

ACCION INTERVENTORA ECONOMICA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA Y PRINCIPIO DE LA SUBSIDIARIEDAD*

OSVALDO OELCKERS CAMUS

Universidad Católica de Valparaíso
Universidad de Valparaíso

Una de las características de la Administración Pública actual es sin lugar a dudas la gran acción interventora que ella realiza en el campo de la actividad económica y su actuación a través de distintas medidas o posibilidades de acción administrativa, según sea la posición que el Estado adopte respecto del medio social en que se desenvuelve.

Así pues y como fórmulas interventoras, podemos señalar que la Administración Pública —y nos referimos a ella como representante para estos efectos del Estado— puede asumir directamente determinadas actividades económicas, algunas de servicio público y otras que en un momento dado se consideran como esenciales o estratégicas y que surgen, naturalmente, de la creciente complejidad de las relaciones Estado-Sociedad y de la exigencia social de satisfacer nuevas necesidades públicas.

Por otro lado, también la Administración participa en el control institucional e interviene en los procesos económicos privados, especialmente cuando por dichas actividades se satisfacen necesidades de carácter general.

Dicha intervención es, además, obligatoria en el manejo presupuestario o financiero cuando el Estado participa a través del aporte del financiamiento de tal

* Conferencia.

actividad o velando por la libre competencia, o por la transparencia de la actividad.

Puede también la Administración intervenir en la actividad privada cuando aplica una política de fomento a esa actividad, en que prácticamente no cabe duda que los entes privados favorecidos con la medida económica, se acogerán conforme a determinadas condiciones, a los beneficios que esa medida de fomento trae consigo a cambio, naturalmente, de lograr un desarrollo creciente de una actividad económica o zona geográfica.

Por último, puede la Administración Pública intervenir en las actividades privadas en forma directa y a través de actos unilaterales autorizados por la ley; como, por ejemplo, a través de la aplicación de una política impositiva para el desarrollo. En todos estos casos no podemos olvidar y tener presente que el poder legislativo ha debido participar, ya sea directamente a través de la ley, o indirectamente a través del decreto con fuerza de ley, autorizando o permitiendo la acción interventora de la Administración.

Pues bien, esta creciente participación de la Administración Pública en los procesos económicos y sociales provoca una gran cantidad de problemas al administratista, el que trata de dar respuestas y enmarcar dentro de lo tradicional a fenómenos absolutamente nuevos que invaden en el campo del Derecho Administrativo. Pensemos dentro de este marco en la creciente erosión del principio de la legalidad en base a la atribución de poderes interventores discrecionales a la Administración. Por ejemplo: Los acuerdos del Banco Central, tanto en sus efectos nacionales como en el comercio exterior, su naturaleza jurídica en relación a sus efectos obligatorios. Pensemos también en la crisis del principio de la autonomía de la voluntad, en la aparición de nuevas fórmulas contractuales forzosas u orientadoras de la voluntad del administrado, como el contrato de seguro forzoso respecto de terceros; en mate-

ria de tránsito público; o el seguro de transporte; o las intervenciones en la contabilidad sindical; o en la intervención de las instituciones bancarias, o en la seguridad social privada. También la aparición de nuevos fenómenos relativos a la acción planificadora de la Administración, como planes económicos y sociales de desarrollo y fórmulas de acción concertada, materias todas que difícilmente encajan en la sistemática tradicional del Derecho Administrativo.

Nos encontramos, pues, con un intervencionismo de la Administración Pública directo o indirecto que adquiere determinadas características al materializarse en estructuras de mercado, y me refiero a ello, entendiendo el sentido de estructura de mercado, como la situación en que las decisiones van a estar en manos de los entes privados y que la Administración sólo actuará en base a determinadas medidas públicas, pero que se refieren especialmente a esos fines privados. No es difícil observar desde esta perspectiva como el concepto de intervención no aclara en qué consiste realmente ese "hacer" o esa "presencia orientadora" de la Administración. Preguntas como, ¿qué es una medida de intervención?, o ¿cuándo nos hallamos ante acciones interventoras de la Administración?, tienen realmente hoy una difícil respuesta, especialmente por las finalidades de interés general de determinadas actividades de los entes privados por los que vela la Administración. En otros casos la asunción directa de nuevos fines por parte de la Administración, o la fijación de tales fines y su forma de lograrlos permitiendo a particulares asumirlos, ¿en qué medida afecta o reduce el campo de acción de esos particulares?, ¿hasta qué punto se ve afectada la igualdad y libertad frente a una Administración que ve un día restringido y otro día ampliada sus facultades interventoras? Pensemos en la ley 18.022, modificatoria a la Ley de Bancos.

Por otro lado, pero también desde la perspectiva interventora, se asiste a la recalificación de conceptos

tradicionales en donde aparecen nuevas funciones y finalidades que deben cumplir las instituciones. Así se proclama la función social de la propiedad (Art. 1º N° 24, inc. 2º de la Constitución 80), la ordenación de la economía hacia fines sociales (Art. 19 N° 21 de la Constitución 80), en que se proclama el derecho a realizar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, orden público, seguridad nacional y respetando la legislación o el bien común, como límite a la iniciativa de los entes privados, medidas que también legitiman de una u otra forma la intervención estatal a través de la interpretación de los objetivos y finalidades.

Con lo señalado no podemos desconocer la presencia interventora de la Administración. Pero, por otra parte, no es menos cierto, especialmente hoy en día, que se declare que la Administración Pública en el actuar en la vida económica, entendida en términos globales, debe hacerlo a título subsidiario.

¿Cómo se compaginan, pues, los conceptos intervencionismo y subsidiariedad? En estas reflexiones tratemos simplemente de plantear elementos para la respuesta, señalando, desde ya, que la actuación de la Administración en la actividad económica queda limitada siempre por la concurrencia de unos motivos tipificados por la ley y siendo dentro de ese marco, la actividad administrativa interventora y subsidiaria, entendida como lícita.

ELEMENTOS DEL ANALISIS

La vida económica aparece dividida hoy en dos sectores, uno público y el otro privado, básicamente en función del sujeto titular y de la naturaleza de los fines perseguidos. Esta división no implica preocuparnos por

ahora de la normativa reguladora de tales fines, o el estatuto jurídico aplicable.

Asistimos a un intento de privatizar organismos públicos aplicando esquemas estatutarios privados a esa nueva institución que se crea. Sin perjuicio de lo anterior, señalaremos desde ya que a nuestro entender en la mayoría de estos casos el sujeto titular, su organización, financiamiento y finalidad del organismo que se crea bajo estas nuevas fórmulas siguen siendo públicas y dentro del denominado sector público a pesar de su apariencia privada. Pensamos en la ya antigua Corporación Nacional Forestal, hoy en la Corporación Portuaria, en las Corporaciones de Asistencia Social y Desarrollo de las Municipalidades, en las Corporaciones de Asistencia Judicial y otras que aparecen como soluciones aparentes para desvincular a la Administración de las tareas públicas que a tales organismos se les encomiendan. Hay aquí una aparente privatización de su actividad.

Por otra parte, se debe tener presente que la Administración Pública pone en práctica toda una política planificatoria a través del Sistema Nacional de Planificación que se establece en favor de los particulares y da paso a nuestro entender a una liberalización económica. Esto porque una planificación indicativa no va a obligar jurídicamente al sector privado a adoptar determinadas acciones; su actuación siempre se regirá por el principio de libertad de decisión e iniciativa en esta materia. La acción planificadora de la Administración será una orientación y una fuente de información esencial de toma de decisiones para el sector privado. Debemos tener presente el Art. 19 N° 21 de la Constitución Política 80, y el Plan Nacional Indicativo de Desarrollo 1979-1984, Odeplan, abril 1979. En este aspecto, podríamos agregar que al tener el Plan Nacional el carácter de indicativo, no vinculante para el sector privado, éste sí tiene como única eficacia jurídica la vinculatoriedad para la Administración Pública,

pues si no, no tendría razón de ser un Plan de Desarrollo Nacional.

El plan indicativo traza, pues, una política de desarrollo en que la función principal del Estado será la de impulsar y orientar permanentemente la acción del sector privado hacia la consecución de los fines propuestos conforme a una estrategia de desarrollo, utilizando como instrumentos fundamentales las distintas políticas que elabora, ejecuta y controla la Administración Pública, y agregando, que el fin del Estado así entendido es el de crear el conjunto de condiciones que permita a todos y cada uno de los miembros de la sociedad alcanzar su desarrollo. Para ello se utiliza el sistema de planificación y se dictan las normas generales y no discriminatorias entre individuos, grupos, sectores y regiones de la actividad nacional.

A través del plan se impulsa y orienta permanentemente la acción y esfuerzos tanto del sector privado como del sector público hacia la consecución de los objetivos trazados. Para lograr estas metas y para lograr que las actividades subsidiarias y orientadoras del sector público sea eficiente y congruente, se precisa la cooperación y coordinación de las instituciones que lo integran, tarea que recae naturalmente en la propia Administración. Hay aquí otro elemento de la dualidad, intervencionalismo-subsidiariedad.

Mirando ahora el asunto desde la perspectiva de la subsidiariedad, podríamos decir que ella condiciona toda expansión y crecimiento del Sector Público, respecto a los servicios públicos que se deben realizar o ejecutar, e incluso determina la mayor o menor participación directa o indirecta, la fiscalización e intervención, que a la Administración le pueda corresponder en el proceso de la satisfacción de necesidades generales.

La Constitución Política restringe la participación activa del Estado en la actividad económica empresarial a una ley de quórum calificado que la autorice,

reconociendo aquí y a nuestro entender la subsidiariedad de la Administración en esta actividad.

Así pues, la actividad subsidiaria de la Administración en el sector económico se encuentra indirectamente señalada en la Constitución Política 80, art. 21, inc. 2°, en el sentido que no se le priva al Estado la posibilidad de asumir como empresario, se le permite, pero condicionando su participación a una ley de quórum calificado que lo autorice.

No basta, pues, la creación del órgano y la atribución de competencia, es necesaria la ley que permita el desarrollo de tal o cual actividad empresarial por parte de la Administración. Más aún, la propia Constitución somete tal actividad desde ya a la legislación aplicable al sector privado. O sea, deberá actuar la Administración —en el evento que exista legislación privada— en un régimen de competencia de mercado, que no existiría en el evento de una actuación subsidiaria, o sea, que falte la iniciativa privada.

En tales circunstancias podría suceder que por motivos justificados establecidos en la ley (de quórum calificado) se le atribuyeran a la Administración potestades públicas que son justamente las que exorbitan el Derecho Privado y determinan la aplicación del régimen administrativo y por lo tanto del Derecho Administrativo. En este caso pensamos se eliminaría la iniciativa privada, o sea, se transformaría la actividad en actividad de servicio público en donde la característica esencial es el estar el servicio público configurado monopolísticamente (competencia exclusiva y excluyente) y siendo, por lo tanto, imposible la iniciativa privada. O, la otra alternativa, en que la Administración interviene a falta de acción del sector privado, o sea, actúa supliendo la iniciativa privada, pero regida por normas o principios de Derecho Privado, aun cuando estos no se encuentran establecidos en una legislación positiva. En tal circunstancia, no se trataría de la prestación de un servicio público, teniendo presente, por

una parte, que los particulares no ven limitadas sus facultades empresariales (no existe actividad de servicio público) y, por otra, que la actuación de la Administración es por un período de tiempo, mientras desaparecen o se modifican las circunstancias que dieron origen a su acción o cuando aparece el sector privado dispuesto a asumir la tarea o servicio ejecutado hasta ese momento por la Administración. Se trata aquí de suplir y no de sustituir la iniciativa privada.

A nuestro entender, y frente a estas dos situaciones, debemos señalar que la formulación del principio de subsidiariedad debe ceñirse a aquellos sectores en que es posible la iniciativa privada, lo cual excluye a la actividad de servicio público, ya que aun cuando estos fueran gestionados por particulares, su titularidad es asumida en forma exclusiva y excluyente por la Administración Pública.

No es menos cierto sí que el principio de subsidiariedad que fue en un primer momento planteado, desde la perspectiva económica de competencia de mercado, se ha extendido y extrapolado también a campos tradicionales y exclusivamente públicos, con incidencia económica, y que se consideran dentro del concepto amplio de servicio público. Pensemos en actuales iniciativas en materia de educación municipal, subvenciones del Servicio Nacional de Menores a establecimientos de rehabilitación que pasan al sector privado, e incluso obras públicas en que hoy se habla de obras y especialmente autopistas *privadas*, con una legislación en estudio.

Luego, y en términos generales, desde la perspectiva de este trabajo, debemos entender la subsidiariedad (económica) de la Administración, en una fórmula más directa a la señalada en la Constitución Política y ello en el sentido que la Administración no asume tareas de acción directa en materia económica, sino cuando falte la iniciativa privada, y sólo intervendrá (acción indirecta) cuando lo exijan los intereses superiores de la

Nación reconocidos y autorizados por el legislativo. Así pues, el principio tendrá como efecto en esta materia el hecho que la iniciativa privada será el fundamento de la actividad económica, la que deberá ser estimulada, encauzada y sólo excepcionalmente y, en su caso, suplida o intervenida por la acción de la Administración.

No podemos dejar de señalar aquí, que la Constitución Política protege al particular por la vía del recurso de protección, tanto del desarrollo de una determinada actividad económica lícita como también de la actividad empresarial de la Administración que no se ajuste a los contenidos de los arts. 21 y 22, en su caso, de la Carta Fundamental.

Llegados a este punto intentaremos precisar el alcance que tiene el principio de subsidiariedad desde la perspectiva de la acción interventora de la Administración, especialmente en la posibilidad de fiscalizar, crear órganos públicos, o figuras organizativas híbridas revestidas de fórmulas privadas, pero que como dijimos, a nuestro entender, no pierden el carácter de públicas sea por sus fines, financiamiento e incluso, en algunos casos, por su estatuto de rango legal.

En primer lugar, debemos establecer como expresión de la dualidad de los principios intervencionismo-subsidiariedad, el hecho que la Administración actúa en forma directa en aquellos sectores económicos a los que no acude la iniciativa privada o ésta sea deficiente. Será, pues, especialmente el Gobierno y la Administración los que aprecien la insuficiencia de iniciativa privada y la oportunidad de suplirla. Será facultativo por parte de la Administración intervenir, incluso aun cuando falta la iniciativa privada, no existiendo en principio obligación jurídica alguna para tal actuación administrativa.

Sin embargo, es necesario señalar que dado que se trata de suplir la deficiencia de la iniciativa privada

con respecto a determinado objetivo que se pretende lograr, y más aún, si ellos están consagrados en el Plan Nacional, que es vinculante en el Sector Público, pareciera que sí debería pensarse en qué podría existir tal obligación jurídica de la Administración en cubrir dicha necesidad, tomando las medidas directas de acción o indirectas de intervención positiva. Por ejemplo, a través de medidas de fomento. Así, pues, la Administración Pública debería abstenerse de participar en aquellos sectores económicos que se encuentran asistidos por los particulares, a no ser que se trate de sectores estratégicos, previamente definidos o que comprometan la defensa nacional, el orden interno o similares.

Si bien el principio de subsidiariedad trae consigo un llamado a los particulares a la colaboración con la Administración, no es menos cierto que la iniciativa privada se mueve en un esquema de economía social de mercado por el interés de lucro. Luego no podemos pensar que dicha actividad privada va a acudir a aquellos sectores económicos poco rentables o que exijan un elevado volumen de inversión, o ésta se produzca a largo plazo. Será pues la subsidiariedad como dijimos, la que condicione la expansión o restricción del Sector Público, especialmente de la Administración Autónoma o Institucional compuesta preferentemente entre otros, por las denominadas Empresas del Estado. Hoy vemos cómo dicho sector se minimiza o se transforma, siendo este un resultado de la aplicación del principio de subsidiariedad en la acción económica e incluso subsidiariedad en la tuición y dependencia de determinadas organizaciones públicas. Por ejemplo, los centros de rehabilitación de menores que se traspasan a instituciones privadas, o las corporaciones municipales, o las de asistencia judicial.

En segundo lugar, como consecuencia de la actuación subsidiaria de la Administración que la asume para cubrir aquellos sectores descuidados por la iniciativa

privada, debemos insistir, como ya lo dijimos, que ella debería también cesar y traspasarse a los particulares cuando las circunstancias que dieron lugar a la acción de la Administración desaparecen, pues en este plano la actividad administrativa no sustituye ni elimina la privada. Las limitaciones estarían en la calificación de estrategias, en razón de la defensa o alto interés nacional.

La posibilidad de crear o mantener organismos del Estado en base a estos conceptos, de alto interés nacional, estratégicas o por razones de seguridad nacional, nos enfrenta con la amplia facultad de la Administración a la hora de interpretar el significado y el alcance del interés nacional, seguridad nacional o estratégicas. Estamos aquí frente a conceptos jurídicos indeterminados en los que reina un ámbito de apreciación por la Administración, sin que ello signifique en ningún caso decisiones arbitrarias, pero sí decisiones dentro de un aparente marco discrecional. Así, en un momento dado, podrá concluirse que el alto interés nacional significa una ampliación de la acción de la Administración, manteniendo ésta una posición relevante en los sectores básicos, o de otra forma una decidida restricción a la participación pública respetando la iniciativa privada y adoptando políticas decididamente favorecedoras a esa participación privada.

Todas, medidas que deberían traer siempre aparejadas un régimen de fiscalización adecuado y en todo caso, asumiendo la Administración una verdadera lucha, por evitar las prácticas monopólicas.

En tercer lugar, es importante tener presente la relación subsidiariedad con monopolio. En relación con esto se puede decir que la Administración debe en toda circunstancia controlar las prácticas monopólicas, especialmente en un régimen de competencia de mercado. Sabemos lo perjudicial que toda situación monopolística conlleva. Es cierto, por otro lado, que la Administración configura

todo el sector de los servicios públicos monopolísticamente, razones de interés general avalan que determinadas actividades están vedadas a la iniciativa privada, situaciones que se comprenden y se legitiman en función del interés público que cumplen. Se trata también de monopolios de derecho, que son índice inequívoco de actividad de servicio público.

Este interés público que limita la acción privada no existe en los monopolios privados debiendo la Administración dictar las medidas para prevenir y combatir las prácticas monopólicas y demás actividades contrarias a la normalidad del mercado y flexibilidad de la economía. Para que el mercado cumpla con sus funciones conforme al sistema económico que se aplica, es indispensable, por una parte, establecer el régimen jurídico que defina su estructura y por otra, fijar mecanismos de intervención, de carácter excepcional, para restablecer equilibrios, impidiendo trastornos en su funcionamiento. O sea, la Administración enfrenta esta tarea desde una doble perspectiva. Primero define, a través de la legislación, la estructura u organización del mercado conforme a un sistema económico y por otra se encarga de ser el titular de la intervención velando por el funcionamiento del mercado, conforme a potestades públicas fiscalizadoras y sancionatorias que la ley le entrega. (Pensemos en los D. L. 221, 280 y 2.760 sobre la libre competencia que crearon mecanismos de libre competencia y sancionan a quienes la limitan o atentan contra ella, dando origen a un delito económico).

Mirando el asunto desde otra perspectiva, la Administración puede igualmente tomar medidas restrictivas a la actividad monopólica, y así lo ha hecho, derogando determinadas autorizaciones administrativas que se requerían para el ejercicio de una industria o comercio. Autorizaciones que no implican un derecho para exigirla, sino que se trataba de un acto discrecional. Pensemos en el régimen de autorizaciones para ejercitar el corretaje de propiedades inmuebles hoy liberalizado.

También puede la Administración, con el objeto de restringir la acción monopólica del sector privado, crear empresas públicas que puedan combatir las prácticas restrictivas de la competencia, asunto que, en todo caso, atenta contra la subsidiariedad tal como aquí se ha planteado. Si el principio de subsidiariedad conlleva también la posibilidad de una competencia leal entre la empresa pública y la privada, especialmente desde esta perspectiva de combatir las prácticas monopólicas privadas, ello a nuestro entender sería posible. Pero no es menos cierto que nos podemos encontrar con que los monopolios más fuertes y potentes logran desplazar la teórica competencia de la empresa pública, llegando ésta a configurarse en defensa y apoyo de los propios grupos monopólicos. (Pensemos en empresas estatales públicas de producción o suministro y distribución de energía eléctrica, como Endesa, que actúa en las mismas condiciones que las empresas privadas con las que compete en algunos casos en la producción de energía, pero no en las zonas de distribución y en ningún caso compete en las tarifas que son iguales para todas, en términos globales).

En lo que respecta a la creación de los organismos híbridos que señalamos anteriormente, y que se refieren especialmente a estas nuevas corporaciones que aparecen en nuestra legislación, consideramos que con lo ya dicho es suficiente para la perspectiva de este trabajo, señalando únicamente, además, que ellas actuarán probablemente, y en algunos casos, en una competencia de mercado, pero orientada por los costos, o sea ejecutarán el servicio para el cual fueron creadas con aporte estatal y a menor costo que la actividad privada, la que naturalmente se verá afectada en la competencia. Será pues una fórmula reguladora de mercado y del costo de prestación de servicio. Pero por la finalidad que tiene tal actividad será siempre necesaria la intervención en este sentido.

A modo de conclusión, podemos señalar que sólo se ha pretendido mostrar en este trabajo una simple panorámica y a grandes rasgos de cómo el principio de subsidiariedad opera en el ámbito de la Administración Pública interventora y cómo en razón de ésta se crean nuevas formas jurídicas de fiscalización y de organización de la Administración Pública. En todo caso, debemos señalar que no creemos que debe ser el principio de subsidiariedad el que delimite las fronteras entre el sector público y sector privado, especialmente por la existencia de estas nuevas figuras híbridas creadas en nuestra legislación. Debemos tener presente en esta materia que la seguridad jurídica exige una definición en la fijación de normas jurídicas que realmente posibiliten un efectivo potenciamiento y crecimiento del sector privado, pero debidamente equilibrado con los objetivos públicos de servicios públicos e intervención trazados por el Gobierno y la Administración, los que fundamentalmente y conforme a una política planificadora indicativa deberán a su vez constituirse como acciones positivas trascendentales y esenciales del sector público. Buscar esa justa medida y equilibrio es la tarea del gobernante; su concreción es, pues, tarea de la Administración Pública y del sector privado, produciéndose aquí un acercamiento de colaboración entre estos dos sistemas que consideramos que están hoy más que nunca llamados a complementarse.

Una Administración Pública así enunciada, exige una adaptación de gran parte de los mecanismos de actuación y una redefinición de su estructura jurídica a las nuevas circunstancias y orientaciones que actualmente aparecen. Sin lugar a dudas hoy se declara y se materializa la actuación subsidiaria de la Administración, pero su tarea será siempre esencial en la preparación de las decisiones del poder político, en ejecutar tales decisiones dentro de los marcos que se le tracen y en conservar la continuidad de los servicios esenciales sin preocuparse demasiado de los avatares de la vida inme-

diata. Ellos preservan el presente y al mismo tiempo aseguran el porvenir, constituyendo la defensa permanente de los grandes intereses del Estado.