

UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO:
¿Es necesario un régimen legal que regule en
términos generales el funcionamiento y
fiscalización de las empresas del Estado?

MEMORISTA: Jaime Valdés Castañeda

PROFESOR GUIA: Marisol Ortiz Padilla

-2008 -

INTRODUCCIÓN

En una economía de libre mercado como la actual despierta especial interés el tema sobre la actividad empresarial del Estado, ya que implica que éste deje a un lado su rol pasivo en la economía para pasar a ser un sujeto activo como ente productor de bienes y servicios, tarea que preferentemente ha sido entregada por la Constitución Política de la República a los particulares.

La actividad empresarial del Estado nace fuertemente vinculada con el surgimiento e implementación de los modelos económicos socialistas, en donde el Estado asume un importante rol como ente regulador de las fuerzas económicas, asumiendo la actividad productiva con el fin de satisfacer las necesidades de la población que éste considera más imperiosas. La caída de estos modelos ha producido el fortalecimiento de la economía de mercado, en donde éste, mediante la actividad de los particulares, el que determina distribución de bienes y servicios en atención a la ley de la oferta y la demanda, sin perjuicio de la menor o mayor intervención que el Estado pueda tener en la economía con el fin de evitar las consecuencias de la concentración de riquezas, la especulación en el mercado, monopolios, garantizar la libre competencia, etc. De esta manera, en la actualidad, no existe un modelo cien por ciento de libre mercado, ya que siempre el estado tiene un grado de participación en ella.

Una manifestación de la intervención del Estado en la economía es a través de la participación en la actividad empresarial. De esta manera nos encontramos frente en un sistema económico de libertad de mercado que propugna la libre iniciativa privada en materia empresarial, pero que coexiste con la actividad empresarial de Estado.

En Chile, el fenómeno de la actividad empresarial de Estado comenzó tímidamente a principios de los años 30 del siglo XX, para ir creciendo

paulatinamente cada vez más hasta tomar un rol de gran importancia en nuestra economía. Así, a inicios de la década del '70 del siglo pasado, el Estado controlaba prácticamente todo el proceso productivo del país.

Sin embargo, esta expansión en la injerencia del Estado en materia empresarial experimentó un retroceso con la crisis del año 1973, para irse adecuando a las políticas de la economía de mercado. Así comenzó un proceso privatizador de las Empresas Públicas existentes y de incentivos a la iniciativa privada en el sector productivo.

La Constitución Política de la República de Chile del año 1980, actualmente vigente, y modificada en el año 2005, asegura a todas las personas la libertad para desarrollar actividades empresariales y económicas, y solo excepcionalmente el Estado puede desarrollar o participar en éstas, exigiéndose previamente estar autorizado para tal efecto por una Ley de Quórum Calificado, con respeto al principio del subsidiariedad, como asimismo la de actuar en igualdad de condiciones con los particulares que desarrollan la misma actividad.

La garantía constitucional de la libre iniciativa privada para desarrollar actividades económicas se traduce en la excepcionalidad del Estado para desarrollar tales actividades, así el Estado sólo desarrollará las actividades empresariales que los particulares no pueden desarrollar por sí solos o bien no quieren hacerlo.

Existen en nuestro país un número importante empresas del Estado, muchas de las cuales son herencia del modelo económico implementado en Chile antes de la crisis de 1973, y otras creadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de la República de 1980, y que en su mayoría también son fusiones de empresas nacionalizadas antes del gobierno militar y que durante éste se transformaron en Sociedades del Estado para hacerlas más competitivas.

Ahora bien, en consideración a lo anteriormente expuesto y en especial a que la actividad empresarial del Estado es excepcional, la cual se despliega toda vez que los particulares no pueden o no quieren hacerlo (principio de subsidiariedad) considerando que esto último no es aleatorio, sino que responderá necesariamente a alguna circunstancia determinada o especial, y además tomando en consideración cómo el Estado ha manejado la administración de las empresas públicas (la cual en muchos casos ha sido calificada de ineficiente en cuanto a sus resultados en comparación a la actividad privada), es que surge la tendencia a exigir la privatización de las empresas estatales a fin de que sean los propios particulares quienes de manera exclusiva exploten la actividad económica empresarial. Pero por otro lado, hay quienes sostienen que es necesaria la participación del Estado en la actividad empresarial, ya sea por tratarse de servicios que son absolutamente imperiosos para la comunidad, por explotar recursos naturales que son importantes para país, para garantizar a las personas el acceso de la población a determinados bienes y servicios, etc., por lo que sería necesaria esta coexistencia en el mercado de empresas del Estado y privadas.

Cabe preguntarse entonces: ¿Es necesario un estatuto jurídico especial o ley que regule en términos generales la actividad empresarial del Estado y establezca un régimen especial con el objeto de garantizar la obtención de sus fines?

Lo anterior es atención al imperativo constitucional que la actividad económica se desarrollara excepcionalmente en aquellos mercados en que los particulares no quieren o no puedan intervenir, y por lo tanto en actividades en que la demanda no es satisfecha.

Cabe reflexionar además, si se justifica hoy en día la existencia de empresas públicas, toda vez que: ¿Existe realmente un sector de la economía

en donde los particulares no puedan o no quieran intervenir?, y si tomamos en consideración todas las alternativas de financiamiento que existen hoy, ¿es tan cierto que los particulares no puedan efectuar una actividad económica determinada por carecer de recursos?, y ¿qué pasa cuando nos encontramos que existen empresas del Estado y privadas tienen el mismo giro empresarial o explotan un giro similar?.

El presente trabajo tiene por objeto reunir y analizar los antecedentes necesarios que nos permitan en primer término entender y explicar la existencia de la actividad empresarial del Estado en nuestra economía de mercado, para luego analizar su fundamento jurídico (Art. 1º inciso tercero y 19 N° 21 de la Constitución, y las leyes orgánicas que autorizan su establecimiento), en orden a buscar posibles respuestas a las interrogantes planteadas.

Para ello, se ha dividido el trabajo en tres partes. La primera contiene los antecedentes generales necesarios para abordar el tema en cuestión, empezando desde lo más general, como son los fines de Estado, hasta llegar al orden público económico en la Constitución Política de la República de Chile de 1980 y el derecho constitucional de desarrollar cualquier actividad económica. Previamente se analizará en términos generales, el rol del Estado en la economía, las políticas económicas del Estado y una referencia histórica-legal sobre la intervención del estado en la economía, primero a nivel mundial para luego hacer una referencia histórico legal de la participación del Estado de Chile en la actividad empresarial desde la vigencia de la constitución de 1925 hasta hoy.

En la segunda parte, se analizará en profundidad la consagración constitucional del Estado empresario, contenida en el artículo 19 N° 21 inciso segundo y tercero de la Constitución, sus antecedentes generales, formas de actuación, régimen jurídico, principio de subsidiariedad, entre otras. Además

nos referiremos al control jurisdiccional de la actividad empresarial del estado analizando brevemente alguna jurisprudencia relevante en la materia con el objeto de aclarar los límites de la intervención estatal en el desarrollo de la actividad empresarial.

En la tercera parte de este trabajo, se hará referencia derechamente a la actividad empresarial del estado de Chile en la especie, tanto de las empresas públicas como las sociedades del Estado, y en particular a las empresas SEP (Sistema de Empresas Públicas). De esta manera analizáramos el régimen jurídico de algunas de las empresas públicas del Estado, tales como ENAMI, Metro S.A., EFE, CODELCO y Banco Estado, entre otras.

Finalmente, tras el estudio y análisis de los tres capítulos descritos anteriormente, la conclusión de este estudio intentará dar respuestas a las interrogantes que conforman esta investigación.

CAPITULO I

ANTECEDENTES GENERALES

Sumario: 1) Fines del Estado, 1.1) Nociones generales sobre los fines del Estado, 1.2) Objetivos de la política económica, 1.3) Diversas formas en que el Estado a participado en la economía, 1.4) Noción de Estado empresario, empresa y empresario, 1.5) La Función social de las Empresas; 2) Actividad Empresarial del Estado de Chile, 2.1) Breve análisis histórico legal de la actividad empresarial del Estado: 2.1.1) Actividad empresarial del Estado antes del 11 de septiembre de 1973, 2.1.2) Actividad empresarial del Estado desde septiembre de 1973 hasta 1980, 2.1.3) Actividad empresarial del Estado desde la promulgación de la Constitución Política de la República de Chile de 1980; 2.2) Los fines del Estado de Chile según la Constitución Política de 1980, 2.3) De la Libertad de empresa. Artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República de Chile, 2.4) Del Orden Público Económico en la Constitución de 1980.

1. FINES DEL ESTADO

1.1 NOCIONES GENERALES SOBRE LOS FINES DEL ESTADO.

Mucho se ha discutido a lo largo de la historia sobre cuál o cuáles debieran ser los fines a los cuales debe atender el Estado, toda vez que, desde un punto de vista lógico, todo lo que existe es por alguna razón, y el Estado como algo que existe y es creado por el hombre, debe tener sin duda una razón de ser: Un fin.

Si el hombre, un ser inteligente y libre, es quien constituye el Estado, lo ha hecho para un fin, y el conocimiento más o menos exacto y reflexivo de ese fin, debe preceder a su acción, que como ser racional ha de apoyarse en algún motivo y dirigirse a algún objetivo.¹

¹ Mario Verdugo M., "Instituciones Políticas", Pág.140.

Ahora bien, para entender este fin debemos primeramente definir qué entendemos por Estado. Al respecto se han dado varias respuestas, algunas diferentes entre sí, pero en último término todas tienen en común que el Estado se basa en una organización ordenada de individuos. Así, se le ha definido como *“una agrupación humana sedentaria con poder de mando originario”*², como también se ha intentado definirlo, explicando que *“El estado existe y existió allí donde hubo una relación entre gobernantes y gobernados en orden a la solidaridad social”*³. En consecuencia, esta organización humana debe tener como fin, el obtener un beneficio que los hombres solos no podrían obtenerlo, por lo que el fin del Estado no debiera ser tan distinto al fin que persiguieron los hombres individualmente al organizarse.

En doctrina Política se distinguen entre los fines objetivos y subjetivos del Estado.

Los fines objetivos estarían dados por la propia naturaleza del Estado, así la causa final de éste determina su esencia y la razón de su existencia. La mayoría de los autores sostienen que ese fin objetivo sería el **Bien común**. Al respecto, el Máximo Pacheco G., sostiene que el bien común es el bienestar humano de la sociedad y de cada una de las personas que la integran, tanto en el orden espiritual como material al mismo tiempo. Implica una suficiencia perfecta de bienes, es decir, de todos los recursos necesarios para vivir una vida humana completa; exige el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona humana y procura el perfeccionamiento de la vida terrestre de los hombres.⁴

Por fines subjetivos entendemos, la forma en que cada Estado, en atención a sus circunstancias, lugar y tiempo, procura obtener su fin objetivo. De esta manera, si bien existe una unidad conceptual en cuanto al bien común como fin objetivo de todo Estado, las formas por las cuales se puede llegar a

² Georg Jellinek.

³ León Duguit, Concepto de Estado Moderno.

⁴ Máximo Pacheco G., “Teoría del Derecho”; Pág. 24.

ese bien común han variado a lo largo de la historia. Así, diversos esquemas de estructuras políticas – administrativas que han dado origen al Estado liberal, Estado Social, etc., han planteado soluciones o métodos diversos⁵, algunos muy distintos entre sí para llegar al fin objetivo “Bien Común”.

Dentro de los fines subjetivos del Estado encontramos varios caminos que en conjunto procurarán la obtención del bien común. De esta manera, y acercándonos más a la materia en estudio, uno de los instrumentos que la administración del Estado debe considerar para procurar el desarrollo material y espiritual de todos sus miembros como asimismo la satisfacción de todas sus necesidades, será el manejo de una política económica que tienda a la obtención eficiente y real de dicho desarrollo.

1.2 OBJETIVOS DE LA POLITICA ECONOMICA

Las concepciones liberales del siglo XIX consideraban que el libre juego de los agentes económicos privados conducía a la óptima situación económica por lo que el papel del Estado en la economía debía limitarse, a través de los órganos correspondientes, a la defensa de los derechos de propiedad y a garantizar mediante instrumentos eficaces el cumplimiento de los contratos. Pero a lo largo del siglo XX se fue constatando que la iniciativa privada, por sí sola, conducía a fuertes desequilibrios, por lo que era necesaria una intervención del Estado en materia económica cada vez más consciente y amplia a fin de evitar este desequilibrio y propender a una igual distribución de las riquezas.

Aunque hoy la mayoría de los economistas están de acuerdo en la necesidad de esa intervención, las diferencias ideológicas conducen a enfoques completamente opuestos sobre los objetivos de la política económica que debe

⁵ Muchos de ellos con sustratos ideológicos más que filosóficos, como por ejemplo el marxismo.

tener el Estado para la conseguir este cometido, el orden de prioridad entre ellos y el grado de intensidad de la intervención.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, e independiente de la ideología que se suscriba, se reconocen en términos generales, y sin un orden de prelación especial, que los objetivos de la política económica son: ⁶

- a) Eficacia productiva.** El Estado debe incentivar el crecimiento económico promoviendo el aumento de la producción que además de crear empleo, permitirá mayores niveles de consumo y bienestar. En el mismo sentido deberá complementar la producción, ya que hay cierto tipo de bienes que no son ofrecidos en cantidad suficiente por la iniciativa privada.
- b) Equidad distributiva.** En otras palabras, redistribuir la producción y la renta. El libre juego del mercado tiende a provocar desigualdades económicas entre individuos, entre regiones, entre sectores productivos, etc. La intervención del Estado puede corregir esas desigualdades.
- c) Estabilidad.** Procurar la estabilidad del sistema económico implica oponerse a los procesos inflacionistas y a los cambios cíclicos que provocan bruscas alteraciones en la producción y el empleo.
- d) Sostenibilidad.** Que las actividades económicas y las rentas obtenidas por las generaciones presentes no pongan en peligro a las generaciones futuras. La sostenibilidad puede ser entendida como equidad intergeneracional.

Ahora bien, el problema radica en que algunos de esos objetivos son complementarios, es decir, se refuerzan mutuamente, mientras que otros son contradictorios de forma que la búsqueda de uno dificulta la consecución de otro. Por ejemplo, algunas medidas destinadas al aumento de la producción y el

⁶ Juan Carlos Martínez Coll, "El Producto Nacional en la Política Económica: economía de mercado, Virtudes e inconvenientes."

empleo pueden provocar en ciertas circunstancias inflación e inestabilidad económica.

Para la consecución de estos objetivos el Estado dispone de tres tipos de instrumentos:

- a)** Su potestad para la reglamentación y coerción sobre la actividad económica del país.
- b)** Los instrumentos monetarios, que incluyen su capacidad para establecer la cantidad de dinero en circulación y los tipos de interés. (La Política Monetaria).
- c)** Los instrumentos fiscales, los ingresos y gastos públicos. (La Política Fiscal).

De esta manera, quienes tienen a su cargo de la administración del Estado, sólo podrán adoptar las decisiones correctas si conocen de la forma más exacta posible las medidas de las variables macroeconómicas en la cual se desenvuelven. Así, será necesario determinar primero cuáles son las variables que son las que se desea manipular y en qué sentido, tales como, la producción, el empleo, la inflación, y en seguida, para influir sobre ellas, utilizar o desarrollar otras variables, como el gasto y los ingresos públicos, la cantidad de dinero en circulación o los tipos de interés a fin de acercarse a su objeto.

En este mismo orden de ideas, será una posibilidad que el Estado pueda intervenir en forma directa o indirecta en la producción de bienes y servicios a fin de proporcionar a los individuos bienes y servicios que no están siendo proporcionados por ellos mismos o sólo imperfectamente, lo que traerá como resultado el desarrollo de la actividad empresarial de Estado como resultado una política económica del mismo.

1.3 DIVERSAS FORMAS EN QUE EL ESTADO HA PARTICIPADO EN LA ECONOMIA

Durante décadas se ha discutido sobre cuál es el rol del estado en la economía y cómo éste debe intervenir en ella.

En una primera época se planteó que el Estado debía asumir un rol absolutamente pasivo en la economía, posición sostenida por el Liberalismo o Escuela Clásica y seguida más adelante por la Escuela Monetarista, según la cual el Estado debía preocuparse de determinados asuntos que le son propios, tales como el gobierno, justicia, relaciones internacionales, seguridad, pero en materia económica debía mantenerse al margen, y dejar que ésta se regulara por el mercado quien asigna y distribuye.⁷

Más adelante, a mediados del siglo XIX el Estado comenzó a desempeñar un rol cada vez más activo en la economía y en la actividad productiva. En un comienzo como un promotor y gestor de importantes obras de infraestructura y de servicios, con el fin de desarrollar el concepto de ciudad industrial. De esta manera las primeras grandes empresas estatales tenían por objeto el desarrollo urbano de las regiones y la integración geográfica (ferrocarriles, telégrafo, obras mineras, etc.)

Sin embargo, será tras la crisis del año 1929 y con el desarrollo de la **teoría Keynesiana**, que el Estado comienza a tener un rol más activo en materia económica a través de la política monetaria y fiscal⁸.

⁷ “Mercado es el conjunto de transacciones que se realizan entre los compradores y vendedores de un bien o servicio; vale decir, es el punto de encuentro entre los agentes económicos que actúan como oferentes y demandantes de bienes y servicios. Por lo tanto, el mercado se define en relación a las fuerzas de la oferta y la demanda constituyéndose en el mecanismo básico de la asignación de recurso de las economías descentralizadas”. César Sepúlveda e Iván Leng; “Términos Económicos de Uso Habitual”.

⁸ John Maynard Keynes, “Teoría General de la Ocupación, el Interés y el Dinero”. Año 1936.

Keynes⁹ concede al Estado un papel central en la determinación del nivel de actividad económica (y del empleo) de los países. El contexto económico del período de entreguerras dentro del cual hace su aparición el planteamiento de Keynes, se caracterizó por un severo estancamiento económico de Gran Bretaña, que había sido hasta entonces la gran potencia económica y militar del mundo, sufriendo tasas de desempleo que se mantuvieron persistentemente por encima del 10% entre los años 1920 y 1940. Por otra parte la potencia económica y militar emergente, Estados Unidos de América, debió soportar en los primeros años de la década de los treinta una crisis económica cuya tasa de desempleo llegó a ser del 25% en el año 1933. Dicha crisis abarcó a otros países industrializados como Alemania, Gran Bretaña, Suecia, Dinamarca, Noruega y Australia cuya característica fueron las altas tasas de desempleo.

El periodo de entreguerras se caracterizó por la deflación y desempleo masivo permanente, situación que teoría clásica (liberal) de la economía no podía explicar¹⁰. Estos elementos contextuales permiten entender la política económica de Keynes, en la cual la intervención del Estado en la economía está determinada por la volatilidad de las expectativas, y por lo tanto de la inestabilidad que tiene la conducta del sector privado de la economía.

Según Keynes, para lograr el retorno del equilibrio y mantener una plena ocupación, es necesaria la intervención del Estado, ya que es éste quien puede mantener el nivel del gasto y de la inversión, ya sea controlando las tasas de interés mediante una adecuada política monetaria y crediticia y, ejercitando un control en los tipos de inversión. De este modo el Estado puede intervenir sobre la propensión al consumo aumentando el poder de compra de los sectores más

⁹ Planteamiento explicado en base a los apuntes de Derecho Económico del profesor Pedro Arraztoa de la Universidad de Valparaíso.

¹⁰ Según la Teoría Clásica, si existiera desempleo, los salarios bajarían y al bajar éstos, se contrataría más trabajadores. Estos mecanismos operarían respecto de todos los factores y así, en el largo plazo, no podía existir desempleo y en equilibrio de largo plazo la actividad económica operaría al tope de su capacidad y el PGB, (producto agregado de bienes y servicios del aparato económico de un país), sería igual a la capacidad potencial de producción, sin que existan factores desempleados.

pobres, a través de pensiones y subsidios, o bien, a través de una política impositiva que favorezca los ingresos mínimos.

Es así como la doctrina Keynesiana tiene decisiva importancia en el rol intervencionista que se comenzará a observar en los distintos gobiernos de aquella época, ya que entrega una justificación doctrinaria para esa intervención.

Keynes cuestiona la capacidad del mercado para constituirse, por sí sólo, como fuente optimizadora de los recursos y optimizadora de la riqueza sosteniendo que, en equilibrio, siempre habrá capacidad ociosa, lo que significa que el mercado no maximiza el bienestar. Así impugna al mercado y la teoría clásica y se elimina el pretil técnico-económico que contenía la avalancha de las doctrinas estadistas hegelianas, socialistas e intervencionistas que, ideológicamente, reclamaban la intervención del Estado en la economía.

El Keynesianismo crea toda una escuela diseñadora de políticas económicas que tuvieron por influencia en los gobiernos Europeos; Laborista en UK; Planificación en Francia y en EEUU, el New Deal de Roosevelt, pero sobre todo por las recomendaciones de políticas económicas de Arnold Phillips, comprendidas en la Curva de Phillips", modelo que relacionaba la tasa de inflación y el desempleo. Según este modelo, a medida que se incrementaba el gasto público, a medida que subía la inflación, bajaba el desempleo y así los gobiernos podían optar según esta curva, por un nivel de inflación que les aseguraba un adecuado nivel de empleo.

Como reacción al planteamiento de Keynes, surge la irrupción de las ideas monetaristas que reformulan y rescatan la teoría clásica y le dan un nuevo gran impulso (Friedman , Escuela de Chicago).

Para los monetaristas, la intervención del Estado e incremento de Gasto Público, es inflacionario, y provocará necesariamente recesión, ya que en

algún momento habrá de detenerse esa inflación, toda vez que ésta es insostenible en el tiempo, y la única manera de detenerla, es disminuir la cantidad de dinero y la disminución de la cantidad de dinero causa recesión, debido a que cae la Demanda Agregada, toda vez que los precios no son flexibles a la baja, sino por el contrario, son rígidos a la baja.

Por ende, la inflación es presagio de recesión y debe ser evitada a toda costa y por ello recomienda lo que se denomina la "regla monetaria", de acuerdo a la cual, debe emitirse dinero y aumentarse su cantidad, en una proporción fija constante. De esta manera, la Demanda Agregada permanecería también constante e invariable. Todo ello, porque el dinero es la clave de la Demanda Agregada y si ésta es constante, no habrá recesiones y la economía estará en pleno empleo y el producto efectivo será igual a lo que efectivamente produzca.

Hoy en día, y pese a la constante pugna entre los monetaristas y los keynesianos sobre cuál es el rol principal del Estado en materia económica, se acepta como necesario un determinado nivel de participación estatal en materia económica, principalmente como regulador de la economía a fin de evitar escenarios de crisis económicas.

Ahora bien, desde el punto de vista de la actividad empresarial, la presencia del Estado en las empresas se ha notado principalmente en épocas de crisis económicas y financieras globales, como en la de los años 1929, 1978 y 1981, en las que muchos Estados tomaron el control de un número importante de empresas, con el fin último de evitar la quiebra de empresas claves en la economía nacional.

La participación del Estado en la económica a través de la actividad empresarial se dió con una especial fuerza en países sudamericanos a mediados del siglo XX, quienes centraron su política económica en base a un

planteamiento de desarrollo interno con un grado considerable de participación en la gran empresa.

En el seno de la CEPAL¹¹, surge una doctrina económica que se denominó "Cepalismo", de carácter desarrollista, con la que se pretende explicar el desenvolvimiento económico de los países mezclando una serie de factores o elementos históricos, sociológicos, raciales, geográficos y en general estructurales y que en definitiva atribuyen el subdesarrollo palpable en esa época y aún ahora, a una cuestión estructural que haría del subdesarrollo un designio o imposición inevitable y la única forma de salir de él es rompiendo estructuras socioeconómicas. Es por esto que esta doctrina desarrollista se denomina también "estructuralista".

Sostiene que la única fuente de desarrollo económico es la industrialización y que Latinoamérica llegó tarde en la historia de la industrialización, ya que la Revolución Industrial fue un hecho Europeo y una vez producida, condenó la situación mundial a una estructura histórica en que los países desarrollados europeos y EEUU, exportan productos manufacturados y Latinoamérica materias primas.

Una de las principales premisas del Cepalismo¹², es el fenómeno denominado "Deterioro de los Términos de Intercambio". Esto se explica, según plantea Raúl Prebisch (autor doctrinario de la Cepal), porque en el largo plazo los productos manufacturados importados por Latinoamérica, se fueron volviendo más caros y las materias primas exportadas más baratas, lo que impide cualquier desarrollo económico, en tanto los países Latinoamericanos sigan siendo exportadores de materias primas y no productores de bienes manufacturados.

¹¹ CEPAL, Comisión Económica Para América Latina, organismo de Naciones Unidas creado en 1946 para hacerse cargo de las problemáticas económicas de Latinoamérica cuyos países se encontraban en el subdesarrollo económico.

¹² Planteamiento desarrollado en base al Manual de clases de Derecho Económico del Profesor Arrastoa, Universidad de Valparaíso.

Para romper esta situación, los Estados Americanos deberían proteger la industria nacional o la industria naciente, con aranceles fuertes de importación a los productos manufacturados extranjeros, para así desviar **“hacia adentro”** la demanda agregada del país y evitar que ésta se vuelque hacia los países industrializados. De esta manera, concentrando la demanda hacia el mercado interno, se incentivaría la industria naciente nacional, la que debía cuidarse al principio, para con el tiempo liberar su producción.

Los Cepalistas, hacían estas recomendaciones, fundados en las teorías keynesianas, que le atribuían a la demanda agregada la función fundamental en la actividad económica y así, además de recomendar aranceles a la importación, sugerían que el Estado realizara directamente las inversiones en industrias, ya que sostenía que el sector privado no era confiable en cuanto a que iba a invertir, dada la volatilidad de los motivos a invertir y de la inversión que sostiene la teoría de Keynes.

También son partidarios del integracionismo de los países de Latinoamérica, para así ampliar el mercado interno y la Demanda agregada interna en los países, pero no hacia el resto del mundo, para evitar que la demanda interna saliera afuera¹³ de América, sino más bien quedara en Latinoamérica.

Los Cepalistas eran contrarios a la inversión extranjera porque, sostenían, que esta inversión se orientaba a la explotación de materias primas, lo cual reafirmaría la estructura comercial mundial que era causa del subdesarrollo de América Latina, o sea, ser explotador neto de materias primas.

¹³ Esto fue lo que autorizó la idea de la ALALC en 1959 (Asociación Latino Americana de Libre Comercio).

El Cepalismo es el impulsor de las estrategias de desarrollo que estuvieron en boga en Chile hasta el año 1975 y en el resto de Latinoamérica, incluso hasta el día de hoy.¹⁴

Como política económica de largo plazo, el Cepalismo propone una **Estrategia de desarrollo hacia dentro o de sustitución de las Importaciones**, totalmente distinta a la vigente en Chile al día de hoy, que es una estrategia de desarrollo de largo plazo de promoción del Libre Comercio ante todo el mundo.

Otros de los fundamentos que hace converger al cepalismo hacia una fuerte intervención del Estado, es que dado el bajo ingreso o pobreza en Latinoamérica (siguiendo el modelo Keynesiano de la propensión marginal al ahorro y al consumo), la propensión marginal al ahorro era casi cero, porque en los países pobres se consume casi todo, por lo que había que implementarse un sistema de ahorro forzoso a través del Estado, para que éste realizara la inversión en industrias. Las industrias serían la única forma de realizar la industrialización, que como sostenían los cepalistas, era la única forma de desarrollo.

Desde los años '40 del siglo pasado, las políticas cepalistas fueron el referente generalizado en todos los países latinoamericanos y ellas supusieron un gran aumento en el tamaño del Estado. Éstas llamaron al Estado a intervenir en toda clase de regulaciones, tanto en el Comercio interno como el externo y además, le dieron la función de planificar la economía y, por añadidura, se le entrega y reconoce al estado una función de **Estado empresario**.

¹⁴ El MERCOSUR, es un organismo inspirado en ideas cepalistas.

1.4 NOCION DE EMPRESA Y EL ESTADO EMPRESARIO

Desde un punto de vista económico, tradicionalmente se ha sostenido que los factores de producción son la tierra, materia prima o recursos naturales, trabajo y capital. Sin embargo, algunos autores agregan que habría un cuarto factor productivo que sería la empresa. En efecto, si miramos aisladamente a los tres factores productivos ya señalados, no podrían producir nada, ya que un terreno (recurso natural), un arado (capital) más el esfuerzo de un campesino (mano de obra o trabajo) no producirían nada sin la intervención de un elemento coordinador que los combine en la forma adecuada. Este factor es la organización o empresa¹⁵, en el cual se reúnen y combinan los demás factores productivos.

La empresa, que puede ser una sociedad industrial o mercantil, pasa a ser en definitiva **la unidad económica básica** en la que se desenvuelve todo el proceso productivo.¹⁶

La empresa es la institución o agente económico que toma las decisiones sobre la utilización de factores de la producción para obtener los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado. Por su parte, la actividad productiva consiste en la transformación de bienes intermedios (materias primas y productos semi elaborados) en bienes finales, mediante el empleo de factores productivos.

¹⁵ Domínguez Vargas.

¹⁶ Desde un punto de vista jurídico, nuestro derecho civil relaciona a la empresa con sociedad y persona jurídica. Las sociedades son una reunión de personas que se unen con miras a repartirse los beneficios que provengan del desarrollo de una actividad, dando lugar a una persona jurídica distinta de las personas que la componen. No existe un concepto jurídico de empresa en los términos que lo concibe la económica, sin embargo existe un concepto de comerciante en el artículo 7 del Código de Comercio, según el cual *“Son comerciantes, lo que teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual”*. Un Concepto de empresario de transportes, en el artículo 166 del mismo cuerpo legal y que contiene en términos generales los elementos de todo empresario, y finalmente un concepto de empresa en el artículo 3 inciso final de código del trabajo, que dice que para los efectos de la ley laboral empresa es *“toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotado de una individualidad legal determinada”*.

Para poder desarrollar su actividad, la empresa necesita disponer de una tecnología que especifique qué tipo de factores productivos precisa y cómo se combinan. Asimismo, debe adoptar una organización y forma jurídica que le permita celebrar contratos, captar recursos financieros, y si no dispone de ellos, ejercer sus derechos sobre los bienes que ella misma produce.

La empresa es el instrumento universalmente empleado para producir y poner en manos del público la mayor parte de los bienes y servicios existentes en la economía.

En síntesis, entendemos por empresa un agente económico o unidad económica de control y decisión que al utilizar insumos y factores productivos los transforma en bienes y servicios o en otros insumos.¹⁷

De esta manera, en materia económica, la empresa es un agente económico, esto es, es una organización que busca maximizar sus beneficios a través de la combinación adecuada de los factores productivos. En consecuencia la empresa es una unidad económica que tiene un objeto claro y preciso: **obtener utilidades**, para la cual buscará obtener el máximo de beneficios con el mínimo de costos. Si lo logra, estaremos frente a una empresa eficiente.

Una empresa maximizará sus beneficios en la medida que cuenta con una dirección adecuada.

El empresario es la persona que aporta el capital y realiza al mismo tiempo las funciones propias de la dirección: organizar, planificar y controlar. En muchos casos el origen de la empresa está en una idea innovadora sobre los procesos y productos, de manera que el empresario actúa como agente difusor del desarrollo económico. En este caso se encuentran unidas en una única

¹⁷ César Sepúlveda e Iván Leing, "Términos Económicos de Uso Habitual".

figura el empresario-administrador, el empresario que asume el riesgo y el empresario innovador, lo cual es característico de las pequeñas empresas.

A medida que surgen empresas de gran tamaño, se produce una separación, entre las funciones clásicas del empresario. Por un lado, está la figura del inversionista, que asume los riesgos ligados a la promoción y la innovación mediante la aportación de capital y por otro lado, se consolida el papel del directivo profesional, especializado en la gestión y administración de empresas. De esta forma se produce una clara separación entre la propiedad y la gestión efectiva de la empresa.

El empresario actual es un órgano individual o colegiado que toma las decisiones oportunas para la consecución de ciertos objetivos presentes en las empresas y de las circunstancias del entorno, de esta manera el empresario, (individual o colegiado) es el que coordina el entramado interno de la empresa con su entorno económico y social.

En consecuencia, será en las grandes empresas en donde se distingue en forma clara la personalidad del empresario y sus funciones, así por una parte un grupo aporta el capital (los accionistas o capitalistas), otro trabajo (obreros o empleados) y el empresario, que se personifica en el director general, subdirectores o gerentes, que tienen la función y responsabilidad de decidir qué, cómo, para quién y por qué producir.¹⁸

El empresario en la actualidad, requiere entonces de una preparación científica, es decir, un conocimiento teórico, sistemático y organizado de los fenómenos económicos, además de experiencia y creatividad; pues la empresa, en un mercado competitivo, necesita de cambios e innovaciones tan frecuentes y variables como las necesidades y gustos de los consumidores.

¹⁸ Interrogantes que viene a dar respuesta a lo que en económica se llama "El problema económico".

Las principales actividades del empresario son la organización de la producción, el asumir riesgos, innovar y el ejercicio de una función administrativa¹⁹.

1.5 LA FUNCIÓN SOCIAL DE LAS EMPRESAS

La función social de las empresas es cumplir con su función económica, que es para lo que han sido creadas. Cuando una empresa gasta más recursos de los que da a la comunidad, es decir, sufre pérdidas, no cumple con su función social, ya que no produce riqueza sino que absorbe más riqueza de la que crea, por lo que se transforma en una carga una carga para la sociedad en vez de una contribución. Al producir riqueza la empresa cumple con su función social.

Una empresa puede cumplir con otras funciones que son consecuencia de la obtención del lucro, así, puede ser vínculo de creación y distribución de la riqueza, puede crear empleos, mejorar el nivel de vida de los trabajadores a través de los incentivos, generar impuestos.²⁰

La empresa es un fenómeno económico que responde a una necesidad. Los hombres forman empresas cuando no tienen los suficientes recursos individuales para lograr una producción mayor y más eficiente. Un solo hombre puede lograr una producción de bienes y servicios: aporte la tierra, capital, trabajo y coordina la producción. Sin embargo se entiende por empresa, actualmente, la reunión de varias personas que aportan los diversos recursos necesarios para producir y que esperan obtener una ganancia o lucro.

Cuando hablamos de “Estado Empresario”, desde un punto de vista económico, nos estamos refiriendo a que es precisamente el Estado quien asume el rol de empresario y por lo tanto debe organizar la producción, el

¹⁹ Paul Wonnacot y Ronald Wonnacot, “Economía”. Pág. 31.

²⁰ Al Generar impuestos aporta al gobierno medios para financiar su presupuesto y gasto público.

asumir riesgos, innovar y ejercer la función administrativa de esta unidad económica empresa con miras a minimizar los costos para obtener el máximo de beneficio posible. Sin embargo y considerando que el Estado tiene como labor aplicar sus políticas públicas para la consecución del bien común, traerá como consecuencia que en muchos casos, su actividad empresarial estará más cerca de una política pública o del gobierno de turno que de una económica con miras a la obtención de utilidades, y en consecuencia la empresa pública no responderá a la concepción económica de empresa, ni el Estado se comportará como empresario propiamente tal. Sin embargo ambas (tanto las empresas públicas como privadas) estarán en el mercado compitiendo en pie de igualdad.

Cabe preguntarse, cómo en nuestra historia se ha ido dando la intervención del Estado en la actividad empresarial

2. ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO DE CHILE

2.1 BREVE ANALISIS HISTORICO-LEGAL DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO

2.1.1) Actividad empresarial del Estado Antes del 11 de Septiembre de 1973

La Intervención del Estado chileno en materia empresarial comenzó a desarrollarse a comienzos de la década de 1930 como resultado de la implementación de la política de desarrollo “hacia adentro” que asumieron los Estados latinoamericanos que buscaban su industrialización.

De esta manera la participación del Estado se desarrolló a través de dos formas jurídicas claramente diferenciadas: la de **Empresas creadas por ley**, y la de **sociedades comerciales** constituidas o adquiridas por el Estado conforme a las normas generales de derecho privado.²¹ Sin embargo esta distinción, que se observaba en el plano fáctico, no estaba reflejada en el derecho positivo chileno, ya que ni en la Constitución de 1925 ni en otras normas de menor jerarquía existía tal distinción.

La constitución de 1925, en su texto original, no contenía referencia alguna a la actividad empresarial del Estado, sin perjuicio de ello el Estado en forma paulatina y creciente fue interviniendo en dicha actividad lo cual requirió la posterior dictación de leyes, que en definitiva fueron reconociendo constitucionalmente la actividad empresarial del Estado.

El primer antecedente legislativo lo encontramos con la dictación de la **Ley N° 7.727** de 1943, que modificó el artículo 45 de la Constitución Política de la República de 1925 y que amplió las materias de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República con objeto de limitar la iniciativa parlamentaria en materia de gasto público, pero que implícitamente reconoció

²¹ Iván Aróstica M., “Empresas Públicas y Sociedades del Estado”. Pág. 65.

constitucionalmente, por primera vez, la existencia de las empresas públicas. En efecto, la referida reforma establece como materia de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, entre otras, las relativas a **creación de "instituciones semifiscales" y "empresas fiscales"**.

El término "empresas fiscales" utilizado por la reforma constitucional de 1943 es impropio, toda vez que éstas instituciones a través de las cuales el Estado realizaba actividades industriales y comerciales estaban dotadas de **personalidad jurídica y patrimonio propio distinto del fisco**, por lo que la doctrina ha señalado que habría sido más correcto llamarlas **empresas del Estado** que empresas fiscales.²²

La modificación introducida por la ley 7.727, si bien implicó un reconocimiento constitucional a las empresas del Estado existentes en esos momentos, como asimismo las que en el futuro vendrían, no fue más allá, ya que no se significó una reglamentación o estableció los límites y requisitos de la actividad empresarial del Estado. Tampoco se refirió a las sociedades en las cuales el Estado tenía participación, siendo la Contraloría General de la República (CGR) la que en definitiva, a través de sus dictámenes, se pronunciara sobre su naturaleza, concepto y alcance de esta otra forma a través de la cual el Estado realizaba actividad empresarial.

La jurisprudencia administrativa de la CGR sostuvo que las **sociedades del Estado son aquellas en las que éste tiene participación exclusiva, mayoritaria o en igual participación con los particulares**²³. Además, agrega que cualquiera sea el grado de participación del Estado en estas sociedades, no tiene el alcance de modificar su naturaleza jurídica de derecho privado, y por lo tanto no forman parte de los cuadros de la Administración de

²² Raúl Bertelsen R., "El Estado en la Constitución de 1980".

²³ En esta definición se comprende todas las sociedades en que el Estado tiene participación, sea integrada sólo por organismos públicos o de éstos con particulares. En este último caso hablamos de "sociedades de economía mixta" sin importar el grado de participación.

Estado a diferencia de las **Empresas Publicas o del Estado que son personas jurídicas de derecho público distinto del Fisco.**²⁴

Un hito importante que ampliaría en forma considerable el intervencionismo estatal en el área económica, lo marcaría la reforma constitucional del 1967 introducida por la Ley N° 16.615 que sustituyó el artículo 10 N° 10 de la Constitución de 1925 relativo al derecho de propiedad, y que dispuso que cuando el interés de la comunidad nacional lo exigiera, la ley podía reservar al Estado el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción u otros, que declare de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país. Lo cual significó una importante expansión si se considera que el Estado se reserva el dominio exclusivo de los recursos naturales y bienes de producción, lo cual podría llevar a dominar todo el proceso productivo del país.

Posteriormente, en 1970 se dicta la ley 17.285, que nuevamente modificó el artículo 45 de la Constitución de 1925 aumentando las materias de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, y que salva la impropiedad de la reforma del año 1943 al referirse a las **empresas del Estado como servicios públicos pertenecientes a la administración descentralizada del Estado creados por ley, con personalidad jurídica propia distinta del fisco, patrimonio propio, y sometidos a las supervigilancia o tutela del Presidente de la República.** Sin embargo, tampoco estableció cuando o en qué áreas era procedente crear nuevas empresas del Estado ni se dictaron normas que regularan o restringieran la participación estatal en tales actividades.

Con este orden de cosas, en los primeros años de 1970 comenzó a desarrollarse toda una "área de empresas del Estado". En efecto, la

²⁴ Sobre este respecto, los Dictámenes de la CGR, 41.919/59, 16.120/60, 40.236/66, 16.974/70, 77.080/72, 14/73.

Constitución de 1925 entregó al Estado la actividad empresarial relativa a la Gran Minería del Cobre (empresas cupríferas que fueron nacionalizadas en virtud de la disposición 17 transitoria de la Carta fundamental de 1925 en el año 1971). Además el artículo 10 N° 10 de la Constitución Política de la época, le permitía al Estado acceder al dominio exclusivo de ciertos bienes de producción y recursos naturales por la vía legislativa, produciéndose un fenómeno de absorción de las empresas privadas por el Estado, recurriendo a diversos mecanismos de legalidad cuestionable y cuestionada.

Con todo, el problema esencial era que la Constitución de 1925 no estableció límites al fenómeno estatizador, ya que jamás previó la actividad empresarial del Estado a través de sociedades de derecho privado, lo que permitió que estas se desarrollaran fácilmente.²⁵

El fenómeno estatizador alcanzó a la Banca, sector desde el cual el Estado, en forma indirecta podía llegar a dominar todo el proceso productivo.

Con este escenario, la participación del Estado en actividades empresariales llegó a significar poco menos del 40% en la generación del producto geográfico bruto (sin considerar las pérdidas que estas empresas sufrían). A septiembre de 1973, el Estado mantenía 273 empresas en propiedad legal, mas de 350 intervenidas, a lo que se suma el dominio de la Banca. Prácticamente no había sector de la economía en que el estado no interviniera, la minería del cobre, hierro, carbón, la siderurgia, la industria manufacturera, transportes, electricidad, agua potable, telecomunicaciones, bancos, seguros, etc.²⁶

²⁵ La única excepción sería las sociedades integradas por CODELCO y ENAMI como continuadoras de las empresas cupríferas nacionalizadas por la ley 17.450 de 1971 y que aparecieron agregadas en la Constitución de 1925 en el artículo 17 transitorio letra i).

²⁶ Javier Besoain C. y Germán Espinosa Ch., "El marco legal de la actividad económica del Estado de Chile desde su independencia hasta la creación de la CORFO".

2.1.2) Actividad empresarial del Estado desde septiembre de 1973 hasta 1980.

Tan pronto como asume el gobierno militar al poder, se dedica a dictar una serie de normas, en su gran mayoría Decretos Leyes (DL), a fin de regular y crear un reglamentación coherente y general que regule la actividad empresarial del Estado con el objetivo de someterla a los principios de la nueva institucionalidad que buscará su restricción a fin de promover la libre iniciativa privada en materia empresarial. De esta manera, en la "Declaración de Principios del Gobierno de Chile " del año 1974 queda de manifiesto que el espíritu era el de fortalecer la iniciativa privada y restringir la gestión del Estado como ente productor de bienes y servicios , reconociendo que el derecho de los particulares a desarrollar este tipo de actividades es un "*derecho que el Estado no puede ni debe eliminar*" como venía haciéndose en la práctica, antes que la junta militar tomara la dirección del Estado de Chile, toda vez que, reconoce que la producción y comercio ejercido libremente por el sector privado constituyen el "*único camino que permite un verdadero desarrollo de la economía*".²⁷

Una de las principales tareas que asumió el gobierno militar fue la de elaborar y dictar una nueva constitución que viniera a sentar las nuevas bases fundamentales de la nueva institucionalidad acorde con los nuevos tiempos que se vivían, y que reemplazaría al texto fundamental del año 1925 que de una u otra medida, había dado el marco legal para que se produjera la crisis del año 1973 que terminaría con el gobierno socialista de aquel entonces mediante el golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973. Esta tarea estuvo a cargo, en un principio de la Comisión de Estudios de una nueva Constitución (CENC), quien a partir del año 1978, en la sesión 388, trató en profundidad el tema del

²⁷ Raúl Bertelsen R. op. Citada. Pág 8.

Orden Público Económico, la participación del Estado en la economía, el principio de subsidiariedad y la libertad de empresa.

En los informes finales de la CENC se dispone que en relación con la necesidad de incentivar la iniciativa privada y evitar el mal que significa la proliferación de la empresa del Estado, se contempla un nuevo derecho constitucional que tiene por objeto garantizar a todas las personas la libre iniciativa privada para desarrollar cualquiera actividad económica, sin más limitaciones que las que establezca la constitución. Por su parte, solo por excepción, el Estado podrá desarrollar actividades empresariales o participar en ella.²⁸ Finalmente, éste texto daría lugar a la norma contenida hoy en el artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República de Chile.

Por otra parte, y en forma paralela al estudio del Anteproyecto de una Nueva Constitución, comienza a dictarse una serie de Decretos Leyes relativos a la actividad empresarial de Estado. Entre éstos, el DL 38 de 2 de octubre de 1973 que modifica la ley orgánica de la Contraloría General de la República reforzando sus funciones fiscalizadoras sobre las empresas y sociedades del Estado; el DL 212 de 1973 que creó la Comisión Nacional de Reforma Administrativa (CONARA), el DL 786 de 1974 que modifica la Ley General de Bancos que impuso la prohibición al fisco, instituciones fiscales, semifiscales, empresas del Estado, entre otras, para ser accionistas de un Banco comercial; el DL 1.026; DL 1.056 que dispuso que las empresas del Estado sólo podrán hacer aportes de capital a sociedades o empresas de cualquier naturaleza previa autorización del Ministro de Hacienda, DL 1.263 que fija la ley orgánica de administración financiera del Estado, etc.

Paralelo a este fenómeno, y tras las políticas económicas adoptadas entre 1965 y 1975, influidas por el socialismo de la época, tales como la

²⁸ Comisión de Estudios de una Nueva Constitución. Memorandum de Agosto de 1978 a Presidente de la República. Punto 17, letra a).

reforma agraria y la nacionalización de las empresas privadas, era menester para el nuevo gobierno el implementar un nuevo sistema económico: el sistema elegido fue el de Libre mercado imperante en el mundo occidental (sin perjuicio de la intervención estatal). De esta manera, con el objeto de implementar un sistema de mercado eficiente se decidió traspasar las empresas públicas a manos particulares.

De esta manera, a partir de 1974 comenzó a desarrollarse un plan que contemplaba, por un lado, la restitución de aquellas empresas y predios expropiados y por el otro, la privatización de las empresas públicas.

La razón que motivó el plan privatizador de las empresas públicas se debió por un lado a que el Estado había adquirido un tamaño que era de difícil manejo y que provocaba un importante gasto a lo que se sumaba, por otro lado, las pérdidas que dichas empresas arrojaban. Así a fines de 1973 las empresas públicas presentaban un déficit del orden de los 1.500 millones de dólares²⁹, el cual era financiado por una cuenta especial en el presupuesto de la nación.

Entre los años 1974 y 1980 fueron devueltas a sus propietarios originales 360 empresas que habían sido intervenidas y confiscadas, se licitaron públicamente 90 empresas del Estado y 16 Bancos Comerciales. Sólo estas dos últimas operaciones significaron ingresos para el Estado por casi 1.700 millones de dólares. De esta manera una importante parte del sector productivo empresarial quedó en manos privadas, reduciendo la intervención del Estado en esta área y reduciéndose por tanto considerablemente el gasto fiscal.

Se estaba aplicando la doctrina económica de la Escuela de Economía de la Universidad de Chicago, que postulaba la ejecución de políticas económicas y fiscales basadas principalmente en el libre mercado, la iniciativa privada, la no

²⁹ Jorge Ale Yarad. "Estado empresario y privatización en Chile".

intervención estatal y reducción de cargas públicas con el fin de promover políticas fiscales y monetarias sólidas.³⁰ Consecuencia de ello, se expandió la iniciativa privada y vino un relativo ciclo de expansión entre los años 1979, 1980 y 1981³¹.

Finalmente en el año 1980 se promulga la nueva Constitución Política de la República que sienta las bases de la nueva institucionalidad. Carta fundamental que por primera vez en la historia de Chile contendrá normas referentes a principios fundamentales en materia económica (Orden Público Económico), como asimismo, sobre la intervención del Estado en materia económica y empresarial, todo acorde con la política de libre mercado adoptada por el gobierno desde el año 1973 .

2.1.3) La actividad empresarial del Estado desde la promulgación de la Constitución Política de la República de Chile de 1980.

Con entrada en vigencia de la nueva constitución del año 1980, se consagrará en Chile una nueva institucionalidad, la cual en términos generales exalta la preeminencia de la persona humana y el reconocimiento de los grupos intermedios, dando al Estado un rol de garante y pasivo.

El artículo 19 de la carta fundamental contiene un listado de derechos y garantías que el Estado reconoce a todas las personas. Entre ellas, el número 21 reconoce a todos los individuos el derecho constitucional de desarrollar

³⁰ Milton y Rose Fridman. "Una propuesta de enmienda constitucional para limitar el gasto público". Pág. 432.

³¹ El proceso privatizador fue afectado por la crisis bancaria y financiera de 1982 que implicó una de las más importantes recesiones experimentadas por Chile en su historia. Consecuencia de ello, el sistema bancario y financiero fue intervenido por el Estado a fin de evitar las quiebras que por esos días se hacían habituales. Una vez superada la crisis, se dio inicio a una nueva etapa de privatización de las empresas más poderosas patrimonialmente, tales como las empresas CORFO, Banco de Chile, Banco de Santiago, las AFP Santa María y Provida, Copec, Compañía de Teléfonos, Endesa, etc. Así, hacia 1989, Chile contaba con una economía sólida, con tasas de crecimientos que doblaban el promedio de la región y con grandes expectativas de crecimiento y desarrollo, lo cual se debió principalmente a que el sector público decidió disminuir su tamaño y dar al sector privado el manejo de la gestión de empresas.

cualquier actividad económica con las únicas limitantes de no ser éstas contrarias a la moral, las buenas costumbres y el orden público y que en su ejercicio se deben someter a ordenamiento positivo establecido. Luego en su inciso segundo, contiene lo que se ha denominado como la consagración constitucional del Estado Empresario, quien si bien no está impedido de ejercer actividades empresariales, se encuentra más limitado que los particulares, toda vez que son éstos últimos los llamados primeramente a ejercerlas, debiendo el Estado regirse en esta materia por el denominado "principio de subsidiariedad", en cuya virtud éste sólo puede ejercer tales actividades cuando los individuos no puedan o no quieran hacerlo.

De esta manera, según la normativa constitucional el Estado, para emprender actividades empresariales, deben considerar previamente dos situaciones: respetar el principio de subsidiariedad y contar con una ley de Quórum Calificado que lo autorice a participar en tales actividades. Enseguida, deberá por disposición constitucional someterse a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la Ley, la que deberá ser asimismo de quórum calificado, excepciones que en ningún caso pueden significar una afeción esencial de los derechos y garantías que la constitución consagra a todas las personas, según lo dispuesto en el artículo 19 N°26 de la Carta Fundamental.

En el año 1989 antes de la vuelta a la democracia, el jefe del gobierno militar, envió a la Junta de Gobierno un mensaje de proyecto de ley que tenía por objeto interpretar la garantía constitucional contenida en el Art. 19 N° 21, a fin de evitar que al amparo de la citada norma y con la vuelta a los gobiernos democráticos que de seguro serían opositores a las políticas económicas del régimen militar, se produjera una nueva proliferación de empresas del Estado en desmedro de la actividad privada desarrollada hasta entonces.

El proyecto de ley, enfocaba la actividad empresarial del Estado desde una triple perspectiva.³²

Los cinco primeros artículos del proyecto contemplaban normas generales que se referían a la gestión empresarial del Estado desde un punto de vista global. Se incluía un concepto de lo que debía entenderse como actividad empresarial del Estado, en el sentido que ésta **“comprende la acción económica destinada a la producción o comercialización de determinados bienes y servicios, para ser tasados en el mercado o traspasados a terceros en dominio o a otro título”**.³³

El proyecto contemplaba además los requisitos que debía cumplir el Estado para iniciar y participar en actividades empresariales, determinando el sentido y alcance de las expresiones tales como “el Estado y sus organismos”, “actividad empresarial” y “participar”. Exigía una estructura de sociedad anónima, señalaba la forma en que se podrían adquirir o enajenar el capital accionario, etc.

En el artículo 6º del proyecto se contemplaba una protección jurisdiccional a los principios de libertad de empresa y de subsidiariedad contemplados en el artículo 19 N° 21 de la Constitución.

Los artículos finales del proyecto tenían por objeto “precisar o fijar, en definitiva, el ámbito empresarial que conservará el Estado y otra índole de actividad con repercusiones económicas, o que tendrán una transformación mientras permanezcan en poder del Estado”.³⁴

³² José Luís López Reitze, “La Actividad Empresarial del Estado”, Pág. 166 y siguientes.

³³ Artículo 1º del Proyecto de Ley que regulaba la participación del Estado en la actividad productiva de bienes y servicios.

³⁴ Secretaría de Legislación, Boletín 1141-03 de 28 de Septiembre de 1989 enviado al Presidente de la Primera Comisión Legislativa, Informe Técnico sobre el proyecto de Ley de actividad productiva del Estado y sus organismos.

En definitiva, las comisiones legislativas que analizaron el proyecto, rechazaron la idea de legislar sobre la materia. Principalmente, se debió a que existían en dicha iniciativa, "objeciones de orden constitucional que fueron formuladas tanto por la Secretaría de legislación como por los representantes de las Comisiones Legislativas, que hacen imposible legislar en la forma propuesta y cuya solución requiere de un estudio y análisis que excede las posibilidades de esa convocatoria".³⁵

Con todo, la comisión aprobó legislar sobre las materias contenida en los artículos 5° y 6° del Proyecto, que en definitiva llegaron a ser ley de la República N° 18.965 , que "impone al Estado la obligación que indica" y la N° 18.971 que "Establece el Recurso especial que indica"³⁶, respectivamente. Sin perjuicio de ello, los principios que de éste proyecto emanaron, se encuentran aún vigentes en la garantía del artículo 19 N° 21 de la Constitución.

2.2 LOS FINES DEL ESTADO DE CHILE SEGÚN LA CONSTITUCIÓN POLITICA DE 1980

La Constitución Política, en el Capítulo I que se refiere a las "Bases de la Institucionalidad", artículo 1° inciso tercero³⁷ se refiere al fin último del Estado, distinguiendo entre sus fines objetivos y subjetivos³⁸.

La citada norma contempla como fines objetivos del Estado de Chile el que éste debe estar "al servicio de la persona humana" y "promover el bien común". Además reconoce en el inciso segundo de la citada norma que, "El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se

³⁵ Comisión Conjunta, Informe N°6583/110/8 de 1° de Marzo de 1990, Título III.

³⁶ Conocido como "Amparo económico".

³⁷ Artículo 1° inciso tercero de la Constitución Política de la República de Chile, prescribe: "El Estado esta al Servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece.

³⁸ Distinción analizada en la primera parte del Capítulo I, denominado "Los Fines del Estado," en el punto 1.1 "Nociones Generales sobre los Fines del Estado".

organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”.

Para lograr este objetivo la Constitución Política de la República establece como un imperativo al Estado que deberá contribuir a crear las condiciones sociales necesarias que permitan a todos y cada uno de los habitantes de la República su mayor realización material y espiritual posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la constitución establece.

El artículo 19 de la Constitución contiene un catálogo de derechos y garantías constitucionales que el Estado reconoce a todas las personas.³⁹ En el numeral 21 se consagra el derecho constitucional conocido como “libertad de empresa”, y en el inciso segundo se consagra el “principio de subsidiariedad” del Estado en materia empresarial, que si bien no está expresamente formulado, está contenido en las actas de la historia de la norma constitucional y que ha sido desarrollado y reconocido por nuestra jurisprudencia tanto judicial como administrativa.

Dentro de este orden de cosas, la libertad de empresa y la subsidiariedad, son principios rectores para el Estado en su labor de propender al bien común, todo lo cual guarda perfecta armonía con el inciso segundo del artículo 1º de la Constitución. De esta manera, cada persona y grupo de personas (organizaciones, sociedades, grupos intermedios), tienen una esfera específica de obrar que es connatural a ella y que debe cumplir ella misma, de tal forma que ni el Estado ni otros grupos intermedios puedan absorber tareas que por naturaleza le incumban a otros grupos o personas; debiendo el Estado concentrar todos sus esfuerzos para que éstas puedan concretar y lograr por sí mismas todos sus cometidos, ya que sólo así se logrará el desarrollo perfecto

³⁹ Sin perjuicio de los demás derechos incluidos en los Tratados Internacionales vigentes y ratificados por Chile en virtud de lo dispuesto en el artículo 5º inciso segundo de la Carta Fundamental chilena.

de la persona humana, y el Estado sólo podrá actuar o intervenir en caso de insuficiencia de aquéllas.⁴⁰

2.3 DE LA LIBERTAD DE EMPRESA. ARTICULO 19 N° 21 INCISO 1° DE LA CONSTITUCIÓN POLITICA DE LA REPUBLICA DE CHILE

El Artículo 19 N° 21 de nuestra Carta Fundamental actual dispone: “La Constitución asegura a todas las personas: **El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.**

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza.

En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado.”

En el primer inciso de la citada norma se consagra constitucionalmente el denominado principio de “**Libertad de empresa**”, según el cual, en Chile existe libertad para que cualquier persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, desarrolle actividades empresariales, siempre que respeten los límites que la misma Constitución señala.

En efecto, toda persona puede desarrollar o participar en cualquier actividad económica, para ello sólo debe respetar las normas legales que rigen tal actividad. Además, ésta no puede ser contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional.

⁴⁰ Máximo Pacheco G; Op. Citada.

La norma del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, es reflejo del pensamiento del constituyente de 1980 en orden de incentivar y privilegiar la iniciativa privada en materia empresarial y limitar la incursión del Estado en dichas actividades sólo en forma excepcional y subsidiaria.

La Comisión de Estudios de una Nueva Constitución, consideró necesario incorporar esta garantía constitucional, ya que con anterioridad, la libertad de empresa había sido vulnerada en reiteradas ocasiones por la actividad del Estado. A este respecto el comisionado Bertelsen opinó que "Hay que considerar un número en el artículo o un artículo dentro del Capítulo de las garantías constitucionales que, como proyección de la libertad personal, asegure la libertad para desarrollar actividades económicas, porque el principio, si bien se incluye, adolece de imprecisión dentro de la libertad genérica de trabajo". Manifiesta que lo anterior "es necesario por la circunstancia de que dicha garantía, al igual que otras, fue desconocida en el pasado en forma más o menos sistemática".⁴¹ En el mismo sentido, el comisionado Jaime Guzmán, consideraba indispensable "Consagrar en la Carta fundamental el principio de la iniciativa particular en el campo económico, como medio preferente natural que tiene la comunidad de progresar y desarrollarse."⁴²

De esta manera el constituyente de 1980 otorga rango constitucional al derecho que tiene toda persona para desarrollar cualquier actividad empresarial, por lo que es deber del estado tanto respetar el ejercicio que de dicha actividad hagan los particulares, como a su vez crear las condiciones sociales y políticas necesarias para incentivar la iniciativa privada en materia empresarial, la cual guarda relación con el reconocimiento que hace el Estado a los grupos intermedios en el artículo 1° inciso segundo, que ampara a los grupos intermedios y garantiza su autonomía, lo que significa, reconocer el

⁴¹ Actas Oficiales de la Constitución de 1980, Sesión 388.

⁴² Actas Oficiales de la Constitución de 1980, Sesión 388.

principio de la subsidiariedad, conforme al cual el Estado desarrollará lo que los particulares son incapaces de hacer o realizar, ya sea por razones de seguridad, costo, utilidad, financiamiento o bien porque no quieren. Será en estas últimas circunstancias cuando el Estado estaría en condiciones de intervenir en la actividad empresarial conforme a la autorización contenida en el inciso segundo y tercero del artículo 19 N° 21 de la Constitución de 1980.

2.4 DEL ORDEN PUBLICO ECONOMICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980

El concepto de Orden Público económico guarda relación con diversos principios y preceptos jurídicos que determinan los rasgos fundamentales de la economía pública y privada del país.⁴³

Se define al por Orden Publico económico como el conjunto de medidas adoptadas por la autoridad con el fin de organizar la actividad y las relaciones económicas.⁴⁴ Se le ha definido también, como el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución.⁴⁵

Hasta antes de la actual carta fundamental, la totalidad de las Constituciones participaron de una evidente neutralidad económica, permitiendo, por ejemplo, que bajo la vigencia de la Constitución de 1925 se aplicaron sistemas económicos diametralmente distintos: Liberal (pero con una alta intervención del Estado), comunista, y por último estatista.⁴⁶

⁴³ José Luis Cea E., "Tratado de la Constitución de 1980", Pág. 156.

⁴⁴ Luis Montt D.; "Orden Público y Economía Social del Mercado: Elementos para una Formulación Constitucional"

⁴⁵ José Luis Cea E., Op. Citada. Pág. 156.

⁴⁶ Dominique Hachette A., "Privatizaciones reforma estructural pero inconclusa", La Transformación económica de Chile. Pág. 133 y ss.

Dicha experiencia histórica fue un elemento determinante al momento de redactar la nueva Carta Fundamental de 1980.⁴⁷ De esta manera la Comisión de estudios se planteó la posibilidad de incluir un capítulo especial relativo al orden público económico, sin embargo se consideró que era imposible reunir en forma sistemática dicha normativa.

Se resolvió, en consecuencia, consagrar algunas disposiciones en el Capítulo I relativo a las "Bases de la institucionalidad", otras en el capítulo II, que contiene los "Derechos y Garantías Constitucionales", otras dentro de las funciones del Estado y otras tantas incluidas en el ámbito propio de la potestad legislativa.⁴⁸

La Constitución de 1980 consagra en diversos artículos un conjunto de principios que configuran el denominado **Orden Público Económico**, que determinaran con absoluta claridad los derechos fundamentales y el rol que le corresponde al Estado en esta materia. Así podemos distinguir:

- a) Los derechos económicos, entre ellos: La igualdad ante la Ley (19 N° 2, 20 y 22), Libertad de Trabajo (19 N° 16) y empresarial (19 N° 21); el derecho a la propiedad (19 N° 23), y el derecho de propiedad (19 N° 24 y 25).
- b) Mecanismos a través de los cuales se aseguran los derechos económicos: Recurso de Protección (artículo 20), Inaplicabilidad de las Leyes (artículo 80), Nulidad de derecho público (artículo 6 y 7), revisión de los actos legislativos o administrativos por parte del Tribunal Constitucional (artículo 82), Toma de Razón de los Decretos o Reglamentos por la Contraloría General de la República (artículo 88), Recurso de Amparo Económico.

⁴⁷ Enrique Navarro B., "El Estado Empresario a la Luz de la Constitución de 1980". Revista de derecho Publico, Vol.62, Pág. 33.

⁴⁸ Enrique Navarro B. y Roberto Guerrero D., "Algunos antecedentes sobre la historia fidedigna de las normas de orden público económico establecidas en la Constitución de 1980". Pág. 117.

- c) Respecto del rol del Estado, éste debe regular la política económica (sin perjuicio de la autonomía del Banco Central), elaborar el presupuesto nacional (artículo 64), redistribuir el ingreso (a través de tributos artículos 19 N° 20,60 y 62, del endeudamientos en los artículos 60 N° 7 y 98, o mediante la enajenación de activos), fiscalizar la actuación de los privados y excepcionalmente actuar en materia empresarial (artículo 19 N° 21 inciso segundo y tercero).

Es precisamente esta última materia del Orden Publico económico que constituye el objeto de estudio de este trabajo: La actividad empresarial del Estado.

CAPITULO II

CONSAGRACION CONSTITUCIONAL DEL ESTADO **EMPRESARIO**

Sumario: 1) ARTICULO 19 N° 21 INCISO PRIMERO Y SEGUNDO DE LA CONSTITUCIÓN: LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO, 1.1) ANTECEDENTES GENERALES DE LA NORMA, 1.1.1) El Anteproyecto de la Comisión de Estudios e la Nueva Constitución, 1.1.2) El Proyecto del Consejo de Estado, 1.1.3) El texto definitivo aprobado por la Junta de Gobierno; 1.2) ANALISIS JURIDICO DE LA NORMA CONTENIDA EN EL INCISO SEGUNDO Y TERCERO DEL ARTICULO 19 N° 21, 1.2.1) AUTORIZACIÓN LEGAL EXPRESA, 1.2.2) RESPETO AL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD, 1.2.3) SUJECIÓN A LA LEGISLACIÓN COMUN, 1.2.4) FORMAS DE ACTUACIÓN: 1.2.4.1) Empresas Publicas, 1.2.4.2) Sociedades Filiales, 1.2.4.3) Otras formas de actuación; 1.2.5) DISPOSICIÓN 5° TRANSITORIA, 1.2.6) OTROS ALCANCES DE LA NORMA: 1.2.6.1) La expresión "El Estado y sus organismos", 1.2.6.2) La expresión "solo", 1.2.6.3) La expresión "Actividades empresariales", 1.2.6.4) Las expresiones "desarrollar" y "participar"; 2) EL CONTROL JURISDICCIONAL A LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO, 2.1) DEL RECURSO DE AMPARO ECONOMICO, 3) JURISPRUDENCIA RELEVANTE SOBRE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO, 3.1) SOBRE EL DERECHO PREFERENTE, 3.2) ESPECIALIDAD DEL GIRO EMPRESARIAL ESTATAL: 3.2.1) Giro social amplio y caso Codelco Chile, 3.2.2) Sanciones judiciales al desborde del giro especial, 3.2.2.1) Área marginal: caso Asociación Gremial de Impresores con Ejército de Chile, 3.2.2.2) Desborde tecnológico: el caso Correo Híbrido, 3.3) ACTIVIDAD EMPRESARIAL Y FINES SOCIALES; 4) REFERENCIA A LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO EN EL DERECHO COMPARADO, 4.1) 4.1 DERECHO EUROPEO, 4.2) HISPANOAMÉRICA.

1. ARTICULO 19 N° 21 INCISO PRIMERO Y SEGUNDO DE LA CONSTITUCIÓN: LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO

El artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República de Chile en sus incisos segundo y tercero dispone: "El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado lo autoriza.

En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado".

1.1) ANTECEDENTES GENERALES DE LA NORMA⁴⁹

1.1.1) El Anteproyecto de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución.

La norma materia de estudio, comienza su discusión en la sesión N° 384 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (CENC), con motivo de la intervención del entonces Fiscal del Banco Central, Roberto Guerrero, quien consignó como uno de los principios fundamentales que debía contemplar el nuevo texto constitucional “la acción subsidiaria del Estado, establecida en la Declaración de Principios de la Junta de Gobierno y en las Pautas dadas por el Presidente de la República”. Así, se precisó la necesidad de que “El estado deba desarrollar un papel subsidiario en el campo económico (...) Para concretar este principio hay que establecer que cualquier creación de servicios públicos o de empresas del Estado debe hacerse por ley; enseguida, que la participación del Estado, mayoritaria o minoritaria, en la gestión o en la propiedad de las empresas, también debe ser autorizado por ley”.⁵⁰ En la misma sesión, la señora Romo ratifica la idea anterior, haciendo presente que la actividad empresarial del Estado “debe restringirse sólo a aquellos campos en que los particulares no quieren o no pueden actuar o en que una ley especial así lo dispone, proponiendo al efecto como norma la siguiente: “El Estado no podrá, en forma directa ni indirecta por medio de empresas de su dominio o dependientes, desarrollar actividades industriales o comerciales, con la excepción de aquellas que expresamente sean autorizadas por una ley especial.”⁵¹

El debate mismo en torno a la norma en cuestión se desarrolló en la sesión N° 388 de la CENC (Comisión de Estudios de la Nueva Constitución), la cual en términos generales fue del siguiente tenor:

⁴⁹ Realizado en base el trabajo recopilado y elaborado por Enrique Navarro Beltrán, “El Estado Empresario a la Luz de la Constitución de 1980”, Revista de Derecho Público, Vol. 62. Pág. 35 y ss.

⁵⁰ CENC, sesión N°384. Pág. 2817.

⁵¹ Ibid. Pág. 2821.

El comisionado Carmona propone establecer que "Sin embargo el Estado podrá desarrollar actividades industriales y comerciales cuando una ley lo autorice". El comisionado Bertelsen advierte que en este punto debe considerarse la situación de las sociedades mixtas (en parte aporte del Estado y en parte aporte privado), sin embargo la comisionado Romo advierte que dicha situación está comprendida en la frase "en forma directa o indirecta a través de empresas en las que tenga participación o sea dueño". Bertelsen opina, que no sólo se está consagrando aquí la libre iniciativa privada para desarrollar actividad económica, sino que, por principio, se le está prohibiendo al Estado, el que únicamente podrá abordarla de modo excepcional (...). El comisionado Ortúzar reitera que el Estado requerirá de una ley especial para desarrollar tales actividades y que, en principio los particulares no precisarán ley alguna (...). El comisionado Guzmán, reforzando las ideas de la CENC sostiene que la iniciativa particular o privada es preferente y que sólo en virtud del principio de subsidiariedad el Estado puede desarrollar aquellas funciones que los particulares no puedan efectuar por sí solos (...). Bertelsen destaca que no se ha pensado que el Estado no debe intervenir en forma alguna en la economía, por cuanto le compete una función normativa y de control, pero no puede, apoyado en el principio de subsidiariedad, conculcar la libertad personal para desarrollar cualquier actividad económica, excepto cuando los particulares no puedan o no quieran emprenderlas, caso en el cual, fundado en el mismo principio, el Estado debe asumirlas por razones de interés nacional. Advierte además, que en éste último caso no será por simple voluntad del Gobierno, por cuanto requerirá de autorización legal para ejercerlas. Finalmente en la sesión N° 388 se aprueba el inciso segundo del artículo 19 N°21 de la Constitución de la siguiente manera: "Sin embargo, el Estado podrá desarrollar o participar en actividades económicas empresariales cuando una ley así lo autorice".⁵²

⁵² CENC, Sesión N°388. Pág. 2916-2920.

Posteriormente, en la sesión N° 389 se perfecciona la redacción del inciso en los siguientes términos: "Sin embargo, podrá el Estado desarrollar actividades empresariales o participar en ellas cuando una ley así lo autorice, la que requerirá de un quórum especial".⁵³

En la misma Sesión N° 389, se discute además sobre la necesidad que el Estado, una vez autorizado para desarrollar actividades económicas o participar en ésta, quede sujeto a la legislación común. Así, el Sr. Guerrero sostiene que en dicha situación el Estado debe regirse por las mismas normas vigentes para el sector privado, sin privilegios ni estatutos especiales (...). El Sr. Guzmán agrega que por "legislación común" debe entenderse "ley ordinaria" por lo que cree necesario agregar alguna expresión que la precise aun más, ante lo cual el Sr. Ortúzar puntualiza la Idea que se le aplique la legislación que rija o regiría para los particulares en el ejercicio de la misma actividad.⁵⁴

En definitiva, el texto aprobado en el Anteproyecto fue el siguiente: "El Estado podrá desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo cuando una ley de quórum calificado así lo autorice y, en tal caso, ellas estarán sometidas a la legislación común que rija este tipo de actividades para los particulares".

El informe final redactado por la CENC, hace presente la conveniencia que el nuevo ordenamiento jurídico contemple "Normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país, de modo que ellas conduzcan a la consecución del bien común" (...), de esta manera concluye que, "En relación con la necesidad de incentivar la iniciativa privada y de evitar el mal que significa la proliferación de las empresas del Estado, se

⁵³ CENC. Sesión N° 389. Pág.2924.

⁵⁴ CENC, Sesión N°398. Pág. 3109.

contempla un nuevo derecho constitucional que tiene por objeto garantizar a todas las personas la libre iniciativa privada para desarrollar cualquier actividad económica”.⁵⁵

1.1.2) El Proyecto del Consejo de Estado

El tema de la actividad empresarial del Estado fue especialmente debatido en el Consejo de Estado, el cual modificó la exigencia de una ley de quórum calificado por la de una ley simple a petición del Vicepresidente del órgano asesor, don Gabriel González Videla, quien en la sesión N° 65, sostuvo que la circunstancia que los hechos vividos a principios de los setenta hiciera pensar a algunos “en la necesidad de consagrar normas que eviten una ampliación ilegal y arbitraria del sector público” , si bien es cierto es válida, no debe impedir el ejercicio de la actividad empresarial del Estado, ya que “la inmensa mayoría del país no desea que se congele una determinada política económica, sino dotar al gobierno de la suficiente libertad para adoptar las políticas económicas que considera adecuadas” (...), y enfatiza en que “no se puede aceptar sensatamente que dentro de las estructuras democráticas, se impida al Presidente de la República optar por el modelo de política económica que corresponda a sus convicciones.”⁵⁶

El Consejo de Estado aprueba en definitiva el siguiente texto: “El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas si una ley los autoriza. En tal caso, las actividades quedaran sometidas a legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicios de las excepciones que, por motivos justificados, establezca la ley”. Al respecto, el informe final del Consejo de Estado señaló que “El proyecto tiende a evitar el desarrollo exagerado, privilegiado o abusivo de las actividades empresariales por parte del Estado. Con tal propósito contempla una serie de normas dirigidas a ese objeto

⁵⁵ Informe Final de la CENC. Pág. 28-30.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sesión N° 65.

(...) lo que significa reconocer el principio de subsidiariedad, conforme al cual el Estado hace lo que los particulares son incapaces de hacer, respetando y haciendo posible la iniciativa privada. (...) Su aplicación involucra una retracción del estatismo que había llegado a dominar la actividad empresarial”.⁵⁷

1.1.3) El texto definitivo aprobado por la Junta de Gobierno

A pesar del criterio del Consejo de Estado, la Junta de Gobierno decide volver al texto original aprobado por la CENC en cuanto a la exigencia de una ley de quórum calificado para que el Estado pueda incursionar en el ámbito empresarial determinado que el texto definitivo de la norma será: “El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estará sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicios de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá asimismo de quórum calificado”.

Sobre este punto, el Tribunal Constitucional ha sostenido de acuerdo a esta norma “solamente en forma muy excepcional puede el Estado desarrollar actividades empresariales (...), para poner en movimiento esa excepción será necesario una ley de quórum calificado, pero no para el regreso a la norma general, lo cual se logra mediante la privatización de la empresa estatal.”⁵⁸

De esta manera, la Norma del artículo 19 N° 21 de la Carta fundamental de 1980, consagra una regla general en materia empresarial, cual es la libre iniciativa privada, y en seguida la excepcionalidad del Estado para intervenir en dicha aérea y sólo cuando así lo ha autorizado expresamente una ley de quórum calificado, sujetándose en tal caso, a la legislación común, todo ello como consecuencia del principio de subsidiariedad imperante en la norma.

⁵⁷ Informe Final del Consejo de Estado. Pág. 38-39.

⁵⁸ Tribunal Constitucional, 9-09-91, Rol 134, Considerando 5°.

1.2) ANALISIS JURIDICO DE LA NORMA CONTENIDA EN EL INCISO SEGUNDO Y TERCERO DEL ARTICULO 19 N° 21

1.2.1) AUTORIZACIÓN LEGAL EXPRESA

Para que el Estado pueda incursionar en actividades empresariales requiere de la autorización del legislador, la cual debe estar contenida en una ley de quórum calificado, la que exige contar con la aprobación de la mayoría absoluta de diputados y senadores en ejercicio.

Esto se traduce en que no basta con la sola voluntad del ejecutivo de intervenir en actividades empresariales, sino que además deberá contar con la venia del poder legislativo, exigiendo un quórum especial para ello, superior al de una ley ordinaria, esto es, la voluntad de más de la mitad de sus integrantes (senadores y diputados en ejercicio), la cual se debe uniformar en el mismo sentido del ejecutivo, de lo contrario la voluntad de la administración central será infructuosa, toda vez que, esta materia es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.⁵⁹

A la exigencia del quórum especial, se agrega a demás el requisito de la **especialidad**⁶⁰ de la ley autorizante, la cual si bien, no se encuentra exigida formalmente en la norma Constitucional ha sido entendida así por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia. Este requisito de la Especialidad se refiere a dos ámbitos, el primero que el legislador autorizará al Estado para intervenir en actividades empresariales mediante **un instrumento legislativo específico en cada caso**, no pudiendo mediante una ley autorizarle en términos generales a intervenir en un área o mercado hacia el futuro. La autorización legislativa individual para cada caso de intervención en actividades

⁵⁹ Al respecto artículos 63,64, 66 de la Constitución Política de la República de 1980.

⁶⁰ Arturo Fermandois V., "Derecho Constitucional Económico: Garantía económicas, doctrina y jurisprudencia". Segunda edición actualizada, Tomo I. Pág. 226 y siguientes.

empresariales es la única forma de armonizar el N° 21 del artículo 19 de la Constitución con el genuino rol subsidiario del Estado. En efecto, una autorización legislativa genérica que permite el establecimiento en forma colectiva de empresas estatales para el futuro, no garantiza el respeto a la libre iniciativa privada y la excepcionalidad del Estado para actuar en esta materia, toda vez que quedaría a la discrecionalidad de éste el determinar cuándo y en qué circunstancias desarrollar una determinada actividad empresarial.

Por otro lado, la especialidad de la ley también dice relación con que ésta debe contener una autorización específica y detallada del **giro empresarial autorizado a la respectiva empresa estatal**. Esta exigencia es un imperativo de la lógica, aceptado por la doctrina y, casi siempre, por la jurisprudencia. En efecto, si la actividad empresarial del Estado se mueve en un plano de excepcionalidad, sus alcances deben ser acotados con precisión y su actuación moverse restrictivamente a lo autorizado so pena de infracción del principio de subsidiariedad que se interpreta del artículo 1º inciso tercero de nuestra Constitución Política.⁶¹ Esta exigencia del legislador, es a su vez, reiteración del mandato del artículo 7º inciso segundo de la Carta Fundamental de 1980, y su principio de actuación en materia de Derecho Público. Así, una ley que autorice al Estado a tener empresas públicas multipropósito u objetos concebidos en términos amplios y ambiguos, haría ilusorio el respeto del derecho preferente que tiene los individuos en materia empresarial.

De esta manera, la autorización que el legislativo le da al Estado debe ser expresa, doblemente específica (no se permiten autorizaciones generales como tampoco giros genéricos concebidos en términos amplios), y consecuentemente deberá ser interpretada en términos restrictivos, sin

⁶¹ La Constitución Política chilena de 1980 no tiene una norma expresa que consagre en forma explícita este principio de Orden Público Económico, sin embargo la doctrina coincide en derivarlo de la norma antes mencionada así como del artículo 19 N° 21 inciso segundo de dicho cuerpo legal, relativo al Estado empresario.

perjuicio de la necesaria adecuación a los cambios circunstanciales y, particularmente, a los nuevos requerimientos tecnológicos (Caso del Diario la Nación⁶²), toda vez que no se puede pretender petrificar en el tiempo el objeto social autorizado por el legislador.⁶³

1.2.2) RESPETO AL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

El principio de subsidiariedad es una materia de bastante extensión dogmática y que tiene variadas manifestaciones. Una de las más importantes es la que dice relación con la actividad productiva de bienes y servicios.

Este principio dice relación con los vínculos existentes entre los particulares y el Estado a fin de determinar cuál debe ser el grado de intervención o protagonismo del Estado en la actividad económica y productiva. De esta manera, el imperativo de la subsidiariedad consiste en que son precisamente los particulares los llamados a realizar dicha actividad, y que el Estado debe "subsidiar" a éstos en el desarrollo de la misma, ya sea en cuanto a que sólo ejercerá actividades productivas cuando los particulares no puedan o no quieran hacerlo, como también deberá otorgar un resguardo a todas las personas para que ellas por sí mismas, en forma libre, independiente y en un plano de igualdad, puedan desarrollar estas actividades. Es decir, el principio de subsidiariedad, implica la creación de un marco constitucional y jurídico por parte del Estado que de seguridad y garantía de derechos a los individuos para que éstos puedan desarrollarse libremente en todos los planos.

⁶² Gaceta Jurídica N° 208 año 1997. Pág. 76-82. Sentencia que rechazó Recurso de Amparo Económico en contra de la empresa del Estado la Nación (Publicaciones Técnicas S.A. contra La Nación). La empresa periodística recurrida se ha regido y se rige por sus estatutos, por las normas aplicables para la generalidad de las sociedades anónimas y otras disposiciones de derecho público, de suerte que las actividades de publicar y editar, por cualquier medio (internet), se encuentran dentro del objeto social de dicha empresa y no vulneran el Art. 19 N° 21 de la constitución

⁶³ Enrique Navarro B., Ob. Citada. Pág. 42.

En consecuencia el principio de subsidiariedad reconoce un grado de participación del Estado en materias económicas y productivas, toda vez que debe dar un marco regulador o sistema donde se desenvolverá libremente la actividad de los particulares y velar por el cumplimiento de ésta, como también asumir un rol supletorio, en los casos en que el mercado contenga elementos que desestabilicen el marco y reglas básicas del sistema, a lo cual se agrega que cuando existan situaciones en que los particulares no estén en condiciones de enfrentar o desarrollar, deberá asumirlas él mismo a fin de garantizar que la población obtenga por lo menos, los mínimos sociales que la misma sociedad se ha impuesto.⁶⁴

El principio de subsidiariedad lo encontramos reconocido constitucionalmente en el artículo 1º de la Constitución Política de la República de 1980, en cuyo inciso segundo dispone que “El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios y les brinda su debida autonomía para cumplir con sus propios fines específicos”, y continua en el mismo sentido en su inciso tercero señalando que “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. De esta manera la labor del Estado debe estar encaminada para que los particulares por si mismos u organizados socialmente desarrollen todas las actividades que por su naturaleza le corresponda realizar y sólo actuara en subsidio de la actividad de éstos.

La manifestación económica de este principio se desprende del artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental, que reconoce la libertad de empresa y la

⁶⁴ Gaspar Ariño, “Economía y Estado: Crisis y Reforma del Sector Público”, Pág. 65 y ss. (Sobre el principio de subsidiariedad)

excepcionalidad del Estado para desarrollar o participar en actividades empresariales.

De acuerdo a la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional, el Estado debe actuar en materia empresarial sólo cuando los particulares no puedan realizar dichas actividades o no estén en condiciones de efectuarlas, o por su importancia, no es aconsejable que sean entregadas al sector privado.⁶⁵

Entonces, de conformidad al principio de subsidiariedad, al Estado le corresponde asumir directamente sólo aquellas funciones que las sociedades intermedias o particulares no están en condiciones de cumplir, ya sea porque son propias del Estado como la defensa nacional, policía, relaciones exteriores, etc., o porque su importancia para la colectividad no aconseja dejarlas entregadas a grupos particulares restringidos (empresas estratégicas fundamentales para el Estado), o bien porque envuelven una coordinación general que por su importancia corresponde al Estado, o simplemente no tienen interés en explotarla porque se trata de un sector "no rentable".

Al respecto, y en el mismo sentido, el informe redactado por la Comisión Conjunta de la Junta de Gobierno relativo al proyecto de ley que estableció el Recurso de Amparo económico, y en el que se analizó la conveniencia o no de dictar una ley marco en materia empresarial estatal, expresó que la "norma del inciso segundo del N° 21 de artículo 19 es de carácter excepcional porque la garantía constitucional pretende que el Estado no actúe como empresario, a menos que se cumplan las condiciones económicas, sociales y políticas que el legislador debe evaluar para autorizarlo a una actividad empresarial."⁶⁶

⁶⁵ Al respecto CENC, Sesión N°388. Pág. 2941.

⁶⁶ Informe de la Comisión, en Paulino Varas A., "Amparo Económico, Revista de Derecho Público Vol. 49 (1991). Páginas 45-70.

Sin embargo, la propia Constitución señala ciertas excepciones, en las cuales el Estado es empresario, por expreso mandato constitucional, y que son:

- a) Estaciones de televisión (art. 19 N° 12)
- b) Sustancias Mineras no Concesibles (art. 19 N° 24)
- c) Gran Minería del Cobre (disp. 3 transitoria): y
- d) Actividades empresariales autorizadas por leyes dictadas con arreglo a la entrada en vigencia de la Constitución Política, las que se entenderán que cumplen la exigencia de quórum Constitucional (disp. 5 transitoria).

1.2.3) SUJECCIÓN A LA LEGISLACIÓN COMUN

Una vez que el Estado ha sido autorizado para desarrollar o participar en una determinada actividad empresarial, quedará en el ejercicio de aquélla inmediatamente sujeto a la legislación común, en igualdad de condiciones con los demás actores económicos particulares que intervienen en la misma actividad. En otras palabras, "el Estado en sus actividades empresariales recibirá el mismo trato que los particulares"⁶⁷ (...) "sin privilegios ni estatutos especiales"⁶⁸, por lo que deberá competir como uno más de ellos en el mercado, salvo las excepciones que, por motivos justificados, establezca la misma ley de quórum calificado que autoriza su intervención u otra posterior, la que deberá ser también de quórum calificado.

Esta exigencia tiene su fundamento valórico en la necesidad que el Estado, una vez investido como empresario por el legislador, actúe como sujeto de derecho privado, sin ejercicio de potestades públicas.⁶⁹

Además, si el Estado, autorizado legalmente, incursiona en una actividad empresarial, al regirse por la legislación común aplicable a los particulares,

⁶⁷ CENC, Sesión N° 389. Pág. 2941.

⁶⁸ CENC, Sesión N° 398. Pág. 3119.

⁶⁹ Arturo Fermandois V., "Derecho Constitucional Económico: Garantías Económicas Doctrina y Jurisprudencia", Tomo I (año 2001), Pág. 188.

actuará entonces como un ente privado más, por lo que tendrá el imperativo de ser eficiente desde el punto de vista económico, como lo exige además la naturaleza de toda empresa, prestando el servicio o realizando su actividad en las mejores condiciones posibles para sus usuarios o consumidores y obteniendo a su vez las utilidades necesarias para su mantenimiento y proyección.

De esta manera y mirado desde el punto de vista del individuo, la exigencia que el Estado en el ejercicio de su actividad se someta a la legislación común aplicable a los particulares, se traduce en una doble garantía para éste último: el derecho al Estado empresario equivalente y competitivo.⁷⁰

Ahora bien, la misma norma constitucional establece la posibilidad que por "motivos justificados" el Estado pueda estar sometido a normas distintas a la de los particulares, la cual deberá estar contenida en una ley de quórum calificado.

Se trata de normas especiales más favorables que las aplicables a los particulares, sin embargo para caso contrario, esto es la aplicación de una normativa más desfavorable, por no ser excepcional, se requerirán una ley ordinaria y no de quórum especial. Esta norma contiene dos resguardos para el individuo, uno formal consistente en la exigencia de una ley de quórum calificado y otro de fondo, que la excepción sea "por motivos justificados".

Así, el legislador, al establecer un estatuto especial para el Estado empresario deberá señalar cuáles son los motivos justificados que le mueven a establecer una regulación más favorable.

1.2.4) FORMAS DE ACTUACIÓN

⁷⁰ Arturo Fermandois V., Op. Cit., Pág.188.

La norma en análisis dispone en su inciso segundo que "El Estado y sus organismos podrán **desarrollar actividades empresariales o participar** en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza". De esta manera, la actividad empresarial del Estado y sus organismos puede ejercerse a través de dos formas: el desarrollo y la participación.

Se entiende que el Estado desarrolla una actividad productiva, cuando éste por iniciativa propia comienza en la gestión de un negocio empresarial.

Por su parte, se entiende que el Estado participa en la actividad empresarial cuando adquiere, todo o parte del capital accionario de una empresa que ya se encontraba en operación.

Además, cuando el estado desarrolla una actividad empresarial o participa en ésta, lo puede hacer, ya sea, actuando a través de Empresas Públicas o del Estado, como también a través de otras sociedades, generalmente conocidas como sociedades filiales, tales como, las sociedades mixtas, sociedades derivativas y sociedades colegiadas.

1.2.4.1) Empresas Públicas:

No existe un concepto legal para definir lo que se entiende por empresas públicas. Nuestro legislador solo se limita a reconocer que el Estado puede desarrollar actividades empresariales a través de ellas. Ahora bien, cuando hablamos de empresa pública nos estamos refiriendo a una entidad creada por ley (quórum calificado), que combina factores productivos con el fin de otorgar bienes y servicios a la sociedad a cambio de una contraprestación monetaria, y que posee personalidad jurídica propia distinta del Fisco y patrimonio propio.

La Contraloría General de la República ha conceptualizado a las empresas públicas o del Estado como "entidades creadas por ley que tienen

personalidad jurídica de derecho público distinta y separada del Fisco, cuentan con un patrimonio propio que originalmente está constituido por fondos públicos y han sido dotadas de autonomía para gestionar el mismo. Son además, organismos funcionalmente descentralizados que con tal naturaleza integran los cuadros orgánicos de la administración. Cabe agregar que, no obstante contar con la citada autonomía, se encuentran bajo la supervigilancia del Poder Central que se ejerce de diversas formas, como son, a modo de ejemplo, la designación de Vicepresidente Ejecutivo- el que es de exclusiva confianza del Presidente de la República- o el nombramiento de ciertos representantes en los directorios o consejos, el control jurídico de los actos más importantes, la aprobación previa de planes de inversión o de planta de sus empleados, etc.”⁷¹

El origen de una empresa del estado corresponde, en su iniciativa, en forma exclusiva al Presidente de la República, quien en su facultad de co-legislador enviará un mensaje al Congreso Nacional solicitando su aprobación, la que deberá ser otorgada en virtud de una ley de quórum calificado, todo ello según lo dispuesto en los artículos 65 inciso cuarto N°2, y 63 inciso tercero de la Constitución.⁷²

Según lo dispone el artículo 1° inciso segundo de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado⁷³, las empresas públicas, una vez creadas, pasan a formar parte de la

⁷¹ Resolución de la Contraloría General de la República, N° 010492, de 21 de Febrero de 1979 en la que responde a la consulta formulada por la Corporación Nacional del Cobre en relación a la naturaleza de las empresas públicas y las empresas en las que el Estado tiene participación y aporte.

⁷² Artículo 65 inciso cuarto N° 2 de la Constitución dispone que, “corresponderá asimismo al Presidente de la República, la iniciativa exclusiva para: N°2 Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomas, de las empresas del Estado o municipales; suprimirlos y determinar sus funciones y atribuciones.”

⁷³ Artículo 1 inciso segundo de la Ley 18.575 dispone “La Administración del Estado estará constituida por los ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco

administración del Estado. No obstante, sólo se rigen por las normas contenidas en el Título I de la ley 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que se refiere a las normas generales por las que se reglan los órganos que integran la administración de Estado. En lo no regulado en su Título I, las empresas públicas se rigen por las normas constitucionales pertinentes y por lo que disponga la ley de quórum calificado que autoriza su funcionamiento. Esto último responde, a que en principio las empresas públicas se someten a la legislación común aplicable a las empresas privadas, y solo por excepción (contenida en la ley de quórum calificado respectiva o por mandato constitucional) pueden tener un tratamiento especial o diferente.

En consecuencia, las empresas públicas o del Estado no gozan de la personalidad jurídica Fisco, sino que tienen una personalidad jurídica propia distinta del Fisco, lo cual se traduce en que tienen nombre, domicilio, nacionalidad y patrimonio propio distintos del Fisco. Sin embargo hay que hacer consideraciones especiales, ya que pese a que la ley señala que las empresas públicas se rigen por la legislación común aplicable a los particulares, no son personas jurídicas de derecho privado, sino que por formar parte de la Administración del Estado (artículo 1 inciso segundo Ley 18.575) , su personalidad jurídica es de derecho público, por lo que su patrimonio también lo es, pero no forma parte del patrimonio fiscal, por lo que jamás debería confundirse con él.

Además, las empresas públicas tienen un grado importante de autonomía respecto de su capacidad de gestión y normativa, las cuales generalmente estarán contenidas en la misma ley que las genera. Con todo, las empresas del Estado, como todo órgano de éste, están limitadas en el sentido

central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades, y las empresas públicas creadas por ley.”

que expresan los artículos 6 y 7 de la Constitución Política actual y artículo 2 de la ley 18.575, que se traduce en una limitación a los órganos del Estado a través de una vinculación positiva con el ordenamiento, debiendo actuar siempre dentro de la esfera de sus competencias y en la forma que prescriba la ley, a lo que se agrega que todo acto que escape a esta vinculación positiva generará las responsabilidades de derecho público que corresponda. Es por ello, que se sostiene que las empresas públicas tienen autonomía de gestión y normativa pero no de voluntad, como si la tienen las empresas privadas.

Las empresas del Estado, forman parte de lo que en derecho administrativo se denomina la administración descentralizada del Estado, lo que implica que no están sometidas a un control jerárquico, ni a la dependencia que existe dentro de la administración centralizada. De esta manera, el grado de vinculación que tienen con el Presidente de la República, a quien le corresponde al gobierno y administración del Estado, es a través de una relación de supervigilancia que se materializa a través del Ministerio Respectivo, como de otros órganos, como la Contraloría General de la República, control y supervigilancia al que no están sometidas las empresas privadas por ser precisamente personas jurídicas de derecho privado.

1.2.4.2) Sociedades Filiales:

El Estado puede intervenir en forma indirecta en la actividad empresarial a través de la "participación". En este caso, no estamos en presencia de empresas públicas, sino que el Estado asume el rol de participante en la actividad productiva por medio de empresas con personalidad jurídica de derecho privado, que tienen estructura societaria y que se conocen como empresas o sociedades filiales, las que han sido definidas como sociedades comerciales o industriales, que pueden revestir distintas formas o esquemas societarios y que no integran la administración del Estado.

La Contraloría General de la República ha sostenido que “En cuanto a las empresas privadas del Estado, esta Contraloría entiende que con ello se ha querido hacer referencia a las empresas, sociedades o entidades privadas en que el Estado o sus empresas sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o en las mismas condiciones, representación o participación”, (...) sobre el particular, cabe precisar que aún cuando el Estado o los entes públicos participen en dichas empresas privadas, tal hecho no tiene el alcance de modificar su naturaleza jurídica, que es esencialmente de derecho privado, sin que por ello, entonces puedan considerarse formando parte de los cuadros orgánicos de la Administración del Estado como empresas del Estado”.⁷⁴

Las sociedades filiales pueden ser constituidas básicamente de dos formas: por integración de corporaciones de derecho público o mediante la formación de nuevas empresas de derecho privado, contando en ambos casos con a aprobación legal en los términos del artículo 19 N° 21 inciso segundo de la Constitución Política de la República.

De esta manera, cuando ocurre una integración de corporaciones de derecho público, es necesario que dichas corporaciones cuenten con una ley previa que las autorice, la que deberá ser de quórum calificado.

Cuando el Estado, estando legalmente autorizado, participa en la actividad empresarial mediante la formación de nuevas empresas con estructura societaria, se deberá aplicar los procedimientos considerados por el derecho privado a este respecto. En la especie, los mecanismos tradicionales para dar formación a una sociedad filial son las siguientes:

⁷⁴ Resolución de la Contraloría General de la República, N° 010492, de 21 de Febrero de 1979 en la que responde a la consulta formulada por la Corporación Nacional del Cobre en relación a la naturaleza de las empresas públicas y las empresas en las que el Estado tiene participación y aporte

- a) Los procedimientos voluntarios por los cuales el Estado pueda formar parte de una sociedad ya existente y en la que no tenía participación alguna, ya sea comprando acciones, efectuando aportes de capital en la sociedad o comprando el pasivo de la misma.
- b) Mediante la creación de una nueva sociedad, lo cual puede hacer por sí solo o por asociación con otras personas jurídicas de derecho privado, dando en este caso, lugar a lo que se conoce como empresas mixtas.
- c) Cuando por ley se extinguen una o varias corporaciones de derecho público o empresas públicas y se exige su transformación en una sociedad de derecho privado, sociedad esta última que será la sucesora legal de la anterior empresa pública transformada.⁷⁵

Por medio del último caso, es posible efectuar la privatización de empresas. De esta forma, la sociedad filial, puede pasar a manos particulares, por medio de una ley previa⁷⁶ simple, quedando el estado con una participación menor o bien sin ningún grado de participación.

Las sociedades filiales, por su propia naturaleza, se rigen por el derecho privado. Sin embargo, en ciertos casos, quedan sujetas a normas de derecho público, principalmente de carácter financiero, como por ejemplo, el artículo 60 N°9 de la Constitución, prescribe que para que estas empresas puedan contratar empréstitos deben contar con una ley que los autorice. Además, en el caso que la participación del Estado en la sociedad filial sea mayoritaria, o en proporción igual a los particulares, quedarán sometidas a la fiscalización de la Contraloría General de la República. En el mismo, sentido, cuando estas

⁷⁵ Vr.gr., Ley 18.965 de 10 de marzo de 1990, que impone al Estado la obligación de enajenar activos en ciertos casos y circunstancias (norma contenida en el artículo 5 del Proyecto de Ley del Estado empresario que no fue aprobado).

⁷⁶ Ver artículo 60 N° 10 de la Constitución de 1980.

empresas puedan comprometer el crédito público, deben contar con la aprobación especial del Ministerio de Hacienda.⁷⁷

Finalmente, es importante destacar, que estas empresas filiales no pertenecen a la Administración del Estado, por lo que se escapan de la tutela de la ley 18.575, como asimismo, y por disposición del artículo 6 de dicho cuerpo legal, estas empresas no pueden ejercer potestades públicas, sin posibilidad alguna que la Ley de quórum calificado que autoriza su creación establezca alguna excepción.^{78 79}

1.2.4.3) Otras formas de actuación:

Nos referimos a la gestión empresarial del Estado a través de entes no societarios, más precisamente, a la realización de actividades productivas a través de servicios públicos.

Los servicios públicos son creados por ley y por iniciativa exclusiva del Presidente de la República⁸⁰. Su objetivo principal es la satisfacción de necesidades colectivas, para lo cual debe realizar actividades, que por extensión pueden ser consideradas como empresariales, por lo que podría ser posible sostener que puede haber una "Actividad empresarial encubierta del Estado", que se realiza a través de un servicio público.⁸¹

1.2.5) DISPOSICIÓN 5° TRANSITORIA

⁷⁷ Ver artículo 44 del Decreto Ley N°1263. Ley orgánica de la Administración Financiera del Estado.

⁷⁸ La citada norma dispone: "El Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su administración, sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser de quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales. Las entidades a que se refiere el inciso anterior no podrán, en caso alguno ejercer potestades públicas".

⁷⁹ Al respecto ver Jorge Precht Pizarro, "El Estado empresario: Análisis de la legislación complementaria constitucional"; Seminario sobre el Estado empresario, publicado en Revista Chilena de Derecho, Vol. 14, año 1987.

⁸⁰ Artículo 62 inciso cuarto N°2 de la Constitución Política .

⁸¹ Sobre el particular Ver José López Reitze, Op. Cit. Pág. 173.

De acuerdo a la norma constitucional en análisis, se exige como requisito esencial para que el Estado participe o desarrolle actividades empresariales la dictación de una ley de quórum calificado. Tal situación no presenta problema alguno después de la vigencia de la Constitución, ya que cada vez que el Estado y sus organismos pretendan emprender actividades empresariales deberán contar con una ley especial que le autorice. Sin embargo, la norma del artículo 19 N° 21 no tenía equivalente en la Constitución de 1925, por lo que no se le exigía al Estado la dictación de una ley de quórum calificado para intervenir en actividades empresariales, por lo que al momento de la entrada en vigencia de la Constitución de 1980 existían varias de empresas y sociedades del Estado que no contaban con la autorización de una ley de quórum calificado para su continuación como tales, por lo que en estricto rigor no podrían continuar funcionando en lo sucesivo.

En atención a lo anterior, se introdujo a la Constitución la Disposición Quinta Transitoria, a fin de que los organismos del Estado que desarrollaban actividades empresariales no tuvieran que cesar de inmediato su funcionamiento con la entrada en vigencia de la nueva constitución. De esta manera la citada norma dispone que "Se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que 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."

La disposición quinta transitoria es una norma necesaria en todo proceso de reformulación global de una Carta Fundamental. Esta norma, decreta una zona de ultractividad constitucional en materia de Estado-

Empresario, que impide la derogación tácita que debió aplicarse de acuerdo a las reglas generales del Código civil. Esto significa que:⁸²

- a) Todas las leyes orgánicas de empresas estatales vigentes al 11 de marzo de 1981 continúan vigentes hasta que no sean derogadas y se presumen de quórum calificado, y
- b) Todas las leyes que dieron lugar a empresas con estatutos normativos excepcionales continúan vigentes y se presuman aprobadas con quórum calificado.

Esta norma, sin embargo ha generado varios problemas, sobre todo porque hasta el momento no se han dictado los cuerpos legales correspondiente que vengan, en conformidad al artículo 19 N° 21, a reemplazar las leyes simples, decretos leyes, etc., que crearon las empresas públicas anteriores a la Constitución de 1980. Al respecto, Pedro Pierry Arrau ha señalado que "El problema que se plantea es de saber si puede actualmente una institución del Estado adquirir acciones o transformarse en socio de una sociedad, sin que medie primeramente una ley de quórum calificado, tratándose de facultades que con anterioridad tenía dicha institución." Agrega además que, "Si se sostuviera que por aplicación del artículo quinto transitorio de la Constitución Política, todas las disposiciones anteriores permanecen vigentes (...), no tendría en la práctica ninguna aplicación o muy poca la disposición Constitucional del artículo 19 N° 21, ya que el Estado podría ejercer todo tipo de actividades empresariales a través de sus instituciones que estuvieran anteriormente facultadas para hacerlo"⁸³, sobre todo si consideramos que la mayor parte de actividad empresarial del Estado proviene de antes de la entrada en vigencia de la actual Constitución y muy poca se ha iniciado a partir de ésta.

⁸² Arturo Fermandois V., Op. Cit. Pág.247.

⁸³ Revista de Derecho Público, año 1985, N° 37-38. Pág. 230.

1.2.6) OTROS ALCANCES DE LA NORMA

En cuanto a la redacción del artículo 19 N° 21 inciso segundo y tercero podemos hacer las siguientes precisiones, que es del todo importante tener presente al momento de interpretar la garantía constitucional respectiva.

1.2.6.1) La expresión "El Estado y sus Organismos":

Se ha entendido que al expresión utilizada por el constituyente al comenzar el inciso segundo del N° 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental, estos es , "El Estado y su organismos", se refiere a todos aquellos entes pertenecientes a la Administración centralizada del Estado, inclusive los órganos constitucionales autónomos (Banco Central, Contraloría General de la República, Poder Judicial).⁸⁴

Así, son órganos del Estado los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.

1.2.6.2) La expresión "Solo":

La preferencia empresarial del individuo sobre el Estado empresario emana, sin mayores consideraciones, atendiendo al vocablo "solo" del inciso segundo del N° 21. En efecto, esta palabra subraya que el evento que contempla sólo tiene lugar una vez cumplidos determinados requisitos, develando así la intención lógica del constituyente de imponer una regla general, no sujeta a requisitos habilitantes, contenida en el inciso primero, y una excepción, en el inciso segundo, sometida a exigencias calificadas.⁸⁵

1.2.6.3) La expresión "Actividades empresariales"

⁸⁴ En definitiva, se comprende todas las entidades detalladas en el inciso 2° del artículo 1° de la Ley 18.575, LOC de Bases Generales de la Administración del Estado.

⁸⁵ Arturo Fermandois V., Op. Cit.,(2001), Pág. 164.

La referencia a actividades empresariales se refiera a una especie respecto del género que es la actividad económica.

Por actividad económica entendemos a aquella susceptible de producir lucro o de alterar los elementos que lo producen; y por actividad empresarial a aquella actividad económica que el ente despliega organizado en un conjunto de personas y bienes llamado "empresa"⁸⁶. Es respecto de esta última que se requiere cumplir las exigencias contenidas en la norma constitucional del artículo 19 N° 21 incisos segundo.

1.2.6.3) Las expresiones "desarrollar" y "participar"

Ambos conceptos hacen referencia a cosas distintas. Mientras que el desarrollo de actividades empresariales hace referencia a una acción protagónica del agente respecto de la actividad, la participación en ellas tiene una connotación de accesoriedad.

El estado participará en la actividad empresarial cuando tenga la calidad de accionista minoritario en empresas, cuando se asocie con terceros en uniones de entidades independientes, o cuando en el hecho contribuya al despliegue del giro de una o más empresas de manera secundaria.⁸⁷

La Corte de Apelaciones de Santiago ha dicho que para éstos efectos *desarrollar* "implica la acción de iniciar una actividad económica", y además que esta adquiera "incremento y vigor gradualmente".⁸⁸

2. DEL CONTROL JURISDICCIONAL A LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO

⁸⁶ Sesión N° 388 de la CENC (27 junio de 1978).

⁸⁷ Arturo Fernandois V., Op. Cit. (2001). Pág. 170.

⁸⁸ LXXVII Revista de Derecho y Jurisprudencia (1981) 2°P., S. 5°, Pág. 165.

El Control Jurisdiccional de la actividad empresarial del Estado es una manifestación del principio de la **Revisión Judicial Económica**, que forma parte de los principios que integran el Orden Público Económico chileno y que está además estrechamente vinculado con la efectiva vigencia de las garantías constitucionales económicas.

El principio de la Revisión Judicial Económica podría definirse como aquel que exige a todo ordenamiento proveer de las acciones cautelares y recursos sustantivos idóneos, de los Tribunales especializados y jerárquicamente convenientes y de las fuerzas ejecutivas eficaces para el cumplimiento de las resoluciones jurisdiccionales, que permitan un escrutinio estricto de la conformidad de los actos legislativos, ejecutivos, judiciales y particulares con efectos económicos ante las garantías económicas de la Constitución.⁸⁹

Chile ha sido un país en el cual durante muchos años se careció de revisiones judiciales en el sentido que las entendemos hoy, lo cual trajo que no solo los derechos de carácter económicos se vieran severamente afectados con ésta característica, sino también todos los derechos, incluso los más fundamentales.

El **Recurso de Protección** o acción de protección como se le denomina en doctrina constitucional, se instauró en pleno gobierno militar, en el año 1976, con lo cual se marca el fin del desamparo constitucional de los derechos fundamentales.⁹⁰ Este recurso, tutela casi todas las garantías de naturaleza económica primordiales para el Orden Público económico, salvo las garantías

⁸⁹ Arturo Ferandois V., Ob. Cit., Pág. 112.

⁹⁰ Soto Kloss al comentar el Acta Constitucional N°3 de 1976 que promulgó el Recurso de Protección sostuvo que "Lo que durante mas de 45 años la actividad parlamentaria y gobiernos de partido no quisieron hacer para proteger a los ciudadanos debidamente en sus derechos fundamentales, lo ha venido a hacer un gobiernos de apenas 3 años después de haber asumido el mando de la nación, sin parlamento y sin partidos políticos. ¡Curiosa paradoja!. El Recurso de Protección, Aspectos Fundamentales (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, apuntes). Pág. 2.

tributarias del artículo 19 N°20 de la constitución y del debido proceso (Art. 19 N°3 inciso quinto).

En lo referente a la actividad empresarial del Estado, existe un recurso especial, similar y de la misma naturaleza que el Recurso de Protección, y que se estableció a favor de individuo y para el evento que la actividad del Estado interfiriere en el legítimo ejercicio del derecho a la libertad económica del artículo 19 N° 21. Este recurso, que es más bien un acción jurisdiccional, se denomina **Recurso de Amparo Económico** y está establecido en la Ley N° 18.971 del año 1990.

El establecimiento de este recurso especial responde a que la consagración constitucional del Estado empresario fue concebida como una garantía negativa para las personas, ya que quien tiene la preferencia constitucional para desarrollar actividades empresariales es precisamente el individuo, solo u organizado, y el Estado, mucho más poderoso, debe replegarse hacia las actividades que le son connaturales, y solo excepcionalmente intervenir en actividades empresariales que no le son propias.

2.1 DEL AMPARO ECONOMICO

En atención a la importancia que para nuestra institucionalidad tiene el principio de libertad de empresa y de subsidiariedad del Estado, la garantía del artículo 19 N° 21 inciso primero, se encuentra doblemente tutelada, tanto por la Acción de Protección (artículo 20 de la Constitución) como por el Amparo Económico de la ley 18.971.

Bajo la sola vigencia de la Constitución de 1980 la garantía de la libertad de empresa se encontraba solamente tutelada por el Recurso o Acción de

Protección. Sin embargo, la estructura formal del recurso hacía mas bien dificultosa la obtención de un pronunciamiento favorable de la I. Corte de Apelaciones en esta materia, ya que la ley establece al Recurso de protección como una acción específica y de emergencia, con un procedimiento rápido e informal, por lo que exige que se funde en situaciones de hecho que permitan, por este especial procedimiento, restablecer el imperio del derecho en el caso particular, pero "es improcedente que por medio de él se pretenda un pronunciamiento sobre situaciones de fondo, que sean de lato conocimiento",⁹¹ como sucedía en la mayoría de los casos.

En efecto, el Recurso de protección exige la concurrencia de un doble supuesto, primero es necesaria la existencia de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, y segundo, que ella se traduzca en la perturbación o amenaza de alguna de las garantías que con el recurso se protegen. En consecuencia, para que opere la protección jurisdiccional es menester la existencia de un acto u omisión ilegal o arbitraria que prive, perturben o amenace el legítimo ejercicio del derecho y garantía establecida en el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental.

El problema que se suscita con el Recurso de Protección en relación a esta garantía, lo encontramos con la acreditación fáctica de los supuestos exigidos por el recurso, ya que muchas veces, la vulneración de ésta garantía, a diferencia de otras, requiere de un lato análisis de fondo y no uno meramente formal como procede con la acción en cuestión. Así, muchas veces se rechazaron recursos de protección interpuestos contra la acción del Estado y/o sus organismos y que vulneraban la garantía de la libertad de empresa por considerarlos la I. Corte, extemporáneos, ya que el plazo para interponerlo, esto es 15 días desde la ejecución del acto u omisión arbitraria, era muy breve, y muchas veces el afectado se daba cuenta de la afectación de su derechos

⁹¹ Corte Suprema. Recurso de Protección, Sentencia de 22 de junio de 1992.

después de éste plazo, o bien se trataba de actos del Estado que, con posterioridad a su dictación, producían consecuencia perniciosas para la garantía.

En el año 1989 el Jefe de Gobierno, envió a la Junta de Gobierno un Mensaje de Proyecto de Ley que tenía por objeto regular la actividad y participación productiva del Estado (Ley del Estado empresario). En definitiva el proyecto no fue aprobado, sin embargo dio a lugar a la dictación de dos Leyes, la N° 18.965 y la N° 18.971 del año 1990. Fue esta última la que consagró el denominado **Recurso o Acción de Amparo Económico**, que venía a solucionar los problemas que creaba el Recurso de Protección en esta materia a fin de otorgar una eficaz protección a al derecho constitucional del artículo 19 N° 21.

El artículo único de la ley N° 18.971 (publicada en el Diario Oficial con fecha 10 de marzo de 1990) que consagra el recurso de amparo económico señala textualmente: "Cualquier persona podrá denunciar las infracciones al artículo 19 número 21 de la Constitución Política de la República de Chile".

De esta manera el recurrente no necesitará tener interés actual en los hechos denunciados, por lo que se concluye que estaríamos en presencia de una acción popular y que puede en consecuencia ser ejercida por cualquier persona que considere que el estado está vulnerando la citada garantía.

La acción puede intentarse dentro de seis meses contados desde que se hubiere producido la infracción, sin más formalidad ni procedimiento que el establecido para el Recurso de Amparo⁹², ante la Corte de Apelaciones respectiva, que conocerá de ella en primera instancia. Deducida la acción, el

⁹² Sobre le vigencia del amparo ver Enrique Navarro B., "La Constitución Política frente a la reforma procesal penal", Revista de Derecho Público N° 64 (2002), Pág. 91-98.

tribunal deberá investigar la infracción denunciada y dar curso progresivo a los autos hasta el fallo respectivo.⁹³

Contra la sentencia definitiva, procederá el recurso de apelación, que deberá interponerse en el plazo de cinco días, para ante la Corte Suprema y que, en caso de no serlo, deberá ser consultada. Este tribunal conocerá del negocio en una de sus Salas. Si la sentencia estableciere fundadamente que la denuncia carece de toda base, el actor será responsable de los perjuicios que hubiere causado.⁹⁴

Según se dejó constancia en el mensaje del Presidente de la República, el propósito de dicha acción fue hacer efectiva la garantía constitucional de la libertad económica.

Durante los primeros cinco años de aplicación, los tribunales tendieron a restringir la órbita de aplicación de esta acción exclusivamente al inciso 2º del artículo 19 Nº 21, esto es, a las limitaciones impuestas al Estado empresario.⁹⁵

Muestras de lo anterior son los siguientes fallos:

“Debe entenderse creado para proteger otras situaciones cubiertas por el artículo 19 Nº 21 del texto constitucional, como es la que se contempla en su inciso segundo”.⁹⁶

“Este recurso especial está relacionado con el derecho del Estado y sus organismos para desarrollar actividades empresariales o participar en ellas, sólo

⁹³ Ley 18971, artículo único, inciso 3º.

⁹⁴ Ley 18.971, artículo único, inciso 4º.

⁹⁵ Enrique Navarro Beltrán, “El recurso de amparo económico y su práctica jurisprudencial”, Estudios Constitucionales (Centro de estudios constitucionales de Chile de la Univ. De Talca) Año 5, N° 2 -2007, Pág.104.

⁹⁶ Enrique Llano con Seremi de Transporte, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 785-91, 17.04.71, GJ 130 (1991), p. 41.

si una ley de quórum calificado los autoriza; en otras palabras, se refiere a lo establecido en el inciso segundo del artículo 19 N° 21. Por consiguiente, no se relaciona con el inciso primero del referido artículo que protege el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, que de conformidad a lo establecido en el artículo 20 de la carta fundamental, está resguardado por el recurso de protección”.⁹⁷

Sin embargo, a partir de 1995, la Corte Suprema modifica su criterio, considerando que la aludida acción comprende también la protección del primer inciso que reconoce a todas las personas “**el derecho a desarrollar cualquier actividad económica** que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”. Así lo demuestran los siguientes fallos:

“Que la ley 18.971 estableció el recurso especial de amparo, para denunciar las infracciones al artículo 19 N° 21, de la Constitución de la República de Chile, sin hacer distinción alguna entre las diversas situaciones planteadas en ambos incisos del señalado N° 21; que (...) las argumentaciones vertidas por la recurrida para concluir que el amparo económico sólo es procedente cuando se ha producido una infracción al inciso segundo del artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental, no llevan al convencimiento de esta Corte que así deba resolverlo, variando por lo demás con ello la jurisprudencia establecida por esta sala especializada, cuando el resolvió el recurso de amparo económico N° 24.513, el 28 de marzo último”.⁹⁸

Por su parte la Corte Suprema ha sostenido que:

⁹⁷ Asociación Gremial de Armadores Artesanales VIII Región con Presidente de la República, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 738-92, 6.05.92, GJ 143 (1992), p. 63.

⁹⁸ Endesa con Dirección General de Aguas, Corte Suprema, Rol 35.502-95, 10.01.96, GJ 187 (1996), p. 49. En idéntico sentido, Emeres con Municipalidad de Til Til, C. de Apelaciones de Santiago, Rol 1929-95, 24.11.95, GJ 187 (1996), p. 54.

“La posibilidad de efectuar denuncias al tenor del artículo único de la aludida Ley Nº 18.971 abarca los dos incisos del artículo 19, número 21 de la Carta Fundamental, porque éste así lo dispone en forma expresa cuando señala lo que ya se adelantó, en orden a que: Cualquier persona podrá denunciar las infracciones al artículo 19, número 21... Tratándose de una norma de un tenor tan claro, no se divisa de qué manera podría restringirse la denuncia y correspondiente indagación tan sólo a una de las dos garantías que se protegen por el indicado precepto constitucional. En efecto, no hay ninguna circunstancia que permita una interpretación diferente, en orden a que ella estaría limitada únicamente al inciso segundo de la norma de la Carta Fundamental, y cualquier otro entendimiento carece de asidero jurídico y contraría el claro sentido de la misma, que se desprende de su tenor literal, ya reproducido”.⁹⁹

“Lo que persigue la norma en cuestión es asegurar que la actividad empresarial que puedan llevar a cabo los particulares se desarrolle con libertad, exenta de trabas indebidas, esto es, se asegura el derecho a desarrollar cualquier actividad económica dentro del plano empresarial”¹⁰⁰

En definitiva, podemos concluir que el Recurso de Amparo Económico es la acción que la ley concede a cualquier persona para denunciar las infracciones a la garantía constitucional que protege el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional.

3. JURISPRUDENCIA RELEVANTE SOBRE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO

⁹⁹ Corte Suprema, 23.09.2003, Rol Nº 3496-03

¹⁰⁰ Corte Suprema, 18.01.05, Rol 5856-04.

A 18 años desde la consagración de la Acción de Amparo Económico se han dictado más de doscientas sentencias con ocasión de su interposición, lo que ha generado una nueva jurisprudencia que ha ido estableciendo un criterio más o menos uniforme respecto de varias materias en relación a la actividad empresarial del Estado y la libre iniciativa privada en materia empresarial.

De esta manera podemos destacar los siguientes aspectos:

3.1 SOBRE EL DERECHO PREFERENTE

La Jurisprudencia de los Tribunales superiores de justicia ha venido ratificando plenamente el punto específico de la preferencia empresarial del particular frente al Estado-Empresario. Es más, aún cuando ha rechazado recursos en materia de libertad económica, se ha cuidado de no cuestionar la indicada preferencia.

Al respecto algunas sentencias destacadas:

En varias sentencias, y aun cuando no es el órgano llamado a conocer del Recurso de Amparo económico, es importante hacer presente, que nuestro Tribunal Constitucional, sin excepciones, ha reafirmado la subordinación estatal frente al derecho preferente del individuo para el desarrollo de actividades económicas y empresariales¹⁰¹. De ellas, cabe seleccionar aquella que se pronunció sobre el requerimiento de inconstitucionalidad deducido contra la Ley 19.085, de 2 de octubre de 1991, que sancionó la privatización de la Zona Franca de Iquique.

¹⁰¹ Arturo Fermandois V., "Derecho Constitucional Económico: Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia", Año 2006. Tomo I., Pág. 220.

Dijo el TC en su considerando 5º: “dentro de la filosofía económica de la Constitución de 1980, expresada en el artículo 19, N°21, antes transcrito, solamente en forma muy excepcional puede el Estado desarrollar actividades empresariales, siendo la norma general que ellas queden entregadas a la acción de los particulares”.¹⁰²

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago y con ocasión del conocimiento del Recurso de Amparo Económico ha sostenido en la causa “**Mersa S.A. con Subsecretaría de Pesca y Alcalde de Santiago**” que “... El propósito perseguido por la consagración del derecho a que se refiere el artículo 19 N°21 de la Carta Fundamental, es que quiere 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 que es precisamente el de los negocios extractivos, productivos, manufactureros, constructivos o de cualquier otra índole semejante”.¹⁰³ En este mismo sentido la Corte Suprema en la causa “**Asociación Gremial de Impresores de Chile con Empresa de Correos de Chile**” sostuvo que “El art. 19 N°21 de la Constitución denota que son los particulares quienes tienen libertad para desarrollar actividades económicas en forma exclusiva y que el Estado sólo puede abordarlas si una ley especial, de quórum calificado, así lo autoriza, esto por aplicación del principio de subsidiariedad”.¹⁰⁴ En definitiva, los Tribunales Superiores de Justicia han establecido el derecho preferente de los particulares para desarrollar actividades empresariales y el rol subsidiario en materia empresarial.

¹⁰² Sentencia del Tribunal Constitucional, 09 septiembre 1991 (Rol N°143).

¹⁰³ Considerando 5º, Sentencia de 04 de Julio de 1995 (Rol N° 2.798- 2005).

¹⁰⁴ Considerando 3º, sentencia de 27 noviembre de 1998, Confirmada por la Corte Suprema el 16 de diciembre de 1998, reproducida en Informe Constitucional N° 1905 (30 septiembre de 1998)

3.2 ESPECIALIDAD DEL GIRO EMPRESARIAL ESTATAL¹⁰⁵

Entre los requisitos constitucionales para el Estado empresario encontramos la necesidad de que la ley de quórum calificado autorizante defina específica y detalladamente el giro empresarial autorizado a la respectiva empresa estatal. La exigencia del giro específico para la empresa pública es una opinión generalmente coincidente en doctrina y, casi siempre, en jurisprudencia.

Hacia el final de la década de los 90, el requisito de la especialidad del giro empresarial del Estado fue asentándose con bastante fuerza en nuestros tribunales, luego de un comienzo un tanto contradictorio a comienzos de la década.

La especialidad del giro cobra importancia cuando una empresa pública se propone desarrollar o participar en actividades empresariales nuevas, distintas de aquellas que ha desarrollado inicialmente. Se trata entonces de un principio que obliga primeramente al legislador, pero también y más gravitadamente al juez. Será el órgano jurisdiccional quien normalmente deberá interpretar el alcance de los textos legales anteriores a 1980, y aplicar en ello un prisma acorde con la subsidiariedad.

A continuación citaremos algunos fallos dispares, que demuestran visiblemente cómo nuestras cortes tomaron tiempo en decantar el fondo del requisito, y más aún detener con autoridad el desborde del Estado empresario.

3.2.1) Giro social amplio y caso Codelco Chile

Codelco Chile fue creada por Decreto Ley 1.350 de 1976, cuyo artículo 3º le atribuyó un giro relativamente específico: *“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,*

¹⁰⁵ Fuente: Arturo Fermandois V., Op. Cit. (2006), Pág. 228-233.

producción, manufactura, elaboración y comercialización del cobre y otros metales o minerales, productos, subproductos y sustancias mencionadas en las letras precedentes, o que sean necesarias o convenientes para la empresa”.

En uso de esta autorización, Codelco ha participado en la creación de una vasta red de sociedades comerciales, expandiendo así su ámbito empresarial.

En el año 1992, la Asociación de Industrias Metalúrgicas y Metalmeccánicas Asimet A.G. recurrió a la Corte denunciando que Codelco había constituido la sociedad CMS Chile S.A., en conjunto con la sociedad canadiense Continuous Mining System Limited. El giro de CMS. S.A. fue definido como el de **“fabricar en Chile**, comercializar y distribuir en Chile y en el extranjero maquinarias, equipos y repuestos” y “prestar servicios de **mantenimiento y reparación** de maquinarias y equipos y de venta de repuestos”.

Resultaba atendible la petición, ya que al no existir vinculación alguna en el giro de CMS Chile S.A. con la actividad minera, y específicamente con el giro legal de Codelco.

La Corte de Santiago, no obstante, en una laxa interpretación de nuestra Carta, hizo primar **un criterio infraccional fáctico**, más que normativo. Esto es, sólo correspondería entender que hay infracción al art. 19 N°21 cuando la empresa estatal, en **el hecho**, desborde su giro legal, y no cuando constituya sociedades destinadas a desbordarlo.¹⁰⁶

Así se desprende del considerando tercero de la sentencia del la I. Corte de Apelaciones de Santiago:

“Por mientras la actividad empresarial de CODELCO se mantenga dentro del ámbito de sus objetivos, no puede originarse colisión con la norma contenida en el inciso 2º del numeral 21 del artículo 19 de la Constitución, por cuanto

¹⁰⁶ Arturo Fermandois V., Op. Cit. (2006). Pág.229.

tratándose de normas de igual jerarquía, prevalece el estatuto especial” y agrega “corresponde a los tribunales a través de la acción denominada “amparo económico” sancionar los posibles desbordes del ente empresarial”.¹⁰⁷

La Corte Suprema, confirmando la sentencia, subrayó los efectos de la disposición decimotercera transitoria de la CPR, que decreta una especie de ultraactividad de las normas constitucionales previas a 1980 aplicables a la gran minería del cobre. Pero agrega a continuación, sorprendentemente, que la recurrida “ha reiterado en estrados... que **no pretende abordar otras actividades ajenas** a las que le corresponden conforme al DL 1.350”.¹⁰⁸

Como sea que haya fundado su racionamiento, el resultado del fallo resulta decepcionante para las aspiraciones del principio de subsidiariedad y especialidad del giro.

La inaudita tesis de la **infracionalidad meramente fáctica** introducida por esta sentencia llevó a reflexionar a Soto Kloss, sosteniendo: “Uno de los aspectos más perniciosos del positivismo jurídico ha sido, sin duda alguna, su intento de reducir el Derecho a un mero conjunto de normas y creer que el Derecho se encuentra todo él en la ley pretendiendo que ésta es su única fuente; de allí el desprecio por la costumbre, por la doctrina y por la jurisprudencia”.¹⁰⁹

Cabe hacer presente, que en apoyo al requisito de la especialidad del giro y de la que llamamos tesis de la infracción meramente normativa, se anota el notable voto de minoría de la Corte Suprema, el cual sostuvo: “Que demostrado, como queda, 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

¹⁰⁷ Sentencia de 28 de Abril de 1993, “Asiment con CODELCO”, (Rol 575- 1993).

¹⁰⁸ Considerando 2°, Sentencia de 25 de mayo de 1993.

¹⁰⁹ Eduardo Soto Kloss, en Informe Constitucional N° 572 (17 de Junio de 1993). Pág.4.

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”.¹¹⁰

Del mismo modo, se ha sentenciado que “excede el ámbito natural del recurso de amparo económico, la pretensión de los recurrentes (...) de extenderlo a actuaciones de los recurridos que consideran contrarias a disposiciones legales de orden público económico, y por esta sola circunstancia, obtener mediante tal arbitrio jurisdiccional su declaración de ineficacia, sin señalar a la vez de manera concreta el modo como real y efectivamente, no en forma conjetural o eventual, se habría incurrido en infracción a la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 21 de nuestra Carta Fundamental, atentando en contra de la libertad económica que dicho precepto asegura a todas las personas”.¹¹¹ En términos similares, se ha resuelto que si bien se trata en la especie de una acción popular “para que la acción prospere, se requiere justificar el entorpecimiento al ejercicio legítimo de la actividad económica de que se trata”.¹¹²

3.2.2) Sanciones judiciales al desborde del giro especial.

Las Cortes han entrado de cuando en cuando, al fondo del problema de la subsidiariedad empresarial, anulando la infracción al giro social especial de las empresas públicas.

A continuación, citaremos dos fallos en este sentido. Uno pertenece a los tiempos tempranos del Recurso de Amparo Económico (año 1991) y que se transformó en emblemático, mientras que el segundo, ya en el año 1998, es

¹¹⁰ Considerando 8° del voto de minoría del Ministro Arnaldo Toro, en caso caratulados “Asimet con CODELCO”.

¹¹¹ Comisión de Derechos Ciudadanos del PDC contra Superintendencia de Bancos y Banco Santander, Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia de 18 de enero de 2000.

¹¹² Empresa Metropolitana de Disposiciones y tratamiento de Basuras contra Comité Pro-cierre basural, Corte Suprema, Rol 911-99, Sentencia de 06 de abril de 1999.

admirable por la sofisticación que desplegó la I. Corte de Santiago para detener el desborde del giro por vías tecnológicas no previstas al momento de su constitución.

3.2.1) Área marginal: caso Asociación Gremial de Impresores con Ejército de Chile.

En 1991, la Asociación Gremial de Impresores de Chile compareció en la Corte denunciando que el Instituto Geográfico Militar estaba desarrollando actividades empresariales de impresión gráfica, al margen de su giro legal.

El texto orgánico del Instituto Geográfico Militar data de 1930, y lo constituye el Decreto Supremo 2090. Esta fuente normativa le autoriza para actuar en representación del Estado, en todo lo que refiere a la geografía, levantamiento y confección de cartas del territorio. Más adelante, La Ley 15.284 le amplió su competencia para acometer trabajos “de su especialidad” respecto de toda clase de entes fiscales, semifiscales, autónomos o particulares.

En este marco, los recurrentes acreditaron que el Instituto Geográfico Militar estaba participando en la impresión gráfica mediante diversos contratos con particulares. Ante la acción de Amparo Económico, el recurrido se desistió de algunos de estos contratos, lo que no impidió a la Corte entrar al fondo del asunto y sentenció:

“Los compromisos comerciales que el Instituto Geográfico Militar haya contraído o contrajere con los particulares, que recaigan en un área ajena a la cartografía y que en su informe denomina “área marginal”, no pueden considerarse – por no ser de su propia especialidad – comprendido en la competencia que la ley le ha asignado para realizar actividades comerciales o empresariales e infringen la norma constitucional que se invoca en el recurso”.¹¹³

¹¹³ Considerando 17°, Sentencia de 05 de diciembre de 1991, causa caratulada “Asociación Gremial de Impresores de Chile con Ejército de Chile – Instituto Geográfico Militar”, (Rol 2396- 1991). Sentencia confirmada por la Corte Suprema (08 enero de 1992).

Así, la Corte declaró que el Instituto Geográfico Militar debía abstenerse de realizar trabajos de impresión gráfica a terceros, que no pertenezcan al área propia de su especialidad.

En este rescate formal y valórico del ámbito limitado del giro estatal, Ortúzar Latapiat resume bien los riesgos de una actitud distinta, al comentar este dictamen jurisdiccional: "Como pueden hacerlo (competir los órganos estatales) con costos que de todos modos absorbe el Fisco... estos entes compiten deslealmente con la industria y el comercio privados".¹¹⁴

3.2.2.2) Desborde tecnológico: el caso Correo Híbrido.

En el año 1998 nuevamente la Asociación de Impresores de Chile acudió a la Corte de Alzada Santiaguina para interponer un Recurso de Amparo económico, pero esta vez, lo hizo para denunciar el desborde del giro empresarial de la Empresa de Correos de Chile.

Este caso es notable, como ya anunciábamos, por la compleja problemática de apreciación a que se vio sometida la Corte, toda vez que ésta tuvo la alternativa de continuar abriendo elásticamente el giro legal de la empresa, sacramentando su desborde, o bien, ponerle atajo, pese a la tentación modernizadora de un servicio tradicionalmente atrasado.

Los hechos que motivaron el recurso, fueron que la empresa pública de Correos de Chile había comenzado a ofrecer al público un servicio llamado "correo híbrido", que consistía en realizar impresión de datos bancarios y mecanización o ensobramiento automático de correspondencia, difícilmente encuadrables en el concepto clásico de "correo".

La Corte, en definitiva, para resolver el recurso, adoptó el camino difícil: desvestir la atracción tecnológica y detener una expansión contraria al principio

¹¹⁴ Waldo Ortúzar Latapiat, comentario en Informe Constitucional N° 224 (20 de diciembre de 2001). Pág. 04.

de subsidiariedad¹¹⁵. La Corte razonó: "El servicio de "Correo Híbrido", creado por actos de la propia Empresa de Correos de Chile, no se encuentra comprendido entre los cometidos comerciales para los cuales está autorizada. Es improcedente lo alegado por la recurrida en orden a que el "correo híbrido" corresponde al "correo electrónico" establecido en las actas del XXI Congreso de la Unión Postal Universal". Y enseguida, agregó: "Porque, comparados ambos servicios, no resultan similares ni parecidos; y porque analizado el contenido de las normas de dicho convenio, no resulta que se trate de un mandato obligatorio para los países que lo suscriben. Además, las actas de la UPU no han tenido la virtud de alterar las normas constitucionales internas de los países miembros, de modo que la Empresa de Correos de Chile se rige por el art. 19 N°21 inciso 2° de la Constitución de 1980, el cual garantiza que el Estado no asuma actividades permitidas a los particulares". Finalmente, para terminar, la Corte sostuvo: "Tampoco el "correo híbrido" está contemplado dentro de la esfera de funciones de la Empresa de Correos de Chile; al contrario, del examen de sus normas orgánicas aparece que su objetivo legal se circunscribe a la conducción o traslado de efectos postales, en virtud de su vinculación con el Estado por intermedio del Ministerio de Transporte. Por no ser su específica finalidad, la implementación del llamado "correo híbrido" no puede considerarse comprendido en el ámbito de competencia de la recurrida, ya que la Ley 18.016 facultó al Presidente de la República para poner término a la existencia de ex Servicio de Correos y Telégrafos, y para crear, en su reemplazo, una empresa pública "para la atención del servicio de correos", solamente (art. 2). En virtud de esta delegación de potestades legislativas se dictó el DFL de 1981, que expresa que a Correos le corresponde sólo "prestar servicios de envíos 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 (art. 2). Si bien se le permite realizar "actividades similares", ellos se refiere

¹¹⁵ Arturo Fermandois V., Op. Cit. (2006). Pág.232

indudablemente a otras prestaciones de servicio postal como son las encomiendas y giros postales".¹¹⁶

El caso Correo Híbrido, ha sido muy importante para la doctrina toda vez que, reconquistó la noción de la especialidad de las empresas públicas; la excepcionalidad del Estado-Empresario, la primacía del derecho del individuo por sobre el Estado. En este sentido Aróstica Maldonado sostiene: "Las empresas estatales son sujetos jurídicos destinados a satisfacer determinadas necesidades públicas, por medio de la ejecución de **específicos** actos de comercio".¹¹⁷

En este punto, Arturo Fermandois nos hace la siguiente reflexión: ¿Quiere decir esta apología de la especialidad del giro empresarial público que estamos patrocinando una visión congelada, petrificada del principio de subsidiariedad, en que el Estado no podrá volver a irrumpir en el mundo empresarial? En absoluto. Se trata, únicamente, de velar porque sea el legislador quien aprecie los méritos de una determinada situación, área, sector o necesidad pública deficiente para que, en cumplimiento con los sanos criterios subsidiarios ya revisados, autorice delimitadamente la actuación del Estado empresario, ya que sólo así se cumplirá nuestra Ley Fundamental.¹¹⁸

3.3 ACTIVIDADES EMPRESARIALES Y FINES SOCIALES

La Jurisprudencia ha reiterado la segregación de lo económico respecto de lo empresarial, e incluso ha añadido conceptualizaciones respecto de la actividad social del Estado.

¹¹⁶ Sentencia de 27 de noviembre de 1998, causa caratulada "Asociación Gremial de Chile con Empresa Correos de Chile", (Rol 3817- 1998). Confirmada por la Exma. Corte Suprema con fecha 16 de diciembre de 1998.

¹¹⁷ Iván Aróstica M., Comentario en Informe Constitucional N° 1905 de 30 de diciembre de 1998.

¹¹⁸ Arturo Fermandois V., Op. Cit. (2006). Pág. 233.

Al desechar un RAE interpuesto contra la Municipalidad de Santiago y Subsecretaría de Pesca, a quienes se les imputaba haber ingresado al negocio de explotar un Terminal pesquero, la Corte de Santiago aludió a los fines sociales. Por esta vía, introdujo la discutible categoría de actividades empresariales “con fines sociales”, que no activarían los requisitos del estatuto del Estado Empresario.¹¹⁹

La I. Corte de Apelaciones de Santiago razonó de la siguiente manera:

“La construcción de la infraestructura para el funcionamiento de un Terminal pesquero que sirva a necesidades urgentes y prioritarias de la Región Metropolitana, empleando en ella, fundamentalmente, una donación procedente de acuerdos de cooperación internacional celebrados hace largo tiempo confiando la realización de la tarea a una fundación sin fines de lucro, todo ello sin perseguir ganancias económicas alguna y disponiéndose luego a licitar la operación o administración del referido Terminal a particulares, no constituye desarrollo de, ni participación en una actividad empresarial en los términos a que se refiere el artículo 19 N°21 inciso segundo de la Constitución Política. Por el contrario, se trata sólo del cumplimiento de finalidades sociales que son características de los entes públicos”.¹²⁰

Lo más objetable de este fallo es el uso de una dicotomía entre fines empresariales de los sociales, los que presume antagónicos. Se trata, en consecuencia, de una separación artificiosa, incapaz de percibir los roles “sociales” que cumple la empresa en la sociedad, y denota un débil escrutinio de los registros exigidos por el principio de subsidiariedad.¹²¹

4. REFERENCIA A LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO EN EL DERECHO COMPARADO

¹¹⁹ Arturo Fermandois V., Op. Cit. (2006). Pág. 224.

¹²⁰ Considerando 6°, Sentencia de 04 de Julio de 1995 (Rol N° 2.798- 1995).

¹²¹ Arturo Fermandois V., Op. Cit. (2006). Pág. 225.

Cabe preguntarse, a estas alturas del trabajo, si la norma del artículo 19 número 21 de la Constitución Política de la República de Chile, tiene un equivalente similar en las Constituciones extranjeras, especialmente en el derecho europeo y latinoamericano.

Al respecto podemos sostener que:

4.1 DERECHO EUROPEO

La constitución Política de Irlanda del año 1973 en su artículo 45 N°3, prescribe: "El Estado favorecerá, y cuando sea necesario suplirá, la iniciativa privada en la industria y comercio". Sin, duda nos encontramos con una norma en la que queda plasmado el principio de subsidiariedad, reconocida años antes por la encíclica papal "Quadragesimo Anno" (Pío XI, 1931).¹²²

En gran parte de los países europeos se reconoce en general la libertad económica y empresarial. Sin embargo hay Constituciones que han optado por establecer ciertas reservas estatales, tratándose de determinadas actividades productivas. Tal es el caso de España e Italia.

En efecto el artículo 128 N° 22 de la Constitución Política española dispone: "Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en casos de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exija el interés general".¹²³

Por su parte, el artículo 43 de la Carta Fundamental de Italia establece que "Podrá la ley, para fines de interés general, reservar originalmente o transferir mediante expropiación y con indemnización al Estado, a entidades públicas o a comunidades de trabajadores o usuarios, determinadas empresas o

¹²² Enrique Navarro B., "El Estado Empresario a la Luz de la Constitución de 1980", Revista de Derecho Público, Vol.62. pág. 39.

¹²³ Enrique Navarro B., en Op. Cit. Pág. 39.

categorías de empresas que tengan por objeto servicios públicos esenciales o fuentes de energía o constituyen situaciones de monopolio y revista carácter de interés general prevaeciente".¹²⁴

Un caso más extremo se encuentra en la Constitución Política de Portugal del año 1976, en donde, sin perjuicio de consagrarse la libre iniciativa privada, se establece en su artículo 87, una prohibición general al sector privado, señalando que "La ley determinará los sectores básicos en los cuales se prohíbe la actividad de empresas privadas y demás entidades de la misma naturaleza".¹²⁵

4.2 HISPANOAMERICA

En lo que dice relación con la actividad empresarial del Estado pueden distinguirse los siguientes grupos de constituciones:¹²⁶

- a) Algunas simplemente no regulan la materia, como es el caso de Argentina.

- b) Otras distinguen diversos sectores de la economía, como el caso de Ecuador, donde se puede distinguir un sector de la economía público, otro mixto, el sector comunitario o de autogestión y finalmente el sector privado. Así el artículo 46 de la Constitución Política de Ecuador, le reserva al Estado, la explotación de recursos naturales no renovables, servicios de agua, luz, telecomunicaciones y las empresas estratégicas definidas por ley.

¹²⁴ Enrique Navarro B., en Op. Cit. Pág. 40.

¹²⁵ Enrique Navarro B., en Op. Cit. Pág. 40

¹²⁶ Clasificación realizada por Enrique Navarro B., en "El Estado Empresario a la Luz de la Constitución de 1980", Revista de Derecho Público, Vol.62. pág. 41-42

- c) Sin embargo, en la mayoría de los casos se hace mención a la actividad empresarial estatal. Tales son los casos de México, Bolivia y Paraguay. En efecto, el artículo 28 de la Constitución mexicana le otorga exclusividad al Estado para ejercer actividades productivas respecto de ciertas materias estratégicas, tales como correos, radiotelegrafía, comunicación vía satélite, petróleo e hidrocarburos, minerales radioactivos, generación de energía nuclear, electricidad, ferrocarriles; y demás actividades que señale la ley. Por su parte, el artículo 136 de la Constitución de Bolivia, prescribe que "Son propiedades del Estado, el suelo y el subsuelo con todas sus riquezas naturales, las aguas lacustres, fluviales y medicinales, así como los elementos y fuerzas físicas susceptible de aprovechamiento." Lo mismo ocurre respecto de la explotación de hidrocarburos, cuya exploración, explotación y comercialización le corresponde al Estado (art. 139). La Constitución Política de Paraguay en su artículo 112, señala que al Estado le corresponde el dominio de los hidrocarburos, pudiendo entregarse concesiones a empresas públicas, mixtas o privadas.
- d) En un cuarto grupo, encontramos Cartas Fundamentales que exigen cierta regulación legal para constituir o modificar empresas de propiedad estatal. En este grupo encontramos a las constituciones de Uruguay y Colombia. Esta última, en su artículo 365 dispone que los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado directa o indirectamente, por comunidades organizadas o particulares. Si por razones de soberanía o interés nacional, el Estado mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una y otra Cámara, y a iniciativa del Gobierno, decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que, en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

- e) Finalmente, hay Constituciones que reconocen expresamente el principio de subsidiariedad. Así lo hace la Constitución peruana en su artículo 60, disponiendo que "Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razones de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal."

CAPITULO III:

LA MATERIALIZACIÓN DEL ESTADO EMPRESARIO EN CHILE

Sumario: 1) LAS EMPRESAS DEL ESTADO DE CHILE, 1.1) LAS MINERAS: A) EMPRESA NACIONAL DE MINERIA (ENAMI), B) CORPORACIÓN NACIONAL DEL COBRE (CODELCO); 1.2) LAS EMPRESAS DE TRANSPORTES: A) LAS EMPRESAS PORTUARIAS, B) METRO S.A, C) FERROCARRILES DEL ESTADO (EFE); 1.3) EMPRESAS DE SERVICIOS: A) BANCO DEL ESTADO, B) EMPRESA DE CORREOS DE CHILE Y TELEX CHILE S.A, C) TELEVISION NACIONAL DE CHILE (TVN), C) ZONA FRANCA DE IQUIQUE (ZOFRI), D) POLLA CHILENA DE BENEFICENCIA; 1.4) SANITARIAS: A) EMPRESA CONSESIONARIA DE SERVICIOS SANITARIOS DE ANTOFAGASTA (ECONSSA CHILE S.A.), B) EMPRESA DE SERVICIOS SANITARIOS LAGO PEÑUELAS S.A, C) EMPRESA DE SERVICIOS SANITARIOS S.A (ESVAL) Y EMPRESA METROPOLITANA DE OBRAS SANITARIAS (EMOS S.A); 2) DEL SISTEMA DE EMPRESAS PÚBLICAS (SEP), 2.1) 2.1 NATURALEZA JURIDICA DEL SEP, 2.2) LAS DISPOSICIONES QUE REGULAN EL SEP, 2.3) HISTORIA DEL SEP, 2.4) EMPRESAS QUE INTEGRAN EN SEP; 3) PROYECTO DE LEY QUE INTRODUCE PERFECCIONAMIENTOS EN LOS RÉGIMENES DE GOBIERNO CORPORATIVO DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO Y DE AQUELLAS EN QUE ÉSTE TENGA PARTICIPACIÓN, 3.1) CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

2. LAS EMPRESAS DEL ESTADO DE CHILE

A continuación expondremos una lista y exposición breve de las principales o mas nombradas empresas públicas o sociedades del Estado, que

constituyen la manifestación práctica de la actividad empresarial del Estado en Chile, indicando el respectivo ministerio a través del cual se relacionan con el Presidente de la República (ejecutivo), como también la normativa que autoriza su constitución y el giro autorizado a explotar.

Podemos agrupar a las empresas públicas de la siguiente manera:

1.1 LAS MINERAS¹²⁷:

A) EMPRESA NACIONAL DE MINERIA (ENAMI)¹²⁸

ENAMI fue creada por DFL N° 153 del año 1960, que junto con autorizar su creación, establece su objeto, regula sus funciones, administración, patrimonio, entre otras.

Esta empresa pública nace de la fusión de la Caja de Crédito y Fomento Minero (DFL N° 212, de 21 de julio de 1953), la Empresa Nacional de Fundiciones, Empresa Autónoma y Comercial del Estado, (creada por el artículo 31° de la ley 11.828, de 3 de mayo de 1955.

El Artículo 1° del DFL N° 153 establece que se substituye el nombre de Empresa Nacional de Fundiciones por el de "Empresa Nacional de Minería", ENAMI, la que continuará siendo una Empresa del Estado, con personalidad jurídica propia y que se regirá por las disposiciones de la presente ley y por los reglamentos que dicte el Directorio. Su duración será indefinida y su domicilio la comuna de Copiapó, en la Tercera Región, de Atacama.

¹²⁷ A) ENAMI, D.L N° 153 de 1960, B) CODELCO, D.L N° 1.350 de 1976, C) ENACAR (Empresa Nacional del Carbón), D.L N° 931 del 1975, C) ENAP (Empresa Nacional de Petróleo), Ley N° 9.618. Todas se relacionan con el Gobierno a través del Ministerio de Minería.

¹²⁸ Información extraída de la base de datos de <http://www.enami.cl>

Las relaciones de la Empresa con el Gobierno se ejercen por intermedio del Ministerio de Minería.

El Artículo 2º establece que el objeto la empresa pública será fomentar la explotación y beneficio de toda clase de minerales existentes en el país, producirlos, concentrarlos, fundirlos, refinarlos e industrializarlos, comerciar con ellos o con artículos o mercaderías destinados a la industria minera, como igualmente, realizar y desarrollar actividades relacionadas con la minería y prestar servicios en favor de dicha industria.

B) CORPORACIÓN NACIONAL DEL COBRE (CODELCO)¹²⁹

Con ocasión de la nacionalización ordenada en la disposición 17º transitoria de la Constitución Política, agregada por la ley N° 17.450, de 16 de Julio de 1971, el Estado debió asumir la administración de las empresas de la gran minería del cobre. La letra j) de la citada disposición constitucional transitoria y el DFL N° 1 del Ministerio de Minería, del año 1972, establecieron las normas jurídicas a las que debía conformarse el Estado para el ejercicio de la nueva y trascendental función antes señalada. Éstas asignaron el capital de las empresas nacionalizadas en un 95% a la Corporación del Cobre y a un 5% a la Empresa Nacional de Minería (ENAMI), entidades que pasaron a ser socias en cinco sociedades colectivas del Estado, creadas con el carácter de continuadoras legales de cada una de las sociedades mineras mixtas que anteriormente explotaban las respectivas empresas nacionalizadas.

De esta manera se entregó la administración de estas empresas a las referidas sociedades colectivas del Estado, pero, al mismo tiempo radicó en la

¹²⁹ Base de datos de <http://www.codelco.cl>

Corporación del Cobre, en su condición de socia de las mismas, diversas facultades relacionadas también con su administración, en materias que juzgó conveniente manejar en forma centralizada, todo ello sin perjuicio de sus atribuciones como organismo fiscalizador del cobre.

El primitivo régimen legal vigente al producirse la nacionalización de las empresas mineras, consagraba un cuadro de funciones, atribuciones y responsabilidades en la materia, en términos tales, que su análisis llevó, al gobierno militar, años más tarde, al convencimiento de que éste no satisfacía los requerimientos indispensables para que el Estado pudiera administrar adecuada y eficazmente los recursos involucrados, por lo que se decidió, dictar un texto legal que regulara un nuevo régimen de organización, administración y explotación de las empresas nacionalizadas, pudiendo para este fin disponer la creación de una sola, o de dos o más empresas del Estado, en que las funciones empresariales puedan ser ejercidas separadamente de aquellas que correspondan al Estado como autoridad pública.

Los estudios practicados al respecto condujeron a la conclusión de que era conveniente consagrar un régimen legal que permita administrar las empresas nacionalizadas con flexibilidad y autonomía, indispensable para lograr los niveles de eficiencia requeridos para competir internacionalmente en el mercado del cobre y sus subproductos, que habilite al Gobierno para contar en todo momento con una apreciación global y completa del estado de los negocios de dichas empresas, y para coordinar debidamente con sus políticas generales las medidas que se adopten para el manejo de las mismas; que consulte la adecuada cautela del patrimonio público comprometido; que posibilite el manejo por una sola entidad de la comercialización del cobre nacionalizado y sus subproductos, y el uso óptimo para el Estado de sus recursos financieros, y que a la vez permita una administración descentralizada en lo operativo, en armonía con el plan de regionalización en que comenzaba a

empeñar el Gobierno militar , por lo que se optó por la creación de una sola empresa del Estado que asegura unidad de dirección sin perjuicio de contemplar al mismo tiempo un marco jurídico dentro del cual podrá establecerse una organización administrativa descentralizada para la operación de los diversos establecimientos productores.

De esta manera, en el año 1976, la Junta de Gobierno dicta el Decreto Ley N° 1.350 que crea la Corporación Nacional de Cobre de Chile, CODELCO, La cual ha sido objeto de numerosas modificaciones a fin de ir la adecuando a la realidad de los tiempos, toda vez que ésta es la empresa del Estado que más recursos proporciona las arcas fiscales, por lo que ha pasado a transformarse en la principal empresa pública de Chile.

El artículo 1° del citado D.L. establece la creación de la Corporación Nacional del Cobre de Chile, que podrá usar como denominación abreviada la expresión CODELCO CHILE, y que consiste en una empresa del Estado, minera, industrial y comercial, con personalidad jurídica y patrimonio propio, domiciliada en el departamento de Santiago, de duración indefinida, que se relacionará con el Gobierno a través del Ministerio de Minería y se regirá por las normas del D.L N° 1.350, las de sus Estatutos y por las disposiciones de derecho común en cuanto fueren compatibles con lo dispuesto en estas normas.

Como consecuencia de lo anterior, se dispuso la disolución de las Sociedades Colectivas del Estado creadas por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Minería, del año 1972, denominadas Compañía de Cobre Chuquicamata, Compañía de Cobre Salvador, Compañía Minera Andina, Sociedad Minera El Teniente y Compañía Minera Exótica.

El artículo 3° establece que objeto principal de la Corporación Nacional del Cobre de Chile será 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 ordenada en la disposición decimoséptima transitoria de la Constitución Política del Estado, y que consisten en general en 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, manufactura, elaboración y comercialización del cobre y otros metales o minerales, productos, subproductos y sustancias mencionadas en las letras precedentes, o que sean necesarias o convenientes para la empresa.¹³⁰

En el mismo año, 1976, se dictó el D.L N° 1.449, que creó la Comisión Chilena del Cobre, y cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado, se encuentra en el D.F.L N° 1 del año 1987 del Ministerio de Minería. En el artículo 1° se establece que la Comisión Chilena del Cobre es un organismo funcionalmente descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, domiciliado en la ciudad de Santiago, que se relacionará con el Presidente de la República por intermedio del Ministerio de Minería. Tiene por objeto servir de asesor técnico especializado del Gobierno en materias relacionadas con el cobre y sus subproductos y con todas las sustancias minerales metálicas y no metálicas, con excepción del carbón y los hidrocarburos, y desempeñar las funciones fiscalizadoras y las demás que le señala el D.L. N° 1.349 y que cuyas funciones se encuentran indicadas en el artículo 2°.

1.2 LAS EMPRESAS DE TRANSPORTES

¹³⁰ Artículo 3° letra g) del D.L N° 1.350 del año 1976 que consagra el objeto general del CODELCO, luego de indicar una serie de actividades especiales que le corresponden a ésta empresa pública.

A) LAS EMPRESAS PORTUARIAS: ¹³¹

El Estado de Chile tiene 10 empresas portuarias a lo largo de todo el país y que a continuación se indican:

- Empresa Portuaria Arica
- Empresa Portuaria Iquique
- Empresa Portuaria Antofagasta
- Empresa Portuaria Coquimbo
- Empresa Portuaria Valparaíso
- Empresa Portuaria San Antonio
- Empresa Portuaria Talcahuano - San Vicente
- Empresa Portuaria Puerto Montt
- Empresa Portuaria Chacabuco
- Empresa Portuaria Austral

Estas 10 empresas fueron creadas por la Ley 19.542 que moderniza el sector portuario estatal, y que pasaron a ser las continuadoras legales de la ex Empresa Portuaria de Chile, existente hasta entonces.

Las empresas a que se refiere la ley 19.542, y según lo dispuesto en su artículo 2º, son personas jurídicas de derecho público, que constituyen una empresa del Estado con patrimonio propio, de duración indefinida y se relacionarán con el Gobierno por intermedio del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

En el artículo 4º se señala que estas empresas tendrán como objeto la administración, explotación, desarrollo y conservación de los puertos y terminales, así como de los bienes que posean a cualquier título, incluidas todas las actividades conexas inherentes al ámbito portuario indispensables para el debido cumplimiento de éste. Podrán, en consecuencia, efectuar todo tipo de

¹³¹ Fuente: <http://www.sepchile.cl>

estudios, proyectos y ejecución de obras de construcción, ampliación, mejoramiento, conservación, reparación y dragado en los puertos y terminales. Asimismo podrán prestar servicios a terceros relacionados con su objeto.

B) METRO S.A.

Metro es una sociedad del estado fue creada por la Ley de quórum calificado N° 18.772, del año 1989, que autorizó al Estado para “desarrollar actividades empresariales de servicio público de transporte de pasajeros, mediante ferrocarriles metropolitanos urbanos y suburbanos u otros medios eléctricos complementarios y servicios anexos”¹³².

En virtud de esta autorización expresa, el Estado de Chile a través del Ministerio de Hacienda y la Corporación de Fomento de la Producción, CORFO, constituyeron la Sociedad denominada “Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.”, la que puede usar para todos los efectos legales, el nombre de fantasía, “METRO S.A.”¹³³, la cual se rige por las normas de las sociedades anónimas abiertas y se encuentra sometida a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros.

El objeto social de Metro S.A, según lo dispone el artículo 2° de la citada ley, es “La realización de todas las actividades propias del servicio de transporte de pasajeros en ferrocarriles metropolitanos u otros medios eléctricos complementarios y las anexas a dicho giro, pudiendo con tal fin constituir o participar en sociedades y ejecutar cualquier acto u operación relacionados con el objeto social”.

¹³² Artículo 1°, Ley 18.772.

¹³³ Artículo 2°, Ley 18.772.

Metro S.A. como toda sociedad del Estado, se rige por normas de derecho privado, como así mismo, su actividad comercial queda limitada por su giro social, debiendo someterse a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de normas especiales por tener entre sus accionistas al Fisco y la CORFO, y que dicen relación con su capacidad de endeudamiento (artículo 44 del D.L N° 1.263) y el control jurisdiccional por desborde de su objeto a través del Amparo Económico. Forma parte del Sistema de Empresas Públicas (SEP). Sin embargo, Metro S.A, no tiene un estatuto especial, por lo que en general toda decisión administrativa y comercial queda entregada a su directorio.

C) FERROCARRILES DEL ESTADO (EFE)

La regulación de la empresa Ferrocarriles del Estado, se encuentra en el D.F.L N° 1 del año 1993, del Ministerio de Transporte y telecomunicaciones que fijó el texto refundido, sistematizado y coordinado de la ley orgánica respectiva. Esta Ley, de vital importancia, vino a modificar la concepción de servicio público de transporte de pasajeros que se tenía hasta entonces para pasar a ser una empresa del Estado.

En el artículo 1° del D.F.L, se establece que “La Empresa de los Ferrocarriles del Estado es una persona jurídica de derecho público, que constituye una empresa autónoma del Estado, dotada de patrimonio propio, con domicilio en la ciudad de Santiago y se relacionará con el Gobierno a través del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones”.

La Empresa de los Ferrocarriles del Estado tendrá por objeto establecer, desarrollar, impulsar, mantener y explotar servicios de transporte de pasajeros y carga a realizarse por medio de vías férreas o sistemas similares y servicios

de transporte complementarios, cualquiera sea su modo, incluyendo todas las actividades conexas necesarias para el debido cumplimiento de esta finalidad (artículo 2°).

1.3 EMPRESAS DE SERVICIOS ¹³⁴

A) BANCO DEL ESTADO DE CHILE (BANCOESTADO)

El Banco del Estado del Chile, hoy denominado BancoEstado, tiene sus orígenes en el año 1855, con la creación de la Caja de Crédito Hipotecario, que fue la primera institución crediticia del Estado. La fusión, de ésta y otras importantes instituciones, tales como, la Caja Nacional de Ahorros (1910), la Caja de Crédito Agrario (1925), el Instituto de Crédito Industrial (1928), dieron origen al Banco del Estado de Chile.

El Decreto Ley N° 2079, del Ministerio de Hacienda, fijó el texto de la Ley orgánica del Banco del Estado.

El artículo 1° del D.L 2079, establece que "El Banco del Estado de Chile es una empresa autónoma del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de duración indefinida, sometida exclusivamente a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, que se relacionará con el Gobierno a través del Ministerio de Hacienda".

En cuanto a su regulación, establece en su artículo 2° que "El Banco se registrará preferentemente por las normas de esta Ley Orgánica, y, en lo no previsto en ella, por la legislación aplicable a las empresas bancarias y demás

¹³⁴ La Empresa Nacional de Aeronáutica de Chile, ENAER, no será tratada en este trabajo. Sobre ésta ver Ley N° 18.297, del año 1984, se relaciona con el Gobierno a través del Ministerio de Defensa Nacional, y en general presta servicios de reparación y mantenimiento de aeronaves para las fuerzas armadas y terceros.

disposiciones que rijan para el sector privado. No le serán aplicables, por tanto, las normas generales o especiales relativas al sector público, salvo que ellas dispongan de modo expreso que han de afectar al Banco del Estado de Chile.

El objeto del Banco estado está establecido en el artículo 3º, según el cual, este consistirá en “prestar servicios bancarios y financieros con el fin de favorecer el desarrollo de las actividades económicas nacionales. Para atender el cumplimiento de ese objetivo primordial y demás finalidades que la ley le encomiende, el Banco podrá realizar las funciones y operaciones que el presente decreto ley, la legislación aplicable a las empresas bancarias u otras leyes generales o especiales le autoricen, sujetándose, en todas ellas a las políticas y normas que le imparta la autoridad monetaria en uso de sus atribuciones. Cuando estos servicios bancarios y financieros se presten al Estado, por imperativo legal o por razones de interés público, el Banco tendrá derecho a una adecuada retribución, que será determinada mediante decreto supremo del Ministerio de Hacienda.”

En la última década del siglo XX, el Banco del Estado comienza un profundo proceso de modernización con la finalidad de cambiar la percepción de los chilenos frente a la institución, para proyectarse como uno de los Bancos más confiables y competitivos del mercado. De esta manera, en el año 2001 lanzó una nueva imagen corporativa. Este cambio se hizo necesario luego de comprobar -a través de estudios de mercado- que a pesar de ser percibido como una institución sólida, solvente y segura, tenía una baja percepción de servicio, agilidad, tecnología, modernidad e innovación. Así, manteniendo ciertos símbolos de su imagen tradicional e incorporando nuevos colores a su logo, el banco buscó alcanzar los componentes que le faltaban: dinamismo, modernidad y cercanía con las personas. Al mismo tiempo, y siguiendo las

tendencias internacionales, se sintetizó la razón social en "BancoEstado", contribuyendo a la mejor recordación y exposición del nuevo logotipo.¹³⁵

Desde entonces, esta empresa del Estado, dejó de ser conocida con el nombre de Bando del Estado, para ser conocida ahora, con su nueva imagen, como BancoEstado.

B) EMPRESA DE CORREOS DE CHILE Y TELEX CHILE S.A

El D.F.L N° 10, del año 1982, del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, Crea la "Empresa de Correos de Chile", disponiendo la constitución de "TELEX CHILE Comunicaciones Telegráficas S.A." y pone término a la existencia legal del Servicio de Correos y Telégrafos.

El artículo 1° de la norma, dispone que se crea una persona jurídica de derecho público que se denominará "Empresa de Correos de Chile", la cual es un organismo de administración autónoma del Estado, con patrimonio propio, que estará sujeta a la fiscalización de la Contraloría General de la República.

Sus relaciones con el Gobierno se efectúan a través del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

El artículo 2° establece que el objeto de la Empresa será prestar servicios de envíos 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. Asimismo le corresponderá a la Empresa cumplir los acuerdos y obligaciones que emanen de los convenios y Tratados Internacionales Postales que suscriba el Estado de Chile.

¹³⁵ Fuente: <http://www.bancoestado.cl>

Además, el artículo 14º de la norma, dispone que se constituirá una sociedad anónima que se regirá por sus estatutos y por las normas de la legislación común aplicable a esta clase de sociedades, la cual se denominará "TELEX CHILE Comunicaciones Telegráficas S.A.", y su objeto será prestar los servicios automáticos de teleimpresores, de telegrafía y otros servicios conexos, complementarios y auxiliares que indiquen sus estatutos. Los Socios fundadores de la referida sociedad son el Fisco de Chile y la Corporación de Fomento de la Producción, CORFO. Esta sociedad se constituyó para continuar proporcionando sin interrupción los servicios de telegrafía y télex con los sistemas, derechos, servidumbre, autorizaciones y demás medios que, a la fecha del presente decreto con fuerza de ley, ha establecido para su desarrollo y operación el Servicio de Correos y Telégrafos que cesa en sus funciones. Así, el artículo 25 dispone que se ponga término a la existencia legal del Servicio de Correos y Telégrafos a contar de la fecha de la constitución de la sociedad "TELEX CHILE Comunicaciones Telegráficas S.A."

Por su parte, se establece que la Empresa de Correos de Chile será la sucesora del actual Servicio de Correos y Telégrafos (año 1982) en las materias relativas a la actividad postal, debiendo en consecuencia entenderse referidas a ésta todas las menciones que las leyes u otras normas vigentes hagan al Servicio de Correos y Telégrafos; como también de los contratos y convenios que dicho Servicio haya suscrito en estas materias. La sociedad "TELEX CHILE Comunicaciones Telegráficas S.A." será considerada para todos los efectos legales como sucesora del Fisco de Chile o del Servicio de Correos y Telégrafos según corresponda, en todos los derechos y obligaciones que emanen de convenios y contratos, nacionales e internacionales, celebrados en relación con la prestación de los servicios de telegrafía y télex por parte de Correos y Telégrafos; en la prestación de servicios automáticos de teleimpresores y telegrafía otorgados legalmente al Servicio de Correos y

Telégrafos y en los demás que emanen directamente de la prestación de estos servicios.

C) TELEVISION NACIONAL DE CHILE (TVN)

Ley N° 19.132 del año 1992, crea la empresa pública de Televisión Nacional de Chile, que viene a ser la continuadora y sucesora de la empresa, de igual denominación, creada por la ley N° 17.377.

En el artículo segundo, de la citada Ley, se dispone que su objeto será "establecer, operar y explotar servicios de televisión". En general, podrá realizar todas las actividades propias de una concesionaria de servicios de televisión constituida como persona jurídica de derecho privado, con iguales derechos, obligaciones y limitaciones.

Por su parte, el artículo 3° establece, que en el cumplimiento de los fines antes señalados, TVN deberá sujetarse estrictamente al "correcto funcionamiento" que define el inciso tercero del artículo 1° de la ley N° 18.838¹³⁶, que crea la entidad constitucional del Consejo Nacional de Televisión. Este último, es un servicio público autónomo, funcionalmente descentralizado de la administración del Estado, dotado de personalidad jurídica y de patrimonio propio, de rango constitucional, y que se relaciona con el Presidente de la República por intermedio del Ministerio Secretaría General de Gobierno. Le corresponde a este Consejo velar por el correcto funcionamiento de los servicios de televisión, y, para tal fin, tendrá su supervigilancia y fiscalización, en cuanto al contenido de las emisiones que a través de ellos se

¹³⁶ El citado inciso dispone "Se entenderá por correcto funcionamiento de esos servicios el permanente respeto, a través de su programación, a los valores morales y culturales propios de la Nación; a la dignidad de las personas; a la protección de la familia; al pluralismo; a la democracia; a la paz; a la protección de medio ambiente, y a la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud dentro de dicho marco valórico".

efectúen, en los términos señalados en la ley orgánica constitucional N° 18.838 que crea el Consejo Nacional de Televisión y que regula su organización, funciones y atribuciones.¹³⁷

D) ZONA FRANCA DE IQUIQUE S.A (ZOFRI)¹³⁸

La Zona Franca de Iquique, creada en el año 1975 como servicio público del Estado, fue administrada en un comienzo por la Junta de Administración y Vigilancia de la Zona Franca de Iquique, situación que cambió con la Ley N 18.846, del año 1989, que autorizó al Estado realizar la actividad empresarial en materia de administración y explotación de la Zona Franca de Iquique. Al tenor de lo anterior, CORFO y el FISCO de Chile constituyeron, el 26 de febrero de 1990, la sociedad anónima "Zona Franca de Iquique S.A", que se rige por las normas de las sociedades anónimas abiertas, quedando sometida a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros.

Posteriormente fue dictado en el Decreto Supremo N° 672, del Ministerio de Hacienda, del año 1990, que dio aprobación al contrato que entregó a la empresa Zona Franca de Iquique S.A. la concesión para administrar y explotar la Zona Franca de Iquique, por un plazo de cuarenta años a contar de la fecha de la total tramitación del referido Decreto

A la empresa ZOFRI S.A., le corresponde, como concesionaria del Estado de Chile, la explotación y administración del sistema franco de Iquique, asegurando el desarrollo en el tiempo del mismo. Las principales actividades que le competen son:

¹³⁷ El Consejo Nacional de Televisión se creó por mandato constitucional según lo dispuesto en el artículo 19 n° 12 inciso sexto de la Constitución Política de la República de Chile.

¹³⁸ <http://www.zofri.cl>

- a) Fijar políticas, proyectos e inversiones para el desarrollo del sistema franco;
- b) Autorizar y otorgar la calidad de usuario de la Zona Franca a las empresas que lo soliciten.
- c) Establecer, modificar y aplicar el reglamento operacional que regula las actividades de los usuarios,
- d) Prestar servicios logísticos para las mercancías de sus clientes, etc.

E) POLLA CHILENA DE BENEFICENCIA

Su origen se remonta al año 1934 con la promulgación de la Ley N° 5.443, que autorizó a la Junta Central de Beneficencia a realizar cuatro sorteos de boletos al año, a través de Polla Chilena de Beneficencia, la que se constituyó como sociedad anónima abierta en el año 1989.

El objeto de la empresa es la realización de actividades empresariales en materia de sorteos de loterías, apuestas relacionadas con competencias deportivas y otros sorteos de números de azar autorizados por Ley.

1.4 SANITARIAS¹³⁹

A) EMPRESA CONSESIONARIA DE SERVICIOS SANITARIOS DE ANTOFAGASTA (ECONSSA CHILE S.A.)

La Empresa ESSAN S.A. fue creada el 6 de abril de 1990 como una sociedad anónima abierta, filial de la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO).

¹³⁹139 Otras Sanitarias son Aguas Andinas S.A, ESSBIO S.A., ESSAL S.A..

Durante el año 2006, la gestión de ESSAN S.A. estuvo, principalmente, orientada a implementar y poner en funcionamiento el proceso de fusión de las ocho empresas sanitarias que transfirieron el derecho de explotación a operadores privados, aprobado a fines del año 2004. En este proceso, ESSAN S.A. absorbió a siete empresas sanitarias (ESSAT S.A., EMSSAT S.A., ESSCO S.A., ESSAM S.A., ESSAR S.A., EMSSA S.A. y ESMAG S.A.), asumiendo todos los derechos y obligaciones que éstas tenían, entre las cuales, la más relevante es el control de las obligaciones que establecen los ocho contratos suscritos con las empresas operadoras privadas.

B) EMPRESA DE SERVICIOS SANITARIOS LAGO PEÑUELAS S.A.

Fue creada el 3 de septiembre de 1998, a consecuencia de la división de la Empresa de Obras Sanitarias de Valparaíso ESVAL S.A., cuya duración es indefinida y cuyo capital está conformado por los bienes inmuebles y muebles, derechos de agua, concesiones y demás vinculados al sistema "Embalse Peñuelas", quien es productora y proveedora de agua potable de ESVAL S.A.

C) EMPRESA DE SERVICIOS SANITARIOS S.A (ESVAL) Y EMPRESA METROPOLITANA DE OBRAS SANITARIAS (EMOS S.A)

La Empresa de Servicios Sanitarios de Valparaíso ESVAL S.A. presta servicios en la V Región, y también a través de una filial constituida para tal efecto denominada Aguas del Valle S.A., presta servicios en la IV Región.

En la actualidad es controlada por Inversiones OTPPB Chile III Ltda., lo cual ha permitido que provea de agua potable a otras localidades fuera del

área de su concesión, como Algarrobo Norte, Mirasol y Las Brisas de Mirasol, en base a convenios suscritos con dichas localidades.

Los principales servicios que presta son los de agua potable, alcantarillado, tratamiento y disposición de aguas servidas.

ESVAL S.A, fue creada por la ley N° 18.777, del año 1989, que autorizó al Estado para desarrollar actividades empresariales de agua potable y alcantarillado disponiendo para tal efecto de la creación de las sociedades anónimas "ESVAL S.A", y "EMOS S.A." (Empresa metropolitana de Agua Potable), la cual presta servicios para la Región Metropolitana de Santiago.

El objeto de estas sociedades, de acuerdo al artículo 3° de la citada ley, es producir y distribuir agua potable; recolectar, tratar y evacuar las aguas servidas y realizar las demás prestaciones relacionadas con dichas actividades, en la forma y condiciones que establezcan esta ley y las demás normas que les sean aplicables.

La Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias S.A. es la continuadora legal de la Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias y la Empresa de Obras Sanitarias de Valparaíso S.A. es la sucesora legal de la Empresa de Obras Sanitarias de la V Región, existentes hasta antes de la constitución de las referidas sociedades anónimas.

3. EL SISTEMA DE EMPRESAS PUBLICAS (SEP)¹⁴⁰

El Sistema de Empresas Públicas o SEP, es un holding de 23 empresas en las cuales el Estado es dueño o accionista (Sociedades del Estado), y que cubren sectores vitales para el país, como la infraestructura portuaria y

¹⁴⁰ Fuente: <http://www.sepchile.cl>

sanitaria, transporte terrestre urbano e interurbano, servicios a sectores productivos como la Minería y la agricultura, entre otros.

El SEP tiene entre sus funciones las más amplias facultades para administrar los derechos, acciones y cuotas que tenga o le correspondan a la CORFO en sociedades y entes sin fines de lucro. Participa así mismo en la designación y remoción de los representantes de la CORFO en las juntas de accionistas y reuniones y asambleas de socios en las compañías y entes sin fines de lucro, en los cuales explícitamente se le ha encargado la actuación.

Por otra parte, el SEP, tiene la facultad de servir al Estado como organismo técnico asesor, en los términos del artículo 6 letra a) del D.F.L. 211 de 1960, concerniente al control de gestión de las empresas del sector estatal que se relacionan con el Gobierno a través de los distintos Ministerios, y siempre que el Comité sea expresamente requerido para prestar asesoría por el o los respectivos Ministerios. Es así como presta asesoría técnica al Ministerio de Hacienda y al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones en la evaluación de la gestión y el desempeño de la administración de las empresas públicas y de aquellas en que el Estado o sus organismos tengan participación mayoritaria, para el cumplimiento de las funciones que las leyes les asignan.

El SEP designa a los Directores o Consejeros y a los Presidentes y Vicepresidentes, según corresponda, pudiendo removerlos, en la Empresa de Correos de Chile, en la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, en las diez Empresas Portuarias, y en la Empresa de Abastecimiento de Zonas Aisladas; todo ello, en la forma y condiciones que establecen, respectivamente, los DFL N° 22, 24 y 25 de los Ministerios de Hacienda y de Transporte y Telecomunicaciones, y N° 23, de los Ministerios de Hacienda y de Economía, Fomento y Reconstrucción, publicados en el Diario Oficial el 2 de septiembre de 2003.

Asimismo, debe preparar la venta de las acciones o derechos de CORFO en aquellas sociedades que el Consejo haya aprobado o apruebe vender en el futuro. Además, debe confeccionar y presentar una memoria anual al Presidente de la República y a los Presidentes del Senado y de la Cámara de Diputados acerca de sus actividades y de los resultados de las empresas en las que tenga injerencia, rindiendo de esta forma cuenta de su acción.

En consecuencia la misión del SEP es la de representar los intereses del Estado de Chile, en su calidad de dueño, en las empresas en que éste es directa o indirectamente socio, accionista o propietario, designando a los miembros de los Directorios o Consejos y controlando la gestión estratégica de dichas empresas, a fin de maximizar el valor económico de éstas.

De esta manera el SEP concentra en una sola entidad la representación de los intereses del Estado de Chile en empresas que le pertenecen. Es por ello, que sus principales funciones y atribuciones se refieren al gobierno corporativo de estas empresas y, en general, son similares a las que tienen las juntas de accionistas en las sociedades anónimas.

2.1 NATURALEZA JURIDICA DEL SEP

El SEP es un organismo técnico asesor del Estado en lo que se refiere al control de gestión de las empresas del sector estatal que se relacionen con el Gobierno a través de los distintos Ministerios y siempre que sea expresamente requerido para ello (En los términos que señala el artículo 6, letra a del DFL N° 211 del año 1960, que junto a la Ley N° 6.640 y su Reglamento, contenido en el Decreto Supremo (DS) N° 360, de 1945, del Ministerio de Economía y el artículo 2 de la Ley N° 19.081, constituyen la normativa orgánica de CORFO)

El SEP es un Comité creado por la Corporación de Fomento de la Producción, CORFO, que sin personalidad jurídica propia y que siendo parte integrante de la Corporación, le ha sido delegado por ésta, el conocimiento y resolución de determinadas materias, relacionadas con el objeto o finalidad de la Corporación en el fomento de la producción en las diversas actividades nacionales.

No obstante carecer de personalidad jurídica propia (pertenece a la CORFO que tiene personalidad jurídica de derecho público), el SEP puede celebrar contratos y tiene RUT asignado por el Servicio de Impuestos Internos (S.I.I.)

2.2 LAS DISPOSICIONES QUE REGULAN AL SEP

i.- Acuerdo del Consejo de CORFO N 1.879, de 30 de enero de 1997, puesto en ejecución por la Resolución (A) N° 18, de 3 de febrero de 1997. Mediante este Acuerdo y respectiva Resolución se creó y reglamentó el Comité Sistema Administrador de Empresas (SAE), quien fuera el antecesor del Sistema de Empresas Públicas (SEP).

ii.- Acuerdo del Consejo de CORFO N 1.916, de 7 de julio de 1997, puesto en ejecución por la Resolución (A) N° 101, de 15 de septiembre de 1997, mediante el cual se encomendó la administración de las acciones y derechos de CORFO en Petroquímica - Dow S.A.; Sociedad Geotérmica del Tatio S.A.; Refinería de Petróleo de Con Con S.A.; Petrox S.A., Refinería de Petróleo; Sociedad de Inversiones Sicsa Ltda. y Sociedad de Desarrollo Industrial de Aysén S.A.

iii.- Acuerdo del Consejo de CORFO N° 1.971, de 1 de julio de 1998, mediante el cual se dejó constancia que al SEP le corresponde la preparación de la venta de las acciones o derechos de CORFO, en aquellas sociedades que el Consejo de la misma haya aprobado o apruebe vender en el futuro.

iv.- Acuerdo del Consejo de CORFO N 2.034, de 13 de julio de 1999, mediante el cual se le encomendó la administración de las acciones que posee CORFO en la Empresa de Servicios Sanitarios Lago Peñuelas S.A.

v.- Acuerdo del Consejo de CORFO N 2.074, de mayo de 2000, puesto en ejecución por la Resolución (A) N° 120, de 24 de mayo de 2000, mediante el cual se le delegó la facultad de CORFO de servir al Estado como organismo técnico asesor en los términos que consulta el artículo 6, letra a) del DFL N° 211, de 1960, con relación al control de gestión de las empresas del sector estatal que se relacionen con el Gobierno a través de los distintos Ministerios y siempre que sea expresamente requerido para ello.

vi.- Acuerdo del Consejo de CORFO N° 2.252, de 23 de diciembre de 2002, puesto en ejecución por la Resolución (A) N° 33, de 21 de enero de 2003, mediante el cual se facultó al SEP para que pudiera constituir o formar uno o más comisiones o grupos de trabajos de entre sus miembros, para conocer determinadas materias.

vii.- Acuerdo del Consejo de CORFO N° 2.147, de 25 de junio de 2001, puesto en ejecución por la Resolución (A) N° 86, de 29 de junio de 2001, por el que se cambió la denominación Sistema Administrador de Empresas, SAP, por Sistema de Empresas Públicas, SEP, se le delegó la facultad de proponer las personas que deban integrar los diversos Consejos o Directorios de las empresas del sector estatal, siempre que el Comité sea expresamente requerido para ello y se le impuso el cometido de confeccionar y presentar una Memoria Anual al Presidente de la República y a los Presidentes del Senado y de la Cámara de Diputados, acerca de los resultados de las empresas en que tenga injerencia.

viii.- Acuerdo del Consejo de CORFO N° 2.274, de 8 de septiembre de 2003, puesto en ejecución por la Resolución (A) N° 130, de 12 de septiembre de 2003, por la que se delegó la facultad de designar y remover a los Directores o

Consejeros en la Empresa de Correos de Chile; EMAZA; EFE y en las diez Empresas Portuarias Estatales, en atención a la forma y condiciones establecidos, respectivamente, en los DFL. N° 22, del Ministerio de Hacienda y de Transporte y Telecomunicaciones; 23, del Ministerio de Hacienda y de Economía, Fomento y Reconstrucción; 24, del Ministerio de Hacienda y de Transporte y Telecomunicaciones; y 25, del Ministerio de Hacienda y de Transporte y Telecomunicaciones, publicados en el Diario Oficial el 2 de septiembre de 2003.

ix.- Artículo 2 de la Ley N° 19.847, que establece que las empresas del Estado, para obtener la garantía estatal deberán suscribir previamente un Convenio de Programación con el Sistema de Empresas, en los que se especificarán los objetivos y los resultados esperados de su operación y programa de inversiones.

x.- El Decreto Supremo N° 943, de fecha 10 de agosto de 2000, del Ministerio de Hacienda, suscrito además por los Ministros de Economía, Fomento y Reconstrucción, de la Secretaría General de la Presidencia; y de Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones.

xi.- Ord. N° 1324, de 5 de mayo de 2000, del Ministro de Obras Públicas, Transporte y Telecomunicaciones, suscrito además por los Ministros de Hacienda, de Economía, Fomento y Reconstrucción y de la Secretaría General de Gobierno, mediante el cual se solicita la asesoría técnica del SEP, en lo relativo al control de gestión de las siguientes empresas: las diez empresas portuarias; EFE; Correos, y EMAZA.

xii.- DS N° 113, de fecha 9 de octubre de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial de 2 de noviembre de 2001, y suscrito además el por el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que encomienda al SEP la función de prestar asesoría técnica al

Presidente de la República y a los Ministros en la designación y/o remoción de los integrantes de directorios y/o consejos de empresas del Estado y de aquellas en que éste tenga participación mayoritaria, que a esas autoridades corresponda efectuar según los respectivos estatutos legales vigentes, cuando así le sea requerido y proponiendo fundadamente a las personas más idóneas para el cargo de que se trate o informando fundadamente sobre la remoción, según el caso.

2.3 HISTORIA DEL SEP

1997: El Consejo de la Corporación de Fomento de la Producción , CORFO, aprobó la creación del Comité Sistema Administrador de Empresas, SAE, que reemplazó a su Gerencia de Empresas. La creación del SAE constituye uno de los hechos relevantes dentro de la política de modernización del Estado y respondió a la necesidad de la CORFO de separar de su labor de fomento de la producción que le es propia, de la administración de las empresas públicas. Al SAE se le delegó, por parte del Consejo de CORFO, la administración de los derechos, acciones y cuotas que le corresponden en sociedades y entes sin fines de lucro, pudiendo además designar y remover a sus representantes en las juntas de accionistas, reuniones y asambleas de socios en las empresas y entes sin fines de lucro en los cuales explícitamente se le haya encargado su actuación

1997- 2000: Durante este período el SAE se abocó, principalmente, a llevar adelante procesos de incorporación de capital privado en las empresas sanitarias los que se resumen a continuación:

i.- Venta de paquete accionario y aumento de capital de EMOS (hoy Aguas Andinas S.A.) Región Metropolitana;

ii.- Venta de paquete accionario y aumento de capital de ESVAL S.A., Región de Valparaíso. (1998);

iii.- Venta de paquete accionario de ESSAL S.A., Región del Libertador Bernardo O'Higgins, (1999);

iv.- Venta de paquete accionario y aumento de capital de ESSEL S.A., Región del Maule, (1999), y

v.- Contrato de gestión con inversión Planta Desaladora de Antofagasta, Región de Antofagasta, (1998).

Entre los años 1998 y 1999 se privatizaron mediante la venta del 100% de las acciones, la empresa eléctrica EDELAYSEN S.A. y la empresa de transporte marítimo TRANSMARCHILAY. Finalmente, durante el año 2000 culminó el proceso de incorporación de capital privado en ESSBIO S.A., empresa sanitaria de la Región del Bío Bío.

El gobierno del entonces Presidente de la República, Sr. Ricardo Lagos Escobar, asumió como tarea central de su programa la modernización del Estado, y, dentro de ella, el perfeccionamiento de los sistemas de administración de sus empresas y de aquellas en que éste tuviese una participación mayoritaria.

En mayo del año 2000 el Consejo de CORFO modificó los estatutos del SAE, entre otros aspectos, en el sentido que éste tendría la facultad de servir al Estado como organismo técnico asesor con relación al control de gestión de las empresas del sector estatal que se relacionen con el Gobierno a través de los distintos Ministerios y siempre que fuese expresamente requerido para ello. Además se aumentó de cinco a seis el número de miembros del Consejo Directivo.

El 10 de agosto de 2000, el Presidente de la República, junto a los Ministros de Hacienda, Economía, Fomento y Reconstrucción, Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones y Secretaría General de Gobierno, dictan el D.S. N° 943, que dispuso que CORFO, a través del SAE, prestase asesoría técnica al Ministerio de Hacienda en la evaluación de la gestión y desempeño de la administración de las empresas del Estado y de aquellas en que éste o sus organismos tuviesen una participación mayoritaria, las que se individualizaron en el referido Decreto. Asimismo, el SAE debía prestar asesoría técnica al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones para el cumplimiento de las funciones que las leyes establecen respecto de las empresas que se relacionan con el Gobierno a través de ese Ministerio.

2001: Durante este año, y para lograr el perfeccionamiento de los sistemas de administración de las empresas del Estado y de aquellas en que éste tiene una participación mayoritaria, se diseñaron diversos instrumentos, tanto por parte del SAE como por otros organismos de Gobierno y Ministerios, en los que se impartieron instrucciones tendientes a mejorar la gestión de dichas empresas. Esas instrucciones se fundieron en el documento denominado "Institucionalidad y Criterios de Gestión para las Empresas Públicas", de mayo de 2001, el que fue distribuido a los Ministerios por instrucciones del Presidente de la República.

Su objetivo era establecer una política pública sobre las empresas del sector público, comprendiendo los siguientes aspectos:

- a) Señalar el conjunto de principios de buenas prácticas para ser aplicados en la totalidad de las empresas del sector estatal, tales como: eficiencia, competitividad, integridad administrativa y financiera, transparencia, modelos de relaciones laborales y compromiso ambiental;
- b) Definir que las empresas del sector público se regirían por las normas de las sociedades anónimas abiertas, en aquellas materias compatibles con la naturaleza de cada empresa, incluyendo los derechos y

- responsabilidades de sus directorios y el que ellas quedarían sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros, y
- c) La creación de una entidad especializada que represente los derechos del Estado en cada una de las empresas, supervisando y dando cuenta de su gestión, siendo su objetivo central la maximización del valor económico del conjunto de las empresas públicas.

Se dejaron fuera de esta política las siguientes empresas, en razón de su naturaleza jurídica y las razones que además se señalan: i. Televisión Nacional, que cuenta con estatuto propio y con un Directorio generado por consenso nacional; ii. BancoEstado, que opera bajo un claro estatuto legal y que, por su naturaleza, se encuentra sometido a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras; iii. CODELCO, la que por su magnitud y complejidad, requiere de un tratamiento especial, y iv. Las empresas del área de la defensa nacional.

El referido documento sobre "Institucionalidad y Criterios de Gestión para las Empresas Públicas" y la discusión y análisis que precedió a su redacción, dieron origen al Sistema de Empresas - SEP, continuador legal del SAE, por lo que el Consejo de CORFO efectuó las siguientes principales modificaciones a los estatutos del SAE, dándole vida jurídica al Sistema de Empresas Públicas, SEP.

Dentro de la facultad de servir al Estado como organismo técnico asesor, con relación al control de la gestión de empresas del sector estatal, se incluyó la facultad de proponer a las personas que deban integrar sus Consejos o Directorios. Se aumentó el número de miembros de su Consejo Directivo de seis a nueve: tres designados por el Presidente de la República; uno de los cuales vendrá nominado como Presidente; dos por el Ministro de Hacienda; uno por el Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción y tres por el Vicepresidente Ejecutivo de CORFO, de los cuales dos de ellos podrán ser propuestos, uno por el Ministro de Minería y el otro por el Ministro de

Transportes y Telecomunicaciones, y se impuso al SEP la obligación de confeccionar una Memoria Anual acerca de las actividades y resultados de las empresas en que tenga injerencia y presentarla al Presidente de la República y a los Presidentes del Senado y de la Cámara de Diputados.

El Presidente de la República, junto a los Ministros de Economía, Fomento y Reconstrucción y Secretario General de la Presidencia, dictaron el D.S. N 113, de 2001, facultando al SEP para asesorar al Presidente de la República y a los Ministros de Estado con relación a los nombramientos y remociones de los directores de las empresas estatales. El SEP ejercería dicha función cuando así le fuese requerido por el Presidente de la República o por el Ministro que debía proceder a nombrar o remover algún integrante del Directorio o Consejo de las empresas mencionadas.

2002: En diciembre se dicta la Ley N 19.847, que faculta al Presidente de la República para otorgar la garantía del Estado a los créditos que contraigan o a los bonos que emitan las empresas METRO S.A.; Merval S.A.; EFE y ENAMI. Esta ley dispuso que las citadas empresas, para obtener la garantía estatal referida, debían suscribir previamente un "Convenio de Programación" con el SEP en el que se especificaran los objetivos y los resultados esperados de su operación y programa de inversiones.

2003: En febrero se transfirieron los derechos de explotación de las Concesiones Sanitarias de EMSSA S.A., por un período de 30 años.

En mayo se dictaron los D.F.L. Ns 22, 23, 24 y 25, que modificaron, respectivamente, las disposiciones en materia de composición e integración de los Directorios de la Empresa de Correos de Chile, de EMAZA, de EFE y de las diez Empresas Portuarias Estatales, facultando al Consejo de CORFO, o a alguno de sus Comités para designar a los miembros de dichos Directorios. En

virtud de lo anterior, el Consejo de CORFO, en septiembre de 2003, delegó la referida atribución en el SEP.

En diciembre se transfirieron los derechos de explotación de las Concesiones Sanitarias de ESSAN S.A. y de ESSCO S.A., por un período de 30 años.

2004: Durante este período se llevaron a cabo las siguientes acciones:

- a) Venta de la Planta Faenadora de Carnes de Porvenir de propiedad de SACOR Ltda., por un precio de 86.000 U.F.
- b) Concesión del Puerto de Antofagasta, culminando con esto el proceso de concesión portuaria del proyecto turístico inmobiliario en el Puerto de Antofagasta. La concesión fue adjudicada al "Grupo Plaza Antofagasta S. A" El precio pagado al contado fue de 45.750 UF;
- c) Transferencia del Derecho de Explotación de las Concesiones Sanitarias de EMSSAT S.A., ESSAR S.A., ESSAT S.A., y ESMAG S.A, por un período de 30 años;
- d) Término del pacto de accionistas en Aguas Andinas S.A. (ex - EMOS S.A), conforme a lo previsto en dicho pacto.
- e) Venta de la participación de CORFO en Petroquímica Dow S.A., ascendente a 1.328.542 acciones de la Serie "B";
- f) Culmina el proceso de Concesión Portuaria que comprendió la totalidad de los sitios de atraque del Puerto de Arica;
- g) Fusión de ocho empresas sanitarias. Se trata de la fusión de ESSAT S.A., EMSSAT S.A., ESSCO S.A., ESSAM S.A., ESSAR S.A., EMSSA S.A., y ESMAG S.A., en calidad de absorbidas, y que se extinguen, con ESSAN S.A., como absorbente, y que se constituye por el sólo ministerio de la ley, en la sucesora legal para todos los efectos de las siete sociedades absorbidas,

- h) Concesión del Puerto de Antofagasta, culminando con esto el proceso de concesión portuaria del proyecto turístico inmobiliario en el Puerto de Antofagasta. La concesión fue adjudicada al "Grupo Plaza Antofagasta S. A". El precio pagado al contado fue de 45.750 U.F;
- i) Transferencia del Derecho de Explotación de las Concesiones Sanitarias de EMSSAT S.A., ESSAR S.A., ESSAT S.A., y ESMAG S.A, por un período de 30 años;
- j) Término del pacto de accionistas en Aguas Andinas S.A. (ex - EMOS S.A), conforme a lo previsto en dicho pacto;

2005: El Congreso Nacional discute el proyecto de ley en que el SEP pasaría a convertirse en el Consejo Superior de Empresas Públicas, servicio público descentralizado dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio y que se relacionaría con el Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda.

En la nueva legislación propuesta el Consejo SEP pasaría a representar los intereses del Estado como dueño en todas sus empresas, a excepción de TVN, el Banco del Estado de Chile y las empresas de la Defensa Nacional, velando por una gestión eficiente y eficaz de las mismas, a fin de dar cumplimiento a las finalidades previstas para cada empresa y a la creación de flujos que sustenten su operación, así como a la generación de excedentes y al incremento de su valor económico.

En este sentido serían funciones del Consejo del SEP, respecto de las empresas del Estado creadas por ley, las que conforme a la ley N 18.046 correspondan a los accionistas y a las Juntas de Accionistas, en concordancia con la naturaleza y cuerpos legales de cada empresa, destacándose entre otras el nombrar a los Directores titulares y suplentes de las empresas y revocarlos, pudiendo además fijar sus remuneraciones por participación en sesiones,

comisiones o comités, siendo posible incluir un componente asociado al cumplimiento de metas anuales de rentabilidad, de valor económico y de los convenios de desempeño. Se destaca además la facultad de designar a los auditores externos independientes y el examinar las memorias de las empresas, sus estados financieros, inventarios, actas, libros, informes de los auditores externos y los informes o propuestas de los Comités de Directores.

2006: Durante este año, 17 de las 22 empresas SEP presentaron utilidades netas. Estas empresas, junto a las empresas en las que CORFO mantiene porcentajes accionarios no mayoritarios, entregaron aportes al Fisco de Chile por un monto de \$118.109 millones de pesos, destacando los aportes de POLLA S.A. por \$ 44.318 millones entregados al FISCO y a distintos beneficiarios y los aportes de ZOFRI S.A. por \$ 5.613 millones.

Respecto de las empresas SEP que presentaron resultados negativos, éstos se deben, para el caso de METRO S.A., al pago de intereses por créditos tomados para financiar su plan de desarrollo, aún cuando cabe destacar que su resultado operacional fue positivo

Para el caso de ENACAR S.A. su resultado negativo se debe al cierre definitivo de la explotación de la mina Trongol ocurrida en el mes de abril de 2006, lo que implicó el pago de indemnizaciones por años de servicio a 277 trabajadores.

En cuanto a EFE su resultado negativo se debe principalmente, y al igual que la mayoría de los ferrocarriles del mundo, a que la operación ferroviaria de pasajeros no financia los costos operacionales antes de depreciación, y en particular, a que durante el año 2006 se comenzaron a reflejar en los resultados de la empresa los costos del mantenimiento de la infraestructura y a un significativo aumento de la depreciación debido a la activación progresiva de las inversiones del Plan Trienal 2003-2005.

2.4 EMPRESAS QUE INTREGRAN EL SEP

Minería

- Empresa Nacional de Minería - ENAMI
- Empresa Nacional del Carbón S.A. - ENACAR

Transporte

- Empresa Portuaria Arica
- Empresa Portuaria Iquique
- Empresa Portuaria Antofagasta
- Empresa Portuaria Coquimbo
- Empresa Portuaria Valparaíso
- Empresa Portuaria San Antonio
- Empresa Portuaria Talcahuano - San Vicente
- Empresa Portuaria Puerto Montt
- Empresa Portuaria Chacabuco
- Empresa Portuaria Austral
- Empresa de Transportes de Pasajeros - METRO S.A.
- Empresa de los Ferrocarriles del Estado - EFE

Servicios

- Zona Franca de Iquique S. A. - ZOFRI S.A.
- Sociedad Agrícola y Servicios Isla de Pascua Ltda. - SASIPA
- Comercializadora de Trigo S.A. - COTRISA
- Polla Chilena de Beneficencia S.A
- Sociedad Agrícola SACOR Ltda.
- Empresa de Correos de Chile
- Empresa de Abastecimiento de Zonas Aisladas - EMAZA

Sanitarias

- Empresa Concesionaria de Servicios Sanitarios S.A. - Econsa Chile S.A.
- Empresa de Servicios Sanitarios Lago Peñuelas S.A.
- Sociedades del Estado Minoritarias: Aguas Andinas S.A., ESSBIO S.A., ESVAL S.A, ESSAL S.A.

4. PROYECTO DE LEY QUE INTRODUCE PERFECCIONAMIENTOS EN LOS REGÍMENES DE GOBIERNO CORPORATIVO DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO Y DE AQUELLAS EN QUE ÉSTE TENGA PARTICIPACIÓN

El 20 de marzo de 2008, la Presidenta de la República, envió al H. Congreso Nacional, un mensaje¹⁴¹ de proyecto de ley que introduce perfeccionamientos en los regímenes de gobierno corporativo de las empresas del estado y de aquellas en que éste tenga participación.

En este mensaje se sostiene que en lo referente a las empresas y sociedades del Estado, es importante constatar que éstas operan en ambientes competitivos y son administradas con criterios de mercado. Asimismo, en los casos en que las empresas cumplen fines sociales, éstos son total o parcialmente financiados con transferencias desde el Gobierno Central a través del presupuesto. Ello porque la política declarada por el Gobierno respecto de las empresas públicas es la maximización de su valor económico.

Agrega el mensaje, que durante los últimos años se han venido produciendo una serie de ajustes institucionales para apoyar este objetivo, como la creación del Sistema de Empresas públicas (SEP). Este Comité de CORFO está dedicado a ejercer el rol empresarial del Estado y a velar por una

¹⁴¹ Mensaje N° 037- 356.

gestión más eficiente y transparente de la mayoría de las empresas con participación estatal. Adicionalmente, se han introducido reformas relacionadas con el nombramiento y el control de desempeño de los directores en estas empresas y a su vez se han emitido instructivos y orientaciones para adecuar su gestión a la de las sociedades anónimas.

Finalmente el mensaje del proyecto de ley señala que “En la línea de fortalecer los estándares de gobiernos corporativos en las empresas chilenas con participación estatal y siguiendo las mejores recomendaciones internacionales, este proyecto consagra legalmente la aplicación de las normas de las sociedades anónimas abiertas a las empresas con participación estatal y la creación del Consejo SEP como servicio público descentralizado encargado de representar los derechos y deberes del Estado en su rol de propietario, modificando tanto su composición y facultades como las normas referentes a los directores de las empresas públicas, de forma de facilitar la separación de las diversas funciones del Estado”.

3.2 CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

El proyecto se conforma de 40 artículos permanentes y 6 transitorios con los siguientes contenidos principales, que destacaremos a continuación:

A) Creación del Consejo Superior de Empresas Públicas.

En primer lugar, el proyecto crea el Consejo Superior de Empresas Públicas (Consejo SEP), como servicio público descentralizado, dirigido por nueve consejeros, siete de los cuales serán nombrados directamente por el Presidente de la República.

Enseguida, el proyecto establece que los dos miembros restantes del Consejo SEP tendrán la calidad de Consejeros Independientes y serán nombrados por el Presidente de la República, previo acuerdo del Senado. Los Consejeros

Independientes durarán cuatro años en sus cargos, pudiendo ser designados para nuevos períodos. Para facilitar la separación de las funciones del Estado como dueño de las empresas y como regulador o creador de políticas públicas, se propone que no podrán ser designados como Consejeros Independientes quienes tengan la calidad de funcionarios públicos.

El proyecto de ley también establece los requisitos mínimos que deberán cumplir los Consejeros, de forma de contribuir a su profesionalización.

B) Funciones del Consejo Superior de Empresas Públicas

A continuación, el proyecto establece que el principal objeto de dicho Consejo será representar al Fisco, la Corporación de Fomento de la Producción y/o sus empresas en las acciones y derechos que como accionistas, socios o propietarios le corresponda ejercer en las empresas con participación estatal, sean éstas creadas por ley, sociedades anónimas, limitadas o de otro tipo, y en las filiales o coligadas de todas ellas. De esta forma, el Consejo SEP será el organismo encargado de ejercer los deberes y derechos que corresponden al Estado como propietario; es decir, desempeñará el rol de Junta de Accionistas en las empresas cuya propiedad pertenezca íntegramente al Fisco, la Corporación de Fomento de la Producción y sus empresas, y de accionista en aquellas en que éstos posean participación, mayoritaria o minoritaria.

Por último, el proyecto enumera que serán funciones o atribuciones del Consejo SEP, en relación a las empresas públicas creadas por ley, las que la normativa sobre sociedades anónimas asigna a los accionistas y a las juntas de accionistas, en lo pertinente y, en especial las siguientes: nombrar directores, incluidos directores independientes; fijar las remuneraciones de los directores; revocar total o parcialmente al directorio; aceptar su renuncia; designar los auditores externos independientes; examinar la situación de la sociedad; aprobar o rechazar la memoria y el balance; conocer las operaciones con personas relacionadas que se sometan a su consideración y aprobarlas cuando

corresponda, y designar a los clasificadores privados de riesgo en los casos que proceda.

El proyecto también dispone que corresponderá al Consejo SEP la entrega a la Comisión Especial de Presupuestos de un informe anual de las empresas del Estado a las que se aplica esta ley; la elaboración y envío a las respectivas Comisiones de Hacienda del Congreso de los estados financieros de dichas empresas; y, por último, analizar los planes de desarrollo, planes de negocio estratégicos y proyectos de inversión de carácter relevante de las mismas e informar sobre ellos al Ministerio de Hacienda.

Asimismo, el Consejo SEP estará facultado para establecer normas comunes o de aplicación general para las empresas con participación estatal en relación con las materias reguladas en esta ley.

C) Secretaría Técnica del Consejo SEP.

El proyecto, por otra parte, establece una Secretaría Técnica del Consejo SEP encabezada por un Director Ejecutivo, quien a su vez será el Secretario Técnico del Consejo. La Secretaría realizará las tareas técnicas y administrativas necesarias para el funcionamiento del Consejo SEP, efectuará análisis y elaborará informes a solicitud del Consejo y centralizará y consolidará la información de las empresas, entre otras funciones.

D) Fortalecimiento de los Directorios de las Empresas Públicas.

Las funciones del Consejo SEP deberán implementarse evitando que se produzca una duplicidad de funciones entre los directorios de las empresas y el Consejo SEP. Considerando la existencia de empresas que desarrollan giros diversos, el directorio de cada una de ellas es sin duda el órgano más indicado para llevar a cabo la administración superior de las mismas. En consecuencia, el proyecto de ley también busca fortalecer los directorios de dichas empresas, de

forma que ejerzan eficazmente sus funciones de administración y que sean personalmente responsables de las mismas.

E) Directores Independientes en las Empresas Públicas.

Enseguida, el proyecto establece, como norma general, que en cada empresa en que el Estado tenga más del 85% de la propiedad, el Consejo SEP nombrará dos directores independientes, salvo en aquellas empresas con directorios de tres miembros, en cuyo caso nombrará un director independiente. Asimismo, en las empresas creadas por ley se conformará el comité de directores que dispone el artículo 50° bis de la ley de sociedades anónimas, entendiéndose que dichas empresas cumplen con los requisitos del referido artículo.

Los directores independientes serán elegidos por un Comité de Selección integrado por los dos Consejeros Independientes del Consejo SEP más el Presidente de dicho Consejo, con el voto favorable de la unanimidad de sus tres miembros.

F) Aplicación de normas de sociedades anónimas a las empresas creadas por ley.

El proyecto de ley dispone, asimismo, que las empresas del Estado creadas por ley estarán sujetas a las mismas normas financieras y contables, de administración, obligaciones y responsabilidades de los directores, supervisión y control, aplicables a las sociedades anónimas abiertas. Entre dichas normas podemos mencionar, a modo de ejemplo, las siguientes: sus balances y estados financieros deberán ser sometidos a auditorías de empresas auditoras independientes; regirán para los directores y ejecutivos superiores de estas empresas las normas de la ley N° 18.046 relativas a operaciones con partes relacionadas, obligaciones de reserva e información, responsabilidades y prohibiciones.

Se establece, asimismo, que todas las empresas quedan afectas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros.

Adicionalmente, en todo lo no establecido por sus normas legales especiales, las empresas que regula esta ley se regirán supletoriamente por las normas aplicables a las sociedades anónimas abiertas.

G) Obligación de las empresas con participación estatal de entregar información al Consejo SEP.

A continuación, el proyecto establece que será obligación de las empresas con participación estatal proporcionar al Consejo SEP o a su Secretaría Técnica la información que les sea requerida, sin perjuicio de su uso reservado cuando sea entregada en tal calidad.

H) Normativa sobre Administración Financiera del Estado.

El proyecto, enseguida, dispone que las empresas del Estado y aquellas en que éste tenga participación mayoritaria continuarán afectas a las normas vigentes sobre compromiso del crédito público, anticipos y distribución de utilidades, régimen tributario específico, formulación y aprobación presupuestaria, evaluación e identificación de inversiones, entre otras, relativas a la Administración Financiera del Estado y a administración financiera de empresas públicas.

I) Compras y Contratación Pública.

El proyecto también establece que las empresas del Estado pueden utilizar los sistemas de compras y contratación establecidos en la Ley N°19.886.¹⁴²

J) Ámbito de aplicación.

Las normas establecidas en el proyecto de ley se aplicarán a todas las empresas con participación estatal, salvo las que sean expresamente excluidas

¹⁴² Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios.

como es el caso de Televisión Nacional, Codelco, Enap, Enami y BancoEstado. En el primer caso, la exclusión se funda en que esta empresa tiene un directorio de consenso nacional y una ley orgánica que reproduce las principales normas de la ley de sociedades anónimas, aplicándose dicha normativa en forma supletoria. En el segundo, se funda en que ya existe un proyecto de ley, actualmente en primer trámite constitucional que aborda respecto de dicha empresa las temáticas contenidas en el proyecto que se propone. En el caso de Enap se la excluye, en atención a su carácter estratégico y su rol en la fijación de precios de los combustibles del país. La exclusión de Enami deriva fundamentalmente de su rol de fomento de la pequeña y mediana minería. Algo similar ocurre respecto del BancoEstado, que ejerce la misma función de fomento para la pequeña y mediana empresa, sin perjuicio del insustituible rol que juega en el acceso al crédito para los pequeños ahorrantes del país. Todas las características señaladas, hacen que las empresas mencionadas, requieren un tratamiento especial de legislador.

Tratándose de las empresas relacionadas con la Defensa Nacional (ENAER, ASMAR y FAMAE) y sus filiales, si bien no se aplicará el proyecto en su conjunto, sí estarán afectas a las normas que dicen relación con incorporar a sus directorios dos miembros nombrados por el Consejo SEP, quienes tendrán derecho a percibir una dieta por el desempeño de sus funciones. Adicionalmente, se dispone que sus normas contables y financieras, como también las de inversión, se asimilarán a las del resto de las empresas con participación estatal.

CONCLUSIONES

1.- Hoy en día se reconoce al Estado un nivel de participación en la economía, a fin de que éste actúe como garante con el fin de evitar o solucionar, en su caso, situaciones de crisis económicas (inflación, recesiones), desequilibrios que puedan afectar la libre competencia, evitar monopolios, oligopolios, competencia desleal, etc .

Además, de este rol garante, se le ha reconocido un rol de interventor en la economía, especialmente como productor de bienes y servicios, a través de la actividad empresarial.

Este último aspecto, a diferencia del primero, es bastante discutido y criticado, ya que en la práctica el Estado no ha demostrado ser un buen empresario. Ello se explica porque la "Empresa" busca maximizar utilidades con el mínimo de costos, lo cual no necesariamente es buscado por Estado, ya que éste último propenderá a buscar un beneficio social por sobre uno meramente material. Es así, como el "Estado", no podría considerarse un "empresario" en el estricto sentido, ya que las decisiones que definitiva tome la administración de la empresa del Estado estarán más influidas por las políticas del gobierno de turno que por la regla de la economía de maximización beneficios con el mínimo de costos.

Sin embargo la actividad empresarial del estado, desde el punto de vista histórico, justifica su nacimiento ya que se produjo en tiempos en los cuales era necesaria su participación, sobre todo en Latinoamérica que se estaba quedando atrás del fenómeno de la industrialización. Fue el Estado entonces quien asumió la labor de industrializar al país, y crear las condiciones necesarias para que éstos dejaran, algunos con mayor o menor éxito, de ser exclusivamente productores de materias primas, y depender de la industria extranjera para su abastecimiento. Así en un primer momento, el Estado

asumió esta labor, no por motivos económicos para producir riqueza y obtener utilidades, sino más bien para impulsar el desarrollo del país, y proporcionar a los habitantes los servicios y bienes que no eran de su alcance. Este primer momento de intervención estatal, respondió más al cumplimiento del bien común que a razones económicas.

El problema es determinar hasta qué punto el Estado empresario puede seguir creciendo, sobre todo si ahora, con el pasar del tiempo, los individuos pueden en forma organizada desarrollar por sí mismos la misma actividad. A lo cual se suma que las empresas del Estado no se hacen notar desde el punto de vista de la producción sino que más bien del gasto, del gasto público.

En términos generales el gasto público se enfoca a la dirección, organización y mantención de los organismos y programas públicos, a la ejecución de obras públicas, salud, educación, etc. Cuando el Estado desarrolla actividad empresarial una suma importante del gasto público se va a la mantención de empresas públicas, las cuales generalmente no obtienen retornos de utilidades suficientes en relación al gasto que se destina en ellas, pero a pesar de ello seguirán funcionando, ya con éstas el gobierno de turno, si bien no obtiene utilidades líquidas, obtiene otro tipo de beneficio, como por ejemplo, generar empleo, hacer más accesible a la comunidad ciertos bienes y servicios que considera indispensables .

De esta manera la tendencia actual es restringir la participación de la actividad de Estado en materia económica. Sobre todo, si se considera que el escenario actual, es muy distinto al existente al momento en que comenzó la intervención estatal. Hoy en día, en atención a las diversas alternativas de financiamiento a que pueden acceder las personas, es muy difícil afirmar que hoy alguien no pueda emprender una determinada actividad económica. Es más, la innovación en la actividad empresarial es precisamente una

característica más cercana del sector privado que el público. Siendo además el primero, el más preparado e idóneo para asumir riesgos e invertir.

Esta situación actual, en la cual el ser humano, es capaz de desarrollar por sí u organizado, cualquier actividad económica, innovar, asumir riesgos, buscar sus beneficios, etc. , ha sido tomada en consideración por el Constituyente de 1980 elevando a derecho fundamental la libertad de desarrollar actividades económicas.

En razón de que el Estado está al servicio de la persona humana es deber de éste crear las condiciones necesarias para propender el más amplio desarrollo posible del ser humano. Será el propio Estado entonces, quien por mandato constitucional (artículo 1º del Constitución Política de la República) deberá promover, que sea el propio individuo, quien desarrolle diversas actividades económicas y empresariales, a fin de que logre sus objetivos con plena sujeción al bien común que el Estado debe buscar. Este último no significa que el Estado "realice" por el hombre, sino que el hombre "realice" gracias al Estado, sólo así el Estado obtendrá la realización del ser humano, y justificará su existencia.

Ahora bien, nuestra Constitución Política, reconoce al Estado la facultad de desarrollar actividad empresarial, la cual tiene el carácter de excepcional, previa autorización legal (quórum calificado) y con pleno respeto al principio de subsidiariedad, según el cual el Estado sólo podrá realizar actividades empresariales, en aquellos casos en que los particulares no puedan o no quieran desarrollar, con el fin de garantizar la libertad de empresa de éstos.

En consecuencia, cuando el Estado decida desarrollar una determinada actividad empresarial, lo hará en razón de una finalidad que responderá necesariamente a un fin social, ya que para su materialización requiere tanto de

la intervención del poder ejecutivo (quien decidirá actuar movido por alguna política pública) como del legislativo, cuya autorización será precedida de un debate en el cual sin duda se analizará la necesidad de esta intervención y el beneficio que ella reportara a la población.

De esta manera en época de crisis, puede ser que para algunos se justifique la creación o continuidad de una empresa del Estado, muchas veces no por motivos económicos, sino mas bien sociales, como por ejemplo la creación de una empresa de transporte público que asegure a las personas una locomoción a bajos precios, o farmacias públicas que permitan a la población acceder a los medicamentos a precios con mínimos márgenes de utilidad. Sin embargo la solución al problema perfectamente puede ser otra, y que es mucho más rentable al largo plazo que el Estado garantice que el mercado funcione de una manera libre, transparente y limpia, que actúe como productor de bienes y servicios.

2.- La norma constitucional del Estado empresario del artículo 19 N° 21 de la CPR, prescribe que el Estado en el ejercicio de su actividad se someterá a la misma legislación común aplicable a los particulares, no gozará de ningún beneficio especial en atención a su naturaleza de empresa del Estado. Salvo las excepciones legales que se establezcan.

De esta manera, si el Estado decide incursionar en una actividad empresarial, deberá regirse por la legislación común aplicable a los particulares, y actuará entonces como un ente privado más, por lo que tendrá el imperativo de ser eficiente desde el punto de vista económico, como lo exige además la naturaleza de toda empresa, realizando su actividad en las mejores condiciones posibles para sus consumidores y obteniendo a su vez las utilidades necesarias para su mantenimiento y proyección en el tiempo. Es

decir, la Empresa pública debe ser equivalente a la empresa privada. Debe ser además competitiva.

Sin embargo y en atención a fin público que tiene la actividad empresarial del Estado, está sometida a reglas especiales que de alguna u otra manera la limitan (para no transgredir el derecho constitucional de libertad de empresa), las cuales están contenidas en su mayoría, en la misma ley autorizante.

Por ser excepcional, el Estado debe enmarcar su actividad al giro social establecido en la ley, no pudiendo excederse de éste. A lo que agregamos los diversos controles administrativos a lo que se sujeta toda vez que el capital de estas empresas es también público.

Sin embargo, desde un punto de vista económico las Empresas del Estado, han demostrado no ser competitivas y en muchos casos no son Rentables (como por ejemplo Ferrocarriles del Estado). Por esta razón es que muchos Estados dejado la administración de éstas empresas (mecanismo de reducción de gasto público), a través de diversos mecanismo tales como las concesiones para obras públicas, concesión de servicios públicos, contratos administrativos de servicios, privatización de las empresas estatales existentes, convertirlas en Sociedades Anónimas con participación Estatal. etc.

El punto de qué hacer con las empresas del Estado, para que sean eficientes y competitivas, ha sido un tema de discusión más política-ideológico que económico, toda vez que los últimos gobiernos, no han querido perder el control de éstas empresas y dejarlas en manos privadas por razones ideológicas, con el consecuencial gasto que significa para el Estado el inyectar recurso a empresas que no le son rentables y que estaría mejor en manos privadas.

En este afán, se ha propuesto como solución el establecer un régimen legal especial que regule en términos generales o especiales la administración de las empresas del Estado a fin de hacerlas más competitiva, y así poder autofinanciarse y obtener utilidades importantes.

3.- Frente a la tendencia que exige la privatización de las empresas del Estado, y con el fin de seguir manteniendo un grado de participación en la actividad empresarial pero ahora más competitivo, es que el Estado ha optado por la figura de las "sociedades del estado", formada por un órgano de Estado y particulares o por dos entes estatales, todo ello con la autorización legal exigida en el artículo 19 N° 21 de la CPR. Éstas son creadas de acuerdo al derecho común, por lo que su organización y funcionamiento se rigen por las mismas normas que regulan las sociedades constituidas por los particulares, y por lo tanto están constituidas por un directorio profesionalizado que de alguna u otra manera garantizaría su eficacia desde el punto de vista de la obtención de utilidades.

Sin embargo, y a pesar de su naturaleza, el fin último de estas sociedades será un fin público o de interés general (sin perjuicio del interés de los particulares que concurren a su formación). En otras palabras, su naturaleza estará determinada por la de satisfacer una necesidad pública, de lo contrario no se explicaría que el estado quisiera crear una sociedad, sino esta no satisface un fin público. Es más, varias de las sociedades del estado persiguen un fin de servicio público tales como, transporte, comunicaciones, servicios sanitarios, etc.

Es este fin público entonces el que justificaría de alguna medida la actividad empresarial del Estado, ya que el solo lucro atentaría contra el principio de subsidiaridad en cuanto son los particulares quienes buscan dicho

interés. Es así, como las diversas formas de control y límites a la que se somete la actividad empresarial de Estado garantizan que en su ejercicio no se pierda su fin o interés público o se confunda con el interés particular de sus miembros.

4.- Con el objeto de hacer más competitivas a las empresas y sociedad del Estado es que se creó el Sistema de Empresas Públicas (SEP) a fin de asesorar a éstas en el gobierno de las mismas, dar solución así al eterno problema de la ineficiencia de la actividad empresarial del Estado.

La tendencia del gobierno actual es la de reorganizar la administración de las empresas y sociedades del Estado, con un directorio técnico y profesional, y acercar sus estatutos a las normas de las sociedades anónimas.

El Proyecto de ley número 5854-05, establece un régimen normativo especial que viene a perfeccionar el gobierno corporativo de las empresas del estado y la sociedades en que tenga participación ya que éstas operan en ambientes competitivos y deben ser administradas con criterios de mercado, para lo cual se le aplicaran las normas de las sociedades anónimas abiertas con ciertas reglas especiales, del todo necesarias y que buscan en definitiva que estas empresas respondan a los estándares nacionales e internacionales de mercado, sean rentables y aseguren el fin público que hay detrás de éstas.

BIBLIOGRAFIA

Derecho Administrativo Económico: (libre iniciativa privada y actividad empresarial del estado), *Aróstica Maldonado, Iván. Santiago de Chile*, Memoria de grado, Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás 2001. Santiago, Chile, Andros Impresores.

Derecho Constitucional Económico: garantías económicas: doctrina y jurisprudencia *Fernandois Vöhringer, Arturo*, Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile, 2006.

Derecho Constitucional económico : garantías económicas : doctrina y jurisprudencia *Fernandois Vöhringer, Arturo*, Santiago de Chile : Universidad Católica de Chile, 2001.

Derecho Económico, *Zavala Ortiz, José Luis, Morales Godoy, Joaquín* Santiago, Chile: Lexis Nexis, 2006.

Derecho Económico I: Nociones económicas previas al estudio jurídico, *Sepúlveda L., Cesar*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1994.

El Derecho a desarrollar cualquiera Actividad Económica en la Jurisprudencia judicial y Administrativa *Méndez P., José Tomás* Santiago de Chile, 2000.

EL Derecho a Desarrollar Cualquier Actividad Económica en las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, *Huidobro Salas, Ramón,* Revista de Derecho Público, N° 43-44, Santiago, Chile, 1988.

El Estado empresario y su consagración constitucional y legal en Chile, *Martel Rayo, Jorge Hernán.* Concepción, Chile.

El Estado Empresario en la Constitución de 1980, *Bertelsen Repetto, Raúl,* Revista Chilena de Derecho, Volumen 14.

El marco legal de la actividad económica del estado de Chile desde su independencia hasta la creación de la Corfo, *Besoain Cornejo, Javier,* Espinoza Chávez, Germán. Santiago, Chile, 2005.

El orden público económico, *Silva Larenas, Ricardo,* Santiago, Chile: Universidad Gabriela Mistral, 1994.

El recurso de amparo económico, *Jaederlund Lüttecke, John,* Santiago, Chile, 1997

El Recurso de Amparo Económico : doctrina, procedimiento y jurisprudencia, *Jaederlund Lüttecke, John,* Santiago de Chile : Librotecnia, 1999.

Empresas Publicas y Sociedades del Estado en la Legislación Chilena: (1973-1997), *Saldivia Wellmann, Andrés Eduardo.* Santiago de Chile, 1998.

Estado Empresario y Privatización en Chile, *Ale Yarard, Jorge,* Universidad Andrés Bello, 1990.

La Actividad Empresarial del Estado, *López Reitze, José Luis.* Santiago, Chile, 1996.

Manual de Derecho Político: Instituciones Políticas, *Verdugo M, Mario,* Editorial Jurídica de Chile, 1981.

Organización Administrativa, *Boloña Kelly, Germán.* Santiago de Chile: LexisNexis, 2008

Recurso de Amparo Económico, *Ureta Silva, Ismael,* Santiago de Chile: Jurídica ConoSur, 1997

Regulación Constitucional del Orden económico, la experiencia chilena: constitución política de la república de 1980, *Guerrero Bécar, José Luis.* Valparaíso, Chile, 1991.

Regulación de la Actividad Empresarial del Estado, *Ilufí Véliz, Militza, Ramos Bravo, Nelly.* Talca - Chile, 2002.

Teoría del Derecho, *Pacheco G, Máximo*, Editorial Jurídica de Chile, 1988.

Términos Económicos de Uso Habitual, Editorial Universitaria, 1998.

Tratado de la Constitución de 1980, *Cea Egaña, Jose Luis*, Editorial Jurídica del Chile, 1988.

Revistas de Derecho:

Del déficit al superávit fiscal: razones para una transformación estructural en Chile, *Arellano, José Pablo*. En Estudios públicos / Centro de Estudios Públicos. Santiago, Chile. No 101 (verano, 2006), p.165-186.

Efectos de un programa de privatizaciones: el caso de Chile (1985-1989), *Larroulet, Cristián*. En Estudios públicos / Centro de Estudios Públicos. (Santiago, Chile). No.54 (otoño 1994), p.175-222.

El Estado empresario a la luz de la Constitución de 1980 , *Navarro Beltrán, Enrique*. En Revista de derecho público / Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. (Santiago, Chile). No. 62 (2000), p. 32-47.

El Estado empresario en la Constitución de 1980 y en la legislación complementaria. *Canales Nettle, Patricia*. Serie estudios / Biblioteca del Congreso Nacional. (Santiago, Chile). Año IV, no. 91 (jul.1994), 24 h.

El mito de las privatizaciones en Chile , *Subirats, Joan*, En revista de la Universidad Bolivariana. (Santiago de Chile). v. 4, no. 12 (2005), p. 215-226

Empresas públicas y sociedades del estado, *Aróstica Maldonado, Iván*, En Revista de derecho de la Universidad Finis Terrae. (Santiago, Chile) Año 3, no.3 (1999), p. 29-46.

Autonomía financiera de empresas públicas con respecto al Estado. *Vásquez Vargas, David*. En Serie estudios / Biblioteca del Congreso Nacional. (Santiago, Chile). Año V, no. 110 (jun.1995), 9 h.

Ley del Estado empresario : Posición del PDC. En Política y espíritu. (Santiago, Chile). Año XLIV, no.386 (oct.1989), p.63-64.

Principios constitucionales del estado empresario , *Ruiz-Tagle Vial, Pablo*, En Revista de derecho público / Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. (Santiago, Chile). No. 62 (2000), p. 48-65.

Subsidiariedad y Estado empresario : análisis crítico de la jurisprudencia más relevante, *Covarrubias Cuevas, Ignacio*, En Revista de derecho público / Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. (Santiago, Chile). No. 66, (2004), p. 251-272.

Sitios Web:

<http://www.bcn.cl>

<http://www.camara.cl>

<http://www.codelco.cl>

<http://www.enami.cl>

<http://www.sepchile.cl>

INDICE

| | | |
|-------------|--|----|
| I. | INTRODUCCIÓN | 2 |
| II. | CAPITULO I: ANTECEDENTES GENERALES | 7 |
| 3. | FINES DEL ESTADO | 7 |
| 3.1 | NOCIONES GENERALES SOBRE LOS FINES DEL ESTADO | 9 |
| 3.2 | OBJETIVOS DE LA POLITICA ECONOMICA..... | 10 |
| 3.3 | DIVERSAR FORMAS EN QUE EL ESTADO HA PARTICIPADO EN LA ECONOMIA..... | 12 |
| 3.4 | NOCION DE ESTADO EMPRESARIO, EMPRESA Y EMPRESARIO..... | 19 |
| 3.5 | LA FUNCIÓN SOCIAL DE LAS EMPRESAS | 22 |
| 4. | ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO DE CHILE | 24 |
| 4.1 | BREVE ANALISIS HISTORICO-LEGAL DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO..... | 24 |
| 4.1.1 | Actividad empresarial del Estado Antes del 11 de Septiembre de 1973..... | 24 |
| 4.1.2 | Actividad empresarial del Estado desde septiembre de 1973 hasta 1980..... | 28 |
| 4.1.3 | La actividad empresarial del Estado desde la promulgación de la Constitución Política de la República de Chile de 1980 | 29 |
| 4.2 | LOS FINES DEL ESTADO DE CHILE SEGÚN LA CONSTITUCIÓN POLITICA DE 1980..... | 34 |
| 4.3 | DE LA LIBERTAD DE EMPRESA. ARTICULO 19 N° 21 INCISO 1° DE LA CONSTITUCIÓN POLITICA DE LA REPUBLICA DE CHILE..... | 36 |
| 4.4 | DEL ORDEN PUBLICO ECONOMICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980 | 38 |
| III. | CAPITULO II: CONSAGRACION CONSTITUCIONAL DEL ESTADO EMPRESARIO | 41 |
| 1. | ARTICULO 19 N° 21 INCISO PRIMERO Y SEGUNDO DE LA CONSTITUCIÓN: LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO | 41 |
| 1.1 | ANTECEDENTES GENERALES DE LA NORMA | 42 |
| 1.1.1 | El Anteproyecto de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución..... | 43 |
| 1.1.2 | El Proyecto del Consejo de Estado | 45 |
| 1.1.3 | El texto definitivo aprobado por la Junta de Gobierno..... | 46 |
| 1.2 | ANALISIS JURIDICO DE LA NORMA CONTENIDA EN EL INCISO SEGUNDO Y TERCERO DEL ARTICULO 19 N° 21 | 47 |
| 1.2.1 | AUTORIZACIÓN LEGAL EXPRESA..... | 48 |
| 1.2.20 | RESPETO AL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD | 49 |
| 1.2.3 | SUJECCIÓN A LA LEGISLACIÓN COMUN | 52 |
| 1.2.4 | FORMAS DE ACTUACIÓN..... | 54 |
| 1.2.4.1 | Empresas Públicas..... | 55 |

| | | |
|------------|---|------------|
| 1.2.4.2 | Sociedades Filiales | 58 |
| 1.2.4.3 | Otras formas de actuación | 61 |
| 1.2.5 | DISPOSICIÓN 5º TRANSITORIA..... | 61 |
| 1.2.6 | OTROS ALCANCES DE LA NORMA | 53 |
| 2. | DEL CONTROL JURISDICCIONAL A LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO | 65 |
| 2.1 | DEL RECURSO DE AMPARO ECONOMICO | 67 |
| 3. | JURISPRUDENCIA RELEVANTE SOBRE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO..... | 72 |
| 3.1 | SOBRE EL DERECHO PREFERENTE | 73 |
| 3.2 | ESPECIALIDAD DEL GIRO EMPRESARIAL ESTATAL..... | 74 |
| 3.3 | ACTIVIDAD EMPRESARIAL Y FINES SOCIALES..... | 82 |
| 4. | REFERENCIA A LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO EN EL DERECHO COMPARADO | 83 |
| 4.1 | DERECHO EUROPEO..... | 83 |
| 4.2 | HISPANOÁMERICA | 85 |
| IV. | CAPITULO III: LA MATERIALIZACIÓN DEL ESTADO EMPRESARIO EN CHILE..... | 87 |
| 1. | LAS EMPRESAS DEL ESTADO DE CHILE | 87 |
| 1.1 | LAS MINERAS..... | 89 |
| A) | EMPRESA NACIONAL DE MINERIA (ENAMI)..... | 88 |
| B) | CORPORACIÓN NACIONAL DEL COBRE (CODELCO) | 89 |
| 1.2 | LAS EMPRESAS DE TRANSPORTES | 92 |
| 1.3 | EMPRESAS DE SERVICIOS | 96 |
| 1.4 | SANITARIAS | 102 |
| 2. | DEL SISTEMA DE EMPRESAS PÚBLICAS (SEP)..... | 104 |
| 2.1 | NATURALEZA JURIDICA DEL SEP..... | 106 |
| 2.2 | LAS DISPOSICIONES QUE REGULAN EL SEP..... | 107 |
| 2.3 | HISTORIA DEL SEP..... | 110 |
| 2.4 | EMPRESAS QUE INTEGRAN EN SEP..... | 118 |
| 5. | PROYECTO DE LEY QUE INTRODUCE PERFECCIONAMIENTOS EN LOS REGÍMENES DE GOBIERNO CORPORATIVO DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO Y DE AQUELLAS EN QUE ÉSTE TENGA PARTICIPACIÓN..... | 119 |
| V. | CONCLUSIONES..... | 126 |
| VI. | BIBLIOGRAFÍA..... | 133 |

