

## EL ESTADO EMPRESARIO EN LA CONSTITUCION DE 1980

*Raúl Bertelsen Repetto*

Profesor de Derecho Político y Constitucional

La expresión "Estado empresario" no se encuentra en la Constitución de 1980. Esta para referirse a las actuaciones del Estado como empresario, habla de "actividades empresariales"; artículo 19 N° 21, inciso 2°, al indicar cuándo y en qué condiciones el Estado y sus organismos pueden desarrollar o participar en tales actividades, o bien utiliza la fórmula de "empresas del Estado": artículo 60 N° 9, que establece como una de las materias de ley las que fijen normas con arreglo a las cuales aquéllos pueden contratar empréstitos, y artículo 62, inciso 42, N° 2, que señala como leyes de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, entre otras, las que creen empresas del Estado. Asimismo, artículo 98, inciso 1°, al enmarcar las funciones del Banco Central, entre las prohibiciones que le impone incluye la de adquirir documentos emitidos por las empresas del Estado.

Sin embargo, como espero quede claro a lo largo de esta exposición, el término "Estado empresario" resulta apropiado para englobar las distintas modalidades bajo las cuales el Estado puede actuar con tal calidad de acuerdo con las solas normas de la Constitución de 1980.

Pero, antes de entrar al análisis de estas normas, puede ser útil hacer una referencia a la situación constitucional existente antes de 1973 para que ella sirva de contraste que permita apreciar con mayor nitidez el significado y alcance de la normativa hoy vigente en la Ley Fundamental.

Bajo el texto original de la Constitución de 1925 una referencia explícita al tema que nos ocupa. Este silencio no debe interpretarse como un signo de actividad empresarial del Estado, pues ésta, aunque escasa, ya existía. Para llevarla a cabo, podía utilizar el Estado bien alguno de los servicios que integraban la Administración Pública o actuar a través de alguna de las instituciones dotadas de personalidad jurídica pública que aparecieron. Como señala Manuel Daniel en su obra "La organización administrativa en Chile", pág. 65, "Las personas jurídicas administrativas que fueron surgiendo eran servicios destinados principalmente a atender los fines de seguridad social o previsional, pero posteriormente nacieron también organismos con ese carácter y destinados a atender fines de crédito... de fomento... y además el Estado creó empresas para atender fines industriales y comerciales en una intervención ya no sólo de carácter social sino económico".

Esta situación sufrió algunas variaciones con las reformas que fueron introducidas al texto de 1925. En la Ley 7.727, de 1943, primera de las reformas constitucionales, al limitarse la iniciativa parlamentaria en materia de leyes de gastos públicos, se agregó un inciso que pasó a ser inciso 3° del artículo 45, por medio del cual se concedió iniciativa exclusiva al Presidente de la República —entre otras materias— "para crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, y para conceder o aumentar sueldos y gratificaciones al

personal de la Administración Pública, de las empresas fiscales y de las instituciones semifiscales”.

Aparece, pues, por primera vez a nivel institucional una referencia a las empresas pertenecientes al Estado, si bien el término utilizado —empresas fiscales— no deja de ser impropio, ya que estas instituciones a través de las cuales el Estado realizaba actividades industriales y comerciales estaban dotadas de personalidad jurídica y contaban con un patrimonio propio, distinto de la personalidad y patrimonio fiscales que permitían actuar a los servicios públicos integrantes de la Administración Pública, por lo cual —como la doctrina lo ha señalado— habría sido más correcto llamarles empresas del Estado.

En todo caso, los problemas que nos ocupan de determinar cuándo y con qué límites el Estado podía realizar actividades empresariales no quedaban resueltos de manera alguna con la reforma de 1943, cuyo objetivo era no el de limitar la acción estatal, sino el de restringir la iniciativa parlamentaria en materias legislativas que significaran nuevos gastos públicos. De esta forma, el sector público no quedaba sujeto en su crecimiento a condiciones especiales que resguardaran al sector privado, debiendo respetar solamente las leyes que crearan nuevas empresas fiscales o del Estado o dieran atribuciones a los servicios públicos para desarrollar actividades que podemos calificar de empresariales, las garantías constitucionales. Entre estas garantías estaba, por cierto, la de la igualdad ante la ley (artículo 10 N° 1 de la Constitución), pero es sabido cómo la jurisprudencia no fue capaz a partir de este precepto de desarrollar una doctrina que impidiera las discriminaciones arbitrarias.

La reforma constitucional contenida en la Ley 17.284, de 23 de enero de 1970, pero que sólo entró a regir el 4 de noviembre del mismo año, sustituyó en lo que nos interesa el inciso 3° del artículo 45, el cual fue reemplazado por una nueva disposición. Esta, continuando una tendencia que se manifestaba ya en el proyecto de reformas constitucionales de 1964 del gobierno del Presidente Jorge Alessandri y que se ha prolongado hasta nuestros días, aumentó considerablemente la iniciativa exclusiva del Presidente de la República para presentar ciertos proyectos de ley.

No voy a leer íntegramente la norma constitucional a que me refiero, aunque su lectura sería sin duda ilustrativa para apreciar el aumento de atribuciones del Ejecutivo en su papel de colegislador y el carácter desarrollado o extenso que fue adquiriendo la Constitución, porque ello nos distraería de nuestro propósito que se refiere a la regulación constitucional de la actividad del Estado como empresario. Basta, entonces, señalar que, conforme al nuevo precepto, correspondería en forma exclusiva al Presidente de la República la iniciativa “para crear nuevos servicios públicos o empleos rentados”, y, también, “para fijar o modificar las remuneraciones y demás beneficios pecuniaros del personal de los servicios de la administración del Estado, tanto central como descentralizada”.

No aparecen, como se ve, mencionadas de modo expreso las empresas fiscales o del Estado, pero ello no significa que hayan desaparecido de la mira de la Constitución a comienzos de la década del 70, lo que habría sido ciertamente paradójal. Es tan sólo una fórmula técnicamente más perfecta para referirse a la Administración del Estado, la que divide a sus servicios en integrantes de la administración central o descentralizada, y no habla ya de instituciones semifiscales, pero entre los servicios descentralizados, dotados por

consiguiente de personalidad jurídica, con patrimonio propio y sujetos sólo a la supervigilancia del Ejecutivo, están las empresas del Estado junto a servicios públicos propiamente tales.

Sin embargo, nada se dijo tampoco en esta ocasión sobre el tema de cuándo o en qué sectores procedía crear nuevas empresas del Estado. Esta era una decisión que quedaba entregada al legislador, pero cuyo impulso inicial debía provenir del Presidente de la República. Igualmente, no encontramos normas especiales que regulen o limiten la participación del Estado en actividades empresariales o las inversiones que decidiera efectuar en este campo.

Por la vía de la garantía constitucional relativa al derecho de propiedad, en cambio, a partir de la Ley 16.615, de 20 de enero de 1967, que sustituyó completamente el artículo 10 N° 10 de la Constitución, parcialmente reformado en 1963 por la Ley 15.295, se amplió notablemente la intervención estatal en la vida económica. "Cuando el interés de la comunidad nacional lo exija —se dijo en el inciso 3° del precepto citado—, la ley podrá reservar al Estado el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción u otros, que declare de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país".

De acuerdo con lo que señala un intérprete tan autorizado del significado de la reforma, como lo es Enrique Evans de la Cuadra en su "Estatuto constitucional del derecho de propiedad en Chile", el precepto citado establecía un dominio estatal exclusivo, pero con carácter excepcional, entendiéndose para estos efectos por Estado, además, "todas las personas jurídicas de Derecho Público que expresan la acción estatal o el interés general en el campo económico, social o cultural" (pág. 423). Ahora, si el Estado deseaba incorporar al dominio público bienes reservados sobre los cuales existían derechos adquiridos, debía efectuarlo mediante los correspondientes procesos expropiatorios.

Este era, como se ha hecho notar, un modo indirecto de conformar un sector estatal de la economía, ya que si bien no se prohibía derechamente a los particulares desarrollar ciertas actividades, quedaban en el hecho impedidos de hacerlo al no tener acceso a la propiedad de los bienes necesarios para emprenderlas o proseguirlas.

Aunque la reforma constitucional contenida en la Ley 17.398, de 9 de enero de 1971, conocida comúnmente como Estatuto de Garantías Constitucionales, se extendió a diversos derechos constitucionales, sea modificando las normas que los reconocían y regulaban su ejercicio (caso de las libertades de opinión y de enseñanza, del derecho de reunión y de la inviolabilidad de la correspondencia y de las comunicaciones, principalmente) o introduciendo nuevos derechos (situación en la que están los derechos políticos y sociales), nada nuevo contuvo en materias de derechos económicos. ¿Por qué? Pregunta interesantísima, sin duda, pero cuya respuesta fundada exige un acopio de antecedentes que no creo estén disponibles en el presente.

Sí hubo y profundos cambios constitucionales de contenido económico en la última de las reformas que sufrió el texto de 1925 antes de 1973. Me refiero a la Ley 17.450, de 16 de julio de 1971, que suele creerse se refirió sólo a la nacionalización de la gran minería del cobre, lo que se efectuó incorporando disposiciones transitorias a la Constitución, pero que abarcó también otras materias de gran significación como lo es todo lo relativo a la propiedad, concesiones y nacionalizaciones mineras y a los contratos leyes.

En ese momento de nuestra evolución institucional, no en forma sistemática pero sí en base a disposiciones dispersas en el texto de la Constitución, aparecía ya configurando un sector de empresas estatales, al cual, además, se facilitaba su crecimiento.

Así, existían en manos del Estado las empresas de la Gran Minería del Cobre, incluyendo en ellas la Compañía Minera Andina, todas las cuales fueron nacionalizadas por medio del procedimiento establecido en la disposición transitoria decimoséptima. Se reservaba, asimismo, al Estado por la propia Constitución (artículo 10, N° 10, inciso 5°) la explotación de los hidrocarburos líquidos y gaseosos, ya que sobre estas sustancias la ley no podía determinar que se otorgaran concesiones.

Esto es lo que se refiere a las actividades que la Constitución directamente entregaba al Estado. Porque, además, estaba en el mismo artículo 10 N° 10 el precepto que desde 1967 permitía al Estado el dominio exclusivo de ciertos bienes de producción y recursos naturales, y que ahora —1971— se ampliaba para permitir la nacionalización de los mismos, facilitando su traspaso al Estado que de otra forma exigiría expropiación, puesto que la reserva sólo puede operar cuando no hay propiedad constituida sobre los bienes en que recae. Siempre en el artículo 10 N° 10, otra norma agregada, asimismo, en 1971, regulaba la nacionalización de actividades o empresas mineras que la ley calificara como Gran Minería y que no hay que confundir con la Gran Minería del Cobre, pues ésta era nacionalizada directamente por la propia Constitución en normas transitorias, como se ha visto.

Todo esto conformaba un sector en que el Estado tenía o podía llegar a tener el monopolio del mismo. Pero no hay que olvidar que la Constitución también permitía el establecimiento de otras empresas del Estado, que jurídicamente aparecían como servicios descentralizados, sin que fuera necesario cumplir otro requisito que el de emanar las leyes que así lo decidieran de la iniciativa del Presidente de la República. En este caso no se impedía legalmente a los particulares interesados competir con el sector estatal, pero la ley podía favorecer a éste de diferentes modos respecto a aquéllos sin que tuviera mayor significado como barrera para estas discriminaciones arbitrarias la garantía de la igualdad ante la ley. Y, por último, estaban la participación e inversiones que el Estado efectuara en actividades empresariales.

Esta visión histórica anterior a septiembre de 1973 quedaría incompleta si no me refiriera al proyecto de reforma constitucional sobre las áreas de la economía que surgió en 1971 de una moción de los senadores Renán Fuentealba y Juan Hamilton y cuya accidentada tramitación es una muestra eloocuente de la crisis institucional que el país vivía, ya que el conflicto que surgió con motivo de su aprobación entre el Congreso Nacional y el Presidente de la República no pudo ser resuelto y la reforma, en definitiva, no fue promulgada.

El proyecto permitía expresamente reservar al Estado "actividades económicas" cuando el interés de la comunidad nacional lo exigiera y entregaba a la ley la determinación de las empresas de producción de bienes o servicios que integrarían las áreas social y mixta de la economía, entendiendo por área social "aquella en que el dominio de las empresas productoras de bienes o servicios pertenece a la sociedad en su conjunto y cuyo titular es el Estado o los organismos o entidades que de él dependen", y por área mixta, "aquella en que el dominio pertenece en común al Estado o a los organismos o entidades que de él dependen y a los particulares".

El área privada, por último, quedaba "formada por las empresas productoras de bienes o servicios no incluidas por la ley en algunas de las dos áreas anteriores".

Sin perjuicio de la competencia que en forma permanente el proyecto otorgaba al legislador para determinar las empresas que integrarían las áreas social y mixta, la Constitución reservaba directamente al Estado ciertas actividades económicas que éste podría emprender bajo diversas modalidades. Es interesante señalar a grandes rasgos las actividades económicas que el proyecto proponía reservar al Estado: gran minería del cobre, hierro, salitre y carbón; seguros y reaseguros; transporte ferroviario, aéreo y marítimo; comunicaciones por correo y telégrafo; generación, transmisión y distribución de electricidad; producción y distribución de gas natural o licuado; extracción, producción y refinamiento de petróleo; producción de materias primas básicas derivadas directamente del petróleo, gas natural y carbón; producción de cemento, acero, salitre y yodo; industria química pesada y producción de armamentos y explosivos.

Asimismo, el proyecto establecía que toda transferencia de empresas productoras de bienes o servicios, o de derechos en ellas, desde el área privada al área social o mixta, o viceversa, debía ser autorizada por ley. De esta forma, se perseguía evitar que sin una autorización expresa del legislador el gobierno pudiera adquirir empresas, acciones o derechos en sociedades, que eran medios que habían sido utilizados para incrementar la actividad empresarial del Estado al margen de todo control del Congreso Nacional.

La situación descrita a 1973 es un antecedente que se debe tener en cuenta en el largo proceso de génesis de la Constitución de 1980, en el cual el recuerdo del crecimiento que había experimentado el sector estatal de la economía siempre estuvo presente. Así, encontramos referencias al problema desde los primeros documentos constitucionales posteriores a septiembre de 1973, aunque la solución sólo vino a decantarse en las etapas finales de elaboración de la Constitución de 1980.

En las "Metas u objetivos fundamentales para la nueva Constitución Política de la República", aprobada por la Comisión de Estudios en noviembre de 1973, aparece ya una crítica a la injerencia estatal. "Es un hecho —se dijo—, en efecto, que la intervención excesiva del Estado en las actividades económicas deja entregada la subsistencia de los ciudadanos al enterio arbitrio de las autoridades públicas, con lo cual el ejercicio real de todas las libertades se resiente o desaparece". Sin embargo, no se insinúa otra solución que no sea el fortalecimiento del derecho de propiedad.

La "Declaración de Principios del Gobierno de Chile" de 11 de marzo de 1974, en cambio, avanza más. En ello, se esboza un deslinde de los campos estatal y privado en la esfera económica en base al principio de subsidiariedad y el reconocimiento de derechos a los particulares. Después de indicar que en virtud de aquel principio "ninguna sociedad superior puede arrogarse el campo que respecto de su propio fin específico pueden satisfacer las entidades menores", se le aplica al Estado y se concluye "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 no aconseja dejar entregadas a grupos parti-

culares 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 a otras funciones, la intervención del Estado es meramente de suplencia; sólo debe intervenir cuando las sociedades intermedias a las que correspondería naturalmente hacerlo no lo hacen y después que haya procurado remediar las deficiencias de aquéllas.

En cuanto a la posibilidad para los particulares de emprender actividades productivas, se afirma que constituye "un derecho que el Estado no puede ni debe eliminar" y que es, además, "el único camino que permite un verdadero desarrollo de la economía".

Aunque sean doctrinalmente importantes las precisiones que contiene la Declaración de Principios, de ellas no se desprende un principio operativo para llevarlos a la práctica. Porque, en efecto, alguien tiene que decidir qué empresas, por ser estratégicas o fundamentales para la nación, deben quedar permanentemente en manos del Estado, y también es necesario idear un procedimiento a través del cual el Estado pueda intervenir supletoriamente en el campo empresarial de modo que se respete el derecho a la libre iniciativa que se reconoce a los particulares.

A pesar de la importancia que en estos documentos se asignaba a la limitación de la intervención del Estado en la economía y aunque por esos años comenzara el proceso de desestatización de la misma, lo cierto es que en las Actas Constitucionales promulgadas en 1976 no hay un adelanto significativo en la solución del problema. Es efectivo que el Acta Constitucional N° 2 se inspira en el principio de subsidiariedad (considerando 4, letra a) para reconocer a los grupos intermedios y precisar el papel del Estado (artículo 2°), y que el Acta Constitucional N° 3 fortalece el reconocimiento y protección del derecho de propiedad e, incluso, garantiza la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes (artículo 1°, N°s. 16 y 15, respectivamente), pero en cuanto a la libre iniciativa para desarrollar actividades económicas y al Estado empresario, nada se dijo.

El tema cobra actualidad en la etapa final de los trabajos de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución cuando en 1978 se ocupó de lo que se dio en llamar orden público económico. Antes, en noviembre de 1977, en un memorándum que el Presidente de la República dirigió al presidente de aquella Comisión proponiendo algunas orientaciones para su labor, se insistió, una vez más, en la importancia del problema. Entre las ideas que el Jefe de Estado consideraba básicas, subrayaba junto a otras, para un estudio especial, la de: "robustecer constitucionalmente las bases de una estructura económico-social, que sin perjuicio de su flexibilidad para adaptarse a las nuevas realidades, refuercen la libertad del hombre, impidiendo que éste sea asfixiado por la férula de un estatismo avasallador y omnipotente. El derecho a la propiedad privada de los bienes de producción y la admisión de la libre iniciativa en el campo económico, deben regir como reglas generales, sólo sujetas a las excepciones que imponga la aplicación del ya mencionado principio de subsidiariedad". (Punto 5, letra o.)

Sería interesante, sin duda, referirse en detalle a las discusiones que hubo en la Comisión de Estudios cuando se discutió, a partir de la sesión 384, el 14 de junio de 1978, primero, en general, el concepto de orden público económico y su contenido, y luego, en particular el precepto que finalmente se convertiría en el artículo 19, N° 21, de la Constitución de 1980,

pero el tiempo de que disponemos lo impide. Debe, sí, señalarse que a algunas sesiones de la Comisión asistieron los entonces ministros de Hacienda, Sergio de Castro, y de Economía, Pablo Baraona, junto con el fiscal del Banco Central, Roberto Guerrero, a quien correspondió especialmente un trabajo más estrecho con la Comisión.

Es sabido que la obra de la Comisión de Estudios concluyó en dos textos que se complementan. Uno es el memorándum de agosto de 1978 dirigido al Presidente de la República, que contiene las proposiciones e ideas precisas relativas al futuro texto constitucional, y el segundo, de octubre del mismo año, es el anteproyecto articulado de Constitución. El memorándum con proposiciones e ideas precisas tiene la ventaja, sobre el anteproyecto, de incluir las razones justificativas de sus propuestas, por lo que es especialmente útil para conocer el pensamiento de la Comisión de Estudios. Veamos qué dice:

Al abordar en el punto 17 el tema del orden público económico, la Comisión vincula la estatización que sufrió el país con la demagogia e indica cómo la iniciativa privada fue reduciéndose cada día más al esperar del Estado solución para todos los problemas. "De esta manera —se señala—, el Estado fue creciendo desmesuradamente al asumir una serie de actividades que, dentro del correcto y sano principio de la subsidiariedad, debían ser del resorte de los particulares". Este proceso de estatización, además, dio lugar a todo tipo de discriminaciones injustas en lo económico, tales como fijaciones arbitrarias de precios, aranceles diferenciados, subsidios, autorizaciones especiales para iniciar actividades económicas, aparte de los problemas de pérdidas que sufrían las empresas estatales y que presionaban sobre el Estado en búsqueda de financiamiento.

Para corregir esta tendencia e impedir su repetición, la Comisión expresa en su memorándum que: "en relación con la necesidad de incentivar la iniciativa privada y de evitar el mal que significa la proliferación de las empresas del Estado, se contempla un nuevo derecho constitucional que tiene por objeto garantizar a todas las personas la libre iniciativa privada para desarrollar cualquiera actividad económica, sin más limitaciones que las que establezca la Constitución y siempre que no sean contrarias al interés nacional y una ley la declare así. Sólo por excepción —se añadía— 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" (Punto 17, letra a). El artículo 1º, Nº 20, del anteproyecto, por su parte, reprodujo estas ideas en forma casi textual, razón por la que no le daré lectura.

Aun a riesgo de ser reiterativo, cabe resaltar algunas ideas en el pensamiento de la Comisión:

a) Se admitía que una ley limitara la libre iniciativa particular en materias económicas, por estimarla contraria al interés nacional;

b) Se consideraba excepcional la posibilidad que el Estado desarrollara o participara en actividades empresariales. Este punto refleja lo expresado en la discusión de la Comisión en el sentido que la ley que lo autorizara debía ser una ley especial, única forma en que la intervención del Estado pueda tener un carácter realmente excepcional; y

c) No se permitía que la ley de quórum calificado que autorizara al Estado a desarrollar, a participar en una actividad empresarial, le diera

un trato especial. La actividad estatal siempre quedaba sometida a la legislación común aplicable a los particulares.

En el Consejo de Estado el precepto sufrió algunas modificaciones. Conviene leer el que ahora pasaba a ser artículo 19, N° 21, de la Constitución, en virtud del cual se aseguraba a todas las personas:

“El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

“El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas si una ley 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”.

Existen, como puede apreciarse, algunas diferencias con la propuesta de la Comisión de Estudios que, en síntesis, son las siguientes:

a) Desaparece la facultad del legislador para limitar por razones de interés nacional el derecho que se reconoce a toda persona para desarrollar cualquier actividad económica. Los límites que este derecho tiene son los que la Constitución le impone utilizando los conceptos jurídicos indeterminados, pero determinables por los órganos de la constitucionalidad, de la moral, el orden público y la seguridad nacional.

b) Se permite a la ley, que es ahora ley común y no ya ley de quórum calificado, para autorizar al Estado y también a sus organismos, en lo que hay otra novedad, a desarrollar o participar en actividades empresariales. La ley, asimismo, por motivos justificados, puede establecer para el Estado y sus organismos un trato diverso al que la legislación común contempla para los particulares.

c) Al desaparecer del inciso 2°, del N° 21, del artículo 19, el adverbio “solo” para indicar cuándo el Estado podía intervenir en el ámbito empresarial, perdió énfasis el carácter excepcional con que en el anteproyecto de la Comisión de Estudios aparecía revestida la intervención estatal.

Aunque las razones dadas para estos cambios se nos escapan por el desconocimiento que todavía tenemos de las discusiones del Consejo de Estado, el informe del Consejo es inequívoco en señalar la orientación del proyecto, el cual, según se nos dice: “tiende a evitar también el desarrollo exagerado, privilegiado o abusivo de las actividades empresariales por parte del Estado. Con tal propósito —se advierte— contempla una serie de normas dirigidas a ese objeto”. Entre estas normas, aparte del artículo 19, N° 21, que ya he citado, se recuerda el artículo 1°, inciso 3°, que ampara los grupos intermedios y garantiza su autonomía, “lo que significa —con palabras del informe— reconocer el principio de subsidiariedad, conforme al cual el Estado hace lo que los particulares son incapaces de hacer, respetando y haciendo posible la iniciativa privada”.

Después de este recorrido, temo que fatigoso, por los antecedentes del texto constitucional, conviene que volvamos a éste. El precepto que aprobó la Junta de Gobierno y que se convirtió en el artículo 19, N° 21, de la Constitución, es idéntico en su inciso 1°, con el que había sugerido el Consejo de Estado.

En el inciso 2°, en cambio, varía. Ahora se 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 activi-

dades 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”.

Los cambios, si se recuerda la norma que había aprobado el Consejo de Estado, son tres:

a) Se coloca nuevamente el adverbio “solo” para referirse a la intervención estatal en la actividad empresarial;

b) Se dispone que la ley que autorice el desarrollo o participación del Estado en una actividad empresarial debe ser una ley de quórum calificado; y

c) Se establece, de igual modo, que la ley que contemple un trato excepcional para el Estado, diversa al existente en la legislación común, es una ley de quórum calificado.

En las dos primeras de estas modificaciones, como es fácil de apreciar, la Junta de Gobierno ha tomado en cuenta el criterio que había expuesto la Comisión de Estudios en su memorándum con proposiciones e ideas precisas y en su anteproyecto articulado. La última, es atribuible a la propia Junta.

Es indudable, si interpretamos el número 21, del artículo 19, en el conjunto de sus dos incisos, en relación con otras normas constitucionales como el artículo 1º, que consagra la autonomía de los grupos intermedios y precisa la finalidad y deberes del Estado, y a la luz de sus antecedentes en que así se afirma expresamente, que dicho precepto es el medio a través del cual se ha hecho operar el principio de subsidiariedad en el plano económico. De ahí que la regla general es la libertad de los particulares para desarrollar cualquier actividad económica lícita y la prohibición para el Estado de intervenir en el campo empresarial, a menos que se dé una autorización legislativa expresa.

Para que esta forma de aplicar el principio de subsidiariedad tenga sentido, debe serlo caso por caso. Esto es, para cada actividad empresarial específica debe haber una ley de quórum calificado que autorice al Estado para desarrollarla o participar en ella. Este carácter particular de las leyes de autorización es, en efecto, el único que se aviene con el principio de subsidiariedad, pues la apreciación de si existe una carencia que legitima la intervención estatal sólo es posible constatarla para actividades determinadas. Efectuar una autorización general o autorizaciones amplias en favor del Estado, significaría la negación del principio de subsidiariedad.

Por consiguiente, una interpretación del artículo 19, Nº 21, de la Constitución en el sentido de que el legislador es libre de autorizar en cualquier momento al Estado para desarrollar o participar en actividades empresariales sin atender a si existe o no una falta en la actividad de los particulares en esa precisa actividad, sería una interpretación que se aparta de la norma constitucional.

De ahí que resulte admisible, en este punto, la posibilidad de dictar una ley interpretativa del artículo 19, Nº 21, de la Constitución, que obligaría a entenderlo en su recto sentido; esto es, como una proyección del principio de subsidiariedad. De aceptarse este criterio, sería necesario también elaborar algunas normas que contemplen un procedimiento apto para apreciar si existe efectivamente en una actividad una carencia de los particulares que permitiría al legislador habilitar al Estado para intervenir en ella, pero éstas no serían normas propias de una ley interpretativa de la

Constitución. Recuérdase que el Tribunal Constitucional ha dicho que a una ley de esa especie "sólo le corresponde precisar el sentido y alcance de una determinada norma, mas no deducir las consecuencias que derivan o fluyen de la ley interpretada". (Sentencia recaída en el proyecto de ley que interpreta la garantía constitucional sobre derecho de propiedad en relación con la reajustabilidad de las pensiones, considerando 21.)

Existen, igualmente, otros aspectos del artículo 19, N° 21, que pudieran ser objeto de una mayor precisión por parte del legislador, sea complementando la Constitución o bien por la vía de su interpretación. Me referiré brevemente a ellos, porque entiendo que es una tarea que será acometida por otros expositores, pero no deseo dejar de plantear cuáles son, a mi juicio, las posibilidades de actuar que ofrece la Constitución al Estado y los problemas que se presentan.

En cuanto a los que podemos llamar sujetos activos de la actividad empresarial del Estado, la Constitución permite que lo sea por "el Estado y sus organismos". La ley no podría, entonces, sin infringir la Constitución, restringir la realización de estas actividades a un solo tipo de sujetos, como son las empresas del Estado. Naturalmente que serán éstas, por su propia naturaleza, las que en forma primordial tendrán a su cargo o participarán en actividades empresariales, pero éstas bien podrían ser autorizadas para realizarlas por cualquier otro órgano del Estado, aunque no sea lo propio de ellos, como sería el caso de los servicios públicos, sean éstos centralizados o descentralizados.

Más importante y problemática es la determinación de qué son o qué debe entenderse por "actividades empresariales" y por "participar en ellas". Lo primero plantea la difícilísima y disputada cuestión de precisar lo que es la actividad específica de un servicio público, la cual, por ser propia de la administración, no entraña la realización de actividades empresariales, de modo que basta una ley común de iniciativa exclusiva del Presidente de la República para asignarla al Estado.

El anteproyecto que conocemos entiende por actividad empresarial del Estado "la acción económica destinada a la producción o comercialización de determinados bienes y servicios, para ser transados en el mercado" (artículo 1º, letra b). Con temor de lo que digan los economistas y empresarios, me parece un criterio no sé si correcto para la ciencia económica, si útil para los efectos de aplicar la norma constitucional, siempre que se añadiera la nota de habitualidad, pues una actividad productiva o de comercialización ocasional o episódica, no creo merezca el calificativo de actividad empresarial.

Tampoco resulta fácil el acuerdo en torno a lo que significa "participar en actividades empresariales". No me atrevo a afirmar que las que voy a mencionar sean las únicas formas de participación que tienen el Estado y sus organismos en actividades empresariales, pero sí que cuando existen estamos ante una participación. Ellas serían la intervención en la administración de una empresa, la existencia de inversiones significativas en una sociedad que realice actividades empresariales o sea dueña de empresas y, en general, la asociación con otras personas para llevar a cabo estas actividades. Mucho más discutible, pero no menos importante, resulta el determinar cuándo un control estatal excesivo convierte al Estado en administrador.

El último punto del inciso 2º del artículo 19, Nº 21, sobre el cual cabe llamar la atención, es el que se refiere a la posibilidad de que una ley de quórum calificado dé un trato especial al Estado y sus organismos, diverso al que la legislación común contempla para los particulares, cuando aquél es autorizado a intervenir o participar en actividades empresariales. Desde el momento que la Constitución exige que existan motivos justificados para hacerlo, la ley que lo haga es susceptible de control en este aspecto por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema, según corresponda. La eficacia de este control, por supuesto, dependerá de la jurisprudencia que estos órganos desarrollen en una materia tan estrechamente relacionada con los temas siempre arduos de la igualdad ante la ley y las diferencias o discriminaciones arbitrarias.

La visión que estamos dando sobre el Estado empresario en la Constitución de 1980 quedaría incompleta si no mencionáramos, con lo cual voy a concluir, otras normas constitucionales que autorizan una actividad empresarial al Estado. Ellas son, en el campo minero, la disposición tercera que ha mantenido vigente con rango constitucional la nacionalización de la gran minería del cobre y sus empresas y el artículo 19, Nº 24, inciso 10, que se refiere a la exploración, explotación o beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión y a los yacimientos de cualquiera especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional o en zonas de importancia para la seguridad nacional. También, en materia de medios de comunicación social, la Constitución ha autorizado directamente al Estado para operar estaciones de televisión.

En todos estos casos, al igual que cuando la actividad del Estado como empresario surja por aplicación del artículo 19, Nº 21, de la Constitución, rigen las normas sobre contratación de empréstitos que la Constitución contempla en los artículos 60, Nº 9, y 98 y los que el legislador dicte sobre la materia.