

ALGUNOS ASPECTOS DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO

PEDRO PIERRY ARRAU
Universidad Católica de Valparaíso
Universidad de Valparaíso

Tradicionalmente la Administración del Estado se ha integrado por los servicios fiscales centralizados y por las instituciones y empresas denominadas autónomas o descentralizadas. Todos los organismos integrantes de la Administración del Estado corresponden a lo que en derecho administrativo se denomina servicios públicos, tanto desde el punto de vista orgánico como funcional. De este modo, las empresas públicas han constituido una forma de gestión de un servicio, sin que pueda establecerse una marcada distinción con las otras instituciones descentralizadas, a excepción de la denominación que la propia ley ha hecho de ellas.

En efecto, si revisamos las leyes orgánicas de algunas instituciones descentralizadas y empresas públicas podremos observar que la principal diferencia entre ellas es la expresión que la ley utiliza, calificándolas en algunos casos de empresas y en otros de servicio. Así tenemos, por ejemplo, el Decreto Ley 2.050 de 1977 que crea el Servicio Nacional de Obras Sanitarias como institución autónoma del Estado y que para las regiones metropolitana y quinta crea la Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias y la Empresa de Obras Sanitarias de la Quinta Región. No se aprecia la diferencia en cuanto a la actividad realizada entre estas instituciones. La única es la denominación que de ellas hace la ley; agregando a mayor abundamiento que el artículo 8º, inciso segundo, del Decreto Ley mencionado señala

que ambas empresas tendrán dentro de sus territorios jurisdiccionales todas las atribuciones que corresponden a las Direcciones Regionales.

La Constitución Política de 1980 ha introducido una variable a la organización administrativa del Estado al establecer en su artículo 19 N° 21 que: "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".

Esta disposición constitucional plantea una serie de problemas que es necesario dilucidar, al margen de las consideraciones que puedan hacerse acerca de la ubicación de esta disposición en el capítulo relativo a las garantías constitucionales en que, con ocasión de la libertad para desarrollar actividades económicas, se norma una materia sobre Administración del Estado.

ACTIVIDAD EMPRESARIAL Y SERVICIO PUBLICO

El primer problema que se plantea es la relación que existe entre esta disposición y el artículo 62 número 2 que señala que son leyes de iniciativa exclusiva del Presidente de la República las que crean nuevos servicios públicos o empleos rentados.

Si se entiende como servicio público tanto en su sentido orgánico como funcional a aquellas instituciones que forman parte de la Administración del Estado que realizan actividades de servicio público podría sostenerse que la disposición constitucional prohíbe o limita la existencia de empresas públicas en la Administración del Estado, concebidas como entes dotados de personalidad jurídica de derecho

público creadas por ley y regidas por el derecho público. En otras palabras, la estructura organizativa del Estado no contemplaría en el futuro más que instituciones centralizadas y descentralizadas, quedando excluidas del esquema las empresas públicas en la forma que se han conocido hasta ahora, de no mediar una habilitación legislativa. Incluso, podría sostenerse que de ninguna manera podrían establecerse, ya que la aplicación del derecho público es excepcional para estas instituciones y no podría entenderse válidamente que se creara una empresa con personalidad y estatuto de derecho público ya que ello distorsionaría el sentido del texto constitucional. La aplicación de normas de excepción al derecho común es sólo con carácter de excepción de acuerdo al artículo 19 número 21 de la Constitución.

El Presidente de la República entonces vería limitada su iniciativa en materia de creación de servicios públicos, ya que ellos no podrían adoptar, como se ha venido diciendo, la forma de una empresa del Estado regida por el derecho público y dotada de personalidad jurídica de derecho público.

El legislador no lo ha entendido así. En efecto, se han creado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1980 empresas del Estado organizadas con un estatuto de derecho público. Entre ellas tenemos:

— Decreto con Fuerza de Ley 10 de 1981, que crea la Empresa de Correos de Chile; señalándose en su artículo primero que se trata de una persona jurídica de derecho público y calificándola de “un organismo de administración autónoma del Estado”, sometiéndola a la fiscalización de la Contraloría General de la República y haciéndole aplicable en su artículo 13 la ley sobre Administración Financiera del Estado.

— Ley 18.297 Orgánica de la Empresa Nacional de Aeronáutica de Chile. Su artículo primero establece que se trata de una empresa del Estado de administración autónoma.

Le hace aplicable también la ley de Administración Financiera del Estado.

En el segundo caso el legislador ha autorizado expresamente al Estado para realizar y participar en actividades empresariales. En cuanto a la Empresa de Correos, la ley 18.016 no establece tal autorización, ya que la que contiene se refiere exclusivamente a las actividades empresariales relacionadas con las prestaciones telegráficas que constituirá una sociedad anónima. En lo que a la Empresa de Correos se refiere, se limitó a señalar que el Presidente de la República creará una empresa autónoma del Estado con tal carácter. Esta distinción podría hacer llevar a la conclusión de que el legislador ha estimado que la disposición constitucional del artículo 19 no es aplicable para la creación de instituciones públicas aunque tengan el carácter de empresas.

Si se estimara que el legislador se encuentra limitado, no pudiendo adoptarse la forma de una empresa del Estado de derecho público, podría entenderse que el Presidente de la República puede optar por crear simplemente el nuevo servicio con el carácter de institución descentralizada del Estado, sin darle el carácter de empresa pública. Ello por supuesto en el entendido de que la actividad del servicio sea calificada de servicio público y no de actividad empresarial.

Al respecto es interesante examinar la ley 18.296, Orgánica de los Astilleros y Maestranzas de la Armada, que califica a Asmar como persona jurídica de derecho público de administración autónoma; pero no le da el carácter de empresa del Estado; sin perjuicio que su artículo segundo otorga la autorización del Estado para desarrollar y participar en actividades empresariales en relación con el objeto secundario de la institución de atención de la reparación y carena de naves y construcción de las mismas, para terceros. Su función principal, sin embargo, de reparación y carena de las unidades navales de la Armada, no se entiende como

actividad empresarial y le otorga la naturaleza jurídica a la institución.

No obstante lo anterior, es indudable la similitud existente entre instituciones como Asmar y la Empresa Nacional de Aeronáutica y ello es un buen ejemplo ilustrativo de la opción que, en materia de organización, mantiene el Presidente de la República.

La delimitación del concepto de actividad empresarial del Estado tratándose de instituciones de derecho privado no ofrece mayores dificultades. Habrá actividad empresarial cada vez que el Estado o sus instituciones sea propietario de acciones de una sociedad anónima o socio en una sociedad mercantil. La naturaleza mercantil de la sociedad domina toda su actividad, siendo por lo tanto empresarial toda la que ésta lleve a cabo.

La actividad empresarial de las instituciones públicas, en cambio, presenta dificultades, ya que éstas en principio desarrollan lo que en doctrina se denomina actividad de servicio público. Ahora bien; si por otra parte consideramos que la actividad empresarial es aquella actividad económica organizada para la producción o cambio de bienes y servicios¹ puede existir colisión entre actividades que revisten tanto el carácter de servicio público como el de empresariales.

Al respecto Miguel Sánchez Morón, citando a C. Albiñana señala que la empresa pública realiza actividad económica cuando ésta "está orientada a la producción de bienes y servicios destinados a ser vendidos en el mercado"².

¹ MIELE, G., *La distinzione fra ente publico e privato*. Citado por Pedro de Miguel García, *El intervencionismo y la empresa pública*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, pág. 310.

² M. SÁNCHEZ MORÓN, *Introducción al régimen jurídico de la empresa pública en España*, Revista de Administración Pública, Nº 93, septiembre-diciembre, 1980, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pág. 91. Citando a C. ALBIÑANA, "El concepto de empresa pública en las cuentas económicas de 1966".

Este concepto no excluye a las empresas que no persiguen fines de lucro ya que lo importante para una empresa no es el afán de lucro sino "la maximización de sus resultados, disponiendo con criterios de economicidad de sus medios para la obtención de los fines propuestos"³. Otros autores ven en cambio "en la obtención de lucros y en la asunción inherente de riesgos, caracteres válidos para la empresa pública"^{4, 5}.

Si se tiene en cuenta que los distintos órganos del Estado tienen su competencia delimitada y especificada en la ley, forzoso es concluir que toda actividad realizada dentro de la esfera de su competencia corresponde al desarrollo y cumplimiento de su cometido legal en carácter de servicio público.

Por otra parte y no ya considerando la actividad en particular de un servicio, sino que la organización misma de éste, si el Estado organiza una determinada actividad con el carácter de servicio público y no como empresa, habría que entender que ella, por voluntad de la ley, es primariamente una actividad de servicio público.

Así, por ejemplo, si el Estado organiza una institución como Correos como un servicio de la Administración Central, como era anteriormente, aun cuando su gestión pudiera caer dentro del concepto teórico de actividad empresarial, sería una actividad de servicio público primordialmente. Lo mismo ocurre en materia de obras sanitarias con el Servicio Nacional de Obras Sanitarias organizado como servicio público y como empresa, como ya hemos comentado.

³ R. MARTÍN MATEO, *Ordenación del sector público en España*, Madrid, 1973, Ediciones Civitas, pág. 61.

⁴ R. MARTÍN MATEO, *Obra citada*, pág. 60. Cita a Arena, Albiñana y a F. Rodríguez sobre el punto.

⁵ Sobre la dificultad de precisar el concepto. Ver: *El intervencionismo y la empresa pública*, Pedro DE MIGUEL GARCÍA, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1974, Capítulo 1 punto 2.

Podría sostenerse entonces que cuando la actividad empresarial es además una actividad de servicio público, deberá primar este carácter, y la ley podrá organizarlo como tal y ejercer dicha actividad sin necesidad de habilitación especial. Primaría entonces dicho concepto sobre aquél.

Distinto sería el caso en que la actividad empresarial no pueda vincularse a la de servicio público. En ese evento el Estado no podría organizar la empresa como un servicio público, bajo sanción de inconstitucionalidad. Sería, por ejemplo, el caso de una institución como la Polla Chilena de Beneficencia, que sólo puede admitirse como empresa del Estado y no podría tener el carácter de institución central o descentralizada.

Evidentemente que lo que sostenemos parte del supuesto de entender el concepto de servicio público en su sentido funcional y correspondería a la jurisprudencia delimitar sus perfiles. Si se toma en cambio un criterio orgánico, el concepto de servicio público no puede ser tomado en consideración para el problema en estudio.

ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO A TRAVES DE INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO

Conviene clasificar las formas que ha adoptado esta actividad.

1. INSTITUCIONES CREADAS POR LEY, O NORMADA SU CREACION POR LEY, CONFORME AL DERECHO PRIVADO

- Es el caso del Decreto con Fuerza de Ley 10 de 1981 que dicta normas para la constitución de la Empresa Telex Chile Comunicaciones Telegráficas S.A., sucesora del Servicio de Correos y Telégrafos. Establece que las acciones serán suscritas en un 80 por ciento por el Fisco y en un 20 por ciento por la Corfo.

- Ley 18.042 que establece la creación de sociedades anónimas portuarias en número de diez, figurando como socios fundadores la Corporación Nacional Portuaria en un 99 por ciento y el Fisco en un 1 por ciento y señalando que las acciones no se podrán enajenar sin autorización legal especial.
- También es el caso de la Línea Aérea Nacional Chile S.A., cuya constitución se dispuso por ley 18.400, indicándose que la Corfo deberá mantener permanentemente a lo menos el 67 por ciento de las acciones que conformen el capital de la sociedad.

2. EMPRESAS CREADAS PARA DESARROLLAR ACTIVIDADES QUE ANTERIORMENTE TENIAN A SU CARGO EMPRESAS DEL ESTADO DE DERECHO PUBLICO, SIN INTERVENCION LEGISLATIVA

Ejemplo: Creación de Refinería de Petróleo Concón Ltda., posteriormente Refinería de Petróleo Concón S.A., cuyas acciones pertenecen en un 99 por ciento a la Empresa Nacional del Petróleo y en un uno por ciento a la Corfo.

En este caso podría estimarse que existe una habilitación tácita para desarrollar actividades empresariales, ya que se refiere a actividades con ese carácter que el Estado realizaba con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1980, a través de sus empresas constituidas como personas jurídicas de derecho público, las que fueron asumidas por sociedades anónimas o de responsabilidad limitada en que el Estado participa, ya que ello sólo implica un cambio en la forma de gestionar una actividad que el Estado ya había asumido con anterioridad. En otros términos, así como no sería necesaria una habilitación legal para que las empresas de derecho público del Estado siguieran funcionando, tampoco sería necesario para la constitución por el Estado o sus instituciones o empresas, de sociedades que las asuman. Así habría que interpretar, por

ejemplo, el Decreto Supremo 492 del Interior de 26 de mayo de 1981 que contiene los programas ministeriales para 1981, donde se señala que Enap deberá constituir tres empresas filiales y autónomas y donde se indica que la Línea Aérea Nacional debe transformarse en una Sociedad Anónima; si bien en este último caso se optó posteriormente por la dictación de una ley.

3. HABILITACION GENERICA A INSTITUCIONES DEL ESTADO PARA CONSTITUIR O FORMAR PARTE DE INSTITUCIONES EMPRESARIALES

Es el caso del artículo 9º de la ley 18.297, sustituido por la ley 18.416, que dispone en su letra j, que son funciones del Consejo de Enaer: "Constituir y formar parte de sociedades públicas o privadas, ya sean nacionales o extranjeras con acuerdo del Consejo".

4. SITUACION PRODUCIDA CON OCASION DE LA ADQUISICION DE ACCIONES DE LA EMPRESA CHILENA DE ELECTRICIDAD, POR PARTE DE INSTITUCIONES DEL ESTADO

Esta particular situación se ha producido por la aplicación de los artículos 75 y siguientes del D.F.L. 1 de 1982 de Minería sobre servicios eléctricos que establecen que se podrá solicitar a los usuarios que soliciten los servicios que señala, aportes financieros reembolsables para la construcción de las obras. Dichos aportes pueden reembolsarse mediante acciones que se transfieren al usuario. En la práctica la Empresa Chilena de Electricidad ha reembolsado a diversas instituciones del Estado a través de acciones aceptadas por dichas instituciones. Al respecto el Decreto Supremo 751 de 27 de julio de 1984 de Interior, delegó en los Intendentes Regionales la facultad de autorizar a las Municipalidades la aceptación de acciones de la Empresa Chilena de Electricidad.

Mediante el procedimiento de aceptación de acciones, las Municipalidades y otros entes públicos pasan a ser accionistas de la Empresa Chilena de Electricidad y por lo tanto a participar en la correspondiente actividad empresarial. La Contraloría General de la República, en dictámenes 29.674 de 1983, ratificado por dictamen 13.248 de 1984 y 19.105 y 19.107 de 13 de julio de 1984, ha sostenido que las Municipalidades pueden recibir acciones de empresas concesionarias de suministro de energía eléctrica, estatales o de economía mixta, siendo improcedente, en cambio tratándose de empresas privadas. Ello atendido que el artículo 55 del Decreto Ley 1289 establece que las Municipalidades podrán integrar empresas formadas por el Estado o empresas de economía mixta, sin que les esté permitido integrar empresas particulares.

El procedimiento, en todo caso, aparece muy apartado de la intención del artículo 19, Nº 21 de la Constitución y ha sido utilizado en la práctica para reembolsar aportes a otras instituciones del Estado.

FACULTAD OTORGADA CON ANTERIORIDAD A LA CONSTITUCION POLITICA DE 1980

El artículo 3º del Decreto Ley 1.056 señala que a contar del 1º de enero de 1976 las instituciones del sector público podrán efectuar aportes de capital a sociedades o empresas previa autorización del Ministerio de Hacienda. Evidentemente que esta norma no implica una autorización genérica sino que se entiende referida a facultades que las instituciones poseían con anterioridad, ya que se trata de una limitación suplementaria a las existentes.

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.

Si se sostuviera que, por aplicación del artículo quinto transitorio de la Constitución Política, todas las disposiciones anteriores permanecen vigentes, como por ejemplo el artículo 1º, inciso 2º de la Ley Orgánica de Famae, Decreto Supremo N° 375 de 28 de diciembre de 1978 de Guerra, o el artículo 5º del Decreto Ley 1.239 sobre Municipalidades, no tendría en la práctica ninguna aplicación o muy poca la disposición constitucional del artículo 19, número 1, ya que el Estado podría ejercer todo tipo de actividades empresariales a través de sus instituciones que estuvieran anteriormente facultadas para hacerlo. Para sostener lo contrario, sin embargo, habría que entender derogadas todas estas facultades y se requeriría una nueva disposición legal expresa para ejercerlas. Esta no sería la interpretación del legislador mismo, ni siquiera de la Contraloría General de la República, que entendería vigente el Decreto Ley 1.056 por ejemplo, al mencionarlo sin señalar su posible derogación tácita, en dictamen 19.107 de 13 de julio de 1984. Si se entiende vigente el artículo 3º del Decreto Ley 1.056 hay que entender vigente, por lo tanto, las facultades de las diversas instituciones para ejercer la actividad que esa norma limita.

Así las cosas, la norma del artículo 19, N° 21 tendría más bien el carácter de una disposición programática y regiría sólo para los servicios e instituciones creadas con posterioridad a la vigencia de la Constitución, dejando afuera la enorme cantidad de servicios existentes y que configuran la Administración del Estado.

AUTORIZACION LEGISLATIVA Y FACULTAD AMPLIA

El procedimiento utilizado por el legislador de señalar expresamente que "se autoriza al Estado para desarrollar actividades empresariales" no parece en realidad corresponder a la exigencia constitucional. En efecto, la disposición constitucional prohíbe la actividad a menos que una ley

de quórum calificado lo autorice. Ello no puede ser tomado en el sentido de requerirse una autorización expresa, ya que aparece extraño que la ley autorice precisamente al Estado. Debíó haberse entendido, a nuestro juicio, que cada vez que se pretendiera desarrollar la actividad mencionada era necesaria una ley, constituyendo, por lo tanto, una de aquellas materias de ley establecidas en el artículo 60, número 2, y esa ley debía ser aprobada por quórum calificado.

La mención aludida, utilizada por la ley, por lo tanto, es absolutamente innecesaria.

También es conveniente precisar que si bien ambas son actividades empresariales, hay que distinguir entre la actividad empresarial misma realizada por una institución estatal y aquella que consiste únicamente en adquirir o formar parte de otra institución que a su vez realice actividad empresarial. En otros términos, distinto es que Asmar, por ejemplo, fabrique y venda naves, de que esa institución constituya con terceros una sociedad comercial que se dedique a una actividad comercial.

La intención del constituyente se vería absolutamente distorsionada si se interpretara que las instituciones del Estado autorizadas por la ley para ejercer actividades empresariales pudieran, sin ninguna limitación, participar a su vez en empresas adquiriendo acciones o siendo socios. Más aún, cualquiera fuera la opinión que se tuviera acerca de las bondades de la norma constitucional, por un principio de buen ordenamiento administrativo, no debiera aceptarse que las instituciones del Estado participaran en ese tipo de actividades, a menos que ello estuviera claramente establecido en la ley. Lo contrario traería un profundo desorden administrativo. El legislador, sin embargo, no ha tratado así esta materia. Por una parte se ha sentido obligado a mencionar expresamente que se autoriza al Estado para ejercer la actividad empresarial, consistente en crear una institución autónoma que la realice. Y por la otra, se

ha sentido dispensado de hacerlo, al autorizar a la institución creada para que a su vez constituya y forme parte de otras sociedades. Así es el caso de la Empresa Aeronáutica Nacional en su artículo 9º, letra j ya mencionado.

Habría que entender que la habilitación al Estado para crear la empresa cubre a su vez la posibilidad que la ley la autorice para formar parte de otras sociedades.

Esta no fue sin duda la intención del constituyente. Tampoco es una buena práctica administrativa como hemos sostenido. De las actas de la comisión encargada del estudio de la Constitución Política se aprecia que dicha comisión entendió que la habilitación era especial para cada caso⁶. Así también lo ha entendido la comisión encargada del estudio de las leyes orgánicas constitucionales que, en el proyecto sobre Ley Orgánica Constitucional de la Administración del Estado, estableció expresamente en su artículo 40 que "las empresas, sociedades y entidades en que el Estado o sus instituciones tengan participación igual o mayoritaria en la propiedad o control de su gestión no podrán constituir ni participar a su vez, en esa misma forma, en otras instituciones de la misma índole". La aprobación de una disposición así con el carácter de Ley Orgánica Constitucional excluiría la posibilidad de tal actividad.

No es en el campo de las instituciones de derecho público donde se plantea verdaderamente el problema de la actividad empresarial del Estado. Si, como se ha venido haciendo, el Estado establece empresas públicas pertenecientes a su administración, ello guarda relación con toda la estructura administrativa nacional. El problema se presenta en el campo del derecho privado donde es necesario sentar normas muy precisas.

Una norma que limite la incursión de las instituciones del Estado en el campo del derecho privado mercantil es

⁶ Actas oficiales de la Comisión de estudio de la nueva Constitución Política de la República, Sesión 388 de 27 de junio de 1978.

necesaria. No puede aceptarse en principio que nazcan a la vida jurídica sociedades formadas por entes estatales, que pueden tener importancia y gravitación en la actividad nacional por mera decisión administrativa. Ello simplemente por la aplicación de los principios de legalidad de la actividad administrativa, y por la necesidad y conveniencia de que los servicios públicos tengan su origen en una ley que los cree.

Sin embargo, situaciones excepcionales pueden concebirse. Es por ello que debe permitirse a la ley que disponga la creación y organización de entes de derecho privado con participación estatal. También debe permitirse en ciertos casos que el Estado o sus instituciones participen en sociedades privadas. Ello puede ser necesario como actividad de fomento y de incentivo a la actividad privada, en la forma de sociedades de economía mixta, etc. Esta participación pública debiera ser autorizada legalmente, pero no necesariamente para cada caso concreto y particular indicando específicamente la sociedad que se conformará o en que se participará. Tampoco debe autorizarse genéricamente a las instituciones para participar a su vez en otras instituciones. La ley debiera indicar pormenorizadamente la forma, condiciones y requisitos en que determinadas y muy contadas instituciones de derecho público pueden a su vez participar en sociedades. Decimos instituciones de derecho público, como la Corfo, por ejemplo, pues concebimos esta forma de participación del Estado en la actividad empresarial, como una función que se asume en el campo económico que reviste a su vez el carácter de servicio público. Es por ello que concordamos con el proyecto de Ley Orgánica en que se impide esta actividad para las instituciones de derecho privado en que el Estado forme parte, que mencionáramos anteriormente.

Desde otra perspectiva habrá de tenerse presente que la disposición constitucional se encuentra ubicada en el capítulo relativo a las garantías constitucionales y específi-

camente en la libertad a desarrollar actividades económicas. Aparece por lo tanto como un resguardo o protección a los particulares de la absorción por parte del Estado de actividades que normalmente debieran corresponder al ámbito privado.

Las consecuencias prácticas de la disposición son sin embargo relativas. Como es sabido todo servicio público, y por lo tanto, toda institución del Estado, debe ser creada por ley, lo que somete desde luego a la ley la creación de todo organismo de naturaleza empresarial, de derecho público. A su vez, los órganos públicos de acuerdo a los artículos 6 y 7 de la Constitución tienen sólo la competencia que les señala la ley, por lo que su participación en actividades empresariales debe estar permitida a su vez por las leyes.

La disposición aparece entonces como una exigencia especial de quórum para las leyes que contengan estas autorizaciones, cobrando, desde esa perspectiva, sentido la norma constitucional al exigir un quórum calificado, a diferencia del proyecto emanado del Consejo de Estado que disponía el mismo principio, pero haciendo referencia a la ley ordinaria. Aparecía de este modo más que nada como una declaración de principios.

La exigencia, sin embargo, de quórum calificado para las leyes sobre servicios o actividad estatal empresarial y la no exigencia para el resto de la actividad del Estado puede, llegado el momento, prestarse a confusiones, cuando se trate de materializar y concretar la actividad de algún servicio del Estado.

APLICACION DEL DERECHO PUBLICO A LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO SUJETA AL DERECHO PRIVADO EN QUE EL ESTADO O SUS INSTITUCIONES TIENE PARTICIPACION IGUALITARIA O MAYORITARIA

Las instituciones de derecho privado mercantiles, en que el Estado o sus instituciones tiene participación mayoritaria

o igualitaria configuran, en conjunto con otras instituciones de derecho privado sin fin de lucro en que tienen participación preponderante los organismos públicos, lo que se ha denominado sector paraestatal o administración invisible del Estado⁷.

Esta distinción entre la participación mayoritaria o igualitaria y una participación menor ha sido básica para el legislador nacional ya que ha dictado muchas normas aplicables a ese sector. Así tenemos para mencionar únicamente algunas de las más recientes:

- Artículo 12 de la ley 18.134 que faculta al Presidente de la República para establecer las normas y procedimientos a que deban ajustarse las empresas del Estado o aquellas en que éste o sus instituciones o empresas sean propietarios del total del capital social, para reducir patrimonios y ejecutar programas de venta de activos. También se refiere a este punto el D.F.L. 2 de Economía, de 1983, señalando procedimiento de ventas y destino de su producto.
- Artículo 11 de la ley 18.196, aplicable a las empresas del Estado y a aquellas en que el Estado o sus instituciones o empresas tengan aporte de capital igual o superior al 50 por ciento. Se refiere a normas sobre actividad financiera y sistema presupuestario. Las somete a un sistema que comprende la aprobación de un Presupuesto Anual de Caja por decreto conjunto de los Ministerios de Hacienda y Economía, Fomento y Reconstrucción. Esta disposición fue objeto de la circular conjunta de los Ministerios mencionados, números

⁷ Sobre el particular ver: *Régimen jurídico de la Administración del Estado*, Gustavo REYES ROMÁN y Eduardo SOTO KLOSS, Editorial Jurídica de Chile, 1980, pág. 29.

Pedro PIERRY ARRAU, *Transformaciones en la Organización Administrativa del Estado*, Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, N° 6, 1982.

17 y 27 de 23 de marzo de 1983, publicadas en el Diario Oficial de 28 de marzo de 1983.

- Artículo 7 de la ley 18.211, aplicable a las “empresas autónomas del Estado y a las empresas públicas o privadas en que el Estado o sus servicios, instituciones o empresas tengan aportes de capital social superior al 99 por ciento”. Establece una forma de devolución en tres cuotas de excesos de pagos provisionales por sobre los impuestos determinados, por aplicación de lo establecido en el artículo 97 de la Ley sobre impuesto a la renta.
- Artículo 1º, número 2 de la ley 18.420 que reemplaza los incisos segundo y tercero del artículo 45 bis del Decreto Ley 3.500 de 1980 que autoriza la inversión de los Fondos de Pensiones en acciones de sociedades anónimas abiertas en que el Estado o sus instituciones tenga el cincuenta por ciento o más de las acciones suscritas.
- Circular conjunta de 27 de junio de 1985 del Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción, Ministro de Hacienda y Presidente del Banco Central, publicada en el Diario Oficial de 29 de junio de 1985. Establece que los servicios de la Administración del Estado y las instituciones en que éste o sus instituciones tengan aporte superior al cincuenta por ciento del capital social o participación mayoritaria en sus consejos u órganos directivos, deberán diferir los pagos que correspondan a amortizaciones de capital de créditos externos.

Todas estas disposiciones constituyen las excepciones que la ley establece a la aplicación de la legislación común, a que se refiere el artículo 19 número 21 de la Constitución Política. Sin embargo, no aparece en estas normas ninguna diferencia entre aquellas dictadas con anterioridad a 1981 y las dictadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política, por lo que el requisito constitucional de que existan “motivos justificados”, lo que por lo

demás es dable suponer en toda ley, no ha tenido expresión práctica alguna.

La explicación puede encontrarse en que la disposición constitucional, por su ubicación en el capítulo tercero, tiene sentido referido a privilegios exorbitantes frente a las actividades privadas y no tratándose de disposiciones administrativas internas.

AMBITO PROPIO DEL DERECHO PUBLICO EN SOCIEDADES MERCANTILES EN QUE EL ESTADO PARTICIPA

Especial interés reviste la situación de las sociedades anónimas en que el capital pertenece íntegramente al Estado o sus instituciones. De acuerdo con la ley 18.046 sobre sociedades anónimas, las juntas de accionistas disponen de las máximas atribuciones, dentro de la sociedad y ello es así, lógicamente, por reunir a los dueños del capital invertido en ella. Sin embargo, ¿será necesaria una junta de accionistas para transmitir al directorio de la sociedad las instrucciones correspondientes para su desempeño?

El directorio de la sociedad anónima, de acuerdo con el artículo 40 de la ley, la representa judicial y extrajudicialmente y se encuentra investido de todas las facultades de administración y disposición que la ley o el estatuto no establezcan como privativas de la junta general de accionistas. ¿Puede el Estado, o las instituciones propietarias de las acciones, transmitir directamente al Directorio órdenes o instrucciones?; o, por el contrario, ello no es posible, ya que sólo compete a la junta de accionistas.

¿Qué ocurre en materia de actos ilegales o contrarios al interés social o a los estatutos? Un director de una sociedad anónima estatal representante de alguna institución, funcionario público a su vez, ¿puede recibir una orden superior perentoria que podría posteriormente considerarse contraria al interés social? ¿Se aplicará íntegramente lo dispuesto

en los artículos 41 y 42 de la ley de sociedades anónimas, que regulan la responsabilidad de los directores?; o por el contrario, ¿puede sostenerse que esta materia se encuadra más bien en el ámbito del derecho público y de la responsabilidad funcionaria?

El problema podría tener solución de acuerdo al derecho privado si se estimara que de acuerdo con los artículos 56 y 57 de la ley 18.046 que señalan entre las materias de competencia de la junta de accionistas, "cualquier materia de interés social" puede fijar políticas generales o particulares e incluso decidir específicamente sobre la realización de determinado negocio, si la importancia del asunto así lo requiere. Los directores, entonces, no podrían entender el interés social de manera diferente al señalado por la junta de accionistas y no podrían dejar de cumplir sus acuerdos. Tampoco podría responsabilizárseles por cumplir los acuerdos de la junta. El Estado entonces, impartiría instrucciones a los directores, a través de su participación en la correspondiente junta de accionistas⁸.

En el derecho comercial, hay sin embargo quienes sostienen que frente al sistema de concebir a los administradores como mandatarios, que es el que hemos aplicado precedentemente, existe otro que constituye la tendencia moderna, cual es el del órgano legal, considerando entonces al directorio, como un ente autónomo, independiente, responsable por sí mismo y extraño a toda vinculación contractual.

Desde el momento que la ley 18.046 establece que los directores responden hasta de la culpa leve y prescribe una responsabilidad solidaria de los perjuicios causados a la

⁸ Señalando la ineficiencia de los controles de derecho privado, Georges LESCUYER dice: "La asamblea general, si hay un 'accionista' único, no es más que una reunión de algunos funcionarios, que ignoran en muchos casos los asuntos de la sociedad". Georges LESCUYER, *Le controle de l'Etat sur les entreprises nationalisées*, L.G.D.J., París, 1962, pág. 56.

sociedad por sus actuaciones dolosas o culpables reconocería la facultad del directorio para impugnar los acuerdos de la junta, por lo que no podrían considerarse como un instrumento de ejecución, ya que sería absurdo obligar a los directores a ejecutar un acto inconveniente de cuya responsabilidad estuviesen seguros.

Ninguna de las dos posiciones amparadas en el derecho mercantil son soluciones adecuadas en nuestra opinión para la relación del directorio y de sus miembros con las instituciones de derecho público propietarias de las acciones.

Es importante notar, como señala García de Enterría⁹, que la utilización sistemática del derecho privado por la Administración tiene un límite dado por su carácter de organización política. En este sentido, la utilización del derecho privado no libera a la Administración de la aplicación del derecho público, que es precisamente aquel que regula la organización de las instituciones públicas y sus relaciones entre sí y con los particulares.

De acuerdo a lo expuesto, las instituciones que se han creado o que funcionan de acuerdo al derecho privado se encuentran sometidas al derecho público, en cuanto dependen en definitiva de otra institución inequívocamente pública, en todo aquello que se refiere al ámbito interno de las relaciones que unen a dichos entes con la Administración.

La utilización por parte del Estado de las formas mercantiles para la organización de sus empresas, se hace fundamentalmente por razones de conveniencia, para liberar su gestión de las limitaciones del derecho público; sin perjuicio de la introducción por la Constitución Política de 1980 de la disposición que hemos venido comentando, en resguardo de la garantía de la libertad de desarrollar cual-

⁹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, pág. 236, Editorial Civitas, 1977, Madrid.

quier actividad económica. Sin embargo, es fácil advertir, que con esta utilización por la Administración de la forma de sociedad anónima en la que entra como único socio, aunque sea formalmente a través de dos o más de sus instituciones, se excede notoriamente al concepto mismo de sociedad anónima.

Una sociedad mercantil responde a un principio asociativo; principio básico que falta cuando la Administración no pone en común capitales con otros socios, como podría ocurrir en las sociedades de economía mixta, sino que desde el comienzo aparece como socio exclusivo.

Esta realidad subyacente, como señala García de Enterría¹⁰ permite sostener una necesaria regulación de algunos aspectos por el derecho público. Externamente, en sus relaciones con terceros, va a desarrollarse bajo un régimen de derecho privado; pero internamente, en las relaciones entre la sociedad y su ente matriz, los Ministerios y el Gobierno en general, esta realidad se impone, de manera que la conducción de la sociedad no se limita a lo que deriva de los estatutos de constitución de la sociedad, sino que cae de lleno en el campo del derecho público.

Esta situación deriva principalmente del hecho que el socio, Estado u otras instituciones de derecho público, sólo puede manifestarse a través de las formas de derecho público. Sus relaciones, sus actos, son actos administrativos, su actividad es regida por el derecho público, por lo tanto esa actividad en cuanto a la relación con las sociedades mercantiles de que forma parte sólo puede concebirse como regulada por el derecho público.

Resulta entonces evidente que existe un ámbito propio del derecho público en el manejo de estas sociedades. Ámbito propio que no puede entenderse como una excepción al derecho privado. Las relaciones entre las empresas y sus

¹⁰ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, Obra citada, Tomo I, pág. 237.

entes matrices se encuentran reguladas por el derecho público y éstos actúan hacia ellas a través de estos cauces.

Esta posición no se contradice en nada con la disposición constitucional del artículo 19 número 21, ya que ella tiene por objeto, como se ha indicado anteriormente, proteger al particular frente a la utilización del derecho público con sus prerrogativas especiales en la actividad empresarial misma. Su utilización, en cambio, para regular las relaciones de gobierno de la empresa no lleva consigo ninguna prerrogativa especial que pueda implicar un trato privilegiado frente a los particulares.

Se puede llegar aún más lejos. Según García de Enterría, de la situación descrita "surge lo que se ha llamado una capacidad "pasiva" de derecho público de la sociedad para el desarrollo de sus funciones, esto es, un deber de ejecución de tales funciones como funciones propias del ente matriz, aunque esa ejecución debe desarrollarse precisamente a través de su capacidad ordinaria de derecho privado que es con la cual se manifiesta hacia el exterior. De esta forma, aún en esta actividad de derecho privado de la Administración está presente la idea de realizar intereses públicos o colectivos, lo cual trasciende necesariamente al régimen aplicable a tal actividad" ¹¹.

Así resulta en nuestra legislación de la gran cantidad de normas que se aplican en conjunto a todo el sector público y a las empresas en que el Estado o sus instituciones tengan aporte de capital mayoritario o igualitario. Así resulta también de la inclusión de estas sociedades en los programas ministeriales, que las afectan de manera especial, al ser vinculantes para ellas. Así resulta por último, para poner un ejemplo esclarecedor, del artículo 12 de la ley 18.134, que faculta al Presidente de la República para disponer por Decreto Supremo la reducción de patrimonio

¹¹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Obra citada*, Tomo I, pág. 237.

de las empresas a las que nos estamos refiriendo. La relación de derecho público entre el Presidente de la República y las empresas aparece como indudable, toda vez que el Presidente de la República solamente actúa en el campo jurídico a través del derecho público, especialmente a través de la dictación de Decretos Supremos.

Esta relación de derecho público existente entre las sociedades con patrimonio estatal y la Administración fue entendida así en su tiempo por la Comisión Nacional para la Reforma Administrativa, Conara, que en el proyecto de ley elaborado en 1976 sobre Organización General de la Administración del Estado dedicó un título a este tipo de empresas. En él se señaló expresamente que los servicios públicos dueños de acciones en ellas debían transmitir a los directores, administradores, gerentes o ejecutivos de su designación las instrucciones recibidas del ministro respectivo y a las cuales debían conformar su acción o gestión. Señalaba también facultades en materia de control¹².

El proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Administración del Estado también dedica un título a las instituciones con participación estatal y repite los mismos conceptos que el proyecto de Conara. Señala además en su artículo 39 inciso tercero que: "Los directores deberán representar por escrito las órdenes o instrucciones contrarias a la ley o a los intereses de la institución. En caso de que sean reiteradas por escrito cesará la responsabilidad para los directores".

Llama la atención que los proyectos de ley mencionados estipulan que el incumplimiento de las obligaciones de los directores, en el sentido de cumplir las instrucciones reci-

¹² Actas oficiales de la Comisión de estudio de la nueva Constitución Política de la República. Sesión 109 de 25 de marzo de 1975. La Comisión suprimió el título, señalando que ello podía ser materia de un decreto ley especial, pero que no correspondía a una ley que estructura la administración del Estado.

das, los hará incurrir en "las responsabilidades administrativas correspondientes sin perjuicio de su remoción, cuando procediere".

La mención de la responsabilidad administrativa estaría implicando que el vínculo de los directores con el servicio público dueño de las acciones no sería el de un mandatario civil, sino más bien un vínculo de derecho público de naturaleza legal y reglamentaria sujeto y regido a las normas básicas de la función pública que incluyen dicha responsabilidad administrativa. La naturaleza misma de su actividad como director sería considerada como pública¹³.

Estimamos adecuada tal solución, que permite excluir la aplicación de las disposiciones sobre responsabilidad de los directores de sociedades anónimas y regirla íntegramente por los principios de la responsabilidad administrativa, excepto para aquellos casos de contravención por parte del directorio de las normas impartidas por las autoridades administrativas correspondientes.

En los casos en que el Estado concorra conjuntamente con particulares en una sociedad coexistirán en el directorio correspondiente miembros que tengan la calidad de mandatarios de las personas naturales o jurídicas privadas a quienes representen, íntegramente vinculados en sus relaciones por el derecho privado; y otros cuya participación

¹³ El derecho francés contempla la organización de las sociedades anónimas de que es propietaria el Estado a través de disposiciones legales y reglamentarias. En casi todas ellas existen dos órganos de administración: el consejo de administración y el director general o presidente del consejo de administración. El consejo comprende representantes de la Administración, de los funcionarios y de los usuarios. Los textos contemplan las facultades de control que corresponden a las autoridades administrativas. Al respecto ver: Epaminondas P. SPILIOPOULOS, *La distinction des institutions publiques et des institutions privées en droit français*. L.G.D.J., París, 1959, pág. 135, Georges LESCUYER, *Le controle de l'Etat sur les entreprises nationalisées*, obra citada, pág. 85 y ss.

se encuentra regulada por el derecho público. Sus actuaciones, en caso de causar perjuicios a la sociedad, en cumplimiento de instrucciones recibidas por las autoridades administrativas correspondientes, podrán comprometer la responsabilidad del Estado o de sus instituciones, o la personal de estas autoridades, conforme a las normas sobre responsabilidad extracontractual del Estado; pero no la de los directores "funcionarios" que actúan en conformidad a normas de derecho público¹⁴.

¹⁴ André DELION señala que la existencia de poderes múltiples de dirección y de control en todos los campos, inversiones, salarios, precios, mercados, dispersa en el hecho la responsabilidad entre los detentores de esos poderes y los dirigentes de las empresas públicas. Cita dos casos de textos que hacen recaer expresamente la responsabilidad civil por actos de los mandatarios en los consejos de administración, directamente en la institución pública representada. André DELION. *Le status des entreprises publiques*, L'Administration Nouvelle, Berger-Lavault, Paris, 1963, pág. 148. Ver también en general sobre los órganos directivos de las empresas del Estado, págs. 120 y 22.