



FJG

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN

APUNTE CONSTITUCIONAL N° 23

***Estado empresario
en la propuesta de
texto constitucional***

24 de noviembre de 2023

Con todos los cambios que se introdujeron a la regulación constitucional por parte de la Comisión de Expertos y el Consejo Constitucional, surgieron dudas de si, como en la Convención pasada, se fortalecía al Estado en su faceta empresarial. La verdad es que, en general, la regulación de la actividad estatal en la economía en el texto constitucional propuesto sigue la misma línea de la Constitución actual, que es restringirla, pero no prohibirla. A grandes rasgos, se establece un Estado empresario regulado, que, si es que logra superar la barrera de entrada para crear empresas, debe competir en igualdad de competencia con los privados.

Es importante recordar la razón de dicho modelo. Ésta se compone justamente de un Estado limitado en su faz económica, y que una vez que crea una empresa, debe competir en ese rubro de igual a igual con los privados, no pudiendo beneficiar o perjudicar a alguno de ellos de forma arbitraria. Surge como una consecuencia del Estado empresario que se había construido con la Constitución de 1925, en que intervenía fuertemente en la economía y cuyas empresas eran la piedra angular de varios mercados estratégicos, como IANSA, COPEC, etc., las que eran asistidas en tiempos de crisis por el mismo Estado. Esto terminó dañando la economía, tanto por la poca competitividad del mercado, como por las constantes intervenciones en las empresas que seguían siendo privadas que había para la década de 1970¹. Por eso es que todo lo que actualmente es el artículo 19^o21 es original de la Constitución actual².

[1] Cristián Larroulet, "Reflexiones en torno al Estado empresario en Chile", en *Documentos de Trabajo* (ed. CEP), n°22, 1984, pp. 3-4.

[2] Jaime Arancibia, *Constitución Política de la República de Chile: Edición histórica*, Santiago: El Mercurio, 2021.



I. Regulación principal del Estado empresario

El equivalente al artículo 19°21 es el 16°32, que dispone:

“Artículo 16.- La Constitución asegura a todas las personas:

[...]

32. El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la salud pública, al orden público, o la seguridad de la Nación, respetando las normas legales que la regulen.

*a) Una ley de **quorum calificado** podrá autorizar al Estado y sus organismos para desarrollar actividades empresariales o participar en ellas. Estas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que, por motivos justificados, establezca dicha ley.*

b) En ningún caso las sociedades y empresas estatales podrán regular, fiscalizar o supervigilar las actividades económicas comprendidas en su jiro u objeto.

*c) Es deber del Estado **promover** y defender la libre competencia.*

*d) Es deber del Estado **promover** el emprendimiento y la innovación en las actividades productivas, considerando la protección del medio ambiente, la sustentabilidad y el desarrollo.”*

La letra a) de la norma es el eje principal de la regulación de la participación del Estado en la economía. Para crear una empresa, el Estado necesitará de una ley de *quorum* calificado (aprobada con la mayoría absoluta de los votos de los parlamentarios en ejercicio) para desarrollar actividades empresariales o incluso participar de ellas. Además, se establece que deben someterse a las mismas normas que los privados. En suma, se reitera el artículo 19°21 actual.

Sin embargo, sí se innova con la letra b), que quedó zanjada finalmente en la Comisión Mixta y sólo con los votos de la derecha. Lo que se buscó evitar con esta adición es que el Estado sea “juez y parte”, beneficiando a sus empresas con la fiscalización que él mismo ejerce, que podría perjudicar a los regulados que a la vez son su competencia. La izquierda, sin embargo, alegó que hay industrias en que ya ocurre, como EFE Trenes controlando los rieles de las vías, que es natural que sea así, y que cambiarlo podría sacudir demasiado el rubro³.

[3] Sesión de la Comisión Mixta del proceso constitucional, 21 de octubre de 2023.

Las letras c) y d) denotan el rol que ha tomado el Estado chileno de cara a la economía desde la Constitución actual en adelante: regular. Se pasa del Estado empresario al Estado regulador. Él promueve o delimita, pero no interviene directamente si no es por medio del derecho. En el texto, se consagran expresamente la libre competencia, el emprendimiento y la innovación como bienes que merecen especial promoción.

En el numeral siguiente se establece la no discriminación del Estado en materia económica. Se dispone en el artículo 16°33 inciso segundo que:

“33. La no discriminación arbitraria en el trato que debe dar el Estado y sus organismos en materia económica”.

Esto complementa el anterior, pues refuerza la idea de que el Estado no puede mostrar favores por ningún sector, o empresa —y menos, la suya propia—. Se refuerza la idea de un Estado regulador, que raya la cancha y promueve ciertos bienes sin interferir favoreciendo indebidamente a un actor en particular.

Esta materia, junto con la mayoría de la regulación de lo que es conocido como orden público económico, fue tomado de la Constitución actual por la subcomisión de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión de Expertos, y no experimentó casi ninguna modificación.

Vale la pena agregar, dado que es una relevante mención al Estado empresario (constituyendo una excepción al meramente regulador),



Foto: duna.cl

que se mantiene la regulación de la explotación de los minerales no susceptibles de concesión. Ésta se encuentra regulada en el artículo 16°35 h), que establece:

“h) La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación debidamente licitados, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo. Esta norma se aplicará también a los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional y a los situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad del país. El Presidente de la República podrá poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización que

corresponda, a las concesiones administrativas o a los contratos de operación relativas a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad del país.”

Como se sabe, esto habilita al Estado explotar los minerales declarados como no susceptibles de concesión a través de empresas que él cree, o a través de aquellas en las que tenga una participación mayoritaria, además de permitirle a los privados hacerlo bajo las figuras de las concesiones administrativas o los contratos especiales de operación. Esta es la mayor intervención estatal en la economía que la Constitución contempla, pero encuentra su justificación en el dominio estatal de las minas, y en la importancia estratégica de la minería para el país.



Foto: terram.cl

II. Regulación tangencial de las empresas del Estado

Los siguientes artículos contemplan al Estado empresario, pero no establecen su marco de operación como en el apartado anterior.

1. "Artículo 57.-

3) *Crear comisiones especiales investigadoras a petición de a lo menos dos quintos de los diputados en ejercicio, con el objeto de reunir informaciones relativas a determinados actos del Gobierno. Si dicha solicitud no fuere aprobada por la Cámara, no podrá ser renovada sino después de seis meses. Transcurrido dicho plazo, se podrá presentar nuevamente la solicitud, en la medida que existan nuevos antecedentes que la justifiquen.*

El funcionamiento de una comisión especial investigadora no podrá extenderse por más de sesenta días, prorrogable por otros treinta.

*Vencido aquel plazo, elaborará su informe final dentro de quince días contados desde la última sesión. Estas, a petición de un tercio de sus miembros, podrán despachar citaciones y solicitar antecedentes. Los ministros de Estado, las demás autoridades y funcionarios de la Administración del Estado, **el personal de las empresas del Estado o de aquellas en que este tenga participación mayoritaria**, y quienes hayan ejercido dichas funciones en el último año, que sean citados por estas comisiones, **estarán obligados** a comparecer y a suministrar los antecedentes y las informaciones que se les soliciten, salvo aquello que revista el carácter de reservado de conformidad con la ley. En caso de no comparecer, podrán ser sancionados por la Contraloría General de la República, en conformidad con la ley.”.*

El texto constitucional consideró oportuno mantener la comparecencia obligatoria de ciertas autoridades estatales a las comisiones especiales investigadoras consagrada en el actual artículo 52. Dentro de éstas, están los funcionarios de empresas del Estado o de aquellas en donde tenga participación mayoritaria.

2. “Artículo 67.-

*1. Los cargos de diputados y senadores son incompatibles entre sí y con todo empleo o comisión retribuidos con fondos del Fisco, de las municipalidades, de los gobiernos regionales, de las entidades fiscales autónomas, semifiscales o de las **empresas del Estado o en las que el Fisco tenga intervención por aportes de capital**, y con toda otra función o comisión de la misma naturaleza. Se exceptúan los empleos docentes y las funciones o comisiones de igual carácter de la enseñanza superior, media y especial.*

*2. Asimismo, los cargos de diputados y senadores son incompatibles con las funciones de directores o consejeros, aun cuando sean ad honorem, en las entidades fiscales autónomas, semifiscales o **en las empresas estatales, o en las que el Estado tenga participación por aporte de capital** y en los cargos directivos de naturaleza gremial o vecinal.”*

También se mantiene la incompatibilidad del cargo de parlamentario con aquellos empleos vinculados a empresas estatales o incluso a aquellas en dónde éste tenga intervención por aporte de capital.

3. “Artículo 74.- Sólo son materias de ley:

[...]

j) Las que fijen las normas con arreglo a las cuales las empresas del Estado y aquellas en que este tenga participación puedan contratar empréstitos, los que en ningún caso podrán efectuarse con el Estado, sus organismos o empresas.”

Este numeral, contemplado dentro de las materias de ley, señala que sólo a través de la ley se pueden fijar las normas según las cuales las empresas del Estado pueden contratar préstamos. La limitación al Estado empresario se refleja en que se le sube el estándar a la regulación a la que se sujeta para aquello, pues una ley tiene mayor jerarquía que un decreto o un reglamento. Además, incluso con este estándar mayor se le impide al Estado prestarle dinero a sus propias empresas, por los conflictos que esto puede generar.

Esta norma encuentra su inspiración en el artículo 63º9 de la actual Constitución.



4."Artículo 133.-

1. La ley institucional podrá autorizar a los gobiernos regionales y a las empresas públicas para asociarse con personas naturales o jurídicas con el fin de propiciar actividades e iniciativas sin fines de lucro que contribuyen al desarrollo regional. Las entidades que al efecto se constituyan se sujetarán a las normas comunes aplicables a los particulares y a las leyes que velen por la transparencia, la probidad y el buen uso de los recursos públicos."

Esta norma le permite una mayor acción al Estado empresario que se encarna en las empresas públicas, para poder asociarse en pos del desarrollo regional, pero sin poder llevar a cabo actividades con fines de lucro. Sin embargo, a pesar de que no lucren, de todas formas se reitera la máxima del artículo 16°32 a), que señala que deben someterse a las mismas reglas que los particulares. Esta es una novedad propia del mayor tratamiento que tienen los gobiernos regionales en esta Constitución, por lo que no encuentra correlación en la Carta Fundamental vigente.



Foto: mch.cl

III. Conclusiones


En conclusión, el texto propuesto por el Consejo mantiene en su esencia la respuesta que ideó el constituyente de 1980 al problema en que se había transformado, para la década de 1970, el Estado empresario. Así, se le establecen fuertes barreras de entrada para la creación de empresas, y después se le impone la obligación de competir en igualdad de condiciones en el mercado, como un privado más.

Esto se complementa con la no discriminación arbitraria en materia económica, y una innovación en que se prohíbe a las empresas estatales regular materias propias de su objeto. Salvo en la minería, por la importancia específica que tiene para Chile, y por el dominio que el Estado ejerce sobre las minas, en general, el texto mira con desconfianza la actividad económica del Estado.

FJG

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN

www.fjguzman.cl

 @FundacionJaimeGuzmanE  @fundacionjaimeguzman  @FundJaimeGuzman

Capullo 2240 - Providencia, Santiago | Tel: (56 2) 2940 1100