

3.

Derecho administrativo

LAS SOCIEDADES ESTATALES EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO CHILENO:
NATURALEZA, LÍMITES Y CONTROL DE SUS ACTIVIDADES
[State-Owned Societies in the Chilean Legislation:
Nature, Limits and Control of Their Activities]

PATRICIO LATORRE VIVAR*
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

Las sociedades estatales son aquellas en que participa un órgano de la Administración del Estado, facultado por una ley de quórum calificado para desarrollar actividades empresariales. Dichas sociedades se constituyen y funcionan con arreglo a las disposiciones del derecho común y difieren de las empresas públicas creadas por ley. Sin embargo, y aun cuando no se gobiernan, como regla general, por un marco normativo de Derecho público, la presencia de un órgano estatal les confiere características particulares, que se manifiestan en su fin, en los límites que se imponen a su giro y en el régimen de control a que están sujetas. Sobre todos esos aspectos, el ordenamiento jurídico ha previsto un régimen especial, cuyo propósito final es asegurar el resguardo del interés público

ABSTRACT

State-owned societies are the ones that participate in one body of the State Administration, empowered by a qualified quorum law to develop entrepreneurial activities. Said societies are constituted and work in accordance with the stipulations of the civil law and differ from the public companies created by law. However, as a general rule, although they are not governed by a regulatory framework of public Law, the presence of a state body grants them especial characteristics which become evident in their aim, in the limits imposed to their line of business and in the control regime which they are subject to. The legislation has prepared a special regime regarding all these aspects. Its final objective is to ensure the protection of the public interest that supports the participation in

* Profesor contratado de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Avda. Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: platorre@vtr.net

que sustenta la participación de la Administración del Estado en este tipo de sociedades, las cuales no integran la Administración del Estado sino que forman parte de la denominada administración invisible del Estado.

PALABRAS CLAVE: Sociedades Estatales – Empresas del Estado – Estado empresario.

the State Administration in these types of societies, which do not integrate the State Administration, but that they are part of the so called invisible administration of the State.

KEYWORDS: State-owned Societies – State Companies – the State as enterprise owner.

I. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LAS SOCIEDADES ESTATALES. DIFERENCIAS CON LAS EMPRESAS DEL ESTADO

Cuando el Estado decide llevar a cabo actividades empresariales, lo usual es que propicie la creación de una empresa que forme parte de los cuadros orgánicos de la Administración del Estado, para cuyo efecto se requiere la emisión de una ley, la que debe poseer el carácter de quórum calificado, conforme a lo previsto por los artículos 63 N° 14 y artículo 65, inciso cuarto, N° 2, en relación al artículo 19 N° 21 CPR. La primera de dichas disposiciones se refiere a las materias de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República en tanto que la segunda contempla dentro de estas últimas a las que disponen la creación de “empresas del Estado”. El último de los preceptos citados, por su parte, exige que la intervención del Estado en actividades empresariales sea autorizada por una ley de quórum calificado.

En estos casos, el órgano empresarial es creado con personalidad jurídica de derecho público y bajo la naturaleza propia de un órgano descentralizado funcionalmente, característica en cuya virtud pasa a formar parte integrante de la Administración del Estado.

Tales son las empresas del Estado o empresas públicas a las cuales alude el artículo 1°, inciso segundo, de la Ley N° 18.575: *Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*.

Ellas se caracterizan, entonces, por regirse por un estatuto jurídico de derecho público, el cual regula las funciones, potestades, organización, personal y patrimonio de ese órgano estatal.

Son varias las notas distintivas que permiten identificar a una empresa del Estado; pero resulta esencial tener en cuenta, para dicho efecto, que ellas son creadas directamente por una ley y que es ésta la que determina la actividad o giro que estará habilitada para desarrollar y los demás aspectos antes expuestos, como asimismo el régimen de control a que estará sujeto

su funcionamiento, todos los cuales, como regla general, quedarán regidos íntegramente por normas de derecho público, en tanto que sus relaciones comerciales con los usuarios o consumidores se sujetarán, con algunas excepciones¹, a las disposiciones del derecho común².

La Contraloría General de la República, al emitir su opinión ante el Presidente del Senado, durante la tramitación del proyecto de ley sobre probidad administrativa, que finalmente fuera aprobado mediante la Ley N° 19.653, expresó en su dictamen N° 39.562, de 1 de diciembre de 1997: *“la naturaleza jurídica y caracteres de las empresas del Estado es que éstas son creadas, nacen a la vida del derecho, por la ley de quórum calificado, la que señala su naturaleza jurídica de servicio público descentralizado funcionalmente, establece sus objetivos, sus funciones, su estructura, incluidas sus autoridades y atribuciones de ellas, su régimen financiero, su régimen de personal. Todas estas normas son de derecho público y por tanto toda empresa del Estado se encuentra en la situación de ser aprobada por ley de quórum calificado, la que señala un régimen de derecho público, lo que se ajusta estrictamente al artículo 19 N° 21 CPR. Por ser servicios públicos, sólo pueden crearse por ley y señalarse sus objetivos, funciones, atribuciones y autoridades también por ley”*.

No obstante, el Estado también puede desarrollar actividades empresariales a través de empresas que no crea directamente mediante una ley, sino que se constituyen en virtud de la autorización que otorga al efecto el legislador de quórum calificado a uno o más órganos centralizados o descentralizados del Estado, incluyendo, entre ellos, a otra empresa del Estado, para que den nacimiento a un nuevo ente empresarial³. Estos entes

¹ Estas excepciones se presentan, especialmente, en los actos preparatorios de los contratos administrativos y privados que celebran las empresas estatales, los que, en razón de la naturaleza de órganos integrantes de la Administración del Estado que ellas detentan, deben cumplir con las exigencias de todo acto administrativo, incluyendo el control de juridicidad que debe hacer la Contraloría General de la República a través del trámite de toma de razón. Tratándose de los contratos administrativos, deben observarse, además, los procedimientos de contratación previstos en el artículo 9° de la Ley N° 18.575, LOCBGAE. En todas estas situaciones, las empresas del Estado deben someterse a estas disposiciones propias del derecho público, salvo que exista un texto legal expreso en contrario.

² La CGR, en Dictamen N° 24.101, de 1993, señala que la decisión de ENAP de constituir o pasar a formar parte de una sociedad, debe expresarse a través de un acto administrativo y cumplir el control de juridicidad correspondiente, debido a que esa empresa forma parte de la Administración del Estado.

³ El fundamento constitucional de esta potestad estatal se encuentra contemplado en el artículo 19 N° 21 CPR, el cual, después de establecer que el Estado *“podrá desarrollar actividades empresariales”*—lo que ocurrirá cuando sean ejercidas directamente por un órgano perteneciente a la Administración del Estado— agrega que también

son los que se denominan sociedades del Estado y que se caracterizan por constituirse, organizarse y funcionar de acuerdo a las disposiciones del derecho común, en tanto que el derecho público sólo regirá a su respecto en materias específicas vinculadas principalmente al control de algunos de sus actos, en la mayoría de los casos relativos al manejo de sus recursos financieros. Sus relaciones con los usuarios o consumidores, tendrá siempre lugar bajo las normas del derecho privado.

El referido órgano de control, en el mismo pronunciamiento ya señalado, agrega, refiriéndose a las sociedades del Estado, que su situación es diametralmente opuesta a las empresas del Estado *“porque ellas no nacen directamente de la ley. La ley de quórum calificado faculta a determinado órgano u órganos estatales para crearlas bajo la fórmula de sociedades privadas, por lo que no es ni la ley la que las crea y su régimen jurídico es el de derecho privado que es determinado en una escritura social”*⁴.

Las características expuestas llevan a sostener que estas sociedades no forman parte de la Administración del Estado, a diferencia de lo que ocurre con las empresas públicas propiamente tales, sino que integran la denominada “administración invisible del Estado”, formada por organismos en que el Estado participa o tiene representación para cumplir una función que sea de interés de aquél, pero que no integran su Administración. A estos entes se refiere el artículo 6 de la Ley N° 18.575, ya citada, al señalar que 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,*

podrá *“participar en ellas”*, expresión con la que el constituyente quiso permitir que esa actividad también pudiese llevarse a cabo ya no en forma directa y mediante un órgano estatal, sino a través de una entidad de naturaleza jurídica diversa. Así consta del debate a que dio lugar el establecimiento de esta disposición, según se consigna en el acta de la sesión N° 388 de la CENCPR.

⁴En ese Dictamen y en los Dictámenes N° 14.067, de 1992, N° 25.017, de 1996, N° 22.683, N° 39.718 y N° 47.904, todos de 1999, y en dictamen N° 20.241 de 2008, la CGR señala las características de las sociedades estatales, sin incluir entre ellas que el aporte de capital del Estado debe ser mayoritario o en igual proporción, como sí lo manifiesta en los Dictámenes N° 20.423, de 1975, N° 3.355, de 1986, N° 32.171, de 1993 y N° 17.005, de 1999. Este último requisito, sin embargo, carece de justificación tanto doctrinaria como jurídica para los efectos de determinar lo que debe entenderse por una sociedad del Estado en Chile y sólo posee relevancia para los fines específicos que determinadas disposiciones legales lo prevén, como por ejemplo para efectos de su control, conforme se desprende del artículo 16, inciso segundo, de la Ley N° 10.336. Corrobora este criterio lo señalado en torno al concepto de sociedad estatal por SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho administrativo chileno y comparado. El servicio público* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995), pp. 268 y 269; y SOTO KLOSS, Eduardo, *Las sociedades del Estado*, en *Revista de Derecho Administrativo Económico* 2 (Julio-Diciembre 2000) 2, pp. 335 ss.

la que deberá ser de quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales”, agregando en su inciso segundo que las “entidades a que se refiere el inciso anterior no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas”,

Debe reconocerse, no obstante, que la clasificación de los órganos empresariales del Estado en las dos categorías antes descritas, de empresas del Estado y sociedades del Estado, no constituye un tema pacífico y exento de debate. Por el contrario, para algunos autores no son dos, sino tres los tipos de entes empresariales estatales, en tanto que otros estiman que la creación por ley no es el elemento diferenciador entre las dos categorías tradicionales de tales entes; junto a los cuales existen quienes opinan que no es exacto afirmar que las sociedades del Estado no nazcan de la ley por la sola circunstancia que se formen de acuerdo a las normas del derecho común, ya que esto sólo puede tener lugar en virtud de una autorización legal expresa. Adicionalmente a lo expresado, no es posible desconocer que la tendencia vigente es reducir el rol empresarial del Estado y lograr que las actividades que desarrolla en este campo sean efectuadas mediante la creación de sociedades estatales⁵ y no por vía de creación de nuevas empresas del Estado. Esto último introduce un factor de complejidad adicional sobre la naturaleza de estas sociedades⁶, en la medida que los nuevos entes societarios que se constituyen en reemplazo de empresas estatales son objeto de una mayor regulación e intervención del Estado en su funcionamiento que aquellas sociedades que son creadas por órganos del Estado, especialmente por empresas del Estado, sin tener como fundamento ni objeto la sustitución de estas últimas⁷.

⁵ Un claro ejemplo de lo que aquí se manifiesta surge de la transformación de Casa de Moneda, en una sociedad anónima que constituirá el Fisco y CORFO, según lo contempla el proyecto de ley iniciado por “Mensaje” 017-347, de 31 de mayo de 2002, actualmente en segundo trámite constitucional. Esta iniciativa legal prevé que los aportes de capital se harán en proporción de un 1% y un 99%, por cada uno de los citados organismos, respectivamente, y que la propiedad de las acciones se deberá mantener permanentemente. Adicionalmente a ello, declara a dichas acciones inembargables. En este caso, un servicio público que no fue creado como una empresa del Estado, pero que en la práctica desarrolla ese tipo de actividades, es transformado en una sociedad estatal, la que, atendidos los fines especiales llamados a satisfacer, es sometida a regulaciones que van más allá de las que usualmente rigen a las sociedades estatales.

⁶ Para ilustrar la ausencia de uniformidad de criterios sobre lo que debe entenderse por sociedades estatales, resulta útil tener presente que en el “Mensaje” N° 037-356, de 20 de marzo de 2008, a través del cual el Ejecutivo envía a trámite legislativo un proyecto de ley destinado a regular el gobierno corporativo de las empresas del Estado, se define como empresa del Estado a las sociedades creadas por el Fisco y la CORFO y en las cuales ambos posean el 100% de su propiedad.

⁷ Sobre este aspecto se pronuncian PANTOJA BAUZA, Rolando, *La organización*

II. NATURALEZA DEL FIN PERSEGUIDO POR LAS SOCIEDADES DEL ESTADO

Habiéndose examinado las características y elementos más sobresalientes de las llamadas sociedades del Estado, corresponde ahora dilucidar cuál es la naturaleza del fin de las actividades que ellas desarrollan, esto es, si están destinadas a satisfacer una necesidad pública o pueden existir sin considerar esa finalidad.

Lo que sobre este aspecto parece no ofrecer dudas es que cuando el Estado, a través de una empresa pública u otro órgano estatal, decide asociarse con un particular para crear una sociedad comercial, vale decir, que no se gobierne, o sólo lo haga por excepción, por normas de derecho público, ese solo hecho no podría llevar a concluir que la sociedad que se forme no esté destinada a satisfacer un fin de naturaleza pública. Una cosa diferente es determinar si se trata o no de un fin esencial o no esencial para la Administración del Estado y, por tanto, la entidad de los resguardos que deberá adoptar el ordenamiento jurídico frente a ese tipo de asociaciones.

Contrariamente a lo que algunos sostienen⁸, hoy pareciera que existen mayores elementos de juicio que ayer para atribuir a ese tipo de entidades el ejercicio de actividades destinadas a satisfacer un fin de interés público. Es más, en muchos casos no existe ninguna diferencia entre la actividad desarrollada por una empresa del Estado y aquella que ejerce una sociedad estatal, no sólo desde el punto de su fin, sino también del objeto y de los efectos que ambas producen dentro del sector económico en que actúan y frente a los usuarios o consumidores de sus servicios o productos. Siendo

administrativa del Estado, en *Revista de Derecho Administrativo Económico* 2 (Julio-Diciembre 2000) 2; y SOTO KLOSS, Eduardo, *Las sociedades del Estado*, cit. (n. 4), pp. 335 ss.

⁸ OELCKERS CAMUS, Osvaldo, *Las sociedades de capital mayoritario del Estado. Sus vínculos y diferencias con la Administración del Estado. Su estatuto y control*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 21 (2000), pp. 61 ss. Para este autor, las sociedades estatales no satisfacen una necesidad pública, sino que se limitan a realizar actividades lucrativas, comerciales e industriales, según lo dispongan sus estatutos. Sin embargo, dicha opinión, además de fundarse en razones más bien formales, derivadas de la circunstancia que esas sociedades no forman parte orgánicamente de la Administración del Estado, no explica ninguna razón de fondo que justifique por qué el Estado incursiona en una actividad que, al estar desprovista de todo fin público, sólo compete ejercer a los particulares. Una opinión diferente a la de este autor la sostienen SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho administrativo*, cit. (n. 4), pp. 268 y 269; y SOTO KLOSS, Eduardo, *Las sociedades del Estado*, cit. (n. 5), pp. 335 ss.

así, no se advierten razones suficientes para atribuir la satisfacción de un interés colectivo o público a las primeras y negarlo para las segundas⁹.

Parte importante de la doctrina y del derecho comparado corroboran que en la actualidad la Administración en forma cada vez más creciente recurre a técnicas e instrumentos del derecho privado para cumplir sus cometidos, particularmente en el campo de las actividades de carácter empresarial¹⁰. Que ello tenga lugar respecto de entidades que no formen parte de los cuadros orgánicos de la administración estatal carece de significación suficiente para negar el carácter público del fin perseguido por la actividad que ellos desarrollan, ya que lo que importa es la función que ejercen y el fin que ella persigue y no sólo los elementos formales que caractericen al órgano de que se trate.

A mayor abundamiento de lo anterior, debe tenerse en cuenta que en un sentido material varias de estas sociedades cumplen una función y persiguen un fin de servicio público, desde el momento que en diversos casos desarrollan cometidos de características similares a los ejercidos por los órganos estatales que les dieron vida jurídica. A vía de ilustración, pueden citarse las sociedades anónimas de servicios sanitarios creadas al amparo de la autorización otorgada por la Ley N° 18.777, entidades que no obstante su naturaleza jurídica privada cumplen una actividad y un fin de interés colectivo o público, como lo ha reconocido reiteradamente la Contraloría General de la República y la Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A., constituida en virtud de la autorización otorgada por la Ley N° 18.772, que se halla en igual situación. En ambos casos se trata de actividades que eran desarrolladas por servicios públicos integrantes de la Administración del Estado y que por imperativo de una disposición legal pasaron a ser ejercidas por sociedades anónimas, en las cuales el Estado sigue manteniendo una importante presencia.

Sin embargo, debe reconocerse que bajo nuestro ordenamiento jurídico no parece relevante recurrir a la noción de servicio público para dilucidar la naturaleza de la actividad y del fin pretendido por estas sociedades, puesto que, con arreglo a lo establecido en el artículo 28, inciso 1° de la Ley N° 18.575, que estatuye: “*servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua*”,

⁹Tal es el caso de la transformación de Casa de Moneda de servicio público centralizado y dependiente del Ministerio de Hacienda en sociedad anónima, según lo propuesto por el Ejecutivo en proyecto de ley ya citado, actualmente en trámite.

¹⁰DEL SAZ CORDERO, Silvia, *La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas*; y PIÑAR MAÑAS, José Luis, *Privatización de empresas públicas y Derecho comunitario*, ambos en *Revista de Administración Pública* 133 (Madrid, Enero-Abril de 1994), pp. 57 ss. y 17 ss., respectivamente.

es posible advertir que el legislador optó por una definición orgánica de servicio público.

Con todo, pareciera lógico sostener que todo ente societario creado por un órgano de la Administración del Estado debe ser creado en la medida que se tenga en vista la necesidad de satisfacer un interés público, particularmente cuando aquél surge de la voluntad de dos entes públicos. Y lo mismo debe acontecer cuando el ente societario es creado con el concurso de particulares, puesto que aun cuando estos últimos puedan pretender fines puramente privados, el fin de interés público, en cuanto fundamento de toda la actividad estatal, no puede estar ausente tampoco cuando decida incursionar en la actividad empresarial. Esto significa que nunca puede el Estado concurrir a la formación de una sociedad comercial o industrial con particulares, y en ningún caso cuando ello ocurre con otro órgano estatal, para satisfacer fines que no sean públicos, ya que si así no fuese no sólo no se estaría cumpliendo con el rol que debe inspirar a toda la actividad del Estado y de sus organismos, sino que, además, se estarían vulnerando los principios constitucionales que rigen la actividad empresarial del Estado. Si el giro empresarial de las empresas del Estado o del órgano estatal autorizado para desarrollarlas ha sido autorizado por el legislador de quórum calificado por estimar que existe una necesidad pública o colectiva o de interés general que debe satisfacerse, carecería de sentido pensar que esa autorización podría válidamente permitir a esa empresa u órgano del Estado desarrollar actividades en el ámbito empresarial que sólo tengan relevancia para el interés privado.

Es importante reiterar que lo que no debe confundirse es el fin perseguido por una determinada actividad que el Estado haya creído necesario ejecutar, el que sólo puede poseer un carácter público, con exclusión de aquellos que sólo miren al interés privado, con los medios e instrumentos de los cuales él se sirva para satisfacer dicho tópico.

Pero si alguna duda pudiese quedar respecto del carácter público del fin de las sociedades estatales, conviene tener presente que la participación del Estado y de sus organismos en el desarrollo de actividades empresariales, sea en forma directa, a través de cualquiera de los órganos que conforman la Administración del Estado, o por intermedio de asociaciones que acuerde con particulares para crear sociedades estatales o formar parte de las mismas, no sólo requiere la emisión de una ley de quórum calificado, con arreglo a lo estatuido en el artículo 19 N° 21 CPR., ya que ese es sólo un requisito formal, sino que, además, exige que esa ley no vulnere un principio fundamental del ordenamiento constitucional previsto en el artículo 1 CPR., cual es el principio de subsidiariedad del Estado. En virtud de este último, el Estado no puede incursionar en actividades que

sean propias de los organismos o cuerpos intermedios de la sociedad, a menos que ellos no puedan o no quieran participar en ellas, prohibición que es válida y aplicable al campo de la actividad empresarial, la que está reservada sólo a los particulares, por cuanto ella es una manifestación de la libertad para el ejercicio de actividades económicas a que se refiere el precitado artículo 19 N° 21 CPR. De esta forma, para que la autorización legal que permita al Estado desarrollar actividades empresariales sea constitucionalmente válida se requiere que esas actividades no sean de aquellas que sólo puedan ser relevantes para el interés privado, sino que, por el contrario, los fines que deben concurrir para otorgar esa autorización deben trascender al interés meramente particular y servir al interés general o colectivo o lo que mejor expresa lo que siempre debe subyacer en esa autorización: al interés público. En consecuencia, cuando una empresa u otro órgano del Estado decide crear una sociedad estatal, ninguna importancia puede tener para adoptar esa decisión el interés personal que anime a los eventuales socios del órgano y tampoco es relevante el interés que pueda existir en el sector eventualmente beneficiado con la actividad que esa sociedad desarrollará, si no se haya presente un interés público que deba ser satisfecho y que el legislador haya considerado como tal al otorgar la respectiva autorización. Normalmente ese fin público estará representado por necesidades derivadas del giro o función asignada al órgano o empresa del Estado unido a la ausencia de capacidad de este último para llevar a efecto sus propias actividades. Pero, en cambio, ningún interés público podría estar presente en la constitución de una sociedad estatal que sólo sea formada para obtener un lucro o recursos para el Estado, ya que ello es ajeno a la letra y al espíritu de las disposiciones constitucionales que regulan la actividad empresarial del Estado y vulneraría el principio de subsidiariedad que también lo rige.

Corrobora lo manifestado, la preocupación del legislador de establecer diversas formas de control sobre la constitución y el funcionamiento de este tipo de sociedades, según se analizará más adelante, lo que tiene como explicación la existencia del interés público comprometido en las actividades que desarrollan y en los fines para los cuales son creadas.

En consecuencia, se estima que el fin de la actividad que desarrollan las sociedades estatales posee la misma naturaleza que el que caracteriza al que deben satisfacer los órganos o empresas del Estado que hayan concurrido a su formación, esto es, debe tratarse de un fin de interés público, colectivo o general, pero en ningún caso de índole exclusivamente privado o particular.

III. LÍMITES DE LA ACTIVIDAD DESARROLLADA POR LAS SOCIEDADES DEL ESTADO

En algunos casos los estatutos legales de los órganos estatales, particularmente de las empresas del Estado, cuando permiten la constitución de sociedades estatales, fijan parámetros o criterios por los cuales se regirán las actividades de las nuevas sociedades que se creen. Ello ocurre, a vía de ilustración, tratándose de Televisión Nacional de Chile, creada por la Ley N° 19.132, cuyo artículo 22, inciso 3°, establece, en lo pertinente, que la *“empresa sólo podrá constituir o formar parte de sociedades cuyo objeto complemente su actividad y cuya existencia sea estrictamente necesaria para el debido desarrollo de las actividades de la Corporación”*.

La regla general, no obstante, es la inversa, ya que la mayoría de las leyes, al regular la facultad de constituir sociedades, no alude expresamente al giro o actividad que podrá desarrollar la sociedad que se cree o bien, lo hace de manera genérica e imprecisa.

Así, por ejemplo, acontece en el caso de las siguientes empresas del Estado: Empresa Nacional de Minería, cuya ley orgánica, contenida en el DFL. N° 153, de 1960, del Ministerio de Minería, le permite, en su artículo 3° N° 13: *“constituir sociedades de cualquier naturaleza, relacionadas directa, o indirectamente con la minería, modificarlas, prorrogarlas, disolverlas, liquidarlas y suscribir y enajenar derechos y acciones sobre las mismas”*; Empresa de Ferrocarriles del Estado, regida por el DFL. N° 1, de 1993, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de su Ley Orgánica y que en el artículo 2, inciso 2°, establece que el objeto social podrá ser realizado, entre otras modalidades, a través de *“la constitución, con personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, de sociedades anónimas que, para todos los efectos legales posteriores a la constitución, se regirán por las normas aplicables a las sociedades anónimas abiertas”*; Empresa Nacional de Aeronáutica, cuya Ley Orgánica N° 18.297, en su artículo 10, letra j), prevé que el Director Ejecutivo de la empresa tendrá, entre sus atribuciones, la de *“constituir o formar parte de sociedades públicas o privadas, ya sean nacionales o extranjeras con acuerdo del Directorio”*; Empresa Nacional del Petróleo, regida por el D.F.L. N° 1, de 1986, del Ministerio de Minería, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de su Ley Orgánica N° 9.618, el cual dispone, en su artículo 1, que la *“Empresa Nacional del Petróleo puede, además, sin que ello le esté reservado exclusivamente, ya sea directamente o a través de sociedades en que tenga participación, almacenar, transportar, transformar, tratar, procesar, refinar, vender y, en general, comerciar petróleo o gas, así como desarrollar cualquier otra actividad industrial que tenga relación con hidrocarburos, sus productos y derivados”*; y, finalmente, las Empresas

Portuarias, reguladas por la Ley N° 19.542, en cuyo artículo 7° se prevé, en lo pertinente, que ellas *“podrán realizar su objeto directamente o a través de terceros. En este último caso lo harán por medio del otorgamiento de concesiones portuarias, la celebración de contratos de arrendamiento o mediante la constitución con personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras de sociedades anónimas”*.

El problema que presenta la situación expuesta es determinar cuál es el límite del giro que pueden pactar los socios, esto es, el órgano o empresa del Estado y quienes decidan asociarse con ellos, los cuales, en la mayoría de los casos serán particulares. Porque lo que parece no presentar duda es que dicho límite debe existir, ya que si así no fuese se destruiría todo el régimen jurídico que regula y restringe la intervención del Estado en el ámbito empresarial, ya que, de no existir ninguna restricción, cualquier órgano o empresa del Estado facultada para constituir o formar parte de una sociedad podría realizar, por intermedio de estas últimas, actividades empresariales más allá de los cometidos que le haya asignado la ley o disposición legal habilitante. Como se advierte de lo expuesto, carecería de toda significación la exigencia constitucional que obliga a contar con una autorización dada por una ley de quórum calificado para que un órgano del Estado pueda desarrollar una determinada actividad empresarial, si luego de creada el órgano o empresa estatal éstos pudiesen llevar a cabo otras actividades diferentes a las autorizadas expresamente por la ley, por intermedio de sociedades creadas y controladas por aquellas. Piénsese, a vía de ilustración, en la Empresa de Ferrocarriles del Estado, cuyo estatuto legal, según se ha señalado, le permite constituir sociedades, y que resolviese formar una sociedad controlada mayoritariamente por ella para vender servicios turísticos aprovechando las potencialidades que le ofrece el transporte que ella administra. O bien, en el caso de Televisión Nacional de Chile, a quien compete, según el artículo 2° de la Ley N° 19.132, establecer, operar y explotar servicios de televisión, y que recurriese a la constitución de una sociedad anónima, lo que permite ese estatuto, aportando el 99% del capital social, pero para producir y comercializar películas con el fin de ser exhibidas en salas de cine. ¿Podría a través de esas sociedades estatales llevarse a efecto actividades no autorizadas expresamente por la ley que creó a esas empresas del Estado? La respuesta negativa no merece duda, ya que está claro que la creación de una sociedad estatal no puede significar una vía para que una empresa del Estado haga lo que su ley orgánica no le permite.

Pues bien, del análisis tanto de las disposiciones constitucionales que rigen la actividad empresarial del Estado, así como de los límites impuestos a algunas empresas y órganos estatales en sus leyes orgánicas que les permiten

constituir sociedades con terceros, surgen las dos siguientes restricciones que deben considerarse respecto del giro o actividad que puede realizar una sociedad estatal y que deben obrar como condiciones esenciales para resolver la procedencia o improcedencia jurídica de constituir las:

i) La primera de ellas está representada por el propio giro de la empresa u órgano del Estado. La sociedad estatal no puede desarrollar ninguna actividad que exceda el giro de la empresa u órgano estatal o dicho de una forma más amplia, la actividad empresarial autorizada por la respectiva ley de quórum calificado. De esta forma se resguarda la observancia de la habilitación legal a que se refiere el artículo 19 N° 21 CPR. y de paso se asegura el respeto del principio de subsidiariedad contemplado en el artículo 1 CPR.

ii) La segunda, por su parte, consiste en la improcedencia que la sociedad estatal lleve a cabo las mismas actividades empresariales autorizadas realizar por el órgano estatal o aquellas que formen parte de la función o giro principal confiado por la ley a la empresa u órgano del Estado. Esto significa que la empresa u órgano estatal no puede traspasar los cometidos legales que constituyan actividades esenciales de su giro o función. Si así fuese, se estaría alterando el marco legal establecido en su ley orgánica y, específicamente, modificando la asignación de funciones efectuada por el legislador, mediante el traslado de ellas desde su propia organización a una diferente que no fue considerada por la ley.

Precisamente para evitar que lo anterior acontezca, toda sociedad estatal que sea creada sólo puede desarrollar actividades complementarias, esto es, secundarias o accesorias, a la actividad o giro principal establecido por la ley para la empresa u órgano del Estado que le haya dado existencia jurídica.

Si bien dependerá en cada caso resolver lo que es complementario al giro principal en los términos expuestos, la disposición legal que haya fijado el objeto de la empresa u órgano del Estado de que se trate, constituirá el elemento interpretativo esencial para determinar si se cumple o no con el criterio propuesto.

El límite o condición que se examina ha sido aplicado por la Contraloría General de la República en situaciones similares a la que se analiza, pudiendo citarse a vía ilustrativa el Dictamen N° 6.724, de fecha 27 de febrero de 1997, que, en lo pertinente, expresa que: *“la Empresa Nacional de Minería no está facultada para formar una sociedad entre esa empresa y la Compañía Minera Nacional Limitada, con una participación social del 99 por ciento para la primera y un 1 por ciento para la segunda, como acordara su Directorio en sesión de 28 de septiembre de 1994, y cuyo objeto sería administrar los bienes destinados a la Planta Manuel Antonio Matta, que aportaría*

ENAMI y a través de la cual, la aludida entidad estatal cumple el objeto que le define el D.F.L. N° 153, de 1960, artículo 2°, y ejerce funciones que se le señalan en el artículo 3° de dicho texto. Ello, porque la potestad legal de que están dotadas las empresas públicas para constituir sociedades no envuelve la de disponer de una parte sustancial de los bienes con que cuenta para cumplir sus funciones, como tampoco la de transferir a dichas sociedades el cumplimiento de aquellas, sino sólo encomendarles labores complementarias y en ningún caso sustitutivas de las que le competen por mandato legal”.

En igual sentido al anterior, se pronunció la División Jurídica de la Contraloría General de la República en oficio N° 4.839 de fecha 7 de febrero de 1990, al emitir opinión sobre la posibilidad que una Reparación del Ejército y las Fábricas y Maestranzas del Ejército, empresa del Estado regida por el DFL. N° 223, de 1953, pudiese formar una sociedad comercial, oportunidad en que señaló que: *“la creación de personas jurídicas de derecho privado por parte de organismos de la Administración del Estado, legalmente facultados para ello, en ningún caso puede tener el alcance de asignar a tales organizaciones privadas el cumplimiento de funciones públicas que la ley ha radicado en los entes estatales que concurren a su formación, puesto que los fines y las atribuciones de estos últimos son materia de ley, acorde con los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, y por consiguiente, sólo por ley puede alterarse su competencia”.*

También, es posible citar el Dictamen N° 26.031 de fecha 24 de agosto de 1995, evacuado por el ente fiscalizador, en el que, refiriéndose a una sociedad anónima cerrada propuesta constituir por Televisión Nacional de Chile con el fin de comercializar programación de televisión, expresó que esa empresa del Estado sólo puede constituir o formar parte de sociedades cuyo objeto complementa su actividad y cuya existencia sea estrictamente necesaria para el debido desarrollo de sus actividades. De igual forma, en el Dictamen N° 34.889 de 4 de noviembre de 1996, por el que analiza la constitución de una sociedad anónima cerrada por parte de la Universidad de la Frontera, expresa que ese establecimiento educacional *“cuenta con las atribuciones necesarias para fijar como objeto de tales sociedades, aquellos que correspondan o se complementen con los fines que le son propios”.*

De esta forma, resulta forzoso señalar que en todo los casos en que la ley nada haya dicho, el giro de una sociedad estatal únicamente puede comprender actividades complementarias al objeto que la ley haya fijado para la empresa u órgano del Estado que haya concurrido a su formación, lo que implica, por una parte, que debe respetarse, vale decir, no puede exceder el marco de actividades contemplado por el legislador para la empresa u órgano estatal y, además, dentro de ese marco, sólo puede ejercer

actividades accesorias o secundarias al objeto legal de dicha empresa o ente del Estado.

IV. EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD DESARROLLADA POR LAS SOCIEDADES ESTATALES

Como ha quedado de manifiesto, las sociedades estatales se constituyen y funcionan con arreglo a las disposiciones del derecho privado.

No obstante lo anterior y como una constatación del interés y fin públicos que está detrás de su creación, el ordenamiento jurídico se preocupa de establecer determinados controles sobre este tipo de sociedades. Debido, sin embargo, a que su objeto o giro, la forma de funcionar y organizarse, el régimen de su personal y el manejo de su patrimonio no quedan sujetos al derecho público, ese control es especial y restringido.

Por su relevancia y aplicación general, dos son los controles administrativos que interesa analizar. El primero de ellos está establecido en el Decreto Ley N° 1.056, de 1975, cuyo artículo tercero, inciso segundo, previene, en lo pertinente, *“que los servicios, instituciones y empresas del sector público solamente podrán efectuar aportes de capital a sociedades o empresas de cualquier naturaleza, [...] previa autorización del Ministerio de Hacienda”*. En virtud de esta norma, entonces, cada vez que un órgano de la Administración del Estado decida efectuar aportes, sea para concurrir a la formación de una sociedad o para aumentar su capital, deberá obtener la previa autorización de la referida Secretaría de Estado y sujetarse, en consecuencia, al control de mérito que lleva implícito el ejercicio de esa prerrogativa ministerial. Según se advierte, este control puede obrar en forma previa al nacimiento del ente societario o bien durante su funcionamiento, y se aplica a cualquier órgano de la Administración del Estado que pretenda efectuar aportes de capital, lo que permite constatar que, si bien recae en forma directa sobre un órgano estatal, también incide en la sociedad estatal, sea condicionando su existencia, en el primer caso, o limitando su funcionamiento, en el segundo.

El segundo tipo de control está previsto en la Ley N° 10.336: *Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República*, en cuyo artículo 16, inciso segundo, se establece que: *“[...] quedarán sujetas a la fiscalización de la Contraloría General las empresas, sociedades o entidades públicas o 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, para los efectos de cautelar el cumplimiento de los fines de esas empresas, sociedades o entidades, la regularidad de sus operaciones, hacer efectivas las responsabilidades de sus directivos o empleados, y obtener la información o antecedentes necesarios para*

formular un Balance Nacional". Este control es doblemente excepcional y restrictivo, por las dos siguientes razones: i) por una parte, sólo tiene lugar tratándose de sociedades en que un órgano del Estado o una empresa o sociedad estatal tenga aportes de capital mayoritario o en igual proporción; y ii) únicamente se ejerce sobre una parte determinada de la actividad realizada por la sociedad y no alcanza a la totalidad de ella. A este respecto cabe señalar que si bien este control sólo puede recaer sobre las materias taxativamente enunciadas en la precitada disposición, la amplitud de los acápites que ella comprende hace posible el ejercicio de una labor más extensa de lo que pudiese desprenderse de la norma, tal como lo ha entendido la jurisprudencia mayoritaria emanada del propio órgano de control¹¹. En efecto, de acuerdo a lo que señala la norma transcrita, el control reservado al ente Fiscalizador no excluye, a priori, ninguna competencia del órgano fiscalizado y, por el contrario, puede recaer sobre cualquier de ellas en la medida que aquél esté dirigido a "*cautelar el cumplimiento de los fines*" o "*la regularidad de las operaciones*" del organismo societario o "*para hacer efectivas las responsabilidades*" de su personal. Como se aprecia de la disposición, la restricción del control está establecida en cuanto al fin de la acción fiscalizadora que ejerza la Contraloría, pero no respecto de las materias sobre las cuales puede recaer. Así, entonces, la fiscalización puede lícitamente llevarse a cabo sobre aspectos relacionados con el funcionamiento interno de la sociedad, como por ejemplo en materias de administración de personal y de bienes y recursos financieros, y también respecto del cumplimiento del giro y de toda la contratación que se haga con terceros, sean o no usuarios, ya que el control de toda esa actividad permitirá determinar si se están cumpliendo o no los fines societarios; si las operaciones son o no regulares y si existen responsabilidades que hacer efectivas.

El control a que se refiere el artículo 16, inciso 2°, de la Ley N° 10.336, es sin perjuicio del que le corresponde llevar a cabo a la Contraloría General de la República con arreglo a lo previsto en el artículo 10 de ese mismo cuerpo legal, esto es, el control previo de juridicidad a través de la toma de razón del acto administrativo que dispone la constitución, modificación o extinción de la sociedad estatal¹². La importancia de ese control radica

¹¹ En los dictámenes N° 63.364 de 1975; 4.627, de 1985; 24.694, de 1986; 16.847, de 1987, 25.017, de 1996 y 7210, de 2007, la CGR ha aceptado entrar a conocer y verificar la legalidad de actos y contratos relacionados con personal y uso y disposición de bienes de sociedades estatales, en cuya propiedad participe el estado en la proporción prevista en la disposición citada

¹² Así lo dispone expresamente para estos actos administrativos, en su artículo 3, N° 13, la Resolución N° 520, de 1996, de la CGR, que fija aquellos que están exentos de toma de razón.

en que es el único de naturaleza administrativa establecido para velar porque el ente societario que se cree se ajuste a la norma legal habilitante y cumpla, durante su existencia, con las limitaciones y restricciones que el ordenamiento jurídico prevé para este tipo de actividad estatal¹³.

De lo expresado se puede constatar que, al margen de la diversa naturaleza de los órganos que ejercen ambos controles, éstos poseen dos diferencias notables. En primer lugar, y tratándose del que está confiado al Ministerio de Hacienda la disposición que lo establece permite que opere respecto de cualquier sociedad estatal, en cambio, el que lleva a cabo la Contraloría General de la República, sólo se ejerce tratándose de sociedades en que un órgano de la Administración del Estado tenga aportes de capital mayoritario o en igual proporción. En segundo término, el primero de ellos busca asegurar que la creación de la sociedad o el nuevo aporte de capital, en su caso, se ajuste a las políticas ministeriales y tenga una justificación comercial y financiera, por lo que fundamentalmente persigue velar por el mérito, oportunidad o conveniencia de la medida que se pretende llevar a cabo, en tanto que el segundo, tiene por único objeto verificar que los actos y contratos sometidos a él se ajusten al marco jurídico correspondiente, al igual como acontece con las restantes competencias fiscalizadoras de la Contraloría General de la República.

Además de los controles examinados, existen diversas disposiciones que contemplan mecanismos destinados a ejercer una fiscalización sobre el funcionamiento de las sociedades estatales, preferentemente aquellas en que el Estado o sus organismos son dueños, al menos, del 50% del capital social. Tal es el caso de lo establecido en el artículo 44 del Decreto Ley N° 1.263, de 1975: *sobre Administración Financiera del Estado*, que condiciona la validez de los actos administrativos emanados de estas entidades a la previa autorización del Ministerio de Hacienda, cuando ellos signifiquen directa o indirectamente un endeudamiento. Así también, cabe citar lo dispuesto en el artículo 21, inciso primero, de la Ley N° 19.175: *Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional*, que obliga a las empresas en que el Fisco tenga aportes de capital a informar a los Gobiernos

¹³ Es por ello que no resulta justificado que el proyecto de ley sobre gobiernos corporativos de empresas públicas, iniciado por “Mensaje” N° 037-356, de 20 de marzo de 2008, ya mencionado, disponga que este tipo de sociedades, entre otros órganos, quedarán exclusivamente sujetos a la fiscalización de la SVS, toda vez que el control que ejerce esta última Superintendencia no comprende la fiscalización de este ámbito de materias. De esta forma, de prosperar esa iniciativa legislativa en los términos propuestos, toda la actividad desarrollada por las sociedades estatales, cualquiera sea la participación que el Estado tenga en su capital, quedarán excluidas del control de la CGR.

Regionales las proposiciones de planes, programas y proyectos que vayan a ejecutar en la Región. En el mismo sentido, conviene destacar el artículo 11 de la Ley N° 18.196 que establece que las empresas en que el Estado tenga aportes de capital igual o superior al 50% deberán someter el presupuesto anual de caja a la aprobación de los Ministerios de Hacienda y Economía, Fomento y Reconstrucción, sin perjuicio que el decreto ministerial que otorgue la aprobación deberá, además, llevar la firma del Ministerio a través del cual la respectiva sociedad se relacione con el Ejecutivo.

V. CONCLUSIONES

El análisis del marco jurídico de las sociedades estatales, permite arribar a las siguientes conclusiones:

1. Una de las formas mediante las cuales el Estado actúa en el campo empresarial es a través de la creación de empresas del Estado, las cuales son creadas en virtud de una ley de quórum calificado y se caracterizan por contar con personalidad jurídica de derecho público, patrimonio propio y funcionarios sometidos a un régimen estatutario especial. Además, su competencia, que es de carácter específico, es también fijada en la ley que las haya creado. Ellas constituyen órganos descentralizados funcionalmente de la Administración del Estado, de acuerdo con lo previsto en los artículos 1° y 29 de la Ley N° 18.575: *Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*.

2. El Estado también desarrolla actividades empresariales a través de empresas que no son creadas directamente por una ley y que no pasan a formar parte de los cuadros orgánicos de la Administración del Estado. Ellas son las denominadas sociedades estatales, formadas por un órgano del Estado y particulares o por dos entes estatales, sobre la base de una autorización legal especial que debe ser otorgada también mediante una ley de quórum calificado.

3. Las sociedades estatales son creadas de acuerdo al derecho común, de modo que su organización y funcionamiento se rigen por las mismas normas que regulan a las sociedades constituidas por los particulares.

4. No obstante su naturaleza jurídica, las sociedades estatales persiguen un fin público o de interés general, sin perjuicio de aquél que pueda motivar a los particulares que, en su caso, concurran a su formación.

5. Las sociedades estatales deben enmarcar el desarrollo de su giro social en la actividad empresarial que la ley de quórum calificado haya autorizado llevar a cabo al órgano del Estado que haya concurrido a su formación, no pudiendo dicho giro social ser diverso a la actividad empresarial que el legislador haya autorizado, ni significar la sustitución del órgano estatal.

La actuación de la sociedad estatal debe ser secundaria, accesoria o complementaria a la actividad que ejerza dicho órgano estatal.

6. Debido al fin público o de interés general que está presente en la constitución y funcionamiento de las sociedades estatales, el ordenamiento jurídico las sujeta a diversos controles administrativos, cuya intensidad dependerá del mayor o menor aporte de capital con que haya concurrido a su formación el Estado o sus organismos. Según los tipos de control, éstos podrán ser de simple juridicidad o de mérito, oportunidad o conveniencia o bien, podrá recaer sobre materias o actos específicos, preferentemente vinculados a la administración de bienes y recursos financieros.

[Recibido el 28 de abril y aceptado el 15 de mayo de 2008].

BIBLIOGRAFIA

- COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho administrativo* (Madrid, Civitas, 1991).
- DEL SAZ CORDERO, Silvia, *La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y crítica*, en *Revista de Administración Pública* 133 (Madrid, enero-abril, 1994).
- MARTÍN MATEO, Ramón - SOSA WAGNER, FRANCISCO, *Derecho administrativo económico. El Estado y la empresa* (Madrid, Ediciones Pirámide, 1974).
- OELCKERS CAMUS, Osvaldo, *Las sociedades de capital mayoritario del Estado. Sus vínculos y diferencias con la Administración del Estado. Su estatuto y control*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 21 (2000).
- PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *La organización administrativa del Estado*, en *Revista de Derecho Económico* 2 (julio-diciembre, 2000) 2.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis, *Privatización de empresas públicas y Derecho comunitario*, en *Revista de Administración Pública* 133 (Madrid, enero-abril, 1994).
- SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo chileno y comparado. El Servicio Público* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995).
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Las sociedades estatales*, en *Revista de Derecho Administrativo Económico* 2 (julio-diciembre, 2000) 2.