

EL ESTADO EMPRESARIO: ANALISIS DE LA LEGISLACION COMPLEMENTARIA CONSTITUCIONAL

Jorge Precht Pizarro
Profesor de Derecho Administrativo

Síntesis del presente trabajo

El 14 de agosto de 1986, una Subcomisión de la Comisión Fernández dio a conocer el resultado de su trabajo, presentando un anteproyecto de ley que interpreta la garantía constitucional del artículo 19 N° 21 de la Constitución de 1980 y que dicta normas sobre la actividad empresarial del Estado y sus organismos.

El presente trabajo demuestra que la legislación actual, en especial la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, de 5 de diciembre de 1986, ha vuelto obsoleto e innecesario el esfuerzo loable de tratar de construir una ley interpretativa constitucional sobre el Estado empresario.

No se aborda aquí el problema de fondo en el debate ideológico sobre el rol empresarial del Estado, sino que se parte de la solución dada por la Constitución de 1980 y se abordan las cuestiones centrales de la legislación complementaria constitucional sobre ese aspecto del artículo 19 N° 21.

El presente artículo hace un contrapunto entre la legislación complementaria proyectada y la legislación orgánica constitucional vigente en temas tan claves como la definición de "Administración del Estado"; la de "organismo del Estado"; el concepto de "actividad empresarial" y el de "participar o desarrollar una actividad empresarial".

Respecto al tema de definir Administración del Estado y sus organismos, el presente trabajo sostiene que el problema ya está resuelto por los artículos 1°, 3° y 6° de la Ley 18.575. Sobre la definición de "actividad empresarial" se sostiene que la dinámica naturaleza del emprender hace inconveniente recurrir al mecanismo de una ley interpretativa constitucional, lo que se agrava por la rigidez constitucional de 1980 en lo referente a la modificación y derogación de dichas leyes. Sobre la definición que el anteproyecto ha dado de "participar en actividad empresarial" se señala que es claramente irrelevante.

Sostiene este trabajo que a lo menos quedan dos cuestiones de interpretación pendientes: a) el saber si la ley de quórum calificado de que habla el artículo 19 N° 21 es un ley-marco que defina las condiciones bajo las cuales el Estado puede emprender o participar en actividades empresariales o si cada intervención específica va a requerir ley de quórum calificado, y b) el definir qué se entiende por "legislación común aplicable a los particulares" en el artículo 19 N° 21 de la Constitución de 1980.

Se propicia que una ley-marco de quórum calificado fije condiciones generales para actividades empresariales del Estado y sus organismos, dejando la autorización, caso a caso, al dominio legal simple. En cambio, la Ley 18.575 ha dispuesto autorización legal de quórum calificado, caso a caso, si se tratara de intervenciones empresariales del Estado mediante representación o participación en entidades que no forman parte de la Administración.

Analiza ampliamente este trabajo el concepto de "potestad pública" contenido en la Ley 18.575, inciso segundo del artículo 6°, y se pronuncia en contra de la tendencia actual del anteproyecto de cubrir materias propias de ley de quórum calificado a través de una ley interpretativa constitucional.

Finalmente se estudian materias que, contenidas en el anteproyecto de ley interpretativa, son, a juicio del autor, materia de ley simple, para terminar con algunas observaciones generales sobre innovación de ciertos principios generales del derecho, como el principio filosófico de subsidiariedad que no debe ser comprendido sólo en un sentido abstencionista de la actividad estatal, sino vinculado dinámicamente con el principio de colaboración y solidaridad social, como *bien lo entendió en 1979* la comunidad empresarial chilena.

I. CUESTIONES INTERPRETATIVAS CONSTITUCIONALES

Con justa razón la Subcomisión Carmona fija en su anteproyecto el alcance y significado de las expresiones constitucionales "Estado y sus organismos", "actividad empresarial" y "participar en actividades empresariales".

I.1. *Estado y organismo*

El artículo 1º letra a) del anteproyecto de ley interpretativa constitucional da una definición amplia de organismo 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".

El problema de la definición de Administración del Estado ha sido ampliamente discutido en doctrina. He demostrado en mi artículo "Gobierno y Administración en la Constitución de 1980. Acepciones y radicación orgánica" (*Gaceta Jurídica* Nº 67, marzo 1986) que la terminología del constituyente es deficiente y vaga y que en las Actas de la Comisión Ortúzar no se llegó a definir estos temas, sino que se postergó su tratamiento al ámbito del dominio legal, específicamente a la Ley Básica de la Administración Pública, encargándose a la Subcomisión Lorca-Bertelsen de ir desbrozando el camino, a la par de recurrir a los trabajos preliminares de la Comisión Nacional de Reforma Administrativa (CONARA). (Sesión 321).

El problema se renueva, en medio de un áspero debate ideológico-jurídico en relación al sujeto pasivo del control de la Contraloría General de la República y su Ley Orgánica Constitucional¹.

Prima en el tratamiento del tema una sabia directiva de don Enrique

¹ Concluía el artículo citado en *Gaceta Jurídica* Nº 67 con las siguientes palabras, situación que las discusiones actuales permiten reafirmar: "Mientras no se dicten la Ley Orgánica Constitucional de la Organización Básica de la Administración Pública y la Ley Orgánica de la Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, y sigan vigentes las actuales leyes que rigen estas materias, es lícito interpretar los términos 'Administración y relación' a través de la jurisprudencia administrativa. Pero ello suscita serios problemas jurídicos, por cuanto subyacente a la Constitución de 1980 existe una concepción ideológica militante y no neutra como en 1925. Dicha concepción es, sin embargo, contestada en el interior mismo de la Constitución de 1980. De allí que estas leyes orgánicas constitucionales deberán dar lugar a un debate político de grandes proyecciones, pues no es sólo el preciosismo y formalismo jurídico lo que está en juego, sino el examen de las grandes ideas acerca del rol de la Sociedad y el Estado y del control de la autoridad" (pág. 27).

Ortúzar, constantemente repetida: "Haría una *preceptiva constitucional flexible* que deje entregado al legislador la denominación, de acuerdo a circunstancias históricas, políticas, sociales y económicas, y con el cambio y devenir que pueden sufrir tales circunstancias de los organismos que en el futuro fiscalizará la Contraloría" (véase *Actas* 315, pág. 1581; sesión 316, pág. 1604; sesión 321, pág. 1595; sesión 329, pág. 1801)².

Es esta preceptiva constitucional flexible la que, a mi juicio, el anteproyecto de ley interpretativa constitucional abandona, alterando el sistema de por sí claro del artículo 19 N° 21.

Pero, sea como fuere, la cuestión de definir la Administración del Estado hoy día es un problema resuelto y de una manera técnicamente conveniente. En efecto, en el Diario Oficial del viernes 5 de diciembre de 1986 se publica la Ley 18.575, cuyo artículo 1º, inciso segundo, dice: "La Administración del Estado estará constituida por los Ministros, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley".

Esa es hoy día la Administración del Estado, y cuando la Constitución habla del Estado y sus organismos, el posesivo indica muy claro que debe tratarse de organismos incluidos dentro de, pertenecientes a la Administración del Estado (véase Constitución de 1980, art. 19 N° 1º; art. 38 inciso 2º; 60 N°s. 7, 8 y 9).

En este sentido, el Anteproyecto de Ley Interpretativa comete el error de lógica de extender el concepto de organismos del Estado a entidades que no son Administración del Estado ni pertenecen al ámbito de lo público, al decir: "Organismos del Estado son 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. 1º, letra a)³.

² Respecto al mismo problema, EDUARDO SOTO ha dicho que la terminología constitucional además de no ser técnica no es actualizada en materias de organización jurídico-administrativa. Eduardo Soto va a abordar, con paciencia, en torno a la idea de persona jurídico-pública, un intento de sistematización coherente de la organización de la Administración del Estado. Véase EDUARDO SOTO KLOSS: "La organización de la Administración del Estado como un complejo de personas jurídicas, en *Gaceta Jurídica* N° 73 (septiembre de 1986).

³ Es difícil encontrar un estudio jurídico sobre el concepto de *organismo*, pero el *Lexique de Termes Economiques et Financiers du Comité National de l'Épargne Mobilière*, pág. 157, da una aproximación adecuada: "Conjunto de órganos constituyendo un ser viviente. El organismo se caracteriza:

1) *Por la complejidad de su estructura y de sus funciones*, lo que lo distingue de un órgano a] si el conjunto está constituido por elementos comparables se hablará de un sistema (ejemplo: el sistema nervioso); b] si el conjunto está constituido por elementos disímiles, se hablará de un aparato (ejemplo: aparato respiratorio).

2) *Por su finalismo*: El organismo se forma con el objeto de alcanzar un fin, de realizar ese por qué, al cual ha sido destinado (ejemplo: la empresa es un organismo de producción).

3) *Por la interdependencia de las partes* que lo componen (principio de la complementariedad), lo que impone la existencia de un principio coordinador (la dirección, la empresa).

En cambio, la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado soluciona el problema de una manera muy superior al anteproyecto, al decir en su artículo 6º inciso primero: "El Estado podrá participar y tener representación en *entidades que no forman parte de Administración* sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser de quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales"⁴.

El artículo 3º inciso segundo da la razón normativa, al decir: "La Administración deberá 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".

Así, pues, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado ha vuelto obsoleto el esfuerzo desarrollado por la Subcomisión Carmona en la letra a) del artículo 1º del anteproyecto mencionado.

1.2. *Actividad empresarial del Estado*

El centro del problema que nos preocupa, el del Estado empresario, es precisamente determinar cuándo estamos verdaderamente ante una actividad empresarial del Estado.

Este problema puede ser enfocado en dos etapas: a) determinar a qué órgano público corresponde precisar el concepto de actividad empresarial del Estado, y b) el dar criterios para determinar cuándo estamos frente a una actividad empresarial y cuándo no. ¿Debe ser el propio constituyente?, ¿el legislador?, ¿el organismo de control?

La Subcomisión Carmona ha dado una respuesta definida al estructurar un anteproyecto de ley interpretativa constitucional, ley que como sabemos necesita —en la Constitución Permanente: artículo 63— para su aprobación, modificación o derogación de los 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio y que de acuerdo al artículo 82 Nº 1 está sometida al Control de Constitucionalidad del Tribunal Constitucional, control que una vez prestado positivamente impide el recurso de inaplicabilidad por inconstitucional por aquello del inciso final del artículo 83 de la Constitución: "Resuelto por el Tribunal Constitucional que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema *no podrá declararlo inaplicable* por el mismo vicio que fue materia de la sentencia".

4) *Por su facilidad de adaptación*, lo que lo distingue de un mecanismo donde todo está predeterminado. Este carácter es distintivo de los fenómenos de la vida, en su aspecto biológico o social. En el plano de las actividades sociales, los organismos pueden resultar de un estado de hecho; pueden también ser el objeto de una creación de orden público o privado".

⁴ Nótese que la Ley 18.575 elimina la llamada "Administración Invisible del Estado", al exigir que para participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración se requiere siempre de autorización legal y autorización de quórum calificado si se tratare de actividades empresariales. El profesor MANUEL DANIEL ARGANDOÑA entiende por Administración invisible o atípica al "Conjunto de *entidades privadas* a las que asigna el legislador una porción de la actividad administrativa, sin que por eso las convierta en servicios públicos orgánicamente considerados". (Véase MANUEL DANIEL ARGANDOÑA: *La organización administrativa en Chile. Bases Fundamentales*, segunda edición, 1986).

La conclusión que se deriva es obvia: una ley interpretativa constitucional debe tener excelencia jurídica, pues una vez promulgada no será fácilmente derogable ni modificable bajo el régimen constitucional permanente.

Y aun antes de entrar a examinar si el anteproyecto alcanza en su artículo 1º letra b) esa excelencia jurídica, es preciso definirse sobre si en lo empresarial es posible lograr esa excelencia que adjunta a la máxima seguridad una rigidez normativa acentuada.

Yo estimo que no. Lo empresarial entra en el ámbito del riesgo del intento y de la falibilidad. Implica el emprender un elemento viviente, de innovación y crecimiento creacional que no puede asirse *a priori*, sino mediante categorías intelectuales demasiado abiertas e indeterminadas.

En Chile, esta sabia percepción ha sido constantemente enseñada por este viejo y siempre joven formador de juventudes don Julio Chaná Cariola. Dice este querido maestro: "La empresa es, pues, una institución económico-social que *no cabe* dentro de las entidades del derecho, o sea, de las personas, pero que influye en la normativa jurídica actual" (Chaná, Baeza, Illanes y Figueroa: *La Empresa, participación de los trabajadores*, Editorial Andrés Bello, 1973, pág. 4).

El concepto de "actividad empresarial" ha sido en derecho comparado objeto de un abundante trabajo doctrinal y jurisprudencia. La definición del anteproyecto se acerca al artículo 2082 del Código Civil italiano: "Es empresario aquel que ejerce profesionalmente una actividad económica organizada en vista de la producción o del intercambio de bienes o servicios".

En especial, ha sido muy importante el trabajo doctrinal y jurisprudencial en torno a los artículos 65, parágrafo 1; artículos 85, 86, 90 y 37 del Tratado de la Comunidad Económica Europa⁵.

En estos trabajos se dan como elementos de la empresa, los siguientes: 1) la existencia de un organismo determinado y unitario; 2) una cierta permanencia, una cierta duración (nuestro concepto de la habitualidad); 3) posibilidad de realizar un beneficio; 4) actividad económica: producción, intercambio, circulación de bienes o servicios; 5) relación con una clientela, un mercado; 6) sujeto de derecho, persona física o moral; 7) dirección autónoma; 8) contabilidad propia⁶.

Pero cuando se trata de definir "empresa" o "actividad empresarial" se entrega al juez de fondo el determinarlo, sin proporcionarse un carril jurídico estructurado.

⁵ Consúltense entre los trabajos doctrinales en torno al Tratado de la CEE y nuestro tema: COLLEGE OF EUROPE: *Public Enterprises and Competition*, articles 90 and 37 of the EEC Treaty and their bearing on competition, De Tempel, Tempelhof, Bruges, 1969 (Semahline de Bruges, 1968).

BRITISH INSTITUTE OF STUDIES IN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW Nº 5: *Government Enterprise. A Comparative Study*, edited by Friedmann and J. F. Garner, London, Stevens and Sons, 1970.

GOLDMAN, BERTHOLD: *Droit Commercial Européen*, Dalloz, 1971, J. MEGRETS: *Le Droit de la Communauté Economique Européenne*, volumen 4: *Concurrence*. Editions de l'Université de Bruxelles, 1972.

JAMES P. CUNNINGHAM: *The Competition Law of the EEC*. A Practical guide Kogan Page, London, 1973.

⁶ Elementos recopilados y citados en el Rapport M. P. — A. FRANCK: "Les entreprises visées aux articles 90 et 37 du Traité CEE", en *Semaine Bruges*, 1968, citada, págs. 29-30.

La razón la da Franceschelli en la Rivista di Diritto Industriale, fascículo 1-2, págs. 81 y siguientes. Lo dice así: "La empresa es la *organizzazione viviente* de los factores de producción o intercambio de bienes o servicios", para advertirnos: "el concepto de empresa debe plantearse con independencia de toda calificación interior o estructural".

Es por ello que la Corte de Justicia de las Comunidades nos da asimismo una vaporosa definición: "La empresa está constituida por una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales, vinculada o dependiente a un sujeto jurídicamente autónomo que persigue de una manera durable un fin económico determinado" (Aff. 19/61, 13 juillet 1962, *Mannesmann*, Rec VIII, pág. 681).

Por lo tanto, a mi juicio, es necesario dejar libres al juez y al órgano de control competente el determinar caso a caso si se realiza o no actividad empresarial y es mejor no tocar la Constitución que complementarla con una definición de geometría variable, como ya lo presentía don Enrique Ortúzar al cerrar el paso a una conceptualización *a priori*⁷.

Como hemos visto, la Subcomisión Carmona optó por un proyecto de ley interpretativa constitucional. En la letra b) del artículo 1º se define la *actividad empresarial* como la "acción económica destinada a la producción o comercialización de determinados bienes y servicios para ser transados en el mercado".

El anteproyecto tiene el acierto de recoger una nota distintiva esencial: "La destinación a la transacción en el mercado, pero no se pronuncia sobre otros problemas importantes: ¿El fin lucrativo es o no es esencial? ¿Es lo mismo una actividad esporádica que una habitual o durable? ¿Se requiere o no una persona, o basta la actividad? Ahora bien, la "actividad empresarial" no depende sólo de la intención del agente económico, ni de la naturaleza del producto o servicio, sino a la par de una constelación de factores, algunos técnicos, otros comerciales, unos coetáneos a la decisión del agente, y otros sobrevinientes. Esta constelación de factores variables en el tiempo no puede determinarse de una vez y para siempre por el legislador, y si éste, como es el caso, lo hace en términos generales, no realiza para el órgano de control un aporte significativo que lo oriente en su decisión. Es la vieja distinción entre

⁷ La Corte de Justicia de la CEE se vio enfrentada a un problema semejante al interpretar el artículo 37 del Tratado, párrafo 1: "Los Estados miembros reorganizan progresivamente los monopolios nacionales que tienen un carácter comercial, de tal manera que al terminar el período transitorio se tenga la seguridad de que no existe ninguna discriminación entre los ciudadanos de los Estados miembros en cuanto a las condiciones de aprovisionamiento y a los mercados". "Las disposiciones del presente artículo se aplican a *todo organismo* por el cual un Estado miembro de iure o de facto controla, dirige o influye sensiblemente, directa o indirectamente, las importaciones o las exportaciones entre los Estados miembros. Estas disposiciones se aplican igualmente a los monopolios de Estados delegados". La solución fue entregada a los órganos jurisdiccionales. Así lo sostiene la Corte de Justicia en el caso COSTA/ENEL en uno de los considerandos: "Pertenece al juez de fondo el apreciar en cada especie si la actividad económica en referencia versa sobre tal o cual producto... juega o no un rol efectivo en las importaciones o exportaciones entre nacionales de los Estados miembros" (15 juillet 1964, aff N° 6/64 Rec. X, pág. 1141). Y atenderá, para apreciarla, "a la naturaleza del producto y a las circunstancias técnicas o internacionales a las que esté sujeto ese producto".

la ley y la equidad aristotélica; entre la ley y la epiqueia tomista que ante situaciones cambiantes siempre se resuelve en favor de la discreta y poderosa arma de la interpretación judicial.

I.3. Participación en actividades empresariales

Si bien la Subcomisión Carmona hace un loable y en cierto sentido exitoso esfuerzo para circunscribir lo que debe entenderse por "actividad empresarial", no sucede lo mismo cuando intenta definir lo que es "participar". La sola lectura de la letra c) del artículo 1º del anteproyecto nos ahorra comentarios: "participar es ejecutar, a cualquier título, las acciones señaladas en la letra anterior, en unión con una o más personas".

II. CUESTIONES PROPIAS DE UNA LEY DE QUÓRUM CALIFICADO

Una de las debilidades del anteproyecto presentado, y no de las menores, es la de mezclar en un mismo texto problemas propios de una ley interpretativa constitucional, materias propias de una ley de quórum calificado y materias propias de una ley simple.

En efecto, el inciso segundo del artículo 19 N° 21 de la Constitución dice: "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".

Recordemos que la ley de quórum calificado, según el artículo 63, es la que para su aprobación, modificación o derogación requiere de la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio. Al incluir materias propias de la autorización legal de quórum calificado que el Estado y sus organismos requieren para ejercer o participar en actividades empresariales con una ley interpretativa constitucional, subrepticamente la Subcomisión eleva el quórum necesario para su eventual modificación o derogación (de la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio a los 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio).

Además, el anteproyecto de ley interpretativa sí interpreta implícitamente a la Constitución, al suponer que no puede existir una ley general o marco de quórum calificado que autorice al Estado a ejercer actividades empresariales, fijando las condiciones generales, sino que las autorizaciones deben ser necesariamente específicas.

Ello no se desprende necesariamente del texto de la Constitución, pero sí del texto del anteproyecto, lo que debería a mi juicio quedar nítido, si así se pretendiere. Porque una cosa es una ley de quórum calificado o marco que fije las condiciones generales bajo las cuales el Estado pueda emprender o participar en actividades empresariales, y otra es exigir que cada intervención o participación particularizada requiera una ley de quórum calificado.

Si se adopta la primera, las autorizaciones específicas quedarán entregadas a una ley simple y si se estimare que una autorización específica al Estado viola la ley de quórum calificado marco, estaríamos frente a una contienda de constitucionalidad que debería ser resuelta por el Tribunal Constitucional de acuerdo al artículo 82 N° 2 de la Constitución.

La Subcomisión eleva las condiciones generales al rango de ley interpretativa constitucional y da su aprobación a las autorizaciones específicas "en cada oportunidad" a través de leyes de quórum calificado vez por vez.

Extraigo esta conclusión del texto del artículo 1º letra b) del anteproyecto N° 3: "...en virtud del principio de subsidiariedad, sólo podrá (el Estado y sus organismos) desarrollar (actividades empresariales) bajo las siguientes condiciones: 1) cuando los particulares no puedan o no se interesen en hacerlo; 2) que esta actividad la realice a través de una empresa que tenga un objeto específico; y 3) que dicho objeto sea determinado por una ley de quórum calificado que se dicte en cada oportunidad".

Ello se ve reafirmado por el inciso final del artículo 1º letra b), que habla de la "dictación de una nueva ley de quórum calificado", y del inciso segundo del artículo transitorio, que habla de "nuevas leyes de quórum calificado" (nótese el plural).

Dice el artículo 1º letra b) inciso segundo: "No obstante, las empresas autorizadas por ley para que el Estado o sus organismos desarrollen a través de ellas actividades empresariales, no podrán, a su vez, formar otras empresas o participar en éstas, sino mediante la dictación de una nueva ley especial de quórum calificado, que en forma expresa las autorice para ello".

Dice el artículo transitorio: "El Presidente de la República, dentro del plazo de un año, deberá iniciar los proyectos de ley que autoricen al Estado o a sus organismos para seguir desarrollando las actividades empresariales que en ellos señalan. Las leyes actualmente en vigor que han autorizado al Estado o a sus organismos para desarrollar o participar en las mismas actividades empresariales a que se refieren los proyectos de ley señalados en el inciso anterior, se aplicarán hasta la fecha en que entren en vigencia las nuevas leyes de quórum calificado o en que éstos sean rechazados".

¿Cuál es mi posición al respecto? Primero, debe distinguirse nitidamente como lo hace el artículo 19 N° 21 al "Estado y sus organismos" de "otras entidades que no perteneciendo a la Administración del Estado emprendan con representación o participación del Estado actividades empresariales" (artículo 6º inciso 1º de la Ley 18.575). Respecto de las intervenciones empresariales del Estado y sus organismos⁸, basta a mi juicio una ley marco de

⁸ El concepto de *organismo y entidad* ha sido sometido a una rigurosa elaboración doctrinal en torno al artículo 37 del Tratado de la CEE. Nos basamos en el informe de REMO FRANCESCHELLI, presentado el 26 de octubre de 1967 a la Liga contra la Competencia Desleal. Franceschelli entiende el término "organismo" en un sentido muy amplio. El autor nos indica que SANTI ROMANO en su *Corso di Diritto amministrativo* utiliza el término *órgano* en un sentido amplio, que indica las instituciones estables y permanentes (y por consecuencia no a las personas que las componen en un momento dado) que sirven para constituir y manifestar la voluntad del Estado, reduciendo en una unidad toda una serie de elementos: los individuos, sus atribuciones, los medios que sirven para su funcionamiento. Dice Franceschelli: "Es evidentemente de este segundo sentido de "órgano" que deriva la palabra "organismo" del artículo 37 (1) segunda línea. Organismo es entonces un centro organizado de funciones y de atribuciones con o sin personalidad jurídica... el conjunto organizado de personas, medios, atribuciones públicas que se ejercen de o de facto, de una manera estable más o menos durable, la función de control, dirección o influencia sensible, directa o indirecta... de importaciones y exportaciones". Nótese incluso, como lo apunta H. WURDINGER, que el término "Einrichtung" que utiliza la versión alemana del Tratado podría ir hasta comprender un conjunto de

quórum calificado que fije las condiciones bajo las cuales estos organismos puedan emprender o participar en actividades empresariales. Será materia de ley simple la autorización específica caso a caso⁹. La Constitución de 1980 —como ha afirmado— no requiere autorización legal de quórum calificado caso a caso. En efecto, el artículo 19 N° 21 no se refiere al requerir ley de quórum calificado a las actividades empresariales, sino que emplea el *los* refiriéndose al Estado y sus organismos, lo que parece haber escapado a la Subcomisión Carmona: “El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado *los* autoriza”.

Igualmente, un organismo de la Administración del Estado, que cumpla con las condiciones generales de la ley marco de quórum calificado, podría, respetando esas condiciones, formar otras empresas, con simple autorización legal, si dicha empresa cabe dentro de las definiciones de la Ley de Bases de Administración del Estado, en tanto organismo o entidad del Estado.

Dentro de las condiciones generales, me parece valioso el aporte de la Subcomisión Carmona en el sentido de exigir que la actividad empresarial se realice a través de una empresa que tenga un objeto específico; en cambio, me parece demasiado vaga la condición: “cuando los particulares no puedan o no se interesen en hacerlo”¹⁰. Pero insisto en que todas estas materias deben

disposiciones legales; así, por ejemplo, un régimen legal de reglamentación económica, reglamentando las importaciones o las exportaciones (Probleme der Auslegung der art. 37 EWG-Vertrag betreffend die Handelsmonopole, Wirtschaft und Wettbewer, 1965, pág. 268).

La mayoría de los autores no va tan lejos, pero, en todo caso, se apunta más a la función efectiva que el organismo o entidad cumple, de acuerdo a lo defendido por el abogado general Lagrange en el caso COSTA/ENEL ya citado.

Por lo tanto, sostengo que cuando el Constituyente chileno emplea la palabra “organismo” o “entidad” (por ejemplo, 19 N° 2); 38 inciso 2°; 60 Nos. 7, 8 y 9, o cuando emplea “organismo” y “entidad” (ejemplo 62 Nos. 3 y 4) podemos, parafraseando a Franceschelli, decir que “es un centro organizado de funciones y atribuciones con o sin personalidad jurídica que cumple una función administrativa”, y que en el caso del artículo 19 N° 21, “Organismo del Estado que desarrolla o participa en actividades empresariales”, habría que atender más a la función efectiva (criterio material) que al régimen organizativo o procedimental (criterio orgánico o formal).

⁹ Estas materias caen dentro de la reserva del artículo 60 de la Constitución, sea en el N° 8, sea en el N° 14 (leyes de iniciativa exclusiva del Presidente de la República), en combinación con el artículo 62 Nos. 2 y 3 de la Constitución de 1980.

¹⁰ Al definir de una manera muy amplia el interés o capacidad del sector privado para intervenir en una materia empresarial, el anteproyecto de la Comisión Carmona recurre a un informe del Consejo Económico y Social para permitir al legislador determinarlo en definitiva.

Ahora bien, la variedad y factibilidad práctica de ese procedimiento estará en relación directa de la composición del Consejo, de su representatividad, de su competencia técnica, del procedimiento que se establezca para oír a los particulares y del grado de vinculabilidad de su informe, materias que no se desprenden del texto del artículo 2° del anteproyecto, artículo que a mi juicio es materia de ley simple, no de ley de quórum calificado ni menos aún de ley interpretativa constitucional. Dice el artículo 2° del anteproyecto: “Los proyectos de quórum calificado que se presenten para cumplir lo dispuesto en los artículos 19 N° 21 de la Constitución Política y en el anterior (artículo), deberán ser acompañados de un informe del Consejo Económico y Social. Este informe analizará especialmente la incidencia que tenga el proyecto en las actividades privadas, teniendo presente la necesidad de

ser objeto de una ley de quórum calificado y no de una ley interpretativa constitucional.

Respecto al segundo caso, a saber, las intervenciones empresariales del Estado a través de entidades que no son parte de la Administración, tenemos un texto expreso vigente. Este texto exige, al parecer, *una autorización legal de quórum calificado caso a caso*.

Este texto, como sabemos, es el artículo 6º de la Ley 18.575 Orgánica Constitucional: "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".

El texto es más amplio y directo y engloba el inciso final del artículo 1º del anteproyecto: "Si el Estado o sus organismos, en virtud de disposiciones contenidas en leyes especiales o generales asumiere el control o administración de una empresa privada, requerirá de la ley de quórum calificado a que se refiere el inciso segundo Nº 21 de la Constitución Política, para que ésta pueda prolongarse por más de un año". El texto vigente evita asimismo la extrema rigidez de fijar plazos perentorios en materias empresariales.

Pero el texto vigente del artículo 6º de la Ley 18.575 aporta otro elemento muy importante, al señalar en su inciso segundo: "Las entidades a que se refiere el inciso no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas"¹¹.

Por lo tanto, si el Estado o uno de los organismos de la Administración del Estado desarrolla actividades empresariales mediante la participación o

cautelar el principio de subsidiariedad del Estado, de preservar las normas sobre libre competencia y de asegurar la igualdad de trato que el Estado debe otorgar en materia económica.

El Consejo Económico y Social, para permitir el informe a que se refiere el inciso anterior, establecerá un procedimiento destinado a oír a los particulares, con el objeto de conocer su interés o comprobar su capacidad para desarrollar las actividades empresariales que, en virtud del proyecto respectivo, puedan asumir el Estado o sus organismos".

¹¹ La Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración Pública es en gran medida el fruto de un esfuerzo colectivo de los profesores de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile. Desde el primitivo anteproyecto de don Mario Bernaschina y don Manuel Daniel, pasando por el trabajo colectivo del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile, que se plasmó en el anteproyecto de Conara, se llegó al actual anteproyecto, fruto de una subcomisión encabezada por Arturo Aylwin, profesor del ramo en la Universidad Católica y en la Universidad Diego Portales, en la que tuvieron destacada participación Eduardo Soto Kloss y Pedro Pierry Arrau.

Algunos de los aportes más significativos de los profesores de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile: EDUARDO SOTO KLOSS: "Bases Constitucionales de la Administración en Chile", en *Revista de Derecho Público* Nº 24 (1978), págs. 73-76; G. REYES ROMÁN: "Régimen Jurídico de la Administración del Estado, *Editorial Jurídica de Chile*, 1980; MANUEL DANIEL: "Bases Fundamentales de la Organización Administrativa en Chile", *Editorial Jurídica de Chile*, 1986, segunda edición; HUGO CALDERA DELGADO: "Teoría del Órgano, Estado de Derecho y Responsabilidad del Estado" en *Revista de Derecho Público* Nos. 25 y 26, enero-diciembre 1979, págs. 157-75, entre otros muchos aportes de calidad. Sobre el tema, consúltese igualmente a SERGIO CARRASCO DELGADO: Referente al Anteproyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, en *Revista de Derecho Público U. Concepción* Nº 176, julio-diciembre 1984, págs. 65-71.

representación en entidades que no forman parte de la Administración requiere autorización legal de quórum calificado, pero, en caso alguno, pueden atribuirse potestades públicas ni ejercerlas de facto.

El concepto de *potestad pública* o de *potencia pública* es el concepto clave en la definición del Derecho Administrativo, el derecho común de la potestad pública, al decir de Vedel. Es una manera más técnica de decir lo siguiente:

— Si el Estado desarrolla o participa él o uno de sus organismos en actividades empresariales, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, pero podría una ley de quórum calificado, por los motivos justificados que establezca la ley, establecer excepciones (art. 19 N^o 21, inciso 2^o).

— Pero si el Estado o sus organismos desarrollan actividades empresariales mediante la participación o representación en entidades que no formaren parte de su Administración, la autorización legal de quórum calificado no puede en caso alguno atribuirle excepciones a lo dispuesto como regla general. Deberá regirse enteramente por el derecho común aplicable a los particulares.

Conocemos muy distintos tipos de potestades públicas; algunas innotivas, otras conservativas: potestad reglamentaria, potestad expropiatoria, potestad disciplinaria, potestad sancionadora como ejemplo de las primeras; potestad certificatoria, potestad registral. Como ejemplo de las segundas, la potestad de mando y la de imperio pueden tener un carácter u otro (véase, por ejemplo, el D.L. 1.289, art. 6^o, sobre potestades atribuidas a las municipalidades). Definimos la potencia o potestad pública como "el conjunto de medios jurídicos exorbitantes al derecho común de que está dotada la Administración para el cumplimiento de sus fines de satisfacer de manera permanente, regular, continua y adaptativa las necesidades públicas"¹².

Como lo señala J. Rivero¹³, esta potestad, fuera de la órbita del derecho privado, comporta privilegios y restricciones. Privilegios, como por ejemplo, ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo, *ius variandi* en los contratos administrativos o restricciones, como por ejemplo, licitación necesaria para determinar la persona del contratante; sujeción estricta al principio de la legalidad, interés únicamente público, etc.

Son pues todas estas cláusulas exorbitantes al derecho común las que están absolutamente excluidas y sin excepciones por el artículo 6^o de la Ley 18.575¹⁴.

¹² Sobre la *potestad pública*, ver EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: Curso de Derecho Administrativo, tomo I, págs. 370 y ss, Editorial Ciertas, Madrid, 1981; RAFAEL ENTRENA CUESTA: Curso de Derecho Administrativo, volumen I/1, págs. 187-188, Tecnos, Madrid, 8^a edición, 1984; GEORGES VEDEL: Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980, especialmente págs. 15 y 44, citando autores fácilmente accesibles.

¹³ JUAN RIVERO: "Existe-t-il un critere du droit administratif?" Droit Public, 1953, pág. 279.

¹⁴ Tanto el derecho subjetivo como la potestad pública son poderes jurídicos, pero en tanto el derecho subjetivo tiene su origen en una relación jurídica concreta, recae sobre un objeto jurídico concreto y al que corresponde un deber específico y un sujeto obligado, la potestad pública tiene su origen directamente en el ordenamiento: es "la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos" y sólo le corresponde una simple sujeción o acatamiento de todos los sujetos *in genere*. Por último,

III. CUESTIONES PROPIAS DE UNA LEY SIMPLE

Además de la intervención del Consejo Económico Social (art. 2º del anteproyecto), que entiendo como materia de ley simple (véase nota 10), estimo que el artículo 3º no es materia de ley interpretativa ni de ley de quórum calificado, sino de ley simple, como asimismo las disposiciones transitorias, puesto que no regulan el desarrollo o participación del Estado o sus organismos en materias empresariales, sino que están encaminadas a regular la privatización de las actuales actividades empresariales del Estado, que es un problema conexo pero diferente a la materia de mi comentario, y que debe ser juzgado por separado.

Dice el artículo 3º: "Las empresas a través de las cuales el Estado o sus organismos desarrollan o participan en actividades empresariales, deberán adoptar la forma de sociedad anónima abierta, a menos que la ley respectiva, por motivos calificados, señale otra forma". Este artículo es más restrictivo que la propia Constitución de 1980, pues el artículo 19 Nº 21 sólo habla de "regirse por las mismas normas comunes aplicables a los particulares" y así lo entiende también el artículo 6º de la Ley 18.575. Como sabemos, la norma aplicable a las sociedades anónimas es la Ley 18.046 (Diario Oficial de 22 de octubre de 1981), cuyo artículo 2º dispone: "Las sociedades anónimas pueden ser de dos clases: abiertas o cerradas. Son sociedades anónimas abiertas aquellas que hacen oferta pública de sus acciones en conformidad a la Ley de Valores; aquellas que tienen 500 o más accionistas, y aquellas en las que a lo menos el 10% de su capital suscrito pertenece a un mínimo de cien accionistas... Las sociedades anónimas abiertas quedarán sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros, en adelante la Superintendencia, y deberán inscribirse en el Registro Nacional de Valores y observar las disposiciones legales que les sean aplicables. Cada vez que en esta ley se haga referencia a las sociedades sometidas a fiscalización, al control o a la vigilancia de la Superintendencia, o se empleen otras expresiones análogas, se entenderá, salvo mención expresa en contrario, que la remisión es a las sociedades anónimas abiertas...".

Esta solución deberá juzgarse bajo el prisma técnico y no sólo jurídico, pero no puede, a mi juicio, sostenerse que se trate de una materia de ley interpretativa, como lo pretende el anteproyecto.

Igualmente, el artículo transitorio del anteproyecto tiene la misma naturaleza de ley simple, y sus disposiciones deberán examinarse con realismo desde el punto de vista económico-financiero, gerencial y jurídico, sin olvidar las repercusiones sociales y políticas, materias que deberá sopesar el legislador y que seguramente serán objeto de valiosos aportes en este seminario.

"las potestades son inalienables, intransmisibles e irrenunciables; a lo más puede delegarse su ejercicio".

Lo característico de una potestad es su calidad de poder fiduciario, de atribución en beneficio de otros, distinto de su titular. Así nos lo recuerda el art. 3º de la ley 18.575: "La Administración del Estado estará al servicio de la comunidad, atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente".

Fue SANTI ROMANO el que elaboró, *Corso di diritto amministrativo*, 1926, esta teoría, exponiéndola en forma completa en su *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milán, 1947.

Dice el *artículo transitorio*: "El Presidente de la República, dentro del plazo de un año, deberá iniciar los proyectos de ley que autoricen al Estado o a sus organismos para seguir desarrollando las actividades empresariales que en ellos se señalen.

Las leyes actualmente en vigor que han autorizado al Estado o a sus organismos para desarrollar o participar en las mismas actividades empresariales a que se refieren los proyectos de ley señalados en el inciso anterior se aplicarán hasta la fecha en que entren en vigencia las nuevas leyes de quórum calificado o en que éstos sean rechazados.

Las empresas cuya autorización para operar no sea renovada en virtud del procedimiento establecido en los incisos anteriores, se liquidarán o privatizarán dentro del plazo de 180 días".

IV. CUESTIONES FILOSÓFICO-JURÍDICAS

Finalmente quisiera hacer algunas observaciones de índole filosófico-jurídicas sobre el principio de subsidiariedad invocado en el anteproyecto en dos ocasiones (artículo primero y artículo segundo).

No podría dejar de hacerlo, a pesar de que será don Carlos Urenda el que abordará en profundidad esta materia, como la de la libertad de empresa, la libre competencia y la igualdad de trato que el Estado debe otorgar en materia económica.

Lo hago no en mi calidad de profesor de Derecho Administrativo, sino en mi calidad de profesor de Doctrina Social de la Iglesia en esta Católica y Pontificia Universidad. Porque es en el seno de la doctrina pontificia, bajo Pío XI, en *Quadragesimo Anno* y por influjo de la escuela austríaca de Doctrina Social, donde toma cuerpo el principio de subsidiariedad y no en el seno de las doctrinas liberales.

Ahora bien, es desde esta fuente de donde lo toma la Declaración de Principios del Gobierno de Chile el 11 de marzo de 1974, que entrega dos acápites, el N° 4 y el N° 5, al tratamiento de dicho principio¹⁵.

Creo que demasiado a menudo pretende derivarse del principio de subsidiariedad una actitud de abstencionismo *a priori* del Estado, una abdicación de su deber frente al bien común. No lo entienden así ni la doctrina católica ni la comunidad empresarial.

No lo entiende así la doctrina católica. Nos dice Kinnen, en la mejor tradición germana de doctrina social católica: "Según la exigencia de la solidari-

¹⁵ "Aplicado este principio al Estado, debemos concluir que a él le corresponde asumir directamente sólo aquellas funciones que las sociedades intermedias o particulares no están en condiciones de cumplir adecuadamente, ya sea porque de suyo desbordan sus posibilidades (caso de la Defensa Nacional, las labores de Policía o las Relaciones Exteriores), o porque su importancia para la colectividad lo aconseja dejar entregadas a grupos particulares restringidos (caso de los servicios o empresas estratégicas o fundamentales para la Nación), o porque envuelven una coordinación general que por su naturaleza corresponde al Estado. Respecto al resto de las funciones sociales, sólo entrar a ejercerlas directamente cuando las sociedades intermedias que 'de suyo' estarían en condiciones de asumirlas convenientemente 'por negligencia o fallas' no lo hacen, después 'de que el Estado haya adoptado las medidas para colaborar a que esas deficiencias sean superadas'. En este caso, el Estado actúa 'en subsidio' por razón del bien común".

dad, el principio de subsidiariedad dice que la sociedad, y principalmente el Estado, deben dar ayuda (subsidio) a los miembros y grupos que la necesitan para poder desarrollar su actividad y alcanzar su perfección. Es éste un aspecto de la solidaridad, olvidado generalmente por el Estado liberal. Pero, por otra parte, indica claramente que lo que puede y debe dar la sociedad es *sólo ayuda*, o sea, respetar el carácter personal de los miembros y grupos que la reciben. La sociedad, el Estado, no deben dirigir demasiado por sí mismos (contra el totalitarismo); deben prestar ayuda para que los súbditos puedan desarrollar por sí mismos las actividades que le corresponden. El principio de subsidiariedad es, por consiguiente, la expresión de la necesaria síntesis entre la solidaridad social y la libertad. Una sociedad, un Estado, que no respetan la libertad de los miembros y grupos inferiores, son totalitarios. Además, dicho principio recuerda a los miembros de la sociedad que deben desarrollar al máximo su libertad personal y sus capacidades para realizar la auténtica colaboración social”¹⁶.

Tampoco lo entiende así nuestra comunidad empresarial. En 1979 nos reunimos periódicamente dirigentes de la Confederación de la Producción y el Comercio y de la Unión Social de Empresarios Cristianos. Bajo las firmas de Manuel Valdés y de Santiago Brurón dimos a la luz pública el documento conjunto: “La trascendencia Social y Económica de la Empresa”. Allí, en la página 11 se lee: “Es básico comprender que una situación de competencia es creación vigorosa y audaz de la organización social. Ello supone una vigilancia constante para que se conserve y, además, se perfeccione... Si bien el mercado es un acicate para adquirir posiciones de liderazgo, implica la responsabilidad de asegurar que el poder no se constituya en dominación, con peligro para la lealtad, la existencia o la rigurosidad de la competencia. Si este riesgo llegara a concretarse, el Estado tiene el derecho y el deber de intervenir”.

“No debe entenderse la subsidiariedad del Estado como la mera prescindencia de la intervención de éste en la economía y la vida social. La verdadera subsidiariedad exige que el Estado, como guardián de valores permanentes de la comunidad, debe intervenir todo lo que sea necesario, el tiempo que sea necesario y sólo hasta el límite de lo necesario, para efectuar aquello que los particulares no pueden realizar por sí mismos o cuya omisión sea grave obstáculo para el bien común”.

“Siempre se entenderá ligado el concepto de subsidiariedad al de solidaridad, obligación que pertenece a todos los miembros de una sociedad y de preferencia a su autoridad, la que debe velar por el real ejercicio de los derechos, el cumplimiento de los deberes de todos sus miembros, y la conducción acertada de dicha comunidad hacia su fin de progreso y desarrollo material y espiritual”.

Creo que la búsqueda de mecanismos operativos y las necesarias discrepancias entre las distintas alternativas de acción no deben hacernos perder de vista el sentido espiritual de este proceso, a saber, la plasmación normativa de una subsidiariedad solidaria.

En efecto, es sólo a partir de la construcción de consensos fundamentales en que se pueden medir las diferencias inevitables a la hora de la toma de decisiones.

¹⁶ EDUARDO KINNEN: *Ética Social*, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1963, pág. 42.