a los organismos públicos integrar estas compañías²⁵².

1.3) Luego, y a poco de asumir el gobierno militar (1973), éste no sólo se ocuparía de reglar la situación de las empresas públicas. Como a la sazón buena parte de la actividad económica estaba a cargo de sociedades del Estado, también iría dictando progresivamente una drástica legislación con el objeto de insertarlas dentro de un ordenamiento coherente, normar de manera general su situación y, así, someterlas a los principios de la nueva institucionalidad²⁵³.

Es el caso del DL 38, de 1973, que las dejó afectas a la fiscalización de la Contraloría General²⁵⁴; del DL 98 de 1973, que declaró en reorganización a toda la Administración del Estado y a las sociedades privadas en que el Estado o sus empresas o sociedades tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, participación o representación; del DL 212, de 1973, que creó la Comisión Nacional de Reforma Administrativa (art. 11); del DL 1.056 de 1975, en materias de gasto público (art. 3)²⁵⁵ y gastos en

²⁵²Excepción hecha –y muy limitada– a las sociedades integradas por Codelco (95%) y Enami (5%) como continuadora de las empresas cupríferas nacionalizadas por LRC 17.450 (1971), y que así aparecieron mencionadas en el art. 17 transitorio letra i) de la Constitución de 1925. En concordancia con su doctrina, CGR diría que ellas no formaban parte de la Administración como empresa del Estado: Dictámenes 24.555, 25.011 y 70.390, todos de 1974.

²⁵³Paralelamente, claro está, al profundo proceso de privatización que alcanzó tanto a unas como a otras. Hemos desarrollado más ampliamente este aspecto en nuestro *¿Qué es "privatizar"?* (una aproximación jurídica), en Revista de Derecho Público (U. de Chile) N° 57/58 (1995) y en capítulo II de esta obra.

²⁵⁴Que en su art. 1 letra B reemplazó el art. 16 de la ley 10.336, permitiendo el control de dicho organismo en estas sociedades para los efectos de cautelar el cumplimiento de sus fines, la regularidad de sus operaciones, hacer efectivas las responsabilidades de sus directivos o empleados y obtener información y antecedentes para el Balance Nacional. Sobre la forma de hacer efectivo este control respecto de las "sociedades del Estado", v. Dictámenes 21.854 y 24.694 de 1986; 32.171 de 1993, y 34.563 de 1994.

²⁵⁵Cuyo inciso 3° estipuló que, a partir del 1.1.1976, las empresas del sector público, entre otras, sólo podrán efectuar aportes de capital a sociedades o empresas de cualquier naturaleza, previa autorización del Ministerio de Hacienda. Por Dictamen 14.944 de 1991, CGR sostuvo que este precepto se encuentra plenamente vigente, con carácter de ley de quórum calificado, acorde con la disposición 5ª transitoria de la Constitución en relación con el art. 19 N° 21 de la misma Carta Fundamental.

personal (art. 29); del DL 1.057 de 1975 (reemplazado por la ley 18.350) sobre cobro de intereses por parte de las empresas del Estado y las empresas o entidades públicas o privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aporte mayoritario o en igual proporción²⁵⁶; del DL 1.141 de 1975, que permite ampliar las facultades fiscalizadoras de Contraloría General sobre ellas²⁵⁷; del DL 1.263 de 1975, en materia de administración financiera²⁵⁸, entre otras normas relevantes²⁵⁹. En el ámbito comunal, por ejemplo, el hoy derogado DL 1.289 de 1976 reguló por primera vez el régimen de las *empresas municipales*—que tuvieron no escasa incidencia en el rubro de la distribución de agua potable y en la explotación de servicios eléctricos—, señalando que su establecimiento sólo podía justificarse “en casos calificados, cuando se trate de atender necesidades impostergables que no puedan ser satisfechas por particulares” (art. 55)²⁶⁰.

1.4) De allí que el constituyente de 1980, al plasmar el nuevo orden económico, tuvo en cuenta, por una parte, a las empresas públicas, y no podía

²⁵⁶Sobre esta materia, v. Dictámenes 11.213 de 1985 y 39.647 de 1997.

²⁵⁷Este DL (dictado por la Junta de Gobierno en ejercicio de su potestad constituyente) señaló que “El Presidente de la República podrá disponer, por decreto supremo, o por oficio, que la Contraloría General de la República ejerza todas o algunas de las facultades que le confiere la ley N° 10.336, y sus posteriores modificaciones, respecto de las instituciones fiscales, semifiscales o autónomas, sobre las empresas del Estado y, en general, sobre los organismos, entidades o sociedades a que se refiere el decreto ley N° 38, de 1973, cualquiera sea su naturaleza jurídica, que por disposiciones legales preexistentes o que se dicten en el futuro no estén ordinariamente afectas a dicha fiscalización” (art. único inciso 1°).

Debe entenderse que, para CGR, este DL quedó vigente luego de la entrada en vigor de la Carta de 1980 (11.3.1981) por la aplicación que de él ha hecho en pronunciamientos posteriores: Dictámenes 10.229 y 15.712 de 1981; 12.647 de 1983, y 3.263 de 1994.

²⁵⁸Posteriormente, el art. 11 inc. 5 de la ley 18.196 (29.12.1982) excluyó a las empresas del Estado y todas aquellas en que el Estado, sus instituciones o empresas tengan aporte de capital igual o superior al 50%, de la aplicación del DL 1.263, con excepción de los arts. 29 y 44. No se entienden excluidas, sin embargo, las empresas que dependan o se relacionen con el Ejecutivo a través del Ministerio de Defensa Nacional (para estas últimas, ver ley 18.382, art. 11, sobre confección de balances, estados financieros y sistema presupuestario).

Para autorización de estudios y proyectos de inversión de las empresas excluidas: ley 18.482, (art. 24). Sobre autorizaciones de gastos: ley 18.591 (art. 68). Sobre aval del Estado a obligaciones por créditos que puedan contraer: leyes 18.482 (art. 20) y 18.550 (arts. 1-2).

²⁵⁹A ese respecto, v. los trabajos del profesor P. Pierry, *Cambios en la estructura de la Administración del Estado*, en RDP 33/34 (1983) 101-115, y *Algunos aspectos de la actividad empresarial del Estado*, en RDP 37/38 (1985) 219-239.

²⁶⁰Para su situación actual en el art. 9 de la LOC 18.695, vid. nota 273 *infra*. Puede ser útil consultar la jurisprudencia administrativa en relación a la actividad empresarial de las municipalidades por medio de empresas: en materia de disposición y tratamiento de basuras a través de la compañía intercomunal Emeres Ltda. (Dictamen 20.176 de 1995); en el rubro de la explotación de empresas eléctricas (Dictámenes 26.101 de 1989; 6.549 y 26.481 de 1990 y 10.995 de 1992); en la explotación de servicios sanitarios (Dictámenes 13.714 de 1990 y 17.096 de 1996), o en el área del turismo (Dictamen 32.103 de 1990). Aunque en una perspectiva distinta a la nuestra, v. *Empresas municipales y Estado empresario*, en GJ 86 (1987) 8-21.

por menos que considerar, además, a las aludidas sociedades con concurrencia estatal, pues son múltiples las referencias que a ellas se encuentran en las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución²⁶¹.

Así la distinción aparece en el art. 55 de la ley suprema, al disponer que “los cargos de diputados y senadores son incompatibles con las funciones de directores o consejeros, aun cuando sean ad honorem, en entidades fiscales autónomas, semifiscales o en las empresas estatales, o en las que el Estado tenga participación por aporte de capital” (inc. 2). Y la ratifica el art. 60 N° 9 al indicar, en lo pertinente, que son materia de ley “las que fijen las normas con arreglo a las cuales las empresas del Estado y aquellas en que éste tenga participación puedan contratar empréstitos”²⁶².

Lo anterior queda en evidencia si se considera que, justamente, el art. 19 N° 21 inciso 2° empleó la expresión el “Estado y sus organismos” para denotar aquellos sujetos que sólo por excepción pueden desplegar cometidos empresariales. Ahora, como no pudo estar en el ánimo del constituyente dispensar, de la restricción de que trata, alguna manera especial a través de la cual el Estado pudiera cumplir funciones empresariales, de allí se deriva el alcance amplio de la norma y comprensiva de todas las formas mediante las cuales el Estado realice esos cometidos²⁶³.

²⁶¹Las alusiones no sólo se encuentran en las sesiones en que se conforma el texto de los arts. 19 N° 21 y 60 N° 9 de la Carta de 1980. También las hay v. gr. en las sesiones donde se analiza la normativa sobre la Contraloría General: 310 (3.8.1977), 311 (16.8.1977), 312 (24.8.1977), etc.

²⁶²El art. 60 N° 9—que alcanza incluso a las empresas privadas con participación estatal minoritaria—regula un aspecto financiero específico de la actividad empresarial que realiza el Estado o con participación de éste, y cuyo propósito es que esa actividad se autofinancie y sea eficiente, de modo que no se cubran sus necesidades de funcionamiento con créditos proporcionados por el propio Estado. Así lo ha entendido la jurisprudencia administrativa (Dictámenes 29.331 de 1983 y 12.720 de 1992).

²⁶³Lo mismo en nuestro *Acción de amparo económico: acerca del recurrente y del recurrido*, Gaceta Jurídica 182 (1995) 7-14.

La Comisión de Estudio de las Leyes Orgánicas Constitucionales (presidida por don S. Fernández F.) intentó precisar las palabras “el Estado y sus organismos” en su proposición de ley interpretativa del art. 19 N° 21 CP. El texto original presentado el 14.8.1986 por la Subcomisión a cargo de don Juan de D. Carmona entendía que “Organismos del Estado son aquellos que constituyen la administración del Estado de acuerdo a la ley orgánica constitucional respectiva, y todas aquellas personas jurídicas y entidades, sin importar su denominación, a través de las cuales actúa el Estado, que le pertenecen a cualquier título, o en las que éste tiene aportes mayoritarios de capital o participación determinante en su administración” (art. 1 letra a). Su texto completo en Revista Chilena de Derecho (U. Católica de Chile) vol. 14 N° 1 (1987) 199-201.

El proyecto no prosperó en definitiva. Reformulado en marzo de 1987, fue elevado por la Comisión al Ministerio del Interior, de donde surgiría, con varios cambios, aquella iniciativa de ley que “Regula la actividad y participación productiva del Estado y sus organismos” enviado por mensaje presidencial de 7.9.1989. Pero la Junta de Gobierno rechazó la idea de legislar, sólo porque consideró que por ser la actuación empresarial del Estado una posibilidad excepcional—que amerita una calificación específica caso a caso—no cabía legislar por vía general esta materia.

La locución el "Estado y sus organismos" que ocupa el citado art. 19 N° 21 abarca por ende a todos los sujetos jurídicos estatales o de la Administración del Estado—incluidas las empresas públicas— y, asimismo, a las sociedades privadas del Estado. De igual manera lo ha entendido el legislador, pues los precedentes normativos producidos en la materia afianzan la idea de que las sociedades del Estado están afectas a la limitación consagrada en ese texto constitucional²⁶⁴, que requieren también ley de quórum calificado para formar parte de otras sociedades²⁶⁵, o para expandir sus actividades empresariales²⁶⁶.

Coincide con este planteamiento, también la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General, v. gr. en el Dictamen 22.683 de 1996, al asumir que a Esval S.A., filial de Corfo, le es aplicable al art. 19 N° 21 inciso 2° de la Carta, no obstante reconocer que es una sociedad de derecho privado que no forma parte de la Administración del Estado. Y en el Dictamen 39.846 de 1997, al entender que Emeres Ltda., integrada por varias municipalidades, para poder desarrollar actividades empresariales distintas a las de su giro requeriría, acorde con ese art. 19 N° 21 inciso 2°, una ley de quórum calificado que así lo autorizara.

²⁶⁴Como la ley 18.965 (10.3.1990), al prevenir que "El Estado, sus organismos o sociedades en que tengan participación, deberán enajenar los derechos que adquieran o reciban a cualquier título en sociedades cuyo objeto social esté fuera de la autorización para desarrollar actividades empresariales concedida al Estado o exceda los términos de dicha autorización, en el plazo de un año contado desde su recepción..." (art. único).

²⁶⁵Como la ley 18.899 (30.12.1989), modificatoria del art. 25 de la ley 6.640 sobre la Corfo, que dispuso que "la Corporación para concurrir a la formación de empresas o participar en la propiedad o administración de otras distintas a las que al 31 de diciembre de 1989 tenga porcentaje en su capital social o injerencia en su administración, requeriría de autorización expresa otorgada por la ley en conformidad a lo establecido en el inciso segundo del N° 21 del artículo 19 de la Constitución Política. Igual autorización necesitarán para tales actos las empresas o entidades filiales de dicha Corporación" (art. 32 letra a). Sobre esta ley, véase Dictamen 24.379 de 1992 de CGR.

O como la ley 19.170 (3.10.1992), al autorizar a la Empresa de Transportes de Pasajeros Metro S.A. (filial Corfo) para que "constituya con la Empresa de los Ferrocarriles del Estado sociedades anónimas para atender servicios de transporte suburbano de pasajeros y la explotación comercial de sus bienes en actividades o servicios complementarios. En estas sociedades podrán participar terceros" (art. 6). Sobre esta ley, véase Dictamen 24.379 de 1992 de CGR.

Otros ejemplos son la ley 18.772 (28.1.1989) art. 2 inc. 2°, también respecto al Metro S.A., y la ley 18.851 (22.11.1989) art. 2 inc. 3°, referente a la Polla S.A.

²⁶⁶Como la ley 19.293 (11.2.1994) al autorizar "a la Sociedad Agrícola y Servicios Isla de Pascua Limitada (filial Corfo) para desarrollar actividades empresariales en materia de agua potable y alcantarillado, ampliándose su objeto social a la producción y distribución de agua potable y a la recolección, tratamiento y evacuación de aguas servidas y a la realización de las demás prestaciones relacionadas con dichas actividades, dentro de los límites territoriales actualmente atendidos" (art. 1).

1.5) Es en ese sentido que el mismo inciso 2° del art. 19 N° 21 prevé dos modalidades diferentes en que el Estado puede ejecutar actividades empresariales: ya al "desarrollar" (directamente) estas funciones, ya al "participar" (indirectamente) en ellas²⁶⁷.

Toma forma la primera hipótesis ("desarrollar") cuando el Estado asume por sí mismo la gestión empresarial, a través de una corporación de derecho público, es decir por medio del fisco, servicios descentralizados, municipalidades y —será lo más usual— mediante empresas públicas.

La segunda fórmula ("participar") se configura cuando el Estado realiza estas actividades sirviéndose de sociedades o compañías de carácter comercial o industrial, a las cuales les asiste la calidad de entidades de derecho privado²⁶⁸.

1.6) Con posterioridad, la LOC 18.575 sobre bases generales de la Administración del Estado (5.12.1986), ha formulado igual distinción.

Primero se ha referido a las "empresas públicas creadas por ley" integrantes de la Administración del Estado (art. 1 inciso 2°), que por esa adscripción les corresponde "atender las necesidades públicas en forma continua y permanente" (art. 3 inciso 1°), pero debiendo "desarrollar su acción garantizando la adecuada autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos y respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica, en conformidad con la Constitución Política y las leyes" (art. 3 inciso 2°).

Aparte ha prevenido que "El Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser de quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales" (art. 6 inciso 1°), agrega-

²⁶⁷Esta distinción aparece clarísima en las Actas de la Comisión Ortúzar, especialmente en sesión 388 (27.6.1978), con las precisiones que, a ese respecto, hicieron doña Alicia Romo y don Juan de Dios Carmona.

²⁶⁸Aunque, por la finalidad y amplitud de la norma en cuestión, la "participación" del Estado y sus organismos se materializa cuando éstos celebran cualquier contrato o convención con terceros, para la realización conjunta de uno o más cometidos empresariales; sea que tales acuerdos den origen a un nuevo ente, diferente a los comparecientes (como es el caso de un contrato de sociedad), o sea que en ese acto los concurrentes conserven su propia individualidad (como sería el caso de una asociación o alianza comercial).

Por eso, son leyes de quórum calificado las que han permitido a algunas empresas públicas actuar, mancomunadamente, con terceros, por intermedio de sociedades, asociaciones u otras modalidades contractuales: v.gr. Ley 18.888 (6.1.1990) respecto de la Empresa Nacional de Petróleo (Art. Único, sustitutivo del art. 2 inc. 2° de la ley 9.618); ley 19.170 (3.10.1992) respecto de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado (art. 1 N° 2, modificatorio del art. 2 del DFL 94 de 1960), y ley 19.542 (19.12.1997) respecto de las empresas portuarias que sustituyeron a la ex Emporchi (art. 7 inc. 1°).

Asimismo lo confirma la sentencia de 31.01.2000 (rol 248-00) de la Corte Suprema, en recurso de amparo económico *Asociación Nacional de la Prensa A.G. con Empresa de Transportes de Pasajeros Metro S.A.* (cons. 5°).

do que estas entidades "no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas" (art. 6 inciso 2º)²⁶⁹.

1.7) Según puede apreciarse de la normativa transcrita, el régimen constitucional y legal vigente recogió esa práctica legislativa y jurisprudencia administrativa anterior, diferenciando claramente las respectivas individualidades jurídicas y características que presentan los sujetos de derecho público que desarrollan actividades empresariales (empresas públicas), frente a las compañías comerciales o industriales cuyos patrimonios se integran con la concurrencia del Estado por aportes de capital, pero que son de derecho privado porque se han estructurado bajo la forma de organizaciones con carácter societario (sociedades del Estado).

Como se verá a continuación, la novedad del ordenamiento jurídico en vigor aplicable a unas y otras se encuentra en los *finés limitados* que la Constitución asigna al Estado en el ámbito económico.

2. CONSIDERACIONES

Cabe anotar, en primer término, que conforme al principio de subsidiariedad, la actividad empresarial del Estado es del todo excepcional. Aparece inequívocamente de los propios términos del art. 19 N° 21 inciso 2º de la

²⁶⁹"Participar" quiere decir tener parte en un trato, o sea ser "parte" de una sociedad: ya esté integrada exclusivamente por dos o más organismos públicos distintos (que obviamente no son una autocontratación del Estado o contrato consigo mismo), ya esté integrada por un organismo público en conjunto con particulares (sociedades de economía mixta).

No procede reducir la norma del art. 6 citado, sobre la base de entender que ha querido referirse sólo a las sociedades de economía mixta, en que el Estado concurre "parcialmente" a su composición. Tal criterio cuantitativo no encuentra asidero alguno en la historia fidedigna de la LOC 18.575. Es más, conduce a varios absurdos. Porque si así fuera, las sociedades formadas únicamente por organismos estatales diversos no requerirían ley para contratar empréstitos, dado que el art. 60 N° 9 CP alude a aquellas en que el Estado tiene "participación" (para su genuino sentido, ver nota 262 *supra*).

Con el mismo predicamento, senadores y diputados podrían ser directores o consejeros de estas compañías, a pesar de que la finalidad de incluir a las empresas con "participación" del Estado, dentro de las inhabilidades del art. 55 CP de 1980, fue llenar el vacío que presentaba el art. 29 CP de 1925, al no contemplar las sociedades constituidas exclusivamente por entidades estatales. Recuérdese que el Senado en sesión de 9.7.1945 había aprobado un informe de su Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en el sentido de que no existía incompatibilidad para el senador Salvador Allende en relación con los cargos de presidente de la Sociedad Anónima Bacteriológica de Chile y director del Laboratorio Chile S.A. (con 100% de su capital en manos de instituciones semifiscales). Como la compatibilidad de la Carta de 1925 decía relación sólo con otros cargos retribuidos con fondos fiscales o municipales, el Senado tuvo en consideración que la sociedad constituye una persona jurídica diferente de los individuos que la componen, y el aporte de capital no las transforma en organismos estatales. Vid. A. Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional*, Ed. Jurídica de Chile (Stgo.) 1ª ed. (1963)

Constitución –al emplear el adverbio "sólo"– y de la historia fidedigna del establecimiento de la disposición constitucional citada que, mientras la titularidad en el quehacer económico pertenece a los privados, la ejecución de actos comerciales o industriales por el Estado asume un claro carácter excepcional²⁷⁰.

Hay una ya abundante jurisprudencia administrativa y judicial que corrobora lo aseverado²⁷¹.

Por ende, en las áreas empresariales que no están vedadas legalmente a los particulares por razones de orden público o de seguridad nacional, sólo se justifica que el Estado cumpla ese rol en casos de ausencia total o parcial, falta de interés o incapacidad privada, y que aquél esté en condiciones de superar.

Todo ello, desde luego, en la medida que así lo permita una ley de quórum calificado, previa, expresa y específica²⁷².

En tales hipótesis de excepción, surge entonces una función "*propia*" del Estado, pues se configura una "*necesidad pública*" que debe ser atendida directamente por una entidad de derecho público que, por cierto, no puede sino formar parte de su Administración.

2.1. EMPRESAS PÚBLICAS

2.1.1) Dicho lo anterior, es necesario acotar ahora que, por aplicación del principio de especialidad, son las "*empresas públicas creadas por ley*" aquellas entidades de que se vale de ordinario el Estado para *desarrollar* actividades empresariales y, de este modo, satisfacer una determinada *necesidad pública*²⁷³.

²⁷⁰Para la confirmación del parecer expuesto en los documentos oficiales que dieron lugar a la actual Carta Fundamental, v. R. Bertelsen R., *El Estado empresario en la Construcción de 1980* en RCHD vol. 14 N° 1 (1987) 115-125. Otros antecedentes relevantes, emanados de CONARA y ODEPLAN en 1980, a propósito de la que sería LOC 18.575, en R. Pantoja B., *Bases generales de la Administración del Estado*, Ediar-ConoSur (Stgo.) 1ª ed. (1987) 27-34.

²⁷¹En la jurisprudencia contralora: Dictamen 24.372 de 1992. En la del Tribunal Constitucional: sentencia de 9.9.1991 (cons. 5) Revista de Derecho y Jurisprudencia tomo 88 (1991) 2.6, 99-104. En la de los tribunales del Poder Judicial (en materia de acción de amparo económico): *Asociación Gremial de Impresores de Chile con Ejército de Chile*, cit. en nota 285 *infra* (cons. 11); *Armat S.A. con Casa de Moneda de Chile*, C. Ap. Stgo. 7.7.1992 (cons. 3) CS 22.7.1992, en RDJ 89 (1992) 2.5, 201-206. Hay comentario a este último fallo de E. Soto Kloss en *Temas de Derecho* (U. Gabriela Mistral) vol. 8 N° 1 (1993) 105-114. Más recientemente, *Asociación de Impresores de Chile con Empresa de Correos de Chile*, C. Ap. Stgo. 27.11.1998 (cons. 3º), CS 16.12.1998, con comentario nuestro en Informe Constitucional 1.905 (30.12.1998) y 1.929 (5.2.1999); también en RDJ 95 (1998) 2.5, 270-281.

²⁷²La propia Constitución establece normas excepcionales que autorizan al Estado para realizar cometidos empresariales: en la Gran Minería del Cobre, a través de Codelco (art. 3 trans.); en la explotación de sustancias mineras no concesibles (art. 19 N° 24 inc. 10), y en materia de estaciones de televisión (art. 19 n° 12 inc. 5).

²⁷³Por ende, el Estado no se circunscribe a desarrollar actos empresariales sólo a través de las empresas públicas actualmente existentes: Empresa de Abastecimientos de Zonas

Por lo tanto:

- Estas empresas son personas jurídicas de derecho público, desde el momento en que han sido creadas por ley, acorde con el ordenamiento jurídico vigente, en particular el art. 62 inc. 4 N° 2 de la Constitución.
- En consideración a su objeto o giro empresarial, ese estatuto orgánico debe contenerse en una ley de quórum calificado, al tenor del art. 19 N° 21 inciso 2° de la misma Carta. Por eso, tanto el Tribunal Constitucional como la Contraloría General han precisado que toda medida que incida en aspectos esenciales referidos al objeto, organización, funcionamiento y atribuciones de una empresa estatal, sólo puede disponerse por una ley de ese rango²⁷⁴.
- Y de lo dicho se sigue que las empresas públicas forman parte de la Administración del Estado, pues así las incluyen los arts. 1° inciso 2° y 18 inciso 2° de la ley 18.575.

2.1.2) Se concluye forzosamente de lo anterior que las empresas públicas no mudan nunca su naturaleza de personas jurídicas de derecho público, la que permanece siempre inalterable. En otras palabras, no se desdoblaron a la manera de la hoy superada "teoría de la doble personalidad del Estado".

Y como las empresas públicas no modifican su condición de tales por el hecho de someterse "a la legislación común aplicable a los particulares", esta remisión del art. 19 N° 21 inciso 2° de la Constitución únicamente puede tener cabida y cobrar sentido en dos órdenes de materias.

Primero, en lo referente a la isonomía o igualdad de trato legal que debe existir entre las empresas estatales y los agentes económicos privados que comparten el respectivo sector productivo. Dicho de otro modo, las

Aisladas, Banco del Estado de Chile, Fábrica y Maestranzas del Ejército, Astilleros y Maestranzas de la Armada, Empresa Nacional de Aeronáutica de Chile, Empresa Nacional de Minería, Empresa Nacional de Petróleo, Corporación Nacional del Cobre, Empresa de los Ferrocarriles del Estado, las diez empresas sucesoras de la ex-Empresa Portuaria de Chile, Empresa de Correos de Chile y Televisión Nacional de Chile.

En el ámbito del *Fisco* existen servicios centralizados autorizados al efecto, v. gr. el Cuerpo Militar del Trabajo que puede arrendar la capacidad disponible de su infraestructura destinada a funciones propias, en prestaciones de servicios a terceros (ley 18.968), o el Instituto Geográfico Militar cuando puede ejecutar trabajos propios de su especialidad, a pedido de entidades públicas o de particulares (leyes 15.284 y 17.087).

A las *Municipalidades* también se les abre esa posibilidad excepcional, pues la ley 18.695 señala explícitamente que "podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado las autoriza" (art. 9).

Con los *Servicios descentralizados* puede ocurrir lo mismo, cuando sin desatender el cumplimiento de sus funciones principales, permanecen con un margen de capacidad ociosa para colocarla en el mercado. Es el caso de los Servicios de Salud, que pueden atender a terceros ajenos al régimen sanitario estatal a cambio de una tarifa (ley 18.469 art. 16).

²⁷⁴Vid. Dictámenes 9.188 de 1989, 6.724 de 1995 y 2.601 de 1996. En igual sentido, sentencia del Tribunal Constitucional de 22.9.1989 (cons. 13-14) en RDJ 86 (1989) 2.6, 159.

empresas públicas deben quedar subordinadas a las mismas reglas legales –de derecho privado y/o de derecho público– que rigen a los particulares que comparecen en la misma área económica²⁷⁵.

A este respecto, es útil tener en cuenta los elementos de juicio que proporciona la historia fidedigna del establecimiento de la disposición constitucional citada, los cuales conducen a sostener que su intención fue consagrar que el Estado, en su gestión empresarial, debe recibir el mismo tratamiento jurídico que los particulares, esto es que su concurrencia dentro del ámbito económico se produzca en igualdad de condiciones y sin privilegios o estatutos especiales que le reporten una ventaja sobre el sector privado²⁷⁶.

Aseveración que se ve reafirmada en este caso por el hecho de que la norma examinada se encuentra ubicada en el capítulo III relativo a las garantías constitucionales, y específicamente a continuación del inciso 1° del art. 19 N° 21. De donde deriva que su propósito fue asegurar la existencia práctica o eficacia real del derecho a la libre iniciativa económica que les asiste a los particulares, y no cambiar la naturaleza jurídica de las empresas públicas, puesto que para ello se habría requerido una normación específica dentro de las reglas orgánicas dedicadas a la Administración del Estado.

Antes bien, la Constitución (art. 62 inc. 4 N° 2) y la LOC 18.575 (arts. 1 y 18) las reconocen como personas jurídicas estatales, por lo que no es atendible sostener –con pretensiones de generalidad– que se rigen íntegramente en su "ser" y en todo su "obrar" por el derecho común de los privados, ya que ello implicaría extender esa remisión más allá de la intención perseguida, en su oportunidad, por el constituyente.

En segundo término, es evidente que debe recibir plena aplicación esa legislación común en lo concerniente a las relaciones bilaterales o convencionales que dichas empresas públicas mantengan con los usuarios o consumidores, ya que su actividad se traduce, precisamente, en celebrar o ejecutar actos de comercio, de aquellos que indica el art. 3 del código del ramo. De ahí que la relación con esos terceros se base en un contrato, en lo atinente a esa actividad específica, y no en vínculo estatutario de derecho público.

Acontece entonces que como sólo "esas actividades" empresariales, únicamente esos actos comerciales o industriales específicos deben encuadrarse dentro de la legislación común, cualquier otro vínculo *ad extra* no

²⁷⁵Siempre y cuando esa coexistencia sea conciliable con el principio de subsidiariedad (que se justifique la presencia productiva del Estado con sus empresas públicas) y con la misma legislación común aplicable a los particulares (que muchas veces no admite el acceso a ciertos rubros sino a organizaciones que deben adoptar la forma de sociedades anónimas).

²⁷⁶Actas de la Comisión Ortúzar, sesiones 388 y 389. Resguardo que imaginan los comisionados para precaver el derecho de los particulares a la libre iniciativa frente a esa concepción que todavía mira al derecho público como el estatuto orgánico de la autoridad y sus "privilegios", y no justamente como el ordenamiento jurídico de las libertades públicas. Vid. esta última visión en E. Soto Kloss, *Derecho Administrativo. Bases fundamentales* (2 vols.) Ed. Jurídica de Chile (Stgo.) 1ª ed. (1996), especialmente vol. 1, 21-34.

coligado a estas materias, como asimismo en lo tocante a su organización y funcionamiento *ad intra*, en su régimen de bienes y de personal, la preceptiva natural de las empresas públicas será, por regla general, de derecho público.

Atendida su calidad de empresas estatales, la sola circunstancia de que el legislador disponga, a su respecto, la aplicación de normas de derecho público, no importa entonces, *per se*, una de aquellas "excepciones que por motivos justificados" puede establecer la ley.

Ello, desde luego, en la medida que la norma de derecho público aplicable no conlleve un cambio en las reglas legales que rigen el respectivo rubro productivo, ni un privilegio especial en su comparecencia al mercado. Es claro que en estos eventos se estará ante una excepción, que la ley debe consentir únicamente en casos muy calificados de bien común²⁷⁷.

2.2. SOCIEDADES DEL ESTADO

2.2.1) Merced a lo dispuesto en el mencionado art. 19 N° 21 inciso 2° de la Constitución, los entes estatales de la Administración pueden ser autorizados –ley mediante, de quórum calificado– tanto para pasar a formar parte de una compañía ya construida en la que antes no tenían participación, cuanto para concurrir a la creación de nuevas sociedades con fines comerciales o industriales²⁷⁸.

En este último caso, y en armonía con lo establecido en los arts. 2053 y 2059 inciso 2° del Código Civil, se puede inferir que el organismo público así habilitado se encontrará facultado al mismo tiempo para comparecer a un contrato que va a dar origen a un ente ficticio de carácter societario, es decir a una nueva persona jurídica, que es de derecho privado²⁷⁹.

²⁷⁷Por mandato del art. 1 inciso 4° CP, al "bien común" también debe tender esa ley excepcional que, por causales justificadas (o sea, por motivos objetivos y pertinentes), puede sustraer a las empresas públicas de la legislación común, en las materias reseñadas, al amparo del art. 19 N° 21 inc. 2°.

Por tanto, dicha ley debe guardar "pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece" (art. 1 inc. 4 citado, *in fine*), lo que significa que esos "privilegios" o "diferencias" que puede admitir en favor de las empresas estatales jamás pueden traducirse en un perjuicio para el derecho de sus competidores (art. 19 N° 21 inc. 1°), como monopolios o cualquier forma de dumping o competencia desleal, ni en un menoscabo al derecho de los consumidores o usuarios para adquirir los bienes o servicios que libremente escojan (art. 19 N° 23).

²⁷⁸No nos referimos aquí a la adquisición *forzosa* de acciones que deben recibir imperativamente los organismos de la Administración, en devolución o retribución de aportes de financiamiento reembolsables por parte de empresas telefónicas, de agua potable y alcantarillado, o eléctricas. Conforme a las leyes 18.554 (art. 1) y 18.681 (arts. 2-3), si bien en tal caso pasan a constituirse en socios accionistas, sus acciones no se contabilizan para el quórum en las juntas de accionistas ni dan derecho a voto en ellas, y deben enajenarse en el plazo de un año.

²⁷⁹Para las formalidades administrativas (resolución aprobatoria y toma de razón) que deben cumplir estos acuerdos de voluntades, en que son parte los organismos públicos, véase Dictamen 24.101 de 1992.

No contradice su carácter de sujeto de derecho privado la circunstancia de que ese ente estatal pueda ser accionista mayoritario de la empresa así formada, si se tiene en consideración que el citado art. 2053, después de definir el contrato de sociedad, agrega que constituye "una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados". Es decir, la calidad de los socios es independiente de los rasgos de la sociedad.

Y además, como no han sido creadas directamente por ley –cuya es la característica fundamental de las personas de derecho público, con arreglo al art. 62 inciso 4° N° 2 de la Constitución– por eso mismo el art. 6 de la LOC 18.575 advierte que no forman parte de la Administración del Estado.

2.2.2) Siendo esto así, a las sociedades del Estado no les son aplicables las disposiciones legales que tienen como destinatarios a los organismos de la Administración del Estado.

Ahora, su régimen jurídico se clarifica, si se distinguen dos aspectos diferentes:

(a) En lo que respecta a su organización, funcionamiento, regulación de bienes y de personal, se les aplicará el derecho privado.

Lo anterior, a menos que el legislador disponga otra cosa, ya que nada obsta que la ley someta a estas compañías a ciertas y determinadas normas de derecho público, en esos órdenes de materias, si las menciona expresamente²⁸⁰. Porque en razón del interés público y colectivo que está presente en la gestión de estas sociedades en que el Estado tiene participación, el legislador les puede imponer ciertas normas propias del ámbito jurídico público²⁸¹.

²⁸⁰V, gr. como la citada LOC 10.336, sobre fiscalización de la Contraloría General (art. 16 inc. 2); o la LOC 18.918, acerca de su deber de remitir al Congreso Nacional sus memorias, boletines y otras publicaciones relevantes (art. 8); o la LOC 19.175, en cuanto a la información que deben proporcionar a los Gobiernos Regionales sobre los planes, programas y proyectos que vayan a ejecutar en la región (art. 21); o la ley 18.196, en materia de confección de balances y sistemas presupuestarios al que deben ajustarse (art. 11); o el DL 1.939 de 1977, sobre recepción de concesiones de uso de bienes fiscales (art. 57); o el DL 799 de 1974, sobre la correcta utilización de sus vehículos (art. 1); o el DFL 1, de Hacienda, de 1993, estatuto del Consejo de Defensa del Estado, que contiene normas sobre su situación procesal (arts. 3 N°s. 3, 4 y 7, 5 letra b) y 55); o la ley 18.482, sobre autorización previa de los ministerios de Hacienda y Economía para celebrar contratos de leasing (art. 24), y aquellas leyes de incidencia financiera o presupuestaria dirigidas al sector público en general (nótese que la gran mayoría de estos ejemplos sólo dicen relación con las sociedades en que el Estado tiene participación mayoritaria o, al menos, en igual proporción con particulares). Eso sí, las leyes de presupuesto no son aplicables a las empresas y sociedades estatales, por haber sido sometidas, en virtud del art. 11 de la ley 18.196, a un régimen presupuestario especial (Dictamen 32.458 de 1996).

La propia Constitución también les hace aplicables ciertas exigencias de derecho público: necesidad de ley de quórum calificado para expandir su giro o para integrar otras sociedades (art. 19 N° 21 inc. 2) y necesidad de ley para contratar empréstitos (art. 60 N° 9).

²⁸¹En expresiones del Dictamen 22.683 de 1996. Asimismo se pronuncia Eduardo Soto Kloss en *Las corporaciones privadas de desarrollo social v su régimen de fiscalización*, en

(b) En lo tocante a su actividad comercial o industrial, en el plano *ad extra*, las sociedades del Estado quedan sujetas por entero a la "legislación común aplicable a los particulares", vale decir a las mismas normas legales que rigen para los particulares dentro del sector económico en el que actúan. Tal ordenamiento jurídico sectorial se compone, como es obvio, de las reglas de derecho privado habituales, y además, de las disposiciones especiales incluso de derecho público que puedan disciplinar o regular la actividad económica de que se trate.

Por supuesto, en este último plano y en atención a que revisten la calidad de entes privados, no se concibe que el legislador pueda concederles una "excepción", en tanto y en cuanto ello suponga excluirlas de la ley común para conferirles un privilegio exorbitante de derecho público.

Por último, es pertinente puntualizar que todo lo dicho precedentemente no debe confundirse con la situación de sus "socios", habida cuenta que los sujetos administrativos públicos, estatales, que en dichas sociedades participan, como es de suponer, siempre se rigen por el derecho público.

2.2.3) En otro orden de consideraciones, corresponde precisar que, por ser entes privados, jamás su finalidad social puede consistir en la satisfacción de una "necesidad pública", dado que esta función sólo puede recaer en los organismos de la Administración del Estado. Lo cual adquiere relevancia práctica frente a aquellas leyes que autorizan genéricamente a los organismos estatales para participar en estas sociedades, o sea sin indicar la forma y condiciones en que se producirá esta participación²⁸².

La doctrina invariable de la Contraloría General, recogida en innumerales pronunciamientos, en general acerca de las personas de derecho privado que puede crear el Estado, y en particular referente a las sociedades en que éste participa, ha mantenido siempre que su objeto en ningún caso puede tener el alcance de asignar a estas organizaciones privadas el cumplimiento de *funciones públicas* que la ley ha radicado en los entes

RDP 31/32 (1982) pág. 134. Y Manuel Daniel Argandoña, en *La organización de la Administración del Estado. Bases fundamentales*, Edit. Jurídica de Chile (Stgo.) 2ª ed. (1985) 117-118, dice que "Sin duda, todas estas normas las ha establecido la ley para cautelar el capital y el interés público comprometidos en la acción de entidades que, sin embargo, son, orgánicamente, de derecho privado y no pertenecen a la Administración del Estado".

²⁸²Ejemplo de ello son las leyes para las universidades estatales: el DFL 153 (Educ.) de 1981 (19.1.1982), que le permite a la Universidad de Chile crear y organizar "sociedades" (art. 49 letra b), y la ley 19.168 (17.9.1992) que hizo extensiva igual posibilidad a las Universidades de Tarapacá, Arturo Prat, Atacama, Valparaíso, el Bío-Bío, Magallanes e Instituto Profesional de Osorno (art. único).

Para la discusión en el Senado de esta última ley, en la materia que nos ocupa, v. Sesiones 16ª ordinaria (11.8.1992) y 17ª ordinaria (13.8.1992), en *El Mercurio* (Stgo.) 17.8.1992 y 20.8.1992, respectivamente.

estatales que concurren a su celebración, puesto que los fines y atribuciones de estos últimos son materias de ley —acorde con los arts. 6, 7 y 62 inciso 4 N° 2 de la Constitución— y, por consiguiente, sólo por ley puede alterarse su competencia. De esta manera, estas convenciones únicamente pueden involucrar la transferencia contractual de tareas *complementarias* que condigan con las funciones propias del Estado²⁸³.

En términos generales, el criterio expuesto coincide con el señalado por el Tribunal Constitucional en sentencia de 29.2.1988 (cons. 23-24): la traslación de funciones que son propias de un organismo estatal, en forma amplia a una entidad privada que aquél puede constituir, infringe el ordenamiento jurídico, máxime si ello puede ser utilizado como un mecanismo para contravenir las limitaciones constitucionales que rigen la acción de dicho organismo público²⁸⁴.

Luego, como la actividad empresarial del Estado es del todo excepcional, no cabe interpretar en forma extensiva las leyes que habilitan a los organismos públicos para comparecer a la creación de entes societarios privados con fines comerciales o industriales. De lo contrario, el Estado quedaría en posición de absorber, por esta vía indirecta, actividades económicas que no le corresponden, distorsionando absolutamente el sentido de la Ley Suprema y la esencia de la garantía a la libre empresa privada, que el constituyente ha tenido en cuenta al dictar el art. 19 N° 21 como un solo todo indisoluble.

Por lo tanto, para no incursionar en áreas ajenas al objetivo general del sujeto estatal que concurre a su creación, las funciones *complementarias o de apoyo* de que se hagan cargo estas empresas privadas deben tener *relación directa* con los fines propios que conciernen al Estado, conforme al principio de especialidad que gobierna a los organismos de su Administración y a los contratos que celebren²⁸⁵.

²⁸³Dictámenes 34.205 de 1956; 68.129 de 1970; 9.623 de 1984; 7.281 de 1988; 3.214, 3.530, 9.188, 9.769 y 11.160 de 1989; 4.839 y 25.987 de 1990; 6.724 y 15.225 de 1995 y 2.601 de 1996.

²⁸⁴Su texto en *Diario Oficial* 33.018 (11.3.1988) 6-8. La misma idea expresó en su sentencia de 14.3.1995, al pronunciarse sobre la ley 19.378 (13.4.1995), *Estatuto de Atención Primaria*.

Igual principio de que las funciones propias o inherentes del Estado deben ser cumplidas directamente por el mismo Estado, y de que éste sólo puede transferir, a entidades privadas, labores complementarias o de apoyo, se halla inserto en diversos cuerpos normativos del derecho público chileno: p. ej. leyes 18.803 (art. 1), 18.834 (art. 2) y 18.883 (art. 2). Al respecto, véase nuestro *Transferencia de funciones estatales al sector privado en tres contratos administrativos: concesión de servicio público, externalización y sociedad*, en RDP 55/56 (1994) 143-160.

²⁸⁵Es el principio que está presente —como conexo al principio de juridicidad— en la sentencia sobre acción de amparo económico (LOC 18.971) *Asociación Gremial de Impresores de Chile con Ejército de Chile (Instituto Geográfico Militar)*, C. Ap. Stgo. 5.12.1991 (cons. 12º) CS 8.1.1992, en Fallos del Mes 398, 831-836. Igualmente, en *Asociación Gremial de Impresores de Chile con Empresa de Correos de Chile* (cit. en nota 271 anterior).

2.2.4) Mas, lo anotado en el número que antecede, en cuanto a la imposibilidad de transferir las funciones propias del Estado a sus sociedades comerciales, merece un análisis particular cuando es la ley la que dispone el traspaso, de iguales cometidos empresariales, desde una entidad estatal originaria hacia una organización privada derivada.

Sabido es que, a partir de la década de los 80, el legislador puso término a la existencia de múltiples empresas e instituciones que poseían la calidad de organismos públicos por haber sido creadas, en su momento, por la ley, disponiendo en su reemplazo, y como sucesoras de sus mismas funciones, la constitución de otras tantas sociedades con arreglo a las normas del derecho privado. Sus socios fundadores –otros organismos estatales (usualmente la Corfo y el Fisco)– pudieron enseguida enajenar sus acciones a particulares. Así ocurrió con Correos en lo relativo al servicio telegráfico, Lan Chile, Instituto de Seguros del Estado, Empreemar y con Radio Nacional.

Como se ve, en tales situaciones, primeramente la ley extinguió la entidad administrativa respectiva, en ejercicio de las atribuciones que al efecto le confiere al legislador el art. 62 inc. 4 N° 2 de la Constitución, para “suprimir” servicios públicos y empresas del Estado. Después, les impuso un “contrato forzoso de sociedad” a dichos socios fundadores, en orden a tener que concurrir, imperativamente, a la formación de una nueva sociedad que actuaría como continuadora legal del servicio o entidad pública ahora desaparecida. Y, finalmente, en iguales términos, regló además un “contrato forzoso de venta” de sus acciones, en conformidad con el art. 60 N° 10 de la misma Carta, puesto que son materia de ley las normas sobre enajenación de bienes del Estado.

Pero en varios otros casos la transferencia a los privados del total de la propiedad accionaria por los entes públicos fundadores de estas compañías no se llevó a cabo. En esta situación de privatización inconclusa se encuentran, todavía (a pesar de lo ordenado en la ley 19.549), las trece sociedades anónimas formadas por la Corfo y el Fisco –según las leyes 18.777 y 18.885– con el objeto de efectuar actividades empresariales en materia de agua potable y alcantarillado, en reemplazo de la Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias, de la Empresa de Obras Sanitarias de la V Región y del Servicio Nacional de Obras Sanitarias, que existían para estos efectos como personas jurídicas de derecho público.

¿Una “degradación de lo público” o “pseudo-privatización”? ¿Tenemos, así, a la postre, sociedades “privadas” de modo sólo aparente, virtual, pero ejerciendo permanentemente funciones públicas?

Descartemos la idea de que el único objetivo del legislador, en estos casos, haya sido simplemente “disfrazar” de privado a un organismo esta-

tal, con el designio de sustraerlo de las normas y controles de derecho público, incurriendo así en un verdadero fraude constitucional²⁸⁶.

Si esta es una suposición correcta, el corolario es que su privatización debe consolidarse definitivamente con la enajenación forzosa de los activos que en esas compañías mantiene el Estado (Corfo y Fisco). Porque, como ya hemos visto, si la creación de la empresa o servicio público obedió, en su momento, a que el legislador estimó que existía una “necesidad pública” comprometida, su expresa supresión por otra ley posterior produce la derogación tácita de aquella *publicatio praevia*²⁸⁷.

3. CONCLUSIONES

3.1) Si a la Carta de 1925 se le recusaba el “vacío” de no consultar garantías suficientes para contener la extensión indebida de la actividad empresarial del Estado, en perjuicio del derecho propio de los privados a la libre iniciativa y expansión en materia económica, por contraste y puestas en paralelo, a la Constitución de 1980 no es posible y reprocharle análoga carencia, comoquiera que sus prescripciones contienen una serie de nociones congruentes relativas a la actividad económica, permitiendo que en ésta se fortalezca la libertad humana.

Su art. 19 N° 21, inciso 1°, ha venido a reconocer que la titularidad en el quehacer económico pertenece de suyo a vinculación estricta con la libertad de la persona humana y como derivado de ésta (art. 1 inciso 1°).

Por eso tiene cabida dentro de aquellos “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, y que por mandato directamente vinculante

²⁸⁶La historia de la ley 18.777 (8.2.1989) expresada en su Mensaje presidencial (23.3.1988), en el Informe de la Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno (27.4.1988), en las Sesiones conjuntas de Comisiones Legislativas (Boletín N° 948-03), y en el Informe del Presidente de la 1ª Comisión Legislativa (10.8.1988), arroja los siguientes antecedentes:

(a) que su propósito fue transformar a Emos y Esvál en sociedades anónimas, a fin de sustraerlas del régimen jurídico que, a la época, las regía y que entrababa su gestión: escasa flexibilidad para contratar personal idóneo, obligación de llevar contabilidad separada para Contraloría General y la Superintendencia de Valores (Mensaje cit. y Sesiones conjuntas de 12.5.1988 y 17.5.1988);

(b) que se tratará de entidad de carácter privado, pues serán sociedades anónimas, y no personas jurídicas de derecho público (Informe cit. de Secretaría de Legislación y del Presidente de la 1ª Comisión);

(c) que Corfo no ha podido crear empresas después de la Constitución de 1980, al asilo de su ley orgánica, y que debe tenerse en cuenta el fallo del Tribunal Constitucional de 29.2.1988, sobre lo irregular que resulta la transferencia de funciones del Estado a entidades de derecho privado que éste organiza y crea. En todo caso –se dice– la situación podría sanearla la futura ley sobre Estado empresario (Sesión conjunta de 7.6.1988).

²⁸⁷Fue así que, posteriormente, la ley 19.542 (4.2.1998) aprobó normas para enajenar las acciones del Estado en las referidas empresas sanitarias. Acerca de las trabas puestas a la aplicación de esta ley, v. nuestro *¿Una privatización frustrada?*, en Informe Constitucional 1.748 (12.5.1998) y 1.750 (14.5.1998) y ahora en Apéndice 1 de capítulo II.

Y que lamentablemente se olvidara en el caso *Asimet A.G. con Codelco Chile*, CS 25.5.1993, en RDJ 90 (1993) 2.5, 157-164. Hay comentario adverso a este fallo del profesor Soto Kloss, desde otro punto de vista, en Informe Constitucional 572 (17.6.1993).

de la Constitución actual (art. 6 inciso 2º) configuran tanto una "limitación" a la actuación del Estado, cuanto una obligación activa de "promover" tales derechos (art. 5 inciso 2º).

3.2) Conforme a esa "limitación" o deber de abstención que pesa sobre el Estado, la regla general que de ello se deriva es que éste no puede asumir funciones empresariales. Por aplicación del principio de subsidiariedad, sólo por excepción puede realizarlas: cuando se trate de suplir –temporalmente– la ausencia o defecto de los particulares en una determinada y concreta actividad económica, y únicamente en la medida que así lo permita una previa, expresa y específica ley de quórum calificado (art. 19 N° 21, inciso 2º).

En esas circunstancias, se presenta, pues, una necesidad pública que, como función propia, debe ser desarrollada o atendida directamente por los organismos integrantes de la Administración del Estado y, de manera singular, por sus *empresas públicas* (art. 1 LOC 18.575). Para cumplir ese rol de suplencia transitoria, se ha previsto la actuación directa del Estado a través de las mencionadas empresas estatales o públicas, que revisten la condición de sujetos jurídicos de derecho público (art. 62 inciso 4º N° 2).

Claro está, lo anterior es sin desmedro del deber del Estado de "fortalecer", intertanto, al sector privado, a fin de que éste retome esas actividades y se haga cargo de ellas.

3.3) Como ninguna interpretación de la Constitución o de sus leyes derivadas puede restar eficacia a alguna de sus disposiciones en provecho de otras, debe admitirse que también el ordenamiento vigente contempla la existencia de *sociedades del Estado*, como modalidad indirecta de que el Estado puede valerse para ejecutar cometidos empresariales (arts. 55 inciso 2º, 19 N° 21 inciso 2º y 60 N° 9).

En consideración a su calidad de sujetos de derecho privado (arts. 2053 y 2059 inciso 2º Código Civil), que no forman parte de la Administración Pública (art. 6 LOC 18.575), su objeto o finalidad: a) no puede consistir en la misma función propia del organismo público que las crea o integra, puesto que ello implicaría contravenir el principio de indelegabilidad de las funciones y potestades públicas en terceros ajenos a la Administración (art. 6 inciso 2º LOC 18.575); b) ni tampoco puede consistir en un cometido empresarial totalmente desvinculado o extraño al organismo público autorizado para participar en ellas, puesto que ello importaría vulnerar y distorsionar el mismo principio de subsidiariedad.

No es posible, entonces, concluir en otra aserción que en la siguiente: las referidas sociedades no pueden ir más allá que en la realización de tareas que constituyan un *complemento indispensable*, que sirvan de apoyo, como accesorias o anexas, a las funciones que son inherentes y propias al sujeto público que es parte en la sociedad.

Distinta es la situación de aquellas sociedades del Estado que devienen sucesoras o continuadoras legales de entes de la Administración que se extinguen, y a los cuales subrogan en sus mismas funciones empresariales por disposición de una ley. El traspaso de iguales cometidos –desde un organismo estatal que desaparece a una entidad privada que surge en un reemplazo– conlleva un reconocimiento inequívoco de que ahora la actividad pasa a ser netamente privada, por manera que esa sociedad derivada no aparece satisfaciendo una necesidad pública (cuya cobertura sólo puede residir en un sujeto administrativo: art. 3 inciso 1º LOC 18.575).

Esa única razón es más que suficiente para demostrar la inexistencia de justificación de la participación del Estado en tales sociedades. Y aparece forzoso que el legislador disponga la enajenación de los capitales o acciones que en ellas retienen sus socios fundadores de derecho público (art. 60 N° 10), cumpliendo así el imperativo constitucional ineludible de hacer posible la presencia de los particulares en dicha actividad económica privada (arts. 5 inciso 2º y 19 N° 21 inciso 1º).

oficiales se tradujo en el hecho de que sucesivas leyes –dictadas al margen de la Carta de 1925 (pues ésta no preveía ese tipo de entidades)– fueran estructurando un creciente número de empresas estatales.

Pero, rápidamente, la legislación fue acercando esas empresas públicas a la órbita contralora. Sirve como ejemplo de ello la ley de reforma constitucional 7.727 (23.11.1943), cuyo art. 1º incorporó a la Contraloría General de la República dentro de la ley suprema de 1925 (art. 21), señalando que le correspondía –entre otras– la función de fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos “del Fisco, de las Municipalidades, de la Beneficencia Pública y de los otros Servicios que determinen las leyes”²⁹⁵.

Paralelamente, el art. 2º de esta ley 7.727 asimiló la existencia de las “Empresas fiscales y de las Instituciones semifiscales” insertándolas también dentro de la Constitución (art. 45). Como se sabe, el objetivo de esta ley fue limitar la iniciativa parlamentaria en materia de gastos públicos, ya que, como apuntaba el Mensaje de S.E. el Presidente de la República, “Hay un consenso unánime para estimar que los gastos públicos de las Empresas fiscales y de las Instituciones semifiscales, son desproporcionados en relación con la capacidad productora del país y con las necesidades de la Administración, y no sin justicia se responsabiliza al Congreso Nacional y al Gobierno de aumentar desorbitadamente tales gastos”. La misma iniciativa presidencial destacaba la “conveniencia de darle existencia constitucional a la Contraloría General de la República, que no la tiene en razón de que fue creada con posterioridad a la Carta Fundamental de 1925 y extender la órbita de sus atribuciones fiscalizadoras sobre Organismos que en la actualidad carecen de un mecanismo que sirva de regulador jurídico de sus actividades y de tribunal para el juzgamiento de sus cuentas”.

El refuerzo de las atribuciones de la Contraloría corrió pareja con el alto prestigio que ella había alcanzado en el medio nacional, y es así que este proceso culmina –en la década de los cincuenta– con la aprobación de su actual estatuto orgánico, la ley 10.336 (29.5.1952), cuyo texto coordinado, sistematizado y refundido fue fijado por decreto 2.421 (Hacienda) de 1964. “Las instituciones fiscales y semifiscales y, en general, todos los organismos creados por el Estado o dependientes de él, quedarán sometidos a la fiscalización de la Contraloría General de la República...”, dispuso el art. 51 de la ley de 1952, el que después pasaría a ser art. 16 en el texto definitivo de 1964.

Aunque no ofrecía dudas que la locución “organismos creados por el Estado” abarcaba a las empresas públicas, el DL 38 de 1973 quiso ser todavía más explícito, si se puede, al reemplazar ese art. 16 por el siguiente: “Los Servicios, Instituciones Fiscales, Semifiscales, Organismos Autónomos, *Empresas del Estado* y, en general, todos los Servicios Públicos creados por ley, quedarán sometidos a la fiscalización de la Contraloría General de la República...”²⁹⁶.

²⁹⁵Referencia esta última que guardaba cierta similitud con el art. 1º del DL 258 de 1932, a la sazón, ley orgánica de la Contraloría General.

²⁹⁶Recuérdese que este DL 38 de 1973 incluyó también a las sociedades estatales dentro de la ley 10.336. para los efectos de lo dispuesto en su art. 16 inciso 2º.

2. LA CUESTIÓN EN LA GÉNESIS Y EL TEXTO DE LA CARTA DE 1980.

Un notorio cambio se nota en esta tendencia, de darle énfasis al organismo contralor, cuando se elabora la Constitución de 1980. Porque, así como no es posible aseverar que la Contraloría General salió disminuida con el nuevo texto supremo, tampoco se puede sostener que resultó fortalecida, en cuanto a sumarle otras competencias a las que ya tenía con anterioridad.

El ánimo inequívoco de los redactores del art. 87 de la actual Carta Fundamental fue, simplemente, mantener o reflejar las mismas funciones y atribuciones que a la Contraloría le había reconocido la normativa preexistente. Ello quedó de manifiesto desde las primeras reuniones celebradas por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución para tratar el tema de la entidad fiscalizadora; de entrada diría su presidente, don Enrique Ortúzar, en la sesión 308ª (27.7.1977), que “no es el propósito de la Comisión aumentar las atribuciones de Contraloría” (pág. 1.418). Con la anuencia de todos los miembros de dicha comisión, repetiría después, en la sesión 317ª (27.9.77), que la situación del órgano contralor habría de quedar “en términos muy similares a la actual preceptiva” (p. 1.615); o, como sostuviera en la sesión 321ª (18.10.77), a la Contraloría se le otorgan “atribuciones esenciales mínimas: aquellas con respecto a las cuales piensa que ni siquiera cabe discusión, porque hasta ahora nadie las ha objetado” (p. 1.695).

De allí resulta que el art. 87 de la Constitución de 1980 entregó a la Contraloría General cometidos análogos o iguales a los que ésta venía ejerciendo desde antes, tales como –en lo que interesa– ejercer el “control de la legalidad de los actos de la Administración” mediante el trámite de toma de razón, además de “fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes”.

¿Sin discusión? Bueno, la verdad es que hartó empeño pusieron los comisionados para tratar de delimitar o acotar “quiénes” eran esos sujetos pasivos objeto de fiscalización, comoquiera que siempre tuvieron la idea de excluir a las empresas estatales de la esfera de la Contraloría, y, en realidad, a ello dedicaron gran parte de su tiempo. Ya en la sesión 306ª (19.7.77) aparece el sentir, más o menos generalizado de la Comisión, expresado por la señora Luz Bulnes y los señores Gustavo Lorca y Sergio Diez, de que la Contraloría muchas veces “entra” y “paraliza” a la Administración, por lo que era inconveniente extender su fiscalización a las empresas del Estado, en razón de la agilidad y flexibilidad con que éstas deben actuar. Otro tanto se manifestó en la sesión 308ª (27.7.77) por los señores Juan de Dios Carmona, Luz Bulnes y Raúl Bertelsen.

Nótese que después, en el seno de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, varios expresaron su opinión, en cuanto a que ese DL 38 de 1973 fue una norma transitoria o de “emergencia”, ya que su dictación obedeció al imperativo de superar la “desorganización” que, tras la Unidad Popular, afectaba a las empresas del Estado en general: así, el entonces Ministro Vicepresidente de Corfo, don Luis Danús, en sesión 311ª (16.8.77) p. 1.484; el profesor don Mario Verdugo, en sesión 314ª (31.8.77) p. 1.558-1.559 y, en la misma ocasión, el presidente de la Comisión don Enrique Ortúzar, p. 1.562.

Fue don Enrique Ortúzar quien, en las sesiones 308ª citada y 309ª (2.8.77), introdujo un distingo, al señalar que, para evitar su paralización producto de una "fiscalización rígida" ejercida por la Contraloría, las empresas públicas sólo deberían quedar afectas a un control contable o financiero *a posteriori*, simplemente para ver si han invertido bien sus recursos. El mismo criterio vertieron las más altas autoridades de gobierno de la época, invitadas por la Comisión: en la sesión 310ª (3.8.77), el Ministro Director de la Oficina de Planificación Nacional, don Roberto Kelly, y el Ministro Presidente de la Comisión Nacional de Reforma Administrativa, don Julio Canessa; en la sesión 311ª (16.8.77), el Ministro de Economía, don Pablo Baraona, el Ministro Vicepresidente de la Corfo, don Luis Danús, y el Fiscal del Banco Central, don Roberto Guerrero, y en la sesión 313ª (30.8.77) el Ministro de Hacienda don Sergio de Castro.

Sin embargo, la gran variedad de organismos administrativos existentes, con naturaleza y funciones muy dispares, conspiró contra la idea de indicar, en la propia Constitución, cuáles iban a quedar afectos a la Contraloría y cuáles no. Por eso se optó por la fórmula propuesta por el señor Ortúzar²⁹⁷, en las sesiones 309ª (2.8.77), 313ª (30.8.77), 315ª (6.9.77), 321ª (18.10.77) y 325ª (8.11.77): siendo difícil, por no decir imposible, en ese instante, consignar en el texto constitucional una referencia a las entidades fiscalizadas, era preferible encasillarlas aludiendo a la "Administración" y a los "organismos y servicios" que determinen las leyes. Se entregó al legislador la tarea de definir este aspecto, al establecer las bases generales de la Administración del Estado²⁹⁸ y al aprobar el nuevo estatuto orgánico de la Contraloría General²⁹⁹, sin perjuicio de que específicos sujetos administrativos pudieran desprenderse de su tutela fiscalizadora por leyes especiales.

Y un último dato a tener en consideración, antes de hacer una recapitulación, es que el constituyente, en el art. 38 inciso 1º, dispuso que una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública³⁰⁰, mandato que se llevó a cabo con la dictación de la ley 18.575 (5.12.1986),

²⁹⁷Idéntica opinión va a tener el prof. Enrique Evans, que sugirió zanjar la cuestión de un modo semejante a como lo había hecho la Constitución anterior (art. 21, reformado por la ley 7.727): sesión 314 (31.8.77) pp. 1.544-1.545 y 1.555-1.556.

²⁹⁸Aprobadas —como veremos— por la ley 18.575 (5.12.1986).

²⁹⁹Hasta el momento, no se ha estatuido una "nueva" ley orgánica para la Contraloría General, y sigue rigiendo —según se dijera (nota 289 precedente)— la ley 10.336.

Por mensaje N° 542-323 (8.5.1992), el ex Presidente Aylwin envió al Senado un proyecto en tal sentido, pero que, en la materia que nos ocupa, no depara mayores novedades, puesto que —en líneas generales y salvo algunos cambios— mantiene bajo la tuición de la Contraloría a las empresas públicas y sociedades estatales casi en los mismos términos de la ley 10.336 y el DL 38 de 1973 (art. 2 del proyecto). Esta iniciativa no ha prosperado (Boletín N° 684-06).

³⁰⁰Expresiones "Administración del Estado" y "Administración Pública" que se miran como equivalentes en la Carta de 1980, y así lo comprendió el Tribunal Constitucional al examinar esta ley 18.575, en su sentencia de 2.10.1986 (cons. 4º y 5º). Agregó que ello era sin perjuicio de que determinadas instituciones u organismos queden excluidos, en cuanto a su regulación específica, del ámbito de esta LOC, ya que en tales casos, por su naturaleza especial, la Carta Fundamental regula por sí misma su organización básica, o bien encarga su reglamentación a leyes orgánicas constitucionales especiales o a una ley de quórum calificado (cons. 6º).

sobre "bases generales de la Administración del Estado", cuerpo legal que en su art. 1º enumera los servicios y organismos que componen dicha Administración, incluyendo, desde luego, a las "empresas públicas creadas por ley"³⁰¹.

3. TENDENCIAS DE LA LEGISLACIÓN ACTUAL

Con estos antecedentes, volvamos ahora a lo dicho hace unas líneas, a la estratificación que hicimos al comienzo de los distintos sujetos pasivos del control que ejerce la entidad fiscalizadora.

3.1) Si se retiene el tenor del art. 87 de la Constitución, según el cual a la Contraloría General le incumbe examinar preventivamente la legalidad de los actos de la "Administración", y fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos de los "organismos y servicios" que determinen las leyes, y este precepto se congenia con lo prescrito por los arts. 1 inciso 2º de la ley 18.575 y 16 inciso 1º de la ley 10.336, a esa luz resulta indudable que —por regla general— todas las actuaciones de las empresas públicas pueden ser objeto del control integral o pleno que realiza dicha entidad fiscalizadora (revisión jurídica y financiero-contable)³⁰².

Por supuesto, aunque las leyes orgánicas de algunas empresas públicas nada digan sobre el particular, ello sólo puede significar que, a su respecto, van a tener cabal aplicación todas las atribuciones que la Constitución y su ley orgánica constitucional confían a la Contraloría General. Este es el caso del DFL 375 (Defensa) de 1979, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del estatuto de la corporación de derecho público llamada Fábricas y Maestranzas del Ejército; del DFL 1 (Minería) de 1986, que hizo lo propio con el estatuto de la Empresa Nacional de Petróleo, y del DFL 274 (Hacienda) de 1960, modificado por la ley 18.899 (30.12.1989), relativo a la Empresa de Abastecimiento de Zonas Aisladas (ex Empresa de Comercio Agrícola).

Otras veces, el legislador ha creído del caso consignado así de un modo explícito, por ejemplo en el estatuto de la Empresa de Correos de Chile, DFL 10

Para las acepciones que deben darse a estos términos en la legislación preconstitucional todavía vigente, v. Dictamen 6.305 de 1991, de Contraloría General.

³⁰¹Y no podría haber sido de otra forma, ya que en su *ser* revisten la condición de personas jurídicas de derecho público, en tanto sujetos creados por ley (art. 62 inc. 4º N° 2 CP). Otra cosa muy distinta, y que no cabe mezclar con la anterior, es que en su *hacer* —en sus actividades empresariales— se rijan por la legislación común aplicable a los particulares (art. 19 N° 21 inc. 2º CP).

Este distingo elemental desvirtúa esa especie de "teoría del travesti" que cree que las empresas públicas tendrían como una doble personalidad; que serían una suerte de híbridos, a medio camino entre estatales y privadas.

³⁰²Tampoco debe olvidarse que, según el art. 12 de la ley 10.336, "El Contralor General de la República tendrá derecho a asistir, por sí o por delegado, a las sesiones de los Consejos de las instituciones cuya fiscalización le esté encomendada, con derecho a voz y sin percibir mayor remuneración".

(Transportes) de 1981, al anotar que esta "persona jurídica de derecho público" (art. 1 inciso 1º) "estará sujeta a la fiscalización de la Contraloría General de la República", en todo el sentido de la palabra y sin ninguna excepción (art. 1 inciso 2º).

De igual forma, la ley 18.296 (7.2.1984), en relación a la "persona jurídica de derecho público" denominada Astilleros y Maestranzas de la Armada (art. 1), dispuso que su "Director rendirá cuenta a la Contraloría General de la República de la inversión de los fondos de ASMAR. Igual obligación recae sobre toda persona que tenga a su cargo manejo de fondos de ASMAR. Lo anterior es sin perjuicio de las demás facultades que legalmente corresponden al Organismo Contralor" (art.22)³⁰³.

Pero no existe inconveniente para que determinadas empresas estatales, por su especial naturaleza y características, puedan ser liberadas de alguna de aquellas modalidades de control, sobre materias específicas. Claro es, ley mediante, de rango orgánico constitucional, porque ello importa introducir una limitación a las "atribuciones" de la Contraloría, según los arts. 87 inciso 1º y 88 inciso 4º de la Carta Fundamental³⁰⁴.

Una muestra de esta técnica se halla en la ley 18.864 (5.12.1989), que modificó la ley 18.297 (16.3.1984), sustituyendo su art. 15 por el siguiente: "La Empresa Nacional de Aeronáutica estará sujeta a la fiscalización de la Contraloría General, exclusivamente en lo concerniente al examen de las cuentas de entradas y gastos" (art. único N° 4)³⁰⁵.

Un párrafo especial merecen los estatutos de un par de empresas estatales, que los han dejado afectas a la fiscalización "exclusiva" de un servicio de la propia Administración. Pensamos en el DFL 153 (Hacienda) de 1960, cuando dice que la Empresa Nacional de Minería "quedará bajo la supervigilancia exclusiva de la Superintendencia de Bancos" (art. 27), y en el DL 2.079 de 1978, al estipular que la empresa autónoma Banco del Estado de Chile quedará "sometida exclusivamente a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras..." (art. 1).

Creemos que estas escuetas y económicas alusiones a la Superintendencia de Bancos saben a poco y no tienen la magnitud suficiente como para negar las

³⁰³Por lo demás, ha entendido el Tribunal Constitucional que el hecho de que en una ley se diga que un organismo administrativo "estará sometido a la auditoría contable de la Contraloría General de la República" (art. 63 de la ley 19.284, que creó el Fondo Nacional de la Discapacidad), es constitucional "en el entendido que la auditoría contable a la que estará sometido..., es sin perjuicio de las demás atribuciones que posee dicha Contraloría en relación con la fiscalización de los fondos públicos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 87 de la Carta Fundamental". Sentencia (rol 178) de 4.1.1994 (cons. 11º).

³⁰⁴Acertada es la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 5.1.1990 (rol 92), al declarar que una ley de exención debe ser suficientemente justificada (que obedezca a razones cualificadas) y acotada (que no reduzca las atribuciones de la Contraloría en términos demasiado restrictivos). Revista de Derecho y Jurisprudencia tomo 87 (1990) 2.6, pp. 3-7 (cons. 6º-9º).

³⁰⁵En su calidad de LOC, se dio cumplimiento al art. 82 N° 1 CP, y fue aprobada por sentencia de 7.11.1989 (rol 84) del Tribunal Constitucional.

competencias fiscalizadoras que, al tenor de la Constitución de 1980 y 10.336, asisten a la Contraloría General de la República, porque -tal como se lleva visto- una exclusión de esa índole amerita un mandato inequívoco y categórico del legislador orgánico constitucional, lo que en estos dos casos no aparece³⁰⁶.

3.2) Con todo, hay otras empresas públicas que se han ido desligando de la Contraloría General y que se inscriben en el segundo grupo mencionado, ya que el legislador les ha hecho aplicables las normas de las sociedades estatales, a fin de dejarlas afectas únicamente a las formas de control *ex post* que prevé el art. 16 inciso 2º de la ley 10.336³⁰⁷.

Un primer precedente que ilustra este proceder tiene que ver con Codelco-Chile, empresa estatal que, como continuadora de las disueltas sociedades colectivas del Estado denominadas Compañía de Cobre Chuquicamata, Compañía Minera Andina, Compañía de Cobre El Salvador, Sociedad Minera El Teniente y Compañía Minera Exótica, según el DL 1.350 de 1976, siguió rigiéndose por las mismas normas de control que eran aplicables a esas compañías, respecto de las cuales la Contraloría había precisado que no componían la Administración del Estado (Dictámenes 24.555, 25.011 y 70.390 de 1974).

Así, reproduciendo parte por parte el texto del art. 16 inciso 2º de la ley 10.336 -reformado por el DL 38 de 1973-, el DL 1.349 de 1976 dispuso que la Contraloría General habría de fiscalizar a Codelco, por conducto de la Comisión Chilena del Cobre, "en lo referente al cumplimiento de sus objetivos, la regularidad de sus operaciones, a hacer efectiva la responsabilidad de sus funcionarios y directivos, y a la obtención de los antecedentes necesarios para la confección del Balance Nacional" (art. 12 inciso 2º)³⁰⁸.

³⁰⁶En todo caso, este aspecto debe ser resuelto por los tribunales del Poder Judicial, ya que el Banco del Estado ha entablado una acción de mera certeza, para que se declare que no es parte de la "Administración del Estado" (esgrime para ello el art. 6 de la ley 18.575, que trata de las sociedades estatales y no de las empresas públicas) y que, por consiguiente, no está efecto a ninguna forma de fiscalización de la Contraloría General (17º Juzgado Civil de Santiago, rol 2.161-99).

³⁰⁷Digamos, de pasada, que una homologación de este tipo no merece reparos de constitucionalidad. Partiendo del supuesto de que las LOC no pueden tener el mérito de desvirtuar instituciones o conceptos básicos de nuestra Carta Fundamental, sólo sería inconstitucional una norma que excluyera toda forma de fiscalización contralora sobre una empresa pública, extremo que no se configura al concebir el legislador esta suerte de remisión para ese específico propósito.

Acerca del supuesto indicado, v. sentencia del Tribunal Constitucional de 20.9.1989 (rol 78), en RDJ 86 (1989) 2.6, 138-153 (cons. 7º, 11º, 13º, 24º y 25º).

³⁰⁸Este art. 12, en su inciso 3º, agrega: "No obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, el Contralor General de la República, podrá, cuando circunstancias especiales así lo aconsejen, disponer que la Contraloría asuma transitoriamente y en plenitud, todas o algunas de sus facultades de fiscalización o de las que corresponden a la Comisión... dando cuenta al Presidente de la República de los fundamentos de su resolución, de las medidas que adopte en su ejercicio, y de los resultados obtenidos. Lo anterior es sin perjuicio de la facultad que el decreto ley N° 1.141, de 1975, otorga al Presidente de la República".

Sea también de ejemplo la ley 19.542 (19.12.1997), que disolvió la Empresa Portuaria de Chile y creó en su lugar diez empresas locales, con domicilio en cada uno de los diferentes puertos en que aquella operaba. Desde luego, no sorprende que, en cuanto a su *ser*, la ley admitiera que "son personas jurídicas de derecho público" (art. 2) porque, en rigor, es lo que condice con su verdadera naturaleza, y que, en cuanto a su *hacer*, dijera que "los actos y contratos que celebren las empresas en el desarrollo de su objeto se registrarán exclusivamente por las normas del derecho privado, en todo aquello que no sea contrario a las disposiciones de esta ley" (art. 9)³⁰⁹.

Donde sí innovó el legislador fue en remitirlas a las normas de las sociedades anónimas abiertas, en el art. 48: "Las empresas se registrarán por las normas de esta ley y, en lo no contemplado por ella, por las normas del derecho privado, en particular aquellas que rigen a las sociedades anónimas abiertas, en lo pertinente. En consecuencia, salvo las excepciones que contempla esta ley, no les serán aplicables las disposiciones generales o especiales que rigen a las empresas del Estado"³¹⁰.

Merced a este desplazamiento, el art. 44 las dejó adscritas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros, y el art. 45 dispuso que, sin perjuicio de lo anterior, "la Contraloría General de la República ejercerá su función fiscalizadora de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 16, inciso segundo, de la ley N° 10.336...", o sea tal como si se tratara de sociedades privadas con participación del Estado³¹¹.

Norma ésta que, en el de curso de su tramitación, dio motivo a una sintomática discusión en el Senado, donde si bien hubo acuerdo en cuanto a dotar con una amplia autonomía a estas empresas derivadas de Emporchi, lo que suponía atenuar la injerencia de Contraloría sobre sus actividades, el debate se produjo a la hora de precisar cuál era la extensión o profundidad de la fiscalización contralora que debía aplicárseles.

Por un lado, la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones propuso incluir una norma semejante a la aprobada anteriormente para Televisión Na-

³⁰⁹Habría sido preferible estampar que "en sus actividades empresariales (en la ejecución o celebración de los actos de comercio que les son propios) estarán sometidas a la *legislación común aplicable los particulares*", en armonía con el art. 19 N° 21 inciso 2° CP. Esta oración es comprensiva de las normas generales de derecho privado y, asimismo, de las normas especiales, incluso de derecho público, que "regulan" la actividad económica de que se trata, según concibe el art. 19 N° 21 inciso 1° CP.

³¹⁰Esta última exclusión debe entenderse hecha, solamente, a las normas "que rigen" a las empresas del Estado, esto es a aquellas que tienen por objeto, precisamente, regular su situación, en tanto empresas públicas.

En ese entendido, la referida inaplicación no posee el alcance de sustraer a estas empresas de su necesaria sujeción a las disposiciones generales que versan sobre la Administración del Estado, menos aún si éstas poseen rango orgánico constitucional, como son las contenidas en el Título I de la LOC 18.575 sobre bases generales de la Administración del Estado (téngase presente que el citado art. 48 de la ley 19.542 no fue aprobado con ese carácter).

³¹¹Este art. 45 fue aprobado por el Tribunal Constitucional, en su calidad de precepto orgánico constitucional, con arreglo al art. 82 N° 1 CP, según da cuenta su sentencia de 1.12.1997 (rol 267).

cional de Chile y para Ferrocarriles del Estado, en el sentido de disminuir la actuación contralora sólo al análisis del destino e inversión de los aportes fiscales que dichas empresas pudieren recibir, para —se dijo— dejarlas a salvo de las "trabas" que ocasiona la fiscalización habitual de la Contraloría, quien —también se diagnosticó— "frena o retarda" la acción ágil que requieren las empresas públicas³¹².

Pero la Comisión de Hacienda, tras escuchar las oposiciones del propio Contralor General, logró imponer la fórmula intermedia que, en definitiva, se convertiría en ley: ni someterlas a la rígida fiscalización plena que corresponde a las empresas públicas en general (según el art. 16 inciso 1° de la ley 10.336), ni diluir este control al punto de mirar a las empresas portuarias como instituciones privadas, que reciben aportes o subvenciones del Estado, y para el solo efecto de examinar si esos fondos se emplearon en la finalidad específica para la cual fueron concedidos (según los arts. 25 y 85 inciso 3° de la ley 10.336). De ahí salió la norma que dejó supeditadas a estas empresas públicas portuarias a los controles *ex post* del art. 16 inciso 2° de la ley 10.336, a la par que las sociedades estatales.

3.3) Se produce todavía una mayor lejanía entre la Contraloría y las empresas estatales, cuando algunas de éstas son remitidas a la normativa de las sociedades anónimas abiertas, de modo que, por este traslado efectuado por el legislador, aquella únicamente puede examinarlas cuando —por excepción— reciben aportes o subvenciones del mismo Estado, y sólo en relación a este aspecto. Según las reglas que al efecto dan los arts. 25 y 85 inc. 3° de la ley 10.336, en estos casos, la revisión de la Contraloría General ha de ceñirse a esclarecer si dichos subsidios fueron o no invertidos para dar cumplimiento al objetivo específico que justificó su otorgamiento.

— Procedió de esta forma la ley 19.132 (8.4.1992), respecto a Televisión Nacional de Chile. Dijo, de partida, que "es una persona jurídica de derecho público" con caracteres de "empresa autónoma del Estado" (art. 1), vinculada con el gobierno por intermedio del Ministerio Secretaría General de Gobierno (art. 32). Pero, paralelamente, agregó que "quedará sujeta a la tuición y fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros en los mismos términos que las sociedades anónimas abiertas" (art. 33), y que se registrará exclusivamente por las normas de esta ley y, en lo no contemplado en ella, por las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas (art. 35)³¹³.

Y, en esa línea, el art. 34 inc. 3° (que es orgánico constitucional) preceptuó que "Televisión Nacional de Chile sólo estará afecta al control de la Contraloría

³¹²Las opiniones, en uno y otro sentido, fueron vertidas especialmente en la sesión 7ª ordinaria (21.10.1997), versión oficial en El Mercurio (Stgo.) 31.10.1997, pp. 2-3 y 8-9.

³¹³Esta norma se consideró como orgánica constitucional, y así la aprobó el Tribunal Constitucional por sentencia de 24.3.1992.

Nótese que una disposición más o menos análoga, referida a las empresas portuarias (el art. 48 de la ley 19.542), se aprobó después en el Congreso como ley simple (ver nota 310 *supra*).

General de la República en los mismos casos, oportunidades, materias y forma que lo estaría una sociedad anónima abierta privada”.

Con todo, el asunto se hizo disputado, cuando la norma transcrita fue interpretada por la Contraloría General –Dictámenes 16.769 de 1992 y 2.130 de 1993– en el sentido de que la fiscalización que a ella compete respecto de Televisión Nacional de Chile debe ejercerse en los términos establecidos en el art. 16 inciso 2º de la ley 10.336. Para llegar a esa conclusión, se valió de un dato más bien ambiguo, pues adujo que si bien la iniciativa que dio origen a la ley 19.132 en un principio circunscribía la fiscalización de la Contraloría únicamente a fondos provenientes de determinados aportes estatales, tal criterio en definitiva no prosperó, ya que durante la tramitación del proyecto esa regla quedó eliminada, siendo sustituida por la disposición que finalmente se concretó como inc. 3º del art. 34.

Reclamado que fue este planteamiento por la empresa afectada, en sede jurisdiccional a través de una acción declarativa de mera certeza, los tribunales del Poder Judicial colocaron las cosas en su lugar, al precisar que la ley 19.132 quiso referir la intervención de la Contraloría General sobre Televisión Nacional exclusivamente a la fiscalización de los aportes estatales que ésta pueda recibir³¹⁴. Ello fue declarado prestando especial atención al tenor literal del art. 34 inc. 3º, que no hace ninguna mención a las sociedades estatales ni efectúa remisión alguna al art. 16 inc. 2º de la ley 10.336³¹⁵, además de resaltar el hecho de que, cuando la ley 19.132 quiso otorgar otras atribuciones a la Contraloría, lo dijo así expresamente, en el art. 8, al darle intervención en la aprobación de la memoria y balance o de cualquier otra cuenta o información general que presente el directorio de la empresa.

Asimismo, examinada la historia fidedigna del establecimiento de la ley, se pudo comprobar que su propósito no fue consagrar una fiscalización paralela sobre la empresa, con competencias superpuestas de la Contraloría General y –al propio tiempo– de la Superintendencia de Valores y Seguros. De ahí que se produciría un contrasentido si se entendiera que aquella Contraloría puede fiscalizarla en los términos del art. 16 inc. 2º de la ley 10.336, en circunstancias que esta Superintendencia (aparte de las funciones que le confiere el DL 3.538 de 1980) habría de hacer lo mismo, según el art. 34 incs. 1º y 2º de la ley 19.132³¹⁶.

³¹⁴Sentencia de 27.7.1995, del 26º Juzgado Civil de Santiago (rol 10-94), confirmada el 21.9.1998 por la Corte de Apelaciones de Santiago (rol 4.882-95). Este fallo, que se encuentra ejecutoriado, puede consultarse en RDJ 95 (1998) 2.5, 252-267.

³¹⁵Como sí lo hacen –por contraste– el DL 1.349 de 1976, respecto de Codelco-Chile, y la ley 19.542, para el caso de las empresas portuarias estatales (recuérdese que al discutirse esta ley 19.542 en el Senado, se volvió a tocar el tema de Televisión Nacional, y también se entendió que allí no cabía aplicar el art. 16 inc. 2º de la ley 10.336, porque se quiso reducir la actuación de la Contraloría a los casos previstos en los arts. 25 y 85 inc. 3º de la ley 10.336).

³¹⁶Pudo agregarse, a mayor abundamiento, que el art. 5 inc. 2º de la ley 18.575 proscribía la “duplicación o interferencia de funciones” entre organismos administrativos (calidad que le asiste tanto a la Contraloría General como a la Superintendencia de Valores y Seguros).

– Transcurrió por el mismo camino la ley 19.170 (3.10.1992), al reformar el estatuto de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, contenido en el DFL 94 de 1960³¹⁷: desde luego, respecto a su *ser*, afirmó que constituye una “empresa autónoma del Estado” y que “es una persona jurídica de derecho público” (art. 1), aunque, en lo tocante a su *obrar*, dispuso que “Los actos y contratos que realice la Empresa en el desarrollo de su giro se regirán exclusivamente por las normas del derecho privado, en todo aquello que no sea contrario a las normas del presente decreto con fuerza de ley” (art. 2 inc. 5º)³¹⁸.

Pero, sin desmedro de su condición de sujeto jurídico estatal, el art. 77 señaló que “La Empresa se regirá por las normas de este decreto con fuerza de ley y, en lo no contemplado por él, por las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas. En consecuencia, no le serán aplicables, para efecto legal alguno, las disposiciones generales o especiales que rigen o rijan en el futuro a las empresas del Estado, a menos que la nueva legislación expresamente se extienda a la Empresa”³¹⁹.

Y, en ese entendido, el art. 51 estatuyó que “La Empresa quedará sujeta a la tución y fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros en los mismos términos que las sociedades anónimas abiertas” (art. 38 del texto definitivo), añadiendo el art. 51 A que, al revisar las auditorías externas, en su informe “la Superintendencia de Valores y Seguros deberá considerar el cumplimiento de las finalidades de la Empresa, la regularidad de sus operaciones y señalar si existe o no responsabilidad de sus directivos o ejecutivos” (art. 39 del texto definitivo)³²⁰.

El papel de la Contraloría quedó decantado en el art. 51 B (orgánico constitucional): “La Empresa sólo estará afectada al control de la Contraloría General de la República en los mismos casos, oportunidades, materias y forma en que lo estaría una sociedad anónima abierta privada.

“Con todo, estarán sujetos a este control los aportes y subvenciones que reciba la Empresa del Fisco, en los términos del artículo 45 de este decreto con fuerza de ley” (art. 40 del texto definitivo)³²¹.

³¹⁷En definitiva, su texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por DFL 1 (Transportes) de 1993.

³¹⁸Véase nuestro alcance a esta forma de redacción, en nota 309 anterior.

³¹⁹Agrega el inciso 2º que “No obstante lo dispuesto en el inciso precedente, respecto de esta Empresa seguirán rigiendo las normas que establece el art. 11 de la ley Nº 18.196”.

Todo este art. 77 fue aprobado como ley orgánica constitucional (relaciónese con lo dicho en notas 310 y 313 anteriores). La sentencia pertinente del Tribunal Constitucional es de 15.9.1992.

³²⁰Anticipo esto, de que la Contraloría General no puede reclamar para sí las funciones del art. 16 inc. 2º de la ley 10.336, dada su semejanza con el art. 51 A recién copiado (ver nota 316).

³²¹Ese art. 45 prohíbe a Ferrocarriles del Estado obtener financiamientos, créditos, aportes, subsidios, fianzas o garantías del Estado o de cualquiera de sus organismos, entidades o empresas, “sino en los casos en que ello fuere posible para el sector privado y en iguales condiciones”.

Frente a esta norma, la Contraloría tomó la misma posición que en el caso de Televisión Nacional. En sus Dictámenes 1.110 de 1993, 1.850 y 7.933 de 1997, entendió que la Empresa de los Ferrocarriles del Estado está sometida al régimen especial de fiscalización consagrado en el art. 16 inciso 2º de la ley 10.336, como si se tratara de una sociedad estatal.

Es fácil advertir los puntos débiles de esta interpretación: en parte alguna la ley 19.170 trae a colación el mentado art. 16 inciso 2º de la ley 10.336, ni menos trata a Ferrocarriles del Estado como si fuera una sociedad estatal. Al contrario, el legislador copió las atribuciones que ese precepto asigna a la Contraloría General, pero para entregarlas a la Superintendencia de Valores y Seguros, no siendo dable pensar que haya querido consagrar, en materia de fiscalización, una duplicación de funciones, en contravención con lo dispuesto en el art. 5 inciso 2º de la ley 18.575³²².

4. CONCLUSIONES

Bien, esta noticia sobre el gradual alejamiento de las empresas estatales de la férula de la Contraloría General favorece o tolera otra cuestión mayor, cual es el inacabable debate sobre la "huida del derecho público"³²³. Fenómeno indigerible para muchos, no obstante que el acercamiento de las empresas públicas a la normativa privada supone más bien una reacción ante el "desbordamiento" del derecho administrativo, producido –en otra época– por la intromisión creciente y generalizada del Estado en la gestión empresarial.

Llego, ahora, a mi tesis: en esta evasión no creo entrever una "fuga" del lugar a donde pertenecen (lo público), sino que una suerte de "retorno" inadvertido, un primer paso de regreso al lugar desde el cual salieron algún día (lo privado). Apelo, para ilustrar mejor la idea, a Chesterton (*El hombre eterno*) quien escribió con certeza que hay dos medios de llegar a casa: uno es permanecer en ella; el otro es dar la vuelta al mundo hasta volver al sitio de donde partimos.

Frente a un derecho público henchido de "privilegios" para las empresas estatales, la Constitución de 1980 reaccionó sujetando su *obrar* a la "legislación común aplicable a los particulares" (art. 19 N° 21 inciso 2º).

Y, de cara a un derecho administrativo que se presenta lleno, a más no poder, de "trabas y distorsiones", la legislación posterior también ha reaccionado, conservando el ser de entidades públicas que detentan las empresas estata-

³²²El tema, en todo caso, debe ser resuelto por los tribunales, al haber promovido la Empresa de los Ferrocarriles del Estado una acción de mera certeza en contra del Fisco (Contraloría General de la República), a fin de que se declare que la entidad contralora únicamente puede fiscalizarla en los términos de los arts. 25 y 85 inc. 3º de la ley 10.336 (causa rol 2.803-97 del 18º Juzgado Civil de Santiago).

³²³Un resumen de esta polémica doctrinaria puede verse en Sebastián Martín Retortillo B., *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y sus instituciones*, Ed. Civitas (Madrid) 2ª ed. (1996) 119-133.

les, pero remitiendo a un buen número de ellas al ordenamiento que rige a las sociedades de derecho privado³²⁴.

Como es de suponer, este arrimar las empresas públicas a la preceptiva privada va de la mano con su distanciamiento de la Contraloría General, gran bastión, en Chile, de los dogmas e instituciones erigidos alrededor del papel preponderante que en el derecho público tenía el Estado³²⁵. Por eso es que no puede llamar a escándalo el que se haya ido abriendo un foso entre la Contraloría General y las empresas estatales que subsisten en la actualidad, constreñida: como están, a desenvolverse en un ambiente muy diferente, que se caracteriza por la prevalencia de los particulares.

³²⁴Remisión, he dicho, y no ficción: no se trata de que empresas públicas, como Televisión Nacional y Ferrocarriles del Estado, hayan sido asimiladas a sociedades privadas (según creyer los Dictámenes 16.769 de 1992 y 1.850 de 1997), porque cuando el legislador ha querido hacer esa conversión, lo ha dispuesto así derechamente (p. ej. en los casos de Polla S., Metro S.A., y de tantas otras que –en definitiva– fueron privatizadas).

³²⁵No por nada el ex Contralor don Héctor Humeres admitía –ante la Comisión Ortúzar la influencia que, en los "principios de la Contraloría", han tenido las enseñanzas impartidas en 1927 por el jurisperito francés Gastón Jéze. Sesión 307ª (26.7.1977) pp. 1.394-1.399.

Acerca de este influjo, puede ser útil el artículo *Mr. Kemmerer y Monsieur Jéze. Ligazón comparativa de sus ideas sobre organización de una Contraloría General*, en *La Nación* (Stgo.) 7 y 13 noviembre de 1927.

APÉNDICE 2
EJERCICIO DE POTESTADES PÚBLICAS POR SOCIEDADES ESTATALES
(EL CASO DE LA ZONA FRANCA DE IQUIQUE S.A.)

No es difícil acumular casos judiciales donde las normas que rigen a las sociedades estatales se desvanecen sin dejar rastro. Como éste, que comentaré: un recurso de protección entablado por la Sociedad Molinera e Industrial Azapa S.A., porque la Zofri S.A. le caducó su concesión de bienes para operar en la zona franca de Iquique, sin mediar un proceso judicial y a través de una simple resolución unilateral.

Con toda soltura y aplomo, el tribunal desestimó el recurso³²⁶. Dijo que si el Reglamento Interno Operacional de la Zofri S.A., aceptado por la reclamante, contempla la sanción de caducidad en caso de que el usuario no cumpla las obligaciones asumidas en el acto de concesión, ello desvirtúa *ipso iure* la calificación de ilegalidad que imputa la recurrente a la "resolución" del Directorio de la Zofri S.A. que decidió aplicarle esa sanción, de término anticipado a su contrato de concesión. Y en lo que respecta a la arbitrariedad que también le atribuye a tal resolución, dijo que la recurrente no había justificado en autos los antecedentes que la harían improcedente.

1. Se nos hace que este veredicto desconoce, o elude, dos cuestiones que eran esenciales para despejar si la Zona Franca de Iquique S.A. tenía o no atribuciones para decretar la caducidad reclamada: una, es que dicho organismo es una *persona jurídica de derecho privado*, una sociedad comercial, que no muda su condición de tal por el hecho de que el Fisco y la Corfo sean sus accionistas mayoritarios, todo ello según la ley 18.846; la otra, es que la caducidad es un acto *estatal* que permite a la autoridad sancionar, con su extinción, un acto o contrato administrativo anterior, por incumplimiento de las obligaciones del beneficiario.

Y, en este orden de consideraciones, es inexcusable que los sentenciadores no hayan recalado en el art. 6 de la ley 18.575, orgánica constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado, el cual prescribe que "*El Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser de quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales*" (inciso 1º) y dispone, en seguida, que "*Las entidades a que se refiere el inciso anterior no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas*" (inciso 2º).

Si esta norma prohibitiva, que impide absolutamente a las sociedades con participación estatal el ejercicio de poderes públicos, se eslabona con el art. 10 del Código Civil, entonces el tribunal debió declarar la nulidad de la pena de caducidad con que la Zofri S.A. venía dejando sin efecto aquel contrato admi-

nistrativo anterior, de concesión de bienes, que favorecía a Molinera e Industrial Azapa³²⁷.

2. Ratifica lo anterior el DFL 341 (Hacienda) de 1977, sobre Zonas y Depósitos Francos. Porque este estatuto previó –como regla general– que la "explotación" y "administración" de esos territorios amparados por un régimen especial de franquicias debía otorgarse por el Estado, en concesión, a *sociedades administradoras*. Considerando su calidad de entidades de derecho privado, el legislador no les confirió potestades fiscalizadoras o de control sobre los usuarios poseedores de recintos o locales entregados en concesión. Al revés, dispuso que las atribuciones de supervigilancia de las zonas francas debía retenerlas el Estado (art. 14) y que toda controversia que se suscitare entre la sociedad administradora y los usuarios debía zanjarse en sede judicial (art. 17).

La excepción era Iquique, ya que en ese lugar se creó la *Junta de Administración y Vigilancia de la Zona Franca de Iquique*, que por ser un servicio público descentralizado integrante de la Administración del Estado³²⁸, fue dotada por la ley de funciones y atribuciones públicas para "explotar", "administrar" y "supervigilar" esa área.

Para el cumplimiento de esta última función pública (de "supervigilancia"), el DFL 341 le otorgó expresas facultades para a) fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los usuarios en los actos de concesión (art. 19 Nº 2), y para b) decretar la caducidad de esas concesiones en caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas en el acto de concesión (art. 19 Nº 3).

3. Pero después se dictó la ley 18.846 (8.11.1989), que suprimió la individualizada Junta de Administración y Vigilancia, y ordenó –al Fisco y a la Corfo– crear una sociedad anónima en su reemplazo, denominada *Zona Franca de Iquique S.A.*

Ahora bien, la citada ley 18.846 (arts. 1 y 2) delimitó claramente el objeto de esta nueva sociedad estatal, circunscribiendo su acción a la "administración" y "explotación" de la zona franca de Iquique (no la "supervigilancia" sobre la misma). Y siguiendo el mismo esquema concebido para las demás sociedades administradoras de otras zonas francas, la ley regló la celebración de un contrato de concesión entre el Estado de Chile y la Zona Franca de Iquique S.A. "para la administración y explotación" de ella (art. 11).

Consecuentemente, en ninguna de las cláusulas de dicho contrato de concesión –aprobado por decreto 672 (Hacienda) de 1990– aparece que el Estado de Chile le haya delegado, a la Zofri S.A., el ejercicio de competencias para controlar, fiscalizar o sancionar a los usuarios que son concesionarios de recin-

³²⁷Otorgada por resolución (exenta) 239 de 1981, de la ex Junta de Administración y Vigilancia de la Zona Franca de Iquique (o sea, con mucha anterioridad a la existencia de la Zofri S.A.).

³²⁸Según el DL 1.845 de 1977. Antes, la Contraloría General de la República había sostenido lo mismo, por Dictamen 75.449 de 1976, puesto que el DL 1.233 de 1975 le otorgaba la facultad de administrar y supervigilar una zona aduanera, actividades que constituyen una "función pública".

³²⁶Corte de Apelaciones de Iquique 24.6.1998 (rol 35.833), Corte Suprema (confirma) 25.8.1998 (rol 2.678-98), en Informe Constitucional 1.884 (27.11.1998).

tos o locales en esa zona franca. De haberlo hecho, ese acuerdo de voluntades sería nulo, por contravenir doblemente el derecho público chileno: tanto porque la ley 18.846 (arts. 1, 2 y 11) no consulta una transferencia de potestades de esa índole, cuanto porque la ley 18.575 (art. 6) lo prohíbe expresamente.

4. No es óbice para la interpretación expuesta –de que la Zofri S.A. carecía de atribuciones para decretar la caducidad objetada– el que la ley 18.846 le haya asignado el carácter de “continuadora legal” de la ex Junta de Administración y Vigilancia (art. 3), pues esta subrogación debe entenderse hecha en lo que respecta, única y exclusivamente, a los activos y pasivos taxativamente indicados en la propia ley (arts. 5, 7 y 9).

Tampoco resiente lo dicho la circunstancia de que el decreto aprobatorio de la concesión haya autorizado a la Zofri S.A. para “Dictar y modificar su propio Reglamento Interno de Operaciones” (cláusula 7ª letra f), pues esta facultad deriva, naturalmente, de su condición de “sociedad administradora”, y no implica habilitarla para que –por esta vía– se atribuya competencias de supervigilancia.

Un fallo lamentable, por decir lo menos, ya que se decidió el asunto con desconocimiento total del derecho aplicable. Una vez más resulta cierto lo que con tanta verdad se ha dicho: el desconocimiento del derecho público por los jueces significa siempre el avasallamiento de los derechos de las personas.

CAPÍTULO V

ACCIÓN DE AMPARO ECONÓMICO (una defensa de la iniciativa privada frente al Estado empresario)

INTRODUCCIÓN

Porque la idea de Estado de Derecho está indisolublemente ligada a los derechos de las personas, es que el Ordenamiento Supremo de 1980 se presenta como un título declarativo de los mismos³²⁹. Partiendo por los derechos primarios a la *libertad e igualdad*, con que abre el capítulo I “Bases de la Institucionalidad”: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, comienza diciendo el art. 1 inciso 1º.

Es cosa de nadie ignorada que, en seguida, la Carta Fundamental se explaya y describe estos fueros uno por uno, en el capítulo III; a fin de “asegurarlos”, según previene el art. 19.

Desde luego, para tutelarlos frente al agravio proveniente de otros individuos, pero –sobre todo– para protegerlos ante el poder del Estado: en lo que interesa, conviene recordar las peripecias que con anterioridad sufriera la iniciativa privada, por la intromisión estatal indebida en el quehacer comercial e industrial; que fueron estos avatares los que incitaron y provocaron la idea de proyectar esa *libertad e igualdad* en el plano económico mediante su singularización en el derecho específico contemplado en el art. 19 N° 21 de la Constitución de 1980, y que este precepto tiene como intención evitar –por un costado– las prohibiciones o regulaciones legales improcedentes (inciso 1º) e impedir –por otro– el desarrollo *exagerado o privilegiado* de la actividad empresarial realizada por el Estado o sus organismos (inciso 2º).

Pero –hasta ahí– no es suficiente. Es fama que los romanos dijeron *ut ius ibi remedium*, lapidaria fórmula cuyo intrínseco sentido realista sirve, hoy para entrever un fiasco cuando se proclaman derechos sin consultar –para no hablarle– la posibilidad de ser exigidos judicialmente del Estado³³¹.

³²⁹De entre los muchos manuales y tratados sobre el tema, aconsejo éste: Antonio Carlos Pereira Menaut, *Teoría constitucional*, Ed. ConoSur (Santiago) 1ª ed. (1998) especialmente págs. 361-418.

³³⁰Sigo aquí lo dicho por el prof. Eduardo Soto Kloss, en *Derecho fundamental de acceso a la justicia*, Informe Constitucional 1.786 (8.7.1998).