

LA DEFORMACIÓN DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD DE LA EMPRESA PÚBLICA Y SU IMPOSIBLE FUNDAMENTACIÓN EN EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

THE SEPARATION BETWEEN THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY AND THE SCOPE OF ACTION OF STATE-OWNED ENTERPRISES

PABLO SOTO DELGADO*

RESUMEN: El artículo plantea que el principio de especialidad de la empresa pública, defendido por parte de la doctrina iuspublicista chilena, es una argumentación defectuosa que, por una parte, deforma la construcción dogmática francesa sobre la cual se funda, y, por otro lado, no puede justificarse en el principio constitucional de subsidiariedad. Adicionalmente, el trabajo propone que la única forma de restringir el objeto de la empresa estatal es a través de una ley de quorum calificado.

Palabras clave: Empresas públicas, giro de la empresa pública, principio de especialidad, principio de subsidiariedad, Estado empresario.

ABSTRACT: The article contends that the “principle of specialty of state-owned enterprises” (an equivalent of the *ultra vires* doctrine in corporate law), as advocated by the Chilean Public Law doctrine, is a faulty argument that, on the one hand, deforms the French dogmatic construction on which it is based, and, on the other hand, it cannot be justified on the constitutional principle of subsidiarity. The article also proposes that the only way to restrict the scope of action of the state-owned enterprises is through a qualified majority Act.

Keywords: State-owned enterprises, legal powers of State-owned enterprises, ultra vires actions, subsidiarity, State entrepreneurial activities.

INTRODUCCIÓN: HIPÓTESIS, METODOLOGÍA Y PROPUESTA

En Chile, durante los años ochenta y noventa del siglo pasado, una influyente doctrina veía en el Estado a “un verdadero monstruo de innumerables tentáculos, que todo lo invade, todo lo dirige, todo lo controla [, situación que] engendra anarquía, caos, destrucción”¹. Esta desconfianza con respecto a la administración del Estado, basada en un

* Doctor en Derecho, Universidad Diego Portales. Profesor del Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Código Orcid 0000-0003-3406-4451. Dirección postal: Los Pinos s/n, Balneario Pelluco, Puerto Montt, Chile. Correo electrónico: pablo.soto@uach.cl. Esta investigación se encuentra financiada por la ANID, FONDECYT de iniciación en investigación N° 11201297. El autor agradece a Carolina Durán Nicomán, antigua ayudante de investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, por su colaboración en una versión preliminar de las secciones III.1. y III.4.4.1. del texto, así como por su asistencia en parte de la recolección y revisión bibliográfica.

¹ SOTO (1996) p. 35.

normativismo que entiende el derecho público según la dicotomía que sitúa al Estado necesariamente en contra de los derechos individuales², se formuló en contraste con las prácticas del gobierno que encabezó el país entre los años 1970 y 1973³⁻⁴.

La misma desconfianza domina la interpretación constitucional acerca de la intervención del Estado en la actividad empresarial. Esta participación sería una anomalía que debe confinarse tanto como sea posible, lo que importa (i) un deber de diseñar empresas del Estado que –cualquiera sea su fisonomía jurídica– han de tener un giro restringido; (ii) esta limitación rige en el ejercicio de la actividad económica del Estado; y (iii) dicha restricción impacta en el control judicial o administrativo de la acción económica estatal. Esto es lo que parte de la doctrina denomina “principio de especialidad de las empresas públicas”⁵. Tal requisito provendría de una interpretación del artículo 19 numeral 21 inciso 2° de la Constitución, y de otras cláusulas constitucionales que concretarían el principio de subsidiariedad.

Con respecto a esta postura, la presente investigación plantea la hipótesis de que la comprensión normativista del principio de especialidad de la empresa pública tiene dos defectos argumentativos. En primer lugar, dicho entendimiento deforma la construcción dogmática sobre la cual se funda, cuyo origen se halla en el derecho público francés. En segundo término, no hay fundamento en los antecedentes históricos del diseño del Estado empresario, ni en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que permita anclar el principio de especialidad de la empresa pública en el principio de subsidiariedad.

Para comprobar lo anterior, el texto funciona en dos niveles metodológicos. En el primero de ellos, se compara la versión francesa del principio de especialidad de los órganos estatales que llevan a cabo actividades económicas (I) con el principio de especialidad de las empresas públicas, según la visión promovida por los principales exponentes normativistas chilenos (II). En cuanto al segundo nivel, se utilizará el método de la dogmática jurídica para reconstruir, sistematizar e interpretar diversos materiales jurídicos, históricos y jurisprudenciales atinentes a la configuración del Estado empresario actual y, sobre su base, se valorará la solidez de la vinculación que la doctrina nacional ha efectuado entre el principio de especialidad de las empresas públicas y el principio de subsidiariedad (III).

Una vez acreditada la hipótesis, el trabajo propondrá que la única manera de establecer una restricción al giro empresarial del Estado, como la planteada por el principio normativista de la especialidad, es mediante una expresa definición legislativa a través de una ley de *quorum* calificado. Esta posición se basa en una antigua tesis sostenida por Cumplido y Precht durante los años ochenta del siglo pasado (IV).

Antes de empezar, se hace necesario efectuar dos aclaraciones. La primera de ellas es que aquí no se intenta controvertir la existencia del principio de subsidiariedad en la actividad empresarial del Estado, sino, en cambio, se sostiene que, incluso aceptando su vigencia en el sistema constitucional chileno, de aquel principio no se desprende una restricción del

² LOUGHLIN (1992) p. 60.

³ Al respecto, SOTO y ARÓSTICA (1993) pp. 57 y ss.

⁴ La idea de subsidiariedad, defendida también por esta vertiente del administrativismo, tiene precisamente por finalidad limitar al peligroso Estado administrativo, como sostiene SOTO (1996) p. 139.

⁵ ARÓSTICA (1998a) pp. 1 y ss.

giro de la empresa pública. Por ello, el argumento que se propone pretende tener validez con prescindencia de la disputa constitucional sobre la subsidiariedad⁶. Como segunda aclaración, el artículo tampoco desconoce la práctica jurisdiccional con respecto a la restricción del giro del Estado empresario⁷.

I. EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN EL DERECHO PÚBLICO FRANCÉS Y SU FLEXIBILIZACIÓN EN MATERIA ECONÓMICA

El principio de especialidad es una construcción jurisprudencial proveniente del derecho público francés⁸⁻⁹. A diferencia de lo que sucede en el derecho privado, en el cual rige la capacidad de las personas jurídicas¹⁰, en el ámbito estatal su esfera de dominio es, según la terminología de la teoría clásica, el de la **competencia** de los órganos del Estado¹¹.

En el derecho francés, el principio de especialidad apareció vinculado al “establecimiento público”¹²: una persona jurídica de derecho público sujeta también a un régimen de igual naturaleza, que detenta potestades exorbitantes¹³, y cuyo objeto es la gestión de un servicio público¹⁴. Este principio de especialidad se extiende a todos los órganos administrativos, y tiene como significado preciso que aquellos deben respetar el campo de acción que se les ha asignado¹⁵: los límites de la actividad administrativa se circunscriben al objetivo preciso que fundamentó la creación del órgano¹⁶. Como dijo Chevallier: “Este campo de acción se encuentra definido de manera más o menos amplia y en términos variados: a veces los establecimientos públicos son investidos con un cometido estrecho, ya sea porque el principio de la libertad de comercio y de industria reduce la importancia de la intervención pública en un sector dado, bien porque los poderes públicos han preferido atomizar las responsabilidades entre más organismos públicos; a veces deben ejercer una actividad extendida, aunque respetando un contenido territorial que les constriñe; a veces, en fin, tienen la posibilidad de satisfacer tareas muy variadas girando en torno a un mismo objeto. La especialización de los establecimientos públicos es, por tanto, más o menos fuerte, y su actividad concreta está contenida dentro de límites susceptibles de extenderse”¹⁷.

Como la jurisprudencia del *Conseil d'État* lo ha determinado a través del tiempo, los establecimientos públicos se encuentran sujetos al principio de especialidad, que es un

⁶ Sobre la vigencia constitucional del principio de subsidiariedad en la actividad empresarial del Estado, GUERRERO (2020) pp. 348 y ss.

⁷ Algo sobre lo cual existen versiones contrapuestas. Véase: VALLEJO (2016) p. 257, N° 24.

⁸ BERTHÉLEMY (1900-1901) pp. 526 y ss.

⁹ PLANIOL y RIPERT (1932) p. 810.

¹⁰ ALESSANDRI y otros (2011) p. 599.

¹¹ Sobre la distinción entre capacidad y competencia, aunque crítico, KELSEN (1982) p. 160.

¹² BERTHÉLEMY (1900-1901) pp. 526 y 527.

¹³ CONSEIL D'ÉTAT (2009) pp. 10 y ss.

¹⁴ RIVERO y WALINE (1992) p. 408.

¹⁵ CHEVALLIER (1972-1973) p. 47.

¹⁶ RIVERO y WALINE (1992) p. 412.

¹⁷ CHEVALLIER (1972-1973) p. 47.

principio general del derecho mediante el cual se limita la acción del órgano al perímetro de sus cometidos¹⁸. Con todo, desde los años sesenta del siglo pasado, la jurisprudencia francesa ha sostenido una perspectiva **flexible** del principio, “en especial, en aquello que concierne a los establecimientos públicos que ejercen actividades económicas [...]. De acuerdo con esta concepción, el principio de especialidad prohíbe que un establecimiento lleve a cabo actividades ajenas a su cometido, salvo si esas actividades son complemento normal y resultan directamente útiles para mejorar las condiciones de ejercicio de aquellas [...]”¹⁹. La concepción flexible del principio de especialidad importa una autorización para llevar a cabo actividades anexas que extiendan la actividad de servicio público, lo cual vale, especialmente –se afirma–, para la empresa pública²⁰.

En lo concerniente a las empresas públicas y a los establecimientos públicos con carácter industrial y comercial, en el derecho francés se reconoce la existencia de una variación del principio de especialidad, debido a que la creación de aquellos supone un interés general determinado. Este principio de especialidad económica se caracteriza por un margen de flexibilidad, lo cual permite a esas entidades incluso reducir los costos para satisfacer sus objetivos²¹.

Conforme a lo expuesto, es posible sintetizar que la construcción francesa originaria del principio de especialidad posee al menos tres características: (i) fija el ámbito de actuación del respectivo órgano público; (ii) entiende que el objeto o finalidad del órgano puede ser más o menos restringido, según los valores que el legislador pondere, y (iii) en materia de actividad empresarial del Estado acepta mayor flexibilidad para llevarla a cabo, permitiéndose operaciones anexas que son normalmente complementarias al cometido principal, o bien, admite modificaciones en la estructura de costos de la entidad.

Como se verá en lo que sigue, la versión chilena sobre el principio de especialidad en la empresa pública se formula, en no poca medida, en sentido contrario a estos planteamientos.

II. EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN LA EMPRESA ESTATAL COMO RESTRICCIÓN DE SU GIRO EN EL DERECHO CHILENO

1. LA INFLUENCIA FRANCESA

Como paso previo, se impone en esta parte fundamentar la pertinencia de comparar críticamente las versiones francesa y chilena del principio de especialidad en la empresa estatal. Si bien, los autores que se revisarán en esta sección no han sido explícitos en señalar la literatura sobre la cual basan sus opiniones, la concepción general –a saber, que las empresas públicas deben actuar dentro del ámbito de su competencia– es exactamente la misma que aquella propuesta de modo inicial por la dogmática administrativista francesa como *principe de spécialité des établissements publics*, lo que se revisó en el apartado precedente.

¹⁸ CONSEIL D'ÉTAT (2009) p. 10.

¹⁹ CONSEIL D'ÉTAT (2009) p. 10.

²⁰ BRACONNIER (2003) pp. 253-254.

²¹ DELION (2003) p. 214.

Este trasplante pudo obtenerse directamente de la lectura de autores franceses, o fue mediado por la traducción que hiciera la doctrina española. Esta reconocía, durante los años sesenta del siglo XX, el origen galo de la idea²². Desde el administrativismo sudamericano, el muy difundido Sayagüés Laso también pudo haber sido una referencia útil que efectuaba el mismo rastreo francés del principio²³.

Un aspecto importante es que el principio de especialidad de las empresas públicas es “una consecuencia de la especialidad de la competencia que se afirma para todos los centros (personificados o no) que integran la organización de los Estados modernos”²⁴ y, por lo mismo, es una manifestación del **principio de legalidad** impuesto a la actuación de los órganos de la administración del Estado, o incluso se corresponde con este, algo que ha explicitado Soto Kloss escribiendo sobre la empresa pública, haciendo sinónimas las expresiones “principio de juridicidad, legalidad o especialidad”²⁵. Esto es relevante para lo que se viene diciendo, puesto que, como lo afirmó Pantoja, la comprensión del principio de legalidad en Chile es de corte francés. En efecto, y refiriéndose específicamente a la actividad empresarial del Estado, ese autor ha sostenido que “[t]radicionalmente se ha entendido y exigido en Chile, como consecuencia del principio de legalidad administrativa al estilo francés que rige en el país desde los albores de la independencia, que todos los servicios públicos sean creados por ley y que corresponda a la ley, asimismo, determinar cuáles han de ser sus funciones y sus atribuciones”²⁶.

Lo anterior quiere decir que el principio de especialidad de la empresa pública es un dispositivo cuyo objetivo es determinar el ámbito de competencia de las entidades administrativas que ejercen actividades económicas, y que, en este sentido, es equivalente al planteamiento francés en el que se encuentra la raíz de tal idea, lo que se ve apoyado por la concepción –francesa también– del principio de legalidad, que opera como sinónimo, o bien, trae como consecuencia, la especialidad de la empresa estatal²⁷.

Con todo, y según se adelantó, la versión chilena del principio de especialidad de la empresa pública acaba deformando la concepción francesa expuesta anteriormente, según se explicará a continuación.

2. EL APARATO DOCTRINARIO

Aróstica es acaso el autor más influyente en torno a lo que en Chile se denomina “principio de especialidad de las empresas públicas”²⁸⁻²⁹. En un comentario al caso del “correo híbrido”, este profesor se encargó de analizar el tema. Se trataba allí de un recurso de

²² ARIÑO (1979) p. 102, refiriéndose a lo sostenido en España por Jordana de Pozas.

²³ SAYAGÜÉS (1963) p. 198.

²⁴ ARIÑO (1979) p. 102.

²⁵ SOTO (2000) p. 243.

²⁶ PANTOJA (1998) p. 189.

²⁷ La relación entre competencia y especialidad es algo que VALDIVIA (2018) p. 75 ha confirmado recientemente, indicando la relevancia práctica de la materia a propósito de las empresas públicas.

²⁸ ARÓSTICA (1998a) pp. 1 y ss.

²⁹ COVARRUBIAS (2004) p. 271. Una reciente reiteración de la idea normativista en MARDONES (2020) pp. 152-155, siguiendo la misma literatura que aquí se expone.

amparo económico interpuesto por la Asociación Gremial de Impresores de Chile contra Correos de Chile, debido a que esta empresa estaba ofreciendo un nuevo servicio –creado y reglamentado a través de una resolución, luego de un acuerdo de directorio– que consistía en la impresión de datos y mecanización o ensobramiento automático de correspondencia, actividad que, a juicio de los recurrentes, no estaría dentro del giro de la empresa estatal³⁰. Según Aróstica, en la sentencia de la Corte de Apelaciones, confirmada por la Corte Suprema³¹, se establecería por primera vez un test ordenado para determinar cuándo se ha infringido el principio de especialidad de las empresas públicas³². El fallo sostuvo que: “la implementación del llamado correo híbrido no puede considerarse, **por no ser de su específica finalidad**, comprendida en el ámbito de la competencia que la ley orgánica de la Empresa de Correos le ha asignado para realizar actividades comerciales o empresariales e infringe, por ende, la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental. En efecto, como quedó dicho, el procesamiento de datos entregados por particulares, la impresión de los mismos y su mecanización hasta obtener una carta física **no se contemplan en el objeto de la Empresa, cual es prestar servicios de envíos de correspondencia nacional e internacional** (artículo 2° inc. 1° del D.F.L. N° 10, de 1982) y si bien la norma permite que se realicen actividades similares se refiere indudablemente a otras prestaciones de servicio postal”³³.

En opinión de Aróstica, el artículo 19 numeral 21 de la Constitución tuvo por objetivo “clausurar las dimensiones teratológicas que, con anterioridad, habría alcanzado el ‘Estado empresario’”³⁴, para evitar que este redujera el espacio del desarrollo de actividades de libre iniciativa particular. De lo anterior deduce que “cada ley de quórum calificado que, **por excepción**, autoriza la asunción de funciones empresariales por el Estado, debe ser ‘especial’, en el sentido que ha de indicar qué actividad **concreta y específica** puede llevar a cabo la respectiva empresa pública o sociedad estatal”³⁵.

Lo dispuesto por el inciso 2° del artículo 19 numeral 21 de la Constitución de 1980 sería una “doble garantía”³⁶ del derecho establecido en el inciso 1° del mismo artículo y numeral, la cual operaría en dos niveles: primeramente, en la autorización inicial para desarrollar actividades económicas o participar en ellas y, posteriormente, en el ejercicio de estas³⁷, es decir, se trata de una exigencia dirigida al legislador y a la empresa pública.

Desde la perspectiva de la acción de amparo económico, afirma el autor que la infracción a lo dispuesto por la cláusula del inciso 2° del artículo 19 numeral 21 de la Constitución se configura al no existir una ley de *quorum* calificado que habilite de manera previa y expresa al Estado para que este efectúe actividad mercantil, lo que sería una violación al principio de legalidad. Sin embargo, también se infringe el precepto si el Estado y sus orga-

³⁰ ASOCIACIÓN DE IMPRESORES DE CHILE CON EMPRESA DE CORREOS DE CHILE (1998a).

³¹ ASOCIACIÓN DE IMPRESORES DE CHILE CON EMPRESA DE CORREOS DE CHILE (1998b).

³² ARÓSTICA (1998a) p. 6.

³³ ASOCIACIÓN DE IMPRESORES DE CHILE CON EMPRESA DE CORREOS DE CHILE (1998a) c. 8°.

³⁴ ARÓSTICA (1998a) p. 4.

³⁵ ARÓSTICA (1998a) p. 5.

³⁶ ARÓSTICA (2001) p. 85.

³⁷ ARÓSTICA (2001) p. 85.

nismos “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”³⁸, lo cual constituye una violación del **principio de especialidad**³⁹. En tal línea, fija el estándar de extensión de la actividad económica de las empresas públicas o de las sociedades del Estado, y sostiene que “si el legislador ha perfilado su individualidad y decantado detenidamente 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”⁴⁰.

Un segundo autor relevante sobre la materia es Soto Kloss, cuyos planteamientos tuvieron relevancia en el contexto de un caso en el cual la Asociación Nacional de Prensa A. G. interpuso una acción de amparo económico contra la Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.⁴¹, debido a que la recurrida suscribió un contrato de arrendamiento con empresas extranjeras con el objeto de distribuir un diario llamado “Metro”, que se financiaría con avisos publicitarios⁴². Durante el procedimiento, el señalado profesor evacuó un informe en derecho en el que, sobre la base de las actas de la Comisión Ortúzar⁴³, se afirmaba que, de la conjunción entre la idea de primacía de la persona humana y la iniciativa privada en materia económica, se infiere la “extrema excepcionalidad”⁴⁴ de la actividad empresarial del Estado.

En lo que se refiere a la autorización de *quorum* calificado para que el Estado desarrolle actividades económicas, pesaría sobre el legislador una serie de deberes al momento de confeccionarla. Así, de acuerdo con las exigencias que formularía la Carta al **contenido de la ley** autorizatoria, esta ha de ser expresa (basándose en el artículo 7° de la Constitución)⁴⁵, “explícitamente formal, delimitando con precisión la actividad empresarial autorizada al Estado y **acotando la función, objeto o giro** que la entidad estatal que se indica desarrollará”⁴⁶. A este último respecto, el autor se encarga de explicar qué significa acotar la actividad empresarial: “poner cotos, poner límites, delimitar tal actividad. Poner límites, es decir, **impedir** que se extienda más allá de lo que la propia ley autorizaba al Estado intervenir (art. 1°), **impedir** su extensión a otras actividades, ya que de no hacerse así, este vendría a invadir ámbitos de acción que son propios de los particulares y que le corresponden en razón de su intrínseca primacía ontológica (arts. 1° inc. 4, 5° inc. 2°, en

³⁸ ARÓSTICA (1998b) p. 97.

³⁹ ARÓSTICA (1998b) p. 97 y ARÓSTICA (2001) p. 149.

⁴⁰ ARÓSTICA (1998b) p. 105 y ARÓSTICA (2001) p. 159.

⁴¹ Véase FERMANDOIS (2000) pp. 189 y ss.

⁴² ASOCIACIÓN NACIONAL DE LA PRENSA ASOCIACIÓN GREMIAL Y OTROS CON EMPRESA DE TRANSPORTE DE PASAJEROS METRO SOCIEDAD ANÓNIMA (2000a) y ASOCIACIÓN NACIONAL DE LA PRENSA ASOCIACIÓN GREMIAL Y OTROS CON EMPRESA DE TRANSPORTE DE PASAJEROS METRO SOCIEDAD ANÓNIMA (2000b).

⁴³ SOTO (2000) p. 229.

⁴⁴ SOTO (2000) p. 230.

⁴⁵ SOTO (2000) p. 248.

⁴⁶ SOTO (2000) p. 233.

relación con los arts. 1º inc. 3º y 19 N° 21/primacía de la iniciativa económica privada y excepcionalidad de la actividad empresarial del Estado)”⁴⁷.

Tratándose del ejercicio de la actividad, la empresa queda sujeta a su estatuto, que ha de interpretarse también de modo restrictivo. Afirma Soto Kloss sobre el punto que la entidad “no puede excederse o pretender ampliarse a actividades que no encuadran en el preciso y delimitado ámbito autorizado por la ley de quórum calificado respectiva”⁴⁸. La base para señalar lo anterior se encuentra en que la empresa ha de actuar dentro de su competencia, con arreglo al artículo 7º inciso 1º de la Constitución; dicho ámbito se halla establecido en la ley que autoriza la actividad empresarial del Estado⁴⁹.

Un tercer autor relevante es Fernandois, quien, en el marco de la explicación del artículo 19 numeral 21 de la Constitución, defiende que uno de los requisitos constitucionales básicos de la actividad empresarial del Estado es lo que denomina “especialidad del giro empresarial estatal”⁵⁰ que, junto con la ley de *quorum* calificado y la especialidad de la ley autorizatoria, serían exigencias de tipo formal⁵¹. A juicio de este autor, la especialidad del giro consiste en que la ley de *quorum* calificado que autoriza la actividad empresarial ha de definir “específica y detalladamente el giro empresarial autorizado a la respectiva empresa estatal”⁵², lo cual constituye una “imposición de la lógica”⁵³ sustentada en general por la doctrina y mayoritariamente en la jurisprudencia. Desde el punto de vista de su fundamento constitucional, la excepcionalidad de la actividad empresarial exige el confinamiento del giro; de lo contrario, se vulneraría el principio de subsidiariedad⁵⁴. Fernandois agrega, asimismo que: “Esta exigencia, doctrinaria, jurisprudencial, aunque no formal en el texto del N° 21, no es otra cosa que la reiteración, para el legislador, del mandato del artículo 7º inciso 2º de la CPR y su principio de actuación en materia de Derecho Público. Si la ley debe conferir autoridad y derechos ‘expresamente’, también debe autorizar actuaciones empresariales ‘específicamente’”⁵⁵.

El asimismo denominado “principio de especialidad de las empresas públicas”⁵⁶ obliga, pues, al legislador, pero también al juez, quien habrá de interpretar la ley conforme a la subsidiariedad⁵⁷ para evitar así el “desborde” del Estado empresario⁵⁸.

⁴⁷ SOTO (2000) pp. 246-247. El original con cursivas.

⁴⁸ SOTO (2000) p. 243.

⁴⁹ SOTO (2000) p. 243.

⁵⁰ FERNANDOIS (2011) p. 226. Asimismo, FERNANDOIS (2000) pp. 189 y ss.

⁵¹ FERNANDOIS (2011) p. 226.

⁵² FERNANDOIS (2011) p. 228.

⁵³ FERNANDOIS (2011) p. 228.

⁵⁴ FERNANDOIS (2011) p. 228.

⁵⁵ FERNANDOIS (2011) p. 228.

⁵⁶ FERNANDOIS (2011) p. 228.

⁵⁷ FERNANDOIS (2011) p. 228.

⁵⁸ FERNANDOIS (2011) p. 228.

3. OBSERVACIONES SOBRE EL DENOMINADO PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD DE LA EMPRESA PÚBLICA

A la luz de la literatura presentada, pueden efectuarse ciertas observaciones. En primer lugar, existe una diferencia terminológica relevante dentro de ella. Así, mientras Soto Kloss y Aróstica hablan de “principio de especialidad” de la empresa pública, Ferandois se refiere a la “especialidad del giro” (sin indicar que sea un principio, pues se refiere a ello solo como “un requisito”). La primera expresión proviene de la idea de competencia de los órganos estatales que se ha expuesto en la segunda parte de este texto, y rige para cualquier empresa o entidad pública (bajo la idea de que debe actuar dentro del ámbito fijado por la ley), pero es solo la segunda denominación aquella que explicita el verdadero *quid* de las posturas explicadas.

En efecto, y como segundo comentario, el principio de especialidad es algo **distinto** de lo que exigen Aróstica, Soto Kloss y Ferandois, a saber: que (i) el legislador debe detallar tanto como sea posible el objeto social de aquella; (ii) que la respectiva empresa o sociedad debe maximizar la restricción de su giro, y (iii) que el control externo que recae sobre la actividad del Estado empresario debe confinarla en estos mismos términos. En realidad, la propuesta de estos autores promueve una versión que **no corresponde** al principio de especialidad, salvo en que esta categoría delimita el ámbito de actuación de un cierto órgano público. En este sentido, se aleja de la doctrina francesa originaria primero porque esta no se ocupa de la extensión o restricción **de la ley o acto constitutivo** que fija el objeto, sino solo de que su ejercicio se efectúe dentro de limitaciones determinadas.

En tercer lugar, solo el uso de Ferandois sincera la idea del normativismo, según la cual, se debe restringir el giro de la empresa pública **tanto como sea posible** –en la ley, en el ejercicio de la actividad económica, así como en el control judicial o administrativo– y no solo ajustar el ejercicio de la actividad estatal económica para circunscribirla de manera finalista a su objeto. De este modo, se elimina la flexibilidad en la función teleológica que se le ha asignado tradicionalmente al principio de especialidad en el *locus* francés, de acuerdo con lo explicado más arriba. Puestas así las cosas, es posible afirmar que el principio francés tradicional de especialidad ha sido deformado y transformado en **restricción específica** del giro de la empresa pública.

En cuarto término, la versión robustecida del principio de especialidad de la empresa pública aquí expuesta no es pacífica. No todos los constitucionalistas ni los administrativistas están de acuerdo con la especialidad restrictiva del giro como requisito contenido en la Constitución. De hecho, una revisión de la doctrina parece arrojar lo contrario⁵⁹.

Como quinta y última observación, desde el punto de vista del fundamento de la restricción multinivel del giro de la empresa pública, este **provendría del principio de**

⁵⁹ Por parte de los constitucionalistas, nada dicen al explicar el artículo 19 numeral 21 inciso 2° de la Constitución: PFEFFER (1985) p. 405; EVANS (2004) p. 143; VERDUGO *y otros* (2005) pp. 207-208; MOLINA (2011) p. 240; y CEA (2012) pp. 530-531. Sí agrega la exigencia de determinación del giro NOGUEIRA (2010) p. 29. A favor, también, NAVARRO (2016) y VIVANCO (2004) p. 482. En desacuerdo, VIERA (2013) pp. 280 y ss. Por el lado del administrativismo, no se pronuncian: DANIEL (1982) p. 116; SILVA CIMMA (1995) pp. 52-55 y 194-203; PANTOJA (1998) pp. 183 y ss.; ni BERMÚDEZ (2014) pp. 421-422. Sí lo hace, en cambio, CORDERO (2015) p. 491.

subsidiariedad, como aclara Fernandois, sobre la base de los mismos razonamientos empleados por Aróstica y Soto Kloss. En este sentido, la propuesta normativista asume que hay una vinculación entre el principio constitucional de subsidiariedad y la necesidad de restricción del giro de la empresa estatal: este último se desprende del primero. Dicho argumento se evaluará en el apartado siguiente.

III. ELEMENTOS QUE CONTROVIERTEN LA RELACIÓN ENTRE LA TESIS RESTRICTIVA DEL GIRO Y LA CONSTITUCIÓN

1. LA CONSTITUCIÓN DE 1980 Y SUS ACTAS

A partir del estudio de la redacción del inciso 2° del artículo 19 numeral 21 de la Constitución de 1980 es posible concluir que nunca se tuvo en consideración como requisito para limitar las actividades estatales en materia económica un giro restringido de las empresas públicas⁶⁰.

La primera mención a la limitación de la actividad empresarial del Estado en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución fue efectuada por el comisionado Carmona, al plantear la necesidad de plasmar en alguna parte del texto constitucional que solo en virtud de una ley el Estado puede formar y mantener empresas⁶¹. El fin pretendido por los comisionados consistía en la elaboración de un precepto que limitara o excluyera al Estado de ciertas actividades, restricción que reafirmaría el principio de subsidiariedad⁶² y evitaría, por ejemplo, que, sin mediar ley, este “se haga socio de una empresa mixta mediante la compra del treinta por ciento de las acciones de un banco”⁶³.

En la Comisión de Estudio se planteó que la ley autorizatoria de la actividad empresarial tuviera un *quorum* especial, más exigente que el de una ley simple⁶⁴. En consecuencia, se produjo un debate con respecto al *quorum* adecuado y se optó, finalmente, por el calificado⁶⁵. Por su parte, en el Consejo de Estado se acordó suprimir esa exigencia para que el Estado pudiera desarrollar actividades empresariales, y únicamente se estableció como requisito la necesidad de una ley simple para tal efecto⁶⁶. Como explica Bertelsen, la Junta de Gobierno repuso el *quorum* calificado en la ley autorizatoria y agregó que ese mismo requisito aplicaría si se exceptionara a la actividad empresarial del Estado de la legislación común aplicable a los particulares⁶⁷.

A continuación, se exponen las distintas versiones del precepto que llegaron a ser el actual artículo 19 numeral 21 inciso 2° de la Constitución:

⁶⁰ Sobre la historia de la disposición, véase HUIDOBRO (1988) pp. 98 y ss.

⁶¹ COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1978) p. 387.

⁶² COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1978) p. 389.

⁶³ COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1978) p. 391.

⁶⁴ COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1978) p. 392.

⁶⁵ COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1978) p. 395.

⁶⁶ CONSEJO DE ESTADO (1979) p. 2 y CONSEJO DE ESTADO (1980) p. 4.

⁶⁷ BERTELSEN (1987) p. 123; CARMONA (1997) p. 28.

INSTANCIA	VERSIÓN DEL PRECEPTO
Comisión Ortúzar	“Sin embargo, podrá el Estado desarrollar actividades empresariales o participar en ellas cuando una ley con quórum calificado así lo autorice y en tal caso dicha actividad estará sometida a la legislación común que rija este tipo de actividades para los particulares” ⁶⁸ .
Consejo de Estado	“El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que, por motivos justificados, establezca la ley” ⁶⁹ .
Junta de Gobierno	“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” ⁷⁰ .

Como se sabe, la redacción de la Junta de Gobierno se transformó en la versión definitiva vigente del artículo 19 numeral 21 inciso 2° de la Constitución de 1980. Ni en ese precepto ni en las actas antes referidas existe una alusión a la restricción del giro ni al principio de especialidad de la empresa estatal. De lo que sí existe registro, como se ha visto, es del fundamento en el principio de subsidiariedad de la disposición, mas no de su alcance.

2. EL ANTEPROYECTO DE LEY INTERPRETATIVA DEL ARTÍCULO 19 NUMERAL 21 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1986 QUE NO PROSPERÓ

Por impulso del ministro del Interior de la dictadura, se encargó a la Comisión asesora para el estudio de las leyes complementarias de la Constitución la elaboración de un anteproyecto de ley interpretativa de la Constitución que versara, precisamente, sobre el artículo 19 numeral 21 de la misma. Para ello, se estableció una subcomisión que redactó un texto de tres artículos permanentes y uno transitorio⁷¹. Como lo indicara el presidente de esta instancia, se consideraba necesaria la dictación de la ley interpretativa: “la [Constitución] exige que el Estado y sus organismos deben ser autorizados por una ley de quorum calificado para desarrollar sus actividades, pero lo dice en una forma un poco general. ¿Cómo materializar este asunto? ¿De qué modo tiene que dictarse esta ley? ¿Es una ley para cada oportunidad en el que el Estado precise desarrollar alguna actividad económica, o podría el legislador, violentando como dijimos el espíritu constitucional y el principio de la

⁶⁸ COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1978) p. 36.

⁶⁹ CONSEJO DE ESTADO (1980) p. 44.

⁷⁰ BERTELSEN (1987) p. 123.

⁷¹ PRECHT (1987a) p. 127. El anteproyecto está contenido en las actas de la COMISIÓN DE ESTUDIO DE LEYES ORGÁNICAS CONSTITUCIONALES (1988-1990) pp. 68-74.

subsidiariedad, establecer en una forma general una facultad para que el Estado desarrolle las actividades económicas que quiera?”⁷².

Aceptando que era necesario inducir ciertas consecuencias que el principio de subsidiariedad no proveía, Carmona confesó que “para materializar esta labor de **hacer descender** el principio de subsidiariedad establecido en la Constitución y poder especificarlo en una ley, se ha debido realizar una gran labor de **creación**”⁷³.

En la primera versión, el anteproyecto contemplaba, en su artículo 1º, una interpretación del “sentido y alcance” del artículo 19 numeral 21 de la Constitución, y en su letra b) se definía la actividad empresarial del Estado como “la acción económica destinada a la producción o comercialización de determinados bienes y servicios, para ser transados en el mercado”. La misma disposición indicaba que el Estado “o sus organismos, **en virtud del principio de subsidiariedad**, sólo [podrían] desarrollar [la actividad empresarial] 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”⁷⁴.

Como se aprecia, se trata de un intento de fijar de modo permanente y obligatorio una interpretación creativa o inducida del principio de subsidiariedad, que fundamentaría las condiciones para ejercer la actividad empresarial del Estado, entre las cuales se cuentan la **especificación** del objeto de la empresa estatal, que además debe establecerse por ley de *quorum* calificado. Según explica Bertelsen, la idea de dictar una ley interpretativa de la Constitución tenía por objeto restringir la acción empresarial del Estado, y dar a entender que esas limitaciones se fundaban en el principio de subsidiariedad⁷⁵.

Al revisar las actas de la subcomisión, es posible constatar que el anteproyecto se puso en conocimiento público, y que se invitó a la instancia a varias personas del Gobierno. Es así como mayoritariamente se recibieron observaciones de asociaciones gremiales de empresarios, llamando la atención que, entre los ocho invitados a la subcomisión, estuviera “[e]l profesor de Derecho Administrativo señor Eduardo Soto Kloss”⁷⁶. Luego del análisis de las observaciones, se produjo la versión definitiva –con cinco artículos permanentes y dos transitorios– del anteproyecto, en un pleno de la Comisión asesora para el estudio de la legislación complementaria de la Constitución⁷⁷. En lo que interesa a este texto, la nueva redacción del artículo 1º letra b) del anteproyecto disponía:

“que el concepto de actividad empresarial del Estado o sus organismos comprende la acción económica destinada a la producción o comercialización de determinados bienes y servicios, para ser transados en el mercado, y que aquél o sus organismos,

⁷² CARMONA (1987) p. 30.

⁷³ CARMONA (1987) p. 32.

⁷⁴ SUBCOMISIÓN ENCARGADA DE ELABORAR EL ANTEPROYECTO DE LEY ACERCA DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO (1987) p. 200.

⁷⁵ BERTELSEN (1987) p. 123.

⁷⁶ COMISIÓN DE ESTUDIO DE LEYES ORGÁNICAS CONSTITUCIONALES (1988-1990) p. 101.

⁷⁷ COMISIÓN DE ESTUDIO DE LEYES ORGÁNICAS CONSTITUCIONALES (1988-1990) p. 75.

en virtud del principio de subsidiariedad, sólo podrán desarrollar bajo las siguientes condiciones:

“1) cuando los particulares no puedan o no se interesen en hacerlo, y

“2) que esta actividad, que deberá ser realizada por una empresa **que tenga un objeto específico**, sea autorizada por una ley especial de quórum calificado que se dicte en cada oportunidad y que fije, asimismo, el aporte del Estado o sus organismos.

“Las empresas así autorizadas no podrán formar otras empresas o participar en ellas, ni aun temporalmente. Para hacerlo requerirán la dictación de una nueva ley especial de quórum calificado que, reuniendo los requisitos establecidos en esta letra b), los autorice para ello”⁷⁸.

Sobre esta versión definitiva del artículo 1° del anteproyecto, Carmona afirmará luego que los bienes y servicios que conformarían la actividad empresarial del Estado “deben ser determinados, van a formar un **objeto específico** en la actividad económica del Estado y **sólo así puede darse la autorización** correspondiente por parte del legislador”⁷⁹. Como explica el abogado, “las empresas públicas están afectadas por el **principio de la especialidad**, o sea, ellas no pueden ejecutar otros actos sino para los que están expresamente autorizadas”⁸⁰.

Lo que indica Carmona es clave, puesto que da cuenta de dos puntos que se han tocado en este trabajo: según el primero de ellos, **no hay vínculo en la Constitución entre subsidiariedad y giro restringido de la actividad empresarial del Estado**. Conforme al segundo punto, el principio de especialidad parece entenderse como restricción del giro, lo cual, en todo caso, solo sería una exigencia en caso de dictarse la ley interpretativa. Sin embargo, el anteproyecto no se concretó en una ley.

3. EL DESMEMBRADO PROYECTO DE LEY DE 1989 QUE DIO LUGAR AL AMPARO ECONÓMICO Y A LA LEY N° 18.965

Pese a que el anteproyecto de ley interpretativa de la Constitución antes explicado no prosperó, la Junta Militar intentó, nuevamente, justo antes de entregar el poder al gobierno democrático, densificar la regulación del artículo 19 numeral 21 de la Constitución mediante el denominado proyecto de ley que “Regula la actividad y participación productivas del Estado y sus organismos”⁸¹. El informe técnico que acompañaba el Mensaje declaraba que su fundamento se hallaba en la “Declaración de Principios del Gobierno de Chile” del 11 de marzo de 1974, que planteaba como único camino al desarrollo verdadero de la economía el emprendimiento de los particulares en las actividades productivas, así como el reconocimiento de la propiedad privada, todo lo cual habría quedado plasmado en el artículo 19 numeral 21 de la Constitución⁸². Esta definición, con todo, “requ[ería] ser **completada**

⁷⁸ COMISIÓN DE ESTUDIO DE LEYES ORGÁNICAS CONSTITUCIONALES (1988-1990) pp. 68-69.

⁷⁹ CARMONA (1987) p. 36.

⁸⁰ CARMONA (1987) p. 43.

⁸¹ PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA (1989).

⁸² MINISTRO DEL INTERIOR y otros (1989) pp. 3-4.

para que, del superior nivel de los principios, se encamina [*sic*] hacia su concreción total, práctica y real”⁸³.

Si se lo compara con el anteproyecto de ley interpretativa de 1986, el proyecto de 1989 obtuvo claramente su inspiración en aquel⁸⁴, y contenía un intento de restricción del giro de la actividad empresarial del Estado, en especial, en lo referente al objeto de la respectiva entidad. Precisamente, el inciso 2° del artículo 1° de la propuesta definía la subsidiariedad, y describía la especificación del objeto de la empresa estatal en los siguientes términos: “El Estado o sus organismos sólo podrán desarrollar esta acción económica cuando los particulares no puedan o no se interesen en hacerlo, y por una empresa que tenga **objeto específico**”. Explicando la construcción de este artículo, se afirmaba que la especificación del objeto se desprende normativamente de la autorización de la actividad. Por ello, se indicaba que “[t]oda empresa estatal tiene objeto específico, característica que **deriva** de la exigencia constitucional de autorizar la actividad a que se refiere”⁸⁵.

No deja de ser llamativo este planteamiento, puesto que ya no sería el principio de subsidiariedad el que –como lo sostenía el anteproyecto de 1987– funda la restricción del giro, sino que la exigencia de **autorizar la actividad empresarial** que pone la Constitución en la primera parte del inciso 2° del artículo 19 numeral 21 (“sólo si una ley de quórum calificado los autoriza”) es ahora el fundamento de la especificación del giro: del deber legislativo de autorizar la actividad empresarial estatal se sigue la exigencia de restringir su objeto.

El proyecto contemplaba un par de normas de excepción, es decir, regulaba casos en los cuales la futura ley –incluyendo en ella ciertamente la especificación del objeto– no regían, a saber: por una parte, la situación del Banco del Estado⁸⁶, en el entendido de que la ley general de bancos ya contenía una norma sobre la materia, que resultaba aplicable a todas las empresas de ese rubro⁸⁷; y, por otra, las empresas u organismos vinculados a la defensa nacional.

El proyecto también establecía, en su artículo 6°, lo que llegó a ser la acción de amparo económico⁸⁸. La disposición en que se contenía ese mecanismo jurisdiccional y el artículo 5° del proyecto fueron las únicas normas que lograron ponerse en vigencia. Este último, fusionado con la excepción para el Banco del Estado, se convirtió en la ley N° 18.965⁸⁹, cuya única disposición estableció:

“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

⁸³ MINISTRO DEL INTERIOR y otros (1989) p. 4.

⁸⁴ SOTO (1993) p. 106.

⁸⁵ MINISTRO DEL INTERIOR y otros (1989) p. 7.

⁸⁶ Artículo 5° inciso 2°: “Con todo, al Banco del Estado será aplicable las normas que sobre la materia establece la ley general de bancos”.

⁸⁷ MINISTRO DEL INTERIOR y otros (1989) p. 12.

⁸⁸ LEY N° 18.971 de 1990.

⁸⁹ LEY N° 18.965 de 1990.

año contado desde la recepción. Mientras no sean enajenados, tales derechos no se considerarán para la elección de directores de las sociedades, si fueren acciones de sociedades anónimas, ni para la designación de las personas encargadas de la administración y del uso de la razón social, si se tratare de derechos en otras especies de sociedades. Si transcurriere el plazo de un año sin que se enajenasen, aquellos derechos tampoco podrán ejercerse para concurrir a votaciones y decisiones propias de la administración de las sociedades, incluso en juntas de accionistas. Los quórum y mayorías legales se calcularán sin considerar esas acciones.

Con todo, al Banco del Estado les serán aplicables las normas que sobre la materia establece la Ley General de Bancos”.

Al desgajarse del proyecto original, que establecía en el inciso 2° de su artículo 1° un deber de especificación del objeto de la empresa pública que no prosperó, la disposición transcrita ya **no puede leerse con esa restricción**. Siguiendo el artículo único de la ley N° 18.965, lo que cuenta como objeto de la empresa pública para enajenar los derechos que allí se indican puede operar con una interpretación no calificada –esto es, amplia, flexible o restrictiva– del giro. Esta norma está plenamente vigente.

Las disposiciones del proyecto que no se convirtieron en ley, entre las cuales se hallaba la restricción del giro, fueron rechazadas en la Primera Comisión Legislativa de la Junta de Gobierno, principalmente por considerárselas inconstitucionales⁹⁰⁻⁹¹. Como cuestionamiento general, se sostuvo que “el proyecto en análisis no encontraría su fundamento en el inciso segundo del N° 21° del artículo 19 del texto constitucional, en razón de que la ley de quórum calificado que allí se contempla, sólo tiene por objeto autorizar al Estado para desarrollar o participar en actividades empresariales o para excepcionarlo por motivos justificados del sometimiento a la legislación común aplicable a los particulares”⁹². La mayoría de las normas del proyecto tenían este defecto, como acontecía con la exigencia de ley de *quorum* calificado para poder ampliar el objeto social o aumentar la participación estatal a través del ejercicio de los derechos sociales o acciones que el Estado o sus organismos poseyeran⁹³.

Como síntesis de este acápite, puede afirmarse que, de acuerdo con los antecedentes aquí presentados, se confirma la falta de vinculación **necesaria** entre el principio de subsidiariedad y la exigencia de restricción del giro de la empresa pública, puesto que su fundamento arrancararía de la autorización que el legislador otorga a la empresa estatal para llevar a cabo su actividad. Por lo mismo, el cuerpo legislativo de la dictadura estimaba que debía **completarse** el contenido de la Constitución de 1980 sobre el particular (lo que en realidad es un reconocimiento de que no está en la Carta la restricción del giro), cuestión que en definitiva no se concretó. De ahí que no sea posible sostener que en la actualidad se encuentre vigente una restricción del giro de la empresa estatal, pues la norma que así lo

⁹⁰ Esta es la explicación para desmembrar del proyecto original la acción de amparo económico y el artículo único que llegó a ser la LEY N° 18.965 de 1990. Véase: PRESIDENTE DE LA PRIMERA COMISIÓN LEGISLATIVA (1990) p. 5.

⁹¹ Aunque también por la dificultad de hacerlas operativas. Véase: SECRETARIO DE LEGISLACIÓN DE LA JUNTA DE GOBIERNO (1989) pp. 24-25.

⁹² SECRETARIO DE LEGISLACIÓN DE LA JUNTA DE GOBIERNO (1989) pp. 21-22.

⁹³ SECRETARIO DE LEGISLACIÓN DE LA JUNTA DE GOBIERNO (1989) pp. 26-27.

pretendía establecer no existe. Como se verá enseguida, estas conclusiones concuerdan con los desarrollos de la jurisdicción constitucional chilena.

4. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CONFIRMA LA FALTA DE VINCULACIÓN CONSTITUCIONAL CON LA RESTRICCIÓN DEL GIRO EN LA EMPRESA PÚBLICA

4.1. *El Tribunal Constitucional no afirma la especificación del giro*

En las ocasiones en que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado acerca del inciso 2° del artículo 19 numeral 21 de la Constitución, ese órgano no ha entendido que forma parte de lo consagrado en dicha norma el establecimiento, por parte del legislador, de un objeto acotado, restringido o específico para las empresas estatales. En efecto, a pesar de haber tenido varias oportunidades para resolver sobre los requisitos para que el Estado desarrolle actividad empresarial, el Tribunal Constitucional no ha decidido que la especialidad restrictiva del giro se encuentre entre ellos. Son otros los aspectos sobre los que el órgano de control de constitucionalidad ha emitido su opinión, los cuales se explicarán a continuación.

En primer lugar, se ha afirmado que el ámbito de aplicación de la disposición constitucional se refiere a las actividades empresariales en que el Estado tenga participación. El Tribunal Constitucional ha sostenido esto a partir de casos que, en definitiva, no correspondían a dichas actividades; por lo mismo, no se necesitaba para ellas una autorización por ley de *quorum* calificado. Así aconteció tratándose de una ley que privatizaba una empresa pública⁹⁴, en la autorización legislativa del aumento de capital en una sociedad estatal⁹⁵; cuando las municipalidades son sostenedoras de colegios (lo que no es una actividad lucrativa)⁹⁶, o al transferirse de una empresa estatal a otra un establecimiento⁹⁷.

En segundo término, el inciso 2° del artículo 19 numeral 21° de la Constitución ha sido interpretado con una técnica literal, sosteniéndose, por ello, que la disposición exige autorización por ley de *quorum* calificado para que el Estado desarrolle actividades empresariales que, por regla general, están entregadas a los particulares⁹⁸. Sobre este punto, indica el Tribunal Constitucional que la evaluación de constitucionalidad que debe efectuarse corresponde a si “efectivamente nos encontramos con una actividad empresarial que el

⁹⁴ REQUERIMIENTO RESPECTO DEL N° 1° DEL ARTÍCULO 3° DEL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY N° 6.640 (1991) c. 5°.

⁹⁵ REQUERIMIENTO RESPECTO DEL PROYECTO DE LEY QUE AUTORIZA EL INCREMENTO DE RECURSOS POR MEDIO DE LA MODIFICACIÓN DE LA GLOSA N° 13 DEL PRESUPUESTO PARA ABSORBER LAS PÉRDIDAS DE LA EMPRESA NACIONAL DEL CARBÓN S. A. (1996) c. 6.

⁹⁶ REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY N° 18.020 Y DEL INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 151 DE LA LEY N° 18.834 (2013) c. 16°.

⁹⁷ REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL PROYECTO DE LEY QUE AUTORIZA A LA EMPRESA NACIONAL DE MINERÍA PARA TRANSFERIR A LA CORPORACIÓN NACIONAL DEL COBRE DE CHILE LA FUNDICIÓN Y REFINERÍA LAS VENTANAS (2004) c. 10°.

⁹⁸ REQUERIMIENTO RESPECTO DEL N° 1° DEL ARTÍCULO 3° DEL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY N° 6.640 (1991) c. 3°; también en REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONAL RESPECTO DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 23 DE LA LEY N° 19.542 (2006) c. 14° y REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO DÉCIMO, LETRA H), DE LA LEY N° 20.285, SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA (2011) c. 38°.

legislador ha otorgado al Estado, en los términos que establece el inciso 2° del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, caso en el cual es menester la concurrencia de una ley de quórum calificado habilitante⁹⁹. En concordancia con lo anterior, la ley de *quorum* calificado no puede eludirse bajo el pretexto de la creación de un servicio público¹⁰⁰. El parámetro de referencia es, pues, de carácter sustantivo y amplio: desarrollo o no de una actividad de carácter empresarial, autorizada a través de una ley dictada con mayoría calificada, sin referencia al giro ni a su restricción.

En tercer lugar, para el Tribunal Constitucional la Constitución afirma que las empresas del Estado se deben sujetar a la legislación común aplicable a los particulares, lo cual significa que las empresas estatales; (i) no han de ejercer potestades públicas¹⁰¹; y (ii) que deben competir en las mismas condiciones con los privados¹⁰². Sobre este último aspecto, la magistratura constitucional ha sostenido que: “si la ley autoriza al Estado para emprender una actividad empresarial, **no puede la Constitución poner una traba adicional que atente contra la eficiencia de las empresas**’ [...]. En síntesis, una vez autorizado el Estado para desarrollar determinada actividad económica, el constituyente ha dejado claramente establecido que aquél pasa ser un particular más, debiendo, por tanto, sujetarse a la legislación común que regula la materia en cuestión, careciendo de privilegio alguno –a menos que así expresamente lo establezca la propia ley de quórum calificado y siempre y cuando existan motivos justificados para ello– y **compitiendo en las mismas condiciones que los demás agentes económicos que participan en el mercado**”¹⁰³.

Finalmente, en cuarto término, cuando se excepciona a la empresa estatal de la competencia en igualdad de condiciones, el Tribunal Constitucional, refiriéndose a la constitucionalidad de la aplicación de la Ley N° 20.285, de acceso a la información pública, a TVN, sostuvo que ella ha de efectuarse; (i) por ley de *quorum* calificado; (ii) siempre que la excepción sea por motivos calificados; y (iii) que esta se funde en fines lícitos¹⁰⁴. Ello significa que la empresa pública está cubierta con la protección que proporciona el principio de igualdad en la Constitución.

La conclusión de esta revisión de la jurisprudencia constitucional con respecto a las empresas públicas da como resultado que, al no haber referencia al principio de especialidad ni a la restricción del giro, ellos **no pueden considerarse contenido constitucionalmente obligatorio** para el legislador cuando autoriza a una empresa estatal a ejercer una actividad económica. Esto permite descartar, como consecuencia, el planteamiento del

⁹⁹ REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONAL RESPECTO DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 23 DE LA LEY N° 19.542 (2006) c. 15°.

¹⁰⁰ REQUERIMIENTO FORMULADO POR LA JUNTA DE GOBIERNO RESPECTO DEL PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE NORMAS PARA RESOLVER LAS CUESTIONES DE COMPETENCIA ENTRE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS (1989) c. 13°.

¹⁰¹ REQUERIMIENTO FORMULADO POR LA JUNTA DE GOBIERNO RESPECTO DEL PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE NORMAS PARA RESOLVER LAS CUESTIONES DE COMPETENCIA ENTRE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS (1989) c. 13°.

¹⁰² REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONAL RESPECTO DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 23 DE LA LEY N° 19.542 (2006) c. 53°.

¹⁰³ REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONAL RESPECTO DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 23 DE LA LEY N° 19.542 (2006) c. 53°. El original sin destacado.

¹⁰⁴ REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO DÉCIMO, LETRA H), DE LA LEY N° 20.285, SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA (2011) cc. 55° y ss. y 65°.

normativismo, que intenta anclar en el principio de subsidiariedad (constitucional) la restricción del giro de la empresa pública.

4.2. *El voto disidente de Soto Kloss en el control de constitucionalidad de la ley que creó la Defensoría Penal Pública*

La constatación que se ha hecho en el acápite anterior –esto es, que no hay en la Constitución de 1980 una disposición que ordene la restricción del giro de la empresa pública, y que tampoco se ha formulado una interpretación en tal sentido– se ve reforzada por el voto disidente del entonces abogado integrante del Tribunal Constitucional, Eduardo Soto Kloss, en la sentencia referida al control preventivo del proyecto de ley que creó la Defensoría Penal Pública¹⁰⁵, a propósito de que algunas de sus normas admiten la participación de entidades estatales en la convocatoria pública para proveer del servicio de defensa penal. Según el disidente, dicho servicio es una actividad empresarial que debe corresponder a los particulares, y no al Estado, en virtud de la primacía de la persona humana y la preeminencia de la iniciativa privada en esta en materia económica, conforme a los artículos 1° inciso 3° y 19 numeral 21° de la Constitución¹⁰⁶, afirmando, enseguida: “Tan es así que ‘sólo por excepción’ la Constitución preve [sic] la actividad empresarial del Estado y en condiciones muy específicas, conforme lo ha estipulado por su artículo 19, N° 21, inciso segundo. Según esta disposición –y en lo que dice referencia al caso– para que el Estado pueda asumir o participar en actividades empresariales se exige: 1) que una ley 2) específica, 3) de quórum calificado, 4) lo autorice, 5) expresamente, 6) **señalando con precisión la actividad autorizada**”¹⁰⁷.

Como ninguna de estas exigencias se presentan en la especie, los artículos antes referidos son, a juicio del abogado integrante, inconstitucionales, no sin advertir que ya la Corte Suprema ha resuelto varios amparos económicos en el mismo sentido¹⁰⁸.

Ahora bien, la sola existencia de este voto de minoría en un único caso da cuenta de que –es obvio decirlo– no se trata de la opinión general del Tribunal Constitucional. Es decir, el órgano de control de constitucionalidad **no sostiene** que debe señalarse “con precisión la actividad autorizada”, de manera que la restricción del giro en clave normativista **no es un requisito constitucional, ni se desprende del principio de subsidiariedad**.

5. SÍNTESIS: HAY ELEMENTOS SUFICIENTES PARA DESVINCULAR LA RESTRICCIÓN DEL GIRO EN LA EMPRESA PÚBLICA DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

El anterior estudio de la regulación constitucional del Estado empresario, la práctica en sede de control de constitucionalidad, así como los antecedentes y discusiones de los órganos legislativos de la Junta Militar que fueron determinantes en la configuración actual de

¹⁰⁵ LEY N° 19.718 de 2001.

¹⁰⁶ CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL PROYECTO DE LEY QUE CREA LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA (2001) voto disidente B.2).

¹⁰⁷ CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL PROYECTO DE LEY QUE CREA LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA (2001) voto disidente B.2). Sin destacado en el original.

¹⁰⁸ CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL PROYECTO DE LEY QUE CREA LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA (2001) voto disidente B.2).

la materia, dan cuenta de que no existe una relación entre la Constitución (a través de la subsidiariedad u otra vía) y la propuesta normativista de restringir el giro de la empresa pública. Según se ha expuesto, no hay una palabra en el texto constitucional que así lo exija y no lo analizó la Comisión Ortúzar ni siquiera en la versión francesa del principio de especialidad.

Al revisar los antecedentes legislativos de los años ochenta del siglo pasado, es posible constatar que la circunstancia anterior estaba bastante asumida, al punto que se intentó primero dictar una ley interpretativa de la Constitución para inducir creativamente desde el principio de subsidiariedad la necesidad de restricción del giro de la empresa pública. Ese anteproyecto de 1986 era el reconocimiento mismo de que no había nada en el texto constitucional que exigiera restricciones al giro; por lo mismo, que no se hubiere dictado mantuvo el estado de cosas existente al entrar en vigor la Constitución de 1980. Lo propio sucedió con el proyecto de 1989 que tuvo el mismo objetivo, a saber, colmar el vacío constitucional sobre el tema, lo cual fue considerado inconstitucional por la Secretaría de Legislación de la Junta Militar, al añadirse requisitos no estipulados en la Constitución.

Con base en lo anterior, no queda sino concluir que el planteamiento del normativismo, que promueve las restricciones al objeto de la empresa pública basándose en el principio constitucional de subsidiariedad, carece de asidero y no es más que un desiderátum que no puede justificarse en la Constitución, lo que se ve corroborado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

IV. LA RESTRICCIÓN DEL GIRO REQUIERE LEY DE *QUORUM* CALIFICADO (RETOMANDO LA TESIS DE CUMPLIDO Y PRECHT)

Si, como ya se ha dicho, hay elementos para cuestionar la idea de que el artículo 19 numeral 21 inciso 2° de la Constitución justifica un deber de restricción del giro basado en la subsidiariedad, es posible revisar esa cláusula en sus propios términos. Como se sabe, el precepto establece: “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”.

Esta disposición puede interpretarse como una **cláusula de habilitación**¹⁰⁹ para que el Estado o sus organismos desarrollen o participen de actividades económicas si el legislador de *quorum* calificado así lo estima. La norma opera en tres partes: (i) otorga competencia al legislador bajo condición de *quorum* calificado para que dicte la autorización; (ii) una vez dictada la norma legal, confiere competencia al órgano administrativo autorizado para actuar sujeto a la legislación común; y (iii) cualquier excepción al régimen jurídico aplicable a los particulares también debe estar contenida en una ley de *quorum* calificado. Esto significa que el inciso bajo comentario no es una cláusula restrictiva de la actividad empresarial del Estado, no tiene cómo serlo acudiendo a su literalidad.

¹⁰⁹ Como afirma PRECHT (1987b) p. 8, ella formula un requisito “habilitante”, algo que comparte ZÚNIGA (2001) p. 353. En igual sentido, BASSA y VIERA (2012) p. 679. En contra, GUERRERO (2020) pp. 357 y ss.

Considerando lo anterior, es inconstitucional agregar a dicha disposición requisitos que la Carta no contempla. Esta idea fue sostenida por Cumplido durante los años ochenta, mientras se discutía el anteproyecto de ley interpretativa de 1986 referido más arriba¹¹⁰. En efecto, aludiendo al artículo 1º letra b) de aquel texto –que, como se ha visto, disponía la restricción del giro de la empresa estatal– sostuvo que la regulación era, junto con otras disposiciones, “innecesaria e inconstitucional”¹¹¹, puesto que el único requisito exigido por el artículo 19 numeral 21 de la Constitución para que el Estado y sus organismos puedan desarrollar actividades empresariales es la autorización por ley de *quorum* calificado, y como “una ley interpretativa no puede crear requisitos o condiciones no establecidos por la Constitución sin trasgredir su propia naturaleza de ley interpretativa, [...] la letra b) del art. 1º del anteproyecto es inconstitucional”¹¹².

La explicación para lo señalado se encuentra en que el artículo 19 numeral 21 inciso 2º de la Constitución, además de ser una cláusula de habilitación, tiene una **baja densidad regulatoria**. Es así como la autorización legislativa no exige una determinación del objeto empresarial tan restrictiva como sea posible, al modo en que la doctrina normativista de la restricción del giro lo reclama; no es lo que la Constitución impone al legislador. Esto obedece a que la autorización de una actividad –la empresarial del Estado, en este caso– no equivale a **fijar todas y cada una de las condiciones para ejercerla**; son técnicas de regulación lógicamente diversas. Según se ha dicho, la única condición es que el desarrollo o la participación empresarial requiere la previa dictación de una ley de *quorum* calificado que establezca la autorización.

En igual sentido, y sobre el mismo proyecto de ley interpretativa de la Junta Militar, sostuvo Precht que, si bien le parecía valiosa la exigencia de que la actividad económica estatal se llevara a efecto mediante una empresa cuyo objeto fuera específico, lo cierto es que esa regulación debe hacerse por ley de *quorum* calificado¹¹³. Ello se debe a que sustraer al Estado del régimen común cuando este desarrolla o participa de la actividad empresarial, es una **excepción**, que no solo puede tener por objeto mejorar la posición del Estado frente a los particulares del respectivo sector productivo, sino también empeorarla. Tal excepción exige, conforme al inciso 2º del artículo 19 de la Carta, que el legislador de *quorum* calificado la establezca por “motivos justificados”.

De acuerdo con la Constitución, la actividad empresarial del Estado queda sujeta a la “legislación común aplicable a los particulares”, lo cual significa que forman parte de ella las interpretaciones que los órganos competentes realizan con respecto a la extensión o restricción del giro social de quienes ejercen actividades empresariales. Las prácticas –lícitas, ciertamente– que son fundamentales en cualquier actividad comercial también son

¹¹⁰ Véase arriba la sección III.2.

¹¹¹ CUMPLIDO (1987) p. 144.

¹¹² CUMPLIDO (1987) p. 144.

¹¹³ PRECHT (1987a) pp. 135-136.

parte de lo que la legislación admite, y han de beneficiar también al Estado¹¹⁴⁻¹¹⁵. Sujetar la actividad empresarial del Estado a la legislación común aplicable a los particulares importa que aquel queda en una posición de igualdad **en la ley y ante la ley** con respecto a estos: mismas disposiciones, misma interpretación ante hechos relevantemente similares¹¹⁶. Por lo mismo, cuando se propone que el giro debe interpretarse de manera restrictiva, se trata de una excepción en la que se deja al Estado en una **posición de antemano desmejorada**, sin que exista una ley de *quorum* calificado que la autorice. Esto es un asunto que tiene pleno sentido, considerando que, como lo dice Schmidt-Assmann, si bien el Estado empresario carece de autonomía privada, la sola circunstancia de que existan empresas en mano estatal importa que ellas deben actuar en el mercado empleando “la lógica del mercado”¹¹⁷.

Para concluir esta sección, ha de señalarse que, desde el punto de vista de la revisión del ejercicio de la actividad empresarial, la primera pregunta que el respectivo órgano de control (administrativo o judicial) deberá hacer es: ¿existe una ley de *quorum* calificado que haya establecido una excepción restrictiva del giro? Si el legislador nada ha dicho sobre el punto, bajo especial requisito de mayoría calificada, el controlador del giro deberá emplear como parámetro la legislación común del sector y sus prácticas. Resolver con arreglo a un presunto deber de restringir el giro de la actividad empresarial en la que el Estado y sus organismos participan –esto es, promover una interpretación del giro restrictiva a todo evento– es un prejuicio que traiciona la cláusula constitucional que regula la sustracción del régimen común, porque falta la ley de *quorum* calificado que así lo haya establecido. Una interpretación de restricción del giro a todo evento es, por esta razón, inconstitucional, y por faltar una ley que establezca la excepción, también ilegal.

CONCLUSIONES

En este artículo se planteó como hipótesis que la doctrina normativista que defiende el denominado principio de especialidad de la empresa pública está sujeta a dos defectos argumentativos. Según el primero de ellos, aquella constituye una deformación de la doctrina tradicional de la especialidad de la cual adopta su nomenclatura. Este planteamiento se ha acreditado a partir del contraste entre la propuesta nacional y la literatura francesa que originó y desarrolló el principio de especialidad. Como se analizó, en su formulación originaria la categoría no prejuzga acerca de la restricción del ámbito de competencia del respectivo órgano administrativo y, en lo que específicamente se refiere al giro de la empresa pública, se caracteriza por su flexibilidad. Asimismo, el principio de especialidad francés

¹¹⁴ CAMACHO (2010) p. 431, quien afirma, certeramente: “que la empresa pública no goce de privilegios tampoco comporta que esté sujeta a más gravámenes o cargas que sus competidoras del mundo privado”.

¹¹⁵ Lleva razón CEA (2012) p. 530 al afirmar que “el Poder Constituyente ordena que el Estado quede sujeto a la legislación común aplicable a los particulares, con sus **beneficios y cargas**”. El problema es que el autor enseña afirma que la excepción de *quorum* calificado es solo para los beneficios a favor del Estado.

¹¹⁶ Sobre el punto, es posible estar de acuerdo con SOTO (2000) p. 232 N° 2. La misma idea en VALLEJO y PAR-DOW (2008) p. 144.

¹¹⁷ SCHMIDT-ASSMANN (2003) p. 282.

no es una exigencia dirigida al legislador, sino solo impera sobre la entidad que lleva a cabo la respectiva actividad (la empresa pública en este caso).

De acuerdo con el segundo defecto, no es posible fundar la doctrina normativista del principio de especialidad de la empresa pública en el principio constitucional de subsidiariedad. En efecto, al revisarse las fuentes históricas y normativas que regulan la actividad empresarial del Estado, es posible darse cuenta de que la acotación, restricción o limitación del giro no se funda en la Constitución, desde luego porque esta no lo indica expresamente, y si se pone atención a los antecedentes que determinaron la estructuración del Estado empresario, en especial durante los años ochenta del siglo pasado, puede concluirse que las maniobras dirigidas a restringir legislativamente el rango de actuación de la empresa pública no fructificaron. Esos intentos legislativos de la Junta Militar son una manifestación notoria de que el punto defendido por el normativismo no quedó regulado en la Constitución de 1980 (tampoco lo está hoy, puesto que la cláusula del inciso 2° del artículo 19 numeral 21 del texto constitucional no ha sufrido cambios), de lo contrario, no habría sido necesario hacer el empeño de incorporar las normas proyectadas que, en definitiva, no se concretaron. Esta conclusión es refrendada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que no ha considerado la restricción del giro de la empresa pública entre los requisitos para el desarrollo de la actividad empresarial del Estado. Por esta vía, se ha comprobado la segunda parte de la hipótesis de la investigación.

Adicionalmente, siguiendo aquí a Cumplido y Precht, participantes activos en el debate que se produjo sobre el nuevo Estado empresario fijado por la institucionalidad constitucional de 1980, se ha propuesto que cualquier condición restrictiva al giro de la empresa pública exige que se lleve a cabo mediante una ley de *quorum* calificado, puesto que es la única manera de sustraer al Estado del régimen común aplicable a los particulares, y estos, por regla general, no están sujetos a una limitación intensa a su giro social. De acuerdo con lo que se analizó más arriba, este punto fue compartido por los órganos legislativos de la dictadura.

A lo señalado, ha de agregarse que, por el mismo artículo 19 numeral 21 inciso 2° de la Constitución, el Estado queda cubierto, en su rol empresarial, por la garantía de igualdad ante la ley. En este sentido, la empresa pública queda sujeta no solo las limitaciones del estatuto del derecho común, sino también a sus beneficios.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio (2011): *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ARIÑO, Gaspar (1979): “La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión”, *Revista de administración pública*, N° 88: pp. 55-106.
- ARÓSTICA, Iván (1998a): “Acción de Amparo Económico”, *Informe Constitucional*, N° 1905: pp. 1-8.
- ARÓSTICA, Iván (1998b): “Acción de Amparo Económico: Un recuento jurisprudencial”, *Revista de Derecho de la Universidad Finnis Terrae*, año II, N° 2: pp. 95-105.

- ARÓSTICA, Iván (2001): *Derecho administrativo económico (Libre iniciativa privada y actividad empresarial del Estado)* (Santiago, Universidad Santo Tomás).
- BASSA, Jaime y VIERA, Christian (2012): “Un nuevo giro hermenéutico de la Corte Suprema en la aplicación del recurso de amparo económico”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 38: pp. 661-683.
- BERMÚDEZ, Jorge (2014): *Derecho administrativo general* (Santiago, LegalPublishing, tercera edición).
- BERTELSEN, Raúl (1987): “El Estado empresario en la Constitución de 1980”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 14, N° 1: pp. 115-125.
- BERTHÉLEMY, Henry (1900-1901): *Traité élémentaire de droit administratif* (Paris, A. Rousseau Éditeur).
- BRACONNIER, Stéphane (2003): *Droit des services publics* (Paris, Presses Universitaires de France).
- CAMACHO, Gladys (2010): *Tratado de Derecho administrativo. La actividad sustancial de la administración del Estado*, Tomo IV (Santiago, LegalPublishing).
- CARMONA, Juan de Dios (1987): “Análisis del proyecto elaborado por la Comisión de Estudios de Leyes orgánicas Constitucionales”, *Revista Política*, N° 13: pp. 29-46.
- CARMONA, Carlos (1997): “El Estado empresario en la Constitución política de 1980”, *Gobierno Regional y Municipal*, año IV-7, N° 43: pp. 25-47.
- CEA, José Luis (2012): *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, segunda edición).
- CHEVALLIER, Jacques (1972-1973): “La place de l'établissement public en droit administratif français”, *Publications de la faculté de droit et des sciences politiques et sociales d'Amiens*, N° 3: pp. 5-76.
- COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1978): “Actas oficiales de la Comisión Constituyente”, Tomo XI, Sesiones 371 a 417. Disponible en: https://nuevo.leychile.cl/servicios/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3769/2/Tomo_XI_Comision_Ortuzar.pdf. Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2020.
- COMISIÓN DE ESTUDIO DE LEYES ORGÁNICAS CONSTITUCIONALES (1988-1990): *Actas de sesiones de proyectos de leyes orgánicas constitucionales*, Vol. VIII (Santiago, La Comisión).
- CONSEIL D'ÉTAT (2009): “Les établissements publics”. Disponible en: https://www.conseil-etat.fr/Media/actualites/documents/reprise-_contenus/etudes/rapport_etude_etablissements_publics_15102009. Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2020.
- CONSEJO DE ESTADO (1979): “Acta de la sexagesimaquinta (65ª) Sesión celebrada el 13 de marzo de 1979”. Disponible en: <https://nuevo.leychile.cl/servicios/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/31336/5/Sesion65.pdf>. Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2020.
- CONSEJO DE ESTADO (1980): “Acta de la centésimo segunda (102a) Sesión, celebrada el 22 de enero de 1980”. Disponible en: <https://nuevo.leychile.cl/servicios/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/35194/4/Sesion102.pdf>. Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2020.
- CORDERO, Luis (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo* (Santiago, LegalPublishing).

- COVARRUBIAS, Ignacio (2004): “Subsidiariedad y Estado empresario (Análisis crítico de la jurisprudencia más relevante)”, *Revista de Derecho público*, vol. 66: pp. 251-272.
- CUMPLIDO, Francisco (1987): “Reflexiones sobre el anteproyecto de ley que regula la actividad empresarial del Estado y sus organismos”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 14, N° 1: pp. 141-145.
- DANIEL, Manuel (1982): *La organización administrativa en Chile. Bases fundamentales* (Santiago, Editorial jurídica de Chile).
- DELION, André (2003): *Le droit des entreprises et participations publiques* (París, Librairie générale de droit et de jurisprudence).
- EVANS, Enrique (2004): *Los derechos constitucionales*, Tomo III (Santiago, Editorial jurídica de Chile).
- FERMANDOIS, Arturo (2000): “Asociación empresarial entre Estado y particulares: el caso Metro S.A.”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, N° 1: pp. 189-194.
- FERMANDOIS, Arturo (2011): *Derecho Constitucional Económico*, Tomo I (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- GUERRERO, José Luis (2020): *La Constitución económica chilena. Bases para el cambio* (Santiago, DER Ediciones).
- HUIDOBRO, Ramón (1988): “El derecho a desarrollar cualquier actividad económica en las actas de la Comisión de Estudios Nueva Constitución”, *Revista de Derecho público*, N° 43/44: pp. 98-116.
- KELSEN, Hans (1982): *Teoría pura del Derecho* (México, Universidad Nacional Autónoma de México).
- LOUGHLIN, Martin (1992): *Public Law and Political Theory* (Oxford y Nueva York, Oxford University Press).
- MARDONES, Marcelo (2020): *Lecciones de derecho económico. Regulación económica de los mercados*, Vol. I (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- MINISTRO DEL INTERIOR, MINISTRO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y RECONSTRUCCIÓN y Ministro de Hacienda (1989): *Informe Técnico [al proyecto de ley que regula la actividad y participación productivas del Estado y sus organismos]*, 14 de julio de 1989.
- MOLINA, Hernán (2011): *Derecho constitucional* (Santiago, Thomson Reuters).
- NAVARRO, Enrique (2016): *La Constitución económica chilena ante los tribunales de justicia* (Santiago, Ediciones Universidad Finis Terrae).
- NOGUEIRA, Humberto (2010): *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Vol. 4 (Santiago, Librotecnia).
- PANTOJA, Rolando (1998): *La organización administrativa del Estado* (Santiago, Editorial jurídica de Chile).
- PFEFFER, Emilio (1985): *Manual de Derecho constitucional*, Tomo I (Santiago, Ediar-Conosur).
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges (1932): *Traité élémentaire de droit civil: conforme au programme officiel des Facultés de droit*, Tomo 3 (París, Librairie générale de droit et de jurisprudence).
- PRECHT, Jorge (1987a): “El Estado empresario: análisis de la legislación complementaria constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 14, N° 1: pp. 127-140.

- PRECHT, Jorge (1987b): “Empresas municipales y Estado empresario”, *Gaceta Jurídica*, N° 86: pp. 8-21.
- PRESIDENTE DE LA PRIMERA COMISIÓN LEGISLATIVA (1990): *Informa proyecto de ley que “Regula la actividad empresarial del Estado y sus organismos”*, Ordinario N° 6583/110/8 de 1 de marzo de 1990.
- PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA (1989): *Mensaje del Presidente de la República a la Excma. Junta de Gobierno sobre el proyecto de ley que “Regula la actividad y participación productiva del Estado y sus organismos”*, N° 1141-03, de 7 de septiembre de 1989.
- RIVERO, Jean y WALINE, Jean (1992): *Droit administratif* (Paris, Dalloz).
- SAYAGÜÉS, Enrique (1963): *Tratado de Derecho administrativo*, Volumen I (Montevideo, Talleres Gráficos de la Editorial Martín Bianchi Altuna).
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (2003): *La Teoría del Derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática* (Madrid, Marcial Pons).
- SUBCOMISIÓN ENCARGADA DE ELABORAR EL ANTEPROYECTO DE LEY ACERCA DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO (1987): “Texto del anteproyecto original de ley interpretativa sobre el art. 19 N° 21° de la Constitución”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 14, N° 1: pp. 199-201.
- SECRETARIO DE LEGISLACIÓN DE LA JUNTA DE GOBIERNO (1989); *Informa proyecto de ley que regula la actividad empresarial del Estado y sus organismos*, de 28 de septiembre de 1989.
- SILVA CIMMA, Enrique (1995): *Derecho administrativo chileno y comparado. El servicio público* (Santiago, Editorial jurídica de Chile).
- SOTO, Eduardo (1996): *Derecho administrativo. Bases fundamentales*, Tomo I (Santiago, Editorial jurídica de Chile).
- SOTO, Eduardo (1993): “Amparo económico y rol subsidiario del Estado”, *Temas de Derecho*, N° 7: pp. 105-136.
- SOTO, Eduardo (2000): “Legitimidad de la distribución gratuita, por un tercero, de un periódico en la red de transporte de Metro S.A. El uso de la marca Metro”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, N° 2: pp. 225-250.
- SOTO, Eduardo y ARÓSTICA, Iván (1993): “La destrucción del Estado de Derecho 1920-1973”, *Revista de Derecho Público*, N° 53/54: pp. 57-116.
- VALDIVIA, José Miguel (2018): *Manual de Derecho administrativo* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- VALLEJO, Rodrigo (2016): “La constitución económica chilena: Un ensayo en (de) construcción”, *Estudios Constitucionales*, año 14, N° 1: pp. 247-290.
- VALLEJO, Rodrigo y PARDOW, Diego (2008): “Derribando mitos sobre el Estado empresario”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N° 1: pp. 135-156.
- VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto (2005): *Derecho constitucional*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- VIERA, Christian (2013): *Libre iniciativa económica y Estado social. Análisis al estatuto de la libertad de empresa en la Constitución chilena* (Santiago, LegalPublishing).
- VIVANCO, Ángela (2004): *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo II (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).

ZÚÑIGA, Francisco (2001): “Constitución económica y Estado empresario”, *Revista de Derecho público*, vol. 63: pp. 339-374.

JURISPRUDENCIA CITADA

CORTE DE APELACIONES

ASOCIACIÓN DE IMPRESORES DE CHILE CON EMPRESA DE CORREOS DE CHILE (1998a): Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de noviembre de 1998, Rol N° 3817-1998.

ASOCIACIÓN NACIONAL DE LA PRENSA ASOCIACIÓN GREMIAL Y OTROS CON EMPRESA DE TRANSPORTE DE PASAJEROS METRO SOCIEDAD ANÓNIMA (2000a): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de enero de 2000, Rol N° 4538-1999.

CORTE SUPREMA

ASOCIACIÓN DE IMPRESORES DE CHILE CON EMPRESA DE CORREOS DE CHILE (1998b): Corte Suprema, 16 de diciembre de 1998, Rol N° 4068-1998.

ASOCIACIÓN NACIONAL DE LA PRENSA ASOCIACIÓN GREMIAL Y OTROS CON EMPRESA DE TRANSPORTE DE PASAJEROS METRO SOCIEDAD ANÓNIMA (2000b): Corte Suprema, 31 de enero de 2000, Rol N° 248-2000.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

REQUERIMIENTO FORMULADO POR LA JUNTA DE GOBIERNO EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 82 N° 2 DE LA CONSTITUCIÓN, RESPECTO DEL PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE NORMAS PARA RESOLVER LAS CUESTIONES DE COMPETENCIA ENTRE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS (1989): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 80, 22 de septiembre de 1989.

REQUERIMIENTO RESPECTO DEL N° 1° DEL ARTÍCULO 3° DEL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY N° 6.640, ORGÁNICA DE LA CORPORACIÓN DE FOMENTO DE LA PRODUCCIÓN (1991): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 134, 9 de septiembre de 1991.

REQUERIMIENTO DE UN GRUPO DE DIPUTADOS RESPECTO DEL PROYECTO DE LEY QUE AUTORIZA EL INCREMENTO HASTA LA CANTIDAD DE \$ 3.085 MILLONES, TRANSFIRIENDO TALES RECURSOS, POR MEDIO DE LA MODIFICACIÓN DE LA GLOSA N° 13 DEL PRESUPUESTO NACIONAL VIGENTE, PARA ABSORBER LAS MAYORES PÉRDIDAS OPERACIONALES DE LA EMPRESA NACIONAL DEL CARBÓN S. A (1996): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 249, 4 de noviembre de 1996.

REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD FORMULADO POR DIECISÉIS SEÑORES SENADORES RESPECTO DEL PROYECTO DE LEY QUE AUTORIZA A LA EMPRESA NACIONAL DE MINERÍA PARA TRANSFERIR A LA CORPORACIÓN NACIONAL DEL COBRE DE CHILE LA FUNDICIÓN Y REFINERÍA LAS VENTANAS (2004): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 427, 17 de diciembre de 2004.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL PROYECTO DE LEY QUE CREA LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA (2001): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 320, 16 de febrero de 2001.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONAL PRESENTADO POR LA SOCIEDAD VISAL LTDA. RESPECTO DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 23 DE LA LEY N° 19.542, QUE MODERNIZA EL SECTOR PORTUARIO ESTATAL, EN LA CAUSA CARATULADA “SOCIEDAD VISAL LTDA. CON EMPRESA PORTUARIA DE ARICA”, SEGUIDA ANTE EL PRIMER JUZGADO CIVIL DE ARICA (2006): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 467, 14 de noviembre de 2006.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR JORGE CABEZAS VILLALOBOS Y OTROS TRABAJADORES DE TELEVISIÓN NACIONAL DE CHILE RESPECTO DEL ARTÍCULO DÉCIMO, LETRA H), DE LA LEY N° 20.285, SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, EN LOS AUTOS ROL N° 945-2010 SOBRE RECLAMO DE ILEGALIDAD INTERPUESTO ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO EN CONTRA DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA (2011): Tribunal Constitucional chileno, Roles N° 1732 y N° 1800 (acumulados), 21 de junio de 2011.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR MARÍA INÉS ROA ARCE RESPECTO DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY N° 18.020 Y DEL INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 151 DE LA LEY N° 18.834, EN LOS AUTOS LABORALES RIT N° O-383-2012, CARATULADOS “ROA ARCE, MARÍA INÉS CON I. MUNICIPALIDAD DE CONCEPCIÓN”, DEL JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE CONCEPCIÓN (2013): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 2369, 3 de septiembre de 2013.

NORMAS CITADAS

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

LEY N° 18.965 (10/3/1990), Impone al Estado la obligación que indica.

LEY N° 18.971 (10/3/1990), Establece recurso especial que indica.

LEY N° 19.718 (10/3/2001), Crea la defensoría penal pública.

