

Administración y economía

Día 2 – Panel 3

Tabla de contenido

I. El Estado empresario: razones a favor del mantenimiento del actual régimen constitucional de la actividad administrativa de gestión económica en Chile	2
Fuentes bibliográficas	6
II. Un estatuto constitucional para las empresas de la Administración del Estado	8
Introducción	8
La lectura maximalista del principio de subsidiaridad	9
Las consecuencias de la lectura maximalista	12
Articulación del mercado con participantes de naturaleza pública y privada	13
Conclusiones	16
III. El estado social de derecho y colaboración privada: títulos de intervención	18
IV. Ni Estado subsidiario (negativo), ni estado del Bienestar: Estado garante para la Nueva Constitución Política.....	24

I. El Estado empresario: razones a favor del mantenimiento del actual régimen constitucional de la actividad administrativa de gestión económica en Chile

Luis Alfonso Herrera Orellana

Es usual en las fuentes dogmáticas dedicadas al estudio de la actividad administrativa, distinguir entre diferentes modalidades de esta, entre las que figura de forma consistente la llamada actividad empresarial o de gestión económica.

Así, junto a las más longevas actividades de policía y fomento, se suman la más tardía actividad de servicio público y la de gestión económica, siendo ésta, de todas las nombradas, la que históricamente se suma en tiempos más recientes, a saber, en las primeras décadas del siglo XX, como una actividad ordinaria de la Administración Pública en muchos países.

En efecto, si en sentido estricto entendemos por actividad de gestión económica aquella en la que el Estado, a través de una persona jurídica mercantil regida por el derecho privado pero integrante de la Administración Pública, se dedica a la producción de bienes o a la prestación de servicios, es sabido que ella surgió una vez tuvieron los Estados tanto los recursos como la obligación jurídica de proveer a las personas prestaciones más allá de la justicia, la seguridad, el orden y servicios básicos.

Tal momento histórico correspondió al ascenso de los Estados de bienestar o sociales, en los que se asumió que debía ser la Administración Pública en lugar de proveedores privados, la que debía, al menos en ciertos mercados, proveer de forma directa, a través de sociedades comerciales, bienes y servicios considerados prioritarios, estratégicos o de primera necesidad, para las personas.

A pesar de la existencia, para entonces, de evidencia científica según la cual la gestión burocrática empresarial no generaba necesariamente mejores resultados

que la gestión privada empresarial, circunstancias políticas, sociales y mundiales, llevaron al incremento sostenido, sobre todo en los países hispanoamericanos, de la creación por actos de gobierno en muchos casos, de cada vez más empresas del Estado.

En el caso específico de Chile, tal proceso inicia en la década de los años 30 del siglo 20, bajo la vigencia de la Constitución de 1925, llegando a convertirse la actividad administrativa de gestión económica en una de las más importantes formas de intervención de la Administración Pública en la economía del país, a través de un conglomerado de empresas estatales, algunas de ellas operando bajo régimen de monopolio.

El auge creciente del Estado empresario, a pesar de sus más bien debatibles resultados, terminó con el cese de la vigencia del referido Texto Constitucional y la posterior adopción de un régimen constitucional de intervención estatal en la economía centrado en la idea de subsidiariedad, con antecedentes en la antigüedad y el medioevo, y en todo caso central para el orden económico constitucional instaurado en Alemania, tras la segunda guerra mundial.

La adopción de dicho régimen, fundamento de las políticas de liberalización de actividades y privatización de activos aplicada en Chile en los años 80 del siglo XX, se advierte, entre otras, en dos disposiciones fundamentales para el estudio de la actividad de gestión económica en el país.

La primera es el artículo 19, 21º, inciso 2do, de la Constitución Política de la República, según el cual: “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”.

La segunda es el artículo 6º de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en que se lee lo siguiente: “El Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser de quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales. Las entidades a que se refiere el inciso anterior no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas”.

En síntesis, de dichas normas se deriva, en primer lugar, que el acto de creación de empresas del Estado es una decisión que no puede tomar de forma unilateral el gobierno nacional, sino que debe hacerlo en acuerdo con el Congreso de la República, y que ese acuerdo debe concretarse en una ley de quorum calificado.

Y, en segundo lugar, que no le está permitido a dichos poderes públicos asignar mediante esa u otras leyes potestades públicas a las empresas del Estado, pues ello sin duda desnaturalizaría su funcionamiento y misión.

Cabe asumir, a modo de hipótesis, que tal régimen constitucional, a partir de 1980, ha impedido que en Chile proliferen, por razones clientelares, populistas o ideológicas, empresas estatales costosas e incapaces de contribuir a la garantía del bien común, como sí ha ocurrido y ocurre en otros países hispanoamericanos, en los que los gobiernos nacionales sí pueden de forma unilateral crear las empresas estatales que deseen, sin control efectivo por parte del poder legislativo.

Y enfatizamos, ha impedido que proliferen, no que existan, ya que la posibilidad está prevista, solo que condicionada a acuerdo entre poderes políticos, así como a la aplicación exclusiva del derecho privado a la actividad de tales empresas del Estado.

Sin duda, tal régimen, a nuestro entender, se ajusta a las más destacadas tendencias económicas y jurídicas, las cuales, al tiempo que aportan evidencia de

los límites y carencias del “Estado emprendedor”, sostienen que ese rol debe asumirlo el Estado de forma excepcional, ya que en el modelo actual de “Estado garante”, ha de fortalecer más bien su actividad de policía y de fomento.

No obstante lo anterior, en los últimos meses, a propósito de la próxima activación del proceso de cambio constitucional en Chile, a través de la labor de la Convención Constitucional a instalarse a fines de junio o inicios de julio de 2021, expertos tanto del área económica como del área jurídico-administrativa, han planteado la necesidad de revisar el actual régimen constitucional del Estado empresario, a fin de “flexibilizarlo” y hacerlo “más democrático”.

Tales posturas, de un lado, parecen ignorar las potentes razones que desde la ciencia económica se han planteado para si no descartar por completo la actividad administrativa de gestión económica, al menos sí reducir al máximo su actividad, a partir de criterios como la ya referida subsidiariedad, los incentivos que informan la gestión burocrática y la naturaleza de la función empresarial.

Y, asimismo, parecen no considerar las también sólidas razones que desde el derecho administrativo, en Alemania y España, se han ofrecido para moderar, focalizar y en definitiva limitar la actividad empresarial del Estado, en beneficio de la liberalización, la privatización, la competencia efectiva y el reacomodo de la posición de la Administración Pública, hoy carente del poder para actuar como gran conductora de la economía de un país.

Considerando todo lo expuesto, así como, entre otras, lo contenido en las fuentes bibliográficas que se indican a continuación, el propósito de la ponencia que aquí se presenta será el ofrecer razones a favor de mantener, en lo sustantivo, del actual régimen constitucional del Estado empresario en Chile, sin perjuicio de ajustes puntuales que puedan contribuir a su mayor eficacia y certeza, a fin de evitar un futuro auge descontrolado de esta actividad administrativa, dados los muy nefastos resultados que para los ciudadanos ha tenido y siempre tendrá esa situación.

Fuentes bibliográficas

ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2001): Derecho Administrativo Económico. Libre iniciativa privada y actividad empresarial del Estado (Santiago, Universidad Santo Tomás).

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014): Derecho Administrativo General. (Santiago, Thomson Reuters).

BERTELSEN REPETTO, Raúl (1987). El Estado empresario en la Constitución de 1980. Revista Chilena de Derecho (No. 14), pp. 115-125.

BÖHMLER, Andreas (1998): El Ideal de Cultural del Liberalismo. La filosofía política del ordo-liberalismo. Madrid: Unión Editorial.

CORREA, Pablo, et. al (2020): Estado subsidiario y Estado empresario, en: Rodrigo Valdés y Rodrigo Vergara (Edit.), Aspectos económicos de la Constitución. Alternativas y propuestas para Chile (Santiago: Fondo de Cultura Económica), pp. pp. 173-199.

COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio (2016): Subsidiariedad y estado empresario (Análisis crítico de la jurisprudencia más relevante). Revista de Derecho Público (No. 66), pp. 251-272.

ESTEVE PARDO, José (2015): Estado Garante. Idea y Realidad (Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública).

HUERTA DE SOTO, Jesús (2010): Socialismo, Cálculo Económico y Función Empresarial (Madrid: Unión Editorial).

INSTITUTO JUAN DE MARIANA (2016): Mitos y realidades. El Estado Emprendedor ¿Realmente es el Estado el impulsor de la investigación básica y la innovación? (Madrid, Instituto Juan de Mariana).

LATORRE VIVAR, Patricio (2008): Las sociedades estatales en el ordenamiento jurídico chileno: Naturaleza, límites y control de sus

actividades. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (No.30), pp.223-240.

LOEBENSTEIN WEIL, Beatriz von (2018): Empresas Públicas. [Sus características, naturaleza jurídica, marco normativo, régimen jurídico y su vinculación con la administración del Estado](#) (Editorial Hammuranbi).

[MCCLOSKEY](#), Deirdre N. y [MINGARDI](#), Alberto (2020): The Myth of the Entrepreneurial State (Massachusetts: American Institute for Economic Research).

PRECHT PIZARRO, J. (1987): El Estado empresario: análisis de la legislación complementaria constitucional. Revista Chilena de Derecho (No. 14) pp. 127-140.

SOTO KLOSS, Eduardo (2012). Derecho Administrativo. Temas fundamentales (Santiago, Thomson Reuters).

VALLEJO GARRETÓN, Rodrigo y PARDOW LORENZO, Diego (2008): Derribando mitos sobre el Estado empresario. Revista Chilena de Derecho (35 No. 1) pp. 135-156.

II. UN ESTATUTO CONSTITUCIONAL PARA LAS EMPRESAS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Martín Loo Gutiérrez

Introducción

La actividad económica desarrollada por la Administración del Estado a través de organizaciones con forma empresarial (empresas públicas creadas por ley y sociedades del Estado) lleva cuarenta años bajo sospecha de ser causante de muchos males. Mi sospecha es que el problema es exactamente el contrario: a causa de la ausencia del Estado en la realización de actividades empresariales tenemos muchos males de los cuales debemos hacernos cargo.

La Constitución de 1980 consagró un sistema económico (el llamado 'orden público económico') una de cuyas características esenciales se encuentra en que privilegia la actividad económica realizada por el sector privado y, al mismo tiempo, limita fuertemente la posibilidad de que órganos del sector público desarrollen actividades calificadas como empresariales. Desde esta perspectiva, se trata de una limitación a la Administración del Estado y, en consecuencia, requiere una reflexión desde el derecho administrativo.

La doctrina opina que dicha regulación restrictiva de la actividad empresarial del Estado se encuentra inspirada en el principio de subsidiaridad al cual, por lo demás, ha dado una lectura que llamaré 'maximalista'. Es más, la doctrina se encuentra más o menos de acuerdo en que hay diversas disposiciones constitucionales que, inspiradas en el referido principio, permiten calificar a toda la organización estatal como subsidiaria; no solamente en lo que dice relación con las actividades de naturaleza empresarial, sino que en todos aquellos ámbitos relevantes para la vida en comunidad, como la seguridad y previsión social, la educación, la sanidad, etc.

La práctica política ha sido fiel al ideario político económico trazado por los redactores de la Constitución de 1980 y, en ese sentido, se ha entregado la ejecución de todas las labores antes indicadas al juego del mercado, extremando el principio de subsidiaridad hasta puntos que este no se encuentra destinado a cubrir.

La interpretación (exagerada y mañosa) del principio de subsidiaridad que se ha hecho en nuestro país es lo que ha llevado a nuestra sociedad a la crisis que ha dado pie a la convención constituyente que redactará la nueva constitución. Por ello, es necesario reflexionar sobre cómo se llegó al punto de ruptura que trata de saldarse con la elaboración de una nueva carta fundamental para evitar dos posibles derroteros: primero, que se vuelva a exagerar en privilegiar una dimensión de la actividad empresarial por sobre otra (la dimensión estatal por sobre la privada, por ejemplo) y, segundo, que se decida omitir todo pronunciamiento de la carta fundamental en esta materia (que no se trace línea alguna que divida la actividad empresarial estatal de la privada, considerándolas iguales).

Esta ponencia tendrá por objeto poner en guardia sobre ambos caminos. Para ello, en el primer apartado se analizará el origen de la lectura maximalista del principio de subsidiaridad (1); en el segundo apartado se señalarán las consecuencias que tuvo dicha lectura en la arquitectura institucional del país (2); en la tercera sección se expondrán algunas opciones de configuración de la relación entre la actividad empresarial estatal y privada (3) para concluir que ambas dimensiones de la actividad empresarial son imprescindibles para el correcto funcionamiento de los mercados.

La lectura maximalista del principio de subsidiaridad

No parece exagerado afirmar que, en nuestro país, se ha consolidado la siguiente idea: el principio de subsidiaridad es la fuente de todos los males que nos aquejan. Se denuncia que la práctica de este principio ha causado que el Estado chileno haya adoptado la condición de 'subsidiario' y, en consecuencia, que haya renunciado a llevar a cabo todo tipo de actividades necesarias para la satisfacción

del interés general. La subsidiaridad es, en buenos términos, la palabra (y el principio) que, por ninguna razón, debe aparecer en la nueva constitución.

Quiero argumentar que ello no es culpa del principio de subsidiaridad, sino que de quienes lo aplicaron sin entender bien su significado. O, quizás, entendiendo bien dicho significado, ‘raptaron’ la palabra para sofisticar una política económica que no responde a dicho principio, sino que a cálculos de interés privado que nada tienen que ver con los principios que deben inspirar la actuación estatal.

No es este el lugar para realizar un extenso excursus sobre el origen e importancia del principio de subsidiaridad. Sin embargo, es preciso recordar que su fuente más reciente se encuentra en la encíclica *Quadragesimo anno* (1931), la cual se pronuncia en un contexto histórico y geográfico bien preciso, como fue el momento en que surgen los totalitarismos de derecha en Europa (década de los años 30 del siglo XX). Aquello que la encíclica busca denunciar no es otra cosa que la absorción de los ‘cuerpos intermedios’ por parte de los aparatos estatales en el contexto de un creciente protagonismo del Estado en todas las dimensiones de la vida social, propio de las ideas y acciones totalitarias del fascismo italiano y del nacionalsocialismo alemán.

El principio de subsidiaridad busca, en otras palabras, defender al individuo y a las agrupaciones intermedias de su fagocitación por parte del aparato estatal. El enemigo del principio es el Estado, pero no todo Estado, solo el Estado *totalitario*, aquél que amenaza la libertad de los individuos para perseguir sus fines propios y específicos.

En nuestro país se produjeron circunstancias históricas que permitieron que el principio de subsidiaridad entrara en la mente de quienes redactaron la constitución de 1980 y que se le diera un alcance completamente equivocado. Ya sostuve en un artículo de 2009 que la lectura neo-liberal del principio de subsidiaridad era extremadamente reduccionista puesto que ponía el acento en una sola de las dimensiones del principio, esto es, en su faz negativa, abstencionista de

la acción del Estado, sin ver ni reparar que el principio de subsidiaridad prescribe exactamente lo contrario: promueve la actividad estatal cuando la acción de los individuos y grupos intermedios es insatisfactoria.

En efecto, en el mencionado artículo sostuve que “los postulados normativos en los cuales la doctrina nacional reconoce la presencia del principio de subsidiariedad (artículos 1 inciso 3° y 19 N° 21 y, especialmente, ellos en su conjunto) han sido leídos de un modo excesivamente rígido, extrapolando e identificando en ellas un verdadero principio de no intervención del Estado que ha sido confundido con el principio de subsidiariedad. En otras palabras, la postura doctrinaria más tradicional pretende ver una manifestación del principio de subsidiariedad donde no la hay, deformando, por consiguiente, el concepto mismo del principio, alterando con ello el sentido de la norma jurídica que se obtiene de la lectura del artículo 19 N° 21 C.Pol.” (Loo 2009, pp. 419-420).

En ese momento calificué esta lectura como ‘reduccionista’. Hoy creo que es más claro decir que dicha lectura es, por el contrario, maximalista en el sentido que extrema una visión abstencionista de la actividad estatal que se encuentra en abierto contraste con el carácter elástico del principio de subsidiariedad.

En efecto, cabe recordar que el principio de subsidiaridad es una suerte de «llave de paso» de la actividad estatal y no un «tapón» a ella. Es una llave de paso puesto que se encuentra llamado a regular la ‘cantidad’ de Estado que está presente en la vida social: según sean las circunstancias que se presenten en la vida económica, política y social de cada comunidad política el principio de subsidiaridad dispone que haya más o menos Estado presente en ella. Quien debe operar esta «llave de paso» es el Estado con actuaciones inspiradas y fundadas en el principio de solidaridad.

En cambio, la práctica política chilena de los últimos cuarenta años utilizó al principio de subsidiaridad como un «tapón»: cerró el paso a la actividad del Estado, incluso cuando ella era necesaria a la luz del principio de solidaridad. Se enarboló

el principio de subsidiaridad y la libertad de empresa privada para frenar actividades empresariales del Estado en ámbitos en que el bien común bien habría bienvenido una mayor presencia del Estado.

El dogmatismo y rigidez con que se aplicó el principio de subsidiaridad en la práctica política nacional bien justifican el mal nombre de que hoy goza el principio; sin embargo, insisto, es la interpretación maximalista del mismo la que, a fuerza de defender una lectura desequilibrada del principio, terminó por destruirlo.

Las consecuencias de la lectura maximalista

Esta lectura maximalista, férrea y tercamente defendida por un sector de la doctrina nacional, terminó destruyendo un principio que busca equilibrar la presencia estatal y privada en la vida social. Esta lectura maximalista leyó el principio de subsidiaridad en clave económica ('actividad empresarial') y de abstención ('la actividad empresarial estatal lesiona el derecho fundamental a la libertad de empresa privada').

Nada de lo que se ha dicho es nuevo. Las múltiples versiones del principio de subsidiaridad y sus distintas lecturas e interpretaciones se encuentran ampliamente estudiadas por la doctrina nacional. Están quienes defienden férreamente la primacía de la empresa privada y están aquellos que reinterpretan el art. 19 n° 21 CPR en clave formal, desanclándolo de la subsidiaridad.

El hecho es que la práctica política ha aplicado al principio de subsidiaridad siempre en clave de restricción del Estado, especialmente, en actividades empresariales.

La jurisprudencia nos ofrece ejemplos. En una vieja sentencia, el TC señaló que «dentro de la filosofía económica de la Constitución de 1980, expresada en el artículo 19 núm. 21 antes transcrito, solamente en forma muy excepcional puede el Estado desarrollar actividades empresariales, siendo la norma general que ellas queden entregadas a la acción de los particulares» (STC 134/1991). Del mismo

modo, la Corte Suprema ha sostenido igual interpretación al fallar que «El precitado artículo 19 núm. 21 inciso 2 de la Carta Fundamental expresión del principio de subsidiariedad, consagrado en su artículo 1 inciso 3°, según el cual, el Estado sólo puede intervenir en aquellas actividades de índole económica que los particulares no estén en condiciones de realizar, dispone que éste y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quorum calificado los autoriza» (SCS 4316/2003).

Las instituciones solo raramente se han apartado de esta interpretación maximalista (como «tapón» de la actividad del Estado) del principio de subsidiariedad, haciendo primar la dimensión positiva del mismo. Un ejemplo lo encontramos en el dictamen de CGR 13.636/2016 que dio luz verde a la instalación de farmacias populares. En el dictamen, hábilmente, no se hace referencia alguna al principio de subsidiariedad, aunque quienes criticaron el dictamen hacen profusas referencias al mismo (p.e., Díaz de Valdés 2016).

El resultado de la práctica política es, como todo saben, una devaluación del rol y del valor de lo público que va de la mano de la aplicación radical del principio de subsidiariedad en clave de «tapón» de la actividad estatal.

Articulación del mercado con participantes de naturaleza pública y privada

La libertad de iniciativa empresarial privada debe ser considerada una derivación del derecho de libertad general de las personas. Un Estado liberal democrático no puede ser construido sino sobre la base de este principio de libertad que, en materia de iniciativa económica, se traduce en que los privados tienen plena autonomía para el desarrollo de actividades empresariales y comerciales sin más límites que la moral, el orden público, la seguridad nacional y las normas legales que resulten aplicables a la específica actividad.

Afirmar la libertad de los individuos para la realización de todo tipo de actividades lícitas es una obviedad que no vale la pena analizar. Aquello sobre lo cual cabría reflexionar es cuál es la mejor forma de articular un reforzamiento del rol del Estado en las actividades empresariales que sirva para potenciar simultáneamente tanto la empresa privada como el bienestar general.

Sobre este punto, hay que recordar que las empresas del Estado (cualquiera que sea la forma que adopten) deben servir al interés general. El Estado no es un empresario motivado por las mismas lógicas del empresario privado: no debe buscar maximizar y rentabilizar su inversión; su primer objetivo debe ser prestar servicios o producir bienes que se traduzcan en mayor beneficio común. Un ejemplo de esto lo encontramos en Codelco que, sabemos, produce importantes ingresos para el país. Este es un ejemplo en que el Estado, por buenas razones políticas, reservó para sí una actividad empresarial fundamental.

Siendo la actividad empresarial del Estado una actividad de la Administración Pública es necesario que ella encuentre una regulación en nuestra Carta fundamental: se requiere establecer un estatuto constitucional del Estado empresario que tenga cuenta de dos cuestiones que podrían ponerse en tensión: la libertad del sector privado de realizar emprendimientos y, al mismo tiempo, la necesidad de dejar de considerar como derecho fundamental que el Estado no será su competidor.

El Estado, movido por razones de interés común, debe encontrarse en condiciones de poder iniciar las actividades empresariales que sean necesarias para satisfacer necesidades colectivas. Por ello, la primera característica del estatuto del estado empresario es que debe dejar de ocupar un lugar en el capítulo de los derechos constitucionales. La ubicación del art. 19 N° 21 CPR ha hecho que el indiscutido derecho a “desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen” de los particulares sea considerado en tándem con

la norma que restringe la actividad empresarial del Estado. Entonces, en la medida que el Estado decide emprender se ve 'lesionado' el derecho de iniciativa económica de los particulares. Esta visión dialéctica es equivocada: la actividad económica privada y la actividad empresarial del Estado deben poder convivir en el mercado y la segunda no puede considerarse una lesión a la primera.

Eso pasa, naturalmente, porque -de conformidad con el principio de legalidad del Estado sea autorizado por ley para la realización de este tipo de actividades. Como toda actividad de la Administración del Estado ella debe derivar del mandato soberano expresado en la ley y, por ende, la creación de empresas del Estado tendrá que ser objeto de autorización legislativa. Pero esa autorización legislativa no debiera provenir de una ley de *quórum* reforzado toda vez que la actividad de la administración no debe ser mirada como algo 'especial' o fuera de lo común: es una forma más de actuación solo que llevada a cabo a través de mecanismos no imperativos y sometida a las lógicas del mercado.

Finalmente, para salvaguardar la eficiencia y eficacia de la actividad administrativa llevada a cabo por medio de organizaciones empresariales, esta debería someterse a la legislación común que rija para los particulares. El Estado debe participar del mercado, pero debe hacerlo como un actor más del mismo; sin privilegios que le permitan competir en condiciones de mayor ventaja con sus contrapartes privadas. Un rol que el Estado empresario debiera propender a cumplir es el de incentivar la innovación en el sector privado. El Estado cuenta con recursos sustancialmente más importantes que el sector privado, especialmente, cuando se trata de invertir en innovación, investigación y desarrollo. Me parece que la experiencia de la práctica política de los últimos cuarenta años da cuenta de que el sector privado se satisface con obtener buenas rentabilidades, aun cuando ellas provengan de negocios extremadamente poco sofisticados (los principales sectores de nuestra economía son los extractivos y los financieros que poco aportan al desarrollo). La experiencia pasada de nuestro país y la presente de muchos otros

países da cuenta que el Estado tiene la capacidad de apoyar el desarrollo de industria de frontera, innovadora, que dé valor agregado.

Quizás sea este el rol que corresponda cumplir al Estado empresario de la nueva constitución: un rol empresarial que sirva para estimular la competitividad y la creatividad del sector privado, apoyando la inversión en innovación, investigación y tecnología, que nos permita dar un giro en nuestro poco sofisticado sistema económico.

En conclusión: la futura constitución debe contener un estatuto del Estado empresario que tenga cuenta de que su actividad empresarial es una actividad administrativa y, como tal, debe ser autorizada por ley; que no se trata de una actividad 'lesiva' de algún inexistente derecho fundamental a la 'abstención estatal en materia económica' y que se someta a las mismas reglas de competencia en el mercado de los sujetos privados.

Desde otra perspectiva, esta actividad empresarial estatal debiera coadyuvar a que nuestra economía adquiera mayor sofisticación y comience a dar valor a su producción. En esto, el Estado puede ser un agente de cambio que ningún privado podría sustituir.

Conclusiones

1. La práctica política ha aplicado en manera equivocada el principio de subsidiaridad, atricherándose en él para impedir que el Estado tome iniciativa en el ámbito empresarial. Se ha leído el principio de subsidiaridad como un «tapón» para la actividad empresarial del Estado en lugar de ser una «llave de paso» que regule la intensidad de dicha actividad en el mercado.
2. Una nueva constitución deberá tener un estatuto del Estado empresario que deje de tener en cuenta esta lectura del principio de subsidiaridad y,

por el contrario, tome en consideración la naturaleza de órgano y actividad administrativa de las empresas del Estado.

3. En consecuencia, la regulación de esta materia debe, como condición necesaria, dejar de encontrar su residencia en el capítulo de los derechos fundamentales puesto que no existe un derecho fundamental a que el Estado no lleve adelante actividades empresariales.
4. En segundo lugar, el estatuto del estado empresario debe considerar la habilitación legal previa de los órganos empresariales de la Administración y considerar su sujeción al régimen de derecho común aplicable a todos los empresarios.
5. Finalmente, un papel clave de la actividad empresarial deberá ser impulsar la innovación industrial. Ello permitirá superar pobre sofisticación de nuestro sistema económico, esencialmente extrativista y financiero.

III. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y COLABORACIÓN PRIVADA: TÍTULOS DE INTERVENCIÓN

Juan Carlos Flores Rivas

Ante la inminente instauración de una cláusula constitucional que reconozca el Estado social de derecho, con un rol del Estado de mayor injerencia en la economía, con potestades más intensas en la autorización, fiscalización, sanciones, intervención, no queda claro a nivel del catálogo de derechos fundamentales, la función, el rol que le corresponderá a los particulares: en palabras simples cuales son los límites del Estado y de los particulares en la economía.

Nuestra actual carta fundamental regula en forma evidente un amplio margen a la libertad de empresa de los particulares. El actual numeral 21 del artículo 19 de la Constitución asegura a todas las personas la libertad de empresa sin limitaciones más que la moral, el orden público y la seguridad nacional. Y dicha libertad debe sujetarse a las leyes especiales que regulen la actividad.

El actual texto recoge la tradición constitucional. Así la Constitución de 1833, reguló la denominada libertad de comercio o de industria conjuntamente con la libertad de trabajo, de la siguiente forma: *“Ninguna clase de trabajo ó industria puede ser prohibida, á, menos que se oponga á las buenas costumbres, á la seguridad, ó a la salubridad pública, ó que lo exija el interes nacional, y una ley lo declare así”* (artículo 142). Mientras que, la Constitución de 1925, en el artículo 10 N° 14, disponía que: *“Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a ménos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional y una lei lo declare así”*.

Nuestro modelo actual reconoce la libertad económica sujeta a las normas especiales que las regulan. La regulación varía dependiendo del tipo de actividad económica, será menor en el caso de actividades son menos complejas, tales como actividades precarias sujetas a exigencias menores, por ejemplo permisos precarios

para el comercio minorista. Será de mayor intensidad la regulación en actividades de una mayor complejidad orgánica y de funcionamiento, como un restaurant, en cuyo caso, dicha actividad se sujeta a obligaciones de obtener patentes, iniciar actividades, cumplir normas sanitarias, tributarias, laborales, entre otras, con una regulación multisectorial (Seremi de salud, Servicios de Impuestos Internos, Dirección del Trabajo, etc.).

Mientras que en actividades de mayor complejidad, asociadas a la existencia de monopolios naturales, donde existe asimetría de información, o donde se administran servicios de primera necesidad, el legislador exige la presencia de distintos títulos habilitantes, tales como concesiones (sanitarias, eléctricas, telecomunicaciones) permisos especiales de operación (casinos), registros públicos (Isapres), reconocimiento oficial (educación escolar y superior), para que los particulares que puedan acceder y explotar dichas áreas de la economía.

Adicionalmente, las leyes especiales les imponen obligaciones específicas, con una finalidad protectora de los usuarios de las entidades autorizadas o concesionadas, también con la finalidad de garantizar la estabilidad financiera del determinado mercado. A su vez, la imposición de obligaciones específicas busca evitar los efectos nocivos que puede provocar la inestabilidad financiera de los autorizatorios, permisionarios o concesionarios, tanto a los usuarios (cuenta correntistas, alumnos, etc.), como el mercado en general (mercado de capitales).

Entre las especiales exigencias se encuentra: (i) la obligación de estructurarse societariamente como personas jurídicas de giro único (bancos, sanitarias, sostenedores educacionales, Isapres, AFP); (ii) entregar y mantener una garantía financiera ante el regulador equivalente a un porcentaje de sus gastos (Isapres, AFP, Bancos, etc.); (iii) presentar un prospecto sobre el desarrollo de la actividad en el tiempo (Concesionarios eléctricos). A ello, se suman prohibiciones como la proscripción de integración vertical (Isapres), desarrollar lucro (educación

superior), desarrollar actividades económicas con entidades relacionadas (educación superior).

Para salvaguardar el cumplimiento tanto de dichas obligaciones y prohibiciones, como la prestación de servicios en forma regular y continua, el legislador diseñó entidades reguladoras (Superintendencias) con potestades normativas, interpretativas, de fiscalización y sanción, de intervención (administrador provisional) y de extinción (caducidad o revocación del título habilitante).

En el proyecto de nueva constitución de la Presidenta de la República Michelle Bachelet, la libertad económica se encuentra regulada en el artículo 19 N° 28, que dispone: *“Esta Constitución, a través de los órganos y autoridades en ella establecidos, asegura y garantiza a todas las personas como derecho directamente aplicable: 28° El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica, respetando las normas legales que la regulen”*. Como se puede apreciar, se encuentra en una forma similar a la constitución actual.

Por su parte, en la propuesta de nueva constitución, denominada “Bases y fundamentos de una propuesta constitucional progresista” cuyos coordinadores son los profesores Francisco Zúñiga Urbina y Felipe Perotti Díaz, la libertad económica se encuentra regulada en una forma más intensa, por cuanto el número 3.8. relativo al derecho de propiedad, señala que:

“Se debe garantizar la libre iniciativa económica privada, pero sin que ella pueda desenvolverse en oposición al interés social. Del mismo modo, declarará que la actividad económica pública y privada sea compatible y puede coordinarse con fines sociales”.

Como se puede apreciar, la regulación que efectúa esta propuesta constitucional es totalmente diferente al texto actualmente vigente, por cuanto no

regula los límites clásicos de la libertad de empresa de los particulares, y la asocia a un concepto jurídico indeterminado como es el interés social.

Mucho se ha dicho respecto de un cambio de modelo económico constitucional, aunque la doctrina está conteste que la Constitución actual no regula ningún modelo en especial, lo cual ha sido demostrado en que los distintos enfoques de los gobiernos de turno, ha introducido cambios económicos sustantivos, no obstante las reglas constitucionales económicas. Por ejemplo la creación de nuevas empresas públicas (Fondos de Infraestructura, modelo de administración portuaria, seguro de cesantía, creación de un pilar solidario en materia de pensiones).

Sin embargo, la idea de alteración del modelo económico en una nueva constitución responde a la interpretación del principio de subsidiariedad, en la cual el Estado ostenta un rol subsidiario y residual, en la economía. Y ese rol subsidiario ha sido interpretado solo en su faz negativa, olvidándose de la faz positiva. La faz negativa que implica un deber de abstención de Estado frente a aquellas actividades que los particulares quieran y puedan realizar. Mientras que en la faz positiva implica que el Estado sí debe actuar cuando los particulares no quieran y no puedan realizar estas actividades, cuando el interés general lo exija, sobretodo en actividades que en términos puros le corresponderían al Estado asumir, por ejemplo cuidado y mantención de adultos mayores.

Ante este escenario constitucional se plantea la incorporación de una cláusula de un Estado social. La cláusula Estado social se puede interpretar de diversas maneras. Una manera es asociarla a los problemas derivados de la cuestión social. También puede ser lo social un rechazo al individualismo imperante, de lo que resulta el esfuerzo por compensar intereses antagónicos con la solidaridad. Con todo, es denominador común de las posturas la relación entre individuo y comunidad (Viera, 2014).

Una manifestación del Estado Social es la consagración y referencia explícita al principio de solidaridad, como principio y como criterio orientador de la acción del

Estado. En el ámbito económico, lo que esto permitiría es poner de relieve la faz positiva o de actuación del principio de solidaridad, que reconoce el deber de actuación que cabe al Estado cuando las necesidades sociales insatisfechas orientadas al bien común así lo demanden.

La doctrina señala que un Estado social es aquel que, en sus fines y medios (en concreto, en sus potestades), asume la responsabilidad de satisfacer las necesidades en ciertas dimensiones de la vida que son cruciales, como salud, educación, pensiones, vivienda (necesidades que, por ello, pasan a denominarse públicas). Esto quiere decir, en otras palabras, que el acceso a dichos bienes no queda supeditado a la “mera voluntad de las libertades”, sino que deben tener una “preferencia en su protección y prestación por parte de la entidad estatal”. En definitiva, la configuración de un Estado social tiene como horizonte político la “generación de políticas de mejora sustancial de las personas”. (Aguilera, 2021).

¿Qué significa ello?, desaparece la libertad privada como se encuentra concebida en la actual Carta Fundamental, dejando al Estado como regulador de la misma tanto en el acceso como en el ejercicio, asumiendo el Estado una función principal respecto de aquellas actividades de primera necesidad explotadas por los particulares bajo un esquema regulatorio de concesiones, autorizaciones y permisos.

En otras palabras, bajo esta concepción, el Estado debiese asumir y rescatar las actividades públicas, en las cuales existe una *publicatio* (bienes públicos, infraestructura pública, espectro radioeléctrico), lo cual implica que una alteración del derecho de propiedad que emana de los contratos válidamente celebrados por el Estado con los particulares, debiendo indemnizar el daño patrimonial efectivamente causado. Conjuntamente con lo anterior, ello involucrará un aumento de litigios nacionales e internacionales de inversionistas.

La implementación de una cláusula de un Estado social, bajo una lógica solidaria, también nos hace preguntarnos, cuál es modelo regulatorio respecto de

aquellas actividades privadas sujetas a regulación, mediante autorizaciones, *seudo* concesiones y permisos. Al parecer, una nueva forma de Estado a nivel constitucional, también debería implicar un cambio en el modelo regulatorio con una fuerte presencia del Estado en dichas actividades a nivel legal, que tensiona el actual sistema de regulación.

En este sentido, nos preguntamos cómo debiese quedar estructurado el sistema de autorizaciones administrativas, por cuanto, ante la mayor presencia del Estado en la economía, se debiese hipotéticamente, mutar hacia un sistema de provisión directa del Estado en materia eléctrica, sanitaria, salud, entre otras. Sin embargo, consideramos que -tal como ha ocurrido en el pasado- el Estado, tal vez, no tenga la capacidad material ni financiera para asumir este tipo de servicios, por cuanto la asunción directa de servicios autorizados, implicaría que el Estado debiese sufrir serias modificaciones hacia un Estado empresario moderno con los mismos estándares regulatorios que hoy se les exige a los privados.

No obstante, la implementación de una cláusula de Estado social, la colaboración público privada es esencial para la integra y oportuna satisfacción de necesidades pública. Por lo tanto, se debe mantener un sistema regulatorio con amplia participación de los particulares autorizatorios, con mayor regulación (mayor fiscalización, un sistema sancionatorio más estricto y mayores potestades a órganos relevantes, como el Servicio Nacional del Consumidor).

Por otra parte, la asunción de un cambio de modelo regulatorio debiese tener presente algunos de los siguientes principios: (i) eficiencia y eficacia, lo cual se traduce en la satisfacción de necesidades de forma oportuna, rápida y exenta de burocracia; (ii) responsabilidad financiera, lo cual se traduce en determinar el costo financiero que tendría para el Estado la satisfacción directa de la necesidad pública, en comparación con los costos que implicaría la gestión particular; (iii) calidad en la satisfacción de la necesidad, que se traducirá en que el Estado debiese mantener o elevar el estándar que actualmente se les exige a los privados.

IV. NI ESTADO SUBSIDIARIO (NEGATIVO), NI ESTADO DEL BIENESTAR: ESTADO GARANTE PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Christian Rojas Calderón

1) Es de común uso referirse al desarrollo histórico, jurídico y sobre todo económico de Chile desde la segunda mitad del siglo XX y hasta ahora, reconociendo algunos momentos cruciales: a) La industrialización a partir de los gobiernos radicales; b) La reforma agraria a partir del gobierno de Jorge Alessandri e incrementado durante el gobierno de Eduardo Frei Montalva; c) La ampliación de la actividad estatal hasta llegar a la intervención y/o nacionalización de la industria durante el gobierno de Allende; d) La llegada de las corrientes neoliberales durante la dictadura militar; y e) La corrección “del modelo” a partir de la vuelta a la democracia desde los ‘90s.

Pues bien, parte significativa de ese camino discurrió sobre la base no sólo económica o política, sino que también fue acompañada por una base jurídica que permitió la implementación de cada uno de esos modelos, todos vinculados con un camino de mayor o menor desarrollo para el país.

2) Las tres primeras épocas antes indicadas cimentaron un camino a la implementación de un *Estado de bienestar*, que podría ser calificado como en desarrollo o en camino.

Sin embargo, aquel camino -como se sabe- fue interrumpido violentamente en 1973, siendo reemplazado por otro contrario.

Por cierto, resulta sumamente relevante reconocer que buena parte del desarrollo en los últimos 40 años se debe a la implementación de un modelo neoliberal (antiguamente denominado monetarista), que al mismo tiempo también es dominante en buena parte de los países más desarrollados como EE.UU., Japón, y otros en el ámbito no-europeo, el que fuera implementado en Chile por la dictadura

cívico-militar y administrado y/o corregido desde el año 1990 con el retorno a la democracia, hasta ahora.

El mismo se basa, además, en el establecimiento en los hechos y a partir de interpretaciones de disposiciones constitucionales (art. 1 incs. 1 y 4, art. 19 N°20, 21, 23 y 24 básicamente) -provenientes desde cierta tradición constitucional que se transformaron en dominantes tanto en la doctrina como en la jurisprudencia durante buen tiempo-, de lo que se ha denominado *Estado subsidiario* que, implementado en nuestro país sólo en su faz negativa, generó un casi total abstencionismo del Estado en el mundo económico, una desregulación de actividades económicas relevantes (o por lo menos, con una regulación de baja densidad), y un retraimiento de la actividad estatal en general, reservándose la estatalidad a algunas tareas, aunque sólo cuando el asistencialismo es inevitable como en los centros de salud y educación estatal.

Aquello pavimentó el camino hacia la privatización de numerosas empresas originalmente estatales, y desreguló actividades económicas relevantes, abriéndolo a una competencia bajo esta nueva (aunque muy antigua) idea implementada de la mano de un imposible diálogo o control democráticos (Aróstica, 2001). Esto ha repercutido notablemente en el acceso a la satisfacción de necesidades sociales, limitándolas, cercenándolas o derechamente negándolas en algunos casos. Y su instrumento, para que no fuera considerado como un deber estatal abandonado, era el subsidio.

Lo anterior ha generado niveles de desigualdad inadmisibles en una sociedad, que atentan en contra de “mínimos civilizatorios”, y han hecho crisis sobremanera en las áreas de la salud, del acceso a la vivienda, y de la educación.

3) Por otro lado, en las actividades con relevancia económica, aparecen los particulares desarrollándolas; sin embargo, estos privados operaron en general el sistema como uno que se construye desde la oferta que proveen, y no

necesariamente atendiendo la demanda de satisfacción de necesidades públicas o colectivas.

Desde hace un tiempo y progresivamente, este camino iniciado del modo que se indicó desde mediados de los años '70 del siglo XX, ha sido muy criticado en base a sus resultados de crecimiento y para el desarrollo económico del país (Ffrench-Davis, 2018), y también por el proceso desregulador que en algunos sectores o áreas de referencia se produjeron generando beneficios y también perjuicios (Sierra, 2008), aunque ha terminado revirtiéndose en algunos sectores, pero en otros no lo suficiente.

Al mismo tiempo, lo que ha quedado claro a partir de 2019 a partir de la “revuelta social” que ha generado un cambio político y jurídico en curso, es la necesidad de cambios incluso profundos en algunas de estas áreas.

Por lo mismo, asiste una cierta convicción generalizada en torno a que este modelo de Estado no debe continuar, pues son demasiadas las áreas de precariedad de lo público, desatención y/o abandono, proponiéndose una vuelta al Estado de bienestar.

4) Por otro lado, en Europa y particularmente en España (país del que aún estamos lejos de alcanzar en sus niveles de desarrollo) desde el año 2010 se ha evidenciado una crisis económico-financiera que ha afectado a todo el sector de los servicios públicos con carácter global.

Esto ha generado una revisión y cuestionamiento en torno a la mantención del Estado social, habida consideración que constatados sus elevados costes y desaparecidas las más relevantes circunstancias históricas que lo hicieron posible -desde la 2ª Guerra Mundial-, se presenta así hoy como un objetivo difícilmente alcanzable, en riesgo de convertirse en una utopía. Se sostiene que esto parece que será efectivamente así, si es que no se plantea una reforma, no de su concepto y fines, sino de los medios bajo titularidad pública; ello porque el Estado social

adoptó desde un primer momento la modalidad de Estado *prestacional* que, mediante un costoso aparato administrativo público, asumía directamente las prestaciones (Esteve, 2013).

En efecto, el Estado social se fraguó como una tercera vía –entre el capitalismo salvaje, y el totalitarismo-, a través del cual manteniendo los derechos y libertades del modelo liberal, hacía suyas las nuevas reivindicaciones de justicia social; lo que hoy resulta insostenible, pero porque se eligió el instrumental de prestaciones directas.

Por ello mismo, es necesario dar cuenta de un nuevo modelo instrumental que ahora se considera adecuado –realista-, y es el que se ha dado en llamar *Estado garante*.

Su objetivo no es el dispensar directamente, sino garantizar de manera efectiva unas prestaciones que en muy buena medida estarán a cargo de sujetos privados, por lo que el modelo no contradice, en principio, los postulados fundamentales del Estado social, que no requiere necesariamente de un monopolio o protagonismo del sector público; ni tampoco contradice normas constitucionales, que reiteradamente afirmen que los poderes públicos "garantizarán" toda una serie de prestaciones, sin imponer la carga de realización directa.

Se plantea entonces que mantener el Estado social, solo parece posible si se repara en esa mutación en la titularidad de medios y se recompone adecuadamente el sistema de garantías para conseguir, o imponer en su caso, la atención y tutela de necesidades básicas, con una proyección social alejada de la dinámica del mercado, permitiendo la participación de privados en ello. Y a estos sujetos privados a los que se trasladan así funciones públicas características del Estado social se les habría de trasladar también, en paralelo, un régimen de Derecho público, para garantizar que sus prestaciones resulten accesibles al público en condiciones razonables (Esteve, 2015).

5) Pues bien, esta fórmula podría implementarse para un nuevo modelo de Estado, que se espera puedan materializarse en una Nueva Constitución Política.

En efecto, se estima que puede promoverse esta clase de desarrollos dogmáticos, que partiendo desde distintas tradiciones -la neoliberal chilena y la del bienestar española, ambas en crisis-, puedan colaborar en la discusión.

6) En fin, hay varias fórmulas jurídicas se abren para operar esta extensión, algunas de las cuales ya se encuentran operando en Chile, lo que facilitaría su implementación.

Una *primera*, se proyectaría sobre la actividad de estos sujetos privados, introduciendo reglas que garanticen la atención de los intereses generales en juego; y como experiencia desde luego se pueden destacar las llamadas cargas u obligaciones de servicio público que se imponen a operadores privados de servicios liberalizados (o privatizados en la terminología anglo, asumida en Chile) –aguas, telecomunicaciones, energía, transporte, entre otras-, para cubrir los espacios territoriales y sociales que no serían rentables y atendibles según la lógica del mercado. La *segunda* sería la atribución a ciertos particulares de un estatuto de Derecho público, con su régimen de control característico, en aquellos sectores de su actividad que realizan funciones o prestaciones públicas. La *tercera*, la asociada a un área específica y que constituye una especificación del Estado garante, como es el Estado regulador de actividades económicas reguladas precisamente; fórmula que se sustenta muy bien en un Estado de garantías, sobre todo en su configuración de operación en competencia. Y la *última* es el sistema de habilitación y de autorregulación regulada, destacadamente desarrollado en Alemania, con desarrollos y análisis también en España y últimamente en Chile.

6) En fin, se propone analizar algunos sectores o áreas de referencia donde está avanzado esto, y otros en donde debiera implementarse.