

# Estado Empresario en la Constitución



Opinión Experta

**José Ignacio Muñoz Solís**  
Profesor de Derecho Económico,  
Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales

**contexto+**

# Resumen

Dentro de las funciones que cumple la Constitución Política de la República (en adelante, “CPR”), se encuentra la de delimitar la actuación de los órganos del Estado en su relación con los particulares, ya sea en el ejercicio de sus potestades o en su faceta de privado. Así, la CPR regula la iniciativa pública en la actividad económica, es decir, el rol del Estado en su calidad de agente económico, como productor de bienes y servicios.



Para una mejor comprensión de la regulación de la iniciativa pública debemos preguntarnos ¿Cómo debe relacionarse con la iniciativa privada? y ¿Cómo debe ser ejercida por parte del Estado? Por un lado, la iniciativa pública podrá subordinarse a la privada, quedándose con un campo de acción residual, sobre aquello no abarcado por la iniciativa privada, por el contrario, podría existir un régimen de compatibilidad entre ambos.

En ambos casos, resulta esencial regular el ejercicio de la iniciativa pública, en pos del objetivo primordial del Estado, el bien común (artículo 1 inciso cuarto de la CPR), ya sea entendido como la protección y gestión de bienes estratégicos, la regulación de fallas de mercados, asegurar la provisión de bienes y servicios, recaudar ingresos, entre otros.



# Regulación de la iniciativa pública y privada en la CPR

En materia de iniciativa privada, no existe discusión sobre el amplio campo de acción que el artículo 19 N° 21 inciso primero de la CPR otorga, el cual se limita únicamente por la seguridad nacional, la moral y el orden público, debiendo respetar en todo caso las leyes que lo regulan (Bauer, 2000).

Sobre la iniciativa pública, se complejiza la situación. El actual artículo 19 N° 21 inciso segundo de la CPR dispone que el Estado, para conformar una empresa, deberá ser autorizado previamente por una Ley de Quórum Calificado. Luego, señala que el Estado, en este rol, deberá someterse a las reglas del Derecho Común, salvo que sea exceptuado por una Ley de Quórum Calificado, por motivos fundados.

En términos simples, la norma mencionada obliga al Estado, en su rol empresarial, a:

- 1) Contar, previamente, con un acuerdo amplio en el Congreso, correspondiente a la mayoría absoluta de los miembros de cada sala (artículo 66 de la CPR), y
- 2) Someterse a las mismas normas que los demás partícipes del mercado, salvo acuerdo parlamentario en los términos del numeral anterior, que le permita sustraerse de dichas normas, por motivos fundados.

A primera vista, la norma mencionada tiene un carácter procedimental, en el sentido de constituir reglas que deben cumplirse de manera estricta para habilitar al Estado a desarrollar actividades empresariales. Sin embargo, el desarrollo doctrinario y jurisprudencial ha complejizado sustantivamente su entendimiento.

Parte de la doctrina ha desarrollado la idea de que la CPR conlleva implícitamente un principio de subsidiariedad, conforme al cual, por un lado, el Estado no participará en los mercados donde los privados operan de manera suficiente y, por el otro, participará únicamente cuando hay una necesidad social involucrada en la oferta del bien o en la prestación del servicio (Fermandois, 2006).

Para quienes postulan la existencia de este principio, la justificación radica en el rol primordial de los particulares en el mercado, con motivo del reconocimiento y amparo de los grupos intermedios, y en que la CPR permite a las personas desarrollar toda actividad, sin más límites que la moral, el orden público y la seguridad nacional (Fermandois, 2006).

La posición doctrinaria alternativa invita a comprender el artículo 19 N° 21 inciso segundo de la CPR como una norma que únicamente reitera la forma en que actúan las entidades del Estado, autorizados por ley, estableciendo mayores exigencias de quórum a propósito del importante rol que las empresas del Estado tienen (y han tenido históricamente) en la economía nacional, de manera que la relación entre la iniciativa pública y privada no es una de subordinación, sino de compatibilidad (Vallejo y Pardow, 2008).

# Primacía de la iniciativa privada - Principio de subsidiariedad



El principio de subsidiariedad no tiene un origen determinado (Carro, 1991) ni una interpretación unívoca (Bauer, 2000, Vallejo, 2016). Sin embargo, su aplicación a la iniciativa pública puede encontrar su fuente en las encíclicas *Rerum Novarum* (Vallejo, 2016) y *Quadragesimo Año* (Ruiz-Tagle, 2000), siendo mayormente acogido por partidos políticos asociados al catolicismo y dando un fundamento social al neoliberalismo (Vallejo, 2016).

El objetivo de este principio es resaltar el rol de los particulares en el mercado, por sobre el Estado, declarando incluso que las buenas democracias debían mantener al mínimo el espacio de actuación del Estado empresario, para permitir el desarrollo de las personas (Ruiz-Tagle, 2000, y Usen, 2012).

Como lo ha entendido la doctrina nacional, la subsidiariedad implica que el Estado debe cumplir con ciertos requisitos para actuar como empresa. El primero, de carácter positivo, corresponde a una necesidad social que justifique al Estado ingresar al mercado ofreciendo bienes y servicios. El segundo, de carácter negativo, implica que los privados no se encuentren en el mercado en cuestión ofreciendo los bienes o servicios de manera suficiente (Vallejo y Pardow, 2008). Parte de la

doctrina agrega que el Estado debe agotar todo esfuerzo para que los privados realicen la actividad (Fermandois, 2006).

Estos requisitos tienen como efecto poner una camisa de fuerza para el Estado, el cual (para bien o para mal) aun contando con un amplio acuerdo a nivel parlamentario, como exige nuestra CPR, no podrá ingresar a mercados en los que no se verifiquen ambos requisitos (Vallejo y Pardow, 2008).

Dentro del contexto histórico en que se gestó la CPR, resulta lógica su consideración dentro del pensamiento de quienes fueron convocados para su gestión por la dictadura militar chilena, ideológicamente influenciada por las políticas económicas de Estados Unidos. Este principio permitía asegurar una limitación concreta al crecimiento empresarial del aparato estatal. Sin embargo, no fue incluida en la CPR, aun cuando se propuso una ley interpretativa en este sentido que no prosperó (Vallejo y Pardow, 2008).

No obstante su ausencia en la CPR, la subsidiariedad ha calado hondo en la doctrina y la jurisprudencia (Fermandois, 2000), entendiéndose que el Recurso de Amparo Económico, procedente contra vulneraciones del artículo 19 N° 21 de la CPR, es aplicable cuando se ha vulnerado el principio de subsidiariedad<sup>1</sup>.

---

1. En este sentido, las sentencias de la Excma. Corte Suprema de Justicia recaídas en los autos N° de Ingreso 4274 de 2012, 1262 de 2013, 6798 de 2013, 7631 de 2014 y 36599 de 2015 y las sentencias del Excmo. Tribunal Constitucional recaídas en los Roles N° 146 de 1992 y 427 de 2004.

# Compatibilidad de la iniciativa pública y privada

Desde la acera contraria, podemos entender el artículo 19 N° 21 inciso segundo de la CPR como reglas objetivas que debe cumplir el Estado para constituir empresas. Dichas exigencias no se sujetan a conceptos ambiguos, como la necesidad social, sino a la verificación de un acuerdo parlamentario, traducido en un tipo de ley que exige la mayoría absoluta de los miembros del parlamento, la Ley de Quórum Calificado (Vallejo y Pardow, 2008).

Siguiendo esta lógica, debemos tener presente que los recursos del erario fiscal tienen como destino el cumplimiento de los diversos objetivos del Estado, subsumidos en el bien común, y definidos en la manera que los Poderes del Estado determinen; por ejemplo, el Congreso a través de la Ley de Presupuesto.

Así, puede observarse un rol cautelar del patrimonio fiscal en la norma que se comenta, pues al entregar la decisión sobre el rol del Estado empresario al Congreso, se deja en manos de los parlamentarios la decisión sobre invertir recursos de la ciudadanía en la producción de bienes o servicios (Vallejo y Pardow, 2008), de manera que el acuerdo manifestado en la Ley de Quórum Calificado resulta símil a la manifestación de voluntad requerida para formar una sociedad entre privados, manifestado en una escritura.

Pues bien, los privados pueden realizar con su patrimonio lo que estimen conveniente, no así el Fisco, donde quien toma la decisión no percibirá en su patrimonio la pérdida o ganancia. Resulta lógico, entonces, establecer regulaciones para que los recursos fiscales se empleen en el cumplimiento de los objetivos del Estado. Así, el inciso segundo del N° 21 del artículo 19 de la CPR se erige como una norma de evaluación y control de las inversiones efectuadas con dineros estatales (Vallejo y Pardow, 2008).

Siguiendo esta lógica, los accionistas que constituyen una sociedad efectúan una inversión, para lo cual sopesaron los riesgos, esperando obtener dividendos, lo que puede nunca ocurrir. El Estado deberá hacer el mismo ejercicio, pues, al igual que los accionistas, está efectuando una inversión. Sin embargo, la evaluación de riesgos y la determinación del retorno esperado recae en un órgano representativo de la ciudadanía, el Congreso.

Así como las personas naturales y jurídicas plasman su decisión de invertir en un documento, la CPR exige al Estado plasmarlo en una Ley de Quórum Calificado.

Este método aseguraría que las inversiones efectuadas con dineros destinado al cumplimiento de los objetivos del Estado no sean destinadas a políticas partidistas, a fines particulares o en beneficio de un grupo al interior del Estado. Los riesgos y las utilidades que genere, monetarias o no monetarias, van a ser evaluadas a la luz de las diversas posturas representadas en las cámaras, asegurando un correcto uso de los fondos fiscales.

El efecto de esta manera de comprender el artículo 19 N° 21 inciso segundo de la CPR, que escapa de las limitaciones del principio de subsidiariedad,



es permitir al Estado optar por participar en mercados aun cuando los privados actúan en el mismo, en tanto haya un amplio consenso político, que aseguren seriedad en la decisión de instaurar una nueva empresa estatal (Bassols, 1992).

Sucede, entonces, que el debate sobre subsidiariedad o compatibilidad del Estado empresario se da a nivel parlamentario, toda vez que será en el Congreso donde se discutirá, al tramitar Ley de Quórum Calificado que exige la CPR, el rol del Estado en la economía.

## Repensar el rol del Estado Empresario



La actividad empresarial del Estado surge como una respuesta a necesidades de diversa índole (Vallejo y Pardow, 2008), de manera que un replanteamiento de esta faceta del Estado requiere entender que su función debe ser eminentemente social.

Como se indicó, el principio de subsidiariedad se erige como una consecuencia lógica y útil a los postulados neoliberales en que un Estado, poco intervencionista, poco partícipe de la economía, debiese centrarse más bien en vigilar que en proveer (Usen, 2012).

Sin embargo, un rol más directo del Estado no resulta contradictorio con un modelo económico de mercado (Usen, 2012). La regulación, la protección de la Libre Competencia, los derechos, entre otros, son manifestaciones de cómo el Estado tiene una función esencial en la economía. En dicho marco,

la función empresarial del Estado deviene como una opción adicional para cumplir sus finalidades (Vallejo, 2016).

Pues bien, en mercado nacional altamente concentrado (Sapelli, 2002), y bajo el entendimiento de que la libre competencia debe regir en los mercados, muchos de los cuales cuentan además con reguladores especiales para suplir sus fallas, la garantía del artículo 19 N° 21 de la CPR viene a asegurar dos cosas:

- 1) Que las inversiones efectuadas con recursos públicos son efectuadas de manera consensuada por los diversos partidos políticos, lo cual, en principio, asegura que su finalidad se alinea con los objetivos que debe perseguir el Estado;
- 2) Que los privados se enfrentarán a la empresa estatal como un par más, sin prerrogativas ni privilegios, salvo casos excepcionales, calificados de la misma manera antes indicada.

¿Sería necesario entonces el principio de subsidiariedad? En el marco de una política económica de mercado, el principio de subsidiariedad asegura que la intromisión del Estado sea mínima. Sin embargo, también implica cercenar al Estado de una potente herramienta regulatoria, sometiénolo a controles jurisdiccionales en base a conceptos ajenos al texto de la CPR, aun existiendo un amplio acuerdo del espectro político y social.

En ese sentido, un sistema económico basado en el mercado debe reconocer la existencia de sus fallas, encaminando su actuar a solucionarlas de manera eficaz y eficiente. Dentro de las diversas herramientas del Estado para solucionar dichas

falencias, puede comprenderse la exigencia de una Ley de Quórum Calificado como una manifestación constitucional de que el Estado deberá propender al uso de las herramientas regulatorias por sobre la creación de una empresa. Pero esto dista de la instauración de requisitos doctrinarios ajenos al texto de la CPR. Cumplidos los requisitos del texto constitucional, no resulta acorde con la CPR actual ni con una democracia representativa la limitación que implica el principio de subsidiariedad.

Esta limitación doctrinaria se erige, adicionalmente, por sobre un amplio acuerdo político, permitiendo a los particulares desafiar las herramientas del Estado encaminadas a solucionar problemas inherentes al propio sistema económico que la CPR defiende, primando entonces los intereses particulares por sobre el bien común.

Por supuesto, el Estado es un actor importante en la economía, y al tratarse de la inversión de fondos públicos, decisiones de esta naturaleza no pueden quedar al libre albedrío de políticos de turno. Resulta esencial una regulación clara, exenta de ambigüedades, que asegure el uso de esta herramienta de manera correcta, según los fines propios del Estado.

Abandonar la senda de la subsidiariedad implica retirar trabas ideológicas (Pardow y Vallejo, 2008 y Viera, 2009). Dejar atrás límites que se traducen en un exorbitante poder otorgado a particulares (Ruiz-Tagle, 2000) o a minorías políticas que pueden incluso no estar representadas en el parlamento, a través de la interposición de recursos jurisdiccionales (Vallejo y Pardow, 2008). En definitiva, abandonar la subsidiariedad implica mantener la política pública en su lugar natural, el Congreso, donde los representantes de la ciudadanía deberán decidir sobre la formación de una empresa del Estado (Vallejo y Pardow, 2008).

¿Implicaría esto una proliferación del Estado? ¿Tendremos una AFP Estatal, una Isapre Estatal, más colegios pertenecientes al Estado? ¿Farmacias populares? ¿Inmobiliarias del Estado? No es posible anticipar seriamente una respuesta, pero sí se puede aseverar que, en caso de ocurrir una proliferación de empresas del Estado, será con la aprobación de una mayoría calificada de los representantes de la ciudadanía. Y ¿no es eso lo máximo a que puede aspirar una democracia? Que en caso de cambiar el paradigma político, social y económico, sea con un importante acuerdo, transversal, que lo estime conveniente. Dogmas fuera, puntos de vista dentro, no queda sino confiar en lo que, entre todos, como ciudadanos de este país, podemos acordar que es conveniente.

## Conclusiones

En definitiva, la discusión constitucional sobre el rol del Estado empresario debe responder dos interrogantes. Primero, **quién** debe decidir sobre este rol, la entidad constituyente, como una forma de límite a la intromisión estatal, o los Órganos del Estado democráticamente electo, de forma que los votantes manifiesten su cercanía o distancia con el principio de subsidiariedad.

Segundo, deberá decidirse **cómo** se ejercerá la iniciativa pública, es decir, si el Estado solo podrá operar cuando los privados no puedan o no quieran hacerlo, verificada la necesidad social del bien o servicio, o mediante la compatibilidad, que abre el abanico de posibilidades para que el Estado pueda cumplir con su rol social, permitiendo su entrada a los mercados aun cuando los privados ya participen del mismo.



## Bibliografía:

Bauer, Carl J, “Chile: derecho y economía en la Constitución de 1980”, en La mano visible del mercado - Derecho y Economía, El Otro Derecho, N° 24, Bogotá, 2000;

Bassols Coma, Martín, “La Constitución Económica”, en Revista de Derecho Político, N° 36, Madrid, 1992;

Carro Martínez, Antonio, “La Unión Europea y el Principio de Subsidiariedad”, en Revista de Administración Pública, N° 126, Madrid, 1991;

Fernandois Vöhringer, Arturo, “El orden público económico bajo la Constitución de 1980”, en Ius Publicum, N° 4, Santiago, 2000;

Fernandois Vöhringer, Arturo, “Derecho Constitucional Económico”, 2° edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006;

Ruiz-Tagle Vial, Pablo, “Principios Constitucionales del Estado Empresario”, en Revista de Derecho Público, N° 62, Santiago, 2000;

Sapelli, Claudio, “Concentración y grupos económicos en Chile”, Revista de Estudios Públicos, N° 88, Santiago, 2002;

Usen, Vicencio, Alejandro, “El Estado Empresario”, en Revista de Derechos Fundamentales, N° 7, Viña del Mar, 2012;

Vallejo Garretón, Rodrigo, “La Constitución Económica en Chile: Un ensayo en (de)construcción”, en Estudios Constitucionales, Vol. 14 N° 1, Santiago, 2016;

Vallejo Garretón, Rodrigo, y Pardow Lorenzo, Diego, “Derribando mitos sobre el Estado Empresario”, en Revista Chilena de Derecho, N° 35, Santiago, 2008;

Viera Álvarez, Christian, “Consideraciones acerca de una Constitución Económica. Hacia una reinterpretación de la Constitución económica chilena”, en Revista de Derecho Público, N° 71, Santiago, 2009