

Ignacio Covarrubias Cuevas*

Subsidiariedad y Estado Empresario

(Análisis Crítico de la Jurisprudencia Más Relevante)**

1. Supuestos fundamentales del presente trabajo¹

1.1. La doctrina mayoritaria atribuye al principio de subsidiariedad –recogido en el artículo 1° inciso 3° de la Carta Fundamental– el carácter de principio rector de la misma², de fundamento de las normas sobre orden público económico³, de inspiración de la Constitución Económica⁴, o como finalidad de la norma constitucional sobre Estado empresario⁵ (19 N° 21 inciso 2°). Los autores más prolíficos en la materia han coincidido en esta apreciación.⁶

Otros estiman que el principio subyacente a la norma constitucional del 19 N° 21, inciso 2, sería mas bien la libertad de empresa, pues una vez obtenida la autorización al

** El presente artículo corresponde a una versión sintetizada del capítulo tercero de la Tesis de Magíster en Derecho Público de la P. Universidad Católica de Chile, titulada *El Principio Constitucional de Subsidiariedad, su interpretación y aplicación en el marco del Estado empresario*, defendida con distinción máxima el dos de junio del presente.

1 Desarrollados primitivamente en COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, "El principio de subsidiariedad", (E. Navarro, ed.) *20 años de la Constitución Chilena*, Ed. Jurídica Conosur Ltda., 2001, Santiago, pp. 69–91, y ampliados en los capítulos primero y segundo de la tesis arriba indicada.

2 CEA EGANA, José Luis, *Tratado de la Constitución de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988, p. 40 y 48; REYES RIVEROS, Jorge, "Los Principios aplicables respecto del papel instrumental del Estado frente a los derechos y deberes de las Personas", en RDP N° 57 – 58, 1995, p. 159; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, "Objeto social de las empresas y organismos del Estado: Jurisprudencia en el Recurso de Amparo Económico", Ponencia Universidad de los Andes, inédito, 2001, p. 11; EVANS ESPIÑEIRA, Eugenio, "El Bien Común en el ejercicio de algunos derechos fundamentales", en RCHD, vol. 28 N° 2, 2001, p. 227.

3 SILVA BASCUNAN, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, t. IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 52. En el mismo sentido, CEA EGANA, ob.cit., lo trata en otras 6 ocasiones, pp. 19, 81, 85, 161, 164 y 168.

4 EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986, p. 314.

5 BERTELSEN REPETTO, Raúl, "El Estado empresario en la Constitución de 1980", en RCHD, 14 N° 1, 1987, p. 123; FERNANDOIS VÖRINGHER, Arturo, *Derecho Constitucional Económico*, Ediciones Universidad Católica, Santiago de Chile, 2001, califica la subsidiariedad como la finalidad de la norma sobre Estado empresario. Lo señala en 10 ocasiones en: p. 78, 162, 163, 172 (dos veces), 173, 178, 180, 186 y 191; JAEDELLUND L., JOHN, *El recurso de amparo económico*, Librotecnia, Santiago, 1999, p. 45.

6 SOTO KLOSS, EDUARDO, "La actividad económica en la Constitución Política de la República de Chile, en Jus Publicum N° 2, 1999, p. 120; ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Derecho Administrativo Económico*, Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás, 2001, p. 149; FERNANDOIS VÖRINGHER, ob. cit., particularmente la p. 78 y 172; NAVARRO BELTRÁN, Enrique, "El Estado Empresario a la luz de la Constitución de 1980", en DP N° 62, 2000, p. 39 y 43.

* Magíster en Derecho Constitucional Universidad Católica de Chile, Dr.(c) Universidad de los Andes y Profesor de Derecho Constitucional.

Estado para emprender una actividad empresarial determinada, “la empresa estatal debe comportarse como empresa, es decir, debe buscar el máximo de utilidades de la manera más eficaz posible, compitiendo con el resto de las empresas privadas como una más de ellas”⁷. De ahí que al objetarse “la posibilidad de que una empresa estatal cree sus filiales, se está afectando, en el fondo, a la libertad de empresa”⁸. Valgan nuestras consideraciones efectuadas en otros trabajos⁹ para pronunciarnos en cuanto a que no sería la libertad de empresa el único principio en vistas ni tampoco el jerárquicamente superior.

1.2. La jurisprudencia que se ha pronunciado en torno a la actividad empresarial del Estado y sus organismos, en no pocas ocasiones ha recurrido a enunciar el principio de subsidiariedad. Así aparece, entre otras resoluciones, que “el principio de subsidiariedad, recogido en la Carta Fundamental vigente, no se opone a la participación del Estado en la actividad económica(...), condicionado a una ley especial, de quórum calificado que lo autorice...”¹⁰. Por otra parte, se ha fallado que “el propósito perseguido por la consagración del derecho a que se refiere el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental” implica “conferir a los particulares una intervención preferente en el desarrollo de las actividades económicas, reservando, en cambio, para el Estado, sólo un Rol subsidiario en ese ámbito...”¹¹. La misma idea consignan otros fallos judiciales.¹²

Si efectivamente la subsidiariedad constituye un principio-norma reiteradamente enunciado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, debe darse un paso adelante en la aplicación del artículo 19 N° 21 en relación con la norma legal supeditada, toda vez que es en el examen del principio en cuestión, como veremos, donde se encuentra el parámetro que orienta a fijar la cuestión relativa a la interpretación del objeto social con que la ley ha definido el accionar de las organismos y/o empresas del Estado.¹³⁻¹⁴ De lo contrario, el examen jurisdiccional termina siendo de legalidad del acto o contrato recurrido, sin que se efectúe un contraste de constitucionalidad entre aquel acto de poder y la norma constitucional.¹⁵

7 CARMONA SANTANDER, Carlos, *El Amparo Económico*, Apuntes de clase de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (inédito), 2001, p. 349.

8 Idem.

9 Vid. COVARRUBIAS CUEVAS, ob. cit., pp. 73-74 (muy brevemente tratado) y capítulo II de *El Principio Constitucional de Subsidiariedad, su interpretación y aplicación en el marco del Estado empresario*, Tesis de Magister en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2004 (inédita), pp. 12-24.

10 Considerando 9°, de “Asimet con Codelco Chile, Rol N° 29.728, del 25 de mayo de 1993.

11 Considerando 5° de “Merza S.A. con Subsecretario de Pesca”, Rol 2.798-95, del 4 de julio de 1995.

12 Considerando 3° de “Asociación Gremial de Impresores con Empresa de Correos de Chile”, Rol 3.817-98, del 27 de noviembre de 1998; considerando 11° de la sentencia de primera instancia en “El Metro S.A.”, del 13 de enero del 2000, Rol 4.538-99 y, considerando 2° de “Casa de Moneda II”, del 4 de noviembre de año 2003, Rol 4.316-2003.

13 Similar móvil y conclusión en cuanto a considerar al principio de subsidiariedad como fundamental para la correcta interpretación de la disposición en comento puede observarse en FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, ob. cit., p. 10 y 27.

14 Si ello ha ocurrido, se debe en parte a la falta de un concepto claro, definido y delimitado del principio en cuestión, que es en lo que hemos procurado avanzar en COVARRUBIAS CUEVAS, “El principio de...”, ob. cit., pp. 79-89.

15 Ello queda en evidencia en “Casa de Moneda II”, en que la sala constitucional, pronunciándose sobre el fondo, resuelve que “dada la amplitud y generalidad de los términos empleados en la norma preinserta para referirse a la función de atribución que reconoce a la Casa de Moneda(...), no se requiere abundar en mayores disquisiciones para entender que en ella se encuentran consideradas las actividades cuestionadas(...)”, considerando quinto final.

2. Interpretación finalista de la disposición constitucional relativa al Estado empresario

Se trata de sugerir una modalidad hermenéutica en que la disposición constitucional como la norma legal supeditada, en lo relativo al Estado empresario, sea iluminada de conformidad al principio de subsidiariedad, relegando a un segundo plano la interpretación formalista¹⁶ de que han sido objeto tales disposiciones (particularmente, el principio de especialidad) y que, en la práctica, podría redundar no sólo en una falta de eficacia de la mismas y su eventual desuso, sino que en una clara infracción a uno de los principios inspiradores de nuestra Carta Fundamental.

Como cuestión previa a entrar en el estudio del requisito de especialidad vale la pena recordar el panorama general que la norma constitucional del Estado empresario nos brinda.

Dentro de los requisitos que deben cumplirse para que el Estado pueda desarrollar o participar en actividades empresariales se encuentran,¹⁷ primero, una ley de quórum calificado que debe ser dictada para cada caso específico, no pudiendo, por tanto, concebirse leyes autorizantes de carácter general, debiendo dictarse una nueva autorización legal si se pretendiere ampliar, extender o modificar la autorización ya otorgada.¹⁸ Segundo, la ley autorizante debe señalar el giro u objeto social al que debe ceñir estrictamente su actividad empresarial el Estado o sus organismos. Se trata de uno o más actos de comercio autorizados por ley para ser desarrollados por el Estado o sus organismos.¹⁹ Principio de igualdad, en tercer lugar, en cuanto a que una vez autorizadas las actividades empresariales conforme a lo indicado, tales deben sujetarse a la legislación común aplicable a los particulares, salvo lo dispuesto por una ley de quórum calificado.²⁰

2.1. Relevancia del principio de especialidad

Lo aquí importante respecto del análisis que queremos hacer es el principio de especialidad o, lo mismo, el objeto social autorizado por la ley de quórum calificado. ¿Por qué reviste tal interés el requisito señalado?: debido a que es en el análisis de los objetos de contenido amplio o genéricos donde cobra relevancia la interpretación y aplica-

16 Ya en 1995, NAVARRO BELTRÁN, Enrique afirmaba que se "aprecia un exceso de formalismo, que ha significado que la mayoría de los fallos rechacen la acción —de amparo económico, se refería— por razones de carácter formal, sin entrar a analizar el fondo de la materia sometida a conocimiento de los tribunales". "El recurso de amparo económico en la jurisprudencia (1990–1995)", en RDP N° 57/58, 1995, p. 275.

17 Un buen recuento de los tres principios aplicables a la disposición constitucional y su aplicación jurisprudencial en AROSTICA MALDONADO, ob. cit., p. 149; y FERNANDOIS VORINGHER, ob. cit., pp. 170–191.

18 La excepción a esta regla general está contemplada en la propia disposición quinta transitoria de la CPR, que dispone "que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales".

19 FERNANDOIS VORINGHER, distingue entre "Especialidad de la ley autorizatoria" y "Especialidad del giro empresarial estatal", ob. cit., p. 170.

20 FERNANDOIS VORINGHER, habla de un derecho particular al estatuto común con el Estado empresario, en ob. cit., p. 188.

ción del principio de subsidiariedad, toda vez que es ahí donde se produce el riesgo de lo que FERNANDOIS denomina “desborde del giro especial”²¹, cuando una empresa pública pretende desarrollar o participar en actividades empresariales nuevas, diferentes de aquellas autorizadas inicialmente.

En los casos que revisaremos resulta insuficiente la mera constatación fáctica de los requisitos de legalidad, especialidad e igualdad, pues la ley se vale de expresiones genéricas e indeterminadas que quedan sujetas a la interpretación que de ellas hagan los operadores del derecho, y en definitiva, la judicatura, a fin de zanjar la cuestión relativa al encuadramiento entre lo que dispone la ley autorizante respecto del objeto social y la conducta empresarial efectivamente proyectada o realizada. Si no hay duda respecto de la extensión del objeto social al que debe ceñir su actividad la empresa, bastará la mera constatación de la existencia o no de una ley de quórum calificado que contemple tal giro.

Ejemplos de lo anterior, han sido las leyes autorizantes de las actividades de Correos de Chile como del Metro S.A., cuerpos legales que, luego de indicar con cierta precisión las diversas actividades empresariales autorizadas, se han valido de una redacción que, no obstante señalar el objeto principal, se han valido al mismo tiempo de expresiones genéricas para designar el mismo objeto o los accesorios y/o complementarios al objeto principal.

En el caso de Codelco, no obstante que su giro podría ser calificado como “relativamente específico”²², a nuestro juicio tal relatividad otorga el sustento suficiente que da pie para efectuar el desborde del giro social, generando las condiciones para que se produzca el riesgo de expansión empresarial, lo que de hecho ha ocurrido. En efecto, la ley autorizante de esta empresa²³ la faculta para “realizar en el país o en el extranjero toda clase de actividades civiles, comerciales o de cualquiera otra naturaleza que se relacionen directa o indirectamente con la explotación, producción, manufacturación, elaboración y comercialización del cobre y otros metales minerales, productos, subproductos y sustancias mencionadas en las letras precedentes, o que sean necesarias o convenientes para la empresa”.

En cuanto a Correos de Chile se señala que éste “podrá efectuar otras prestaciones de servicio postal, tales como”²⁴ las que se indican, procediendo a continuación a señalar los tipos de prestaciones y servicios, además de otras “similares, que acuerde el Directorio”²⁵. En el segundo caso, el del Metro, luego de fijarse por ley el objeto principal de la sociedad estatal —“servicio de transporte de pasajeros en ferrocarriles (...) u otros medios eléctricos complementarios”²⁶—, cierra la oración con las expresiones “y los anexos a dicho giro”²⁷, descripciones todas ellas que, por su mayor generalidad e im-

21 Idem, pp. 172-175.

22 FERNANDOIS VORINGER es el que emplea esta expresión, ob. cit., p. 175.

23 D.L. 1.350 (1976), art. 3°

24 DFL N° 10, de 1982, art. 2°, 1.

25 Idem.

26 Ley N° 18.772, de 1989, art. 2°.

27 Idem.

precisión, no pueden menos que abrir una puerta de interpretación a la luz de los criterios jurídicos que desarrollaremos.²⁸

En este punto creemos pertinente recordar lo que TARUFFO²⁹ ha expresado en cuanto a que en el proceso los hechos de los que hay que establecer la verdad son identificados sobre la base de criterios jurídicos, representados fundamental –aunque no exclusivamente–³⁰ por las normas que se consideran aplicables para resolver la controversia específica. “Para usar una fórmula sintética: es el derecho el que define y determina lo que en el proceso constituye “el hecho”,³¹ de lo que se desprende que, en la especie, es la inexistencia de particulares en el desempeño de una actividad empresarial lo que constituye, a modo ejemplar, uno de los hechos calificados por el principio–norma de subsidiariedad como objeto de prueba para decidir, entre otros factores, sobre la legitimidad de la intervención del Estado en un área ya iniciada por los particulares.

2.2. Criterios jurídicos para interpretar la norma constitucional del artículo 19 N° 21 inciso 2

¿A qué criterios nos estamos refiriendo? Fundamentalmente a los siguientes:

- (a) criterios interpretativos teleológicos, y
- (b) criterios dogmático–valorativos que, basados en una correcta interpretación del principio de subsidiariedad, den sustento a la modalidad de interpretación arriba mencionada.

Respecto del primer punto, creemos que no resulta indiferente para el intérprete, la circunstancia de encontrarse frente a objetos sociales definidos deliberadamente por el legislador con cierto grado de generalidad e indeterminación. Es precisamente en estos casos, en que las palabras empleadas por el legislador resultan más ambiguas, cuando el denominado “círculo hermenéutico”³² –de que habla LARENZ– se ve afectado en su primera fase –la literalidad–, siendo indispensable, en tal debilidad, otorgar más fuerza a otras modalidades interpretativas. Si ello es aplicable al derecho privado, con mayor razón y fuerza debe extenderse al derecho público –particularmente las normas constitucionales– que presenta, por tratarse de un derecho de principios, rasgos especialísimos en cuanto a su interpretación y aplicación.

Refuerza el planteamiento anterior la convicción de ser la Carta de 1980 una de acentuado carácter axiológico. Esto es, la presencia en ella de principios inspiradores de fuerte raigambre socialcristiana en esta materia. Difiere en este punto Pablo RUIZ

28 Si bien es cierto que, aunque el tenor literal de una disposición resulte diáfano, igual cabe desarrollar el proceso interpretativo, no lo es menos que al ser el texto más amplio, el legislador –se entiende– da luz verde a una mayor latitud, máxime cuando tal coincide con el real sentido del principio de subsidiariedad, finalidad tanto de las Bases de la Institucionalidad como de la norma del artículo 19 N° 21.

29 Vid. TARUFFO, Michelle, *La Prueba de los Hechos* (Jordi Ferrer, trad.), Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 91. El autor añade como un criterio relevante de calificación jurídica a la interpretación, pp. 96–105.

30 TARUFFO en ídem, añade como un criterio de relevante calificación jurídica a la interpretación, pp. 96–105.

31 Idem, p. 92.

32 LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1980, p. 317.

TAGLE, quien sostiene que el principio de subsidiariedad no fue cristalizado de modo definido como norma positiva, ya que la Constitución Política, en esta materia, como en otras, fue producto de una transacción ideológica.³³ Asimismo, Francisco ZÚNIGA afirma que resulta dudoso utilizar el principio de subsidiariedad como regla de competencia operativa, dada la ambivalencia del principio, que admite en sus fuentes (Encíclicas, y Documentos Pontificios y Escuela Austríaca) diversas interpretaciones (...). Es una norma programática que dirigida al Estado y privados fija una directriz acerca de la competencia de lo público y lo privado.³⁴

Proponemos la inexistencia de la supuesta ambivalencia del principio, sino que su flexibilidad, que es, precisamente donde reside, como hemos visto, la fortaleza del mismo. Valga recordar también la constancia que se desprende no sólo de la historia fidedigna del establecimiento de la Constitución, sino que igualmente de la propia Carta en cuanto a que estamos en presencia de un texto constitucional que no siendo neutro en materia política (pluralismo restringido del artículo 19 N° 15) ni económica (disposiciones del Orden Público Económico), tampoco lo es en materia de principios y valores (Bases de la Institucionalidad, especialmente artículo 1°).³⁵

Antes de la actual carta política, las Constituciones participaban de una evidente neutralidad en materia económica, permitiendo, a modo de ejemplo, que bajo la vigencia de la Carta de 1925, en menos de 10 años, se aplicaran sistemas económicos diametralmente distintos bajo el mismo alero constitucional.³⁶⁻³⁷

Tal experiencia histórica fue un elemento de juicio indispensable para que la Comisión Ortúzar consagrara disposiciones que sin establecer un modelo o política económica, propusiera una fuerte orientación de principios no neutrales que sirvieran de base a un sistema económico. Las normas del Estado empresario fueron dictadas en tal contexto y, como lo vimos, teniendo como inequívoca fuente inspiradora el mentado principio de subsidiariedad en materia económica, lo que califica a las normas sobre tal materia como “disposiciones de principio”³⁸, circunstancia, que, como seña-

33 RUIZ TAGLE VIAL, Pablo, “Principios constitucionales del Estado empresario”, en RDP, t. 1, vol. 62, 2000, pp. 54–57

34 ZÚNIGA URBINA, Francisco, “Constitución económica y Estado empresario”, en RDP, t. 1, vol. 63, 2000, p. 361. Al respecto, valgan todas las consideraciones señaladas en nota *supra* 9.

35 Vid. COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, “La Familia en la Constitución Política de la República”, en *Revista Finis Terrae* (segunda época), año XI N° 11, 2003, pp. 106–116.

36 NAVARRO BELTRÁN, Enrique, “El Estado empresario a la luz de la Constitución de 1980”, en RDP, t.1, vol. 63, 2000, p. 33.

37 LUDERS SCHWARZENBERG, Rolf, “25 años de ingeniería social en Chile: un breve ensayo sobre la historia económica del período 1963–1988”, en Instituto de Economía UC, documento de trabajo N° 117, 1989. En el mismo sentido, HACHETTE A., Dominique, “Privatizaciones: reforma estructural pero inconclusa”, en *La Transformación Económica de Chile*, Publicaciones del Centro de Estudios Públicos (CEP), 2000, 113 y ss.

38 Concepto desarrollado por Alessandro Pissoruzo, recogido y desarrollado en Chile por el profesor RAMÍREZ ARRAYAS, José Antonio, *Bases de la constitucionalidad económica y la noción de derecho justo en una sociedad democrática*, Ediciones Universidad Central, Santiago, 1993, p. 86.

Sin embargo, el finalismo del profesor Ramírez es uno que si bien aquí puede llevarnos a la misma conclusión, utiliza una máxima de hermenéutica muy diversa a la desarrollada aquí, cual es que para llegar a una interpretación armónica y teleológica, no debe seguirse “el camino de entender que en derecho público sólo se puede hacer lo permitido por el legislador, sino aquél en que deben adoptarse las decisiones que conduzcan a” cumplir con “los fines últimos de cada institución”. (ob. citada p. 65)

lábamos, no puede dejar indiferente al intérprete legislador y juez al momento de resolver sobre esta materia.

Consecuente con ello, adherimos a la "tesis teleológica valórica, en virtud de la cual las normas constitucionales deben interpretarse ajustándose a la finalidad perseguida con su establecimiento por el constituyente, finalidad que –a su vez– se manifiesta y concreta en la consagración de un conjunto de normas y valores fundamentales",³⁹ entre los cuales, sin duda alguna, se encuentra el principio de subsidiariedad.

Agrega el autor que en estas materias lo literal debe ceder frente a la importancia de criterios como el lógico y el histórico, finalizando el proceso hermenéutico con una interpretación valórico-finalista que, por la propia naturaleza de las normas constitucionales, "debe enmarcarse y circunscribirse a los principios y valores fundamentales que resguarda y protege la Carta Fundamental"⁴⁰, dentro de los cuales el mismo autor menciona el de subsidiariedad.⁴¹

Complementa lo dicho la afirmación de que no obstante que el tenor literal del inciso segundo de la disposición N° 21 del artículo 19 no deja lugar a dudas, coincidimos en que no debe darse, en principio, primacía al criterio literal de la interpretación, salvo en cuanto punto de partida del "círculo hermenéutico",⁴² agregando según LARENZ, que al poseer las normas constitucionales una nota fuertemente principista, éstos –principios, se entiende– "no pueden interpretarse literalmente ya que, de lo contrario, se le privaría de su contenido prescriptivo y sería inutilizable".⁴³

A mayor abundamiento, coincidamos que el solo empleo del elemento literal no nos resolverá la cuestión debatida, pues aparte de poseer las disposiciones constitucionales, según FERRERES COMELLA, un mayor grado de indeterminación y vaguedad⁴⁴, constituye "el punto de partida para la averiguación judicial del sentido y traza, al propio tiempo, los límites de su actividad interpretativa"⁴⁵, recordando lo ya dicho, que en materia de derecho público, el tenor literal debe ceder en importancia respecto del contexto⁴⁶ –interpretación sistemática– como en relación al fin –interpretación teleológica– de la norma constitucional.

39 NAVARRO BELTRÁN, Enrique, "Mecanismos de interpretación establecidos en la Constitución de 1980", en *Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 323.

40 *Idem*, p. 325.

41 *Idem*, p. 321.

42 LARENZ, *ob. cit.*, p. 317.

43 *Idem*.

44 FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 19-24.

45 MEYER-MAVOZ, citado por Larenz, *ob. cit.* p. 318. También en p. 341.

46 Conforme a la idea de recurrir al contexto de la Carta Fundamental, como modo de determinar el alcance de una norma, el Tribunal Constitucional ha resuelto en rol N° 43, considerando 5°, que "el sentido de una norma constitucional no deriva solamente de la consideración aislada de un artículo o parte de él, sino del conjunto de prescripciones que se refieren a una misma institución".

Por su parte, Alonso GARCÍA⁴⁷ sostiene que “la intención de los constituyentes puede entrar en colisión con otras fuentes...”, entre las que menciona el texto u otras “fuentes de interpretación”.⁴⁸ En el caso que se trata aquí, la intención del constituyente no sólo no ha entrado en colisión con otras fuentes; por el contrario: se ve plenamente reforzada no sólo por el texto sino también por otras fuentes de interpretación, a saber, parte de la opinión de la doctrina constitucional y de la ciencia económica, como lo hemos visto.

Atendido lo expresado, más lo ya señalado en otro trabajo⁴⁹ respecto del indudable carácter jurídico del principio de subsidiariedad, afirmamos su exigibilidad como finalidad del precepto constitucional estudiado.

Volviendo sobre la cuestión planteada, creemos que una interpretación exclusivamente literal del objeto social señalado por la ley de quórum calificado, apegada estrictamente a los parámetros tradicionales del derecho civil, resulta del todo insuficiente para una adecuada lectura del principio de subsidiariedad –fin de la norma– pues veremos cómo detrás de la máxima normativa, doctrinaria y jurisprudencial del Estado subsidiario –en cuanto a que a éste sólo corresponde realizar lo que los particulares no *quieran*, no *puedan* o no *deban*– se esconde una serie de observaciones que no sería, a nuestro juicio, aconsejable desatender. Dicho de otro modo: la mera revisión formal de la norma del inciso segundo de la disposición N° 21 del artículo 19 de la Carta Política, no favorece el análisis de fondo de la misma si no considera, como hemos visto, su finalidad.

Sentado entonces, que la interpretación del principio de especialidad, aplicado a un objeto general e indeterminado diseñado por la ley de quórum calificado, debe siempre tener como norte el cumplimiento de su finalidad, pasaremos ahora a abordar el segundo gran tema de este capítulo, haciendo esfuerzos por dilucidar el modo en que debe aplicarse, a nuestro juicio, la norma constitucional del Estado empresario a la luz de su principio fundante y final: el principio de subsidiariedad.

Proponemos, en consecuencia, como modo de proceder en el estudio de la jurisprudencia que veremos, abordar la cuestión de la siguiente manera:

(a) En primer lugar, descartar de nuestro estudio el análisis de los requisitos formales de la norma, a saber, existencia de una ley de quórum calificado previa, expresa y especial, que autorice la realización de actividades empresariales para un caso concreto, toda vez que para su cumplimiento sólo basta la simple verificación de la existencia de los mismos. Además, se pecaría de exceso al querer extendernos sobre un punto ya profusa y convincentemente desarrollado por la doctrina⁵⁰ y sostenido uniformemen-

47 ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 141.

48 *Idem*.

49 Se refiere a los señalados en nota *supra* 9.

50 Esta tesis ha sido ha sido vigorosamente defendida por los profesores, señores: ARÓSTICA M., *Derecho administrativo...*, ob. cit., que recoge su profusa difusión doctrinaria, y SOTO KLOSS, “Amparo económico y rol subsidiario del Estado”, en *Revista Temas de Derecho* N° 7, 1993, pp. 105–114; asimismo en *Derecho administrativo, Bases fundamentales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996. Más recientemente por FERMANDOIS V., *Derecho Constitucional...*, ob. cit., pp. 170–191.

te por la jurisprudencia.⁵¹ Partiremos sobre el supuesto del cumplimiento tanto del principio de legalidad como de igualdad, centrando nuestro análisis en todos aquellos casos jurisprudenciales en que la "litis" ha girado o debido girar en torno al principio de especialidad, tratándose de objetos concebidos genéricamente, al menos en términos parciales, tal como lo hemos visto.

(b) En segundo lugar, procuraremos aplicar los criterios denominados dogmático-valóricos, sustentados en la interpretación teleológica y sistemática recién abordada, a fin de facilitar la necesaria integración entre la disposición constitucional sobre Estado empresario, la norma legal autorizante supeditada, por un lado, y el principio de subsidiariedad, por otro.⁵²

Coherentes con la formulación planteada acerca del principio de subsidiariedad y con el objeto de efectuar un análisis crítico de la efectiva aplicación por parte de nuestros tribunales de los principios estudiados, debemos distinguir los siguientes criterios que deben ser considerados, de conformidad a la norma constitucional sobre Estado empresario.

2.3. Criterios doctrinarios aplicables para una mejor resolución de los casos de amparos económicos interpuestos contra actos de ampliación o desborde del giro social definidos por la ley autorizante.

Criterio N° 1: determinar la existencia o no de particulares que estén desarrollando actividades empresariales o bien que lo estén efectuando insatisfactoriamente. Tal situación corresponde a lo que –citando al profesor SOTO KLOSS⁵³ hemos denominado situaciones de *imposibilidad o negligencia*⁵⁴. Para la primera causal sólo basta constatar la existencia o inexistencia de particulares en el desarrollo o participación de una determinada actividad empresarial. En cambio, la segunda parte –la negligencia– queda sujeta a la discrecionalidad de la autoridad, cuestión que resulta clave acotar al máximo, a fin de aminorar la posibilidad de eventuales abusos o arbitrariedades en la calificación de un eventual incumplimiento por parte de la iniciativa particular.

Dada la dificultad que encierra la calificación de la situación de negligencia, hemos preferido abordar los casos en que el desborde del giro social puede ser resuelto recurriendo al criterio de imposibilidad o inexistencia.

Criterio N° 2: Sólo en la medida en que se cumpla el presupuesto primero, vale decir, que no existan particulares efectuándolas, se le abre, entonces, una posibilidad al Estado

51 Un buen recuento jurisprudencial que da cuenta de lo mencionado en: JÄDERLUND LUTTECKE, John, ob. cit., pp. 155–269, (que cubre hasta 1998). Posteriormente, en ARÓSTICA M, y FERMANDOIS V., ambas ob. cit.

52 Vale la pena recordar que el TC ha recurrido reiteradamente a la historia fidedigna del establecimiento de la norma, como método interpretativo, a través del análisis de las actas respectivas. Rol N° 21, considerando 18°; rol N° 24, considerando 3°, y rol N° 116, considerando 8°. Además, se ha valido de la interpretación finalista en los roles 46, 53, 146, 167, 325, 352, entre otros.

53 SOTO KLOSS, Eduardo, "La actividad económica...", en ob. cit., p. 120.

54 Vid. nuestra Tesis de Magister, *El Principio Constitucional...*, ob. cit., pp. 55–59.

o a sus organismos para *suplir* tal actividad empresarial, siempre cuando aquéllas sean esenciales para el bien común y mientras dure la inactividad por parte de la iniciativa particular. La suplencia consiste en la temporalidad, a diferencia de la sustitución o el reemplazo. Mientras dure tal suplencia, cabe al Estado, siguiendo el recto principio, la obligación de *promover* la iniciativa privada en caso de no existir ésta, mediante subsidios directos a una actividad o zona, incentivos tributarios, etc., con el fin de que la suplencia dure lo menos posible; de lo contrario sería fácil para el Estado eternizarse en actividades de suplencia, con claro detrimento para la iniciativa individual.

Criterio N° 3: Como consecuencia de lo señalado, la regla es que de existir algún particular o un grupo de ellos efectuando alguna actividad empresarial, el Estado o sus organismos o empresas deben, en cumplimiento del principio estudiado, abstenerse de realizarlas, ya que la primera opción corresponde, como hemos visto, a la iniciativa particular.

Con los criterios expuestos pasaremos entonces a revisar la jurisprudencia considerada de relevancia para efectos de aplicar la subsidiariedad estatal en la aplicación de las leyes autorizantes en materia empresarial cuyo objeto social resulta parcialmente amplio o, lo mismo, relativamente específico.⁵⁵

a) Asimet A. G. con Codelco—Chile

En este caso, los privados —Asimet A.G.— interpusieron acción de amparo económico por estimar que Codelco extralimitaba el ámbito de acción fijado por su estatuto legal y constitucional, al constituir la sociedad “C.M.S. Sistemas y Equipos Mineros S.A.”, cuyo objeto consistía en “fabricar en Chile, comercializar y distribuir en Chile y en el extranjero maquinarias, equipos y repuestos”, además de “prestar servicios de mantenimiento y reparación de maquinarias y equipos y de venta de repuestos”, en circunstancias que esta expansión no decía relación alguna con el giro minero propio de tal empresa pública, excediendo, en opinión de los recurrentes, la actividad empresarial autorizada, definida por el artículo 3° de su estatuto legal, lo que daba lugar, a su vez, a la infracción del inciso 2° de la disposición 19 N° 21 de la Carta Fundamental.

En virtud del mencionado artículo 3° del Decreto Ley N° 1.350, que define el objeto social de Codelco para ejercer los derechos que adquirió el Estado en las empresas de la Gran Minería del Cobre y en la Compañía Minera Andina, con ocasión de la nacionalización ocurrida en nuestro país, corresponde a tal empresa, por disposición de la letra (g), “en general, realizar en el país o en el extranjero toda clase de actividades civiles, comerciales o de cualquiera otra materia, que se relacionen directa o indirectamente con la explotación, producción, manufactura, elaboración y comercialización del cobre y otros metales o minerales, productos, subproductos y sustancias mencionadas en las letras precedentes(...).”⁵⁶

55 Si bien la mayoría de los casos que revisaremos dicen relación con el requisito de especialidad, igualmente nos referiremos en 2 de ellos al principio de legalidad, por incidir la subsidiariedad en la resolución de los mismos.

56 Artículo 3° del DL. 1.350, del 28 de febrero de 1976.

Por otra parte, el artículo 9 del estatuto de Codelco otorgaba a su Directorio, entre otras atribuciones, la referida en la letra (k): "Constituir, participar o tomar interés en corporaciones y sociedades, cualquiera que sea su naturaleza, dentro y fuera del país, para el mejor logro de las metas de la Empresa (...)".

La acción de amparo económico no fue acogida en primera instancia, fundado principalmente en que "mientras la actividad empresarial de Codelco se mantenga dentro del ámbito de sus objetivos, no puede originarse colisión con la norma contenida en"⁵⁷ la Carta Fundamental. El argumento se basaba en que "tratándose de normas de igual jerarquía prevalece el estatuto especial", en cuanto a la relación entre el artículo 19 N° 21, inciso 2 y la disposición Tercera Transitoria de la Constitución Política. La resolución apelada no vino sino a confirmar la sentencia de primera instancia resaltando los efectos de la disposición transitoria señalada, agregando que "en autos no se ha establecido que la denunciada haya ejecutado actividad alguna que deba someterse a la norma"⁵⁸ constitucional (19 N° 21 inc. 2), añadiendo, por último, que "la defensa de Codelco ha reiterado en estrados que (...) no pretende abordar otras actividades ajenas a las que le corresponden conforme al D.L. 1.350".⁵⁹

Destacable resulta el voto de minoría de la Corte Suprema en cuanto quedando demostrado en su opinión "que el objeto de la sociedad objetada excede el objeto de Codelco, forzoso resulta hacer lugar a este recurso, puesto que se configura el presupuesto contemplado en el artículo único de la Ley 18. 971, sin atender al hecho de que la sociedad formada haya o no operado, puesto que su sola constitución importa sobrepasar lo dispuesto en el artículo 19 numeral 21 de la Constitución, al entrar Codelco a asociarse con terceros para fines no contemplados en su ley orgánica".⁶⁰

Agregaba el voto de minoría que el punto residía en que "Codelco sólo puede realizar actividades empresariales relacionadas con la minería (...), pero sin invadir otros campos"⁶¹ o actividades ajenas al objeto principal, a menos que así lo autorice "para estos efectos" una ley de quórum calificado, conforme a lo dispuesto por la Constitución.

Valoración

No obstante compartir el resultado del voto de minoría, quisiéramos efectuar algunas observaciones. En efecto, la idea que subyace al razonamiento citado es que las actividades anexas o complementarias lo son respecto del objeto principal que fija la ley autorizante. Se entiende que lo accesorio lo es de algo principal, de lo que se sigue que si lo principal es la actividad minera, no pueda lo accesorio complementarse con otras actividades diversas, en este caso, la actividad de comercialización y distribución de

57 C. Stgo., 28 de abril de 1993, rol N° 575-93, cons. 3 N° 4.

58 C. S., 25 de mayo de 1993, rol N° 29. 728, cons. 2°.

59 Idem.

60 CS, 25 de mayo de 1993, rol N° 29.728, cons. 8° del voto de minoría del Magistrado Sr. Arnaldo Toro L.

61 Idem, cons. 4°.

máquinas, equipos y repuestos, y a la prestación de servicios de la misma especie, como indicábamos, “sin limitación alguna que permita referir dichas actividades, directa o indirectamente a la minería”.⁶²

El voto de minoría resulta digno de encomio en tal sentido. Sin embargo, creemos que, atendido lo complejo que significa adentrarse en la determinación de la accesoriadad de una actividad anexa o complementaria –de suyo dificultoso– respecto de la principal, resultaba menos dificultoso zanjar correctamente el asunto considerando los criterios ya expuestos sobre la subsidiariedad. Y no sólo menos azaroso, sino que, además, más pertinente en cuanto vinculado con un principio general de la Carta Fundamental, que constituye asimismo, el fundamento y razón de ser de la disposición constitucional sobre el Estado empresario, que es la que más juega en este análisis.

No se trata de “sacarle el bulto” al tema, pues aplaudimos los razonamientos expuestos en los considerandos citados como exponentes de una buena doctrina, pero quizás insuficiente para la efectiva comprensión –actual y futura– de la resolución del conflicto jurídico.

En efecto, lo que cabía preguntarse era ¿qué necesidad justificaba a Codelco incursionar en tareas que ya estaban desarrollando otras empresas privadas? He ahí lo central, pues ello, además de ser empíricamente verificable y no susceptible de conjeturas, es perfectamente coherente con la formulación que le hemos otorgado al principio de subsidiariedad: primera opción de la iniciativa particular, a menos que (a) se trate de actividades de suyo relevantes para el bien común y (b) que los particulares no las estén realizando o lo hagan de modo insatisfactorio.⁶³

Por último, sólo quisiéramos destacar que el fallo de primera instancia, no obstante llegar a una resolución no compartida, sí fue pertinente en reafirmar lo sostenido aquí en cuanto a que el “constituyente de 1980 no hizo incompatible la actividad empresarial del Estado con el principio de subsidiariedad e incluso privilegió a aquélla en ciertos casos”⁶⁴, principio que confirma, como tal, lo que hemos desarrollado en este trabajo. Lamentablemente, en la especie, la buena carga llegó a mal puerto.

b) Armat con Casa de Moneda

El recurso se funda en que el organismo estatal –la Casa de Moneda– ha emprendido la actividad empresarial en la *producción* de aleaciones metálicas, con una intención publicitada de participar además de la *comercialización* internacional de “cospeles” y

62 Idem, cons. 6°.

63 Una interesante línea de investigación podría dirigirse a indagar acerca de los motivos por los cuales los particulares *no quieren* participar ni desarrollar actividades diversas a las que corresponden por naturaleza al Estado. ¿Podría considerarse la excesiva burocracia y la extensa regulación como un incentivo para *no querer* emprender una actividad empresarial?

64 C. Stgo. 28 de abril de 1993, rol N° 575-93, cons. 3°.

“monedas acuñadas”, actividades todas cuyo desarrollo no le compete a este organismo del Estado, invadiendo una actividad propia de la iniciativa particular, lo que constituye una infracción al artículo 19 N° 21 y a su ley orgánica⁶⁵.

En efecto, para el recurrente –Armat S.A.– no puede estimarse incorporada la producción de aleaciones metálicas para elaborar monedas, dentro del objeto encomendado por la ley en su letra a) del artículo 1°, cual es, la fabricación de cuños y elaboración de monedas chilenas que le sean encomendadas.

De esto modo, si bien la actividad primordial de la Casa de Moneda de Chile está bien definida en sus posibilidades por la ley orgánica respectiva en sus letras a) y h), por otra parte, la letra i) del citado cuerpo legal contempla asimismo como actividad propia de la misma una de carácter más amplio, a saber, “ejecutar toda clase de trabajos de su especialidad que le soliciten organismos públicos o privados, tanto nacionales como extranjeros. Para estos últimos será necesaria la autorización previa del Ministerio de Hacienda”.⁶⁶

Valoración

Con los datos expuestos, y conforme a lo que hemos venido sosteniendo, cabe entonces preguntarse primero acerca de la presencia de la iniciativa particular en la producción y elaboración de cospeles y monedas y, segundo, de la conveniencia –conforme a criterios de bien común–, materias claves no alegadas por los recurrentes ni indagada por la Corte.⁶⁷ Si así hubiere sido, habríamos podido, a nuestro juicio, arribar a una conclusión más conforme con el sentido que hemos atribuido a la disposición constitucional en comento.

Lo más grave, estimamos, es que el fallo haya expresado “que la fabricación de “cuños” llevaba implícita la facultad de elaborar “cospeles”⁶⁸, agregando que “sin una modificación legal que haya prohibido a la Casa de Moneda fabricar cospeles, no puede pretenderse que su facultad propia para hacerlo se haya extinguido”.⁶⁹

De conformidad con todo lo expresado, y atendido el supuesto –citado en la misma resolución– en cuanto a que cabe el “Estado empresario sólo por excepción”⁷⁰, no se

65 DFL N° 228 de 1960.

66 DFL N° 228 de 1960, letra i.

67 Vale la pena recordar que atendida la particular naturaleza de la acción de amparo económico, éste reviste características muy similares a la tradicional “denuncia” en materia penal, toda vez que puesto en conocimiento de la Corte respectiva la infracción constitucional, ésta debe por mandato del inciso 3° del artículo único de la Ley N° 18.971, “investigar y dar curso progresivo a los autos hasta el fallo respectivo”, de lo que se desprende que tales funciones debe cumplirlas la Corte de oficio al ser requerida su actuación por medio de la denuncia que cualquier persona haga de las infracciones al artículo 19 N° 21 de la Constitución Política. Cfr. JEADERLUND LUTTECKE, ob. cit., p. 88–90.

68 C. Stgo. 7 de julio de 1992, rol N° 328–9, cons. 2°.

69 Idem.

70 Idem, cons. 3°, que cita a Evans de la Cuadra, Enrique: “Los derechos constitucionales”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986, t. II, p. 318.

vislumbra a *contrario sensu* cómo, atendida tal preferencia por la actividad particular, el mismo fallo arribó a la conclusión contraria de darle un trato preferente a tal organismo del Estado —la Casa de Moneda—, en circunstancias que es la propia Carta Fundamental, unido al análisis que hemos hecho, la que prohíbe interpretaciones extensivas, menos aún, con criterios que sean pro-Estado, salvo los casos especialísimos que hemos señalado y que no se aplican al caso.

¿Qué criterios utilizó el tribunal para determinar que la actividad impugnada por un particular no podía ser ejercida por éstos, habida consideración que existe una preferencia constitucional para los particulares, máxime cuando las actividades a las que se había ampliado el objeto social ya estaban siendo efectuadas por la iniciativa privada?

Aun en el supuesto de cumplir la Casa de Moneda con autorización legal previa y especial —aunque amplía en la parte que interesa—, ¿es posible considerar la labor de fabricación de cospeles como una actividad esencial o indelegable por parte del Estado? En tal evento, se cumpliría con el principio de legalidad, pero discutiblemente con el de especialidad, precisamente por no satisfacer los parámetros de subsidiariedad conforme a los cuales debe ser interpretado el objeto social en cuestión.

c) *Ebner con Municipalidad de Limache* ⁷¹

El señor Jorge Ebner, médico veterinario, recurre contra la Municipalidad indicada por haber iniciado ésta la construcción de una clínica veterinaria que sería luego entregada a terceros para su explotación.

La parte expositiva del fallo da cuenta de la correcta argumentación jurídica realizada —de conformidad a lo que hemos venido sosteniendo— en el sentido de sostener que “El Estado y sus organismos responden al principio de subsidiariedad, en cuanto no se puede desarrollar actividades empresariales, sino donde sea absolutamente necesario por requerirlo el bien común y *no existir actividad privada que realice la actividad de que se trata*; que no es el presente caso porque en Limache existen servicios veterinarios suficientes para atender las necesidades de los habitantes de la comuna, y en particular, de quienes desarrollan actividades agrícolas”.⁷²

Tal como lo hemos venido afirmando, el recurrente toca el quid de la cuestión, pues no sólo estamos frente a una infracción del principio de legalidad, sino que, asimismo, del sentido y alcance que debe darse, en caso de duda interpretativa, a la disposición que hemos estudiado.

El profesor SOTO-KLOSS efectúa un análisis crítico de la sentencia en cuestión, al igual que respecto del fallo recaído en “Merza con Subsecretario de Pesca”, “por la

71 C. Valp., 27 de octubre de 2000, RDJ 97 N°3, p. 236. No obstante tratarse esta sentencia de aquellas que dicen relación con el principio de legalidad antes que con el de especialidad, hemos querido igualmente referirnos a tal, considerando la importancia que guarda la subsidiariedad para la resolución de los mismos.

72 Idem, p. 238.

carencia de verdadera fundamentación, ya que viola la subsidiariedad que como principio ha impuesto al Estado la propia Constitución, y especialmente en esta materia de actividad empresarial en la que la estableció de manera específica claramente.⁷³

Aun aceptando el criterio de no tratarse de una actividad empresarial, por la falta de lucro en la actividad emprendida por la Municipalidad —criterio que ciertamente no compartimos—⁷⁴ ¿qué sentido tiene autorizar a la Municipalidad a realizar una actividad, sea empresarial o no, habida constancia de existir privados que realizan la misma actividad, que luego se transformará en lucrativa por entregar su explotación a terceros?

Presentadas así las cosas, no sólo se trataría de una infracción a la disposición sobre el Estado empresario, sino también, a la norma sobre igualdad en el trato que el Estado y sus organismos deben dar en materia económica.

d) Asociación de Impresores de Chile con Empresa de Correos de Chile

La Asociación Gremial de Impresores de Chile denuncia una infracción al artículo 19 N° 21 inciso 2° de la Constitución Política, cometida por la empresa pública Correos de Chile, fundado en que tal entidad se encuentra abocada al desarrollo de actividades empresariales no contempladas en el objeto que el estatuto legal de la misma autoriza. Se impugna que Correos de Chile ofrezca y publicite “la implementación de nuevos servicios, entre ellos, el de impresión y datos de mecanización o ensobramiento automático de correspondencia, denominado correo híbrido, actividad que queda fuera del marco de sus actividades autorizadas y constituye una transgresión al artículo 19 N° 21 inciso 2° de la Constitución ya que no lo permite su Ley Orgánica, aprobada por DFL N° 10, de Transporte, de 1982”.⁷⁵

El recurrente hace presente que la Asociación Gremial que representa agrupa a 150 empresas, representativas a su vez del 80% del volumen total de producción de impresos del país cuyo giro principal es precisamente el de la impresión, pero que no será la única actividad que será afectada por el actuar de Correos de Chile, toda vez que la ampliación del giro invade además la actividad de aquellas empresas dedicadas a la mecanización de correspondencia.

Añade el recurrente que el objeto social de la empresa corresponde a la prestación de servicio postal, actividad determinada por el “envío[s] de correspondencia nacional e internacional. Sin perjuicio de lo anterior, podrá efectuar otras prestaciones de servicio postal, tales como: encomiendas, giros postales y similares, que acuerde el Directorio”.⁷⁶

73 Idem, p. 237.

74 Al respecto, vid. NAVARRO BELLERÍN, Enrique, “Contenido esencial del derecho a desarrollar actividades económicas” en RDUFT N° 3, 1999, pp. 19–27.

75 C. Sigo., 20 de noviembre de 1998, cons. 1°, en CJ N° 22, pp. 50 a 59 (Reproducida en Jus Publicum N° 3, 1999, pp. 193–194).

76 DFL-10, de 1982, art. 2, inciso I.

El recurrente agrega que correo híbrido es un nombre equívoco que encubre una serie de actividades comerciales diversas, tales como el manejo de bases de datos privados, la impresión de documentos muchas veces confidenciales y el ensobrado de correspondencia para conducirla a su destino, actividad esta última que es la única que legítimamente le está permitido desarrollar, pues el correo híbrido consiste en que los grandes usuarios de correos envíen mediante cintas magnéticas o electrónicamente los datos necesarios para la confección de cartolas bancarias, estados de cuentas de tarjetas de crédito, cuentas de servicio, avisos de pago de grandes tiendas u otros para ser procesados por la Empresa de Correos, a fin de imprimirlos y obtener un documento en un papel determinado, con lo que se obtiene la respectiva cartola bancaria, estado de cuenta, etc., para seguir luego su mecanización, que comprende el corte, doblado y ensobrado, obteniéndose la carta física que inicia el curso normal dentro de Correos para ser clasificada y despachada. Por ello –continúa– es que el procesamiento de datos, su impresión y la mecanización de lo obtenido no tienen nada de servicio postal”.⁷⁷

Se reclamaba por los recurrentes que a la empresa de correos únicamente le concernía la ejecución de actos de transporte, no estando autorizada para efectuar labores de grabado o impresión de documentos, por tratarse de actos accesorios que son diversos al acto principal indubitadamente permitido: “prestar servicios de envío de correspondencia nacional e internacional”.⁷⁸

El recurrido, por otro lado, afirmaba que la “actividad de impresión que los recurrentes reprochan es inherente al correo híbrido y forma parte del proceso de admisión, transporte y entrega del envío, configurando un elemento integrante de la correspondencia”⁷⁹, agregando que el acto de impresión “no constituye una actividad empresarial independiente. El servicio de correo híbrido no permite cualquier tipo de impresión (libros, revistas, folletos, afiches, etc.), sino que está limitada y referida exclusivamente al elemento postal pertinente e integrada a éste (...)”⁸⁰, por lo que el “elemento impresión (...) se encuentra subsumido en el proceso de admisión de envíos de correspondencia en medios magnéticos, que se reproducen en forma física, se ensobran, se distribuyen y se entregan a los destinatarios (...)”.⁸¹

Finalmente se acoge el amparo económico por estimar lisa y llanamente que “el procesamiento de datos (...), la impresión de los mismos y su mecanización hasta obtener una carta física no se contemplan en el objeto de la Empresa”,⁸² ya indicado.

77 Idem.

78 Artículo 2 inciso 1 del DFL N° 10 de 1981.

79 C. Stgo. cit., cons. 2°.

80 Idem.

81 Idem.

82 Idem, cons. 8°.

Valoración

Hemos visto que, al igual que en "Asimet A.G. con Codelco", la discusión se centra parcialmente en la consideración de la calidad de accesorios a la actividad principal de aquellos actos calificados por la ley como "actividades similares", cuestión por cierto muy relevante –pero no la única– para la resolución del conflicto, sin consideración alguna a lo que hemos venido señalando.

En efecto, casi la totalidad de la doctrina y gran parte de la jurisprudencia –como se ha visto– se ha valido de utilizar el argumento del principio de subsidiariedad. Sin embargo, ¿alguno de ellos ha indagado acerca de la aplicación efectiva de tal principio rector de la actividad económica del Estado? ¿Se han interrogado acerca de la presencia del sector privado en la actividad que se discute? ¿Han llevado hasta sus últimas implicancias el razonamiento que encierra el principio aludido?

Queremos llamar la atención sobre una cuestión que resulta clave para comprender la real vigencia del principio de subsidiariedad: ¿Cuál es el sentido de que el Estado pueda asumir un rol considerado de importancia para el bien común cuando los privados no quieren o no pueden asumirlos? Que las personas puedan acceder al goce de bienes o servicios esenciales de modo continuo y permanente, independientemente de si los que los ofrecen son los privados o el Estado y sus organismos. El cumplimiento de esta finalidad se ve contemplada en nuestra Carta Fundamental, conforme al estudio que hemos hecho de las normas que consagran el principio de subsidiariedad.

Ello es lo crucial de comprender, quedando pendiente la consideración de la actividad de correos como una prestación esencial para la comunidad. Al respecto señalemos que lo que se pretendía con la "extensión del objeto amplio" era beneficiar a los habitantes en aquellas zonas apartadas en las que no existía ninguna empresa que efectuara las actividades que se pretendía ofrecer.

Nótese que no hemos señalado que no existía ninguna *posibilidad* de realización privada. Sólo constato la circunstancia de *inexistencia* privada. Otra cuestión es que una vez prestado el bien o servicio por parte del Estado, deben realizarse todos los esfuerzos para que la iniciativa individual las asuma, sin embargo, si son consideradas de relevancia para la comunidad está claro que no pueden ser interrumpidas, pues las necesidades públicas deben ser satisfechas por la Administración "en forma continua y permanente", según lo prescrito por el artículo 3° de la Ley N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado.

Por último, recordemos nada más que desde un punto de vista doctrinario, el Estado no nace para realizar lo que las sociedades menores pueden hacer por sí mismas, sino que para desarrollar precisamente lo que estas sociedades no *pueden ni quieren* hacer por sí mismas, suplencia que debe hacerse a condición de que se trate de actividades de importancia para el bien común.

*e) Asociación Nacional de la Prensa A.G. y otros con el Metro S.A.*⁸³

Otro caso relevante en que el tema del “objeto social” se constituyó en el centro mismo de la discusión –pudiendo resolverse a nuestro juicio por otra vía– fue el llamado “caso el Metro”, cuyo desarrollo comenzó cuando la empresa estatal Metro S.A., creada por ley N° 18.772 celebró un contrato con las empresas M.T.G. (Modern Times Group) y M.I. (Metro International S.A.) para efectos de editar, publicar y distribuir diaria y gratuitamente un periódico a los pasajeros del servicio de la empresa el Metro S.A.

El contrato era asimilable a un arrendamiento del espacio físico como de la marca del tranvía urbano, que serían utilizados por las empresas extranjeras para la venta y distribución del diario, cobrando el Metro S.A. una renta a cambio de tal utilización. Esta actividad habría estado permitida en cuanto la ley 18.772 autorizaba a la empresa a “desarrollar actividades empresariales de servicio público de transportes de pasajeros, mediante ferrocarriles metropolitanos urbanos y suburbanos u otros medios eléctricos complementarios y servicios anexos”⁸⁴, “pudiendo con tal fin constituir o participar en sociedades y ejecutar cualquier acto u operación relacionado con el objeto social”⁸⁵, con lo cual quedaba comprendida la actividad de arriendo de espacio físico de las instalaciones del Metro S.A, quedando sólo expresamente prohibida la dación o cesión “a ningún título del giro principal de transporte que se realice...”⁸⁶

Los recurrentes de amparo económico estimaban que sin perjuicio de tratarse aparentemente de un contrato de arrendamiento –cuya posibilidad no objetaban– en verdad se estaría frente a uno diverso, pues existían elementos atípicos que mutaban su naturaleza jurídica. A modo de ejemplo, se estipulaba que el monto de la renta de la cesión estaría vinculada a la facturación mensual de las empresas M.T.G. y M.I. por concepto de venta de publicidad para el diario; la designación por el Metro S.A. de dos de los cinco miembros del Comité Editorial del mismo; la reserva por parte de la empresa estatal de dos derechos: el derecho de veto para la incorporación de nuevos accionistas para las empresas extranjeras y el derecho de aprobar o rechazar la enajenación de la participación de M.T.G. y M.I. en la empresa editora que se constituiría en Chile.

En consecuencia, agregaban los recurrentes, la verdadera naturaleza jurídica del contrato sería más bien la de un “joint-venture” o “asociación”, concluyendo que, en virtud de lo señalado precedentemente, el contrato podría calificarse como de “participación”, actividad ésta no prevista por la ley habilitante, con lo cual se infringían tanto el principio de legalidad y, particularmente, de especialidad, contenidos en la disposición constitucional del inciso 2° del artículo 19 N° 21.

⁸³ Vid. sendos artículos de destacados autores que partiendo de los mismos supuestos desarrollados en este trabajo, arriban, no obstante, a algunas conclusiones diversas sobre este caso en particular. FERNANDOIS VHORINGER, Arturo, “Asociación empresarial entre el Estado y particulares: el caso Metro S.A.”, en RCHD, vol. 27 N° 1, 2000, pp. 189–194; y SOTO KLOSS, Eduardo, “Legitimidad de la distribución gratuita por un tercero de un periódico en la red de transporte de Metro S.A. El uso de la marca”, en RCHD, vol. 27 N° 2, 2000, pp. 225–250.

⁸⁴ Ley 18.977, art. 1°.

⁸⁵ Idem, art. 2°.

⁸⁶ Idem.

La Corte de Apelaciones, no obstante interesantes disquisiciones doctrinarias sobre las que no cabe extenderse aquí, falló en favor del recurrido —el Metro— señalando que atendido el tenor de la ley habilitante, además de la historia fidedigna de la misma, podía concluirse que el legislador buscó una redacción que permitiera ejercer la actividad propia del giro, sin poder “dar en concesión la actividad principal, pero sí las accesorias... (como) el arriendo de los locales comerciales, la publicidad, etc.”,⁸⁷ con lo cual la actividad recurrida no sobrepasaba el giro accesorio o anexo autorizado a la empresa Metro S.A. en la citada ley 18.772.

Apelada la sentencia de primera instancia, la Corte Suprema acogió el recurso, concluyendo, luego de analizar la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre el Metro y las empresas extranjeras mencionadas, “no siendo el contrato en estudio un arrendamiento” (...), se está frente a un contrato de aquellos denominados de “colaboración empresarial”, en que el Metro S.A. participa en la actividad empresarial, colaborando en un quehacer conjunto para la edición, publicación y distribución de un diario”,⁸⁸ constituyendo ello “una suerte de alianza estratégica” entre tales empresas, circunstancia que requería de una autorización legal de quórum calificado que no existía.

Valoración

Sin perjuicio de adherir no sólo con el resultado del fallo dictado por el tribunal máximo, sino que también con sus fundamentos, creemos firmemente que, habida consideración de todo lo que hemos venido sosteniendo, la cuestión trabada en el caso el Metro podría haber sido resuelto de modo más directo y conveniente.

Más directo, en cuanto la discusión generada a partir de los razonamientos del tribunal de primera instancia y seguidos por el de segunda, aunque de todo interés jurídico, desvían el foco de atención del punto central del problema, por lo cual la argumentación relativa a la extensión del objeto social, si bien es cuestión relevante, es accesorio en relación al problema principal: la consideración del cumplimiento del principio de subsidiariedad, que es lo que conviene a fin de resolver el fondo del conflicto que subyace a la norma constitucional.

Dicho de otro modo: dado por sentado que estamos frente a un objeto social amplio, debe —en consecuencia con lo que hemos sostenido— pasarse al escalón siguiente, en el que corresponde determinar copulativamente, en primer lugar, si existe iniciativa particular que esté explorando satisfactoriamente la actividad de que se trata, en cuyo caso debe replegarse la actividad estatal, y en segundo lugar, si la actividad de edición, publicación y distribución de un diario puede ser considerada como de esencial importancia para el bien común, circunstancia que claramente no se aviene con el caso descrito.⁸⁹

87 C. Sigo., 13 de enero de 2000, rol 4.538-99, cons. 15°.

88 CS, 31 de enero de 2000, rol 248-2000, considerando 7°.

89 Podría hipotéticamente estimarse que en caso de monopolio privado de la actividad periodística escrita, sería justificable desde el punto de vista constitucional, considerar la entrada de un nuevo diario como una exigencia de bien común, siempre que no hubiera otro estatal, además de cumplirse con los otros presupuestos que hemos estudiado.

Planteadas y respondidas tales preguntas no habría sido necesario extenderse del modo en que se hizo respecto del tema del objeto social, como hemos dicho –de suyo susceptible de conjeturas–, respecto del cual sólo bastaba calificar su carácter amplio o específico y luego verificar la existencia de tal actividad empresarial en el país.

En todos y cada uno de los casos jurisprudenciales revisados sigue plenamente vigente la siguiente pregunta: ¿estamos frente a actividades esenciales o imprescindibles para la comunidad?, y en caso de serlas, ¿estaban tales actividades siendo desarrolladas por los particulares, en quienes principia el derecho para desarrollar actividades económicas–empresariales?

Síntesis valorativa

Para finalizar y, aun a riesgo de ser majadero, reforzando lo ya afirmado en tantas ocasiones, se hace ineludible traer a colación dos cuestiones fundamentales:

(a) La recta aplicación del principio de subsidiariedad implica la retracción del Estado empresario en la mayoría de las veces, pero, al mismo tiempo, un fortalecimiento de las funciones propias de éste como la legitimación de sus funciones de suplencia, tal como lo vimos, cuando los particulares no *quieren* o no *pueden* desarrollar actividades empresariales.

En efecto el más fervoroso divulgador de la primacía de la iniciativa privada frente la estatal afirma, a nuestro juicio correctamente, “que sólo por excepción el Estado puede asumir cometidos empresariales, si se satisfacen los requisitos definidos por el principio de subsidiariedad (art. 1 incs. 1° y 3°), en la medida que así lo autorice una previa, expresa y específica ley de quórum calificado”⁹⁰, de lo que se desprende que no basta la sola consideración de la disposición del Estado empresario (art. 19 N° 21 inciso 2), para determinar si éste puede intervenir en tareas empresariales.

(b) Conforme a lo anterior, la preferencia constitucional para la actividad empresarial de los particulares cede frente a la obligación del Estado o de sus organismos de desarrollarlas supletoriamente, cuando:

- Se trate de actividades de cierta relevancia para la consecución del bien común (art. 1 inciso final), pues no resulta indiferente para el bien de la comunidad que se trate de un bien o servicio público o privado.⁹¹
- No haya particulares emprendiendo satisfactoriamente tal actividad, de manera que sin la intervención estatal no habría sido posible extender tales servicios en lugares donde la iniciativa privada no puede o no quiere llegar.

Ello ha sido lo que precisamente ocurrió en el caso “correo híbrido” que vimos, pues la iniciativa empresarial de Correos de Chile, además de no estar siendo efectuada por

90 ARÓSTICA M. ob.cit., p. 13.

91 Ver nuestro capítulo II, p. 47 sobre el concepto de bien público.

los particulares, habría permitido –de rechazarse el recurso– la posibilidad a muchas comunidades que no disponían de la posibilidad de pago de cuentas en oficina de correos, hacerlo, actividad que la iniciativa privada no habría impulsado hasta entonces.

Coherente con lo que hemos sostenido tanto respecto del principio mismo como de su consagración constitucional, útil resulta recordar que, además de lo preceptuado expresamente en la Carta, es en la aplicación de la subsidiariedad donde debe encontrarse la real herramienta que permita abordar la cuestiones con que nos hemos enfrentado y, en tal sentido, si no hay doble opinión en cuanto a que si la actividad privada desarrollada con “*carencias*” o “*deficiencias*”, podría ser *suplida* temporalmente por el Estado (naturalmente bajo los presupuestos constitucionales), con mayor razón, en caso de *inexistencia* de la actividad particular, y tratándose de una actividad de suyo relevante, la autoridad tendría la obligación de intervenir, favoreciéndose una interpretación finalista del objeto social definido por la ley.

Téngase en cuenta que me he valido de expresiones utilizadas por el más prolífico y convincente detractor del Estado empresario, quien, no obstante llegar a una conclusión diversa de la sostenida aquí, ha servido, junto con otros, de inspiración para llegar en este caso a la conclusión contraria. En efecto –ha dicho el profesor ARÓSTICA– comentando el caso “El Metro”, que a los jueces “no debió escapárseles que, en la especie, no concurrían los presupuestos que demanda el principio de subsidiariedad para legitimar la gestión estatal de un rubro empresarial, como quiera que el traslado de pasajeros por microbuses es atendido, sin carencias ni deficiencias, por el sector privado”⁹², de lo que se desprende que si resulta legítima la suplencia por carencias o deficiencias, con mayor razón lo es por inexistencia de la actividad privada.

Lo anterior permite compatibilizar la integración entre el respeto a la iniciativa particular con la necesaria intervención del Estado, con el fin de proteger la misma libertad económica.⁹³

Creemos que la fórmula acerca de la necesaria intervención del Estado en las actividades empresariales de los particulares no deja de ser una consigna si no se clarifican los fines y medios para replantear las tareas del mismo en nuestro tiempo.

2.5. *Problema probatorio*

El problema que surge plantear –brevemente aquí– es acerca de la prueba en el contexto de un procedimiento de urgencia constitucional, como lo es el del amparo económico, de las cuestiones fácticas o de hecho que corresponden a la efectiva participación que la iniciativa privada ocupa en un rubro o actividad empresarial en un momento preciso. Ello, para efectos de poder contestar adecuadamente a la pregunta de si los privados están desarrollando o no una actividad determinada.

92 ARÓSTICA M., ob. cit., p. 155. (El destacado en cursiva es nuestro)

93 MILLÁN PUELLES, Antonio, *Economía y libertad*, Industrias Gráficas de España, Madrid, 1974. p. 432.

Sin perjuicio que en muchas ocasiones ello no será necesario probarlo por tratarse de hechos públicos y notorios, como el caso “El Metro”; otras veces, es la propia Corte la que constata la circunstancia de existir particulares desarrollando una actividad empresarial determinada, en su propia sentencia, relevando así la necesidad de prueba por ello.⁹⁴ Así ha ocurrido en “Ebner con Municipalidad de Limache”⁹⁵, en “Asociación de Impresores con Empresa de Correos”⁹⁶, “Casa de Moneda II”⁹⁷, entre otros.

Conclusiones

1) Si efectivamente la subsidiariedad constituye un principio–norma reiteradamente enunciado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, debe darse un paso adelante en la aplicación del artículo 19 N° 21 en relación con la norma legal supeditada, toda vez que es en el examen del principio en cuestión, como veremos, donde se encuentra el parámetro que orienta a fijar la cuestión relativa a la interpretación del objeto social con que la ley ha definido el accionar de las organismos y/o empresas del Estado. De lo contrario, el examen jurisdiccional corre el riesgo de convertirse en uno de legalidad del acto o contrato recurrido, sin que se efectúe un contraste de constitucionalidad entre aquel acto de poder (desborde o ampliación del giro) y la norma constitucional.

2) Aplicando este principio a las normas constitucionales sobre el Estado empresario, se ha sugerido desplazar el eje de la discusión, desde la sola consideración del objeto social a la aplicación del principio que da sustento a tal norma, planteando un modalidad hermenéutica que releve a segundo plano la visión excesivamente formalista con que la jurisprudencia ha interpretado uno de los requisitos –principio de especialidad– que la Carta Fundamental dispone para que el Estado pueda desarrollar o participar en actividades empresariales, permitiendo ello abrir la puerta a un análisis de la disposición constitucional que sea iluminada por una interpretación axiológica de la misma que desarrolle una real comprensión del principio que ha sido objeto de nuestro estudio, todo ello con el fin de favorecer una aplicación *pro personae* y no pro Estado, lo que exige, en excepcionales ocasiones, y precisamente en favor de la primacía de la persona, abrir una posibilidad al Estado o sus organismos para que desarrollen actividades empresariales de importancia para el bien común cuando los particulares no las hayan asumido como propias.

94 Recordemos que la norma relativa al relevo de prueba señala que “no hay necesidad de prueba” respecto de “aquellas peticiones cuyo fallo se pueda fundar en hechos que consten en el proceso, o que sean de pública notoriedad (...), art. 89. C. de Procedimiento Civil.

95 C. Valp., 27 de octubre de 2000, RDJ 97 N°3, p. 236, cuyo considerando 2° señalaba que “la recurrida (...), no niega el hecho, por el contrario, sostiene que la construcción de la clínica veterinaria se acordó por el Concejo Municipal (...)”.

96 C. Stgo., 20 de noviembre de 1998, cons. 1°, en GJ N° 22, pp. 50 a 59C, considerando 1°, en que se deja constancia de la representatividad del recurrente en la actividad de que se trata.

97 C. Suprema, 4 de noviembre de 2003, considerando 1°, rol 4.316–2003.

