

REVISTA DE DERECHO
DE LA
UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

Año II. N° 2 - 1998

.....

Estudios

Controversia Jurídica

Investigación Jurídica

Memorias

.....



Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae

ACCIÓN DE AMPARO ECONÓMICO: UN RECUENTO JURISPRUDENCIAL

IVÁN ARÓSTICA MALDONADO
PROFESOR DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

Llena de semitonos y atornasolada ha sido la jurisprudencia hasta ahora recaída en materia de acción de amparo económico, la cual fuere creada -como un recurso especial- por la LOC 18.971 (10.3.1990) con el afán de brindar aseguramiento efectivo al derecho esencial reconocido por el art. 19 N° 21 de la Constitución⁽¹⁾.

1. Como un avance puede estimarse la doctrina sentada en ya numerosos fallos, en que la Corte Suprema viene sosteniendo que la referida acción resguarda íntegramente el art. 19 N° 21, de manera que por su intermedio pueden denunciarse tanto las vulneraciones al inciso 1° como las infracciones al inciso 2° de esta norma constitucional⁽²⁾.

De acuerdo, la LOC 18.971 tuvo una génesis vinculada a aquel proyecto de ley general sobre "Estado empresario" que se intentara aprobar -sin éxito- en 1989, y es evidente que esa situación sólo puede entenderse en relación con lo dispuesto en el inciso 2° de la regla constitucional anotada, pues es el que versa precisamente sobre el tema. Como esa ley marco no prosperó en definitiva, y de la iniciativa únicamente se rescató el recurso de amparo económico (del cual formaba parte como art. 6)⁽³⁾, ello nos ha llevado a sostener que el artículo único de esta ley 18.971 es un texto nacido fuera de su contexto⁽⁴⁾.

Con todo, una interpretación extensiva, en orden a que la acción conservadora de que se trata cubre, además, los casos en que se conculca el inciso 1°, de alguna manera se aviene con las reglas generales de interpretación que rigen en nuestro ordenamiento positivo: como la ley 18.971 hace mención al art. 19 N° 21 de la Constitución, sin formular ninguna distinción entre sus dos incisos, de allí se deduce que se aplica a ambos.

-
- (1) Una sistematización de estas sentencias se encuentra en Enrique Navarro B., *El recurso de amparo económico en la jurisprudencia (1990-1995)* en Revista de Derecho Público (U. de Chile) 57/58 (1995) 263-275 y en Gaceta Jurídica 200 (1997) 47-55. Más brevemente, en Arturo Fermandois V., *Recurso de amparo económico. Doctrinas jurisprudenciales de interés* en Informe Constitucional 1.321 (26.7.1996). Una recopilación de extractos, en Francisco Vega M. y Francisco Zúñiga U., *Recurso de Amparo Económico: selección de jurisprudencia* en GJ 209 (1997), 9-45.
 - (2) De igual parecer es Enrique Evans de la Cuadra, *Acciones cautelares de la libertad económica* en Temas de Derecho (U. Gabriela Mistral) vol. 11 N°s. 1/2 (1996) 49-61. También Ismael Ureta S., *Recurso de amparo económico*, Ed. ConoSur (Stgo.) 1ª ed. (1997) 27-28.
 - (3) De este proyecto también salió la ley 18.965 (10.3.1990), que impone al Estado, sus organismos o sociedades en que tengan participación, la obligación de 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 (art. único).
 - (4) Afirmación hecha, y que naturalmente mantenemos, en *Acción de amparo económico: acerca del recurrente y el recurrido* en GJ 182 (1995) 7-14.

A fin de cuentas, es un principio fundamental de hermenéutica constitucional el que, entre varias interpretaciones posibles, debe preferirse la que mejor favorezca y garantice los derechos de las personas.

Este criterio amplio, que no restringe la procedencia de la acción de amparo económico exclusivamente a los casos que se encuadren dentro del citado inciso 2° (esto es a los reclamos contra la intromisión ilícita del Estado y sus organismos en las actividades empresariales)⁽⁵⁾, se insinuaba ya en la sentencia de **Empresa Hidroeléctrica Pullinque** (1992)⁽⁶⁾, y después se ha asentado definitiva y explícitamente en varios otros casos: **Comercial Agropecuaria Menichetti** (1995)⁽⁷⁾, **Empresa Nacional de Electricidad** (1996)⁽⁸⁾, **Agrícola y Comercial Lourdes Ltda.** (1996)⁽⁹⁾, **Asociación de Exportadores y Embotelladores de Vinos A.G.** (1996)⁽¹⁰⁾, **Cementos Melón S.A.** (1998)⁽¹¹⁾, etc.

En estas condiciones, al abarcar también aquellas hipótesis que entrañan una contravención al inciso 1° del precepto constitucional citado, el recurso de amparo económico se abre para todos los titulares del derecho allí asegurado e indistintamente de quien sea el ofensor, pero sobre todo frente al Estado, cuando en ejercicio de sus potestades fiscalizadoras, lo lesiona por la imposición de "prohibiciones" o "regulaciones" al margen de la Carta Fundamental⁽¹²⁾.

2. Pero si hay de dulce, también hay de agraz: porque el punto de inflexión se ha producido -paradójicamente- con respecto a la garantía del inciso 2° del art. 19 N° 21, la cual se ha ido desdibujando y perdiendo consistencia por la incompreensión de los jueces del amparo económico.

Hay que insistir que este inciso 2° fue concebido por el constituyente de 1980 con el ánimo de proporcionar una salvaguardia más al derecho de los particulares para realizar cualquier actividad económica lícita: mientras el inciso 1° lo pone a buen recaudo de **impedimentos formales**, provenientes de prohibiciones o regulaciones improcedentes (en términos más o menos semejantes a como lo hacía la Carta de 1925)⁽¹³⁾, el inciso 2° (y he aquí la novedad de la Constitución de 1980) se introdujo para evitar que este derecho terminara siendo **anulado en los hechos**, por la intromisión estatal indebida en las actividades empresariales, cuya gestión está reservada a la iniciativa privada.

(5) Lo que implica un cambio, con respecto al criterio antes vertido en **Enrique Llanos c/ Seremi Metropolitano de Transporte** (1991), **Asoc. Gremial de Armadores Artesanales VIII Región c/ Presidente de la República** (1992) y **Cía. Minera Santa Laura c/ Municipalidad de San Bernardo** (1995), referidos por E. Navarro en *op. cit.*, 267-268.

(6) Corte de Apelaciones de Santiago 19.3.1992 (rol 5.770-91), con comentario favorable de Eduardo Soto Kloss en Informe Constitucional 294 (15.4.1992).

(7) CAp. Stgo. 26.1.1995, Corte Suprema 28.3.1995, en Revista de Derecho y Jurisprudencia tomo 92 (1995) 2.5, 18-23.

(8) CS. 10.1.1996 (rol 33.502) cit. en RDJ 93 (1996) 2.5, 80 (nota al pie de página).

(9) CAp. Stgo. 25.5.1996, en GJ 191 (1996) 81-88 (aprobada en consulta por la CS el 19.6.1996, rol 2.292-96).

(10) CAp. Stgo. 25.5.1996, CS 19.6.1996, en RDJ 93 (1996) 2.5, 140-143.

(11) CAp. San Miguel 17.4.1998 (rol 243-97), CS 12.5.1998 (rol 1.305-98). Esta última revocó el fallo de la primera, pero dejó firme el cons. 14° que así lo declaraba.

(12) Conforme a este inciso 1°, tales "prohibiciones" sólo pueden hallar fundamento constitucional cuando se trate de actividades opuestas a la moral, al orden público o a la seguridad nacional. En este plano (sin enjuiciar al acierto o inconsistencia de la solución dada a cada caso concreto), v. las sentencias dictadas en **Galleani Rodríguez c/ Municipalidad de Recoleta**, en RDJ 91 (1994) 2.5, 140-142 (con análisis negativo de E. Soto Kloss en 143-144), y en **Emeres Ltda. c/ Municipalidad de Til-Til**, en RDJ 93 (1996) 2.5, 79-85. Acorde al mismo inciso 1°, tales "regulaciones" sólo pueden encontrar sustento en adecuadas normas de rango legal. En este aspecto (con idéntica prevención que la indicada para el caso anterior), v. los veredictos de **Villalobos Ovalle c/ Dirección General de Aeronáutica Civil**, en RDJ 91 (1994) 2.5, 208-212, y **VTR S.A. c/ Subsecretaría de Telecomunicaciones**, en RDJ 93 (1996) 2.5, 244-249. También **Agrícola y Comercial Lourdes Ltda.** y **Asoc. de Exportadores y Embotelladores de Vinos A.G.**, invocados precedentemente (notas 9 y 10).

(13) Art. 10 N° 14 CP 1925.

Aquí se trata de asegurar dos cosas. La primera es que el Estado no ocupe espacios o ámbitos de gestión empresarial, pues al definirlos como esferas exentas de actuación estatal, se posibilita real y efectivamente que la persona humana pueda desplegar sin reducciones toda su iniciativa creadora, con claro provecho para el bien común. La segunda es que si el principio de subsidiariedad avala -por excepción- la intromisión del Estado y sus organismos en esos campos que les son ajenos, éstos deberán actuar sin privilegios o preferencias por encima de los particulares.

¿De qué serviría estampar en la letra de la Constitución el derecho de los particulares a desarrollar cualquiera actividad económica si, en la práctica, el Estado y sus organismos copan los espacios reales donde aquél puede ejercerse, o lo hacen con ventajas especiales?

Por eso, si se lee con detención dicho inciso 2°, y sin pasar por alto el punto seguido que separa sus dos partes, es posible advertir que se dan por delineados los elementos necesarios para tener por establecida una transgresión a la norma, cuando el Estado y sus organismos desarrollan actividades empresariales o participan en ellas,

a) sin ley de quórum calificado que los autorice, vale decir cuando asumen o pretenden realizar cometidos comerciales careciendo de una previa y expresa habilitación legal de ese carácter (violación al principio de legalidad), o cuando exceden la autorización específica y excepcional que hayan recibido, extendiéndose a la ejecución de actos o a la celebración de contratos que no dicen relación directa con esa habilitación y con los fines del respectivo organismo (violación al principio de especialidad)⁽¹⁴⁾; o

b) sin someterse a la legislación común aplicable a los particulares, o sea cuando el Estado y sus organismos, habiendo sido autorizados al efecto, realizan esas actividades empresariales con ventajas o privilegios indebidos sobre el sector privado (violación al principio de isonomía, igualdad o simetría)⁽¹⁵⁾.

Como se ve, más allá de lo literal, el primer tópico cauciona la **libertad real** de las personas, y el segundo la **igualdad efectiva**, en lo económico-empresarial. Y para la vindicación de estos resguardos normativos ideados por la Constitución, es que se pensó precisamente la garantía judicial consagrada en la ley 18.971.

Mas, no obstante la claridad del precepto constitucional analizado, se ha ido juntando una colección de fallos judiciales menos que estelares en la comprensión de tan importante disposición.

3. No es preciso destacar que desentrañar el verdadero significado de la locución "actividades empresariales", resulta clave para la correcta inteligencia del art. 19 N° 21 inciso 2°. En verdad, de allí parte todo.

(14) Como bien lo señala la sentencia dictada en *Asociación Gremial de Impresores de Chile c/ Ejército de Chile-Instituto Geográfico Militar*, CAp. Stgo. 5.12.1991 (cons. 12°) CS 8.1.1992, en Fallos del Mes 398 (1992) 831-836.

(15) Tal cual se indicó en recurso de protección *TV Nacional de Chile c/ Contralor General de la República*: "el artículo 19 N° 21 inciso 2° de la Constitución Política no establece garantía alguna para las empresas estatales sino que, lo que ella hace es garantizar a los particulares que en aquellos casos en que el Estado y sus organismos desarrollen actividades empresariales, no estarán sujetos a normas preferenciales, sino que a la misma legislación común aplicable a los particulares". CAp. Stgo. 18.7.1994 (cons. 7), en GJ 169 (1994) 73-75.

Ese fue el tema de fondo que se discutió en **Mersa S.A. con Subsecretaría de Pesca** (1995)⁽¹⁶⁾, donde se denunció que el órgano fiscal recurrido y una municipalidad estaban por instalar un terminal pesquero para expendio de productos del mar, pero sin contar con la correspondiente ley de quórum calificado que les permitiera ejecutar ese rol comercial.

El recurso fue rechazado. Se partió del equívoco supuesto que una actividad empresarial sólo se configura cuando el interesado persigue objetivos lucrativos o utilidades económicas, requisito que -al decir del fallo- no se daba en la especie, porque el Estado iba a operar por intermedio de una fundación sin fines de lucro. La Subsecretaría -proclamó con unción- había acometido la realización de un servicio público, para satisfacer necesidades generales, sustituyéndose a los particulares, que si bien habían manifestado cierto interés en el rubro, se mostraron incapaces de llevarlo a cabo en un plazo que no importara postergar la satisfacción de aquélla, en términos tales que no pudiera resultar perjudicial para el interés general.

No compartimos este dictamen. Porque, aparte de otros errores⁽¹⁷⁾, confunde los conceptos de empresa con ente lucrativo, los que en nuestro ordenamiento no necesariamente coinciden⁽¹⁸⁾: de lo contrario, ¿cómo el Estado podría actuar -eventualmente- como empresario, si su única meta y finalidad es el bien común y no el lucro (art. 1 inciso 4° CP)⁽¹⁹⁾?

Claro que la Constitución -en su art. 19 N° 21 inciso 2°- no definió lo que debe entenderse por "actividades empresariales", ni ello podría pedírsele. Pero eso no faculta para desdeñar el hecho que ella regló, objetivamente, una materia determinada, cual es la ejecución de "esas actividades", con prescindencia de la naturaleza, estructura u organización del sujeto estatal que las realice. Como tiene ese objeto, caben dentro de la expresión "actividades empresariales" todos los actos de comercio que se concreten en la producción de bienes y/o prestación de servicios a cambio de una retribución pecuniaria, siendo indiferente de quién emanen tales actos (si de un organismo público integrante del Estado, o de una entidad privada en que éste tiene participación o representación).

(16) CAp. Stgo. 4.7.1995 CS 23.11.1995, en RDJ 92 (1995) 2.5, 197-207. En igual línea, **Plña Parraguez c/ Alcalde de Viña del Mar**, CAp. Valparaíso 1.4.1998 (rol 723-97) CS 7.5.1998 (rol 1.360-98), en Informe Constitucional 1.777 (24.6.1998).

(17) El fallo cree que una "necesidad pública" se configura por una simple apreciación administrativa de circunstancias, olvidando que la materia es de **exclusiva reserva legal**: sólo puede adquirir esa calidad cuando una ley así lo declara y la encarga como "función" a un organismo de la Administración del Estado (art. 62 inc. 4 N° 2 CP y arts. 2 y 3 LOC 18.575, sobre bases generales de la Administración).

(18) Vid. las interesantes precisiones de los parlamentarios Ríos, Otero y Thayer en sesión 24° ord. (12.8.1997) del Senado, al discutirse la reforma constitucional sobre administración comunal. Versión oficial en *El Mercurio* (Stgo.) 22.8.1997, 7-10.

Recuérdese que, incluso en el derecho privado, el "ánimo" de obtener ganancias, que es consustancial a las sociedades en general y a las mercantiles en particular -art. 2053 del Código Civil- no debe confundirse con el "objeto" de las mismas, tanto más cuando hay compañías que se forman para la atención de servicios de utilidad pública: a ellas hace mención el art. 19 N° 16 inc. 6° CP, también el Código del Trabajo (art. 384 letra a) y la ley 18.138 (art. 11 inc. 2°), entre otras.

Sobre los conceptos de "empresa" y "actividad empresarial" en sentido amplio, v. *Ley de Rentas Municipales* art. 23, o *Código del Trabajo* art. 3 (para su aplicación en la interpretación de otras leyes de derecho público, v. *Dictamen* 21.916 de 1996).

(19) Es obvio que desarrollan actividades empresariales -aunque no las gufan fines lucrativos- las "empresas públicas creadas por ley" (cuyo objeto es atender necesidades públicas: arts. 1 y 3 LOC 18.575) y las "sociedades estatales" (cuyo objeto es cumplir tareas complementarias o de apoyo para el Estado: art. 6 LOC 18.575).

Téngase presente que si estas empresas y sociedades obtienen utilidades, no necesariamente las aprovechan, ya que pueden destinarse a rentas generales de la Nación o afectarse a otros organismos del Estado: DL 1.263 de 1975, *Ley orgánica de administración financiera del Estado* (art. 29).

Lo propio se desprende del art. 104 de la Constitución, cuando en su inciso 5° señala que *“La ley podrá autorizar a los gobiernos regionales y a las empresas públicas para asociarse con personas naturales o jurídicas a fin de propiciar actividades e iniciativas **sin fines de lucro** que contribuyan al desarrollo regional. Las entidades que al efecto se constituyan se regularán por las normas comunes aplicables a los particulares”*, previniendo, en su inciso 6°, que *“Lo dispuesto en el inciso anterior se entenderá **sin perjuicio de lo establecido en el número 21° del artículo 19”***.

Como se puede advertir, el constituyente se puso en el caso que esas entidades sin fines de lucro realicen actividades empresariales, y de allí la remisión que hace al art. 19 N° 21, de manera que, en tal evento, la autorización a los gobiernos regionales y a las empresas públicas para asociarse en ellas debe conferirse por **ley de quórum calificado**.

4. El ámbito de aplicación de la norma es otro elemento importante a considerar. La cuestión radica acá en dilucidar quiénes quedan comprendidos dentro de la fórmula “el Estado y sus organismos”, vale decir qué sujetos requieren ley de quórum calificado para desarrollar (directamente, o por sí mismos) actividades empresariales, o para participar (indirectamente, o por intermedio de otras entidades) en ellas.

A ese respecto, véase el caso **Publicaciones Técnicas S.A. con Empresa Periodística La Nación S.A.** (1997)⁽²⁰⁾. En esa oportunidad se objetó que la recurrida -una sociedad del Estado, por ser el Fisco su accionista mayoritario- había constituido una empresa coligada o subsidiaria -llamada “Base de Datos del Diario Oficial S.A.” o “Anfitrión S.A.”- para comercializar nuevos productos, pero sin ninguna atribución legal.

El recurso no prosperó. Se esgrimió que La Nación S.A., no es una entidad creada por ley sino que una persona jurídica de derecho privado, por lo que no forma parte de la Administración del Estado, según los arts. 1 y 6 de la LOC 18.575. No pudiendo ser considerada como “organismo del Estado”, se sentenció que no requería ley de quórum calificado para participar en otras compañías⁽²¹⁾.

Varios argumentos conspiran contra esta afirmación:

a) Sobre la base del contenido y propósito de la norma contenida en el art. 19 N° 21 inciso 2° de la Constitución así como de la historia fidedigna de su establecimiento, es palmariamente claro que la alusión al “Estado y sus organismos” posee un alcance amplio, comprensivo de cualquier modalidad -directa o indirecta- que adopte el Estado para asumir cometidos empresariales.

(20) CAp. Stgo. 4.9.1997 (rol 2.410-97) CS (confirma) 6.10.1997 (rol 3.090-97). Hay comentario nuestro en Informe Constitucional 1.658 (19.12.1997) y 1.659 (22.12.1997).

(21) Para el tribunal, el único que en el caso requería LQC era el Fisco -como organismo del Estado- para incorporarse como socio a la Nación S.A. Requisito que entendió satisfecho por el DL 111 de 1932, en relación con la disposición 5° transitoria de la CP 1980.

Ella abarca, especialmente, tanto a los sujetos que reciben la denominación de “empresas públicas creadas por ley” (personas jurídicas de derecho público que integran la Administración del Estado⁽²²⁾), como a las llamadas “sociedades estatales” (entes de derecho privado con participación del Estado, aunque no componen su Administración⁽²³⁾).

Es que, a pesar de su distinta naturaleza, la Junta de Gobierno siempre trató con criterio parejo a las empresas públicas y a las sociedades estatales en la legislación pre-constitucional, a fin de compaginar su situación con las nuevas normas del orden público económico que se fueron estableciendo desde 1973⁽²⁴⁾. Es insensato pretender que, al momento de consagrar la regulación del Estado empresario en la Carta de 1980, la misma Junta de Gobierno, ahora como constituyente, habría suspendido temporalmente ese afán de simetría y unidad legislativa, en desmedro de una normación común, y que en un vaivén inexplicable habría querido dejar fuera del art. 19 N° 21 inciso 2° a estas sociedades; justamente de la norma más importante y capital sobre el tema⁽²⁵⁾.

Que no se marginó a las sociedades estatales, lo demuestran otros preceptos del orden público económico que regulan específicamente el aspecto financiero del Estado empresario, como es el caso del art. 60 N° 9 de la Ley Suprema, alusivo a “las empresas del Estado y **aquellas en que éste tenga participación**”; o -en otro plano- al art. 55, al hacer mención a “las empresas del Estado o **en las que el Fisco tenga intervención por aportes de capital**” (inc. 1°) y a “las empresas estatales, o **en las que el Estado tenga participación por aporte de capital**” (inc. 2°), todo lo cual denota que ambos tipos de empresas reciben análogo tratamiento en el texto constitucional.

b) Si una entidad es calificada como “sociedad del Estado”, deben aplicársele las disposiciones que por su carácter le pertenecen, entre otras el citado inciso 2° del art 19 N° 21 de la Constitución, que enmarca la gestión empresarial de “el Estado” (o entes públicos que forman parte de sus cuadros orgánicos) y de “sus organismos” (o entes privados con representación o participación estatal).

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

(22) Arts. 1 y 18 de la LOC 18.575. Es obvio que también quedarán afectos al art. 19 N° 21 inc. 2° los demás organismos administrativos (fisco, gobiernos regionales, municipios y servicios descentralizados), en la medida que desarrollen directamente, o con sus propios medios, actividades de índole empresarial, o participen en ellas a través de su integración en entidades privadas con fines comerciales o industriales.

(23) Art. 6 de la LOC 18.575 (que sólo alude a la participación de “el Estado” en compañías privadas, pero que no se refiere para nada a la participación de “sus organismos” en tales empresas: un dato importante que se le escapó al redactor del fallo).

Por la extensión del art. 19 N° 21 inc. 2°, también deben considerarse incluidas en él las corporaciones y fundaciones en que el Estado tenga representación, cuando ejecuten actividades empresariales, porque lo determinante no es que no persigan fines de lucro, sino el hecho concreto que ocupan un espacio que está reservado a la libre iniciativa de los particulares (cuya titularidad les reconoce el inciso 1° del art. 19 N° 21).

(24) De muestra, algunos ejemplos: decretos leyes 38 (art. 1 letra b), 98 y 212, todos de 1973. O decretos leyes 1.056 (arts. 3 y 29) y 1.057 (reemplazado por ley 18.380), de 1975.

(25) Lo dicho coincide con el criterio de la Contraloría General, v. gr. al asumir que a Esva S.A. le es aplicable el art. 19 N° 21 inc. 2°, no obstante reconocer que es una sociedad de derecho privado y que no forma parte de los cuadros orgánicos de la Administración del Estado (Dictamen 22.683 de 1996).

c) Luego, entonces, las sociedades del Estado pueden “participar” en la formación e integración de otras compañías y empresas, mediante aportes de capital que son **estatales**⁽²⁶⁾, sólo si una ley de quórum calificado así se los permite. La comparecencia de cualquier sociedad estatal a la constitución de otras sociedades, requiere de una previa autorización dada por ley de ese rango, aunque ello no implique ampliar o diversificar el campo de sus actividades económicas, como quiera que el objeto regulado en la primera parte del citado art. 19 N° 21 inciso 2° es su objetiva “participación” en el rubro empresarial, y no la amplitud de su giro⁽²⁷⁾.

5. Existen además varios recursos rechazados, en que se reparaba -con razón- que organismos del Estado estaban ejerciendo funciones empresariales

- a) sin autorización dada por ley previa y específica de quórum calificado,
- b) o rebasando la que pudieran tener.

a) Dentro de la primera hipótesis se encuentra el caso de la **Asociación Gremial de Impresores de Valparaíso con Universidad de Valparaíso** (1996)⁽²⁸⁾, donde se impugnó el hecho que este plantel estatal se presentara como oferente a una propuesta, convocada por la Intendencia Regional, para la confección de unos afiches de difusión que no guardaban ninguna relación con la educación superior.

Para denegarlo se trajo a colación la ley 18.681 (31.12.1987), cuyo art. 99 letra a) facultó a varias casas de enseñanza universitaria para prestar servicios remunerados, tales como asistencia técnica, investigación y de toda otra clase, a personas naturales o jurídicas de derecho público o privado. El resto de la norma (es decir, lo esencial), que limitaba la prestación de estos servicios únicamente “en las áreas de conocimiento o de competencia de los respectivos organismos”, se liquidó con el simple expediente de no mencionarlo.

b) Junto a **Asimet A.G. con Codelco** (1993)⁽²⁹⁾, **Confederación Nacional y Sindicatos de Empresas e Interempresas de Trabajadores del Transporte Terrestre y otros con Ministerio de Transportes y Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.** (1998)⁽³⁰⁾, es otro recurso de amparo económico, dirigido contra el Estado empresario, que se ve rechazado por una sentencia que carece de espesor suficiente para convencer. No creo errar el epíteto al calificarla de frágil, si se advierte su falta de rigor, al analizar el art. 19 N° 21 de la Constitución y la extensión que cabe dar a las leyes de quórum calificado que permiten al Estado o a sus organismos acometer determinadas actividades empresariales.

Es lo que se aprecia, cuando se apela al hecho que el sistema de metrobús “no

(26) Así lo advierte el Dictamen 32.171 de 1993.

(27) Véase el mismo criterio en Dictamen 24.379 de 1992, adoptado por CGR para interpretar la ley 18.899 (art. 32 letra a), relativo a las sociedades filiales Corfo, en armonía con este art. 19 N° 21 inc. 2°.

(28) CAp. Valparaíso 29.4.1996 CS (confirma) 29.5.1996, en RDJ 93 (1996) 2.5, 140-153, y GJ 191 (1996) 53-55.

Según se desprende de la opinión del prof. E. Soto Kloss, aquí cabría ubicar también el caso **Armat S.A. c/ Casa de Moneda de Chile** (1992), en RDJ 89 (1992) 2.5, 201-206, y sus Informe Constitucional 399 (23.9.1992) y 400 (24.9.1992).

(29) CAp. Stgo. 28.4.1993 CS 25.5.1993, en RDJ 90 (1993) 2.5, 157-164. No diré mejor lo que ya dije al respecto el prof. Soto Kloss, en Informe Constitucional 572 (17.6.1993).

(30) CAp. Stgo. 24.4.1998 (rol 3.441-97) CS (confirma) 14.5.1998 (rol 1.445-98), con comentario nuestro en Informe Constitucional 1.774 (19.6.1998).

Si el art. 2 pudiere interpretarse de manera extensa, en orden a que el Metro S.A. estaría habilitado, desde luego, para multiplicar sus actividades al transporte por otros medios distintos a los eléctricos, ello significaría que podría absorber toda la economía, bastando que cualquier rubro presente algún grado de vinculación -aunque remota y mediata- con la operación del ferrocarril subterráneo, para justificar su gestión por el Metro S.A. Además, no se entendería por qué la ley 19.170 (3.10.1992) tuvo que autorizarlo expresamente para atender servicios de transporte suburbano de pasajeros, en conjunto con los Ferrocarriles del Estado (art. 6).

Sostener que el Metro S.A. también puede abarcar el giro de transporte a través de buses, colectivos u otros medios de locomoción, configura un argumento que desnaturaliza su propia individualidad, al compás del cual se hace revivir -sin ley que lo autorice- a la ex Empresa de Transportes Colectivos del Estado, la que fuere disuelta por el DL 3.659 (8.4.1981), precisamente por reconocer el legislador que el traslado de pasajeros por micros y buses corresponde por entero al sector privado⁽³³⁾.

6. Colofón: el art. 19 N° 21 de la Constitución reconoce a los particulares un derecho fundamental exigible -para desarrollar cualquiera actividad económica lícita-, del que se puede recabar protección judicial, si es afectado por actos u omisiones de terceros, a través de la acción de amparo económico consagrada en la LOC 18.971. Cuando es objeto de agravio por el Estado, es del caso distinguir si éste actúa como "fiscalizador" o como "agente operador" de cometidos empresariales: en el primero, se trata de asegurar el derecho contra prohibiciones y regulaciones improcedentes (el recurso se incardina con el inciso 1° del art. 19 N° 21); en el segundo, de ponerlo a salvo contra la gestión estatal indebida de esos cometidos (el reclamo encastra con el inciso 2°).

De las varias críticas a la práctica jurisprudencial -que no ha ido de bien en mejor, salvo el caso del **Instituto Geográfico Militar** (1992)⁽³⁴⁾- emergen algunas "acusaciones principales" que es necesario tener en cuenta, a fin de enmendar rumbos y asegurar efectiva y realmente este derecho fundamental de la primacía de la iniciativa privada en la realización de la actividad económica.

a) Únicamente realiza actividades empresariales quien anda tras la búsqueda de un lucro. La conclusión que se obtiene de tamaña afirmación es que el Estado y sus organismos no requerirían ley de quórum calificado para ejecutar actos de comercio -como demanda la Constitución-, si actúan por medio de una corporación o fundación "sin fines de lucro".

Al cabo, la situación objetiva es que los empresarios privados del mismo rubro, se hallarán compitiendo con una entidad controlada por el Estado que, aunque "sin fines de lucro", produce bienes o presta servicios a cambio de un precio o tarifa, pero sin ley de ese rango que autorice su presencia, a la luz de los parámetros del principio de subsidiariedad.

(33) Lo que se volvió a reiterar al aprobarse la ley 18.696 (31.3.1988), que estableció normas sobre transporte de pasajeros. Así aparece de la historia de esta ley (Boletín 939-05), Sesión Conjunta de las Comisiones Legislativas de 24.3.1988, pp. 19-20.

(34) Citado en nota 14 anterior (precedente que hoy no pasa de ser una anécdota, no obstante que estaba llamado a ser un verdadero *leading case* en la materia).

b) La circunstancia que se establezca una nueva empresa o sociedad estatal, “no impide” a los particulares desarrollar esa misma actividad.

Pero no es pecar de antiestatismo ni posar de clarividente para darse cuenta que -en la práctica- la intromisión sin riesgos del Estado o sus organismos en la gestión de actividades empresariales, termina, de hecho, por desplazar a los particulares. ¡En Chile, esto no es un acaso, una burda suposición de intenciones o una mera imaginación de propósitos, sino una realidad que atestigua la experiencia!

A tal punto fue así en nuestro país, que por eso, precisamente, en el art. 19 N° 21 de la Carta de 1980 se introdujo el resguardo efectivo contenido en el inciso 2°, y se concretó -a la par- un inédito proceso de privatización en el período 1981-1990.

c) Si los particulares sólo han manifestado un interés incipiente, pero que no materializan en actuaciones concretas, los organismos de la Administración del Estado pueden “sustituirlos” en el desarrollo de una actividad económica. Esta intervención administrativa no queda supeditada a la dictación de una ley de quórum calificado.

Hay aquí una deformación más, o idea errada, acerca del principio de subsidiariedad: las actividades empresariales no son **res nullius** o **res derelictae** para que las haga suyas el primer ocupante, ni constituyen campos de acción que acceden automáticamente al Estado, en caso de supuesta ausencia momentánea de los privados.

Esas actividades tienen **titulares** originarios a quienes pertenecen por derecho propio -los particulares-, y **suplentes** para el caso que se encuentren vacantes -el Estado y sus organismos- conforme resulta del art. 19 N° 21 de la Constitución. Mas, la calificación de esta última circunstancia -ausencia o defecto temporal de los titulares- no es asunto librado a la apreciación discrecional de los órganos de la Administración que se afanan por actuar como “reemplazantes”, sino que es materia de **reserva legal exclusiva**, que debe sancionarse en una ley de quórum calificado.

d) Sólo requieren ley de quórum calificado los organismos de la Administración del Estado, para participar en sociedades comerciales o industriales, pero éstas no la necesitarían para formar parte -a su turno- de otras sociedades, y así sucesivamente.

Eso es simplemente no entender la Constitución y reducir su finalidad ostensible, puesto que la idea matriz que inspiró la dictación del art. 19 N° 21 inciso 2° fue **restringir** la presencia -directa o indirecta- del Estado en el campo empresarial. Es lo que evidencia el amplísimo ámbito de aplicación de la norma en cuestión, al preocuparse no sólo del mismo “Estado” sino que también de la situación de “sus

organismos”: estas entidades, en que aquél tiene representación (corporaciones y fundaciones) o participación (sociedades comerciales e industriales), requieren ley de quórum calificado para ejecutar actividades empresariales, aunque lo hagan con la mediación de una “sociedad de segunda generación”.

Menos todavía vale predicar esa “fuga” del art. 19 N° 21, al galope de sucesivos actos de alejamiento, si la Constitución, por ser ley primera, posee el don de la gravitación o atracción (una suerte de imán que inclina hacia ella), que hace que ninguna situación que atañe al ejercicio efectivo de los derechos fundamentales pueda escapar a sus mandatos.

e) No es cuestionable que una empresa pública o sociedad estatal ensanche sus actividades -abarcando otros rubros-, al amparo de algunas cláusulas genéricas que pueden contenerse en la respectiva ley de quórum calificado, la que junto con fijar su objeto y enumerar sus cometidos, a continuación les permite emprender otras funciones “análogas”, “conexas” o “similares”.

Pero, ¿para qué serían puestos esos límites si ellos pudieran ser superados en cualquier momento por aquellas mismas empresas estatales llamadas a cumplirlos? Esto equivaldría a establecerles una órbita de actuación restringida e insertar, al mismo tiempo, una especie de “comodín” que les permitiría excederla.

La verdad es que si hay algo claro en el sentido de esas fórmulas es que se trata de excluir, justamente, tal posibilidad. Porque, a partir del supuesto forzoso que dichas leyes de quórum calificado han sido sancionadas sobre la base del artículo 19 N° 21 inciso 2° de la Constitución, cabe entenderlas como especiales y excepcionales, de manera que por generales que sean sus términos, sólo se pueden aplicar a la materia sobre que se ha legislado.

En otros términos, si el legislador ha perfilado su individualidad y decantado su objeto, autorizándolas para ejecutar ciertos y determinados actos de comercio -todo ello con una inequívoca finalidad delimitadora-, la asunción de otras funciones únicamente puede considerarse legítima cuando son acordes y condicen, como complementarias, y estrictamente complementarias, así comprobadas y justificadas técnica y racionalmente, con dicha finalidad.