



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

ESTADO Y MERCADO EN LAS EMPRESAS PÚBLICAS

BEATRIZ VON LOEBENSTEIN WEIL

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

PROFESOR GUÍA:
WILLIAM GARCÍA MACHMAR

SANTIAGO DE CHILE

FEBRERO 2016

Tabla de contenido

ABREVIATURAS	vii
I. RESUMEN	ix
II. INTRODUCCIÓN	10
III. PARTE GENERAL	13
CAPÍTULO 1. CONCEPTO DE EMPRESA PÚBLICA	13
1. Rol empresarial del Estado	13
1.1. Concepto de actividad empresarial del Estado.....	13
1.2. Orígenes de la expansión productiva estatal.....	17
1.3. El fenómeno de la privatización en Chile.....	22
2. Concepto de empresa del Estado.....	27
2.1 Empresas públicas creadas por ley	27
2.2. Sociedades del Estado	32
2.3. Sistema de Empresas Públicas	37
3. El rol empresarial de la Corporación de Fomento a la Producción	39
3.1. Estructura corporativa	39
3.2. Principales funciones de la Corporación de Fomento	41
3.3. Rol empresarial	43
CAPÍTULO 2. RÉGIMEN DE DERECHO PÚBLICO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS	48
1. Condiciones constitucionales.....	48
1.1 Normas constitucionales que regulan a las empresas públicas	49
1.2. Principio de subsidiariedad	54
A) Posición mayoritaria de la doctrina	54
B) Crítica al principio de subsidiariedad.....	58
1.3. Reserva de ley	62
2. Gobiernos corporativos de las empresas públicas	65
2.1. Descripción de la organización corporativa	65
A) Concepto de gobierno corporativo	65
B) Gobierno corporativo en las empresas públicas	67
2.2. Problemas de agencia. ¿Cómo se resuelven?	69
A) Concepto de problemas de agencia.....	69
B) Posibles soluciones	72
C) Problemas de agencia en las empresas públicas.....	76
2.3. Clasificación de los gobiernos corporativos de las empresas públicas	78

A) Gobierno corporativo en las empresas públicas creadas por ley	79
B) Gobierno corporativo en las sociedades del Estado	82
C) Gobierno corporativo en las empresas que forman parte del Sistema de Empresas Públicas (SEP)	83
3. Control sobre empresas públicas	86
3.1 Cámara de Diputados	87
A) La facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados	87
B) Control a través de acuerdos, observaciones y solicitud de antecedentes	91
C) Control a través de comisiones especiales	96
D) Otros controles del Congreso Nacional	98
3.2. Contraloría General de la República.....	100
A) Marco normativo y atribuciones.....	100
B) Control a las empresas del Estado	105
C) Jurisprudencia de la Contraloría General de la República	110
3.3. Consejo para la Transparencia	113
A) Breve referencia a la creación del Consejo para la Transparencia y sus atribuciones	113
B) Aplicación normas de transparencia activa a las empresas del Estado	115
C) Decisiones del Consejo para la Transparencia.....	121
4. Técnicas para poner término a una empresa del Estado	125
4.1. Técnicas para poner término	125
4.2. Ejemplos de término de empresas del Estado	128
CAPÍTULO 3. RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS	135
1. Introducción al Régimen de Derecho Privado	135
2. Las normas de defensa de la libre competencia	137
3. Aplicación normas de defensa de la competencia a las empresas públicas.....	140
4. Visión crítica de la aplicación de las normas de defensa de la competencia a las empresas públicas	145
4.1. La naturaleza jurídica de las empresas del Estado	146
A) Empresas públicas creadas por ley	147
B) Sociedades del Estado	148
4.2. Las características de los mercados en que operan las empresas del Estado.....	151
4.3. El control que ejercen otros órganos del Estado	155
4.4. Clasificación	158

A) Empresas de “servicio público”	159
B) Empresas “de mercado”	161
4.5. Toma de Postura.....	164
IV. PARTE ESPECIAL: EL RÉGIMEN DE LAS EMPRESAS MINERAS DEL ESTADO	170
CAPÍTULO 1. LA PROPIEDAD MINERA DEL ESTADO	170
1. La regulación en la Constitución	170
2. Situación de las empresas públicas.....	175
2.1. No se les aplica el régimen de las concesiones mineras	175
2.2. Clasificación	178
CAPÍTULO 2. EMPRESAS MINERAS DEL ESTADO.....	179
1. Empresa Nacional del Carbón S.A.	179
1.1. Breve referencia a sus orígenes	179
1.2. Concepto y naturaleza jurídica	182
1.3. Sujeta o no a la fiscalización de una Superintendencia	184
1.4. Organización y administración	184
1.5. Composición del Directorio	185
1.6. Gobierno corporativo: en particular regulación de los conflictos de interés	185
1.7. Controles administrativos especiales.....	187
A) Control del Presidente de la República	187
B) Control de otros órganos de la Administración	188
1.8. Destino de las utilidades	188
2. Empresa Nacional del Petróleo	190
2.1. Breve referencia a sus orígenes	190
2.2. Concepto y naturaleza jurídica	192
2.3. Sujeta o no a la fiscalización de alguna Superintendencia.....	195
2.4. Organización y administración.....	196
2.5. Composición del Directorio	197
2.6. Gobierno corporativo: en particular regulación de los conflictos de interés	198
2.7. Controles administrativos especiales.....	199
A) Control del Presidente de la República	199
B) Control de otros órganos de la administración.....	200
2.8. Destino de las utilidades	201
2.9. Aplicación de las normas de defensa de la libre competencia	203
A) Descripción del mercado	203

B) Limitaciones.....	208
C) Aplicación de las normas de defensa de la competencia	209
3. Empresa Nacional de Minería.....	211
3.1. Breve referencia a sus orígenes	211
3.2. Concepto y naturaleza jurídica	214
3.3. Sujeta o no a la fiscalización de una Superintendencia	216
3.4. Organización y administración.....	217
3.5. Composición del Directorio	217
3.6. Gobierno corporativo: en particular regulación de los conflictos de interés	218
3.7. Controles administrativos especiales.....	221
A) Control del Presidente de la República	221
B) Control de otros órganos de la Administración	223
3.8. Destino de las utilidades	224
3.9. Aplicación de las normas de defensa de la libre competencia	225
A) Descripción del mercado	225
B) Funciones que cumple la empresa	228
C) Aplicación de las normas de defensa de la competencia	230
4. Corporación Nacional del Cobre de Chile.....	232
4.1. Breve referencia a sus orígenes	232
4.2. Concepto y naturaleza jurídica	234
4.3. Sujeta o no a la fiscalización de alguna Superintendencia.....	237
4.4. Organización y administración.....	238
4.5. Composición del Directorio	239
4.6. Gobiernos corporativos: en particular regulación de los conflictos de interés.....	240
4.7. Controles administrativos especiales.....	243
A) Control del Presidente de la República	243
B) Control de otros órganos de la administración.....	245
4.8. Destino de las utilidades	248
4.9. Aplicación de las normas de defensa de la libre competencia	249
A) Descripción del mercado	250
B) Limitaciones.....	255
C) Aplicación de las normas de defensa de la competencia	255
V. CONCLUSIONES.....	258

VI. BIBLIOGRAFÍA 266
VII. ANEXO 1 274
VIII. ANEXO 2 278

ABREVIATURAS

CPR:	Constitución Política de la República
LOCBGAE:	Decreto con Fuerza de Ley N° 1-19.653 que Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado
LOCCDE:	Decreto con Fuerza de Ley N°1 que Fija Texto Refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado
LOCCGR:	Ley N° 10.336 Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República
LDLC:	Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2004 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que Fijó el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del D.L. N° 211 de 1973, “Ley de Defensa de la Libre Competencia”
LOCCM:	Ley N° 18.097 Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras
LOCCN:	Ley N° 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional
Ley de Transparencia:	
	Ley N° 20.285 sobre Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado
Ley de Gobiernos Corporativos:	
	Ley N° 20.382 que Introduce Perfeccionamientos a la Normativa que regula los Gobiernos Corporativos
DL:	Decreto Ley
DFL:	Decreto con Fuerza de Ley

CORFO:	Corporación de Fomento a la Producción
ASMAR:	Astilleros y Maestranza de la Armada
CODELCO:	Corporación del Cobre
COCHILCO:	Comisión Chilena del Cobre
EFE:	Empresa de Ferrocarriles del Estado
EMOS S.A.:	Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias S.A.
ESVAL S.A.:	Empresa de Obras Sanitarias Valparaíso S.A.
ENAER:	Empresa Nacional de Aeronáutica de Chile
ENACAR:	Empresa Nacional del Carbón
ENAMI:	Empresa Nacional de Minería
ENAP:	Empresa Nacional del Petróleo
FAMAE:	Fábricas y Maestranzas del Ejército
TVN:	Televisión Nacional de Chile
ZOFRI:	Zona Franca de Iquique

I. RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto revisar y estudiar los elementos de derecho público y de derecho privado que conviven en la regulación de las empresas del Estado.

Para comenzar con este estudio se revisarán en primer lugar las dos formas jurídicas que pueden adoptar, a saber empresas públicas creadas por ley y sociedades del Estado y las características de cada una.

Luego, dentro del régimen de derecho público se revisará la regulación constitucional que tiene la materia, las políticas de gobierno corporativo que emplean las empresas públicas, el control que ejercen otros órganos del Estado respecto de su funcionamiento, esto es la Cámara de Diputados, la Contraloría General de la República y el Consejo para la Transparencia, y las técnicas para poner término a estas empresas.

Por su parte, se estudiará, a propósito del régimen de derecho privado, la aplicación de las normas de defensa de la competencia.

Por último, en la segunda parte de este trabajo se hará un estudio particular de las empresas mineras que pertenecen al Estado, esto es Empresa Nacional del Carbón, Empresa Nacional del Petróleo, Empresa Nacional de Minería y la Corporación del Cobre.

II. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es revisar el concepto de empresa pública y su regulación, esto es, los elementos de derecho público y de derecho privado que están presentes en la normativa de las mismas. A partir de esta revisión será posible extraer conclusiones respecto a la naturaleza jurídica, marco normativo y régimen jurídico que más se adecúa a la realidad de las empresas en comento, de tal manera de poder determinar sus diferencias y similitudes con las empresas privadas, en particular si es posible o no la aplicación de las normas de defensa de la libre competencia.

El Estado cumple distintas funciones y comprende un sinnúmero de actividades que reflejan los fines y objetivos de la sociedad en un momento determinado. La actividad empresarial del Estado forma parte de las funciones de la Administración Pública y está referida a la actividad productiva, industrial y comercial que realiza algún órgano de la Administración del Estado. Las empresas públicas y las sociedades del Estado son una manifestación de dicha actividad, de manera que forman parte de la misma Administración.

Las funciones que cumple la Administración se vinculan directamente con la dirección política del Poder Ejecutivo, la ideología y la política legislativa de un periodo de tiempo, de manera que los cambios económicos y políticos se reflejan en las tareas y fines que asume el Estado. En el caso particular de la actividad

empresarial, los cambios políticos se reflejan en la expansión del aparato mediante la creación de empresas públicas y la mayor regulación económica, o bien en la reducción del mismo a través de la liberalización de los mercados y la privatización.

En Chile, la actividad empresarial del Estado y en particular las empresas públicas tienen su antecedente originario en el siglo XIX a propósito de la regulación del estanco y la adquisición de los ferrocarriles. Sin embargo, el principal desarrollo se produjo a partir de la década de 1930. En dicha oportunidad, se presentaron las necesidades económicas y condiciones políticas para que el Estado asumiera un rol protagónico en la industrialización del país. Este proceso llegó a su fin con el golpe de Estado de 1973 y durante el Régimen Militar que lo siguió, periodo en el cual se paralizó el desarrollo industrial estatal y se llevó a cabo una política de privatización.

Pese a lo anterior, en la actualidad, las empresas del Estado continúan existiendo, sujetas a regímenes jurídicos, funciones y atribuciones muy diversas. Lo anterior debido a la convivencia de normas de derecho público y privado que las crean y regulan. La determinación de a cuál de estos regímenes pertenecen las empresas o al menos a cuál se acercan más es importante, pues conlleva una serie de consecuencias en materia de competencia, regulación económica, potestades públicas, control de la Administración, y en general, respecto de la mayor o menor libertad para tomar decisiones al interior de la empresa.

Para lograr el objetivo adelantado, el trabajo se ha dividido en dos partes: una Parte General y una Parte Especial. La Parte General a su vez se encuentra dividida en tres capítulos principales. El Capítulo 1 se refiere al concepto de empresa pública, comprendiendo la actividad empresarial del Estado, el concepto de empresa pública propiamente tal y sociedad del Estado y el rol de la Corporación de Fomento a la Producción. El Capítulo 2 trata el régimen de derecho público de las empresas públicas, y revisa principalmente cuatro elementos: las condiciones constitucionales, los gobiernos corporativos de las empresas públicas, los órganos que ejercen control y las técnicas para poner término a una empresa pública. El Capítulo 3 está destinado a la revisión del régimen de derecho privado de las empresas, en particular la aplicación de las normas de defensa de la libre competencia.

Luego, la Parte Especial está dedicada a la una revisión detallada del régimen jurídico y características de las empresas del Estado del sector minero. De esta forma revisaremos la Empresa Nacional del Carbón S.A., la Empresa Nacional del Petróleo, la Empresa Nacional de Minería y la Corporación del Cobre.

III. PARTE GENERAL

CAPÍTULO 1. CONCEPTO DE EMPRESA PÚBLICA

1. Rol empresarial del Estado

1.1. Concepto de actividad empresarial del Estado

Las funciones que comprende y asume el Estado varían según la época, los intereses y las necesidades de la sociedad. De esta forma, el Estado evoluciona, se transforma y asume nuevas tareas a la vez que renuncia a otras. Por lo tanto, “la enumeración *a priori* de finalidades específicas del Estado que determinasen exclusivamente su actuación, como alguna vez se ha intentado, es absurda”¹. La determinación de las finalidades del Estado se hará en estricta relación con la concepción que se tenga del mismo, de las atribuciones que se le quieran entregar y de la forma en que se distribuyan las tareas entre los distintos poderes del Estado y entre éstos y los ciudadanos.

¹ VILLAR PALASÍ, J. 1950. La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo. En: Revista de Administración Pública, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 54p.

Tomando como marco la división de los poderes del Estado, se ha entendido tradicionalmente que es la Administración Pública la llamada a concretar las finalidades y tareas que se le encargan al Estado. Es decir, si bien los Poderes Legislativo y Judicial deben cumplir con tareas exclusivamente encargadas a ellos, la Administración Pública refleja y lleva a cabo las políticas públicas y la ideología de un determinado gobierno. De esta forma, tanto la Administración como el Derecho Administrativo juegan un rol fundamental en la implementación y ejecución de las tareas que el Estado debe cumplir. Así lo señala José Luis Villar Palasí puesto que “el Derecho Administrativo, como esencial y primario instrumento del Poder, no es ni puede ser indiferente o neutral ante los fines del Estado.”² En la misma línea lo establecen Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández al señalar que “las funciones y actividades a realizar por la Administración son algo puramente contingente e históricamente variable, que depende especialmente de una demanda social, distinta para cada órbita cultural y diferente también en función del contexto socioeconómico en el que se produce”³.

Lo anterior es relevante, pues la actividad empresarial del Estado forma parte de las funciones de la Administración. “Una de las formas en que el Estado satisface las necesidades públicas es a través de su intervención en la actividad

² *Ibíd.* 57p.

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. 2004. Curso de Derecho Administrativo I. Buenos Aires, Thomson, Civitas. 31p.

económica”⁴. Así, junto a la clasificación tradicional de las funciones de la Administración que identifica la actividad de policía, de fomento y servicio público o actividad prestacional, aparece una nueva categoría referida a la actividad empresarial. Su incorporación como parte de las tareas de la Administración es reciente y responde a un proceso de desgaste de las ideas liberales decimonónicas. En sus inicios, al surgir los primeros indicios de actividad industrial por parte del Estado, se intentó incluir dicha actividad en la categoría de servicio público. En pocas palabras, el servicio público consiste en aquella actividad administrativa que supone una “prestación positiva, a través de un servicio técnico, regular y continuo, realizado para y frente al público por organización pública”⁵.

A modo ejemplar, se puede señalar el caso chileno, pues en la Constitución de 1925 se estableció que las empresas del Estado eran servicios públicos descentralizados⁶. Sin embargo, la actividad empresarial del Estado presenta diferencias con el servicio público de manera que no es posible reunirlos en una misma categoría. Villar Palasí señala algunas de estas diferencias; en primer lugar, para calificar de servicio público una actividad deben presentarse dos criterios: (i) la existencia de una potestad y de una intervención administrativa como única forma de prestar el servicio, y (ii) la existencia de un control y por

⁴ BERMÚDEZ, J, 2014. Derecho Administrativo General. Santiago, Thomson Reuters. 421p.

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. *Op. cit.* 2004. 60p.

⁶ PANTOJA BAUZÁ, R. 2004. La organización administrativa del Estado. Santiago, Editorial Jurídica. 196p.

ende de *ius variandi* de la Administración⁷. En la actividad empresarial no se presentan estos criterios, puesto que (i) no es la única forma de prestar el servicio precisamente porque, en general, el Estado compite con otras empresas que prestan o pueden prestar el mismo servicio, y (ii) no existe necesariamente un control o *ius variandi* de la empresa, más bien la empresa se encuentra sujeta a algún tipo de control. En segundo lugar, el usuario de un servicio público tiene derecho a la prestación, incluso en el caso en que deba pagar por ella, es decir al tratarse de un servicio regular y universal no es posible negarle al usuario la prestación. En la actividad empresarial, la relación será la de un cliente, de manera que no es posible hablar de un derecho, sino de una relación comercial que da lugar a derechos y obligaciones recíprocas.

Por su parte, en el caso particular del derecho chileno, es posible identificar otras diferencias entre el servicio público y las empresas del Estado. En primer lugar, en relación a su origen, la creación de servicios públicos requiere de una ley ordinaria, en cambio, para crear empresas públicas, es necesaria una ley de quórum calificado. En segundo lugar, respecto a la finalidad, los servicios públicos buscan satisfacer necesidades públicas de manera regular y continua, mientras que las empresas públicas si bien pueden tener fines de satisfacción de necesidades públicas, su objeto principal es producir utilidades para entregar recursos al Estado. En tercer lugar, en materia de organización, los servicios

⁷ VILLAR PALASÍ, J. *Op. cit.* 1950. 64p.

públicos se organizan a través de una autoridad unipersonal llamada Director de Servicio, y se integran jerárquicamente mediante otras unidades como Departamento, Oficina y Sección; en cambio, las empresas públicas generalmente utilizan estructuras de gobiernos corporativos similares a las de las empresas privadas⁸.

Si bien estas diferencias pueden ser atenuadas y no necesariamente se presentan en todos los casos, puesto que hay empresas que cumplen funciones públicas, o que no tienen competencia en un mercado determinado, reflejan la insuficiencia de las categorías tradicionales. Esto genera lo que Villar Palasí denomina un desbordamiento del Derecho administrativo clásico que significa que es necesario hablar de una nueva categoría. De esta forma, hoy en día se entiende que la Administración cumple cuatro funciones principales: policía, fomento, servicio público y actividad empresarial.

1.2. Orígenes de la expansión productiva estatal

Los orígenes de la actividad empresarial estatal varían de acuerdo a la historia y desarrollo de cada país. Pese a esto, en el mundo occidental los antecedentes más claros se remontan al siglo XIX cuando con ocasión de la revolución

⁸ PARDOW, D., VALLEJO, R. 2008. Derribando mitos sobre el Estado empresario. En: Revista Chilena de Derecho, Volumen 35 n°1, 2008. 143p.

tecnológica se crearon infraestructuras de gran envergadura, cuya administración y control recayó en el Estado. De esta forma, el Estado se transformó en administrador y explotador de monopolios que le significaron importantes ganancias.

Sin embargo, el impulso fundamental se produjo en el siglo XX con el estallido de la Primera Guerra Mundial (1914-1918). Durante dicho período las empresas fueron forzadas a producir armamento, alimentos y otros pertrechos para la guerra, formándose los primeros lineamientos de la planificación económica por parte del Estado. Este fenómeno se agudizó con la Crisis Económica de 1929, suceso que significó la llamada “crisis del liberalismo”. La crisis económica no sólo trajo consigo niveles de desempleo, pobreza y estancamiento de la economía gigantescos, sino produjo un cuestionamiento al sistema económico liberal decimonónico. La crisis de la concepción económica tradicional del Estado liberal de Derecho da paso hacia un Estado social, “que ante supuestos generales de hecho radicalmente distintos de aquéllos en que se basó la aparición histórica del Estado burgués de Derecho pierde su ponderación de indiferencia, matizando su actividad con una preocupación radical por el bienestar del súbdito y del cuerpo económico de la Nación”⁹. Ante esta situación de crisis, los Estados europeos y Estados Unidos se vieron obligados a intervenir en la economía mediante la creación de empleos, la regulación de los mercados

⁹ VILLAR PALASÍ, J. *Op. cit.* 1950. 54p.

y la creación de empresas públicas nacionales para evitar la dependencia de los mercados extranjeros.

En Chile, por su parte, los orígenes de la actividad empresarial de Estado también se encuentran, aunque de forma muy aislada, en el siglo XIX. Así, a partir de 1826 el estanco del tabaco fue administrado por el Estado a través de la Factoría General del Estanco, y en 1863 se realizó la adquisición por parte del Estado de las acciones del Ferrocarril de Santiago a Valparaíso, así como de las acciones de la Compañía de Ferrocarriles del Sur en 1873. Finalmente, en 1914 se creó como tal la Empresa de Ferrocarriles del Estado¹⁰.

Sin embargo, a partir de la Crisis de 1929 se produjo el cambio más importante en la política económica. La crisis económica demostró el agotamiento del modelo de desarrollo basado en la exportación de materias primas. “La necesidad de generar una producción exportable para disminuir el impacto que causan las fluctuaciones de la minería y los requerimientos de una producción nacional que atenúe la dependencia del exterior, suponen llevar a cabo un proceso de industrialización que, por ese entonces, sólo el Estado está en condiciones de asumir”¹¹.

De esta forma, la coyuntura económica acompañada de las condiciones políticas y sociales adecuadas permitieron que se comenzara a incorporar una

¹⁰ CHILE. Ministerio de Industria y Obras Públicas. 1914. Ley 2.846: Sin Título. 29 de enero 1914.

¹¹ ARÓSTICA, I. 2001. Derecho administrativo económico. Libre iniciativa privada y actividad empresarial del Estado. Santiago, Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás. 16p.

idea desarrollista del Estado. De acuerdo a los autores Ana María Arriagada y Oscar Muñoz, fueron tres los factores que permitieron la intervención activa del Estado en la economía chilena. En primer lugar, la presencia de grupos de empresarios industriales y técnicos que detectaron que la estructura económica prevaeciente hacía imposible un desarrollo industrial sostenido. En segundo lugar, el contexto mundial y nacional había permitido el desarrollo de una ideología favorable a la acción directa del Estado. En tercer lugar, existió una coyuntura de equilibrio de fuerzas políticas que permitió que se llegaran a acuerdos en materia de desarrollo del aparato público¹².

Estos elementos posibilitaron que se llevaran a cabo las reformas que permitirían que el Estado asumiera un rol muy protagónico en materia económica, cambiando, de esta forma, el modelo de desarrollo. “Desde distintos ámbitos se planteaba la necesidad de avanzar hacia una nueva estructura de la economía, que fuera capaz de dar satisfacción a las necesidades de empleo de los miles de desocupados que habían originado la depresión, y de recuperar los niveles de actividad productiva”¹³.

Es así, como a partir del gobierno de Arturo Alessandri Palma (1932-1938) se comienzan a desarrollar las primeras empresas públicas creadas por ley: Línea

¹² ARRIAGADA, A. y MUÑOZ, O. 1977. Orígenes políticos y económicos del Estado Empresarial en Chile. Santiago, Corporación de Investigaciones Económicas para Latinoamérica. 6p.

¹³ *Ibíd.* 6p.

Aérea Nacional (1932)¹⁴ y la Corporación de Ventas de Salitre y Yodo de Chile (1934)¹⁵, empresa de carácter mixto.

Luego, con el triunfo electoral del Frente Popular comenzó a ampliarse el aparataje estatal y la intervención económica. La actividad empresarial del Estado se tradujo principalmente en aumento de la inversión pública y en la creación de empresas estatales. Un rol fundamental lo cumplió la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO), creada en 1939 con motivo del terremoto que azotó al país ese año. La Corporación de Fomento de la Producción “marca la decisión social de que el sector público asumiera el liderato en la conducción del proceso de industrialización y de transformación de la estructura de producción. Pero también constituye una decisión política, que consolida definitivamente las realineaciones que se habían estado gestando en la estructura social del país”¹⁶.

De la mano de la CORFO se crean una serie de empresas estatales: Empresa Nacional del Petróleo (1950)¹⁷, Empresa de Transportes Colectivos del Estado

¹⁴ CHILE. Ministerio de Guerra. 1932. DFL 247: Concede Personalidad Jurídica Línea Aérea Nacional. 21 de julio 1932.

¹⁵ CHILE. Ministerio de Hacienda. 1934. Ley 5.350: Crea la Corporación de Ventas del Salitre y Yodo. 8 de enero 1934

¹⁶ ARRIAGADA, A. y MUÑOZ, O. *Op. cit.* 1977. 7-8 pp.

¹⁷ CHILE. Ministerio de Economía y Comercio. 1950. Ley 9.618: Fija como propiedad del Estado todos los yacimientos petrolíferos que se encuentran en el territorio nacional. 19 de junio 1950

(1953)¹⁸, Banco del Estado (1953)¹⁹, Empresa Marítima del Estado (1953)²⁰, Empresa Nacional de Minería (1960)²¹, Empresa Portuaria de Chile (1960)²², Televisión Nacional de Chile (1970)²³.

De esta forma, se gestó el cambio de modelo económico y de sistema de producción. Se trató de una decisión política, de cambiar el cuadro institucional, modificar los grupos de poder y de ampliar las funciones que el Estado debía asumir como propias. Chile vivió a partir de la década de 1940 un cambio de paradigma económico.

1.3. El fenómeno de la privatización en Chile

El crecimiento de la actividad empresarial del Estado se vio abruptamente interrumpido con el golpe de Estado de 1973 realizado por las Fuerzas Armadas. A partir de ese momento, se instauró un Régimen Militar liderado por Augusto

¹⁸ CHILE. Ministerio de Hacienda. 1953. DFL 54: Adopta las medidas que indica en relación con la Empresa Nacional de Transporte Público y crea la Empresa de Transportes Colectivos del Estado. 2 de mayo 1953

¹⁹ CHILE. Ministerio de Hacienda. 1953. DFL 126: Crea el Banco del Estado de Chile, formado por las Entidades que detalla. 24 de julio 1953

²⁰ CHILE. Ministerio de Hacienda. 1953. DFL 388: Organiza la Empresa Marítima del Estado. 27 de julio 1953

²¹ CHILE. Ministerio de Hacienda. 1960. DFL 153: Crea Empresa Nacional de minería. 5 de abril 1960

²² CHILE. Ministerio de Hacienda. 1960. DFL 290: Ley Orgánica de la Empresa Portuaria de Chile. 6 de abril 1960

²³ CHILE. Ministerio del Interior. 1970. Ley 17.377: Televisión Chilena. 24 de octubre 1970

Pinochet U. (1973-1989), quien en el plano económico estableció una política de privatización, desregulación y fomento de la iniciativa privada.

La privatización de las empresas públicas y la desregulación de otros sectores tradicionalmente considerados públicos, como la educación, la salud y las pensiones, se trató de una opción política y legislativa que adoptó el Régimen Militar. La llegada al gobierno de un grupo importante e influyente de funcionarios que habían estudiado en la Escuela de Economía de la Universidad de Chicago, significó la implementación de un modelo neoliberal de la economía, cuyo objeto principal fue frenar el crecimiento del aparato estatal, particularmente en materia económica. De esta forma, se buscó resguardar y garantizar el derecho de propiedad, liberar los mercados y establecer regulaciones mínimas de manera que el mercado funcione “del modo más natural posible”²⁴. Asimismo, se redujo drásticamente el gasto fiscal en seguridad social, educación, salud e industria, a la vez que se abrieron a la iniciativa privada estas mismas áreas²⁵. En conformidad con lo anterior, se llevaron a cabo políticas de *shock* que buscaron ejecutar políticas de transformación estructural orientadas hacia el libre mercado. “El tratamiento de *shock* es aplicado aun cuando provoque una prologada y profunda recesión, altas tasas de desempleo y un deterioro en la estructura de distribución del ingreso. El gobierno está en condiciones de afrontar estos

²⁴ BÜCHI, H. 2008. La transformación económica de Chile. Santiago, Editorial El Mercurio-Aguilar. 105p.

²⁵ FRENCH-DAVIS, R. 2003. Entre el neoliberalismo y el crecimiento con equidad. Santiago, LOM Ediciones. 314p.

resultados negativos debido al contexto político autoritario en que se aplica esta estrategia”²⁶.

La privatización y desregulación de los mercados se llevó a cabo en distintas etapas. Dominique Hachette identifica cuatro etapas de este proceso²⁷; la primera etapa se realizó en 1974, año en que se devuelven gratuitamente los activos, empresas y terrenos que habían sido controlados por el gobierno de Salvador Allende. La segunda etapa se desarrolló entre 1975 y 1983, período en que se realizó la privatización principal a través de la venta a muy bajos precios de las empresas públicas. La tercera etapa se inicia en 1984 después de la crisis de 1982-1983, de manera que el objetivo fue la reprivatización de las empresas que tuvieron que ser intervenidas durante la crisis. Por último, entre 1985 y 1989 se desarrolló la cuarta etapa, periodo en que se privatizaron las grandes empresas estatales asociadas a servicios públicos como el agua, la electricidad, gas y telecomunicaciones.

La forma a través de la cual se privatizaron las empresas públicas creadas por ley fue diversa. Por un lado, algunas empresas fueron suprimidas mediante su derogación o liquidación. Éste fue el caso de la Empresa de Transportes Colectivos del Estado y de la Empresa Nacional de Riego. Por otra parte, algunas empresas no fueron suprimidas, pero se limitaron sus funciones; tal es el caso de

²⁶ FOXLEY, A. 1982. Experimentos neoliberales en América Latina. Santiago, Colecciones Estudios Cieplan. 37p.

²⁷ HACHETTE, D. 2001. Privatizaciones: Reforma Estructural Pero Inconclusa. En: La Transformación Económica de Chile. Santiago, CEP. 116p.

la Empresa de Comercio Agrícola que pasó a ser la Empresa de Abastecimiento de Zonas Aisladas con funciones muy específicas y restringidas. En tercer lugar, si una vez extinguida la empresa el propósito era mantener la actividad bajo el control del Estado, se formaron sociedades comerciales cuyos socios principales fueron el Fisco y la Corporación de Fomento de la Producción, y que funcionaron como sucesoras legales de las entidades desaparecidas organizadas como sociedades anónimas. El último paso hacia la privatización fue la venta de las acciones a privados. Dicho proceso se realizó de forma muy variada y algunas privatizaciones concluyeron en la década de los noventa²⁸. Durante el gobierno de Patricio Aylwin (1990-1993) se completaron las privatizaciones de la Empresa Nacional de Electricidad (ENDESA), Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL) y Compañía Telefónica de Chile (CTC). Por su parte, durante el gobierno de Eduardo Frei Montalva (1994-2000) se completó el proceso privatizador de la Línea Aérea Nacional-Chile (LanChile), de la Radio Nacional, Empresa de Transporte Ferroviario (FerroNor), entre otras.

Por otra parte, también se privatizaron las sociedades del Estado que habían sido creadas por la Corporación de Fomento de la Producción o aquellas en que el Estado había adquirido acciones de sociedades originalmente privadas. Dentro del primer caso se encuentran la Empresa Nacional de Electricidad (1944), la Compañía de Acero del Pacífico (1947) y la Industria Azucarera Nacional S.A

²⁸ *Ibíd.* 124p.

(1953). Por su parte, el Estado adquirió la participación mayoritaria de muchas empresas mineras con la “chilenización” del cobre (1965) y la Corporación de Fomento de la Producción adquirió la Compañía Chilena de Electricidad Ltda. (1970).

La forma de privatizar las sociedades del Estado fue mediante la venta de sus acciones a manos privadas. “Como estas sociedades no nacen en virtud de una ley, puesto que siempre detentaron la condición de organismos privados, no se configura a su respecto la exigencia de tener que proceder a su disolución a través de leyes específicas”²⁹. Por lo tanto, bastó una ley simple que autorizara la enajenación de los bienes del Estado.

Por último, la Ley N° 18.965 de 1990 señaló en su artículo único que:

“Artículo único: El Estado, sus organismos o sociedades en que tengan participación, deberán enajenar los derechos que adquieran o reciban a cualquier título, en sociedades cuyo objeto social esté fuera de la autorización para desarrollar actividades empresariales concedida al Estado o exceda los términos de dicha autorización, en el plazo de un año contado desde la recepción.”³⁰

De esta forma, se cambió completamente la estructura económica del país. El Estado fue reducido en diversas áreas prevaleciendo la idea de subsidiariedad, especialmente en materia económica; se desarticularon y desaparecieron un

²⁹ ARÓSTICA, I. *Op. cit.* 2001. 47p.

³⁰ CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 1990. Ley n° 18.965: Impone al Estado la Obligación que indica. 10 marzo de 1990.

sin número de organismos estatales, se redujo el gasto fiscal y se priorizó la iniciativa privada y el libre mercado.

2. Concepto de empresa del Estado

La actividad empresarial del Estado se manifiesta en la creación y desarrollo de empresas del Estado que se desenvuelven en determinadas áreas de la economía. En términos amplios, son empresas del sector estatal aquellas en que el Estado directa o indirectamente es su dueño o tiene una participación mayoritaria (más del 50%), o bien puede designar o hacer designar a la mayoría de su directorio o administración. Por tanto, en Chile existen hoy dos formas en que la actividad empresarial se organiza, esto es a través de empresas públicas creadas por ley y de sociedades del Estado donde el Fisco tiene participación mayoritaria. A continuación, nos referiremos a ambas.

2.1 Empresas públicas creadas por ley

La definición de empresa pública es particularmente difícil en el Derecho chileno porque las distintas empresas que existen obedecen a regímenes jurídicos, reglas y funciones diferentes, que vuelven complejo hacer una

definición única. Además, no se encuentran definidas en la Constitución, ni en otro cuerpo legal. Pese a lo anterior, la Contraloría General de la República en el Dictamen N° 10.492 de 1979 define a las empresas públicas y las distingue de las empresas privadas del Estado, señalando que: “las empresas del Estado o empresas públicas o estatales son entidades creadas por ley que tienen personalidad jurídica de derecho público distinta y separada del Fisco; cuentan con un patrimonio propio que originalmente está constituido por fondos públicos y han sido dotadas de autonomía para gestionar el mismo. Son, además, organismos funcionalmente descentralizados que, con tal naturaleza, integran los cuadros orgánicos de la Administración”³¹. Por su parte, Jorge Bermúdez las define de forma muy similar como “persona jurídica de Derecho público, creada por ley de quórum calificado, que tiene por objeto desarrollar una actividad económica, sobre la base de su patrimonio propio y las utilidades de la misma actividad, rigiéndose por normas de derecho privado, salvo excepciones establecidas por una ley de quórum calificado”³².

De las definiciones anteriores y de las normas que regulan a las empresas públicas es posible enumerar las siguientes características:

(i) Son entidades creadas por ley. En virtud del artículo 19 N° 21 inciso segundo de la CPR “el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales sólo si una ley de quórum calificado los autoriza”. La ley que crea

³¹ CGR, 29 de febrero de 1979, Dictamen N° 10. 492.

³² BERMÚDEZ, J. *Op. cit.* 2014. 423p.

la empresa pública incluye también su régimen jurídico, el giro y las funciones que debe cumplir.

(ii) Tienen personalidad jurídica de derecho público propia y patrimonio propio. De acuerdo al artículo 545 del Código Civil, “se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y de ser representada judicial y extrajudicialmente.” Por su parte, el artículo 547 del Código Civil se refiere a las personas jurídicas de derecho público, excluyéndolas de la sujeción a dicho cuerpo normativo, al señalar que “Tampoco se extienden las disposiciones de este título a las corporaciones o fundaciones de derecho público, como la nación, el fisco, las municipalidades”.

(iii) Las empresas públicas forman parte de la Administración del Estado. Esto se encuentra consagrado en el artículo 1º de la de la LOCBGAE. Dicho artículo señala en su inciso segundo:

“Artículo 1º inciso segundo: La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley”.

Las empresas públicas son integrantes de la Administración del Estado, pese a que el artículo 21 de la LOCBGAE excluye a las empresas públicas de la

aplicación del Título II de la Ley. Asimismo, el artículo 19 N° 21 de la CPR señala que las empresas públicas se registrarán por las normas de derecho común aplicables a los particulares. “Las empresas del Estado son personas jurídicas que por su origen pertenecen al Estado-nación, con todas las implicancias que tal generación trae consigo, pero que, en su regulación, entonces, no necesariamente, como hasta la etapa 1970-1973, han de estar sujetas a las disposiciones del derecho público administrativo”³³.

(iv) Se trata de entidades autónomas, pero que se encuentran sujetas a la supervigilancia de la Administración. Esto se manifiesta, por ejemplo, en que cada empresa se relaciona con el Presidente de la República a través de algún Ministerio.

(v) Las empresas del Estado al formar parte de la Administración se encuentran sometidas al principio de legalidad y de probidad administrativa, así como a los controles de la Cámara de Diputados, la Contraloría General de la República y el Consejo para la Transparencia. Esto es sin perjuicio de que el artículo 19 N° 21 CPR las somete al régimen de derecho común.

A continuación, se enumeran las empresas públicas creadas por ley según la materia a la que corresponden:

³³ PANTOJA, R. *Op. cit.* 2004. 192p.

A) Empresas de defensa nacional:

- (i) Astillero y Maestranzas de la Armada (ASMAR) (Ley N° 18.296 de 1984),
- (ii) Fábricas y Maestranzas del Ejército (FAMAE) (Decreto N° 375 de 1979),
- (iii) Empresa Nacional de Aeronáutica de Chile (ENAER) (Ley N° 18.297 de 1984),

B) Empresas de la minería:

- (iv) Corporación del Cobre (CODELCO) (DL N° 1.350 de 1976),
- (v) Empresa Nacional de Minería (ENAMI) (DFL N° 153 de 1960),
- (vi) Empresa Nacional del Petróleo (ENAP) (Ley N° 9.618 de 1950, actual DFL N° 1 de 1987),

C) Empresas de comunicaciones:

- (vii) Correos de Chile (DFL N° 10 de 1982),
- (viii) Televisión Nacional de Chile (TVN) (Ley N° 17.377 de 1970, actual Ley N° 19.132 de 1992),

D) Empresas de transportes:

- (ix) Empresa de Ferrocarriles del Estado (EFE) (Ley N° 19.170 de 1992),

(x) Empresas Portuarias de Arica, Iquique, Antofagasta, Coquimbo, Valparaíso, San Antonio, Talcahuano-San Vicente, Puerto Montt, Chacabuco y Austral (Ley N° 19.542 de 1997),

E) Otras:

(xi) Banco del Estado de Chile (DFL N° 126 de 1953, actual DL N° 2079 de 1978),

(xii) Empresa de Abastecimiento de Zonas Aisladas (DFL N° 274 de 1960).

2.2. Sociedades del Estado

Las sociedades del Estado corresponden a una segunda forma de organización de la actividad empresarial del Estado. Se trata de personas jurídicas de derecho privado, con fines de lucro en las que participa algún órgano de la Administración del Estado.

Se encuentran recogidas en el artículo 6° de la LOCBGAE, que señala:

“Artículo 6°.- El Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser un quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales.

Las entidades a que se refiere el inciso anterior no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas”.

Bermúdez define a las sociedades del Estado “como aquella persona jurídica de derecho privado; creada por un órgano de la Administración del Estado, que tiene facultad para ello, que cuenta con fondos provenientes del Estado, o en que sus organismos tengan aportes de capital, representación y participación; y que es creada a través de procedimientos de contratación de Derecho privado”³⁴.

De esta forma podemos señalar que las sociedades del Estado tienen las siguientes características:

(i) No son creadas por ley. Son personas jurídicas de derecho privado, por lo que son creadas conforme a las reglas del derecho común. Sin embargo, la participación y representación de un órgano de la Administración requiere de una ley que lo autorice.

(ii) Tienen personalidad jurídica de derecho privado. Se rigen por las normas del derecho privado en la formación y ejercicio de su actividad.

(iii) No forman parte de la Administración del Estado. Esta característica se desprende de la enumeración que hace el artículo 1º de la LOCBGAE. Sin embargo, parte influyente de la doctrina sostiene que sí forman parte de la Administración del Estado, puesto que la Constitución no hace diferencia al referirse a la actividad empresarial del Estado. De la misma manera los controles de la Cámara de Diputados, de la Contraloría General de la República y del

³⁴ BERMÚDEZ, J. *Op. cit.* 2014. 427-428 pp.

Consejo para la Transparencia tampoco diferencian entre empresas públicas y sociedades del Estado. Por su parte, Eduardo Soto Kloss sostiene que pertenecen a la Administración del Estado debido a que en muchos casos son las continuadoras legales o sucesoras legales de servicios públicos que ejercen funciones públicas³⁵.

(iv) No existiría una sujeción absoluta a los principios de legalidad y probidad administrativa, ya que se trata de sociedades con personalidad jurídica de derecho privado y que se rigen por las normas de derecho común. Esto es sin perjuicio del control y vigilancia que ejercen los distintos organismos.

(v) Las sociedades del Estado pueden ser creadas por el Estado o existir previamente en el mundo privado. El primer caso se presenta cuando se crean filiales de empresas públicas o bien, cuando se constituyen las sociedades del Estado como las continuadoras legales de algún servicio público. Por su parte, el segundo caso se refiere a situaciones en que el Estado compra acciones de una empresa privada. Esto último sucede especialmente cuando se desarrollan procesos de privatización, en los cuales se pretende mantener algún grado de control en manos del Estado.

Son sociedades donde el Estado tiene participación mayoritaria las siguientes:

³⁵ SOTO KLOSS, E. 2000. Sociedades del Estado. En: Revista de Derecho Administrativo Económico, Volumen10 n°2. 339p.

A) Empresas sanitarias:

(i) Empresa Concesionaria de Servicios Sanitarios S.A. (ECONSSA) (no tiene ley que la regula),

(ii) Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias S.A. y Empresa de Obras Sanitarias de Valparaíso S.A. (EMOS S.A. y ESVAL S.A.) (Ley N° 18.777 de 1989),

(iii) Empresa de Servicio Sanitario Las Peñuelas (no tiene ley que la regula),

B) Empresas de comercialización de productos agrícolas:

(iv) Comercializadora de Trigo S.A. (COTRISA) (no tiene ley que la regula),

(v) Sociedad Agrícola Sacor S.A. (actualmente en liquidación),

(vi) Sociedad Agrícola y Servicios Isla de Pascua SpA (SASIPA) (no tiene ley que la regula),

C) Empresas de la minería:

(vii) Empresa Nacional del Carbón (ENACAR) (actualmente en proceso de liquidación),

D) Empresas de transporte:

(viii) Empresa Marítima del Estado S.A. (Ley N° 18.773 de 1989),

(ix) Empresa de Transporte Metro S.A. (Ley N° 18.772 de 1989),

E) Empresas de comunicaciones:

(x) Empresa Periodística La Nación S.A. (DL N° 111 de 1932, fue transformada en sociedad en 1982) (actualmente en proceso de liquidación),

F) Otras:

(xi) Casa de Moneda de Chile (Ley N° 20.309 de 2008),

(xii) Polla S.A. (Decreto N° 152 de 1980, Ley 18.851 de 1989),

(xiii) Zona Franca de Iquique S.A. (ZOFRI) (Ley N° 18.846 de 1989).

Pese a las diferencias entre las empresas públicas y las sociedades del Estado, en la práctica ambas comparten importantes características: (i) ambas se rigen por el derecho común; (ii) ambas requieren de una ley de quórum calificado, en las empresas públicas para su creación, en las sociedades del Estado para autorizar la participación del órgano estatal; (iii) ambas están sujetas al control de la Cámara de Diputados, de la Contraloría General de la República y del Consejo para la Transparencia; (iv) en ambas el nombramiento de los directores requiere de la conformidad del Ministerio con el que se relacionan; y (v) ambas pueden ser representadas por el Consejo de Defensa del Estado

(artículo 3° N° 3 del DFL N° 1 de 1993 Fija Texto Refundido, Coordinado y sistematizado de la LOCCDE)³⁶.

Además de estas similitudes, la CPR no distingue entre ambas clases de empresas, puesto que en el artículo 19 N° 21 habla de “actividad empresarial del Estado”, sin referirse a la naturaleza jurídica de esta actividad en concreto. En este sentido, no tiene relevancia la distinción hecha por la Contraloría General de la República entre empresas públicas y empresas privadas del Estado. “Desde la Constitución no es posible distinguir entre “empresas públicas” y “empresas privadas” del Estado, pues su normativa está referida a las “actividades empresariales del Estado” de cualquier clase que fueren; sea para “desarrollar” estas actividades empresariales, esto es mediante un modelo de intervención publicado orgánicamente; sea para “participar en ellas” mediante un sistema de suscripción de contratos privados”³⁷.

2.3. Sistema de Empresas Públicas

El Sistema de Empresas Públicas (SEP) es un holding que agrupa a 22 empresas cuyo accionista o propietario es el Estado de Chile. Asimismo, representa los intereses de la Corporación de Fomento de la Producción en

³⁶ CHILE. Ministerio de Hacienda. 1993. Decreto con Fuerza de Ley N°1: Fija Texto Refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado. 28 de julio de 1993.

³⁷ CORDERO, L. 2015. Lecciones de Derecho Administrativo. Santiago, Legal Publishing. 488p.

aquellas empresas en que opera como accionista. A través de este sistema se organizan y administran un número importante de empresas públicas y sociedades del Estado.

El Sistema de Empresas Públicas representa los intereses del Estado y tiene como función principal operar como organismo técnico asesor, especialmente en relación al gobierno corporativo de las empresas que forman parte³⁸. Se trata de un Comité creado por la CORFO que no tiene personalidad jurídica propia, y que actúa por delegación de las funciones de CORFO. Es el continuador legal del Sistema Administrador de Empresas (SAE) que operó entre 1997 y 2000 con el objeto de representar los intereses, derechos y acciones de CORFO en las sociedades en que participaba.

Las 22 empresas que forman parte del Sistema de Empresas Públicas son:

Casa de Moneda de Chile, Correos de Chile, Comercializadora de Trigo S.A. (COTRISA), Empresa Concesionaria de Servicios Sanitarios S.A. (ECONSSA), Empresa de Ferrocarriles del Estado (EFE), Empresa Nacional del Carbón (ENACAR), Empresa Portuaria de Arica, de Iquique, de Antofagasta, de Coquimbo, de Valparaíso, de San Antonio, de Talcahuano-San Vicente, de Puerto Montt, de Chacabuco y Austral, Empresa de Servicio Sanitario Las Peñuelas, Metro S.A., Polla S.A, Sociedad Agrícola Sacor S.A., Sociedad

³⁸ SISTEMA DE EMPRESAS PÚBLICAS [en línea] <<http://www.sepchile.cl/atribuciones>> [consulta 4 de marzo de 2015]

Agrícola y Servicios Isla de Pascua Limitada (SASIPA), Zona Franca de Iquique S.A. (ZOFRI).

Además, representa los derechos de CORFO como accionista minoritario en Aguas Andinas S.A, Empresa de Servicios Sanitarios de Bio-bio S.A. (ESSBIO S.A.), de Valparaíso (ESVAL S.A.) y de Los Lagos (ESSAL S.A.).

3. El rol empresarial de la Corporación de Fomento a la Producción

3.1. Estructura corporativa

La Corporación de Fomento de la Producción es un organismo que forma parte de la Administración del Estado. Conforme al artículo 22 de la Ley N° 6.640 que Crea la Corporación de Fomento de la Producción, CORFO es una persona jurídica encargada de un plan de fomento de la producción nacional. Tiene personalidad jurídica propia y de derecho público.

En cuanto a su organización, en primer lugar, CORFO es administrada y dirigida por un Consejo Directivo presidido por el Ministro de Economía e integrado por los Ministros de Hacienda, de Relaciones Exteriores, de Desarrollo Social, de Agricultura, además de un representante del Presidente de la República y un Vicepresidente Ejecutivo. La composición de este Consejo refleja

la fuerte vinculación de CORFO con el Poder Ejecutivo, de manera de operar como un órgano que desarrolle las políticas públicas en materia económica y de desarrollo.

En segundo lugar, la Corporación está compuesta por los Comités CORFO. Estos Comités son entidades creadas con finalidades específicas que reúnen a representantes del mundo privado y del sector público. Estos Comités son: el Sistema de Empresas Públicas (ya mencionado), el Consejo Nacional de Producción Limpia, Innova BíoBío, el Comité Seguro Agrícola y el Centro de Energías Renovables.

El Sistema de Empresas Públicas, como se ha revisado anteriormente, es un comité a cargo de la gestión y coordinación de las empresas públicas que se encuentran bajo su gestión y representa los intereses de CORFO en aquellas empresas en que ésta tiene participación; el Consejo Nacional de Producción Limpia es un comité de naturaleza mixta a cargo de difundir e implantar sistemas productivos más limpios y eficientes en las empresas privadas; Innova BíoBío es un fondo de innovación tecnológica de la Región de BíoBío orientado a promover la innovación, la transferencia y las capacidades tecnológicas en la región; el Comité de Seguro Agrícola fomenta el Seguro Agrícola y administra el sistema de subsidio del Estado para el copago de las primas del Seguro Agrícola; por último, el Centro de Energías Renovables nace con el objetivo de promover y facilitar las condiciones para el establecimiento de la industria de Energías

Renovables no Convencionales (ERNC) que permitan asegurar el suministro y diversificar la matriz energética³⁹.

De los Comités CORFO antes descritos, sólo el Sistema de Empresas Públicas mantiene un rol empresarial, puesto que los demás cumplen con las funciones de fomento, investigación y promoción de la Corporación.

3.2. Principales funciones de la Corporación de Fomento

En la actualidad CORFO funciona como un organismo público destinado al fomento de determinados sectores productivos a través de planes y programas de créditos, capacitaciones, financiamiento e investigación.

Las funciones de CORFO se encuentran recogidas en la Ley N° 6.640 y en el DFL N° 211 de 1960. Estas funciones son principalmente las siguientes:

(i) Realizar, en colaboración con las entidades de fomento fiscales, semifiscales o privadas, estudios destinados a encontrar los medios más adecuados para crear nuevas producciones o aumentar las actuales, mejorando las condiciones en que éstas se desenvuelven en cuanto a calidad, rendimientos y costos de

³⁹ CORPORACIÓN DE FOMENTO DE LA PRODUCCIÓN [en línea] <<http://www.corfo.cl/sobre-corfo/estructura-corporativa/comites-corfo>> [consulta 7 de marzo de 2015]

producción y los destinados a facilitar el transporte, el almacenamiento y venta de los productos (artículo 25 letra b) de la Ley N° 6.640).

(ii) Ayudar a la fabricación en el país o a la importación de maquinarias y demás elementos para la producción (artículo 25 letra d) de la Ley N° 6.640).

(iii) Proponer y ayudar a la adopción de medidas destinadas a aumentar el consumo de productos nacionales o a obtener una mayor participación de intereses chilenos en actividades industriales y comerciales (artículo 25 letra e) de la Ley N° 6.640).

(iv) Presentar al Gobierno el orden de prioridad con que deba acometerse la ejecución de los diversos proyectos para el desarrollo de la economía nacional, ya sea que estos vayan a ser ejecutados directamente por el Estado o a través de cualquiera de sus organismos, y estimular las inversiones de los particulares en igual orden (artículo 6° letra b) del DFL N° 211 de 1960).

(v) Conceder préstamos en moneda nacional (artículo 20 inciso primero del DFL N° 211 de 1960).

Por su parte, la Gerencia de Desarrollo Empresarial es la encargada de llevar a cabo la actividad empresarial de CORFO (junto al Sistema de Empresas Públicas). Dicha Gerencia tiene las siguientes funciones:

(i) Aumentar la productividad y competitividad de las empresas localizadas a lo largo del país a través de la creación e implementación de todos los programas e instrumentos necesarios para el logro de tal objetivo⁴⁰.

(ii) Tiene a su cargo la atracción de inversiones a regiones, correspondiéndole especialmente la planificación y gestión de acciones destinadas a fomentar la materialización de inversión privada en el país, nacional o extranjera.

Además, cuenta con una Subgerencia de Proyectos de Inversión Nacional encargada de promocionar y apoyar la materialización de proyectos de inversión por parte de empresas nacionales, esto es empresas públicas y privadas.

3.3. Rol empresarial

En la actualidad CORFO ha perdido el rol que tenía como principal gestor de la actividad empresarial del Estado. Esto se manifiesta en que de los Comités CORFO sólo uno esté destinado a la actividad empresarial, concentrándose las funciones de CORFO en el rol de fomento y de investigación. Pese a esto, CORFO mantiene su participación en un número importante de sociedades del Estado.

⁴⁰ CHILE. Ministerio de Hacienda. 2011. Resolución Exenta N° 2103: deja sin efecto resolución (E) N° 365, de 2004 y sus modificaciones y aprueba nuevo texto sobre organización y descripción general de funciones y coordinación de la Corporación. 26 de octubre 2011. Artículo 10

CORFO tiene participación actualmente en las siguientes sociedades:

(i) Empresa Concesionaria de Servicios Sanitarios (ECONSSA): CORFO posee un 99% de participación accionaria y representación en el Directorio (Ley N° 18.885 de 1990);

(ii) Empresa de Servicios Sanitarios Lago Peñuelas: CORFO es uno de los fundadores, posee un 64,05% de participación accionaria y representación en el Directorio (escritura societaria de 30 de septiembre de 1998);

(iii) Empresa de Servicios Sanitarios Los Lagos S.A.: CORFO es uno de los fundadores, posee un 5% de participación accionaria y representación en el Directorio (Ley 18.885 de 1990);

(iv) Empresa de Servicios Sanitarios Biobío (ESSBIO S.A.): CORFO posee un 5% de participación accionaria y representación en el Directorio (Ley 18.885 de 1990. Luego, con fecha 9 de abril de 1990 se constituye sociedad "Servicios Sanitarios del Bio Bio S.A.");

(v) Aguas Andinas: CORFO posee un 5% de participación accionaria y representación en el Directorio (Ley 18.777 de 1989. Luego, con fecha 31 de mayo de 1989 se constituye sociedad "Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias S.A." hoy "Aguas Andinas S.A.");

(vi) Empresa Sanitaria de Valparaíso (ESVAL): CORFO posee un 5% de participación accionaria y representación en el Directorio (Ley 18.777 de 1989.

Luego, con fecha 12 de junio de 1989 se constituye sociedad "Empresa de Obras Sanitarias de Valparaíso S.A.");

(vii) Sociedad Agrícola Sacor S A.: CORFO posee un 99,99% de participación en la sociedad y representación en el Directorio (escritura societaria de 31 de agosto de 1964 constituye la "Sociedad Agrícola Corporación de Fomento de la Producción y Cía Limitada", hoy "Sociedad Agrícola SACOR Limitada");

(viii) Empresa Nacional del Carbón (ENACAR): CORFO posee un 99,97% de participación accionaria y representación en el Directorio (constitución el 15 de junio de 1921 como "Compañía Minera e Industrial de Chile", hoy "Empresa Nacional del Carbón S.A.". Luego, con fecha 27 de mayo de 1975, se dictó el DL N° 931, que autoriza la integración de compañías carboníferas que indica, filiales de CORFO, con fecha 17 de diciembre de 1993, adquiere acciones, de acuerdo a lo señalado por los títulos accionarios correspondientes);

(ix) Sociedad Agrícola y Servicios Isla de Pascua Limitada: CORFO posee un 99,92% de participación en la sociedad y representación en el Directorio (constituida el 10 de noviembre de 1980);

(x) Polla Chilena de Beneficencia S.A.: CORFO posee un 99% de participación accionaria y representación en el Directorio (Ley N° 18.851 de 1989);

(xi) Comercializadora de Trigo COTRISA: CORFO posee un 97,24% de participación accionaria y representación en el Directorio (constituida el 17 de noviembre de 1986);

(xii) Zona Franca de Iquique (ZOFRI): CORFO, siendo uno de los fundadores, posee un 71,28% de participación accionaria y representación en el Directorio (Ley N° 18.846 de 1989);

(xiii) Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.: CORFO posee un 56,74% de participación accionaria y representación en el Directorio (Ley N° 18.772 de 1989);

(xiv) Prince of Wales Country Club: CORFO posee 100 acciones, 24 acciones serie P, 56 acciones serie B y 20 acciones serie A (Decreto Ley N° 1.264, de 28 de noviembre de 1975, dispuso la expropiación de los Bienes de la Industria Nacional de Neumáticos S.A. (INSA.), a favor de la Corporación de Fomento de la Producción, la totalidad de los bienes de cualquier naturaleza que integran el patrimonio de INSA. Con fecha 13 de junio de 2000, se realizó traspaso de acciones según se detalla en los títulos accionarios respectivos);

(xv) ENAP Refinerías S.A.: CORFO posee menos de un 1% de participación (constituida el 14 de enero de 1981);

(xvi) Casa de Moneda de Chile S.A.: CORFO posee un 99% de participación accionaria y representación en el Directorio (Ley N°. 20.309 de 2009);

(xvii) Compañía y Forestal Maderera Panguipulli S.A.: CORFO posee 90 acciones de participación accionaria (constituida el 6 de julio de 1988).

Por su parte, tiene representación en el Directorio de las siguientes empresas:

(i) Correos de Chile: Ley N° 18.016 de 1981;

(ii) Empresa de Ferrocarriles del Estado: Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 1993;

(iii) Empresas Portuarias de Arica, Iquique, Antofagasta, Coquimbo, Valparaíso, San Antonio, Talcahuano, Puerto Montt, Chacabuco y Austral: Ley N° 19.542 de 1997;

(iv) Empresa Nacional de Minería. Decreto con Fuerza de Ley N° 153 de 1960;

(v) Centro de Investigación Minera y Metalúrgica: constituido el 11 de agosto de 1970;

(vi) Empresa de Abastecimiento de Zonas Aisladas: Decreto con Fuerza de Ley N° 274 de 1960;

(vii) Empresa Nacional del Petróleo: Ley N° 9.618 de 1950.

CAPÍTULO 2. RÉGIMEN DE DERECHO PÚBLICO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS

1. Condiciones constitucionales

El primer elemento del régimen de derecho público de las empresas del Estado está referido a la regulación constitucional que tiene la materia. La Constitución de 1980 es la primera Constitución en nuestro país que se refiere expresamente a la actividad empresarial del Estado, ya que la Carta Fundamental de 1925 regulaba someramente la libre iniciativa económica⁴¹ y recién con la reforma constitucional de 1970 se introdujo el concepto de empresa del Estado⁴².

⁴¹ El artículo 10 número 10 de la Constitución de 1925 regulaba el derecho de propiedad. En el inciso tercero del referido artículo se establecía la posibilidad de que el Estado se reservara el dominio de ciertos recursos naturales o actividades productivas: “Cuando el interés de la comunidad nacional lo exijan, la ley podrá **reservar al Estado el dominio exclusivo** de recursos naturales, bienes de producción u otros, que declare de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país”.

Por su parte, el mismo artículo 10 en su numeral 14 inciso tercero se refería a lo que hoy se entiende como la libre iniciativa económica: “Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional y una lei lo declare así (sic)”.

⁴² En la reforma constitucional de 1970 (DFL 519 de 24 de marzo de 1970) se incorporó la regulación de las empresas nacionalizadas en la Reforma DECIMOSEPTIMA. A modo ejemplar se puede señalar: “a) Corresponderá al Contralor General de la República determinar el monto de la indemnización que deba pagarse a **las empresas nacionalizadas** y a sus filiales, conforme a las reglas que se expresan a continuación”. Esta reforma constitucional menciona también a las “empresas del Estado” pero no las regula: “Artículo veintitrés transitorio.- La ley dispondrá lo concerniente a la organización, explotación y administración de las empresas nacionalizadas en virtud de la disposición decimoséptima transitoria de esta Constitución Política, a través de una o más **empresas del Estado**”.

1.1 Normas constitucionales que regulan a las empresas públicas

La actividad empresarial de Estado se encuentra regulada, en primer lugar, dentro de las garantías constitucionales en el artículo 19 N° 21 inciso segundo de la CPR, que señala:

“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”.

El artículo citado corresponde a la principal regulación de la materia, consagrando, por una parte, la posibilidad que tiene el Estado de desarrollar actividades económicas y, por otra, la sujeción de esta actividad a las normas de derecho común. A este respecto resulta útil hacer un análisis acabado del contenido de este artículo.

En primer lugar, la CPR reconoce al Estado la posibilidad de desarrollar actividades empresariales. Señala que “el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas”. De esta forma, cualquier órgano estatal, sea que forme parte de la Administración o no, podrá desarrollar actividades empresariales, puesto que la CPR no especifica qué

organismos son los autorizados. Esto es sin perjuicio de que en la práctica se trata de instituciones que forman parte de la Administración.

Luego, las palabras “desarrollar” y “participar” muestran las formas en que el Estado puede ejercer la actividad empresarial. Así, “desarrollar” se refiere a los casos en que el Estado inicia una actividad empresarial, de tal manera que se acerca a la forma jurídica de empresa pública creada por ley. En contraste el vocablo “participar” tiene una connotación de accesoriedad y se corresponde con los casos en que el Estado tiene participación en sociedades⁴³.

Por su parte, el concepto de “actividades empresariales” debe ser entendido en un sentido amplio, puesto que no está limitado a ciertas áreas o bienes de producción considerados de interés general o destinados a un fin público. La CPR se refiere genéricamente a la “actividad empresarial”, por lo que los únicos límites son los señalados en el inciso primero del mismo artículo, esto es, la moral, el orden público, la seguridad nacional y las normas legales que regulan determinada actividad. Sin embargo, en las sesiones de la Comisión de Estudio de una Nueva Constitución (CENC) se estableció que actividad empresarial era una especie dentro del género actividad económica. “Por consiguiente, actividad económica es toda aquella susceptible de producir lucro o de alterar los elementos que lo producen; actividad empresarial es aquella actividad económica

⁴³ FERNANDOIS, A. 2001. Derecho Constitucional Económico. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile. 225p.

que el ente despliega organizado en un conjunto de personas y bienes llamado “empresa”⁴⁴. La importancia de esta distinción es que, en palabras de los propios miembros de la CENC, el Estado no tiene limitaciones para desarrollar actividades económicas (como las normativas), conforme al inciso primero del artículo, sino sólo para desarrollar actividades adoptando la forma jurídica de una empresa.

Por último, la actividad empresarial del Estado incluye cualquier forma jurídica que ésta adopte, es decir incluye a las empresas públicas creadas por ley y a las sociedades del Estado.

En segundo lugar, la CPR señala que esta actividad empresarial puede desarrollarse por el Estado o sus organismos “sólo si una ley de quórum calificado los autoriza”. La exigencia de una ley de quórum calificado es fundamental a la hora de comprender este artículo, puesto que es en base a ella y a la interpretación que se le otorga a esta norma, que se ha construido la doctrina del principio de subsidiariedad de la actividad empresarial estatal. En este sentido, se ha entendido que la exigencia de un quórum elevado para la autorización de estas actividades implica la excepcionalidad de las mismas y que por lo tanto lo que se consagra es la primacía de la iniciativa privada en la economía.

Sin embargo, como se verá más adelante, la exigencia de una ley de quórum calificado no significa necesariamente la consagración del principio de

⁴⁴ *Ibíd.* 224p.

subsidiariedad, sino que se trata simplemente de una materia que es reserva de ley y que además debe cumplir con un quórum determinado.

En tercer lugar, el artículo 19 N° 21 inciso segundo señala que las actividades empresariales del Estado “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”. De acuerdo a esto, el Estado, una vez autorizado para actuar en el ámbito empresarial, debe someterse a las mismas normas que los particulares, lo que se traduce principalmente en el sometimiento a las normas comerciales y laborales comunes.

Lo que se pretende con esta regulación es que el Estado actúe en igualdad de condiciones con los privados, sin que existan prerrogativas a favor del primero. Sin embargo, el mismo artículo permite excepciones a esta supuesta igualdad, puesto que a través de leyes de quórum calificado se puede excluir a las empresas de Estado de estas normas o bien someterlas a normas adicionales o complementarias.

Por su parte, la actividad empresarial el Estado también tiene una regulación a propósito de las materias de ley. Así, el artículo 63 de la Constitución establece que:

“Artículo 63: Sólo son materia de ley: 9) Las que fijen las normas con arreglo a las cuales las empresas del Estado y aquellas en que éste tenga

participación puedan contratar empréstitos, los que en ningún caso, podrán efectuarse con el Estado, sus organismos o empresas.”

El artículo 63 de la CPR enumera todos los casos en que la ley debe regular determinadas áreas. En el caso particular del N° 9 la reserva de ley se refiere a las normas que regulan la contratación de empréstitos por parte de las empresas públicas. Es decir, las normas que se refieren a esta materia deben tener carácter legal sin que sea suficiente una regulación puramente reglamentaria o administrativa.

Luego, la segunda parte de la norma introduce una limitación adicional señalando que, en ningún caso, aunque sea mediante la dictación de una ley, podrán efectuarse empréstitos con el Estado u otras empresas públicas. Esta prohibición tiene por objeto evitar que las empresas públicas tengan prerrogativas por sobre las empresas privadas en materia de endeudamiento y acceso al crédito.

Finalmente, se establece en la CPR que el Presidente de la República tendrá la iniciativa exclusiva de los proyectos de ley que creen nuevas empresas del Estado. Así lo señala el artículo 65 inciso cuarto n°2:

“Artículo 65 inciso 4°: Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para: 2° crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones”.

De esta forma, la creación o supresión de las empresas del Estado debe emanar de la Administración del Estado, sin que pueda tener su origen en el Congreso.

Las normas transcritas le reconocen al Estado la posibilidad de desarrollar actividades económicas estableciendo las condiciones para su ejercicio. A partir de ellas se ha construido una posición doctrinaria mayoritaria que sostiene que la Constitución consagra el principio de subsidiariedad del Estado. A continuación, revisaremos los postulados de dicha doctrina y luego haremos un análisis crítico de la misma.

1.2. Principio de subsidiariedad

A) Posición mayoritaria de la doctrina

El principio de subsidiariedad ha sido postulado y defendido por un grupo importante de abogados, economistas y políticos. Dicho principio alude al rol subsidiario que debe mantener el Estado en todas las áreas en que un privado tiene interés y capacidad de participar, especialmente en materia económica. “El intervencionismo económico del poder público no sería admitido sino a título se

subsidiario, es decir, en caso de falencia o de insuficiencia notoria de los mecanismos naturales del mercado”⁴⁵. Uno de los principales autores que postula el principio de subsidiariedad en Chile es Arturo Fermandois, quien plantea el concepto a partir de la encíclica papal *Quadragesimo Anno* de 1941 de Pío XI y señala que “si se ha reconocido a cada sociedad autonomía para conseguir su fin propio y específico, entonces, consecuentemente debemos negar a la sociedad superior competencia para invadir el campo propio de las sociedades menores. Esto a su vez es consecuencia de que las sociedades mayores no se crean para hacer lo que las menores pueden hacer por sí solas, sino para hacer precisamente lo que éstas no pueden hacer”⁴⁶.

Así, el principio significa que “ninguna sociedad superior puede invadir el campo que respecto de su propio fin específico pueden llenar las entidades menores, puesto que lo que pueden hacer éstas es a ellas a quienes compete realizarlo. De allí que lo que las sociedades intermedias o particulares pueden hacer y lo hacen, no puede ser asumido por el Estado”⁴⁷.

De esta forma, este principio plantea que la actividad empresarial del Estado es excepcional y, como tal, relega al Estado solo a aquellas actividades que los privados no quieren realizar o no se encuentran en condiciones de hacerlo. Por

⁴⁵ MODERNE, F. 2005. *Principios Generales del Derecho Público*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 174p.

⁴⁶ FERMANDOIS, A. *Op. cit.* 2001. 72p.

⁴⁷ SOTO KLOSS, E. 1999. La actividad económica en la Constitución Política de la República de Chile (la primacía de la persona humana). *En: lus Publicum* n°2. Santiago, Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho. 120p.

su parte, Fernandois enumera los requisitos que se deben cumplir para que el Estado pueda intervenir. Así, debe tratarse de actividades, bienes o fines claramente convenientes para el bien común general, que los particulares no estén logrando un desarrollo adecuado de dichas actividades o bienes o que no haya presencia de particulares y que el Estado haya agotado todos sus esfuerzos para que los particulares asuman tales actividades⁴⁸.

El fundamento de este principio se encuentra, en primer lugar, en las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC) en la que se discutió si la CPR debía contemplar una norma expresa donde se consagrara el rol subsidiario del Estado⁴⁹, de manera de evitar el crecimiento del aparato estatal producido en los años anteriores al Régimen Militar. Si bien los comisionados propusieron y defendieron la idea del principio de subsidiariedad, finalmente no se incluyó una norma expresa, pues se entendió comprendida en el artículo 19 N° 21 inciso segundo de la CPR. Además, de acuerdo a Fernandois en la Sesión N° 388 de la CENC los comisionados discutieron sobre el alcance del artículo 19 N° 21 en el sentido de si el Estado y sus organismos eran titulares o no de dicha garantía constitucional. En tal oportunidad Enrique Ortúzar y Raúl Bertelsen argumentaron en contra de tal posibilidad, señalando que las garantías constitucionales se establecen a favor de las personas frente al Estado y no a

⁴⁸ FERNANDOIS, A. *Op. cit.* 2001. 73p.

⁴⁹ NAVARRO BELTRÁN, E. 2000. Marco constitucional del Estado empresario: una concreción del principio de subsidiariedad. En: XXX Jornadas de Derecho Público: Asociaciones intermedias, Estado y bien común. Tomo I. Valparaíso, Universidad de Valparaíso, Facultad de Derecho, EDEVAL. 368p.

favor del Estado. En tal sentido, la libertad económica se le reconoce a las personas y sólo excepcionalmente al Estado, pero no como titular de la libertad sino como autorizado para realizar ciertas actividades empresariales.

En segundo lugar, el rol subsidiario del Estado se puede construir, según sus defensores, a partir de otros principios que consagra la CPR⁵⁰. Estos principios son la servicialidad del Estado (artículo 1º inciso cuarto), la supremacía de la persona humana (artículo 1º inciso cuarto y artículo 5º inciso segundo), el reconocimiento de los derechos fundamentales (artículo 19) y el carácter instrumental del Estado (artículo 1º y artículo 5º inciso segundo). En base a estos principios se ha desarrollado una interpretación de la CPR que consagra el rol subsidiario del Estado en todas las áreas en que existe algún interés particular. De esta forma, la subsidiariedad se extiende en materia económica, en educación, salud, pensiones, y cualquier actividad en que participen los particulares.

Además de estas razones, Arturo Fermandois agrega otras dos. Por una parte, señala que el uso de la expresión “sólo” del inciso segundo del artículo 19 N° 21 de la CPR “subraya que el evento que contempla sólo tiene lugar una vez cumplidos determinados requisitos, [y] devela la intención lógica del constituyente de imponer una regla general, no sujeta a requisitos habilitantes – inciso primero – y una excepción, el inciso segundo, sometida a exigencias calificadas”⁵¹. Por

⁵⁰ SOTO KLOSS, E. *Op. cit.* 1999. 122p.

⁵¹ FERMANDOIS, A. *Op. cit.* 2001. 164p.

otra parte, señala que la tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como de los tribunales ordinarios han adoptado este mismo criterio.

B) Crítica al principio de subsidiariedad

Como se ha visto, la doctrina dominante ha postulado que el principio de subsidiariedad se encuentra implícito en la CPR, de manera que la interpretación correcta es aquella que recoge dicho principio.

Sin embargo, el principio de subsidiariedad descrito anteriormente no se encuentra consagrado en nuestra Constitución, ni tampoco en algún otro cuerpo normativo, esto pese a la intención de CENC. De esta forma, la subsidiariedad del Estado es una construcción doctrinaria e ideológica de quienes idearon y redactaron la CPR, pero que al no quedar plasmada en el texto definitivo no representa una posición definitiva o única, ni tampoco es necesariamente la interpretación correcta de la misma.

Los autores Rodrigo Vallejo y Diego Pardow hacen un análisis crítico de la interpretación que la doctrina mayoritaria ha hecho de la actividad empresarial del Estado. Señalan que dicha doctrina sustrae dos principios del artículo 19 N° 21, inciso segundo: el principio de subsidiariedad y el principio de especialidad

del giro⁵². De acuerdo a estos autores, ambos principios se justifican en un “originalismo interpretativo”, es decir, se fundan en la voluntad y sentir de los redactores de la CPR y son defendidos por una doctrina conservadora que comparte dicha voluntad. Sin embargo, dicha interpretación supone entender como suficiente fundamento las convicciones personales y políticas de los redactores, imponiendo una determinada visión a toda la sociedad que en efecto, no está consagrada expresamente. En contraste, “un Estado democrático de derecho exige que sus reglas constitucionales no tengan previamente fijado su contenido desde un punto de vista ideológico, sino que, al contrario, representen un conjunto de valores y principios que compitan entre sí.”⁵³

De esta forma, “el mito de la subsidiariedad pretende que las empresas públicas solo puedan abordar aquellos rubros de la economía que por su escasa rentabilidad no interesan a los particulares, obligando al Estado a comprar solamente los malos negocios”⁵⁴. Esto es así, puesto que conforme al principio de subsidiariedad el Estado solo debe intervenir en las actividades en que no participan los particulares, de manera que se condena a la actividad empresarial estatal al fracaso. Esta crítica es importante, puesto que el fundamento principal

⁵² PARDOW, D. y VALLEJO, R. *Op. cit.* 2001. 136p.

⁵³ *Ibíd.* 139p.

⁵⁴ *Ibíd.* 136p.

de los procesos de privatización de las empresas públicas es que estas son ineficientes y poco rentables⁵⁵.

Por su parte, el principio de especialidad del giro está referido a una limitación que tienen las empresas públicas en el desarrollo de su actividad restringiendo el giro social. De esta forma, la especialidad del giro obliga al legislador a regular el objeto de las empresas públicas de forma muy detallada, incluyendo un catálogo cerrado de actividades y negocios. Además, implica que el juez constitucional debe interpretar restrictivamente la extensión del giro de la empresa. Así, de acuerdo a Fermandois, “el fundamento constitucional de este requisito es claro. Si la actividad empresarial del Estado se mueve en un plano de excepcionalidad, sus alcances deben ser acotados con precisión, y su actuación moverse restrictivamente a lo autorizado, so pena de infracción al principio de subsidiariedad”⁵⁶.

Conforme a Vallejo y Pardow, este principio de especialidad del giro tampoco se encuentra consagrado en la CPR, sino también obedece a la interpretación personal de los redactores de la CPR. La especialidad del giro corresponde a una limitación propia de todas las personas jurídicas, sean públicas o privadas, puesto que define la capacidad jurídica y el campo de acción. La “función del principio de especialidad del giro no es restringir la actividad empresarial del

⁵⁵ ARIÑO ORTIZ, G. 2001. Principios de Derecho Público Económico: modelo de Estado, gestión pública y regulación económica. Granada, Editorial Comares. 457p.

⁵⁶ FERMANDOIS, A. *Op. Cit.* 2001. 228p.

Estado, sino en contraste, permitir a los socios de cualquier compañía regular anticipadamente el riesgo y destino de su inversión”⁵⁷. En el caso de las empresas públicas los socios son todos los ciudadanos que actúan representados por el Congreso, de manera que el giro social debe quedar definido en la ley que crea la empresa o que autoriza en el caso de las sociedades del Estado. Por lo tanto, la extensión del giro dependerá de lo que el legislador determine libremente.

De esta forma, es posible entender la norma del artículo 19 N° 21 inciso segundo como una regulación de la materia y no como una prohibición. Así como se consagró el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, al mismo tiempo, “se reguló la actividad económica que desarrolla el Estado-nación, no desde el punto de vista de la fijación de políticas económicas relativas al sector económico del país, sino para aquellos casos en que el poder administrador quiera constituir o participar en actividades productivas o comerciales”⁵⁸.

Entendido de esta manera, el artículo 19 N° 21 inciso segundo constituye la regulación de la actividad económica del Estado que establece requisitos y condiciones para su ejercicio, los cuales podrán ser criticados o no, pero que no implica una prohibición ni un carácter excepcional de dicha actividad. Así, la

⁵⁷ PARDOW, D. y VALLEJO, R. *Op. cit.* 2001. 147p.

⁵⁸ PANTOJA, R. *Op. cit.* 2004. 188-189 pp.

solución interpretativa que compartimos para entender el precepto se encuentra en la reserva legal.

1.3. Reserva de ley

La reserva de ley se refiere a aquellas actividades o situaciones que son materia exclusiva de ley, es decir que sólo pueden ser creadas y reguladas por normas de esta jerarquía. En Chile, las materias de ley se encuentran enumeradas en el artículo 63 de la CPR. Asimismo, existen materias reservadas de ley recogidas en otros artículos de la CPR, como es el caso de la actividad empresarial del Estado.

El artículo 19 N° 21 inciso segundo señala que “el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas solo si una ley de quórum calificado los autoriza”. Se establece una reserva legal según la cual sólo mediante una ley de quórum calificado se podrán crear empresas públicas. Desde este punto de vista, no existiría una restricción sustantiva a la actividad empresarial estatal. “Una clave democrática solamente exige legitimar en el Congreso una decisión importante sobre políticas públicas y la fórmula

conservadora busca restringir, en términos sustantivos, el rango de opciones constitucionalmente admisibles en el Congreso”⁵⁹.

Por su parte, la exigencia de ley no es un requisito nuevo, puesto que la Constitución de 1925 también exigía que los organismos públicos se crearan por ley. Además, se trata de un requisito derivado del principio de legalidad. “Tanto es así, que se ha postulado que esta exigencia es inocua, ya que si no se hubiera contemplado expresamente, el Estado de todos modos hubiese requerido de una autorización legal para emprender este tipo de actividades, conforme se desprende de lo preceptuado en los artículos 6 y 7 de la Carta de 1980”⁶⁰.

La diferencia está dada por el tipo de ley que se exige en la CPR de 1980. De acuerdo a la doctrina mayoritaria, la exigencia de quórum calificado es un reflejo de la excepcionalidad de la actividad empresarial estatal⁶¹. Sin embargo, la exigencia de quórum calificado no deber ser entendida necesariamente como una forma de otorgarle un carácter excepcional a la actividad empresarial del Estado, sino, de acuerdo a como lo proponen Pardow y Vallejo, se trata de un requisito que hace que la decisión de iniciar una actividad económica sea una decisión lo más democrática posible, incluyendo al Congreso, y que de tal manera se eviten los malos negocios. En el mismo sentido es entendido por Cristián Viera, quien sostiene que “no se trata de impedir la participación del Estado en

⁵⁹ PARDOW, D. y VALLEJO, R. *Op. cit.* 2001. 140p.

⁶⁰ VIERA, C. 2015. La libre iniciativa económica. En: BASSA, J., FERRADA, J., VIERA, C. La Constitución chilena. Santiago, LOM, 148p.

⁶¹ FERNANDOIS, A. *Op. Cit.* 2001. 227p.

actividades empresariales, sino que, aceptada esa posibilidad, se pretende asegurar que el Estado no pondrá en riesgo la libertad de los privados para emprender económicamente, lo que sí puede ocurrir si se permite que una mayoría contingente con su acuerdo permita la aprobación de leyes que autoricen indiscriminadamente el aumento de la actividad empresarial del Estado. [...] Por lo mismo, este quórum alto opera como garantía democrática”⁶².

De lo anterior, es posible sintetizar los requisitos que establece la CPR para la creación y desarrollo de una actividad empresarial por parte del Estado:

- (i) La creación debe ser autorizada por una ley de quórum calificado, y
- (ii) La empresa estará sometida a la legislación común aplicable a los particulares.

Los requisitos anteriores no prohíben ni hacen excepcional la actividad empresarial del Estado, sino que establecen condiciones que podrían limitar en la práctica la creación y desarrollo de la actividad empresarial estatal. La CPR es un instrumento que ha ayudado o facilitado a que se lleven a cabo determinadas políticas públicas y económicas, sin embargo, la ejecución de dichas políticas ha dependido de la voluntad política y de la opción legislativa de quienes han implementado tales medidas y de la interpretación que han hecho del texto constitucional.

⁶² VIERA, C. *Op. Cit.* 2015. 149p.

2. Gobiernos corporativos de las empresas públicas

Un segundo elemento que caracteriza a las empresas públicas es la forma de organización interna que tienen. Dicha organización toma elementos del derecho privado y los relaciona con las características de derecho público propias de las empresas del Estado.

2.1. Descripción de la organización corporativa

A) Concepto de gobierno corporativo

La importancia que juegan las empresas en los mercados y en las sociedades actuales ha derivado en la necesidad de regular su funcionamiento interno y crear mecanismos de control y vigilancia. Es a propósito de estas necesidades que surge el concepto de gobierno corporativo.

El gobierno corporativo hace alusión a la forma en que se organizan las empresas, repartiendo responsabilidades y tareas al interior de la misma. En términos generales, es la relación existente entre la dirección de una empresa, sus accionistas y otras partes involucradas en su funcionamiento. Constituye un conjunto heterogéneo de mecanismos de supervisión y salvaguardia cuya

función es alinear los incentivos de los *insiders* o grupos de control, quienes poseen derecho a voz y voto, con los intereses de los *outsiders* o accionistas minoritarios. Asimismo, la estructura de gobierno corporativo especifica la distribución de derechos y responsabilidades entre los participantes como el directorio, la gerencia, los accionistas y otros interesados, y define los objetivos y desafíos de la compañía.

En definitiva, gobierno corporativo es “el conjunto de instancias y prácticas institucionales, en el proceso de toma de decisiones de la empresa, que contribuyen a la creación sostenible de valor en un marco de transparencia y responsabilidad empresarial, alineando incentivos y promoviendo el respeto a los derechos de los accionistas y grupos de interés que participan directa o indirectamente en la empresa”⁶³.

En Chile, los gobiernos corporativos se encuentran regulados en la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores y en la Ley N° 20.382 que Introduce Perfeccionamientos a la Normativa que regula los Gobiernos Corporativos de las Empresas (Ley de Gobiernos Corporativos). Con la promulgación de esta última ley se ha destacado la importancia de los gobiernos corporativos, además de introducir en Chile una serie de principios que deben enmarcarlos. El Mensaje Presidencial de la Ley de Gobiernos Corporativos señala cuatro principios:

⁶³ Historia de la Ley N° 20.382. Introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas. [en línea]: <<http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero>> [consulta 4 de marzo de 2015]. 5p.

transparencia, corrección de asimetrías de información, fortalecimiento de los derechos de los accionistas minoritarios y autodeterminación⁶⁴.

B) Gobierno corporativo en las empresas públicas

Las empresas públicas y las sociedades del Estado se organizan y estructuran de acuerdo a lo señalado en las leyes que las crean o que autorizan la participación de la Administración y en las escrituras de constitución en el caso de las segundas. Por su parte, el artículo 19 N° 21 de la CPR somete la actividad empresarial del Estado al régimen común de derecho privado, de manera que, salvo disposición en contrario, le son aplicables las normas sobre gobierno corporativo.

En el caso de las sociedades del Estado, al tratarse de personas jurídicas de derecho privado constituidas como sociedades anónimas⁶⁵, se encuentran plenamente sujetas a las normas que regulan la materia, estas son principalmente la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas y Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores. Asimismo, se encuentran sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros. De esta forma, le son aplicables

⁶⁴ *Ibíd.* 6 – 7pp.

⁶⁵ A modo de ejemplo se puede revisar la normativa de Metro S.A. CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 1989. Ley N° 18.772: Establece normas para transformar la Dirección General de Metro en Sociedad Anónima. 28 de enero 1989.

las normas sobre conflicto de interés, la regulación de los procedimientos con partes relacionadas y las funciones y atribuciones del directorio.

Por su parte, las empresas públicas creadas por ley también se encuentran sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros y sujetas a las normas sobre sociedades anónimas abiertas en los casos en que fuera compatible con las leyes que las crean. A modo de ejemplo, podemos citar el DL N° 1350 de 1976 que crea CODELCO que señala en su artículo 1º, inciso segundo: “CODELCO se regirá por las normas de la presente ley y por la de sus Estatutos y, en lo no previsto en ellas y en cuanto fuere compatible y no se oponga con lo dispuesto en dichas normas, por las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas y por la legislación común, en lo que le sea aplicable”.

Por su parte, la Ley de Gobiernos Corporativos, no se refiere en particular a las empresas públicas, pero, tampoco las excluye de su aplicación. En este sentido, y en concordancia con el artículo 19 N° 21 inciso segundo de la CPR, la citada ley es plenamente aplicable a las sociedades del Estado y a las empresas públicas creadas en ley, siempre que no sea incompatible con la ley que la crea.

2.2. Problemas de agencia. ¿Cómo se resuelven?

A) Concepto de problemas de agencia

Como se ha señalado, los gobiernos corporativos tienen por finalidad propender al buen funcionamiento al interior de las empresas, y a regular la relación entre directorio, accionistas y partes relacionadas. En ese contexto, una de las principales dificultades que se presentan son los problemas entre la propiedad y la agencia, es decir, entre el dueño de la empresa y quienes toman las decisiones. “Se llama agente a quien tiene la administración sobre un conjunto de bienes y, correlativamente, el poder para tomar decisiones sobre ellos. En contraste, se llama principal a quien tiene la propiedad sobre ese conjunto de bienes y, correlativamente, el deber de soportar los riesgos derivados de las decisiones del agente”⁶⁶. Por lo tanto, en esquemas de organización en que la administración y la propiedad se encuentran separadas es posible que se produzcan una serie de incentivos para que el agente no actúe diligentemente.

Además de la situación recién descrita, también es posible identificar otros problemas de agencia. En primer lugar, puede haber conflictos entre los accionistas mayoritarios y los minoritarios. En segundo lugar, se pueden

⁶⁶ PARDOW, D. 2008. La Desgracia de lo Ajeno: Un ensayo sobre el problema de la agencia en las relaciones fiduciarias. Santiago, Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Olmué, Universidad Diego Portales. 596p.

presentar conflictos entre la empresa, incluyendo particularmente a sus dueños, y las otras partes con las que la empresa contrata, como los acreedores, empleados y clientes. “Aquí la dificultad reside en asegurar que la empresa, como agente, no se comporte oportunistamente en relación a estos varios otros principales – por ejemplo expropiando a los acreedores, explotando a los trabajadores o engañando a los consumidores”⁶⁷.

Estos problemas de agencia generan consecuentemente otras dificultades propias de organizaciones empresariales complejas.

En primer lugar, el principal problema que se presenta es el de la asimetría de información. En la relación agente y principal surgen los problemas de selección adversa y azar moral. El primero se refiere al proceso de elección del agente, puesto que el principal se enfrentará a un grupo de candidatos a quienes conoce de un modo imperfecto. El azar moral se refiere a que el agente no solo “controla el proceso de toma de decisiones, sino también el flujo de información que recibirá el principal para poder evaluar su desempeño”⁶⁸.

En segundo lugar, es posible que se presenten conflictos de interés entre agente y principal. Comúnmente los conflictos de interés se vinculan con la infracción a los deberes de lealtad de alguna de las partes. Este principio ha sido

⁶⁷ ARMOUR, J., HANSMANN, H. y KRAAKMAN, R. 2009. Agency problems, legal strategies and enforcement. Harvard Law Review, Discussion paper No. 644. 7/. 3p. “Here the difficulty lies in assuring that the firm, as agent, does not behave opportunistically toward these various other principal-such as by expropriating creditors, exploiting workers, or misleading consumers”. [traducción propia]

⁶⁸. PARDOW, D. *Op. cit.* 2008. 597 p.

definido como “la obligación que tienen los directores, ejecutivos, empleados y accionistas de someter su actuación a una celosa obediencia destinada a proteger los intereses de la sociedad por sobre cualquier tipo de interés individual o grupal, absteniéndose en consecuencia de ejercer cualquier actividad que pueda ir en perjuicio directo de la misma”⁶⁹. Los conflictos de interés se pueden presentar por los incentivos que tiene el agente de obrar en su propio beneficio a expensas del principal y sin ser detectado por el mismo, dada la situación privilegiada en la que se encuentra.

En Chile, el conflicto de interés se encuentra regulado en la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas. Así, el artículo 42 de la citada Ley establece las prohibiciones que tienen los directores, señalando en su numeral 1° “proponer modificaciones de estatutos y acordar emisiones de valores mobiliarios o adoptar políticas o decisiones que no tengan por fin el interés social” (deber de lealtad). Asimismo, el artículo 39 de la Ley establece una protección de los intereses sociales. Por su parte, el artículo 44 de la misma Ley regula las situaciones de conflicto de interés de los directores, estableciendo el procedimiento aplicable cuando existe tal conflicto y los artículos 146 y 147 (introducidos a propósito de la Ley de Gobiernos Corporativos) se refieren a las operaciones con partes relacionadas en las sociedades anónimas abiertas y sus filiales.

⁶⁹ AGUIRRE, M.L. 2010. Gobierno corporativo en la sociedad por acciones. Santiago, Thomson Reuters Puntotex. 38p.

B) Posibles soluciones

Las dificultades y posibles conflictos derivados de los denominados problemas de agencia son diversos, de manera que las soluciones a los mismos también varían, sin que exista un correctivo único. Tanto la doctrina como las legislaciones de diversos países han desarrollado mecanismos que ayudan a evitar o resolver dichos problemas, especialmente en materia de conflicto de interés.

En primer lugar, el establecimiento de gobiernos corporativos con estructuras de control, vigilancia, responsabilidad y distribución de las tareas claras permiten evitar y disminuir los posibles incentivos perversos del agente.

En segundo lugar, en muchos países, se han incorporado normas expresas que regulan los conflictos de interés, estableciendo deberes de información, de abstención y procedimientos para contratar con partes relacionadas. En Chile, como vimos anteriormente, también se ha incorporado normativa en esta materia.

En tercer lugar, se han desarrollado propuestas particulares de ciertos autores. Así, Pardo se refiere genéricamente a la incorporación de deberes de cuidado y de lealtad orientados a la limitación de la discrecionalidad que poseen los actores al momento de actuar⁷⁰. Armour, Hansmann y Kraakman enumeran de manera concreta algunas fórmulas que intentan solventar este tipo de

⁷⁰ PARDOW, D. *Op. cit.* 2008. 598 – 599pp.

controversias: las condiciones de entrada y de salida, la regulación de la designación de los directores, el control por parte de los accionistas de las decisiones de estos últimos y una serie de incentivos y premios basados en el buen desempeño⁷¹.

Por su parte, en los últimos años se han incorporado dos fórmulas innovadoras de dar solución a estos conflictos: los modelos de *compliance* y la designación de directores independientes.

El *compliance* corresponde a un modelo de prevención y cumplimiento de determinadas condiciones al interior de una empresa, mezclando elementos de la autorregulación y de la regulación estatal. El *compliance* intenta introducir un marco axiológico normativo en el interior de la propia empresa estableciendo en su organización reglamentos y estándares y la obligación de cumplirlos. Estos estándares se vinculan generalmente con la ética empresarial o se patentan en “códigos de buena conducta” que deben ser celosamente cumplidos. Sin embargo, esto no implica solamente autorregulación. Las agencias estatales supervisan que las empresas no infrinjan sus modelos de cumplimiento, formándose una especie particular de regulación que aprovecha tanto las capacidades de las empresas de imponerse sus propias reglas, ya que son ellas las que conocen de mejor manera su propio funcionamiento y naturaleza; así

⁷¹ ARMOUR, J., HANSMANN, H. y KRAAKMAN, R. *Op. cit.* 2010. 40p.

como aprovecha las facultades de la autoridad para exigirle el cumplimiento de tales reglamentos⁷².

En Chile, los modelos de *compliance* se han introducido a propósito de la promulgación de la Ley N° 20.393 sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Esta Ley regula los denominados Modelos de Prevención de los Delitos, enumerando los elementos que deben estar presentes para tener tal naturaleza en el artículo 4°. En este sentido, debe designarse a un encargado de prevención, definirse los medios y facultades del encargado, establecerse un sistema de prevención de los delitos y supervisar y certificarse el sistema de prevención de los delitos. La importancia radica que en el caso de que se le impute responsabilidad penal a una persona jurídica se entenderá que ésta cumplió con los deberes de dirección y control en aquellos casos en que se haya implementado un modelo de prevención de delitos con anterioridad a la comisión del delito que se le imputa.

Por su parte, los directores independientes son agentes que no se relacionan con ninguno de los grupos de accionistas, ya sea los grupos controladores o los minoritarios, sino que se trata de profesionales completamente ajenos a la compañía. Esta figura se encuentra incorporada en muchos ordenamientos jurídicos; en Inglaterra, el *Cadbury Report* define al director independiente “como

⁷² NIETO, A. 2008. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. *Política criminal.*, N°5, 2008, A3-5. [en línea] <http://www.polticacriminal.cl/m_05/a_3_5.pdf> [consulta: 16 de agosto de 2015] 4p.

aquél que es autónomo de la dirección de la empresa y ajeno de todo negocio o relación, que puede intervenir de manera sustancial con el ejercicio de su juicio independiente”⁷³.

En Chile se encuentran definidos en el Mensaje Presidencial de la Ley de Gobiernos Corporativos que señala que director independiente es “aquel que no mantiene ninguna vinculación con la sociedad, las demás sociedades del grupo del que ella forma parte, su controlador, ni con los ejecutivos principales de cualquiera de ellos, que pueda privar a una persona sensata de un grado razonable de autonomía, interferir con sus posibilidades de realizar un trabajo objetivo y efectivo, generarle un potencial conflicto de interés o entorpecer su independencia de juicio”⁷⁴.

Los beneficios que reporta el director independiente derivan precisamente de su independencia y calidad profesional. Así, tiene una visión amplia de los negocios y conocimientos específicos en administración de empresas debido a su carácter de profesional y no se encuentra ligado en forma personal a ningún miembro de la compañía, por tanto podrá perseguir el interés social sin desviarse en los intereses de grupos de accionistas y tendrá una mirada objetiva para evaluar posibles conflictos de interés.

⁷³ AGUIRRE, M. *Op. cit.* 2010. 48 p.

⁷⁴ Historia de la Ley N° 20.382. Introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas. *Op. cit.* 9p.

En Chile, la figura del director independiente tiene un desarrollo incipiente. El artículo 50 bis inciso 6º de la Ley N° 18.046 enumera los casos en que un director no será considerado independiente, refiriéndose expresamente a situaciones en que el director se ve vinculado de alguna u otra forma con una parte de la sociedad. El mismo artículo señala los casos en que las sociedades anónimas deben designar un director independiente. Por su parte, con la promulgación de la Ley de Gobiernos Corporativos se destacó la importancia de esta figura señalando que “el director independiente, actuando a través del comité de directores, se configura como la herramienta más eficaz y eficiente para proteger a los minoritarios y mejorar el flujo de información al mercado, sin privar a los accionistas controladores de sus legítimos derechos”⁷⁵.

C) Problemas de agencia en las empresas públicas

Las empresas públicas y las sociedades del Estado se organizan generalmente de forma muy similar a como lo hacen sus pares privados. En este caso, los problemas de agencia se pueden presentar en relación a la existencia de una separación entre la propiedad y el control de la empresa y la existencia de oportunismo o abuso en relación a terceros. Sin embargo, se trata de un particular problema de agencia, puesto que, dadas las características de la

⁷⁵ *Ibíd.* 7p. Disponible en: <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero>.

empresa pública, su propiedad es difusa y el control sobre los agentes es particularmente complejo. De acuerdo a Gaspar Ariño, en la empresa pública “la propiedad es tan difusa que deviene inexistente en la práctica: todos son «Agentes», no hay derechos de propiedad en los gobernantes ni en los gestores, lo que hay son derechos políticos de ocupación de las empresas”⁷⁶. De esta forma, todos los ciudadanos son propietarios de la empresa, quienes delegan su representación e interés en los gobernantes, quienes a su vez delegan la administración y control de la empresa en agentes (directores, gerentes y funcionarios).

Por lo tanto, en principio, las empresas públicas son más susceptibles de sufrir problemas de agencia. “Los costes de la agencia, y en particular los costes de supervisión del principal sobre el agente, son mucho más elevados en la empresa pública que en la empresa privada. Los ciudadanos («principales» últimos) no controlan la empresa pública sino a través del Gobierno”⁷⁷. De acuerdo a esta postura, la empresa pública se perdería en un sinnúmero de objetivos e intereses poco claros, y que en definitiva no responderían a ningún principal.

Si bien no se comparte la opinión de Ariño en cuanto a que la empresa pública se pierde y diluye en una serie de objetivos e intereses poco claros, si es efectivo que los problemas de agencia merecen una especial atención, puesto que existe una especie de doble delegación o agencia: en primer lugar, la Nación delega su

⁷⁶ ARIÑO, G. *Op. cit.* 2001. 476p.

⁷⁷ *Ibíd.* 476p.

derecho de propiedad sobre las empresas en las autoridades, y en segundo término, las autoridades delegan las funciones de administración y gestión en agentes.

Es precisamente por esta doble agencia que la teoría de los problemas de agencia es insuficiente para solucionar posibles conflictos, y es la razón también de por qué las empresas públicas están sujetas a controles más estrictos, propios del derecho público. Las empresas públicas le pertenecen al Estado, por tanto, a toda la Nación, son creadas por ley y forman parte de la Administración del Estado, las utilidades que generan son para el Fisco, y en ocasiones, cumplen otras funciones de fomento y desarrollo industrial distintas de la mera generación de utilidades. Es debido a estas características que las empresas públicas están sujetas a una serie de controles por parte de otros órganos del Estado para evitar la malversación de caudales públicos, conflictos de interés, asimetrías de información y cualquier otro tipo de abuso.

2.3. Clasificación de los gobiernos corporativos de las empresas públicas

De acuerdo a lo señalado previamente, el desarrollo de los gobiernos corporativos es reciente, tanto en el mundo privado como el público. Sus principales avances se han gestado a propósito de la promulgación de la Ley de Gobiernos Corporativos y la Ley N° 20.393 sobre Responsabilidad Penal de las

Personas Jurídicas. Con la dictación de estas leyes, las empresas del Estado comenzaron a desarrollar e integrar en sus organizaciones las prácticas y principios de un buen gobierno corporativo y de prevención del delito, estableciendo normativas en materia de responsabilidad, control, gestión, auditoría, conflicto de interés y probidad.

A continuación, se hará una revisión de los gobiernos corporativos de las empresas públicas en atención a su naturaleza jurídica, esto es si son empresas públicas creadas por ley o sociedades del Estado, o si pertenecen al Sistema de Empresas Públicas.

A) Gobierno corporativo en las empresas públicas creadas por ley

En este punto se revisará el gobierno corporativo de las empresas públicas creadas por ley que no forman parte del Comité Sistema de Empresas Públicas. No forman parte del señalado comité Banco Estado, CODELCO, Empresa Nacional de Aeronáutica de Chile, ENAMI, ENAP y TVN. Se excluyen del estudio ASMAR, ENAER y FAMA E porque a pesar de no pertenecer al Comité SEP, son empresas que forman parte de las Fuerzas Armadas y como tales cumplen funciones de defensa nacional a las que no les cabe la aplicación de modelos de gobierno corporativo.

En primer lugar, en relación a la asimetría de información entre agente y principal, en este caso el conflicto puede presentarse entre el Directorio y el principal que es toda la Nación representada por el Gobierno. La asimetría de información se encuentra regulada en la Ley N° 18.046 sobre Sociedad Anónima, de manera que será aplicable en los casos en que la ley de la empresa haga referencia a ella. Además, los problemas de asimetría de información se han mejorado a propósito de la Ley de Transparencia con la obligación de transparencia activa a la que están sujetas las empresas públicas, según la cual deben señalar, entre otras cosas, el marco normativo, la estructura organizacional, las funciones, las remuneraciones del personal, estados financieros y memorias anuales, empresas filiales y otras participaciones.

En segundo lugar, los conflictos de interés se encuentran regulados en cada una de las leyes que rigen para cada empresa. En términos generales, se señala cuándo hay conflicto de interés, la obligación de informar de tal conflicto y de abstenerse de participar en la decisión respectiva. Los casos particulares se estudiarán en la Segunda Parte de este trabajo.

En tercer lugar, respecto a los modelos de *compliance*, estos son aplicables a las empresas públicas. En Chile los modelos de *compliance* se encuentran recogidos en la Ley N° 20.393 sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El artículo 2° de dicha ley señala que “las disposiciones de esta ley serán aplicables a las personas jurídicas de derecho privado y a las empresas

del Estado”. De acuerdo a esto, las empresas públicas deben cumplir con las disposiciones de esta ley, entre las que se encuentran la designación de un encargado de prevención, definición de medio y facultades de este encargado, establecimiento de un sistema de prevención de delitos y supervisión y certificación del sistema de prevención de delitos. En general, las empresas públicas han integrado estas tareas en las gerencias de gobierno corporativo que han creado.

En cuarto lugar, la figura del director independiente resulta problemática de aplicar a las empresas públicas, en la medida que la designación de los directores de cada empresa se encuentra regulado por ley. Existe una estrecha vinculación con el Poder Ejecutivo tanto en quien designa como sobre quién recae la designación de director, existiendo en ocasiones miembros del Directorio que son Ministros de Estado. Por lo tanto, dicha regulación no es compatible con la obligación de designar un director independiente.

De esta forma, de acuerdo a lo señalado, las empresas públicas creadas por ley han regulado gran parte de los problemas en sus propias leyes creadoras, y, a partir de la promulgación de las citadas leyes, han comenzado a crear gerencias de gobierno corporativo, de prevención del delito, de auditoría o bien de control de gestión, con la excepción de las empresas vinculadas a las Fuerzas Armadas que no han tomado acciones en esta materia. Por su parte, las restantes empresas han instaurado mecanismos para mejorar e incentivar el buen gobierno

corporativo. Así, Banco Estado cuenta con un Gerente de Planificación y Control de Gestión; la Corporación del Cobre ha desarrollado un formulario de control de las distintas unidades y filiales de la empresa; la Empresa Nacional de Minería cuenta con una Gerencia de Auditoría Corporativa y Departamento de Prevención del Delito; la Empresa Nacional del Petróleo tiene una Gerencia de *Compliance*; y Televisión Nacional de Chile ha desarrollado un Modelo de Prevención del Delito.

B) Gobierno corporativo en las sociedades del Estado

Al igual que en el punto anterior, sólo se estudiarán las sociedades del Estado que no forman parte del Comité Sistema de Empresas Públicas. En este caso sólo dos empresas no pertenecen al holding estatal, éstas son Empresa Marítima del Estado S.A. y Empresa Periodística La Nación S.A.

En primer lugar, respecto a la aplicación de la legislación común en materia de asimetría de información, conflicto de interés, modelos de *compliance* y designación de un director independiente, cabe tener presente que las sociedades del Estado al ser personas jurídicas de derecho privado se encuentran plenamente sujetas a estas normas. En este sentido, le son aplicables las Leyes N° 18.045, 18.046, N° 20.382 y N° 20.393 que regulan las materias relacionadas con el gobierno corporativo.

Luego, en relación a cada empresa en particular, la Empresa Marítima del Estado S.A. cuenta con una Subgerencia de Planificación y Control. Por su parte, la Empresa Periodística La Nación se encuentra actualmente en liquidación, de manera que no cuenta con una gerencia o departamento a cargo del control de gestión.

C) Gobierno corporativo en las empresas que forman parte del Sistema de Empresas Públicas (SEP)

De acuerdo a lo que se ha señalado previamente, el Sistema de Empresas Públicas es un Comité dependiente de la Corporación de Fomento de la Producción, creado con el objeto de evaluar la gestión estratégica y corporativa de las empresas que lo conforman. En este sentido, el Comité SEP opera como órgano técnico asesor del Estado particularmente en materia de gobierno corporativo.

El Comité ha desarrollado un modelo de gobierno corporativo que se basa en los siguientes elementos. En primer lugar, la aplicación de principios de buena gestión, esto es eficiencia y competitividad, transparencia y probidad administrativa y financiera. En segundo lugar, existe una concentración por parte del Comité SEP de las decisiones que al Estado le competen como dueño, de manera de alinear intereses superiores más allá de cada una de las empresas

en particular. En tercer lugar, la supervisión de un ente colegiado, profesional y técnico. Por último, la profesionalización de los directorios de las empresas que forman parte del Comité⁷⁸.

El Comité SEP cuenta con un Código SEP en el que se regulan las materias relacionadas con el gobierno corporativo. Así, se establece el tratamiento equitativo de los accionistas, el deber de cuidado y de lealtad del Directorio, normas de probidad, transparencia y auditoría, sistemas de contratación, indemnizaciones, etc.

En relación al caso particular de cada empresa, cabe tener presente que forman parte del Comité SEP prácticamente la totalidad de las sociedades del Estado (salvo los casos estudiados en el punto anterior), de manera que las normas aplicables serán las de la legislación común. De esta forma, son plenamente aplicables las normas sobre asimetrías de información, conflicto de interés, modelos de *compliance* y director independiente. Las sociedades del Estado que cuentan con gerencias dedicadas al control de gestión o de prevención del delito son Casa de Moneda S.A., Empresa Concesionaria de Servicios Sanitarios S.A., Metro S.A., Polla S.A. y la Zona Franca de Iquique. En cambio, no tienen gerencias especializadas Comercializadora de Trigo S.A., Empresa Nacional del Carbón S.A. (en liquidación), Empresa Sanitaria Lago Peñuelas S.A., Sociedad Agrícola S.A. (en liquidación) y la Sociedad Agrícola y

⁷⁸ SISTEMA DE EMPRESAS PÚBLICAS [en línea] <http://www.sepchile.cl/index.php?id=33&no_cache=1> [consulta: 8 de abril de 2015]

Servicios Isla de Pascua SpA. Estas sociedades son muy pequeñas y no superan, en general, los 20 trabajadores.

Por su parte, las empresas públicas creadas por ley que forman parte del Comité se encuentran sujetas a las disposiciones del Comité y a lo dispuesto por la ley respectiva. Así, la ley que crea Correos de Chile⁷⁹ señala que los miembros del Directorio serán designados por el Consejo de la Corporación de Fomento de la Producción, función que cumple el Comité SEP, y regula el conflicto de interés expresamente; la ley que regula la administración de la Empresa de Ferrocarriles del Estado⁸⁰ señala que los miembros del Directorio serán nombrados a libre designación del Presidente de la República, y regla los posibles conflictos de interés; por último, la ley que moderniza el sector portuario⁸¹ establece que el Directorio será nombrado por el Consejo de la Corporación de Fomento de la Producción, y regula el conflicto de interés.

De esta forma, las empresas públicas que forman parte del Comité SEP se diferencian de las que no lo integran en que no existe una enumeración de quiénes deben integrar el directorio, dejando dicha tarea a la Corporación de Fomento de la Producción o al Presidente de la República. Además, en el caso

⁷⁹ CHILE. Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones. 1982. Decreto con Fuerza de Ley N° 10: Crea la "Empresa Correos de Chile, dispone la constitución de "TELEX CHILE Comunicaciones" y pone término a la existencia legal del Servicio de Correos y Telégrafos. 30 de enero de 1982.

⁸⁰ CHILE. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. 1992. Ley N° 19.170: modifica Decreto con Fuerza de Ley N° 94 de 1960, Ley de Administración de la Empresa de Ferrocarriles del Estado. 3 de octubre de 1992.

⁸¹ CHILE. Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones. 1997. Ley N° 19.542: moderniza el sector portuario estatal. 19 de diciembre de 1997,

de la Empresa de Ferrocarriles del Estado y las Empresas Portuarias se señala que los actos y contratos que realice la empresa en el desarrollo de su giro se regirán exclusivamente por las normas de derecho privado.

Por último, cabe señalar, que estas empresas también cuentan con gerencias dedicadas exclusivamente a esta materia. En Correos de Chile se encuentra la Gerencia de Contraloría Interna dependiente directamente del Directorio; la Empresa de Ferrocarriles del Estado también cuenta con una Gerencia de Contraloría Interna; y en las Empresas Portuarias de Arica, Antofagasta, Valparaíso, San Antonio, Talcahuano y Puerto Montt existen Auditoría Internas, en cambio, en las Empresas Portuarias de Iquique, Coquimbo, Chacabuco y Austral no cuentan con unidades especializadas.

3. Control sobre empresas públicas

Un elemento importante que caracteriza a las empresas del Estado y que las vincula estrechamente con el régimen de derecho público es que están sujetas a un control por parte de otros órganos del Estado. El control al que se encuentran sometidas se justifica debido a que se trata de entidades cuya propiedad pertenece a toda la Nación y que deben por tanto cumplir con exigencias de rendición de cuentas, controles de legalidad y transparencia activa, entre otros.

La naturaleza del control varía según del órgano que se trate y se ejerce tanto respecto de las empresas públicas creadas por ley, como de las sociedades en que el Estado tiene participación mayoritaria. A continuación, se revisará el control que ejercen la Cámara de Diputados, la Contraloría General de la República y el Consejo para la Transparencia.

3.1 Cámara de Diputados

A) La facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados

El artículo 52 de la Constitución Política de la República entrega a la Cámara de Diputados la atribución exclusiva de fiscalizar los actos de Gobierno. En este sentido, el referido artículo señala:

“Artículo 52.- Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados:
1) Fiscalizar los actos del Gobierno.”

El número 1 de este artículo entrega la facultad fiscalizadora a la Cámara de Diputados y a continuación enumera la forma en que se puede ejercer esta atribución. Sin embargo, no existe una definición legal del concepto de fiscalización, por lo que se ha desarrollado una discusión doctrinaria de lo que comprende esta atribución. Así, Eduardo Soto Kloss entiende que fiscalizar

“significa, pues, someter a examen un(os) comportamiento(s) dado(s) de un órgano, sujeto o ente o aun una actividad, y enjuiciarlo(s), es decir, someterlo(s) a una crítica o juicio de adecuación o inadecuación, correspondencia o disconformidad, comparada con una medida, metro o parámetro preestablecido, que en este caso es la Constitución Política de la República”⁸².

Por otra parte, hay quienes señalan que no es posible entender fiscalizar en su sentido natural o literal, igualándolo a un mero control. “En este sentido, no se puede seguir el sentido amplio que entrega el Diccionario de la Lengua Española, que es el de criticar y traer a juicio las acciones u obras de otro, ya que esta facultad es reconocida a toda persona en virtud del artículo 19 N° 12 de la Constitución”⁸³.

Debido a esto, ha sido necesario desarrollar un concepto de fiscalización doctrinario propio de la atribución ejercida por la Cámara de Diputados. De esta manera, de acuerdo a los autores Alan Bronfman, Eduardo Cordero y Eduardo Aldunate, debe hacerse una distinción entre los conceptos controlar y fiscalizar. “Así, controla quien vela porque los actos respeten el conjunto de normas que integra nuestro ordenamiento, que en buenas cuentas se traduce en la vigencia efectiva del principio de legalidad o juridicidad en los términos consagrados en los artículos 6° y 7° de la Constitución. En cambio, el concepto de fiscalización

⁸² SOTO KLOSS, E. 2010. Derecho Administrativo. Temas Fundamentales. Santiago, Legal Publishing. 496p.

⁸³ BRONFMAN VARGAS, A., CORDERO QUINZACARA, E., ALDUNATE LIZANA, E. 2013. Derecho Parlamentario Chileno. Funciones y Atribuciones del Congreso Nacional. Santiago, Legal Publishing. 294p.

sería más amplio o tendría, a lo menos, una significación distinta, puesto que su objeto sería el de emitir un juicio u opinión respecto de la conveniencia o la oportunidad de las decisiones adoptadas por el Gobierno en el ejercicio de sus funciones”⁸⁴.

Conforme a lo señalado, la facultad de fiscalizar corresponde a la posibilidad de confirmar o rectificar la conducta del Gobierno con la finalidad de influir políticamente en la gestión y decisiones del mismo. No se trata de hacer un control a partir de un esquema previo preestablecido, como señala Soto Kloss, sino que tiene por objeto que la Cámara de Diputados pueda intervenir y emitir su opinión respecto de los lineamientos políticos del Gobierno, sin que esto implique la responsabilidad política de los Ministros.

Luego, de acuerdo a lo señalado por el artículo 52 de la CPR, la facultad de fiscalizar recae sobre los actos de Gobierno, de tal manera que no es posible realizar esta función fuera de este marco. En este sentido, cobra relevancia la clásica distinción entre actos de Administración y los actos de Gobierno, y en particular si esto últimos comprenden la actividad empresarial del Estado. Así, entendemos que forman parte del Gobierno el Presidente de la República, los Ministros de Estado y los servicios y organismos de la Administración del Estado, que a través de los Ministerios se vinculan con el Presidente, y es respecto de

⁸⁴ *Ibíd.* 294p.

los actos que realizan estos órganos que la Cámara de Diputados ejerce la fiscalización.

Por su parte, respecto a si este control incluye la actividad empresarial de la Administración, podemos señalar que el tema ha sido objeto de debate⁸⁵ y que fue discutido en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, a propósito de la Reforma Constitucional del año 2005. “En este sentido, se llegó al acuerdo que la denominación “actos de Gobierno” incluye las actuaciones de las empresas del Estado, así como aquellas en que el Estado tiene participación mayoritaria”⁸⁶. Esto se confirma en la enumeración del artículo 52 de la CPR.

De esta forma, la Cámara de Diputados ejerce su función fiscalizadora sobre las empresas públicas y sociedades del Estado, lo que se traduce en la posibilidad de solicitar información, formar comisiones especiales y, en su caso, citar a los funcionarios y representantes de las empresas con el objeto de rendir cuenta.

Por su parte, es posible distinguir tres medios de fiscalización de los actos de Gobierno: (i) los acuerdos, observaciones y solicitud de antecedentes

⁸⁵ Para Eduardo Soto Kloss no es posible calificar como actos de Gobierno, los actos realizados por órganos autónomos dotados de personalidad jurídica propia como las Municipalidades, empresas del Estado o instituciones como Universidades.

⁸⁶ BRONFMAN VARGAS, A., CORDERO QUINZACARA, E., ALDUNATE LIZANA, E. *Op. cit.* 2013. 303p.

determinados, (ii) la citación de ministros de Estado y (iii) la formación de comisiones especiales investigadoras.

A continuación, se revisarán los números (i) y (iii), puesto que son los medios pertinentes para el control de las empresas del Estado.

B) Control a través de acuerdos, observaciones y solicitud de antecedentes

El artículo 52.1 letra a) de la CPR contempla el primer medio de fiscalización del que está dotada la Cámara de Diputados.

Así, el citado artículo permite a la Cámara:

“a) Adoptar acuerdos o sugerir observaciones, con el voto de la mayoría de los diputados presentes, los que se transmitirán por escrito al Presidente de la República, quien deberá dar respuesta fundada por medio del Ministro de Estado que corresponda, dentro de treinta días. Sin perjuicio de lo anterior, cualquier diputado, con el voto favorable de un tercio de los miembros presentes de la Cámara, podrá solicitar determinados antecedentes al Gobierno. El Presidente de la República contestará fundadamente por intermedio del Ministro de Estado que corresponda, dentro del mismo plazo señalado en el párrafo anterior.”

En conformidad a lo señalado por el artículo, es posible distinguir entre los acuerdos u observaciones y la solicitud de antecedentes. En primer lugar, “los acuerdos u observaciones que adopta o sugiere la Cámara de Diputados al

Gobierno dan cuenta de un juicio, parecer u opinión que adopta dicho órgano parlamentario de forma institucional, expresando una voluntad corporativa respecto de materias de importancia para el Estado y la comunidad nacional”⁸⁷.

Esta atribución se corresponde con la definición de fiscalización desarrollada anteriormente, toda vez que se refiere a la posibilidad que tiene la Cámara de Diputados de emitir un juicio de valor u opinión sobre los actos que realiza el Gobierno.

En cambio, la solicitud de antecedentes, regulada en el inciso segundo de la letra a) del artículo 52 N° 1 de la CPR, tiene un objeto más acotado, como lo es recabar información o documentos del Gobierno para que sean puestos a disposición de la Cámara.

Por su parte, la LOCCN reglamenta en los artículos 9, 9-A y 10 la posibilidad que tiene el Congreso Nacional para solicitar antecedentes a las empresas del Estado. Esta atribución si bien es muy similar a la función fiscalizadora de la Cámara de Diputados regulada en el artículo 52 N°1 de la CPR no se trata de la misma, puesto que se trata de la función legislativa propiamente tal que le corresponde tanto la Cámara de Diputados como al Senado.

⁸⁷ *Ibíd.* 306p.

El artículo 9-A de la citada ley se refiere a esta facultad a propósito de las empresas públicas:

“Artículo 9º-A: Las empresas públicas creadas por ley, las empresas del Estado y las sociedades en que éste tenga aporte, participación accionaria superior al cincuenta por ciento o mayoría en el directorio, cualquiera sea el estatuto por el que se rijan, incluso aquellas que de acuerdo a su ley orgánica deban ser expresamente mencionadas para quedar obligadas al cumplimiento de ciertas disposiciones, deberán proporcionar los informes y antecedentes específicos que les sean solicitados por las comisiones de las cámaras o por los parlamentarios debidamente individualizados en sesión de Sala, o de comisión. Estas peticiones podrán formularse también, cuando la Cámara respectiva no celebre sesión, pero en tal caso ellas se insertarán íntegramente en el Diario o en el Boletín correspondiente a la sesión ordinaria siguiente a su petición.”

Por su parte, el artículo 10º de la LOCCN se refiere a la responsabilidad que le cabe al Jefe Superior del Servicio, que en el caso de las actividades empresariales recae sobre el Gerente General o Vicepresidente Ejecutivo, según corresponda.

“Artículo 10: El jefe superior del respectivo organismo de la Administración del Estado, requerido en conformidad al artículo anterior, será responsable del cumplimiento de lo ordenado en esa disposición, cuya infracción será sancionada, previo el procedimiento administrativo que corresponda, por la Contraloría General de la República, cuando procediere, con la medida disciplinaria de multa equivalente a una remuneración mensual. En caso de reincidencia, se sancionará con una multa equivalente al doble de la indicada. Asimismo, será responsable y tendrá idéntica sanción por su falta de comparecencia, o la de los funcionarios de su dependencia, a la citación de una comisión de alguna de las Cámaras.”

De los citados artículos de la LOCCN es posible destacar algunas conclusiones. En primer lugar, “esta solicitud no implica ningún juicio de valor u opinión respecto de los actos de Gobierno, sino sólo la de solicitar información, antecedentes o documentos que el Gobierno tenga en su poder a fin de que sean puestos a disposición de la Cámara para el cumplimiento de las funciones que le son propias”⁸⁸. Por tanto, la solicitud de antecedentes no constituye una facultad fiscalizadora en los términos del artículo 52 de la CPR, puesto que sirve tanto para fines de fiscalización propiamente tales, así como para otros fines, como la función legisladora. De la misma manera, dicha solicitud de antecedentes puede ser realizada por la Cámara de Diputados o por el Senado⁸⁹, ya que la regulación se encuentra en la LOCCN. Esto no significa que el Senado ejerza funciones fiscalizadoras, sino sólo que tiene la atribución de solicitar antecedentes.

En segundo lugar, el artículo 9° original, anterior a la modificación introducida por la Ley N° 20.447 Que Introduce en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional las Adecuaciones Necesarias para Adaptarla a la Ley N° 20.050, que Reformó la Constitución Política de la República del año 2010, señalaba que “los organismos de la Administración del Estado deberán proporcionar los informes y antecedentes específicos que les sean solicitados por las Cámaras o por los organismos internos”, en cambio el nuevo artículo 9°-A se refiere específicamente a las empresas públicas y a las sociedades donde el

⁸⁸ *Ibíd.* 308p.

⁸⁹ CORDERO, L. 2007. El control de la Administración del Estado. Santiago, Lexis Nexis. 143p.

Estado tenga participación mayoritaria. La relevancia de la modificación es la especificidad y precisión de la nueva disposición y que señala claramente cuáles son las excepciones a esta obligación de entregar los informes y antecedentes.

En este sentido, existe una obligación expresa a las empresas del Estado de proporcionar los informes y antecedentes específicos que les sean solicitados, pudiéndose liberar de esta obligación sólo en los casos enumerados en el artículo 10°. Estos casos se refieren a los hechos o antecedentes que tengan carácter de reservado de acuerdo al artículo 10° de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores (casos en que las tres cuartas partes del directorio establezcan el carácter de reservado a hechos que se refieran a negociaciones aún pendientes que puedan perjudicar el interés social), los que contengan información sujeta al deber de reserva establecido en el artículo 43 y en el inciso tercero del artículo 54 de la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas (los directores están obligados a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social) o se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos de acuerdo al artículo 8° de la Constitución.

Sin embargo, el mismo artículo 9-A establece que: “Si las comisiones o los parlamentarios insisten en su petición, la empresa o sociedad estará obligada a proporcionar los antecedentes o informes solicitados, salvo que requiera a la Contraloría General de la República para que, previo informe de la

Superintendencia de Valores y Seguros, resuelva que concurre alguna de las causales señaladas precedentemente”.

En tercer lugar, el artículo 10° señala que el Jefe de Servicio estará sujeto a responsabilidad en caso de no cumplir con lo solicitado y podrá ser sancionado previa realización de un procedimiento administrativo por la Contraloría General de la República. Por lo tanto, la obligación de entregar información no es discrecional y su incumplimiento puede acarrear sanciones administrativas.

C) Control a través de comisiones especiales

El segundo medio de fiscalización del que dispone la Cámara de Diputados es el de la creación de comisiones especiales de investigación.

Así, el artículo 52 de la CPR establece en la letra c) del número 1 esta atribución exclusiva, señalando que, para fiscalizar los actos del Gobierno, la Cámara puede:

“Artículo 52 número 1: c) Crear comisiones especiales investigadoras a petición de a lo menos dos quintos de los diputados en ejercicio, con el objeto de reunir informaciones relativas a determinados actos del Gobierno.

Las comisiones investigadoras, a petición de un tercio de sus miembros, podrán despachar citaciones y solicitar antecedentes. Los Ministros de Estado, los demás funcionarios de la Administración y el personal de las

empresas del Estado o de aquéllas en que tenga participación mayoritaria, que sean citados por estas comisiones, estarán obligadas a comparecer y a suministrar los antecedentes y las informaciones que se les soliciten”.

Las comisiones investigadoras son “órganos de la Cámara de carácter colegiado y temporal que, con eficacia ad extra al Parlamento, se encargan de verificar y analizar un hecho de interés general para coadyuvar a la depuración de actividades de control político o de una eventual responsabilidad jurídica”⁹⁰. Estas comisiones están facultadas para solicitar información y citar al personal de las empresas del Estado o en las que tenga participación mayoritaria.

La citación de los funcionarios de las empresas del Estado se encuentra expresamente regulada en el artículo 54 inciso cuarto de la LOCCN, que señala que “tratándose de las empresas del Estado o de aquéllas en que éste tenga participación mayoritaria, la citación se dirigirá a quienes corresponda su representación legal, los cuales podrán comparecer acompañados de las personas que designe su órgano de administración”.

Por su parte, de acuerdo al mismo artículo, las personas citadas están obligadas a comparecer y a suministrar los antecedentes e información que la Comisión les solicite. La finalidad y el contenido de dicha fiscalización pueden relacionarse con cualquier materia que la Cámara considere pertinente.

⁹⁰ *Ibíd.* 150p.

De esta forma, podemos señalar que las empresas públicas y sociedades del Estado están sujetas a un estricto control por parte de la Cámara de Diputados a través de su facultad fiscalizadora, atribución que le permite recabar información, formar acuerdos, hacer observaciones e incluso formar comisiones especiales con el objeto de investigar determinadas materias. En consecuencia, la actividad de las empresas del Estado es objeto de un control adicional al de las empresas privadas, control que la obliga a adoptar principios propios de la Administración como lo son la transparencia y probidad.

D) Otros controles del Congreso Nacional

Las empresas del Estado están sujetas a otros tipos de controles por parte del Congreso Nacional, distintos de la facultad fiscalizadora propiamente tal otorgada por la CPR.

Así, en primer lugar, existe un control *ex-ante* por parte del Congreso, toda vez que es el encargado de crear y suprimir las empresas del Estado. Conforme lo señala el artículo 19 número 21 inciso segundo de la CPR la creación de empresas públicas requiere de una ley de quórum calificado. Por su parte, el artículo 6º de la LOCBGAE establece que la Administración podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de la Administración y

que desarrollen actividades empresariales sólo en virtud de una ley de quórum calificado. De esta forma, se ha dejado en manos del Congreso la creación, modificación, expansión y reducción de la actividad empresarial del Estado.

En segundo lugar, en virtud de la Resolución (A) 86 de 29 de junio de 2001 de la Vicepresidencia de la CORFO, se le impone al Consejo Directivo del Sistema de Empresas Públicas la obligación de confeccionar y presentar una memoria anual de todas las empresas en las que tiene injerencia al Presidente de la República y a los Presidentes del Senado y la Cámara de Diputados. Las memorias anuales deben incluir información sobre las actividades y resultados de las empresas, señalando el cumplimiento de indicadores de gestión que incluyen los estados financieros, licitaciones, contrataciones, entre otras materias. En este caso se trata de un control *ex-post* de la actividad empresarial estatal.

De esta forma, si bien la actividad empresarial corresponde a una actividad propia de la Administración, en su ejercicio y desarrollo juega un rol importante el Congreso, pues es el encargado de regular dicha función. La exigencia de ley de quórum calificado es una condición que vuelve ineludible un control legislativo, pues requiere de un acuerdo amplio que incluya a distintos sectores, de manera que cualquier regulación en esta materia supondrá un intenso debate parlamentario.

3.2. Contraloría General de la República

A) Marco normativo y atribuciones

La Contraloría General de la República es un organismo autónomo dentro de la Administración del Estado que tiene por objeto el control de legalidad de los actos de la Administración, fiscalizar el ingreso e inversión de fondos públicos y llevar la contabilidad general de la Nación. Se trata del principal ente fiscalizador de las actuaciones de la Administración del Estado.

Las normas que regulan a la Contraloría General de la República se encuentran recogidas en la CPR y en la Ley N° 10.336 Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República (LOCCGR).

La CPR se refiere a ella en los artículos 98 a 100. El artículo 98 es el que recoge las principales funciones contraloras:

“Artículo 98: Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.”

Del citado artículo y demás normas que regulan a este organismo, es posible colegir cuáles son las funciones que cumple la Contraloría General de la República, a saber:

(i) El control de legalidad de los actos de la Administración. De acuerdo al artículo 99 inciso primero de la Constitución “en el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General de la República tomará de razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer”. Luego, el inciso segundo del mismo artículo señala que “Corresponderá, asimismo, al Contralor General de la República tomar razón de los decretos con fuerza de ley, debiendo representarlos cuando ellos excedan o contravengan la ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución”.

La toma de razón es una forma de fiscalización jurídica de los actos de la Administración destinado a controlar la legalidad formal de los mismos y no el mérito o finalidad que éstos tengan. “Se traduce en la práctica, en un juicio lógico entre norma y acto, por una parte, y en la verificación, por la otra, de que las circunstancias de hecho que se invocan como fundamento de la medida que se adopta, se encuentran debidamente justificadas”⁹¹.

⁹¹ CORDERO, L. *Op.cit.* 2015. 564p.

Luego, es importante señalar que de acuerdo al artículo 99 de la CPR los únicos actos sujetos a la toma de razón son los decretos y resoluciones. Estos actos son la manifestación externa de las decisiones de la Administración. En cambio, se excluyen del trámite de toma de razón las instrucciones y actos de comunicación interna, sin perjuicio de los casos en que la ley directamente exime del trámite de la toma de razón o autoriza a eximir.

(ii) Fiscalizar el ingreso y la inversión de dineros públicos. Esta función se encuentra principalmente recogida en los artículos 25 y siguientes de la LOCCGR. Señala el artículo 25 que “la Contraloría General de la República fiscalizará la correcta inversión de los fondos públicos que cualesquiera persona o instituciones de carácter privado perciban por leyes permanentes a título de subvención o aporte del Estado para una finalidad específica y determinada. Esta fiscalización tendrá solamente por objeto establecer si se ha dado cumplimiento a dicha finalidad”. De esta forma, el control financiero no recae sobre la conveniencia o mérito de una inversión o aporte, sino sólo si ha cumplido con la finalidad para la cual fue establecida.

Por su parte, los fondos del Fisco “son aquellos que le corresponden al Estado como titular y, en consecuencia, son los que puede destinar para el cumplimiento de su función pública”⁹². Dada la amplitud del concepto de función pública es que la tarea fiscalizadora de la Contraloría General también recae sobre los aportes

⁹² *Ibíd.* 582p.

o inversiones que hacen los órganos de la Administración y sobre los aportes que entidades públicas con patrimonio propio puedan realizar, ya sea a otros órganos públicos o a particulares.

(iii) Examinar y juzgar las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes públicos. Esta función dice relación con la rendición de cuentas que deben hacer todos los funcionarios que trabajen en órganos sujetos al control de la Contraloría. De acuerdo al artículo 95 de la LOCCGR, el examen de cuentas tiene por objeto (1) fiscalizar la percepción de las rentas del Fisco y la inversión de los fondos, comprobando si se ha dado cumplimiento a las disposiciones legales y (2) comprobar la veracidad y fidelidad de las cuentas, la autenticidad de la documentación y la exactitud de las operaciones aritméticas (artículo 95 de la LOCCGR).

Esta función de la Contraloría General se divide en dos subfunciones: examinar y juzgar. En este sentido, el examen se corresponde con las finalidades enumeradas en el artículo 95 de la LOCCGR, es decir fiscalizar la percepción de las rentas del Fisco y si se ha dado cumplimiento a las disposiciones legales. En cambio, el juzgamiento supone la realización de un juicio de valor o actividad jurisdiccional que es posterior al examen, es decir que se produce si hay alguna discrepancia, error o problema en relación con las cuentas. “Se trata de enjuiciar

la responsabilidad contable en la que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de los caudales o efectos públicos”⁹³.

(iv) Llevar la contabilidad general de la Nación. Conforme a esta función, le corresponde a la Contraloría General de la República, refrendar todos los bonos y otros documentos de deuda pública que se emitan, proponer al Presidente de la República los métodos de contabilidad (artículo 20 de la LOCCGR), hacer inspección de los libros, registros y documentos relativos a la contabilidad (artículo 21 de la LOCCGR) y dar a conocer cada año al Presidente de la República y a ambas ramas del Congreso, el estado presupuestario, financiero y patrimonial de la Administración (artículo 142 de la LOCCGR).

En este caso, también es posible distinguir dos funciones, por un lado, se encuentra la función contable propiamente tal y, por otra, la de control de legalidad del gasto. “El proceso de contabilidad supone la determinación de las reglas para registrar los hechos económicos que afectan al Estado y sus instituciones, de manera de informar sobre la situación financiera, patrimonial y presupuestaria, del país, sector o cada servicio en particular”⁹⁴. Por su parte, el control de legalidad del gasto está referido a la correcta administración y uso de los recursos públicos.

⁹³ *Ibíd.* 590p.

⁹⁴ *Ibíd.* 596p.

(v) Velar por la probidad administrativa. Con este objeto, la Contraloría General de la República podrá realizar auditorías a los órganos sujetos a su fiscalización (artículo 21A de la LOCCGR).

B) Control a las empresas del Estado

La Contraloría General de la República cumple su función contralora sobre todos los órganos de la Administración del Estado, dentro de los cuales están incluidas las empresas públicas, en virtud del artículo 1º de la LOCBGAE.

Por su parte, esta sujeción se encuentra específicamente regulada en la LOCCGR. Se refiere en particular a esta materia el artículo 16:

“Artículo 16: Los Servicios, Instituciones Fiscales, Semifiscales, Organismos Autónomos, Empresas del Estado y en general todos los Servicios Públicos creados por ley, quedarán sometidos a la fiscalización de la Contraloría General de la República, sin perjuicio del control que ejerce la Superintendencia de Bancos sobre el Banco Central y el Banco del Estado de Chile, del que cumple la Superintendencia de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio sobre el Instituto de Seguros del Estado y la Caja Reaseguradora de Chile y del que desarrolla la Superintendencia de Seguridad Social sobre las instituciones y entidades sometidas actualmente a su fiscalización.

También 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 estas 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.”

De esta manera, conforme al artículo 16 de la LOCCGR la Contraloría General de la República se encuentra facultada para controlar los actos de las empresas públicas y las sociedades en que el Estado tenga participación mayoritaria, es decir estas últimas están sujetas a la fiscalización de la Contraloría General de la República pese a no formar parte de la Administración del Estado.

Así, son plenamente aplicables las funciones y potestades de la Contraloría que se revisaron anteriormente respecto de la actividad empresarial del Estado. Este control se manifiesta precisamente a través de las funciones que cumple la Contraloría, esto es control de legalidad, financiero y de contabilidad.

Conforme a lo señalado, en primer lugar, en virtud del control de legalidad, la Contraloría General de la República examina todos los decretos, resoluciones y decretos con fuerza de ley que regulen o se refieran a empresas públicas o sociedades donde el Estado tiene participación mayoritaria. Por ende, cada vez que se dicta un decreto en relación a una empresa del Estado, es necesario el examen de legalidad.

En segundo lugar, en base a la facultad de fiscalización de los ingresos e inversiones de los fondos públicos, la Contraloría tiene una alta injerencia en las inversiones de capital y el destino que dan las empresas estatales a sus utilidades. En este sentido, es relevante destacar que tanto las utilidades de las empresas públicas creadas por ley como de las sociedades del Estado son a beneficio fiscal, en el caso de las primeras sus utilidades ingresan directamente a los fondos fiscales y en el caso de las segundas este ingreso es indirecto, puesto que las utilidades les corresponden a sus accionistas que generalmente son el Fisco y la CORFO. Así, al tratarse de fondos públicos, la Contraloría General de la República puede ejercer su función de control financiero, examinando tanto los ingresos que obtienen como la inversión que se haga de éstos. En la actualidad, la Contraloría General de la República tiene a disposición del público en su página web reportes financieros de cada una de las empresas públicas y sociedades del Estado. Estos reportes contienen (i) el informe del auditor independiente, (ii) el estado de la situación financiera consolidado, (iii) el estado del resultado consolidado del ejercicio, (iv) el estado consolidado de cambios en el patrimonio, (v) el estado consolidado de flujos de efectivo y (vi) notas a los estados financieros consolidados.

En tercer lugar, puede examinar y juzgar las cuentas de las empresas, es decir revisar la percepción de las rentas, así como la veracidad y fidelidad de las mismas.

En cuarto lugar, en cuanto a la función de llevar la contabilidad general de la Nación, la Contraloría General de la República puede dictaminar a las empresas del Estado los métodos de contabilidad que deben aplicar y puede revisar sus libros y registros. En este sentido, cada año se dicta un oficio que imparte instrucciones sobre el ejercicio contable que deben realizar las empresas públicas y sociedades del Estado⁹⁵.

Por último, la Contraloría General de la República se encuentra facultada para realizar auditorías y recomendaciones a las empresas públicas. Dentro de su organización cuenta con una División de Auditoría Administrativa Área Empresas. Dicha División está a cargo de realizar auditorías e informes en relación al funcionamiento de las empresas del Estado y del Sistema de Empresas Públicas (SEP). Respecto a este último, la Contraloría realizó un informe en 2012 sobre el cumplimiento de indicadores de gestión, información sobre estados financieros y el desempeño general de las empresas que forman parte del Sistema de Empresas Públicas⁹⁶. De la misma manera, en los últimos años se han realizado auditorías y estudios a empresas individuales, los cuales recaen sobre las más diversas materias, tales como auditoría al programa de reconocimiento de recursos y /o reserva y planificación minera de la Empresa Nacional de Minería

⁹⁵ El más reciente es el Oficio N° 99.744 de 23 de diciembre de 2014 que Imparte Instrucciones a las Empresas Públicas, Sociedades del Estado e Institutos Tecnológicos sobre el Ejercicio Contable Año 2015.

⁹⁶ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División Auditoría Administrativa Área Empresas. 2012. Informe Final sobre Sistema de Empresas (SEP). N° de informe: 204/2011. 29 de mayo de 2012.

(agosto de 2013)⁹⁷, un informe de seguimiento a Metro S.A. sobre los contratos de obras civiles de las líneas 3 y 6 (septiembre 2014)⁹⁸, auditoría a la Empresa Nacional de Minería en relación al proceso de contratación de proveedores externos (diciembre 2014)⁹⁹, un informe de seguimiento a la empresa Correos de Chile sobre las modificaciones efectuadas en un inmueble (enero 2015)¹⁰⁰, entre otros.

La facultad de la Contraloría General de la República para realizar auditorías a las empresas es amplia, puesto que puede recaer sobre las más variadas materias. Lo relevante de estos estudios es que en el momento que la Contraloría decide hacer un informe sobre alguna materia en particular, la empresa debe otorgar toda la información relevante, permitiendo el acceso total a sus instalaciones, computadores, trabajadores, estudios de mercado, presupuesto o licitaciones.

De esta forma, la Contraloría General de la República tiene amplias atribuciones en el control y fiscalización de las empresas del Estado¹⁰¹,

⁹⁷ CGR, 8 de agosto de 2013, Dictamen N° 50017 sobre Auditoría al Programa Reconocimiento de Recursos y/o Reserva y Planificación Minera de ENAMI.

⁹⁸ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, División de Infraestructura y Regulación, Unidad de Seguimiento. 2014. Informe de Seguimiento sobre Auditoría a los Contratos de Obras Civiles de las Nuevas Líneas 3 y 6 suscritos por la Empresa de Transportes de Pasajeros Metro S.A. N° de Informe 23/2013. 5 de agosto de 2014.

⁹⁹ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División Auditoría Administrativa Unidad de Seguimiento. 2014. Informe de Seguimiento sobre Auditoría de Proceso de Contratación de Proveedores Externos, Empresa Nacional de Minería. N° de Informe: 196/2013. 4 de diciembre de 2014.

¹⁰⁰ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, División de Infraestructura y Regulación, Subdivisión de Auditoría, Comité de Auditoría de Transportes y Empresas. 2015. Informe de Investigación Especial sobre Modificaciones efectuadas en Inmueble por la Empresa de Correos de Chile, sin contar con Permiso Municipal. N° de Informe 31/2014. 14 de enero de 2015.

¹⁰¹ BERMÚDEZ, J. *Op.cit.* 2014. 427p.

encontrándose facultada para realizar informes, auditorías y controlar decisiones al interior de las mismas, incluyendo los aspectos financieros y contables. Este control es un claro reflejo de la dimensión pública de estas empresas, ya que la Contraloría ejerce las mismas funciones que tiene respecto de los demás órganos que forman parte de la Administración del Estado, contando con las mismas atribuciones y limitaciones como si se tratara de un órgano de la Administración.

C) Jurisprudencia de la Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República se ha pronunciado en un sinnúmero de oportunidades respecto a su competencia para fiscalizar a las empresas públicas y sociedades del Estado.

En primer lugar, la Contraloría se ha declarado expresa e invariablemente competente para ejercer su función contralora. “Para tal efecto es dable anotar que el inciso primero del artículo 16 de la ley N° 10.336, orgánica de Entidad de Control establece – en armonía con el inciso primero del artículo 98 de la Carta Fundamental -, que las empresas del Estado y en general todos los servicios

públicos creados por ley, quedarán sometidos a la fiscalización de esta Contraloría General”¹⁰².

De la misma manera ha señalado que: “Codelco-Chile, por ser empresa pública creada por ley, integra la Administración del Estado y se encuentra plenamente afecta a las disposiciones del Título I de esa ley [Ley 18.575], siendo oportuno agregar que éste tiene por objeto consagrar principios básicos de organización y funcionamiento de los entes públicos”¹⁰³.

Además, a petición de la Superintendencia de Seguridad Social, la Contraloría publicó un dictamen donde señalaba todas las entidades descentralizadas que pertenecen a la Administración del Estado. En dicho dictamen se enumeró a todas las empresas públicas creadas por ley que se relacionan con algún Ministerio¹⁰⁴.

En segundo lugar, ha establecido que las empresas públicas por ser parte de la Administración del Estado están sujetas a los mismos principios que el resto de los órganos de la Administración. “Las normas contenidas en el referido título sientan ciertos principios jurídicos administrativos de carácter general y, por tanto, aplicables a todos los órganos que integran la Administración del Estado, entre ellos a las empresas públicas creadas por ley”¹⁰⁵. Estos principios son los

¹⁰² CGR, 25 de enero de 2013, Dictamen N° 5763. También se señala en: CGR, 28 de septiembre de 2012, Dictamen N° 60106 y CGR, 18 de junio de 2013, Dictamen N° 38.579.

¹⁰³ CGR, 25 de enero de 2013, Dictamen N° 5763. 2p. Lo mismo se recoge en CGR, 16 de agosto de 1994, Dictamen N° 28.226.

¹⁰⁴ CGR, 18 de junio de 2013, Dictamen N° 38427.

¹⁰⁵ CGR, 3 de mayo de 2004, Dictamen N° 21.763.

de probidad, legalidad, publicidad, control, responsabilidad, entre otros. Así, ha señalado que “se debe agregar que ENAMI se encuentra obligada a observar el principio de legalidad del gasto, como expresión del principio de juridicidad, razón por la cual los desembolsos que autorice con cargo a los caudales que le transfiere el Ministerio de Minería, solo pueden destinarse a los objetivos y situaciones expresamente previstos por la precitada regulación presupuestaria”¹⁰⁶. Por su parte, ha señalado en el caso particular de Codelco que sus trabajadores tienen la calidad de funcionarios públicos, sujetos a responsabilidad administrativa y que el Código del Trabajo corresponde a su Régimen Estatutario y no determina que sean trabajadores particulares¹⁰⁷.

En tercer lugar, la facultad de fiscalización de la Contraloría General de la República ha sido comprendida por el propio organismo de manera amplia, declarándose competente para conocer diversas materias. Por ejemplo, ha fallado respecto si Codelco debe o no remitir antecedentes solicitados por un Diputado¹⁰⁸, si es legal la adhesión voluntaria de algunas empresas públicas al Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración (Chilecompras)¹⁰⁹, si debe realizar la toma de razón de los decretos que dictan

¹⁰⁶ CGR, 18 de junio de 2013, Dictamen N° 38579.

¹⁰⁷ CGR, 6 de mayo de 1994, Dictamen N° 16.164; CGR, 9 de junio de 1994, Dictamen N° 20.108; CGR, 25 de enero de 2013, Dictamen N° 5.763; CGR, 16 de agosto de 1994, Dictamen N° 28.226.

¹⁰⁸ CGR, 3 de mayo de 2004, Dictamen N° 21.763.

¹⁰⁹ CGR, 19 de mayo de 2011, Dictamen N° 31.956.

los Ministerios en relación a las empresas públicas¹¹⁰ y se ha referido a la legalidad de los procesos de licitación¹¹¹.

El control que ejerce la Contraloría sobre las empresas públicas representa de forma clara el carácter público de dichas entidades y particularmente su sujeción y regulación conforme a principios del derecho administrativo. La jurisprudencia de la Contraloría General de la República es uniforme respecto a la naturaleza pública de estas entidades, especialmente en materia de control de legalidad, financiero y presupuestario, pero también ha tenido injerencia en decisiones de gestión y dirección de las empresas públicas, lo que constituye una limitación respecto de sus pares privados.

3.3. Consejo para la Transparencia

A) Breve referencia a la creación del Consejo para la Transparencia y sus atribuciones

La Ley N° 20.285 sobre Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado crea el Consejo para la

¹¹⁰ CGR, 30 de mayo de 2013, Dictamen N° 33.504. Dicho dictamen se refiere a la toma de razón del decreto N° 23 del Ministerio de Minería que declara vacante el cargo de Vicepresidente Ejecutivo de la Empresa Nacional de Minería.

¹¹¹ CGR, 28 de septiembre de 2012, Dictamen N° 60106.

Transparencia y regula el principio de la transparencia de la función pública. El Consejo para la Transparencia está definido en el artículo 31 de la citada Ley de Transparencia que señala:

“Artículo 31.- Créase el Consejo para la Transparencia, como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio.

El domicilio del Consejo será la ciudad de Santiago, sin perjuicio de los domicilios que pueda establecer en otros puntos del país.

Los decretos supremos que se refieran al Consejo, en que no aparezca una vinculación con un Ministerio determinado, serán expedidos a través del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.”

A continuación, el artículo 32 señala que el objeto del Consejo para la Transparencia es promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de los órganos de Administración del Estado y garantizar el acceso a la información. De esta forma, la innovación de esta ley es que va más allá del principio de probidad de la actuación administrativa y de publicidad de la función pública, puesto que crea un organismo con potestades y atribuciones fiscalizadoras y sancionadoras en la materia.

Dentro de sus principales atribuciones se encuentran la de fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de la Ley de Transparencia, resolver los reclamos de denegación de acceso a la información pública, dictar instrucciones

generales y proponer al Presidente de la República y al Congreso Nacional las normas e instructivos para promover y cumplir con el principio de transparencia.

Respecto al ámbito de aplicación de la Ley de Transparencia, el artículo 2º señala que se aplicará a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. El inciso segundo se refiere a la Contraloría General de la República y al Banco Central y el inciso tercero incluye a las empresas públicas creadas por ley, las empresas del Estado y sociedades en que el Estado tenga una participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio.

B) Aplicación normas de transparencia activa a las empresas del Estado

Como señalamos anteriormente la Ley de Transparencia rige para todos los órganos de la Administración del Estado, incluyendo a las empresas públicas, las empresas del Estado y las sociedades en que el Estado tenga participación mayoritaria. Así lo señala el artículo 2º inciso tercero:

“Artículo 2º inciso tercero: También se aplicarán las disposiciones que esta ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por ley y a las

empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio”.

Por su parte, el artículo décimo inciso primero de las Disposiciones Transitorias señala que:

“Artículo décimo.- El principio de la transparencia de la función pública consagrado en el inciso segundo del artículo 8º de la Constitución Política y en los artículos 3º y 4º de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado es aplicable a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y a las sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, tales como Televisión Nacional de Chile, la Empresa Nacional de Minería, la Empresa de Ferrocarriles del Estado, la Corporación Nacional del Cobre de Chile o Banco Estado, aun cuando la ley respectiva disponga que es necesario mencionarlas expresamente para quedar sujetas a las regulaciones de otras leyes.”

La incorporación de las empresas públicas y sociedades del Estado dentro del ámbito de aplicación de esta ley se relaciona con la intención de equiparar los deberes de información a los que se encuentran sujetas las empresas privadas con los deberes de información de las empresas públicas. Así, el artículo Décimo Transitorio inciso cuarto de la Ley señala que:

“Las empresas a que se refiere este artículo, cualquiera sea el estatuto por el que se rijan, estarán obligadas a entregar a la Superintendencia de Valores y Seguros o, en su caso, a la Superintendencia a cuya fiscalización se encuentren sometidas, **la misma información a que están obligadas las sociedades anónimas abiertas de conformidad con la ley N° 18.046.** En caso de incumplimiento, los directores responsables de la empresa infractora serán sancionados con multa a beneficio fiscal hasta por un monto de quinientas unidades de fomento, aplicada por la

respectiva Superintendencia de conformidad con las atribuciones y el procedimiento que establecen sus respectivas leyes orgánicas”.

La necesidad de regular especialmente la aplicación de esta ley a las empresas del Estado se debe a la dificultad que presenta la naturaleza jurídica de estas empresas. En este sentido, si entendemos que las empresas del Estado forman parte de la Administración entonces se les aplica el artículo 8° de la CPR que consagra el principio de probidad y publicidad y el estatuto general de la Ley de Transparencia. Sin embargo, el artículo 19 N° 21 de la CPR somete la actividad empresarial del Estado a las normas de derecho común, por lo que se produce un roce entre ambos artículos. Luego, cobra relevancia lo señalado por los autores Diego Pardow y Rodrigo Vallejo, quienes sostienen que “la historia de la Ley sobre Acceso a la Información Pública demuestra fehacientemente que la intención del legislador era someter a las empresas públicas a un régimen especial que ponderase los principios constitucionales de transparencia de la función pública y de igualdad de régimen jurídico con la empresa privada¹¹²”. Esto justificaría la regulación especial de la materia.

Por su parte, en relación al nivel de publicidad e información al que están sujetas las empresas del Estado, éstas deben cumplir con las normas sobre transparencia activa a las que se refieren los artículos 7° a 9° (Título III) sin estar

¹¹² PARDOW, D. y VALLEJO, R. 2010. El traje nuevo del emperador: una revisión de la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia respecto de las empresas públicas. En: Anuario de Derecho Público UDP. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales. 227p.

sometidos a las normas de solicitud de acceso a la información pública. La transparencia activa consiste en tener los antecedentes señalados en el artículo 7° a disposición permanente del público en los sitios electrónicos de cada uno de los órganos o empresas.

El artículo 7° y el artículo Décimo Transitorio enumeran la información que debe estar permanentemente a disposición del público, dentro de la cual se encuentra:

- (i) Estructura orgánica, funciones y atribuciones de cada una de sus unidades u órganos internos;
- (ii) Marco normativo aplicable;
- (iii) Las contrataciones para suministro de bienes muebles;
- (iv) Las transferencias de fondos públicos que efectúen;
- (v) Información sobre el presupuesto;
- (vi) Resultados de las auditorías internas;
- (vii) Todas las entidades en las que tengan participación, representación o intervención;
- (viii) Sus estados financieros y memorias anuales;

(ix) La composición de sus directorios y la individualización de los responsables de la gestión y administración de la empresa;

(x) Información consolidada del personal;

(xi) Toda remuneración percibida en el año por cada Director, Presidente Ejecutivo o Vicepresidente Ejecutivo y Gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa, incluso aquellas que provengan de funciones o empleos distintos del ejercicio de su cargo que le hayan sido conferidos por la empresa, o por concepto de gastos de representación, viáticos, regalías y, en general, todo otro estipendio. Asimismo, deberá incluirse, de forma global y consolidada, la remuneración total percibida por el personal de la empresa.

Este último punto ha generado controversia, puesto que el Instructivo General N°5 del Consejo para la Transparencia sobre Transparencia activa para empresas públicas, empresas del Estado y sociedades del Estado es más amplio que la Norma de Carácter General N°30 de la Superintendencia de Valores y Seguro (aplicables a las sociedades anónimas). Así, las sociedades anónimas sólo deben entregar información detallada de la remuneración de los miembros del directorio, siendo suficiente que se entregue información consolidada del gerente general y ejecutivos principales. En contraste, las empresas públicas deben informar detalladamente tanto la remuneración de sus directores, como la

de todos los gerentes y de todo otro cargo análogo responsable de la dirección y administración superior de la empresa¹¹³.

La diferencia trae importantes consecuencias, especialmente porque implica una transgresión a la idea de equiparar los deberes de información. Así, “para apreciar la importancia de esta diferencia, debe tenerse en cuenta que las organizaciones empresariales son esencialmente estructuras jerárquicas, cuya cúspide suele estar formada por los dueños de la compañía representados en la junta de accionistas, situándose bajo ella, primero, un órgano colectivo como el directorio y, después, el gerente general, secundado por el equipo de trabajo que forman los gerentes de áreas y ejecutivos principales. De este modo, incluir la remuneración de cargos gerenciales dentro de la información cuyo detalle debe ser divulgado implica aumentar el nivel de transparencia en uno o más grados dentro de la estructura jerárquica de la compañía”¹¹⁴.

Así, el nivel de transparencia exigida a las empresas públicas es mayor que a la que se encuentran sujetas las empresas privadas.

¹¹³ El Instructivo General N° 5 del Consejo para la Transparencia señala dentro de las materias a informar: “1.7.Toda remuneración percibida en el año por cada Director, Presidente Ejecutivo o Vicepresidente Ejecutivo y Gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa”; en contraste la Norma de Carácter General N° 30 de la SVS establece dentro de los deberes de información en la sección II.2.C.2.2.b: “deberá señalarse toda remuneración percibida por cada director o administrador en el ejercicio.

¹¹⁴ PARDOW, D. y VALLEJO, R. *Op. cit.* 2010. 236p.

C) Decisiones del Consejo para la Transparencia

Fundado en las normas transcritas, el Consejo para la Transparencia se ha declarado competente para conocer de reclamos en contra de las empresas del Estado por no cumplir con las obligaciones de transparencia activa. Así ha señalado que “el artículo 32 de la Ley de Transparencia radica en el Consejo la competencia para promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad [...] Competencias de promoción, fiscalización y garantía no sujetas a ninguna restricción, que puede ejercer en función de la materia respecto de todos los órganos que estén sometidos a la Ley de Transparencia”¹¹⁵.

Por su parte, el Consejo se ha declarado competente únicamente para conocer de las reclamaciones en relación al cumplimiento de las normas sobre transparencia activa, puesto que ha entendido que las empresas públicas y las sociedades del Estado no están sujetas a las normas sobre acceso a la información pública contenidas en los artículos 10° y siguientes de la Ley de Transparencia¹¹⁶. Así lo señala en una decisión en relación a un amparo deducido en contra del Banco Estado: “que reiterando el precedente establecido en dicha

¹¹⁵ CPLT, 9 de junio de 2009, Rol A4-09.

¹¹⁶ RAJEVIC, E. 2009. La jurisprudencia inicial del Consejo para la Transparencia. *En*: Revista de Derecho 2009 del Consejo de Defensa del Estado. [en línea] <(http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/895a2ee1-884b-4429-b1f0-4583e46c58f0/Rev+22_06+jurisprudencia+inicial+del+consejo+para+la+transparencia.pdf?MOD=AJPERES)> Santiago. [consulta: 14 de agosto de 2015]

decisión el Consejo declara su incompetencia para conocer de las reclamaciones de amparo al derecho de acceso a la información en contra de empresas públicas como el Banco del Estado de Chile, empresa autónoma del Estado”¹¹⁷.

Sin embargo, en relación a la competencia para conocer de un amparo al derecho de acceso a la información pública, a propósito del amparo deducido en contra del Banco Estado se dedujo reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago quien se pronunció sobre la materia en el caso caratulado “Pérez Castro, Álvaro contra Consejo para la Transparencia”¹¹⁸. En dicha oportunidad, la Corte de Apelaciones rechazó el reclamo por extemporáneo, sin embargo, señaló que el Consejo para la Transparencia sí era competente para conocer del reclamo de amparo deducido contra el Banco Estado. Por su parte, el Consejo para la Transparencia reafirmó su postura en la decisión Rol C450-09 al señalar que “los argumentos en que se ha fundado la declaración subsidiaria de competencia que ha efectuado la I. Corte no resultan del todo suficientes para revocar lo anteriormente decidido por este Consejo en cuanto a sostener su incompetencia para conocer de los amparos por denegación al derecho de acceso a la información pública en contra de las empresas a que se refiere el artículo décimo de la Ley N° 20.285, razón por la

¹¹⁷ CPLT, 12 de junio de 2009, Rol A69-09. Lo mismo se reitera en: CPLT, 21 de agosto de 2009, Rol A202-09; CPLT, 12 de marzo de 2009, Rol C506-09; CPLT, 26 de junio de 2009, Rol A113-09; CPLT, 9 de junio de 2009, Rol A4-09.

¹¹⁸ C.A. Santiago, 30 de julio de 2009, Rol N° 4625-2009.

cual este Consejo mantendrá, al resolver este reclamo, su postura mayoritaria”¹¹⁹.

Dicha postura se ha reiterado en nuevas decisiones referidas a la materia¹²⁰. Así, el Consejo para la Transparencia ha señalado en una decisión del año 2013 en relación a un amparo en contra de la Empresa Nacional del Petróleo por no cumplir las normas de acceso a la información que “este Consejo ha concluido que la aplicación de las disposiciones de la Ley de Transparencia a las empresas indicadas en el artículo décimo de la Ley N° 20.285, se extiende únicamente a las referentes a transparencia activa, con el contenido especificado en el artículo décimo ya señalado, toda vez que la Ley de Transparencia no prescribe en forma expresa –como exige su artículo 2°, inciso tercero– la aplicación de las normas referentes al derecho de acceso a la información que puede hacerse valer en un procedimiento de amparo a las ya referidas empresas.”¹²¹ Y en la misma línea ha dicho que “que, lo resuelto en la sentencia precitada, no hace más que ratificar la posición adoptada reiteradamente por este Consejo, razón por la cual esta Corporación mantendrá, al resolver este amparo, la postura que ha sido sostenida en las decisiones citadas en el considerando quinto anterior, debiendo establecerse, en

¹¹⁹ CPLT, 11 de diciembre de 2009, Rol C450-09.

¹²⁰ CPLT, 11 de diciembre de 2009, Rol C523-09; CPLT, 30 de julio de 2010, Rol C447-10; CPLT, 15 de junio de 2010, Rol C344-10; CPLT, 24 de septiembre de 2014, Rol C2016-14; CPLT, 3 de febrero de 2015, Rol C211-15.

¹²¹ CPLT, 27 de marzo de 2013, Rol C316-13.

consecuencia, que a CODELCO, no le son aplicables las normas sobre el procedimiento de acceso a la información pública”¹²².

Por último, cabe destacar que gran parte de las citadas decisiones¹²³ del Consejo de la Transparencia se han dictado con el voto disidente del entonces Consejero Raúl Urrutia Ávila quien sostiene que el Consejo es competente para conocer de los amparos por denegación del derecho de acceso a la información cuando se trata de empresas públicas creadas por ley. Se funda en que la Ley de Transparencia hace aplicable sus normas a todos los órganos de la Administración del Estado (artículo 1º) y que “dentro de sus definiciones fundamentales, la ley dispuso que se entiende por órganos o servicios de la Administración del Estado “los señalados en el inciso segundo del artículo 1º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado está contenido en el D.F.L. N° 1-19.653, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia”. Norma esta última que dispone expresamente que la Administración del Estado estará constituida por las empresas públicas creadas por Ley”¹²⁴. Sin embargo, esta postura es minoritaria, ya que el Consejo ha entendido que su competencia referida a las empresas del Estado está limitada al conocimiento de las

¹²² CPLT, 20 de enero de 2015, Rol C104-15.

¹²³ La posición de Raúl Urrutia se encuentra en las sentencias: CPLT, 11 de diciembre de 2009, Rol C523-09; CPLT, 26 de junio de 2009, Rol A113-09; CPLT, 9 de junio de 2009, Rol A4-09 y CPLT, 19 de junio de 2009, Rol A106-09.

¹²⁴ CPLT, 9 de junio de 2009, Rol A4-09 (voto disidente)

infracciones a las normas sobre transparencia activa y su jurisprudencia ha sido uniforme en este sentido.

4. Técnicas para poner término a una empresa del Estado

4.1. Técnicas para poner término

Un elemento interesante relacionado con el régimen de derecho público de las empresas del Estado es la forma en que éstas se extinguen. En este sentido, existe una regulación constitucional y legal tanto para el origen o creación de las empresas como para su término.

Por su parte, de acuerdo a lo revisado en el proceso de privatización de las empresas públicas, es posible identificar distintas formas o técnicas para ponerle término a las mismas. En Chile, el término de las empresas públicas se realizó principalmente a partir de 1973 y durante el Régimen Militar, sin embargo, también existen casos recientes. A continuación, se revisarán las técnicas para poner término a una empresa del Estado y luego se hará el estudio de tres casos recientes.

En primer lugar, es posible poner término a una empresa pública a través de la derogación de la ley que la crea. Este fue el caso de la Empresa de Transporte

Colectivo del Estado derogada por el Decreto Ley N° 3.659 de 1980 y de la Empresa Nacional de Riego por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1.123 de 1981.

La derogación de la ley y la consiguiente extinción de la empresa deben hacerse mediante la dictación de una nueva ley que establecerá el término de la existencia legal, regulará el proceso de liquidación y dispondrá el destino de los bienes de la empresa.

En segundo lugar, otra técnica para poner término a una empresa pública es mediante su transformación en sociedad anónima y su posterior venta. Ejemplos de transformación de empresas públicas a sociedades del Estado son la Línea Aérea Nacional (Ley N° 18.400 de 1985), Empresa Portuaria de Chile (Ley N° 18.966 de 1990), el Instituto de Seguros del Estado (Ley N° 18.679 de 1987) y la Empresa Marítima del Estado (Ley N° 18.773 de 1989). Todas estas empresas públicas fueron transformadas en sociedades comerciales o industriales cuyos accionistas eran la Corporación de Fomento de la Producción y el Fisco. De acuerdo a lo visto en el punto anterior, muchas de las empresas transformadas en sociedades del Estado fueron posteriormente vendidas a privados, mientras que otras permanecieron como sociedades del Estado.

Una tercera forma se refiere al caso de las sociedades del Estado. Éstas pueden ser vendidas a privados, o bien ser liquidadas. La disolución y liquidación de la empresa debe ser acordada por la Junta de Accionistas, momento en el que se nombra una Comisión Liquidadora que queda a cargo de la administración de

la empresa. Además, la Comisión se hace cargo de todas las situaciones pendientes como el pago de indemnizaciones a trabajadores, acciones judiciales pendientes, enajenación de los bienes y destino de las utilidades de dichos bienes.

En la actualidad se encuentran en proceso de liquidación las siguientes sociedades: Empresa Nacional del Carbón S.A., Empresa Periodística La Nación y Sociedad Agrícola Sacor S.A.

En cuarto lugar, puede ponerse término a una empresa pública transformándola en servicio público.

La transformación de una empresa en servicio público supone establecer que la actividad en cuestión se trata de un bien o servicio de naturaleza pública destinada a satisfacer una necesidad también pública. En este sentido, la actividad deberá cumplir con los requisitos de universalidad, regularidad y continuidad. En Chile no hay ejemplos de esta técnica, sólo se ha producido el fenómeno contrario, es decir que un servicio público se transforme en empresa pública o sociedad del Estado. Ejemplos de esto son la Casa de Moneda S.A.¹²⁵, Metro S.A.¹²⁶, las empresas sanitarias y Correos de Chile¹²⁷.

¹²⁵ CHILE. Ministerio de Hacienda. 2008. Ley N° 20.309: transforma Casa de Moneda en Sociedad Anónima. 11 de diciembre de 2008.

¹²⁶ CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 1989. Ley N° 18.772: Establece normas para transformar la Dirección General de Metro en Sociedad Anónima. 28 de enero 1989.

¹²⁷ CHILE. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. 1982. Decreto con Fuerza de Ley N° 10: Crea la Empresa Correos de Chile, dispone la constitución de TELEX CHILE Comunicaciones Telegráficas S.A. y pone término a la existencia legal del Servicio de Correos y Telégrafos. 30 de enero de 1982.

4.2. Ejemplos de término de empresas del Estado

Resulta útil revisar el ejemplo de tres casos recientes de empresas o actividades empresariales a las cuales se les ha puesto término, de manera que se revisarán los casos de la Empresa de Abastecimiento de Zonas Aisladas, la Empresa Periodística La Nación y la Editorial Jurídica de Chile.

De esta forma, en primer lugar, la Empresa de Abastecimiento de Zonas Aisladas fue extinguida por la Ley N° 20.693 que Pone Término a la Exigencia Legal de la Empresa de Abastecimiento de Zonas Aisladas. Esta empresa fue establecida como la continuadora legal de la extinta Empresa de Comercio Agrícola en 1989¹²⁸, y fue extinguida puesto que su existencia ya no se justificaba, debido al mejoramiento de las comunicaciones y conectividad al interior del país.

El artículo 1° de la Ley N° 20.693 señala:

“Artículo 1°.- Pónese término a la existencia legal de la Empresa de Abastecimiento de Zonas Aisladas, en adelante, la empresa, a contar de la designación del liquidador a que se refiere el artículo siguiente”.

¹²⁸ CHILE. Ministerio de Hacienda. 1989. Ley N° 18.899: Normas complementarias de administración financiera, de incidencia presupuestaria y de personal. 30 de diciembre de 1989. (artículos 38 y 39)

De esta forma, se le pone término a la Empresa y se establece un liquidador a cargo de la liquidación de la empresa. Corresponde al liquidador, entre otras funciones, la de enajenar a título oneroso los bienes de la empresa, concluir las operaciones pendientes, cobrar los créditos y contratar la prestación de los servicios necesarios para la liquidación. La liquidación estará sujeta al control de la Contraloría General de la República quien examinará y juzgará la gestión financiera y contable del proceso de liquidación. Por su parte, el artículo 4º establece que la enajenación de los bienes muebles de la Empresa se regirá por el Decreto Ley N° 1.939 de 1977 y que la Corporación de Fomento de la Producción podrá autorizar al liquidador a donar los bienes de la Empresa al Fisco de Chile. En el caso de que no sean donados el Fisco, el producto que resulte de la liquidación, así como de los bienes no enajenados, se transferirán en dominio a la Corporación de Fomento de la Producción por el sólo ministerio de la ley. Si se trata de bienes sujetos a inscripción en registros públicos, la ley servirá de título para la inscripción respectiva (artículo 9º).

La misma ley pone término al Servicio de Bienestar de la Empresa de Abastecimiento de Zonas Aisladas señalando que los ex trabajadores de la Empresa que sean afiliados a ese servicio serán incorporados por el sólo ministerio de la ley al Servicio de Bienestar del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

De esta forma, la ley que pone término a la Empresa debe regular la situación del personal de la empresa, de los bienes, los contratos con terceros, así como realizar un examen del patrimonio de la misma.

En segundo lugar, corresponde analizar el caso de la Empresa Periodística La Nación S.A. que corresponde a un ejemplo de disolución y liquidación de una sociedad del Estado. Esta empresa fue fundada en 1917 por la iniciativa de cuatro senadores del Partido Liberal, quienes pusieron el capital para constituir la. En 1928, el gobierno incautó la empresa argumentando la existencia de grandes deudas tributarias. A partir de ese momento se constituyó como empresa del Estado, organizándose definitivamente como tal en 1932¹²⁹. Fue transformada en sociedad anónima cerrada del Estado en 1982, conforme a lo cual su término se hará de acuerdo a las normas de la legislación común.

La Empresa tiene dos líneas de negocios, por una parte, la publicación del Diario Oficial, y por otra, la publicación de noticias, reportajes y todo lo relacionado con el diario informativo. Los principales ingresos de la Empresa provenían de la publicación del Diario Oficial, sin embargo, con la publicación de la Ley N° 20.494 que Agiliza Trámites para el Inicio de Actividades de Nuevas Empresas, esta situación cambió. Esta Ley modificó el artículo 4° del DL N° 825 sobre Impuesto a las Ventas y Servicios indicando que “las publicaciones que según las leyes se deban realizar en el Diario Oficial para la constitución,

¹²⁹ CHILE. Decreto Ley N° 111: Reorganiza empresa periodística “La Nación” y deroga Decreto con Fuerza de Ley N° 241 de 15 de mayo de 1931.

disolución y modificación de personas jurídicas de derecho privado, se realizarán en la página WEB” y que “el acceso a la página WEB, para efectos de consulta e impresión de las publicaciones, será público y gratuito”. Por último se estableció una tarifa más baja por la publicación de cada extracto. A partir de ese momento, la empresa perdió gran parte de su financiamiento.

De esta forma, la decisión de liquidar la sociedad fue tomada por la Junta Extraordinaria de Accionistas realizada el 24 de septiembre de 2012 por solicitud del accionista mayoritario que es el Fisco de Chile¹³⁰. El 17 de noviembre se constituyó la Comisión Liquidadora, momento a partir del cual se ha comenzado a disponer de los bienes de la empresa. Así, se ha establecido la venta de los bienes, ya sea a través de ofertas directas, o bien mediante procesos de remate. Lo que se obtenga de estas ventas será repartido entre los accionistas, siendo el Fisco de Chile el dueño de un 69,26% de las acciones. Además, de acuerdo a la Memoria del año 2012 de la empresa, la situación del inmueble donde se encontraban las dependencias de la Empresa, no se ha definido aún. Por su parte, la situación más compleja dice relación con la publicación del Diario Oficial, tarea que tras la liquidación queda en manos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

¹³⁰ Memoria Año 2012 Empresa Periodística La Nación S.A. [en línea]
<<http://www.lanacionsa.cl/memoria2012/memoria2012.pdf>> [consulta 4 de marzo de 2015]

El tercer ejemplo que se revisará es el de la Editorial Jurídica de Chile cuyo término se encuentra pendiente, puesto que el proyecto de ley para poner término a la existencia legal fue enviado al Congreso el 9 de septiembre de 2013 sin que haya sido aprobado hasta la fecha¹³¹. Esta entidad no es una empresa del Estado ni una sociedad propiamente tal. Fue creada en 1945 por un acuerdo entre la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y la Biblioteca del Congreso Nacional. Se trata por tanto de una asociación que nace de un órgano desconcentrado de la Universidad de Chile como lo es la Facultad de Derecho, siendo a su vez la Universidad un órgano funcionalmente descentralizado de la Administración del Estado, con la Biblioteca del Congreso Nacional. Esta última corresponde a lo que García de Enterría denomina un órgano que cumple funciones administrativas pero que no forma parte de la Administración¹³². Por su parte, la Ley N° 8.737 (1947) le confirió personalidad jurídica y la Ley N° 8.828 (1947) dispuso que los Códigos y la Constitución oficiales de la República sólo podrían confeccionarse por la Editorial Jurídica. En cuanto al financiamiento, éste fue de origen público, puesto que se financiaba con un recargo de todas las multas por infracciones legales, reglamentarias y ordenanzas de carácter municipal, por los intereses penales de la mora de impuestos y contribuciones y le correspondía un presupuesto otorgado a través de la Contraloría General de la República.

¹³¹ Proyecto de Ley, Boletín N° 9116-07

¹³² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. *Op. cit.* 2010. 38p.

Este financiamiento se redujo drásticamente en 1974 y se abolió en 1977, obligando a la Editorial a autofinanciarse. A partir de ese momento la Editorial diversificó su actividad, inauguró locales comerciales y abrió filiales en España, Argentina y México. Sin embargo, la situación financiera se volvió insostenible a partir del año 2001.

Lo interesante de este caso es que la solicitud de ponerle término a la Editorial nació de parte de la Corte Suprema y del Senado, quienes se lo solicitaron el Ejecutivo mediante un Oficio la primera y un Proyecto de Acuerdo el segundo. Tanto la Corte Suprema como el Senado tienen representantes en el Consejo Directivo de la Editorial Jurídica.

Por su parte, el Proyecto de Ley establece el término de la existencia legal de la Editorial Jurídica de Chile, el nombramiento de un liquidador para efectos de su liquidación y regula la situación de la publicación de los Códigos y Constituciones oficiales, puesto que se entiende que la función que cumplía la Editorial era garantía de publicidad y de seguridad jurídica. Respecto a esto último, se propone la creación de una Comisión de Códigos cuya Secretaría Técnica estará a cargo de la Biblioteca del Congreso Nacional y compuesta por destacados abogados cuyo nombramiento también se regula.

Por lo tanto, en este caso, una entidad con personalidad jurídica es eliminada y reemplazada por una Comisión que formará parte de la Biblioteca del Congreso Nacional. Respecto a la naturaleza jurídica de esta nueva comisión, se tratará de

un organismo auxiliar y dependiente de la Biblioteca del Congreso Nacional, la que a su vez cumple una función que puede “ser calificada materialmente como administrativa, será o no equivalente o paralela a la que normalmente cumple la Administración, pero es evidente que no se trata de actos sometidos al Derecho Administrativo, como no lo son, *et pour case*, los actos principales que dichos órganos constitucionales producen (Leyes, sentencias) y respecto de los cuales esos otros son auxiliares y complementarios”¹³³.

¹³³ *Ibíd.* 38p.

CAPÍTULO 3. RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS

1. Introducción al Régimen de Derecho Privado

Como se ha señalado al comienzo de este trabajo, las empresas públicas creadas por ley y las sociedades del Estado se rigen tanto por normas de derecho público como de derecho privado.

La sujeción a las normas de derecho común se encuentra recogida, en primer lugar, en la CPR en el artículo 19 N° 21 inciso segundo que señala:

“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”.

De esta forma, la CPR ha establecido que las empresas del Estado están sometidas a la legislación común aplicable a los particulares. Esta legislación común se refiere principalmente a las normas que rigen a las empresas privadas, de manera que dicen relación con las normas que regulan a las sociedades

anónimas, el régimen de contratación y comerciales, las normas laborales y las normas sobre defensa de la libre competencia.

En relación a las normas comerciales, de contratación y el régimen laboral del personal de las empresas, cada ley que crea una empresa pública o que autoriza la participación, en el caso de las sociedades del Estado, se refiere especialmente a estas materias, estableciendo a qué régimen se sujetarán. En este sentido, en materia de régimen laboral todas las empresas y sociedades se rigen por el Código del Trabajo, y sólo el Banco Estado establece que el régimen de derecho común es supletorio, junto a las empresas de defensa nacional (ASMAR, FAMAE y ENAER) que se rigen por sus propios estatutos¹³⁴. Por su parte, en materia comercial y régimen económico, la mayoría de las empresas se encuentra sujeta a la fiscalización de una Superintendencia, excluyéndose las empresas de las Fuerzas Armadas, ENAP, ENAMI y Correos de Chile. Sin embargo, en el caso de las normas sobre libre competencia no existe una regulación legal expresa en las leyes reguladoras de las empresas, por lo que es necesario revisar cada caso en particular para determinar la aplicación o no de dichas normas.

¹³⁴ Ver Anexos 1 y 2

2. Las normas de defensa de la libre competencia

La defensa de la competencia se ha constituido como parte del interés público que el Estado y sus órganos deben proteger. Es por esto que gran parte de los Estados democráticos occidentales han reconocido expresamente en su legislación la protección de la competencia como un bien jurídico importante para el correcto desenvolvimiento de la economía. De esta forma, “la defensa de la competencia, el llamado derecho *antitrust* en los Estados Unidos de América, es una forma de intervención de los poderes públicos en el mercado diseñada para mantener una competencia adecuada”¹³⁵.

En Chile, las normas de defensa de la competencia se encuentran en el DL N°1 de 2004 que Fijó Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del DL N° 211 de 1973 fija Normas sobre Defensa de la Libre Competencia (LDLC). El citado Decreto Ley señala en su artículo 1°:

“Artículo 1°: La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados.

Los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley.”

¹³⁵ CASES, L. 1995. Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas. 35p.

De acuerdo a Nicole Nehme, la LDLC cumple principalmente tres funciones en nuestro ordenamiento jurídico. En primer lugar, tiene una finalidad tutelar de la libre competencia que concreta la garantía establecida en el artículo 19 N°21 de la CPR. En segundo lugar, “limita aquellos comportamientos que, en ejercicio de la libertad económica, se estiman como atentatorios contra la libre competencia. Y finalmente, hace operativa la mencionada garantía constitucional, en cuanto establece una restricción de aquellas reconocidas por la CPR respecto de las actividades económicas lícitas”¹³⁶.

Un segundo elemento a tomar en consideración sobre la LDLC es que las normas de defensa de la competencia son de aplicación general. En Chile, la doctrina mayoritaria entiende que las normas de defensa de la competencia se aplican sin importar la naturaleza jurídica del sujeto activo. “Siendo el D.L. N° 211 la principal tutela de la autonomía de las personas en el ámbito en que ejercen su libertad económica, y formando esa ley parte sustantiva del *orden público económico*, se afirmó que ésta se aplica tanto a los particulares, como a las propias autoridades públicas cuando ejecutan los actos administrativos que la ley ha puesto dentro de su competencia”¹³⁷.

¹³⁶ NEHME, N. 2011. Aplicación de las normas de defensa de la competencia a los organismos de la administración del Estado. En: La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago, Centro de Libre Competencia UC. 321p.

¹³⁷ *Ibíd.* 326p.

Por su parte, el artículo 4º de la LDLC establece una prohibición dirigida a los órganos de la Administración del Estado. El artículo señala:

“Artículo 4º.- No podrán otorgarse concesiones, autorizaciones, ni actos que impliquen conceder monopolios para el ejercicio de actividades económicas, salvo que la ley lo autorice.”

De acuerdo a Domingo Valdés, el citado artículo se refiere al monopolio de privilegio, entendido como “una conducta perpetrada por autoridad pública, en contravención del Derecho de la libre competencia y sin mediar causal de justificación suficiente, a través de la cual aquélla establece, directa o indirectamente, un monopolio estructural sobre un bien y que, de no haber existido tal conducta, el común de las personas habría podido libremente hacer de dicho bien el objeto de sus actividades económicas”¹³⁸.

La prohibición señalada recae sólo sobre las autoridades públicas, ya sea de manera directa, esto es que la autoridad conceda o reserve un monopolio a un particular, o bien de forma indirecta a través de una regulación que incidentalmente introduce restricciones a la libre competencia.

¹³⁸ VALDÉS, D. 2006. Libre competencia y monopolio. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 460p.

3. Aplicación normas de defensa de la competencia a las empresas públicas

Como se ha señalado, en Chile, tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que la aplicación de la LDLC es general incluyendo a particulares y a los órganos de la Administración del Estado.

El artículo 3º de la LDLC es el que establece el injusto monopólico señalando las hipótesis de infracción. Dicho artículo comienza con un enunciado propio de los delitos comunes o generales, sin hacer distinción entre particulares y órganos públicos.

“Artículo 3º: El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley”.

En conformidad con el citado artículo y con la norma constitucional que rige esta materia (artículo 19 N° 21 inciso 2º), las empresas públicas y sociedades del Estado estarían sujetas a la legislación común y, de esa manera, a las normas de defensa de la competencia. En este sentido, Nicole Nehme ha señalado que “no consideramos aquí [en la discusión], los casos en que tales órganos actúan como agentes económicos, desarrollando actividades económicas, pues en ese caso la aplicación a su respecto de las normas de libre competencia no diverge

de la aplicación general que ha de darse a las mismas respecto de todos los agentes económicos”¹³⁹.

Por su parte, habiendo analizado la totalidad de las sentencias y resoluciones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sobre esta materia, es posible concluir que el Tribunal tampoco ha cuestionado la aplicación de estas normas, ni su competencia para conocer de casos que involucren empresas públicas¹⁴⁰. De la misma manera lo han entendido las propias empresas públicas, puesto que en ninguno de los casos las empresas han impugnado dicha competencia e incluso han realizado consultas¹⁴¹ respecto a si determinadas circunstancias u operaciones podrían afectar la libre competencia.

Sin embargo, es importante señalar que la aplicación general y común a entes privados y públicos no ha sido siempre de esta manera, puesto que la Ley N° 13.305 que contenía normas de defensa de la competencia (primera regulación de la materia) y la LDLC en su texto original de 1973 se referían específicamente a la situación de las empresas públicas.

¹³⁹ NEHME, N. *Op. cit.* 2011. 318p.

¹⁴⁰ TDLC, 6 de octubre de 2005, Sentencia N° 32/2005; TDLC, 18 de abril de 2008, Sentencia N° 64/2008; TDLC, 2 de julio de 2008, Sentencia N° 70/2008; TDLC, 14 de octubre de 2008, Sentencia N° 76/2008. TDLC, 21 de enero de 2010, Sentencia N° 96/2010; TDLC, 15 de enero de 2015, Sentencia N° 142/2015

¹⁴¹ TDLC, 13 de septiembre de 2006, Resolución N° 17/2006. CPC, 10 de julio de 1987, Dictamen N° 604/87. CPC, 14 de agosto de 1987, Dictamen N° 612/87

La Ley N° 13.305 de 1959 en su Título V sobre las Normas para fomentar la Libre Competencia Industrial y Mercantil se refería a la situación de monopolistas de las empresas públicas:

“Artículo 172.- No podrá otorgarse a los particulares la concesión de ningún monopolio para el ejercicio de actividades industriales o comerciales.

Sólo por ley podrá reservarse a instituciones fiscales, semifiscales, públicas, de administración autónoma o municipales el monopolio de determinadas actividades industriales o comerciales”¹⁴².

El artículo citado se corresponde con el actual artículo 4º de la LDLC.

Por su parte, el artículo 174 permitía excluir a personas particulares y a las empresas públicas de la aplicación del injusto monopolístico:

“Artículo 174. El Presidente de la República podrá autorizar por decreto fundado y previo informe favorable de la Comisión a que se refiere el artículo siguiente, la celebración o el mantenimiento de aquellos actos o contratos que, mencionados en el artículo anterior, sean sin embargo necesarios para la estabilidad o desarrollo de las inversiones nacionales ante la concurrencia de capitales extranjeros que operen o puedan operar en el mercado chileno, o se trate de actos o contratos en que sea parte una empresa del Estado o una empresa en la cual el Estado tenga parte, directa o indirectamente, y siempre que el interés nacional así lo exija.”

¹⁴² CHILE. Ministerio de Hacienda. 1959. Ley N° 13.305: Reajusta las remuneraciones de todos los empleados que prestan servicios en Chile, suplementa el presupuesto de la Nación, establece nueva unidad monetaria, concede facultades extraordinarias al Presidente de la República y modifica las leyes que señala. 6 de abril de 1959.

El artículo 174 permitía al Presidente de la República autorizar la celebración de los actos y contratos que prohibía el artículo 173 tanto a particulares como a las empresas del Estado o en las que el Estado tenga participación. Lo interesante de esta norma para los efectos de este trabajo, es que para autorizar a un particular debía tratarse de un acto o contrato “necesarios para la estabilidad o desarrollo de las inversiones nacionales ante la concurrencia de capitales extranjeros que operen o puedan operar en el mercado chileno”, es decir se trataba de un privilegio para proteger la inversión nacional frente a la inversión extranjera en el país. En cambio, la exigencia era mucho más general y discrecional en el caso de las empresas públicas, puesto que bastaba con que la autorización se fundara en el interés nacional. Lo anterior refleja un reconocimiento a la naturaleza diversa de las empresas del Estado y a las funciones especiales y de interés público que éstas pueden cumplir en determinados casos.

Por su parte, el Título V de la Ley N° 13.305 fue derogado con la dictación de la LDLC en 1973. Dicho Decreto Ley en su texto original también se refería de manera especial a las empresas públicas.

El texto original de la LDLC establecía en su introducción, luego de señalar la importancia de la protección de la competencia para el correcto desenvolvimiento de los mercados, lo siguiente:

“4° Que, sin embargo, cierta producción de bienes y servicios puede o debe, en determinadas circunstancias, realizarse a través de organizaciones de estructura monopólica estatal, siempre que los fines perseguidos redunden en beneficio de la comunidad y su creación, funcionamiento y resguardos se prevean mediante una ley expresa;”

Por su parte, el artículo cuarto recogía una norma muy similar a la de los artículos 172 y 174 de la antigua Ley N° 13.305. Dicho artículo señalaba:

“Artículo cuarto: No podrá otorgarse a los particulares la concesión de ningún monopolio para el ejercicio de actividades económicas tales como extractivas, industriales, comerciales o de servicios.

Sólo por ley podrá reservarse a instituciones fiscales, semifiscales, públicas, de administración autónoma o municipales el monopolio de determinadas actividades como las señaladas en el inciso anterior.

No obstante y siempre que el interés nacional lo exija, se podrá autorizar por decreto supremo fundado y previo informe favorable de la Comisión Resolutiva que se establece en el presente decreto ley, la celebración o el mantenimiento de aquellos actos o contratos que, referidos en los artículos precedentes, sean sin embargo necesarios para la estabilidad o desarrollo de las inversiones nacionales o se trate de actos o contratos en que sea parte alguna de las instituciones señaladas en los incisos primero y segundo del Art. 16 de la ley N° 10.336.”¹⁴³

El citado artículo cuarto, si bien es muy similar a los antiguos artículos 172 y 174 de la Ley N° 13.305, se distingue en primer lugar, porque no se señala quién es el que autoriza la celebración de los actos, mientras que en la antigua normativa era el Presidente de la República. En segundo lugar, no se señala una

¹⁴³ CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 1973. Decreto Ley N° 211: Fija normas para defensa de la libre competencia. 22 de diciembre de 1973.

causal o fundamento para excluir de la aplicación de los injustos monopólicos a las empresas públicas. En la normativa antigua se debía fundar en el interés nacional (criterio ya lo suficientemente amplio) y en la LDLC original bastaba la participación de un órgano de los señalados en el artículo 16 de la Ley 10.336, esto es los servicios, instituciones fiscales, semifiscales, organismos autónomos, empresas del Estado y servicios públicos creados por ley¹⁴⁴, para poder excluirlo de la aplicación de las normas que castigaban los injustos monopólicos.

El texto original sufrió modificaciones a partir de 1979 hasta llegar al texto actual, cuyo texto refundido es del año 2005. Estas modificaciones eliminaron las menciones especiales a las empresas públicas y establecieron un régimen de aplicación general, sin perjuicio de la norma del artículo 4º. Pese a esto, es posible plantear una visión crítica de esta aplicación general de la LDLC a partir de las características propias de las empresas del Estado.

4. Visión crítica de la aplicación de las normas de defensa de la competencia a las empresas públicas

En Chile, la aplicación de las normas de defensa de la competencia a las empresas públicas se ha aceptado sin grandes críticas. Así, tanto la

¹⁴⁴ CHILE. Ministerio de Hacienda. 1964. Decreto N° 2421: Fija el texto refundido de la ley de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República. 10 de julio de 1964.

jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como las propias empresas públicas han aceptado la competencia del primero para conocer de causas que afectan a las segundas. Sin embargo, es posible atenuar esta aplicación si se toman en consideración la naturaleza, funciones y actividades que cumplen las empresas del Estado.

De esta forma, para determinar la aplicación o no de las normas de defensa de la competencia se revisarán tres aspectos: en primer lugar, la naturaleza jurídica de las empresas, en segundo lugar, las características de los mercados en que operan y, en tercer lugar, el control que ejercen otros órganos del Estado respecto de las mismas. Estos criterios permitirán la construcción de una clasificación de las empresas del Estado de acuerdo a sus funciones que ayudará a determinar la naturaleza de las actividades que realizan y en consecuencia si éstas son o no susceptibles de sujetarse a las normas de defensa de la libre competencia.

4.1. La naturaleza jurídica de las empresas del Estado

En este punto es necesario revisar por separado las empresas públicas creadas por ley y las sociedades del Estado.

A) Empresas públicas creadas por ley

En primer lugar, las empresas públicas creadas por ley forman parte de la Administración del Estado, se relacionan con el Presidente de la República a través de un Ministerio y su regulación se encuentra en las leyes que las crean y en los reglamentos que se dicten con dicho fin.

Por su parte, las normas de defensa de la competencia son una forma de intervención de los poderes públicos sobre la esfera de actuación de los particulares, de manera que operan como una limitación a la libertad de empresa (artículo 19 N° 21 de la CPR), libertad de contratación (artículo 19 N° 16 de la CPR) e incluso al derecho de propiedad (artículo 19 N° 24 de la CPR), con el objeto de resguardar la competencia. De esta forma, el destinatario natural de estas normas es el particular, pues es él el titular de las citadas libertades. Los órganos de la Administración del Estado y las empresas públicas no gozan de dichas libertades, salvo excepciones establecidas por ley. Por tanto, en principio, las normas de defensa de la libre competencia no debiesen ser aplicables a las empresas públicas, puesto que estas no son titulares de las libertades señaladas.

A mayor abundamiento, tampoco es posible enmarcar la aplicación de las normas de defensa de la competencia a las empresas públicas en el artículo 4° de la LDLC, puesto que dicho artículo establece una prohibición a los actos de autoridad. Así “el ilícito monopólico de privilegio es ejecutado exclusivamente por

una autoridad pública y nunca por las denominadas empresas públicas del Estado, puesto que estas últimas carecen de potestades públicas y, por tanto, no puedan a través de éstas instituir un monopolio”¹⁴⁵. En efecto, en aquellos casos en que las empresas públicas tienen el monopolio, éste se les ha otorgado por ley o se ha dado naturalmente por las características del mercado, pero nunca es la propia empresa la que instituye su propia situación monopólica.

B) Sociedades del Estado

En el caso de las sociedades del Estado, su naturaleza jurídica se asemeja bastante a la de una empresa privada, pues se trata de personas jurídicas de derecho privado sujetas a la normativa común. Las sociedades del Estado no forman parte de la Administración del Estado, ya que no se encuentran en la enumeración del artículo 1º inciso segundo de la LOCBGAE (sin perjuicio de que compartan algunas características de los órganos de la Administración, como ya se vio en capítulos anteriores). Por tanto, al tratarse de personas jurídicas de derecho privado sujetas al mismo régimen de derecho, parece posible que sean titulares de las libertades enumeradas en el artículo 19 de la CPR y como tales destinatarios de las normas de defensa de la libre competencia. Es decir, si se

¹⁴⁵ VALDÉS, D. *Op. cit.* 2006. 460-461p.

toma en consideración sólo la naturaleza jurídica de las sociedades del Estado, la conclusión es que se sujetan a las normas de defensa de la competencia, pues son iguales a las empresas privadas en este aspecto.

Sin embargo, sobre este punto, resulta interesante el argumento propuesto por Patricio Latorre¹⁴⁶, quien postula que las sociedades del Estado cumplen con fines de interés público o general, integrando la denominada “administración invisible del Estado”, la cual “está 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”¹⁴⁷.

De acuerdo a Latorre todas las sociedades del Estado tienen un fin de interés público, que es precisamente el que justifica que dichas sociedades sean públicas y no privadas. Sostiene que esto es patente en aquellas sociedades que son las continuadoras legales de servicios públicos, como Metro S.A., las empresas sanitarias, Casa de Moneda S.A., pero que también se manifiesta en sociedades creadas como filiales de empresas públicas. “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

¹⁴⁶ LATORRE, P. 2008. Las sociedades estatales en el ordenamiento jurídico chileno. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N° XXX. Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

¹⁴⁷ *Ibíd.* 226p.

concurrido a su formación, esto es, debe tratarse de un fin de interés público colectivo o general¹⁴⁸.

La postura de Latorre se funda en el principio de subsidiariedad, es decir que el Estado sólo debe intervenir en aquellas actividades en que los particulares no quieren o no pueden intervenir. Así, las sociedades del Estado tienen un fin de interés público porque de lo contrario no estaría justificada su existencia. Dicho principio, como se ha señalado anteriormente en este trabajo, es una construcción doctrinaria de quienes escribieron la Constitución y sus discípulos, pero que no se encuentra plasmado en el texto constitucional ni en una norma legal. Señalar que las sociedades del Estado sólo pueden tener un fin público significa limitar su campo de acción en contra de lo dispuesto en la CPR y restringir sus posibilidades de participar en diversas actividades económicas.

Sin embargo, pese a no compartir el fundamento de Latorre respecto a la subsidiariedad en que se funda, es cierto que la mayoría de las sociedades del Estado cumplen con un fin de interés público. En esa situación se encuentran las empresas sanitarias EMOS, ESVAL, la Empresa Concesionaria de Servicios Sanitarios, Correos de Chile, Metro S.A., la Casa de Moneda, la Sociedad Agrícola Sacor y la Sociedad Agrícola y Servicios Isla de Pascua. Tales empresas cumplen con funciones de servicio público o de fomento de un área específica de la economía o del territorio, de manera que no parece lógico que se les apliquen

¹⁴⁸ *Ibíd.* 231p.

las normas de defensa de la libre competencia, puesto que son áreas que no se rigen por principios empresariales y mucho menos de libre competencia. Por su parte, Polla S.A. y la Zona Franca de Iquique operan en mercados que requieren de autorización legal para operar, porque el Estado considera que son actividades que merecen una mayor regulación.

De esta forma, de acuerdo a lo señalado, respecto a las empresas públicas éstas no podrían estar sujetas, *a priori*, a las normas de defensa de la competencia en la medida que forman parte de la Administración del Estado y como tales no son titulares de las garantías constitucionales que indirectamente resguardan la competencia. Por su parte, las sociedades del Estado, que en principio están sujetas al mismo régimen que las empresas privadas, podrían excluirse en todos aquellos casos en que cumplen con una función pública.

Por lo tanto, lo determinante no es la forma organizativa o jurídica que adopte la empresa, sino la actividad que realiza y la finalidad por la cual fue creada.

4.2. Las características de los mercados en que operan las empresas del Estado

Un segundo elemento a tomar en consideración a la hora de evaluar la aplicación de estas normas es el de los mercados en que operan. La gran

mayoría de las empresas públicas y sociedades del Estado operan en mercados con características especiales o realizan actividades que no pueden ser entendidas como parte de un mercado competitivo. Como se revisará a continuación, en mucho de los casos las empresas públicas se enmarcan en mercados sin competencia, competencia restringida o monopolios legales o de privilegio.

En el caso de las empresas públicas creadas por ley, en primer lugar, ASMAR, FAMAE y ENAER forman parte de las Fuerzas Armadas y por tanto, se rigen por sus leyes y estatutos propios y por las normas de las instituciones de Defensa Nacional. Estas empresas cumplen funciones estratégicas y de defensa nacional, de manera que están excluidas de cualquier mercado competitivo y de la aplicación de las normas de defensa de la competencia.

En segundo lugar, EFE y las Empresas Portuarias de Arica, Iquique, Antofagasta, Coquimbo, Valparaíso, San Antonio, Talcahuano-San Vicente, Puerto Montt, Chacabuco y Austral son monopolios legales que no tienen competencia. Sin perjuicio que en el caso de las empresas portuarias la titularidad estatal es sólo sobre el dominio de los puertos, puesto que toda la gestión portuaria se hace a través de empresas concesionarias privadas. Por su parte, CODELCO y ENAP también tienen monopolios legales, en la medida que su actividad productiva recae sobre yacimientos mineros que pertenecen al Estado exclusivamente. Sin embargo, ambas operan en la práctica en mercados con

competencia; CODELCO compite con empresas privadas titulares de concesiones mineras y ENAP compite con las empresas importadoras, puesto que el petróleo extraído en Chile no es suficiente para la demanda existente.

En tercer lugar, las empresas que operan en mercados con competencia son Banco Estado, TVN y Correos de Chile.

Por último, ENAMI tiene un régimen especial. Esta empresa tiene como función el fomento de la pequeña y mediana minería, de manera que opera en un mercado artificial donde la empresa estatal funciona como intermediario, refinador y vendedor del mineral obtenido por pequeños productores.

Por su parte, respecto de las sociedades del Estado, podemos señalar que las empresas sanitarias, Metro S.A. y la Zona Franca de Iquique operan en mercados sin competencia. En el caso de Metro S.A., el mercado en que opera tiene barreras a la entrada importantes debido a los costos hundidos que supone. En segundo lugar, Casa de Moneda S.A., la Sociedad Agrícola Sacor S.A., la Sociedad Agrícola y Servicios Isla de Pascua Ltda, la Comercializadora de Trigo S.A. y la Empresa Periodística La Nación funcionan en mercados con competencia. Por último, Polla S.A. compite con Lotería de Concepción que es una repartición de la Universidad de Concepción, sin embargo, los juegos de azar y de lotería han sido considerados como una actividad que merece especial

regulación, de manera que no es un mercado abierto ni libre, sino que se requiere autorización de la Administración para operar¹⁴⁹.

Estas características especiales de los mercados relevantes han sido recogidas en algunos casos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Así, en una demanda deducida en contra de ENAMI, el Tribunal ha señalado: “en cuanto al rol de fomento de ENAMI, éste se funda en las dificultades que tienen los pequeños y medianos mineros para acceder al mercado en condiciones competitivas [...] Dentro de esta política de fomento, se ha implementado un rol para ENAMI como poder de compra, consistente en la generación de una demanda artificial por los minerales extraídos por la pequeña y mediana minería del cobre”¹⁵⁰.

Por su parte, respecto de ENAP, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha señalado: “ENAP es actualmente el único refinador de combustibles líquidos en nuestro país”¹⁵¹, situación que se justifica porque dado el poco petróleo que existe en Chile si bien no existen limitaciones para que se instalen nuevas refinadoras, en la práctica resulta un negocio poco atractivo, que sólo una empresa pública está dispuesta a realizar.

La importancia de estudiar las características de los mercados en que operan las empresas del Estado, es que la mayor o menor regulación del mismo muchas

¹⁴⁹ TDLC, 13 de septiembre de 2006, Resolución N° 17/2006

¹⁵⁰ TDLC, 2 de julio de 2008, Sentencia N° 70/2008. 34p.

¹⁵¹ TDLC, 18 de abril de 2008, Sentencia N° 64/2008. 22p.

veces dice relación con la naturaleza de la actividad. De esta forma, las empresas monopólicas gozan de esta situación porque el Estado ha considerado que una determinada actividad deber ser ejercida por una empresa del Estado debido a que esta forma permite un mayor control. Por su parte, un mercado concentrado, con barreras de entrada legales o altamente regulado puede reflejar el interés del legislador por resguardar y regular especialmente una actividad determinada. Es decir, en muchas oportunidades las características del mercado se condicen con los fines públicos o de interés general que tiene la actividad que ejerce cada empresa.

4.3. El control que ejercen otros órganos del Estado

Un último aspecto que se debe tener en consideración a la hora de analizar la aplicación de las normas de defensa de la libre competencia a las empresas del Estado son los controles a los que se encuentran sujetas.

Así, en primer lugar, la mayor parte de las empresas del Estado, como se ha señalado anteriormente, se encuentran sujetas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros¹⁵², a la de Bancos e Instituciones Financieras, (Banco Estado) o a la de Electricidad y Combustibles (ENAP). En tal

¹⁵² Ver Anexos 1 y 2

sentido, comparten el mismo control que las empresas privadas sujetas a la legislación societaria.

En segundo lugar, las empresas públicas y las sociedades del Estado se encuentran sujetas a los controles de la Cámara de Diputados, la Contraloría General de la República y el Consejo para la Transparencia. Además de estos controles que ya se han desarrollado, muchas de las empresas tienen controles particulares de otros órganos de la Administración, por ejemplo, todas las sociedades que dependen de la CORFO deben rendir cuentas a dicha Corporación; CODELCO y ENAMI deben sujetarse a controles de la Comisión Chilena del Cobre (COCHILCO).

Por otra parte, las empresas del Estado están estrechamente vinculadas a los Ministerios de los cuales dependen; así, el patrimonio y el presupuesto (artículo 6º de la Ley N° 18.777 de las Empresas Sanitarias EMOS y ESVAL), sus reglamentos internos (artículo 2º inciso quinto de la Ley N° 19.170 de EFE; artículo 22 de la Ley N° 19.542 de Empresas Portuarias; artículo 40 del Decreto Ley N° 2.079 del Banco Estado), los aumentos de capital (artículo 6º DL 1.350 de CODELCO; artículo 44 de Ley N° 19.170 de EFE; artículo 4º y 5º de la Ley N° 18.772 de Metro), las políticas de fomento e inversión (artículo 11 de la Ley N° 19.542 de Empresas Portuarias; artículo 3º del Decreto Ley N° 2.079 del Banco Estado), entre otros, deben ser aprobados por el Ministerio respectivo.

Este control se intensifica en el caso de las empresas públicas creadas por ley, pues en tal caso, las leyes que las crean señalan el objeto de la empresa, los posibles conflictos de interés, las inhabilidades e incompatibilidades de los miembros del directorio, interviene el Presidente de la República en el nombramiento del directorio (artículo 25 del Decreto Ley 2.079 del Banco Estado; artículo 5º de la Ley N° 19.170 de EFE; artículo 4º de la Ley N° 19.132 de TVN), requieren autorización del Ministerio respectivo para contratar créditos, entre otros controles¹⁵³.

Esta relación es especialmente estrecha en el caso de ENAMI y ENAP en las cuales el ministro de Minería y Energía, respectivamente, forma parte del directorio y lo preside (artículo 11 del DFL N° 153 de 1959 que crea la Empresa Nacional de Minería y el artículo 3º del DFL N°1 de 1987 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 9.618 que crea la Empresa Nacional del Petróleo).

De esta forma, los controles administrativos a los cuales se encuentran sujetas las empresas del Estado, las distinguen de las empresas privadas, ya que se desenvuelven en marcos jurídicos mucho más estrictos y restringidos. Las empresas privadas no están sujetas a estos controles, sólo a los propios del área en que operan, por lo que tiene sentido que las normas de la libre competencia

¹⁵³ Como ejemplo es posible citar el Decreto Ley N° 1350 de 1976 que crea la Corporación Nacional del Cobre, que en su artículo 6º inciso 2º señala: antes del 30 de junio de cada año se determinará mediante decreto fundado, conjunto y exento de los Ministerios de Minería y de Hacienda, las cantidades que la empresa destinará a la formación de fondos de capitalización y reserva.

funcionen como un control de posibles conductas ilícitas. Dicha situación es diferente en las empresas públicas, puesto que su capacidad de actuar está limitada desde un principio, de manera que la aplicación de las normas de la libre competencia supone un control adicional que en muchos casos no corresponde aplicar, puesto que se trata de actividades que ya fueron sujetas a controles previos.

4.4. Clasificación

En base a los criterios y elementos recién estudiados es posible construir una clasificación de las empresas del Estado que permite ordenarlas según la actividad que realizan y función principal que cumplen. De esta forma, podemos distinguir entre empresas de servicio público y empresas de mercado¹⁵⁴. Por su parte, en ambas categorías se presentan empresas monopólicas y no monopólicas.

¹⁵⁴ Esta clasificación se utiliza en el derecho administrativo alemán de acuerdo a: MONTROYA, E. 1996. Las empresas públicas sometidas al derecho privado. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. 88p.

A) Empresas de “servicio público”

En la primera categoría, se encuentran todas aquellas empresas que cumplen primordialmente con una función pública, encontrándose vinculadas al principio de igualdad y satisfacción del interés general. Esta vinculación con fines de interés general es evidente en aquellos casos en que las empresas son las continuadoras legales de un servicio público, pero también se puede desprender dicha finalidad analizando las funciones y tareas que le han sido encomendadas por ley. El concepto de función pública es algo impreciso e indeterminado y varía de acuerdo al contexto histórico, político y económico de una sociedad. Sin embargo, pese a estas variables, es posible establecer el rol público de una empresa a partir de las finalidades que cumple (comunicación, transporte, infraestructura o abastecimiento) y en general si tiene por objeto la satisfacción del interés general o de una necesidad pública. En el caso de estas empresas no serían aplicables las normas de defensa de la libre competencia, puesto que de la naturaleza de las actividades que realizan no es posible que se produzcan ilícitos contra la libre competencia. Las actividades que realizan estas empresas obedecen a finalidades del Estado y el interés general que van más allá de la actividad empresarial y por ende no puede haber vulneración a la libre competencia allí donde no hay actividades empresariales con competencia.

En los casos de empresas de servicio público, el fundamento de la iniciativa empresarial pública es diverso del de la iniciativa privada, sin perjuicio de que en el ejercicio de dicha actividad empresarial se adopten formas jurídicas del derecho privado. Es decir, el hecho que por ejemplo Metro S.A. esté organizado como sociedad anónima no le quita validez al argumento de que su creación y existencia obedecen a una función pública. En estos casos la forma jurídica de empresa pública que adopta la Administración es instrumental y como tal, la Administración podría haber elegido otra forma de organización para satisfacer la misma necesidad o interés general. “Cuando la Administración crea una entidad instrumental, no se trata de una manifestación de su autonomía privada, sino del ejercicio de su potestad autoorganizativa. Dado el carácter instrumental de la empresa pública como ente ordenado a la satisfacción del interés público, aparecen como dos esferas netamente diferenciadas: el *Verwaltungsprivatrecht* [derecho administrativo privado] y la autonomía privada o el interés privado”¹⁵⁵.

Estas empresas de servicio público pueden ser monopólicas o no, ya sea de forma legal o de facto, es decir no toda empresa de servicio público opera necesariamente en un mercado concentrado, pero sí se trata muchas veces de mercados altamente regulados, precisamente por la naturaleza de las actividades que se realizan. Son empresas de servicio público que gozan de un monopolio: EFE (transporte), las Empresas Portuarias (transporte y conectividad), Metro S.A.

¹⁵⁵ *Ibíd.* 88p.

(transporte), las empresas sanitarias (servicio de alcantarillado), y las empresas de las Fuerzas Armadas: ASMAR, FAMAE y ENAER.

Por su parte, son empresas de servicio público no monopólicas: Correos de Chile (comunicación), la ENAMI (que de acuerdo a lo que se verá más adelante no cumple con una función de servicio público o prestacional propiamente tal, pero sí con una función de fomento, actividad con claros fines de interés general).

B) Empresas “de mercado”

La segunda categoría corresponde a las empresas de mercado. Se trata de empresas que desarrollan actividades propiamente industriales o comerciales y que se rigen por un principio de rentabilidad. Esto es sin perjuicio de que dentro de sus actividades puedan realizar otras actividades que no sean propiamente industriales o competitivas. Estas empresas, a su vez, también pueden ser clasificadas en aquellas que tienen un monopolio y aquellas que no lo tienen.

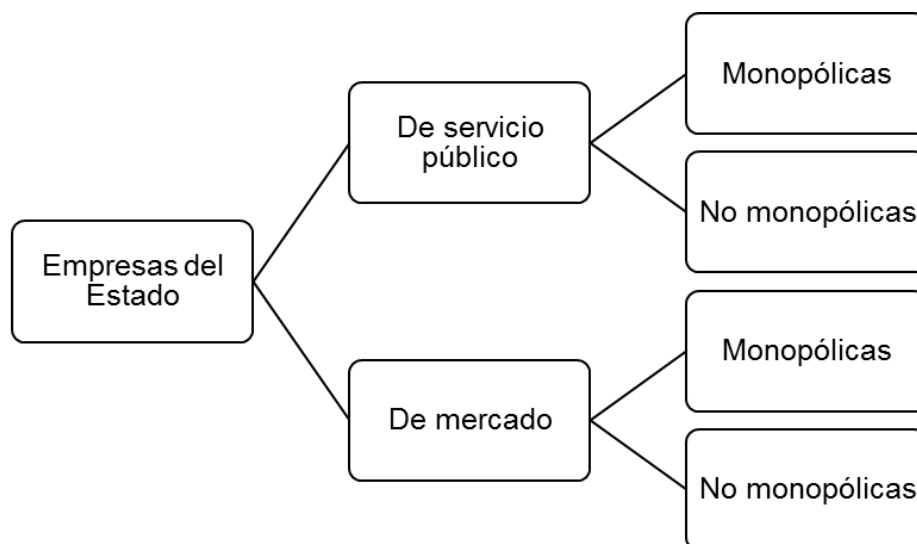
Son empresas de mercado monopólicas: CODELCO por ser la empresa a cargo de la explotación de la Gran Minería del Cobre luego de la nacionalización de este mineral, sin perjuicio de que en la práctica compite con empresas internacionales o nacionales que tienen concesiones mineras, y ENAMI, que tiene el monopolio legal de la exploración y explotación de los hidrocarburos, pero que compite con las importaciones del mismo producto.

Por su parte, son empresas de mercado no monopolísticas: Banco Estado, TVN, Casa de Moneda, Comercializadora de Trigo S.A., ENACAR S.A. (en liquidación), Empresa Marítima del Estado, Empresa Periodística La Nación (en liquidación), Sociedad Agrícola Sacor S.A. (en liquidación) y Sociedad Agrícola y Servicios Isla de Pascua Ltda.

Respecto de estas empresas son aplicables las normas de defensa de la competencia en todos aquellos casos en que realizan actividades susceptibles de ilícitos o injustos monopolísticos. Es decir, al igual que las empresas privadas, sólo puede haber un ilícito que afecte la libre competencia en aquellas áreas en que rige la libre competencia. Más precisamente: se aplica el estatuto normativo de la libre competencia sólo en aquellos casos en que se verifica una conducta que es susceptible de incurrir en un ilícito de libre competencia conforme a la descripción de la ley. Por tanto, si estas empresas públicas realizan actividades o cumplen funciones que se alejan del ámbito regido por la competencia, entonces las normas referidas a esta materia ya no son aplicables.

A modo ejemplar, se puede citar la situación de Banco Estado, empresa pública creada por ley que realiza las mismas actividades que un banco comercial privado y por ende se encuentra sujeto a la normativa de la libre competencia. Sin embargo, dentro de sus actividades se encuentra la de otorgar créditos con menores tasas de interés y menores requisitos, así como la posibilidad de que toda persona pueda abrir una cuenta corriente, denominada "Cuenta Rut". Los

requisitos para abrir esta cuenta son (i) ser persona natural, (ii) mayor de 12 años las mujeres y de 14 años los hombres, (iii) no se exige acreditar ingresos, (iv) los titulares no deben pagar comisión por su apertura y mantención. Estas características especiales han llevado incluso a que en un fallo del Tribunal de Defensa de la libre Competencia¹⁵⁶ se discutiera si el mercado de la Cuenta Rut es o no un mercado relevante por sí sólo, distinto del mercado de las demás cuentas corrientes o cuentas vista. Al permitir abrir una cuenta bancaria con dichas características, Banco Estado ya no está realizando una actividad competitiva, sino que está cumpliendo con una función pública, que tiene claros fines de consagrar el principio de igualdad de todas las personas en el acceso al crédito y servicios bancarios, y como tal no susceptible de ser sancionada o revisada conforme a las normas de defensa de la libre competencia.



¹⁵⁶ TDLC, 15 de enero de 2015, Sentencia N° 142/2015

4.5. Toma de Postura

Si se toman en consideración los elementos analizados y la clasificación propuesta es posible atenuar la aplicación de las normas de defensa de la competencia a las empresas del Estado o al menos a ciertas actividades que éstas realizan.

De acuerdo a lo señalado, las normas de defensa de la competencia se fundan en el derecho a realizar cualquier actividad económica (libertad económica), la igualdad ante la ley y el derecho de propiedad, con el objeto de resguardar la competencia y el correcto desenvolvimiento de la economía. Así, la regulación de la competencia aparece como una limitación a esta libertad y también, en último término, a la autonomía de la voluntad de la que son titulares los agentes económicos.

Entendidas de esta manera, las normas de defensa de la competencia sólo pueden actuar allí donde hay autonomía privada, es decir sólo se pueden aplicar a aquellas empresas a las que se le reconoce autonomía para tomar sus decisiones y en campos de actuación en lo que se puede ejercer dicha autonomía.

De acuerdo a Domingo Valdés en las empresas del Estado no existe esta autonomía, lo que las diferencia de las empresas privadas. “Así, estos

competidores [las empresas públicas] son personas públicas que carecen de autonomía privada en un sentido técnico y que se hallan regidos por una heteronomía emanada del legislador de quórum calificado que les ha dado origen mediante la precisa definición de los fines que deben buscar, los que se hallan generalmente señalados en su propia ley orgánica”¹⁵⁷. En base a esta postura, se podría sostener que, dada la falta de autonomía privada, no se aplican las normas de defensa de la libre competencia a las empresas públicas, puesto que éstas tienen su campo de acción limitado por ley.

Esta materia es tratada por Domingo Valdés quien sostiene que, para solucionar este problema de diferente naturaleza, es que la libre competencia no se funda en la autonomía privada sino en el derecho a desarrollar cualquier actividad económica. “La mencionada libertad para desarrollar actividades económicas ha de ser respetada por el Estado y sus organismos, sea que éstos actúen en cuanto autoridades públicas, sea que actúen en cuanto competidores o empresarios”¹⁵⁸. Valdés funda la libre competencia en esta garantía constitucional señalando entonces que rige tanto para entes públicos como privados.

Sin embargo, el argumento de Valdés puede ser rebatido desde dos perspectivas. Por un lado, si se acepta que la libre competencia se funda en el

¹⁵⁷ VALDÉS, D. *Op. cit.* 2006. 119-120p.

¹⁵⁸ *Ibíd.* 124p.

derecho a desarrollar cualquier actividad económica de acuerdo al artículo 19 N° 21 de la CPR, entonces eso significa que los organismos estatales también son titulares de las garantías consagradas en la Constitución. Lo anterior parece improbable si se estudia el catálogo de derechos reconocidos por la CPR. Y, por otro lado, el hecho de que la libre competencia se base en la libertad económica y que el bien jurídico cautelado sea precisamente la competencia, restringe la aplicación de estas normas sólo a aquellos casos en que hay libertad económica o mejor dicho en que es posible aplicar una lógica de libertad económica. Es decir, no resuelve aquellos casos en que el legislador ha estimado que existe un interés público especial y prevalente.

Por otra parte, el principio de subsidiariedad del Estado también permite excluir a las empresas públicas de las normas de defensa de la competencia. Conforme a tal planteamiento “las empresas públicas del Estado, que son creadas para la satisfacción de una necesidad pública y en cumplimiento del principio de subsidiariedad, corresponden a un esquema de poder-función u *officium*, puesto que hallan su causa final en la tutela de intereses o fines necesarios, que no son otros que las respectivas necesidades públicas”¹⁵⁹. De esta forma, si se limita la actividad empresarial del Estado sólo a aquellos casos en que una necesidad pública lo hace imperioso, entonces automáticamente se

¹⁵⁹ *Ibid.* 119p.

reconoce que dicha actividad y la empresa que la desarrolla tienen un carácter especial y diferente, puesto que cumplen un fin de interés público.

De esta forma, de acuerdo a este principio ninguna empresa pública debiese someterse a las normas de defensa de la competencia. Es decir, el principio de subsidiariedad excluye a las empresas del Estado del estatuto normativo de la libre competencia, toda vez que se trataría de actividades en que existe un interés público prevalente que justifica la intervención del Estado en dicha actividad.

Sin embargo, además de no compartir los argumentos y sustentos del principio de subsidiariedad, éste tampoco se condice con la práctica ni explica aquellos casos en que de facto se aplica la lógica de la libre competencia a empresas del Estado.

Por lo tanto, de acuerdo a lo señalado, la solución no está dada por la discusión en torno a si las empresas públicas son o no titulares de las garantías constitucionales, en particular del derecho a desarrollar cualquier actividad económica, ni tampoco, en el principio de subsidiariedad, sino en la naturaleza de las actividades que realizan las empresas, que son las que determinan si nos encontramos inmersos en una lógica competitiva susceptible de regirse y a su vez de cometer ilícitos monopólicos o si por el contrario se trata de una actividad destinada a la satisfacción de un interés público y general.

De esta forma, es posible señalar que las empresas del Estado se encuentran sometidas a las normas de defensa de la competencia sólo en aquellas actividades en que actúan en virtud de la autonomía que se les reconoce y en un ámbito de “libertad” económica y que por ende son susceptibles de ser castigadas por cometer ilícitos monopólicos o contra la libre competencia. De esta forma, en aquellas actividades donde no rige tal principio de la libre competencia no es posible su protección y tampoco la aplicación de estas normas.

Conforme a esta premisa, se pueden excluir de la aplicación del estatuto normativo de defensa de la competencia a todas las empresas que cumplen funciones públicas, ya sea como actividad principal o secundaria. Así, siguiendo la clasificación antes desarrollada, las empresas de servicio público estarán generalmente excluidas, sin perjuicio de que en la práctica algunas compiten con empresas privadas¹⁶⁰.

Luego, a *contrario sensu*, la mayoría de las empresas de mercado si están sujetas a las normas de defensa de la competencia, puesto que realizan actividades regidas por un principio de rentabilidad y por una lógica de libre competencia. Sin embargo, en aquellas actividades no competitivas que realicen, dichas normas ya no tienen cabida.

¹⁶⁰ A modo ejemplar se puede señalar Correos de Chile que es una sociedad del Estado continuadora legal de un servicio público y que cumple con la función pública de comunicación y conectividad. Sin embargo, compite con empresas privadas que realizan actividades muy similares.

Con todo, de acuerdo a lo señalado, la clasificación anterior que diferencia entre empresa de servicio público y empresa de mercado, no basta como único criterio para determinar la aplicación o no de estas normas, es decir sólo permite una primera aproximación, pero que no se corresponde en todos los casos. Lo determinante está dado por la naturaleza de la empresa, el mayor o menor control de la actividad y en particular por la naturaleza de la actividad que realiza. De esta forma, ante la pregunta de si las empresas del Estado deben someterse o no a las normas de defensa de la competencia, la respuesta es que es necesario distinguir y determinar cuál es la finalidad y naturaleza de la actividad; así actividades regidas por y en las que se debe proteger el bien jurídico competencia están sometidas al estatuto normativo que la protege, en cambio actividades en que existe un interés público especial y prevalente y en que los bienes jurídicos cautelados son otros, distintos a la competencia, dicho estatuto normativo ya no es aplicable.

IV. PARTE ESPECIAL: EL RÉGIMEN DE LAS EMPRESAS MINERAS DEL ESTADO

CAPÍTULO 1. LA PROPIEDAD MINERA DEL ESTADO

1. La regulación en la Constitución

La propiedad minera del Estado se enmarca dentro del Derecho Minero, disciplina que puede ser entendida como una rama del derecho administrativo, del derecho civil o bien como un sistema autónomo dotado de sus propias instituciones y principios¹⁶¹.

En Chile la situación de los yacimientos mineros se encuentra regulada en distintos cuerpos normativos, en particular en la CPR, la Ley N° 18.097 Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras (LOCCM) y el Código de Minería.

De las normas señaladas, es posible establecer cuáles son las instituciones que rigen en esta materia. Así, de acuerdo a Vergara Blanco, las instituciones de Derecho Minero son la *publicatio* minera o riqueza minera publicada, la

¹⁶¹ VERGARA BLANCO, A. 2010. Instituciones de Derecho Minero. Santiago, Abeledo Perrot, Legal Publishing. 7p.

concesión minera y el derecho minero, es decir los derechos que nacen tras el otorgamiento de la concesión¹⁶². Las tres instituciones se encuentran establecidas en la CPR.

De las tres instituciones antes señaladas la más relevante para objetos de este trabajo es la *publicatio*, pues se encuentra estrechamente vinculada con el dominio público minero. La *publicatio* minera se encuentra regulada en el artículo 19 N° 24 inciso sexto de la CPR. Dicho artículo señala:

“Artículo 19 N° 24 inciso sexto: El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas.”

Esta misma norma se encuentra en el artículo 1º del Código de Minería y, puede ser complementada con el artículo 591 del Código Civil que establece que “el Estado es dueño de todas las minas de oro, plata, cobre, azogue, estaño, piedras preciosas y demás sustancias fósiles”.

La existencia de una propiedad estatal sobre las minas se debe principalmente a la regulación histórica que ha existido en esta materia. De acuerdo a Vergara Blanco históricamente las minas pertenecieron al Estado, ya

¹⁶² *Ibíd.* 13p.

sea a la monarquía española o al Estado de Chile propiamente tal. Dicha situación puede ser incluso remontada hasta la época del Imperio Romano oportunidad en que aparecieron las primeras regulaciones de la materia. “Ya en la última época del derecho romano estaban las minas claramente vinculadas a un destino público, a su explotación pública, garantizada por la organización política; posteriormente, desde el comienzo del derecho medieval hasta el final de las monarquías, tanto en la Península como en las Indias (desde su conquista y colonización), las minas constituyeron una regalía de la Corona”¹⁶³. Durante la conquista y colonización de América, la monarquía española puso especial interés en la regulación de la minería precisamente por la importancia que tenía esta actividad en los primeros siglos de la colonia. Así, en 1584 se dictaron las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno en las que se estableció el dominio del monarca sobre las minas, la posibilidad de exploración entregada a los particulares y la formación de tribunales especiales de minería¹⁶⁴.

Recién con la Revolución Francesa y las ideas liberales se comenzó a desarrollar la idea de una propiedad privada sobre las minas. Pese a esto se mantuvo la figura de concesión por parte del Estado a los particulares. Esta tradición llegó a América y a Chile en particular, integrándose al Código Civil, al primer Código de Minería y posteriormente a la Constitución. La Constitución de

¹⁶³ VERGARA BLANCO, A. 1992. Principios y sistema del derecho minero. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 175p.

¹⁶⁴ URIBE, A. 1960. Manual de Derecho de Minería. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 20-21pp.

1980 recogió esta idea de dominio estatal sobre las minas y además la noción de concesión judicial de la explotación de las minas.

Por su parte, Vergara Blanco postula que esta propiedad que tiene el Estado sobre las minas forma parte de la teoría del dominio público, es decir que las minas son bienes del Estado que envuelven un interés público. “Así, el nacimiento de la teoría del dominio público no tuvo otra razón para surgir que la de explicar la vinculación – casi natural, dirán algunos- del Estado con ciertos bienes, como las minas, en los cuales habría envueltos intereses públicos, caldo de cultivo de las potestades estatales, y llamados no sólo a ser usados, gozados y dispuestos por él, sino prioritariamente, aun cuando en forma individual, por los particulares, pero a través de reglas impuestas por el Estado”¹⁶⁵. En el mismo sentido, Armando Uribe le reconoce al Estado un rol preponderante en la estabilidad de la actividad minera. “Corresponde *al Estado una función preponderante en la constitución y vigencia* de la propiedad minera ya que nuestras leyes le dan el derecho de intervenir en todo lo que con ella se relaciona de manera de asegurar su *estabilidad* para la producción de una riqueza que no sólo aproveche a quien cede este dominio sino también al Estado y a la colectividad”¹⁶⁶.

Por último, un elemento importante de la regulación de la propiedad minera es la clasificación legal de las sustancias mineras. En este sentido, el Código de

¹⁶⁵ VERGARA BLANCO, A. *Op.cit.* 1992. 175p.

¹⁶⁶ URIBE, A. *Op.cit.* 1960. 44p. (cursivas del texto original)

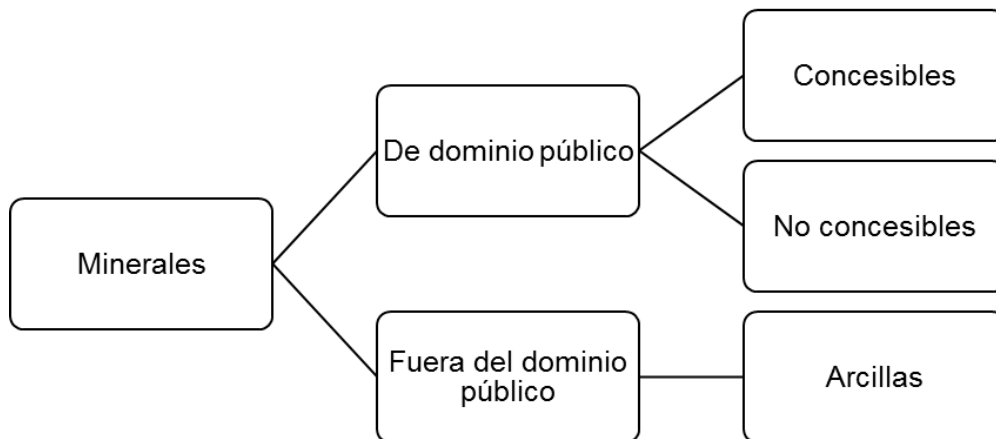
Minería clasifica entre sustancias minerales concesibles y sustancias minerales no concesibles.

Son concesibles o denunciables, de acuerdo al artículo 5º del Código de Minería, las sustancias minerales metálicas y no metálicas y toda sustancia fósil, en cualquier forma que se presente, incluyéndose las existentes en el subsuelo de las aguas marítimas a las que se tenga acceso por túneles desde tierra.

Por su parte, no son susceptibles de concesión minera, de acuerdo al artículo 7º del Código de Minería, los hidrocarburos líquidos y gaseosos, el litio, los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional ni los yacimientos de cualquier especie situados en zonas que conforme a la ley se determinen de importancia para la seguridad nacional.

Sin embargo, esta clasificación legal se puede complementar con otra que es doctrinaria y que distingue entre minas que integran el dominio público y minas que no forman parte del dominio público. Dentro de las primeras se encuentran tanto los minerales susceptibles de concesión judicial como aquellos no susceptibles de concesión pero sí de títulos administrativos (artículo 8º del Código de Minería), es decir las dos categorías anteriores.

Luego, en la categoría de minas que no integran el dominio público se encuentran las arcillas y los áridos, minerales que no se encuentran bajo ningún régimen legal especial y que acceden al predio superficial.



2. Situación de las empresas públicas

2.1. No se les aplica el régimen de las concesiones mineras

Para entender la situación actual de las empresas públicas mineras, es necesario atender a lo establecido por la CPR que regula la situación de las minas, señalando que el Estado es el propietario de las mismas. De acuerdo a esta normativa lo natural sería que la mayor parte de la exploración y explotación de la minería estuviese en manos de empresas estatales. Sin embargo, dicha propiedad se ve limitada en la práctica por el sistema de concesiones mineras que otorga derechos de aprovechamiento a favor de particulares. Además, se establece que en el caso que el Estado quiera explorar y explotar directamente

un yacimiento minero, debe sujetarse, por regla general a las mismas normas que los particulares.

Por una parte, tratándose de las sustancias concesibles, que son la regla general conforme al artículo 3° LOCCM, conforme al artículo 19 N° 21 inciso 2°, el artículo 19 N° 24 inciso 10° de la CPR y el artículo 5° inciso 4° de la LOCCM, el Estado necesita obtener una concesión. Este último artículo señala:

“Artículo 5°.- Si el Estado estimare necesario ejercer las facultades de explorar con exclusividad y explotar sustancias concesibles, deberá actuar por medio de empresas de las que sea dueño o en las cuales tenga participación, que constituyan o adquieran la respectiva concesión minera y que se encuentre autorizadas para tal efecto de acuerdo con las normas constitucionales vigentes.”

De esta manera, el Estado podrá explorar y explotar yacimientos mineros de forma directa en la medida que obtenga la respectiva concesión, es decir cumpliendo la misma exigencia que un particular.

Por otra parte, tratándose de las sustancias no concesibles, el Estado puede explorar y explotarlas de forma directa. Esto, en virtud de lo señalado por el artículo 8° del Código de Minería, que señala que la exploración y explotación de las sustancias que no son susceptibles de concesión minera, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas.

Sin embargo, las empresas del Estado que operan en la actividad minera fueron creadas con anterioridad a la Constitución de 1980, de la LOCCM y del Código de Minería de 1983, de manera que su regulación se encuentra en las leyes que las crearon y sus modificaciones, las cuales han respetado su derecho de exploración y explotación sin la respectiva concesión.

Esto en virtud de lo establecido en la Disposición Transitoria SEGUNDA de la CPR que señala que “mientras se dicta el nuevo Código de Minería, que deberá regular, entre otras materias, la forma, condiciones y efectos de las concesiones mineras [...] los titulares de derechos mineros seguirán regidos por la legislación que estuviere en vigor al momento en que entre en vigencia esta Constitución, en calidad de concesionarios”. Luego continúa el mismo artículo señalando que “los derechos mineros a que se refiere el inciso anterior subsistirán bajo el imperio del nuevo Código, pero en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de dicho nuevo Código de Minería”.

De la norma transcrita se podría colegir que las empresas públicas mineras pasaron a tener la calidad de titulares de una concesión minera. Sin embargo, ninguna de ellas, salvo ENACAR S.A. puede ser entendida como titular de una concesión minera. Como se revisará detalladamente más adelante, ENAP explora y explota hidrocarburos líquidos y gaseosos, que son sustancias no concesibles, por lo que no puede caber en la categoría de concesionario; ENAMI concentra sus operaciones en la fundición y comercialización de la pequeña

minería, por lo que no es titular de yacimientos mineros sujetos a concesión minera; por último CODELCO se rige por la Disposición Transitoria TERCERA que señala que “la gran minería del cobre y las empresas consideradas como tal, nacionalizadas en virtud de lo prescrito en la disposición 17ª transitoria de la Constitución Política de 1925, continuarán rigiéndose por las normas constitucionales vigentes a la fecha de promulgación de esta Constitución”.

De esta forma, las empresas públicas mineras, si bien se encuentran sujetas en gran medida a la normativa que rige a los particulares, sus características especiales y sus leyes creadoras las han enmarcado en un campo de actuación ajeno a las concesiones mineras.

2.2. Clasificación

En la actualidad, existen cuatro empresas del Estado dedicadas a actividades mineras. Tres de estas empresas son empresas públicas creadas por ley, ENAP, ENAMI y CODELCO; y una corresponde a una sociedad del Estado, ENACAR S.A. Esta última se encuentra en proceso de liquidación.

A continuación, se revisarán cada una de estas empresas en el orden en que fueron constituidas o creadas: ENACAR S.A. en 1921, ENAP en 1950, ENAMI en 1960 y CODELCO en 1976.

CAPÍTULO 2. EMPRESAS MINERAS DEL ESTADO

1. Empresa Nacional del Carbón S.A.

1.1. Breve referencia a sus orígenes

Los orígenes de ENACAR S.A. se remontan a las primeras explotaciones industriales de las minas de carbón de Lota. Estas explotaciones se iniciaron el año 1844 y la explotación industrial comenzó en 1852 con la formación de la compañía Cousiño&Garland¹⁶⁷. Esta compañía fue cambiando su denominación y de dueños durante el siglo XIX y XX; en 1857 se constituyó la Sociedad Cousiño e Hijo; en 1870 surge como Compañía Explotadora de Lota y Coronel; en 1905 se le llamó Compañía de Lota y Coronel; en 1921 se forma la Compañía Minera e Industrial de Chile¹⁶⁸ y entre los años 1933 y 1964 se denominó Compañía Carbonífera e Industrial de Lota. El origen de ENACAR S.A. es precisamente la Compañía Minera e Industrial de Chile constituida en 1921 por escritura pública ante el Notario de Valparaíso don Arturo Bascuñan Cruz y aprobada por Decreto Supremo de Hacienda N 1.588 de 1921¹⁶⁹.

¹⁶⁷ASTORQUIZA, O. y GALLEGUILLOS, O. 1952 Cien Años del Carbón de Lota 1852 - 1952. Antecedentes históricos, monografía y estudios sobre el desarrollo industrial, económico y social de las minas carboníferas de Lota en su primer siglo de vida. Santiago, Compañía Carbonífera e Industrial de Lota.127p.

¹⁶⁸ *Ibíd.* 131p.

¹⁶⁹ CHILE. Ministerio de Hacienda. 1921. Decreto Supremo N° 1.588: aprueba Compañía Minera e Industrial de Chile. 27 de julio de 1921.

La Compañía cambió de nombre a Carbonífera Lota-Schwager S.A. en 1964 tras la fusión con la Compañía de Carbón Puchoco en Coronel creada en 1859 por Federico Schwager. En 1970, la Corporación de Fomento de la Producción pasa a ser propietaria mayoritaria de las acciones de esta empresa. Por su parte, el 22 de diciembre de 1973 por Resolución de la Superintendencia de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio se establece la actual razón social de Empresa Nacional del Carbón S.A. pasando a ser la propietaria mayoritaria de la sociedad Carbonífera Lota-Schwager S.A.¹⁷⁰. Luego, en 1979 ENACAR S.A. constituye una empresa filial para la explotación del yacimiento en Coronel, y en 1987 le cede la propiedad de dicha filial a la Corporación de Fomento de la Producción y a capitales privados. En 1989 ENACAR S.A. constituye dos filiales, Carbonífera Victoria de Lebu S.A. (CARVILE S.A.) e ISAPRE del Carbón S.A. (ISCAR S.A.).

De esta forma, contaba en 1989 con tres principales puntos de extracción: Mina de Lota, Mina Trongol en Curanilahue y CARVILE de Lebu. Sin embargo, las ventas del carbón habían disminuido dramáticamente, por lo que el año 1997 se acordó el cierre de la mina de Lota. El mismo año la Superintendencia de ISAPRES decidió cancelar el registro de ISCAR S.A. como Institución de Salud Previsional. Un destino similar sufrieron los otros yacimientos mineros: en 2006 tras un informe de los serios problemas de salud derivados del trabajo en la mina

¹⁷⁰ VERGARA BLANCO, A. *Op. cit.* 2010. 222p.

se cerró definitivamente la mina Trongol de Curanilahue; en 2008 se acordó el cierre de CARVILE en Lebu. De esta forma, se comenzó a comercializar el carbón que se tenía acumulado sin extraer más mineral, sin embargo, a mediados del año 2010, se determinó no continuar con la comercialización debido a la calidad variable del carbón comprado, al hecho que los pirquineros no formalizaban el abastecimiento de carbón, el carbón importado tenía un costo menor al nacional y este carbón podía ser comprado por la competencia y la disminución de producción en algunas empresas industriales que utilizan carbón en sus procesos.

Por su parte, en Junta Extraordinaria de Accionistas celebrada el 11 de abril de 2013, se acordó la disolución anticipada y liquidación de la sociedad. En consecuencia, la Empresa se encuentra actualmente en proceso de liquidación. De esta forma, el estudio de esta empresa tiene por objeto revisar el funcionamiento que tuvo ENACAR como sociedad del Estado, pese a que actualmente esté dirigida por una Comisión Liquidadora y ya no funcione como empresa, sino que para el sólo efecto de liquidarse. Esto es sin perjuicio de que se le aplique la normativa que la regula hasta su total liquidación. Hasta la última actualización de este trabajo, ENACAR S.A. continuaba en proceso de liquidación.

1.2. Concepto y naturaleza jurídica

ENACAR S.A. nació como parte de una compañía carbonífera ya existente, de manera que funcionó como la continuadora legal de dicha compañía, la cual tras varios cambios de denominación y de propiedad pasó a tener la razón social Empresa Nacional de Carbón S.A. en 1973.

La creación de la Empresa se encuentra en los Estatutos de la Empresa¹⁷¹. El artículo 1º de dichos Estatutos señala:

“Artículo 1º.- Se constituye una sociedad anónima denominada “Empresa Nacional del Carbón S.A.” que se regirá por las disposiciones de los presentes estatutos, de la Ley N° 18.046 y su Reglamento y de las demás normas aplicables a este tipo de sociedades, pudiendo emplear para fines de propaganda la abreviatura “ENACAR S.A.”.

De esta forma, son características de ENACAR S.A.:

- (i) Es una sociedad del Estado, cuya propiedad corresponde en 99,9% a la Corporación de Fomento de la Producción, estando el 0,1% restante en manos de accionistas particulares¹⁷². Fue constituida mediante escritura pública;
- (ii) Tiene personalidad jurídica propia y de derecho privado;

¹⁷¹ ENACAR S.A. Estatuto Social [en línea] < <http://www.enacar.cl/InfoSEP/InfoSocial.pdf> > [consulta: 8 de abril de 2015]

¹⁷² ENACAR S.A. [en línea] <<http://www.enacar.cl/InfoSEP/InfoEstructura.pdf> > [consulta: 8 de abril de 2015]

(iii) No forma parte de la Administración del Estado, conforme al artículo 1° de la LOCBGAE;

(iv) Tiene patrimonio propio;

(v) Se rige por sus estatutos y por las normas comunes de toda sociedad anónima.

Por su parte, conforme al artículo 4° de sus Estatutos el objeto de esta sociedad era:

(i) La exploración, prospección, reconocimiento, explotación o beneficio de yacimientos mineros, especialmente carboníferos;

ii) La importación, exportación, distribución, compra, venta y comercialización de carbón y sus derivados y subproductos;

(iii) El estudio, evaluación, diseño, construcción y desarrollo de actividades de carácter portuario en la bahía de Lota;

(iv) La prestación de servicios de asesoría, administración, organización de empresas y asistencia técnica; y

(v) La inversión en todas sus formas y la administración de los bienes en que invierta.

1.3. Sujeta o no a la fiscalización de una Superintendencia

ENACAR S.A. es una sociedad del Estado regida por la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas, por lo que se encuentra sujeta a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros.

1.4. Organización y administración

La Empresa era administrada de forma muy similar a como lo hace una sociedad anónima privada. De esta forma, la administración recaía sobre un Directorio, del cual se elegía un Presidente y un Vicepresidente.

A continuación, se encontraba el Gerente General, el cual conforme al artículo 29 de los Estatutos estaba premunido de todas las facultades y obligaciones de un factor de comercio.

Actualmente, la administración de la Empresa se encuentra en manos de una Comisión Liquidadora. En Junta Extraordinaria de Accionistas celebrada el 11 de abril de 2013 se decidió la liquidación anticipada de la sociedad. El Directorio sesionó por última vez el 7 de mayo de 2013. Por su parte, los miembros de la Comisión Liquidadora fueron elegidos en Junta Ordinaria de Accionistas, de fecha 23 de abril de 2014, por un periodo de tres años.

1.5. Composición del Directorio

Como se ha señalado la Empresa era administrada por un Directorio compuesto de siete miembros que eran elegidos por la Junta de Accionistas. De esta forma, a diferencia de las otras empresas públicas que se revisarán más adelante, ENACAR S.A. no tenía miembros del Directorio designados por ley, sino funcionaba de la misma manera que el Directorio de una sociedad anónima privada.

En la actualidad, la administración de la Empresa recae sobre una Comisión Liquidadora compuesta por tres personas.

1.6. Gobierno corporativo: en particular regulación de los conflictos de interés

ENACAR S.A. forma parte del Sistema de Empresas Públicas (SEP), por lo que todo lo relativo a su gestión, control y normas internas se rige por las disposiciones de dicha organización. Además, se encuentra sujeta a las normas de gobierno corporativo de la Ley N° 18.045, Ley N° 18.046 y Ley N° 20.382.

En primer lugar, respecto a las normas del SEP, cabe recordar que esta organización concentra un número importante de decisiones al interior de las

empresas públicas que congrega, tales como el nombramiento de sus directores, políticas de eficiencia, control de gestión, etc. Además, se indican los principios que deben regir a un buen gobierno corporativo. En la práctica estas recomendaciones se traducen en la designación de los miembros del Directorio conforme a criterios de excelencia, probidad y capacidad técnica y en el control y auditorías que realiza SEP a las distintas empresas en que opera.

Pese a este marco regulatorio, no existió en la Empresa un gran desarrollo de las prácticas de un buen gobierno corporativo, lo que puede ser explicado porque desde el año 1997 la Empresa ha vivido una situación de crisis financiera que la obligó a ir cerrando sus yacimientos de explotación. En un contexto como ese no parecía ser una prioridad el establecimiento de políticas de *compliance* o similares.

En segundo lugar, ENACAR S.A. se encuentra sujeta a las normas de gobierno corporativo que rigen para toda sociedad anónima. De esta forma, debe cumplir con los artículos 39, 42 y 44 de la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas que regula el conflicto de interés y las operaciones con partes relacionadas. Además, el artículo 50 bis inciso 6° de la misma Ley enumera los casos en que un director no será independiente. Por último, la Ley sobre Gobiernos Corporativos establece los casos en que es obligatorio tener un director independiente modificando el artículo 50 bis de la Ley N° 18.046.

Por su parte, el artículo 23º de los Estatutos de la Empresa se refiere a los conflictos de interés, estableciendo la obligación de informar del posible conflicto y de abstenerse de la deliberación.

1.7. Controles administrativos especiales

A) Control del Presidente de la República

ENACAR S.A. se encontraba sujeta a los siguientes controles de Presidente de la República o de los Ministros respectivos:

- (i) Debía diseñar y ceñirse a un Presupuesto Anual de Caja que era aprobado por el Ministerio de Hacienda;
- (ii) Sus proyectos de inversión debían ser aprobados por el Ministerio de Desarrollo Social y por el Ministerio de Hacienda;
- (iii) Todo endeudamiento, directo o indirecto, debía ser previamente autorizado por el Ministerio de Hacienda; y

(iv) Debía enviar copias de sus estados financieros la Dirección de Presupuesto del Ministerio de Hacienda, al Comité Sistema de Empresas Públicas y a las Bolsas de Comercio¹⁷³.

B) Control de otros órganos de la Administración

ENACAR S.A. se encuentra sujeta al control del Contraloría General de la República y al Consejo para la Transparencia, de la misma manera que el resto de las empresas públicas y sociedades del Estado.

1.8. Destino de las utilidades

En conformidad al artículo 48 de los Estatutos, las utilidades de la empresa se distribuirán entre los accionistas. Dicho artículo establece en su inciso segundo:

“Artículo 48.- Se distribuirá anualmente como dividendo en dinero a los accionistas, a prorrata de sus acciones, el 30% a lo menos de las utilidades líquidas de cada ejercicio, salvo acuerdos diferentes adoptados en la Junta respectiva, por la unanimidad de las acciones emitidas.”

¹⁷³ ENACAR S.A. Estatuto Social. [en línea] <<http://www.enacar.cl/Ley20285/marco.pdf>> [consulta: 8 de abril de 2015]

Por su parte, el mismo artículo señala que en el caso de que hubiere pérdidas, las utilidades serán destinadas, en primer lugar, a absorber dichas pérdidas.

De esta forma, a diferencia de lo que sucede con las otras empresas mineras del Estado, las utilidades no ingresan a rentas generales de la Nación, sino a los accionistas. El principal accionista de ENACAR S.A. es la Corporación de Fomento de la Producción que si bien forma parte de la Administración del Estado, las utilidades que obtenga le pertenecen y no pasan a rentas generales de la Nación.

2. Empresa Nacional del Petróleo

2.1. Breve referencia a sus orígenes

La Empresa Nacional del Petróleo fue creada en 1950 por la Ley N° 9.618, luego de que una expedición descubriera el primer pozo petrolífero de Chile en el sector de Springhill, Magallanes en 1945. En dicha oportunidad el equipo que realizaba la expedición recomendó a la CORFO que se creara una empresa pública dedicada a la exploración y explotación de petróleo¹⁷⁴. “Este organismo [ENAP] nació como filial de la Corporación de Fomento de la Producción y reafirmó en su artículo primero la reserva del petróleo a favor del Estado”¹⁷⁵. Además se le otorgó a CORFO la exploración de todos los yacimientos petrolíferos de la región de Magallanes¹⁷⁶. Sin embargo, la exploración y explotación exclusiva del petróleo por parte del Estado se estableció con anterioridad al primer descubrimiento. “Esta condición de substancia reservada al Estado, que tiene el petróleo, ya se la había dado el legislador por ley N° 4.109 del año 1926, esto es 4 años antes de que comenzara a regir el *Código de Minería de 1930* y 6, del Código en actual vigencia”¹⁷⁷.

¹⁷⁴ EMPRESA NACIONAL DEL PETRÓLEO [en línea] <<http://www.enap.cl/pag/100/776/historia>> [consulta: 10 de abril de 2015]

¹⁷⁵ URIBE, A. *Op.cit.* 1960. 520p

¹⁷⁶ *Ibíd.* 518p

¹⁷⁷ *Ibíd.* 513p. (las cursivas son del texto original)

Luego de su constitución, ENAP comenzó a construir refinerías en distintos puntos del país: Refinería de Petróleo de Concón (1954), Refinería de Maipú, Refinería Gregorio en Magallanes (ambas en 1959).

Hoy ENAP cuenta con dos filiales, Enap Refinerías S.A. y Enap Sipetrol S.A.¹⁷⁸. La primera está a cargo del procesamiento y almacenamiento de combustibles líquidos y gaseosos; por su parte, Enap Sipetrol S.A. está encargada de la exploración y explotación de yacimientos en el extranjero. Asimismo, ENAP tiene participación en 22 sociedades coligadas, algunas de las cuales se encuentran en Argentina y Ecuador. Las sociedades en que tiene mayor participación son Empresa Nacional de Geotermia S.A. (49%), Geotérmica del Norte S.A. (48,6%) y Norgas S.A. (42%). Además, tiene participación en oleoductos, gasoductos y en terminales marítimos, como en GNL Quintero S.A. (GNLQ), que es un terminal de recepción, almacenamiento y regasificación de Gas Natural Licuado (GNL) que opera en la bahía de Quintero, Región de Valparaíso, y abastece de gas natural a la zona central de Chile. Por último, mantiene la explotación directa y las refinerías en la Región de Magallanes, Gregorio, Posesión y Cabo Negro.

De esta forma, ENAP participa en prácticamente toda la cadena productiva (exploración, explotación, refinación y venta) del petróleo¹⁷⁹.

¹⁷⁸ VERGARA BLANCO, A: *Op. cit.* 2010. 224p.

¹⁷⁹ SANTA MARÍA, R. 1972. Manual de Derecho Económico. Tomo II. Santiago, Ediciones Encina Limitada. 68p.

2.2. Concepto y naturaleza jurídica

ENAP fue creada por la Ley N° 9.618 de 1950, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Minería de 1987. El artículo 2° del referido Decreto señala:

“Artículo 2°.- Créase con la denominación de Empresa Nacional del Petróleo, dependiente de la Corporación de Fomento, una empresa comercial con personalidad jurídica que se regirá únicamente por la presente ley y por los estatutos que, a propuesta del Consejo de dicha Corporación, se aprueben por decreto del Presidente de la República.”

Por su parte, el artículo 1° de los Estatutos de ENAP establece que:

“Artículo 1°.- De acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 9.618, de 19 de junio de 1950, se constituye una empresa industrial y comercial con personalidad jurídica, bajo la denominación “Empresa Nacional del Petróleo”, dependiente de la Corporación de Fomento de la Producción, que se regirá por las disposiciones de la citada Ley y por los presentes estatutos.”¹⁸⁰

Conforme a lo anterior, las características de la Empresa son:

- (i) Es una empresa pública creada por ley;

¹⁸⁰ CHILE. Ministerio de Economía y Comercio. 1950. Decreto N° 1.208: Estatutos de la Empresa Nacional del Petróleo. 10 de octubre de 1950.

(ii) Tiene personalidad jurídica propia y de derecho público;

(iii) Se relaciona con el Presidente de la República a través del Ministerio de Energía (antiguamente era el de Minería, pero cambió con la dictación de la Ley N° 20.402 que creó el Ministerio de Energía¹⁸¹);

(iv) Su patrimonio está formado por los bienes que poseía al momento de la dictación de la ley, por los recursos que el Estado le asigne y por los bienes que adquiera a cualquier título (artículo 2º inciso cuarto).

Por su parte, el objeto o giro de la empresa consiste en ejercer actividades de exploración, explotación o beneficio de yacimientos que contengan hidrocarburos, dentro o fuera de Chile, ya sea directamente o por intermedio de sociedades en las cuales tenga participación o en asociación con terceros (artículo 2º del Decreto con Fuerza de Ley N°1). “En el territorio nacional la actividad de exploración, explotación o beneficio de hidrocarburos, puede ser realizada por Enap de forma directa, sin necesidad de contar con título jurídico habilitante especial, [...] sin embargo, si Enap ejerciere dichas actividades por intermedio de sociedades en que sea parte o en asociación con terceros, deberá

¹⁸¹ El artículo 15 de la Ley N° 20.402 que Crea el Ministerio de Energía señala: “las atribuciones que confieran las leyes y decretos supremos al Ministerio de Minería, al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, o a la Comisión Nacional de Energía, o al respectivo Ministro, en todas aquellas materias que son de la competencia del Ministro de Energía en virtud de la presente ley, se entenderán conferidas al Ministerio o Ministro de Energía, según corresponda, por el sólo ministerio de la ley”.

hacerlo por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación”¹⁸².

Además, la empresa puede directamente o a través de sociedades en que tenga participación, almacenar, transportar, transformar, tratar, procesar, refinar, vender y, en general, comercializar petróleo o gas, así como desarrollar cualquier otra actividad industrial que tenga relación con la energía geotérmica.

Por su parte, cabe señalar que actualmente se encuentra en tramitación el Proyecto de Ley (Boletín 9628-08) que ampliará el giro de ENAP permitiendo que ésta participe en la generación eléctrica. El Mensaje Presidencial N° 592-362 señala que el referido proyecto establece “una habilitación para que la Empresa pueda participar a través de sociedades, con determinados requisitos de cumplimiento de uso y responsabilidad de endeudamiento y compromiso fiscal, en actividades relacionadas con la generación de energía eléctrica y transporte necesario para conexión a un sistema eléctrico, así como todas las actividades comerciales e industriales relacionadas o necesarias para dicha participación”¹⁸³.

Por último, las filiales de ENAP son sociedades anónimas cerradas, sometidas a las normas de las sociedades anónimas abiertas.

¹⁸² VERGARA BLANCO, A: *Op. cit.* 2010. 225p

¹⁸³ Mensaje Presidencial de Proyecto de Ley, Boletín N° 9628-08: Modifica la ley N° 20.365 que Establece Franquicia Tributaria respecto de Sistemas Solares Térmicos, la ley General de Servicios Eléctrico y la ley que Crea la ENAP. 30 de septiembre de 2014. 11p.

2.3. Sujeta o no a la fiscalización de alguna Superintendencia

De acuerdo a sus Estatutos y la Ley que la regula, ENAP no se encuentra sujeta a la fiscalización de ninguna superintendencia. Sin embargo, en sus orígenes se encontraba sujeta a la fiscalización de la Superintendencia de Sociedades Anónimas (actual Superintendencia de Valores y Seguros) de acuerdo a lo señalado en el Estatuto de ENAP de 1950 y en el artículo 6º de la Ley N° 9.618 original. Esta facultad se entendió derogada por la LOCCGR al otorgarle la facultad fiscalizadora en el artículo 16.

Pese a esto, a partir del 4 de octubre de 2002 ENAP se encuentra voluntariamente inscrita en el Registro de Valores de la Superintendencia de Valores y Seguros, y por tanto, sujeta a su fiscalización.

Por su parte, ENAP Sipetrol S.A. y ENAP Refinerías S.A. se encuentran sujetas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros, en cuanto constituyen sociedades anónimas.

Finalmente, el artículo 2º la Ley N° 18.410 que Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustible señala que “el objeto de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles será fiscalizar y supervigilar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, y normas técnicas sobre generación, producción, almacenamiento, transporte y distribución de combustibles líquidos,

gas y electricidad”. Conforme a esta norma, ENAP se encuentra sujeta a la fiscalización de esta superintendencia.

2.4. Organización y administración

ENAP cuenta con dos líneas de negocios o áreas de especialización, por una parte, se encuentra Exploración y Producción (E&P) y por otra, Refinación y Comercialización (R&C). Estas áreas son desarrolladas a través de las filiales de ENAP: ENAP Sipetrol S.A. y ENAP Refinerías S.A.

La empresa es administrada por un Directorio del cual se elige un Vicepresidente Ejecutivo. Dependen directamente del Directorio la Gerencia General ENAP, una Auditoría y una Gerencia de *Compliance*. Luego se encuentra la Dirección de Asuntos Corporativos y Comunicaciones y el Gerente General. Dependen del Gerente General las gerencias de cada área: Planeamiento y Gestión, Servicios, Finanzas, Recursos Humanos y HSEC (Salud, Seguridad, Medio ambiente y comunicación). Por último, están las Gerencias de Exploración y Producción (ENAP Sipetrol S.A.) y de Refinación y Comercialización (ENAP Refinerías S.A.).

2.5. Composición del Directorio

En conformidad al artículo 3º del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 1987, ENAP es administrada por un Directorio. El Directorio está formado por las siguientes personas:

- (i) el Ministro de Energía, quien lo preside;
- (ii) el Vicepresidente Ejecutivo de la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO);
- (iii) tres directores designados por CORFO;
- (iv) uno designado por el Instituto de Ingenieros de Minas;
- (v) uno designado por la Sociedad Nacional de Minería;
- (vi) uno designado por la Sociedad de Fomento Fabril.

Por su parte, es importante señalar que el cargo de Director de ENAP es compatible con la remuneración de cualquier otro cargo en servicio u órganos de la Administración del Estado. Además el cargo tiene una duración de tres años pudiendo ser reelegidos.

2.6. Gobierno corporativo: en particular regulación de los conflictos de interés

En primer lugar, es necesario destacar que conforme al artículo 1º de los Estatutos y el artículo 2º del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, ENAP se registró únicamente por la ley que la crea y por sus estatutos. Conforme a estas disposiciones, a ENAP no se le aplicarían las normas de los gobiernos corporativos. Sin embargo, conforme a lo visto anteriormente, la Ley de Gobiernos Corporativos es aplicable siempre que no sea incompatible con las leyes reguladoras de cada empresa. Además, la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores es plenamente aplicable a ENAP, ya que ésta se inscribió voluntariamente en el Registro de Valores de la Superintendencia de Valores y Seguros. En conformidad a esta normativa ENAP ha incorporado y desarrollado elementos regulatorios del gobierno corporativo al interior de la organización de la empresa.

De esta forma, ENAP cuenta con una Gerencia de *Compliance* destinada a identificar y administrar actividades de ética y cumplimiento normativo interno y externo¹⁸⁴.

¹⁸⁴ EMPRESA NACIONAL DEL PETRÓLEO [en línea]
<http://www.enap.cl/pag/107/1318/funciones_y_competencias > [consulta 10 de abril de 2015]

Esta Gerencia fue creada en 2012 a raíz de la dictación de la Ley de Gobiernos Corporativos y está a cargo del desarrollo de un programa de prevención y detección de los principales riesgos de incumplimiento normativo, y de promover la generación de buenas prácticas dentro de la empresa.

Por su parte, además de esta gerencia, se encuentra en los Estatutos de ENAP una regulación expresa de los casos de conflictos de interés de los miembros del Directorio. El artículo 16 de los Estatutos señala:

“Artículo 16.- Los Directores que en una operación determinada tuvieren interés, en nombre propio o como representantes de otra persona, deberán comunicarlo a los demás Directores y abstenerse de toda deliberación sobre dicha operación. Los acuerdos se tomarán con prescindencia del Director o Directores implicados.”

2.7. Controles administrativos especiales

A) Control del Presidente de la República

En la ley no se señalan controles especiales del Presidente o del poder ejecutivo en general. Sin embargo, el artículo 9º señala una norma de sujeción al Ministerio de Minería. Dicho artículo establece:

“Artículo 9º.- Todo lo concerniente al cumplimiento de la presente ley será de la competencia del Ministerio de Minería.”

La referencia ministerial debe ser entendida como hecha al Ministerio de Energía conforme a la modificación introducida por la Ley N° 20.402.

Esta relativa independencia del Presidente de la República se explica puesto que ENAP es una empresa dependiente de la Corporación de Fomento de la Producción, de manera que ésta última tiene grandes atribuciones y participación en las decisiones de ENAP.

B) Control de otros órganos de la administración

ENAP se encuentra sujeta a los controles comunes a todas las empresas del Estado, esto es a la Contraloría General de la República y el Consejo para la Transparencia.

Además de estos controles generales, ENAP está sujeta, en primer lugar, a un fuerte control por parte de la Corporación de Fomento de la Producción. Así, de los ocho miembros del Directorio, uno es el Vicepresidente Ejecutivo de la Corporación y otros tres son designados por la misma (artículo 3º del Decreto con Fuerza de Ley N°1).

Luego, conforme al artículo 5º de su ley creadora:

“Artículo 5º inciso primero.- El Directorio deberá someter anualmente al Consejo de la Corporación de Fomento de la Producción la memoria y balance anual de sus actividades.”

Además, el artículo 7º de los Estatutos se refiere al aumento del capital inicial de la Empresa, el cual deberá aumentarse anualmente “con la sola aprobación por el Consejo de la Corporación de Fomento de la Producción del balance en que figuren dichos aumentos”.

En segundo lugar, el mismo artículo 5º del Decreto con Fuerza de Ley N°1 ya citado y el artículo 22 de los Estatutos señalan un control especial que ejerce la Cámara de Diputados:

“Artículo 5º inciso segundo.- Deberá, también, anualmente ilustrar a la Cámara de Diputados respecto de las actividades de la Empresa, remitiéndole copias de dicha memoria y balance y una lista del personal y de sus remuneraciones.”

2.8. Destino de las utilidades

El destino de las utilidades de ENAP se encuentra regulado en sus Estatutos y en los Estatutos Sociales de sus filiales ENAP Sipetrol S.A. y ENAP Refinerías S.A.

El Estatuto de ENAP señala en su artículo 6º Letra e) que las utilidades líquidas y beneficios que obtenga la empresa formarán parte de su patrimonio hasta la que la industria petrolera alcance su completo desarrollo. Una vez cumplida esta condición, las utilidades ingresarán a rentas generales de la Nación..

Lo anterior debe ser complementado con los estatutos de las filiales de ENAP. Así, en los estatutos sociales de ENAP Sipetrol S.A., el artículo 20 señala que la sociedad distribuirá anualmente como dividendo en dinero a sus accionistas, a prorrata de sus acciones, a lo menos el treinta por ciento de las utilidades líquidas de cada ejercicio. Los accionistas de ENAP Sipetrol son ENAP y ENAP Refinerías. De esta forma, las utilidades de esta filial pasan indirectamente a rentas generales de la Nación.

Por su parte, los estatutos de ENAP Refinerías S.A. establecen la misma regla en el artículo 23. En este caso, los accionistas de ENAP Refinerías S.A. son ENAP y CORFO. De esta forma, las utilidades de la empresa ingresan de manera indirecta a rentas generales de la Nación, puesto que normalmente están destinadas a la reinversión en la misma empresa.

2.9. Aplicación de las normas de defensa de la libre competencia

De acuerdo a lo revisado en la Parte General de este trabajo, la aplicación de las normas de defensa de la libre competencia a las empresas públicas dependerá de las circunstancias de cada una de estas empresas. Debido a esto en el caso particular de ENAP es necesario revisar especialmente las características del mercado en el que opera y sus limitaciones.

A) Descripción del mercado

El primer elemento a tener en consideración es el dominio que tiene el Estado sobre los depósitos de hidrocarburo. Esta norma se encuentra en el artículo 19 N° 24 inciso sexto de la CPR que señala:

“Artículo 19 N° 24 inciso 6°.-El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales.”

Además, el inciso 7° del mismo artículo excluye a los hidrocarburos líquidos y gaseosos del régimen de concesión minera.

Por su parte, el artículo 1º del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 1987 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 9.618 que crea ENAP, reitera esta misma disposición al señalar:

“Artículo 1º.- El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de los depósitos de hidrocarburos en cualquier terreno en que se encuentren.”

De los artículos citados es posible extraer algunas conclusiones. En primer lugar, el dominio del Estado sobre los hidrocarburos líquidos y gaseosos es absoluto y no se encuentra sujeto al régimen de concesiones. Lo anterior significa que, en materia de hidrocarburos, el dominio estatal es efectivo, a diferencia de los minerales concesibles en los que el sistema de concesión minera ha significado que en la práctica no haya una explotación directa del Estado. En segundo lugar, dentro de las facultades y el objeto de ENAP se encuentra la exploración y explotación de yacimientos de hidrocarburo, ya sea directamente o a través de sociedades en las cuales tenga participación. De esta forma, ENAP podría constituirse como la única empresa que realice dichas labores, es decir la ley le ha entregado el monopolio en materia de exploración y explotación, salvo que ENAP decida realizar dicha función por intermedio de una sociedad.

Por otra parte, es importante señalar que el mercado de combustibles líquidos tiene diferentes etapas. Estas etapas son (i) extracción; (ii) importación y refinación; (iii) distribución mayorista, que contempla abastecimiento y transporte

y (iv) distribución minorista. ENAP participa en la primera etapa, en la que tiene un monopolio legal, y en segunda etapa (refinación) en la cual goza de una posición dominante. En este sentido el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha dicho que “la FNE señala que la oferta de productos finales proviene de la refinación nacional del petróleo crudo, más la importaciones, en la primera industria si bien existe libertad de acceso, sólo participa Enap, por lo tanto, si al volumen de sus operaciones de importación se suma la producción que de ellos hace dicha empresa, es indiscutible su posición dominante”¹⁸⁵; en el mismo sentido, el Tribunal ha señalado que “ENAP es actualmente el único refinador de combustibles líquidos en nuestro país, por lo que podría detentar una posición dominante en el mercado de la provisión de combustibles líquidos refinados para distribución mayorista”¹⁸⁶.

Conforme a lo anterior, pese a existir libertad en el mercado de refinación, ENAP es el único refinador en Chile, ostentando por tanto de una posición dominante. Sin embargo, dado que también existe libertad de importación, en la práctica ENAP no puede abusar de su posición, pues la competencia con las importaciones lo obliga a bajar los precios. La posición dominante “no constituye un problema para el sector, ya que no siendo aquella suficiente para abastecer el mercado nacional y existe libertad para importar productos refinados, no se

¹⁸⁵ TDLC, 10 de junio de 2005, Rol N° 18/2005. 2p.

¹⁸⁶ TDLC, 18 de abril de 2008, Rol N° 64/2008. c.13

vislumbran barreras y el precio cobrado por la Empresa Nacional de Petróleos, en adelante también Enap, equivale al de importación del producto refinado, con lo cual no habría aprovechamiento de su posición dominante”¹⁸⁷.

El hecho que ENAP sea la única empresa de refinería en Chile obedece a diversos factores. En primer lugar, dado que ENAP es el llamado a explotar los yacimientos que pertenecen al Estado, presenta una ventaja para desarrollar esta tarea. A esto se le suma lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto con Fuerza de Ley N°1 que declara de utilidad pública, para los efectos de la expropiación, todos los terrenos que, por decreto supremo dictado por el Ministerio de Minería, se determinen como necesarios para cualquiera de los fines indicados en el artículo 2º. En segundo lugar, si bien en Chile no hay barreras para el mercado de la refinación, el escaso gas y petróleo que existe hace que su explotación y refinación sea extremadamente cara y poco rentable en relación a las cantidades que se pueden producir.

Por otro lado, en las etapas de distribución mayoritaria y minoritaria, ENAP no participa. Sin embargo, concentra el 73% de la capacidad de almacenamiento de petróleo¹⁸⁸, de manera que los distribuidores deben adaptarse y adecuarse a la ubicación y condiciones de las plantas de almacenamiento de ENAP.

¹⁸⁷ TDLC, 18 de junio de 2005, Rol N° 18/2005. 2p.

¹⁸⁸ *Ibíd.* 3p.

Por su parte, ENAP ha señalado al contestar una demanda ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que la actividad de distribución de combustibles líquidos se caracteriza, entre otros aspectos, por “(i) los grandes volúmenes de venta involucrados y el compromiso de importantes inversiones; (ii) ser una actividad que, producto de los componentes químicos de los productos que se transan, podría poner en serio riesgo la integridad de las personas y el medio ambiente; y (iii) ser una actividad esencial en la marcha y desarrollo del país”¹⁸⁹.

Este último es importante, pues es lo que explica y justifica que ENAP desarrolle grandes proyectos de inversión, pese a la poca cantidad de petróleo que existe en Chile

De esta forma, es posible indicar que ENAP opera en un mercado monopólico a nivel nacional en la etapa de exploración y explotación, pero que compite con las importaciones del producto, debido a que la extracción nacional no alcanza a cubrir la demanda. Luego, goza de una posición dominante en la etapa de refinación y comercialización por ser la única empresa que hace dicha tarea, sin perjuicio de tratarse de un área abierta a otros competidores. Por último, no participa en la distribución del producto, etapa en la que en Chile existen distintas empresas en la competencia.

¹⁸⁹ TDLC, 18 de abril de 2008, Rol N° 64/2008. 7p.

B) Limitaciones

En relación a las funciones que cumple la Empresa, como hemos señalado, estas se concentran en dos áreas de especialización, por una parte, la exploración y producción y por otra, refinación y comercialización. En el desarrollo de estas actividades ENAP se encuentra sujeta a ciertas limitaciones. Estas limitaciones dicen relación con los controles administrativos a los que está sujeta, ya vistas, y también en relación a políticas de inversión y comerciales. En este último punto, es importante señalar que, conforme a la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, ENAP tiene límites para la creación de nuevas sociedades. Así, la Contraloría ha señalado que “la realización de los trabajos referidos a través de sociedades, sólo puede hacerse por medio de régimen especial de contrato de operación y concesiones administrativas contempladas en el artículo 19 número 24 inciso 10º de la CPR, en cuya virtud las sociedades sólo pueden ejecutar por cuenta del Estado tareas específicas que señale el Presidente de la República en el respectivo decreto supremo y con sujeción a requisitos y condiciones que este fije para cada caso”¹⁹⁰.

De esta forma, las limitaciones o restricciones que tiene ENAP para fines de inversión y comerciales se justifican en la medida que esta empresa tiene el monopolio de la explotación y exploración de hidrocarburos en Chile. Sin

¹⁹⁰ CGR, 7 de abril de 1989, Dictamen N° 9.188. En el mismo sentido: CGR, 28 de abril de 1989, Dictamen N° 11.160.

embargo, como hemos señalado anteriormente, ENAP compite con las empresas de explotación y exploración de hidrocarburos extranjeras, toda vez que en Chile no hay suficiente petróleo para satisfacer la demanda, y es precisamente desde esta perspectiva en la que se manifiestan las desventajas de las restricciones a las que se encuentra sujeta.

C) Aplicación de las normas de defensa de la competencia

De acuerdo a la clasificación de las empresas del Estado que se hizo en la Parte General en relación a la aplicación de las normas de defensa de la competencia, ENAP se encuentra dentro de la categoría de empresas de mercado monopólicas. En este sentido, ENAP se rige mayoritariamente por un principio de rentabilidad, sin perjuicio de que su carácter de empresa minera monopólica otorgado por la CPR indica que forma parte de la teoría de dominio público, desarrollada al principio de esta Parte Especial, que relativiza este carácter puramente mercantil de la empresa. Es decir, tiene un carácter ecléctico entre empresa de mercado y de servicio público.

De esta forma, ENAP se mueve entre actividades mercantiles propiamente tales y como parte integrante de la teoría del dominio público, lo que hace complejo el análisis sobre la aplicación de las normas de defensa de la competencia a ENAP.

En el ejercicio de las actividades mercantiles, ENAP tiene el monopolio legal en la exploración y explotación y el monopolio natural en la refinación, sin embargo, compite con las empresas importadoras de petróleo, debido a que la extracción del producto en Chile no es suficiente para abastecer la demanda. Respecto a la naturaleza de estas actividades ambas corresponden a funciones industriales, lo que hace en principio aplicables las normas de defensa de la competencia. Sin embargo, en el caso particular y excepcional de ENAP, tanto en su fundación como en las actividades que realiza en la actualidad, su función industrial tiene un interés público, puesto que se ha entendido que el desarrollo de la industria del petróleo ayuda al progreso y desarrollo del país y que como tal debe ser promovida y ejecutada por una empresa pública. Esta función pública se traduce especialmente en la exploración de yacimientos de petróleo.

En definitiva, ENAP debe sujetarse a las normas de defensa de la competencia pero con dos consideraciones o limitantes: por una parte sólo se aplicarán respecto de las actividades propiamente industriales y comerciales de ENAP regidas por un principio de rentabilidad, y por otra parte, que en la aplicación de estas normas se tomen en consideración todos los elementos que caracterizan a ENAP, esto es que integra la teoría del dominio público, el destino de sus utilidades, las limitaciones para actuar y los controles administrativos a los que se encuentra sujeta.

3. Empresa Nacional de Minería

3.1. Breve referencia a sus orígenes

La Empresa Nacional de Minería nació en 1960 a partir de la fusión de la Caja de Crédito Minero y la Empresa Nacional de Fundiciones por el DFL N° 153.

Para comprender el origen de ENAMI es importante señalar algunos hitos históricos relacionados con la minería. Así, la dictación del primer Código de Minas en 1888 permitió el ingreso de grandes capitales extranjeros al país, transformó la actividad en el “sueldo de Chile” e instaló la brecha entre pequeña, mediana y gran minería. Ese mismo año se fundó la Sociedad Nacional de Minería (SONAMI) que nació con el objeto de fomentar la pequeña y mediana minería, de manera de hacer rentable la explotación a menor escala de los minerales. Esta idea se plasmó en la creación en 1927 de la Caja de Crédito Minero (CACREMI) que “tendría como único objetivo el otorgar préstamos a mineros nacionales para construir plantas de concentración siempre que tuvieran reservas cubicadas de mineral, a la vista, con tonelaje y ley suficiente para abastecer una planta por un periodo no inferior a diez años”¹⁹¹. Sin embargo, dadas las dificultades de los pequeños mineros para cumplir con dichos

¹⁹¹ MILLÁN, A. 2006. La minería metálica en Chile en el siglo XX. Santiago, Editorial Universitaria. 57p.

requisitos, CACREMI desarrolló directamente plantas de tratamiento de minerales de baja ley, así como posibilitó la venta y compra por parte de pequeños mineros sin la necesidad de recurrir a otros intermediarios. En 1932, en el marco de la crisis económica, se le permitió a la Caja de Crédito Minero tener la exclusividad en la compra y beneficio del oro y la posibilidad de conceder subsidios a sociedades y personas naturales dedicados a la explotación de la plata, cobre y manganeso¹⁹². CACREMI debía cumplir además con una función de fomento de la actividad minera. Debía “desarrollar los planes de estudio e investigación necesarios para el incremento de la producción, y para el perfeccionamiento de los métodos industriales y técnicos de la industria minera, y, además desarrollar actividades industriales y comerciales necesarias para el fomento de la minería”¹⁹³. La importancia económica del sector llevó a que en 1953 se creara el Ministerio de Minas.

Por su parte, en 1955 se creó la Empresa Nacional de Fundiciones con el objetivo de darle un mayor valor a los minerales explotados en el país de manera de poder venderlos directamente en Chile, evitando la exportación por un lado y la dependencia de las importaciones, por el otro. Sus principales funciones eran, instalar y explotar directa o indirectamente fundiciones y refinerías de minerales.

¹⁹² *Ibíd.* 2006. 109p.

¹⁹³ SANTA MARÍA, R. *Op. cit.* 1972. 60-61pp.

Esto la facultó para administrar las fundiciones ya existentes (Paipote) y para instalar, construir y explotar nuevas fundiciones¹⁹⁴.

Finalmente, en 1960 nace ENAMI a partir de la fusión de la Caja de Crédito Minero y la Empresa Nacional de Fundiciones, por lo que reunió las funciones y atribuciones que tenían ambas entidades. En sus inicios contaba con dos departamentos, uno de operaciones y el otro de fomento. El Departamento de Operaciones continuó con el trabajo que hacía CACREMI en las agencias de compra¹⁹⁵. Por su parte, el “Departamento de Fomento decidió reanudar los mutuos en dinero, línea de crédito que estaba semiparalizada por la escasez de fondos que afectó a CACREMI en sus últimos años”¹⁹⁶. Además, se realizaron estudios distritales de eventual potencial productivo.

Las funciones de operación y fomento de ENAMI se mantienen hasta el día de hoy. En la actualidad, ENAMI cuenta con oficinas comerciales y poderes de compra distribuidos entre Arica y Rancagua; tiene cinco plantas de beneficio: José Antonio Moreno (Taltal), El Salado, Manuel Antonio Matta (Paipote), Vallenar y Planta Delta (Ovalle); y la planta de fundición H. Videla Lira (Copiapó).

Además, cuenta con una filial que es la Compañía Minera Nacional Limitada (COMINA) constituida por escritura pública en 1969. El objetivo de esta sociedad es efectuar toda clase de actividades, negocios y servicios relacionados directa

¹⁹⁴ *Ibíd.* 61p.

¹⁹⁵ MILLÁN, A. *Op.cit.* 2006. 113p.

¹⁹⁶ *Ibíd.* 2006. 115p.

o indirectamente con la Minería y principalmente la exploración, investigación, reconocimiento, prospección y explotación de yacimientos, tanto metálicos como no metálicos, tratamiento y beneficio de minerales; la adquisición y enajenación de minerales, otorgar concesiones mineras, prestación de servicios y constituir o integrar sociedades¹⁹⁷. Los socios de CONAMI son ENAMI con un 99% y el Centro de Investigación Minera y Metalúrgica con un 1%.

Por último, ENAMI tiene participación en la propiedad de ocho entidades relacionadas con la minería a través de propiedad accionaria o de derechos sobre la empresa¹⁹⁸ y representación, esto es intervención en sus órganos de decisión, en doce sociedades mineras¹⁹⁹.

3.2. Concepto y naturaleza jurídica

Conforme a lo señalado, ENAMI fue creada por el DFL N° 153 de 1960.

¹⁹⁷ EMPRESA NACIONAL DE MINERÍA [en línea] <<http://www.enami.cl/acerca-de-enami/quienes-somos/filiales-y-otras-participaciones.html>> [consulta: 12 de abril de 2015]

¹⁹⁸ Tiene participación en: Fundición y Refinería del Pacífico S.A.;-Puerto de Ventanas S.A.;-Sociedad Legal Minera Esperanza II Una de la Sierra Aspera;-Sociedad Legal Minera Esperanza Una de la Sierra Aspera;-Sociedad Legal Minera San Pedro Una de la Sierra Aspera;-Sociedad Legal Minera Olimpo II Uno de la Sierra Aspera;-Sociedad Legal Minera Waleska Tercera Uno de la Sierra Aspera; y,-Sociedad Proyectos y Construcciones Mineras Limitada.

¹⁹⁹ Tiene representación en:.-Cámara Chilena-China de Comercio;-Compañía Minera Nacional;-Compañía Minera Teck Carmen de Andacollo;-Compañía Minera Teck Quebrada Blanca S.A.;-Sociedad Contractual Minera Lagarto;-Sociedad Contractual Minera Las Pintadas;-Sociedad Contractual Minera Los Potrillos;-Sociedad Legal Minera Jerusalem Uno de Ovalle;-Sociedad Legal Minera Los Quilos, La Escondida y Otras de Petorca;-Sociedad Legal Minera Trinidad de Antioquia Uno de Ovalle;-Sociedad Legal Minera San Pancracio Uno de Limarí; y,-Sociedad Minera Exploradora y Explotadora Limitada.

El artículo 1º del citado DFL ordena la fusión de la Caja de Crédito y Fomento Minero con la Empresa Nacional de Fundiciones, y luego señala que ENAMI es la continuadora legal de la Empresa Nacional de Fundiciones, así:

“Artículo 1º.- Sustituyese el nombre de Empresa Nacional de Fundiciones por el de “Empresa Nacional de Minería”, la que continuará siendo una Empresa del Estado, con personalidad jurídica propia y que se regirá por las disposiciones de la presente ley y por lo reglamentos que dicte el Directorio. Su duración será indefinida y su domicilio la ciudad de Santiago. Las relaciones de la Empresa con el Gobierno se ejercerán por intermedio del Ministerio de Minería.”

Las características de la Empresa son:

- (i) Es una empresa pública creada por ley;
- (ii) Tiene personalidad jurídica propia y de derecho público;
- (iii) Se relaciona con el Presidente de la República a través del Ministerio de Minería;
- (iv) Su patrimonio está formado por el patrimonio de la Empresa Nacional de Fundiciones, el patrimonio de la Caja de Crédito y Fomento Minero, los recursos ordinarios y extraordinarios que diversas leyes le han otorgado a ambas instituciones, las utilidades que obtenga en el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales y por los bienes que adquiera (artículo 4 del DFL N° 153).

Por su parte, de acuerdo al artículo 2º del DFL N° 153 el objeto o giro de la empresa consiste en “fomentar la explotación y beneficio de toda clase de minerales existentes en el país, producirlos, concentrarlos, fundirlos, refinarlos e industrializarlos, comerciar con ellos o con artículos o mercaderías destinados a la industria minera, como igualmente, realizar y desarrollar actividades relacionadas con la minería y prestar servicios a favor de dicha industria”.

3.3. Sujeta o no a la fiscalización de una Superintendencia

La empresa no se encuentra sujeta a la fiscalización de ninguna Superintendencia. Sin embargo, en el texto original del DFL N° 153 el artículo 27 establecía que la empresa quedaba bajo la supervigilancia exclusiva de la Superintendencia de Bancos. Este artículo fue derogado a propósito de la modificación de la LOCCGR que introdujo en el artículo 16 la facultad fiscalizadora de la Contraloría respecto de las empresas públicas y sociedades del Estado.

Por su parte, el DL N° 1.349, cuyo texto refundido fue fijado por el DFL N°1 de 1987 sujetó a las empresas del Estado productoras de cobre y sus subproductos a la fiscalización de la Comisión Chilena del Cobre (COCHILCO).

3.4. Organización y administración

El artículo 11 del DFL N° 153 señala que la empresa será administrada por un Directorio.

Luego, dependen directamente del Directorio el Vicepresidente Ejecutivo y el Gerente de Auditoría Corporativa y Departamento de Prevención del Delito. Por su parte, del Vicepresidente Ejecutivo dependen el Fiscal, el Secretario General, el Coordinador de Gestión de Riesgo y la Jefatura de Comunicaciones. Por último, se encuentran las Gerencias que reflejan las funciones que cumple ENAMI, así Administración y Finanzas, Personas y Organización, Operaciones de la cual dependen Fundiciones y Plantas de Beneficio, de Fomento y Desarrollo, Sustentabilidad y Estudios.

3.5. Composición del Directorio

De acuerdo al artículo 11 del DFL N° 153 el Directorio está formado por diez miembros, integrado de la siguiente manera:

- (i) el Ministro de Minería, quien lo preside;
- (ii) un representante del Ministro de Hacienda;

- (iii) tres Directores de libre elección del Presidente de la República;
- (iv) un Director designado por la Corporación de Fomento de la Producción;
- (v) dos Directores designados por la Sociedad Nacional de Minería;
- (vi) un Director designado por el Instituto de Ingenieros de Minas;
- (vii) un Director designado por la Comisión Chilena del Cobre (COCHILCO).

Además, es importante destacar que el cargo de Director de ENAMI es compatible con otros cargos públicos. Así, el artículo 11 inciso sexto del DFL N° 153 señala que “tanto las remuneraciones como la asignación indicada en el inciso anterior serán compatibles con la remuneración de cualquier otro cargo en servicio u órgano de la Administración del Estado, excepto con la que correspondería a más de dos directorios de similar característica”. De esta forma, es posible tener algún cargo público dentro de la Administración del Estado y ser Director de ENAMI.

3.6. Gobierno corporativo: en particular regulación de los conflictos de interés

En primer lugar, es importante señalar que, de acuerdo al artículo 1° del DFL N° 153, ENAMI se regirá por las disposiciones de la citada ley y por los

reglamentos que dicte el Directorio. Conforme a dicho artículo, en principio no le serían aplicables las reglas sobre gobierno corporativo. Pese a esto, con la dictación de la Ley N° 20.382 ENAMI desarrolló e incorporó elementos de control de gestión al interior de su organización.

Así, ENAMI cuenta con una Gerencia de Auditoría Corporativa y Departamento de Prevención del Delito. Conforme a lo indicado por la propia empresa esta Gerencia está destinada a mejorar las prácticas corporativas al interior de ENAMI, principalmente evaluar y mejorar la efectividad de la administración del riesgo, del control interno de los procesos operacionales y de gestión de ENAMI.

Los principales objetivos de esta Gerencia son: (i) proteger los activos de la organización, auditar el cumplimiento de normativas internas y externas, procedimientos y directrices de la empresa; (ii) verificar que los riesgos de la compañía están siendo monitoreados; (iii) fomentar el desarrollo de profesionales en el ámbito de la auditoría interna; (iv) asesor a la Administración superior de la empresa. Conforme a esto, asesora al Directorio, al Vicepresidente Ejecutivo y prepara y ejecuta planes de auditoría interna.

Por su parte, ENAMI cuenta con regulación expresa sobre potenciales conflictos de interés. En primer término, se encuentran regulados en el artículo 13 del DFL N° 153, Dicho artículo señala:

“Artículo 13º.- Los Directores que en una operación determinada tuvieren interés directo o indirecto, a nombre propio o como representante de otra persona natural jurídica, o lo tuviere algún pariente suyo en línea recta, sea por consanguinidad o afinidad, sin limitación de grado, o sus colaterales, hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, deberán comunicarlo al Directorio en la sesión respectiva, abstenerse de toda deliberación sobre dicha operación y no concurrir a los acuerdo correspondientes”.

Este artículo es complementado con el Reglamento Interno de ENAMI N° 11 sobre Personas Relacionadas y Conflictos de Intereses²⁰⁰. Este reglamento regula lo que se entiende por personas relacionadas (artículo 1º); las obligaciones de los trabajadores de ENAMI en relación a las declaraciones juradas que deben hacer sobre su patrimonio, participación en sociedades y posibles conflictos de interés (artículo 2º); las obligaciones de las personas que contratan con ENAMI (artículo 3º) y la inhabilitación en la toma de decisiones (artículo 4º).

²⁰⁰ EMPRESA NACIONAL DE MINERÍA, Reglamento Interno de ENAMI N° 11 sobre Personas Relacionadas y Conflictos de Interés. [en línea] <<http://www.enami.cl/images/stories/pdf/reglamentos2/R11.pdf>> [consulta 20 de abril de 2015]

3.7. Controles administrativos especiales

A) Control del Presidente de la República

El control del Presidente de la República se manifiesta principalmente a través de las intervenciones del Ministro de Minería en la toma de decisiones al interior de la empresa. Además de ser el Presidente del Directorio, el Ministro de Minería interviene en otras materias específicas.

De esta forma, el DFL N° 153 señala los siguientes controles del Ejecutivo:

(i) Corresponde al Directorio emitir bonos o debentures o títulos de inversión destinados a la minería. La emisión de bonos o debentures o títulos de inversión destinados a la minería sólo podrán ser acordados por el Directorio con autorización previa del Ministro de Hacienda (artículo 17 letra c)).

(ii) Cada seis meses, el Directorio presentará al Ministerio de Minería un estado de las operaciones de la Empresa y anualmente un Balance de la misma (artículo 17 letra p)).

(iii) El Directorio, para adoptar acuerdos que involucren el desarrollo de cualquier política que signifique el otorgamiento de subsidios al sector, deberá contar con el voto conforme del Ministro de Minería y del representante del Ministro de Hacienda (artículo 17 letra s)).

(iv) Se autoriza a la empresa para vender en pública subasta cobre y toda clase de productos mineros. El Presidente de la República reglamentará la forma en que la institución deberá efectuar las operaciones referidas cuando actúe por cuenta de terceros, pudiendo establecer tarifas y comisiones (artículo 44).

(v) En una fecha determinada el Vicepresidente Ejecutivo enviará, por intermedio del Ministerio de Minería, al Presidente de la República, los presupuestos corrientes y de capital de la empresa para el año siguiente. El Presidente de la República aprobará dichos presupuestos antes del 1 de enero del año en que deban regir (artículo 8º).

Las normas citadas se refieren principalmente a materias de presupuesto y de proyectos de inversión y de desarrollo de los planes y políticas de la empresa. Por su parte, además de estas formas de control, cabe recordar que los reglamentos y los planes de fomento a la pequeña minería son aprobados por decreto supremo del Ministerio de Minería y/o Hacienda y van a trámite de toma de razón ante la Contraloría.

De esta forma, la empresa goza de una autonomía relativa para tomar ciertas decisiones, existiendo un estrecho vínculo con la Administración y con las políticas del Gobierno en materia de minería y presupuestaria.

B) Control de otros órganos de la Administración

ENAMI, al igual que las demás empresas del Estado, se encuentra sujeta al control de la Contraloría General de la República y del Consejo para la Transparencia. Además de estos controles, se encuentra sujeta a la fiscalización de la Comisión Chilena del Cobre (COCHILCO en adelante).

COCHILCO fue creada junto a CODELCO por el Decreto Ley 1.349 de 1976 como órgano técnico asesor del Presidente de la República en todas las materias relacionadas con el cobre y sus subproductos²⁰¹. Sus principales funciones dicen relación con el asesoramiento del Gobierno en la formulación de políticas para el desarrollo, adquisición, explotación, manufactura y comercialización de yacimientos de cobre como órgano técnico especializado y fiscalizar el cumplimiento de dichas políticas y en particular a las empresas productoras de cobre del Estado. De esta forma, COCHILCO juega un rol fundamental en el lineamiento de políticas de crecimiento y desarrollo de CODELCO principalmente, pero también respecto de ENAMI en lo que respecta a la producción de cobre. Sin embargo, dado que la importancia de COCHILCO se relaciona especialmente en su labor con CODELCO se hará un estudio más detallado en la sección correspondiente a dicha empresa.

²⁰¹ CHILE. Ministerio de Minería. 1987. Decreto con Fuerza de Ley N°1: Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N° 1.349 de 1976, que crea la Comisión Chilena del Cobre. 28 de abril de 1987.

Por su parte, el DFL N° 153 establece la sujeción de ENAMI a COCHILCO en su artículo 7° inciso final, y además señala la intervención del Ministerio de Desarrollo Social. Dicho artículo señala que “tanto los proyectos de inversión como los proyectos de exploración e investigación que incluya la Empresa en sus presupuestos, deberán contar con la evaluación conjunta del Ministerio de Desarrollo Social y la Comisión Chilena del Cobre”.

De acuerdo a lo señalado, ENAMI goza de una autonomía relativa en la toma de decisiones, puesto que existe una amplia intervención del Ministerio de Minería y de COCHILCO en la toma de decisiones, en el control y en general en el lineamiento de las políticas de la empresa.

3.8. Destino de las utilidades

En conformidad al artículo 4° del DFL N° 153 las utilidades que genera ENAMI en el desarrollo de sus actividades pasan a formar parte del patrimonio de la empresa, de manera que no se integran a las rentas generales de la nación.

Lo anterior se relaciona con la función de fomento que cumple ENAMI respecto de la pequeña y mediana minería, puesto que opera como institución crediticia y de subsidio. Dichos créditos son financiados precisamente a través de las utilidades que genera ENAMI.

3.9. Aplicación de las normas de defensa de la libre competencia

La aplicación de las normas de defensa de la competencia a ENAMI ha sido un tema aceptado generalmente por la doctrina nacional, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pese a que en el caso específico de ENAMI existen buenas razones para excluirlas de su aplicación.

Lo anterior se funda principalmente en el mercado en que opera y en la función de fomento que cumple.

A) Descripción del mercado

El mercado en que opera ENAMI ha sido descrito en la sentencia N° 70/2008 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia²⁰² en la cual se pronunció sobre la demanda interpuesta por un grupo de pequeños productores mineros y el Presidente de la Asociación Minera de Copiapó en contra de ENAMI.

En la citada sentencia, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia comienza analizando el rol de fomento de ENAMI en la pequeña y mediana

²⁰² TDLC, 2 de julio de 2008, Rol N° 70/2008.

minería. Así señala que el rol de fomento “se funda en las dificultades que tienen los pequeños y medianos mineros para acceder al mercado en condiciones competitivas, y consiste en la aplicación de una política enfocada a entregar a la pequeña y mediana minería un conjunto de beneficios que permitan el desarrollo de su actividad en condiciones más favorables que las que generaría la sola operación del mercado”²⁰³. Este rol de fomento se ha implementado constituyendo a ENAMI como único poder de compra de los minerales formando un mercado artificial. ENAMI ha generado “una demanda artificial por los minerales extraídos por la pequeña y mediana minería del cobre. Dichos minerales no son demandados en condiciones similares por la mediana y gran minería, puesto que, en general, los procesos de extracción, beneficio, fundición y refinación de minerales están integrados verticalmente y operan con escalas mayores”²⁰⁴.

Conforme a lo señalado por el Tribunal ENAMI genera un poder de compra artificial con el objeto de ayudar y fomentar la pequeña y mediana minería. Así, separa las funciones de extracción, beneficio, fundición y refinación para obtener un mercado desintegrado en el que tengan cabida los minerales obtenidos a menor escala. Además, posibilita la compra de minerales de baja ley que en condiciones normales no serían atractivos para ningún comprador. De acuerdo a

²⁰³ TDLC, 2 de julio de 2008, Rol N° 70/2008. c. 20

²⁰⁴ *Ibíd.* c. 20.

esto, el Tribunal ha señalado que “de no ser por la aplicación de la política de fomento, es probable que, al menos en aquellos periodos en los que el precio del cobre es bajo, la pequeña minería no fuera sustentable”²⁰⁵.

Es precisamente debido al rol de fomento que cumple ENAMI que en la especie no existe un mercado competitivo ni una posición dominante, puesto que el mercado es artificial y creado para ayudar a un grupo determinado de productores. “ENAMI no posee ningún tipo de exclusividad en la compra de minerales otorgada por el Estado, ni ha desplazado a un eventual poder de compra privado. ENAMI, en la práctica, genera un mercado que no existiría en condiciones normales”²⁰⁶.

El mercado en el que opera ENAMI no es un mercado competitivo, en la medida que se trata de un mercado artificial creado por la función de fomento que tiene ENAMI. Por tanto, no es posible hablar de monopolio o de abuso de posición dominante.

²⁰⁵ *Ibíd.* c.20.

²⁰⁶ *Ibíd.* c.21.

B) Funciones que cumple la empresa

La comprensión de las funciones que realiza ENAMI es fundamental para entender por qué se debe excluir de la aplicación de las normas de defensa de la competencia. En este sentido, su función de fomento y promoción de la pequeña y gran minería, la convierten en una empresa que se encuentra fuera de la competencia de las empresas mineras tradicionales, incluida la Corporación del Cobre (CODELCO).

Por su parte, para comprender las funciones que realiza ENAMI es necesario recurrir a la clasificación entre pequeña, mediana y gran minería. De acuerdo a la Sociedad Nacional de Minería y el Instituto de Ingenieros de Minas de Chile, en atención a la capacidad extractiva de una faena, el sector minero se divide en pequeña minería, cuando la capacidad de producción es inferior a 100 mil toneladas anuales; mediana minería, cuando la producción se encuentra entre 100 mil y 3 millones de toneladas anuales; y gran minería, en los casos que la capacidad de producción supera los 3 millones de toneladas al año²⁰⁷. ENAMI trabaja con las dos primeras categorías.

La pequeña y mediana minería son sectores que el Estado ha considerado que requieren de fomento y promoción, pues pese a enfrentar dificultades para competir en los mercados internacionales, son importantes para el desarrollo

²⁰⁷ VERGARA BLANCO, A. *Op. cit.* 2010. 39p.

económico del país. Tal ha sido la intención del Ministerio de Minería, al dictar el Decreto Supremo N° 76 de 2003 que Aprueba Política de Fomento de la Pequeña y Mediana Minería, modificado por Decreto Supremo N° 13 de 2005 y por Decreto Supremo N° 4 de 2009.

Los Decretos Supremos señalados tienen por objeto “mejorar la productividad de la pequeña y mediana minería, aumentar su competitividad y promover el acceso más equitativo a las oportunidades de negocio”²⁰⁸. De esta forma, los principales lineamientos de la política de fomento son (i) focalizada en proyectos mineros viables, (ii) transparente en sus costos, (iii) diseñada por el Gobierno con un presupuesto anual aprobado por el Parlamento, (iv) administrada por ENAMI, y (v) orientada al desarrollo sustentable del sector.

Por su parte, los instrumentos de fomento son administrados a través de ENAMI, la cual está a cargo del Fondo de Capital de Riesgo, Desarrollo de Capacidades Competitivas, Créditos para Desarrollo Minero y Acceso a Mercados.

Conforme a lo señalado, ENAMI es una empresa de fomento y desarrollo de la pequeña y mediana minería que corrige las fallas de los mercados y entrega asistencia técnica a los productores de tal manera de hacer que sus productos

²⁰⁸ CHILE. Ministerio de Minería. 2003. Decreto Supremo N° 76: Aprueba política de fomento de la pequeña y mediana minería. 24 de julio de 2003

sean competitivos. Crea un mercado artificial y economía de escala que permiten un acceso competitivo a los pequeños y medianos productores.

Conforme a lo anterior, ENAMI está a cargo de una misión de fomento y promoción que tiene una clara finalidad pública. Esta tarea le ha sido encomendada por decreto supremo y debe seguir los lineamientos establecidos por el Presidente de la República y los Ministerios de Hacienda y Minería.

C) Aplicación de las normas de defensa de la competencia

La función de fomento que realiza ENAMI es un fundamento importante para excluirla de la aplicación de las normas de la libre competencia o al menos de hacerlo de manera excepcional. ENAMI no tiene una finalidad comercial lucrativa, está destinada a fomentar una actividad económica fundamental en Chile debido a la riqueza minera existente.

En este sentido, de acuerdo a las categorías utilizadas en la Parte General en relación a la aplicación de las normas de defensa de la competencia, ENAMI se encuentra en la categoría de empresa de servicio público. Si bien dentro de la clasificación de las actividades de la Administración, la de fomento y la de servicio público son distintas, en este caso es posible englobar la actividad de ENAMI dentro de esta categoría por el sólo hecho de cumplir con una función pública pese a no ser una actividad prestacional propiamente tal.

La finalidad de ENAMI no obedece a la de una empresa de mercado, puesto que no compite con otras empresas para obtener mayores utilidades. ENAMI crea un mercado artificial y economía de escala permitiendo el acceso competitivo de los pequeños y medianos productores.

De esta forma, sujetarla a las normas de defensa de la libre competencia significa un gravamen enorme para la Empresa, ya que implica obligarla a someterse a lógicas que no corresponden con su función, puesto que su finalidad es el fomento de la minería y no el lucro a través de una actividad económica. ENAMI no se rige por la libertad económica ni por un principio de libre competencia sino está destinada exclusivamente al cumplimiento de una función pública, y, por lo tanto, no realiza actividades susceptibles de ser objeto de ilícitos monopólicos.

4. Corporación Nacional del Cobre de Chile

4.1. Breve referencia a sus orígenes

El origen de la Corporación Nacional del Cobre se produjo tras la nacionalización del cobre mediante reforma constitucional de 1971²⁰⁹. Esta ley dispuso la nacionalización del cobre, la creación de CODELCO y el traspaso de la propiedad de las empresas nacionalizadas a CODELCO²¹⁰. El proceso de nacionalización fue antecedido por la “chilenización” del cobre, llevada a cabo a partir de 1966 con la Ley N° 16.425²¹¹ que creó sociedades mixtas entre el Estado y las empresas extranjeras, otorgándole al Estado el 51% del capital. Las primeras sociedades mixtas que se formaron fueron “El Teniente”, “Andina” y Exótica. Luego en 1969 se constituyeron “Chuquicamata” y “El Salvador”²¹².

Luego, con la reforma de 1971 se asignó un 95% del capital de las empresas nacionalizadas a CODELCO y un 5% a ENAMI, quienes pasaron a ser socias de cinco sociedades colectivas del Estado que funcionaron como continuadoras legales de cada una de las sociedades mineras mixtas que explotaban

²⁰⁹ MILLÁN, A. *Op. Cit.* 2006. 82p.

²¹⁰ CHILE. Ministerio de Minería. 1971. Ley N° 17.450: Reforma la Constitución Política del Estado. 16 de julio de 1971.

²¹¹ CHILE. Ministerio de Minería. 1966. Ley N° 16.425: Modifica la Ley número 11.828. 25 de enero de 1966.

²¹² VERGARA BLANCO, A: *Op. cit.* 2010. 218p.

anteriormente las empresas nacionalizadas. Además, se le traspasaron las funciones y atribuciones del Departamento del Cobre²¹³, órgano fiscalizador creado en 1955.

Por su parte, la reforma constitucional que nacionalizó el cobre facultó al gobierno de Chile para que dispusiera sobre la organización, explotación y administración de las empresas nacionalizadas. “Posteriormente se dictó el DL N° 1.167, de 1975, que incorporó los arts. 22 y 23 transitorios a la CPR de 1925, recogiendo la posibilidad de que la ley regulara nuevamente lo concerniente a la organización, explotación y administración de las empresas nacionalizadas, como asimismo la creación de una o más empresas del Estado que, como continuadoras legales de las sociedades colectivas del Estado, se hicieran cargo del manejo de las mismas”²¹⁴. En conformidad a esto, se dictaron en 1976 los DL N° 1.349 y 1.350 que crearon la Comisión Chilena del Cobre y la Corporación Nacional del Cobre (COCHILCO y CODELCO), respectivamente. Con la creación de CODELCO se disolvieron las sociedades colectivas del Estado Compañía de Cobre de Chuquicamata, Compañía de Cobre Salvador, Compañía Minera Andina, Sociedad Minera El Teniente y Compañía Minera Exótica, que pasaron a formar parte de CODELCO.

²¹³ SANTA MARÍA, R. *Op. cit.* 1972. 77p.

²¹⁴ VERGARA BLANCO, A: *Op. cit.* 2010. 219p

En la actualidad CODELCO cuenta con ocho divisiones, Radomiro Tomic, Chuquicamata, Ministro Hales, Gabriela Mistral, Salvador, Ventanas, Andina y El Teniente.

Además, CODELCO tiene participación en una gran cantidad de empresas filiales y coligadas. Así participa en diez filiales o coligadas del rubro minería; en dos del rubro plantas de tratamiento; en tres del rubro energía; en nueve sociedades de comercialización; en seis sociedades de investigación y tecnología; en diez sociedades de inversión; en dos del rubro inmobiliarias; en ocho entidades relacionadas con la salud y pensiones; y en tres sociedades ligadas a nuevos usos del cobre y molibdeno. También tiene participación en empresas que no son filiales o coligadas. Así, participa en 14 entidades de desarrollo de relaciones comerciales; en 17 entidades de desarrollo de mercados; en seis entidades de gestión medioambiental y sustentabilidad; y en 27 fundaciones, corporaciones y asociaciones sin fines de lucro.

4.2. Concepto y naturaleza jurídica

CODELCO fue creada por el DL N° 1.350 de 1976 y se rige por las normas de dicha ley, por su estatuto y por las normas de derecho común compatibles con su ley y estatutos.

De esta forma, el artículo 1º del DL 1.350 crea y define a CODELCO al señalar:

“Artículo 1º.- Créase, con la denominación de Corporación Nacional del Cobre de Chile, que podrá usar como denominación abreviada la expresión CODELCO o CODELCO-CHILE, una empresa del Estado, minera, industrial y comercial, con personalidad jurídica y patrimonio propio, domiciliada en la comuna de Santiago, de duración indefinida, sometida a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros en los mismos términos que las sociedades anónimas abiertas, sin perjuicio de lo dispuesto en el decreto ley N° 1.349, de 1976, que crea la Comisión Chilena del Cobre, y que se relacionará con el Gobierno a través del Ministerio de Minería.”

Por su parte, el artículo 1º de los Estatutos de CODELCO (Decreto N° 146 del Ministerio de Minería de 1991) señala lo siguiente:

“Artículo 1º.- De acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Ley N° 1.350, de 1976, la Corporación Nacional del Cobre será una Empresa del Estado, minera, industrial y comercial, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se relacionará con el Gobierno a través del Ministerio de Minería y se regirá por las disposiciones del citado Decreto Ley y de estos Estatutos y por las disposiciones de derecho común, en cuanto fueren compatibles con aquéllas”²¹⁵.

De esta forma, son características de CODELCO:

- (i) Es una empresa pública creada por ley;
- (ii) Tiene personalidad jurídica propia y de derecho público;

²¹⁵ CHILE. Ministerio de Minería. 1991. Decreto Supremo N° 146: Modifica y fija texto refundido de los Estatutos de la Corporación Nacional del Cobre de Chile. 25 de octubre de 1991.

iii) se relaciona con el Presidente de la República a través del Ministerio de Minería;

(iv) Tiene patrimonio propio y éste está formado por los bienes, activos y pasivos de las sociedades colectivas del Estado disueltas y los bienes que adquiera en el futuro a cualquier título (artículo 4º del Decreto Ley N° 1.350);

(v) Se rige por el Decreto Ley N° 1.350, sus estatutos y el derecho común en lo que fuere compatible con aquéllas.

Por su parte, el objeto de CODELCO es principalmente ejercer los derechos que adquirió el Estado en las empresas de la Gran Minería del Cobre y en la Compañía Minera Andina con ocasión de la nacionalización del cobre (artículo 3º del DL N° 1.350 y artículo 5º de los Estatutos). Conforme a esto, se encuentran dentro de sus principales funciones las siguientes:

(i) Continuar la explotación de los yacimientos de Chuquicamata, Exótica, El Salvador, Río Blanco, El Teniente y en general de las empresas mineras pertenecientes a las Sociedades Colectivas del Estado que pasaron a formar parte de CODELCO;

(ii) Realizar exploraciones geológicas u otras tendientes a descubrir y reconocer yacimientos de minerales no ferrosos;

(iii) Constituir y adquirir concesiones mineras y demás derechos mineros;

- (iv) Producir minerales y concentrados de cobre, subproductos y demás derivados y sustancias que se obtengan de la explotación de minerales del cobre;
- (v) Manufacturar o semimanufacturar cualesquiera de los metales, productos o subproductos;
- (vi) Comercializar minerales, productos y subproductos; y
- (vii) En general, realizar en el país o en el extranjero toda clase de actividades civiles, comerciales o de cualquiera naturaleza, que se relacionen directa o indirectamente con la exploración, explotación, comercialización, producción y manufactura del cobre y otros metales.

4.3. Sujeta o no a la fiscalización de alguna Superintendencia

En conformidad al artículo 1º del DL N° 1.350 CODELCO se encuentra sujeta a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros en los mismos términos que las sociedades anónimas abiertas.

4.4. Organización y administración

La dirección superior y administración de la empresa corresponden al Directorio y al Presidente Ejecutivo. El Directorio tiene la conducción superior y la supervigilancia de la empresa y el Presidente Ejecutivo, por su parte, es nombrado por el Directorio, es el responsable de ejecutar los acuerdos del directorio y de supervisar todas las actividades productivas, administrativas y financieras de la Empresa. Estas actividades se gestionan a través de vicepresidencias y de divisiones productivas.

De esta forma, junto al Presidente Ejecutivo se encuentran una Gerencia de Estudios y Diseño Estratégico y una Consejería Jurídica. Luego, se encuentran las Vicepresidencias de Administración y Finanzas, de Recursos Humanos, de Asuntos Corporativos y Sustentabilidad, de Comercialización, de Proyectos, de Desarrollo de Negocios, de Operaciones Norte y de Operaciones Centro Sur. De estas últimas Vicepresidencias dependen las Gerencias de cada una de las divisiones y zonas de explotación de CODELCO. Estas divisiones son Radomiro Tomic, Chuquicamata, Ministro Hales, Gabriela Mistral, Salvador, Ventanas, Andina y El Teniente.

4.5. Composición del Directorio

En conformidad al artículo 8º del DL N° 1.350 y al artículo 10º de los Estatutos, el Directorio está compuesto por:

- (i) tres directores nombrados por el Presidente de la República;
- (ii) dos representantes de los trabajadores de la empresa, elegidos por el Presidente de la República sobre la base de quinas separadas para cada cargo propuestas por la Federación de Trabajadores del Cobre, por una parte, y la Asociación Nacional de Supervisores del Cobre y la Federación de Supervisores del Cobre en conjunto, por la otra;
- (iii) cuatro directores nombrados por el Presidente de la República, a partir de una terna propuesta para cada cargo por el Consejo de Alta Dirección Pública, con el voto favorable de cuatro quintos de sus miembros.

Los miembros del Directorio tendrán derecho a una remuneración anual equivalente a la de los Ministros de Estado incluidas las asignaciones que a éstos correspondan. Por su parte, el artículo 8ºA del DL N° 1.350 señala los requisitos que se deben cumplir para ser nombrado director de CODELCO; luego el artículo 8ºB señala las incompatibilidades del cargo de director de CODELCO, a saber, los senadores, diputados, ministros, subsecretarios, jefes de servicio, alcaldes, concejales, los candidatos a alcalde o concejal, entre otros. Además, en

conformidad al artículo 10º de los Estatutos a los Directores, al Presidente Ejecutivo, a los Vicepresidentes y a los Gerentes Generales se les aplicarán las incompatibilidades, inhabilidades, responsabilidades y prohibiciones que la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas establece para los Directores de Sociedades Anónimas.

4.6. Gobiernos corporativos: en particular regulación de los conflictos de interés

En primer lugar, de acuerdo al artículo 1º del DL N° 1.350 CODELCO se regirá por la citada ley y sus estatutos y por la legislación común en lo que fuere compatible. De esta forma, le son plenamente aplicables las normas sobre gobierno corporativo establecidas en leyes de derecho común.

En conformidad a lo anterior, en materia de gobierno corporativo CODELCO cuenta con una Auditoría General dependiente del Presidente Ejecutivo y destinada a promover el control interno de la Empresa y filiales, velar por la incorporación y cumplimiento de las mejores prácticas y procedimientos administrativos y de gestión y de control de riesgos. Además, ha desarrollado un formulario de cumplimiento de normas y buenas prácticas al interior de la empresa destinado a que cada una de las divisiones y empresas filiales de CODELCO lo responda y dé a conocer la información requerida. Este formulario

aborda, entre otros, (i) la adecuada y oportuna información del Directorio, su funcionamiento, regulación de conflictos de interés; (ii) la relación de la sociedad, los accionistas y el público en general, es decir posibles problemas de agencia; (iii) procedimiento de sustitución y compensación de los ejecutivos principales; (iv) definición, implementación y supervisión de políticas y procedimientos de control interno y gestión de riesgos en la empresa; (v) existencia de un Código de Gobierno Corporativo, modelos de prevención de delitos y políticas de seguridad, sustentabilidad, salud ocupacional y relaciones con la comunidad²¹⁶.

Por su parte, existe regulación expresa en materia de conflicto de interés. En primer término, el artículo 8º del DL N° 1.350 en su inciso segundo establece que las personas que hayan sido designadas directores de acuerdo a las letras a) y b) del inciso anterior (esto es los nombrados por el Presidente directamente y los representantes de los trabajadores) deberán presentar una declaración jurada en la que declaren no encontrarse afectados a las incompatibilidades e inhabilidades del cargo.

En segundo lugar, todos los directores de la empresa deberán presentar una declaración de patrimonio e intereses.

En tercer lugar, el mismo artículo en su inciso sexto señala que “los directores deberán abstenerse de votar en aquellos casos en que, conforme a las normas

²¹⁶CORPORACIÓN DEL COBRE. [en línea], Santiago
<http://www.codelco.com/prontus_codelco/site/artic/20130628/asocfile/20130628162453/svs_20130628.pdf
f> [consulta: 6 de junio de 2015]

aplicables a las sociedades anónimas abiertas, tengan interés”. De la misma manera, el artículo 10º inciso final de los Estatutos señala esta misma norma y establece qué significa que haya conflicto de interés. Así el mismo artículo señala:

“Se presume de derecho la existencia de dicho interés en toda negociación, acto, contrato u operación en la que deba intervenir el Director, su cónyuge o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, o las sociedades o empresas en las que sea director o dueño directo o a través de otras personas, naturales o jurídicas, de un 10% o más de su capital.

Conforme a lo señalado, CODELCO presenta un gran desarrollo de políticas de buen gobierno corporativo en cumplimiento de la Ley de Gobierno Corporativo y la Ley N° 20.393 sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, tratándose de la empresa pública que ha incorporado la mayor cantidad de principios y lineamientos contenidos en la ley.

4.7. Controles administrativos especiales

A) Control del Presidente de la República

CODELCO, pese a ser una empresa que funciona de forma muy similar a como lo hace una empresa privada, está sujeta un control importante de parte del Presidente de la República y/o de los Ministros correspondientes.

La empresa se encuentra sujeta a los siguientes controles:

(i) El Presidente de la República, por decreto supremo conjunto de los Ministerios de Minería y Hacienda, aprobará y modificará los Estatutos de la Empresa (artículo 11 del DL N° 1.350).

(ii) En todo lo que no se oponga a los términos del DL N° 1.350 y a la naturaleza pública de la empresa, corresponderá al Presidente de la República ejercer las atribuciones y funciones que la Ley N° 18.046 confiere a los accionistas y a las Juntas de Accionistas (artículo 11 A del DL N° 1.350).

(iii) El Presidente de la República está facultado para que delegue sus funciones en los Ministros de Minería y Hacienda conjuntamente (artículo 11B del DL N° 1.350).

(iv) Los créditos que la empresa contrate deberán ser autorizados, mediante oficio, por el Ministerio de Hacienda (artículo 9º Letra i) DL N° 1.350).

(v) El presupuesto anual de Caja deberá ser aprobado por los Ministerios de Minería y Hacienda (artículo 17 DL N° 1.350).

(vi) La empresa deberá enviar a la Dirección de Presupuestos, dentro del plazo que señale el Ministro de Hacienda, la estimación fundada en los ingresos que pueda producir durante el próximo ejercicio presupuestario (artículo 22 DL N° 1.350).

(vii) Corresponde al Directorio señalar las normas generales para la venta, exportación, embarque, consignación y, en general, la comercialización del cobre, minerales y productos, en concordancia con las disposiciones generales que dicte el Gobierno (artículo 15 Letra c) de los Estatutos).

(viii) Corresponde al Directorio elaborar el presupuesto anual de la Empresa y sus eventuales modificaciones y someterlo a la aprobación de los Ministros de Hacienda y Minería (artículo 15 Letra d) de los Estatutos).

(ix) Corresponde al Directorio proponer a los Ministros de Minería y Hacienda las cantidades que, con cargo a las utilidades líquidas de cada ejercicio, deberán destinarse a la formación de fondos de capitalización y reserva (artículo 15 Letra g) de los Estatutos).

De esta forma, el control que ejerce el Presidente y/o los Ministros de Minería y Hacienda en su representación se manifiesta principalmente en materia de presupuesto de la empresa, créditos, fondos de capitalización y reserva y aprobación de los Estatutos.

Además de estos controles, es importante destacar dos normas que confieren grandes atribuciones al Poder Ejecutivo. En primer lugar, el artículo 11 del DL N° 1.350 que concede al Presidente de la República las mismas facultades que le corresponden a la Junta de Accionistas en una sociedad anónima. Esto implica un importante y amplio control de la gestión de CODELCO. En segundo lugar, el artículo 15 Letra c) de los Estatutos que, de acuerdo a lo señalado anteriormente, ordena que CODELCO guíe sus negocios y estrategias comerciales de acuerdo a los lineamientos del Gobierno. Esta es particularmente llamativa, puesto que le otorga a CODELCO un rol político, de participación en la contingencia nacional..

B) Control de otros órganos de la administración

CODELCO al igual que todas las empresas públicas se encuentra sujeta al control de la Contraloría General de la República y el Consejo para la Transparencia. Además, CODELCO se encuentra sujeta a un fuerte control por parte de la Comisión Chilena del Cobre (COCHILCO).

COCHILCO fue creada en simultáneo a CODELCO por el DL N° 1.349 de 1976 como órgano técnico asesor del Presidente de la República en todas las materias relacionadas con el cobre y sus subproductos²¹⁷. Sus principales funciones dicen relación con el asesoramiento del Gobierno en la formulación de políticas para el desarrollo, adquisición, explotación, manufactura y comercialización de yacimientos de cobre como órgano técnico especializado y fiscalizar el cumplimiento de dichas políticas y en particular a las empresas productoras de cobre del Estado. De esta forma, COCHILCO juega un rol fundamental en el lineamiento de políticas de crecimiento y desarrollo de CODELCO y opera como órgano fiscalizador con grandes atribuciones.

Las funciones de COCHILCO se encuentran enumeradas en el artículo 2° del DFL N°1 que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del DL N° 1.349. Dentro de estas funciones se encuentran las de carácter fiscalizador, a saber:

- (i) Fiscalizar el cumplimiento de las políticas generales fijadas por el Gobierno en materias relacionadas con el cobre y sus subproductos;
- (ii) Fiscalizar las condiciones de la producción, manufactura y comercio del cobre o de sus subproductos producidos por las empresas productoras del Estado en que el Estado tenga participación mayoritaria y sus filiales, en lo referente a sus

²¹⁷ CHILE. Ministerio de Minería. 1987. Decreto con Fuerza de Ley N°1: Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N° 1.349 de 1976, que crea la Comisión Chilena del Cobre. 28 de abril de 1987.

niveles y volúmenes, fletes, consumo, precios, modalidades de comercialización y distribución, ventas, costos y utilidades;

(iii) Asesorar al Ministro de Minería y al de Hacienda sobre los presupuestos de entradas, gastos y adquisiciones que presenten las sociedades colectivas del Estado o la o las empresas que sean sus continuadoras legales; y

(iv) Aplicar sanciones administrativas a las empresas productoras del Estado, sin perjuicio de las que procedan en materia penal. Dentro de las hipótesis de sanción se encuentran: infracción a condiciones generales de contratación aprobadas por la Comisión, retardo injustificado en las declaraciones y antecedentes solicitados por la Comisión, retardo injustificado en el cumplimiento de los acuerdos, entorpecimiento o denegación de libre acceso a sus oficinas o faenas a los funcionarios de la Comisión y retardo injustificado en el cumplimiento de la obligación de entregar las cuotas de cobre o subproductos reservados a ésta para la industria manufacturera nacional.

Por su parte, el artículo 11 del DFL N°1 de 1987 señala que COCHILCO ejercerá la fiscalización directa de las empresas del Estado productoras de cobre para lo cual podrá revisar balances, procedimientos de control interno, contratos de ventas, de agencias y de adquisición, realizar análisis financieros y auditorías globales. Además, el artículo 12 señala que la Contraloría General de la República fiscalizará a través de COCHILCO a las sociedades colectivas del Estado o a las empresas que sean sus continuadoras legales.

Finalmente, el artículo 8º de los Estatutos de CODELCO establece que “el Directorio podrá modificar el monto del capital de la Empresa por resolución que sólo surtirá efectos una vez aprobada por la Comisión Chilena del Cobre”.

De esta forma, COCHILCO es un organismo creado con la finalidad de controlar a CODELCO, es decir esta empresa cuenta no sólo con los controles comunes a las demás empresas públicas y a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros, sino que tiene un órgano fiscalizador *ad-hoc*, creado especialmente para fiscalizarla y que posee amplias atribuciones.

Por último, podemos destacar el control menor que ejerce otro órgano de la Administración como lo es el Banco Central. Así, conforme al artículo 15 Letra k) de los Estatutos de CODELCO corresponde al Directorio “acordar la estimación global anual y anticipada de los gastos de moneda extranjera y de las exportaciones que realizará la empresa, en el año siguiente, e informar de ello al Banco Central”.

4.8. Destino de las utilidades

En términos generales, las utilidades de CODELCO ingresan a las rentas generales de la Nación.

Así, el artículo 6º del DL N° 1.350 establece que las utilidades líquidas que arroje el balance, previa deducción de los fondos de capitalización y reserva, pertenecerán en dominio al Estado e ingresarán a rentas generales de la Nación.

En este sentido, corresponde al Directorio proponer a los Ministros de Minería y de Hacienda las cantidades de las utilidades líquidas de cada ejercicio que deben destinarse a la formación de fondos de capitalización y reserva.

4.9. Aplicación de las normas de defensa de la libre competencia

La aplicación de las normas de defensa de la competencia a las empresas públicas, en general, y a CODELCO en particular, ha sido un tema aceptado generalmente por la doctrina nacional, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Sin embargo, al igual que en los casos anteriores, para determinar la aplicación de las normas de defensa de la libre competencia a cada una de las empresas es necesario revisar las características del mercado y de la empresa en particular.

A) Descripción del mercado

Un primer elemento a tomar en consideración es que CODELCO es una empresa con relevancia tanto en el mercado nacional como internacional. Por lo tanto, la primera característica del mercado del cobre es que es mundial. En este sentido, la venta de minerales al exterior constituye la principal fuente de ingresos de CODELCO. Los ingresos totales por las ventas de cobre, subproductos y servicios de maquilas de cobre llegaron a US\$ 13.826.677 millones durante 2014. Del total de las ventas, el 91% correspondió a cobre y 9% a subproductos. Además, el 98,9% de las ventas de CODELCO se realizaron hacia el exterior, siendo el principal destino Asia (58%)²¹⁸.

En este sentido, los principales consumidores de cobre refinado son China (41%), Estados Unidos (9%), Alemania (6%), Japón (5%), Corea del Sur (4%), Rusia (4%), Italia (3%), Taiwán (2%), Brasil (2%) e India (2%)²¹⁹. De acuerdo a Cristián Vergara la mayor o menor demanda del cobre no depende de su precio sino de la actividad económica que realiza un determinado país o que predomina a nivel mundial²²⁰. Así los países que se encuentran en procesos de modernización, tales como China o India, o que tienen un sector industrial

²¹⁸ MEMORIA ANUAL DE CODELCO AÑO 2014. [en línea] Santiago. http://www.codelco.com/memoria2014/site/artic/20150406/asocfile/20150406151802/memoria_2014_mercado_del_cobre.pdf [consulta: 05 de agosto de 2015].

²¹⁹ VERGARA VACCANI C., 2012. Competitividad Mundial en el Mercado del Cobre. Tesis para optar al grado de Magíster en Minería. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas. 49p.

²²⁰ *Ibíd.* 46p

importante como Estados Unidos, Alemania y Japón, tienen un mayor consumo de cobre.

Lo anterior es un antecedente importante que pone de manifiesto la importancia del cobre en la economía chilena. "En Chile, la industria extractiva del cobre es la principal industria, las exportaciones del metal lideran el sector exportador y en la actualidad operan las principales empresas productoras del mundo, destacando a las dos empresas con mayor producción mundial: Codelco de propiedad del Estado de Chile como la empresa de mayor producción en el mundo, seguida por la minera Escondida (de propiedad de la empresa "BHP Billinton"), siendo ésta la mayor empresa privada del sector en el país"²²¹.

Por último, el carácter internacional del mercado del cobre se manifiesta también en que este mineral se cotiza y transa en la Bolsa de Metales de Londres, en el COMEX de la Bolsa Mercantil de Nueva York y en la Bolsa de Metales de Shanghái.

El segundo elemento de análisis del mercado del cobre dice relación con los usos que tiene este mineral. El cobre es un metal que tiene diversos usos: en la construcción, principalmente para la construcción de cañerías o tuberías para el agua; en materia de transporte de electricidad y telecomunicaciones; se emplea

²²¹ DONOSO, M. 2013. El mercado del cobre a nivel mundial: evolución, riesgos, características y potencialidades futuras. *Ingeniare. Revista Chilena de Ingeniería* 21 (2): pp. 248-261, Arica, Universidad de Tarapacá. 249p. [en línea] http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-33052013000200008&script=sci_arttext. [consulta: 10 de julio de 2015]

en varios componentes de vehículos motorizados; se utiliza en la mayoría de los circuitos eléctricos y en general para el equipamiento industrial y la construcción de maquinaria.

Además, en forma de aleación el cobre es combinado con otros metales, siendo los de uso más común el bronce (cobre-estaño) y el latón (cobre-zinc).

Una tercera característica del mercado del cobre es la existencia de barreras de entrada para nuevos competidores. La principal barrera es la de poseer el recurso mineral, es decir tener algún yacimiento minero explotable. A esto se le pueden agregar otras barreras tales como las escalas de producción que tienen las empresas ya existentes, el capital de inversión, las tecnologías utilizadas y la internacionalización de la producción²²². Por lo tanto, tomando en consideración estas barreras de entrada resulta difícil la entrada de nuevos competidores, especialmente si se tiene en cuenta la magnitud de las empresas ya existentes.

En cuarto lugar, es posible señalar algunas características del mercado de CODELCO en particular. En este sentido, cobra relevancia el hecho de en este mercado conviven empresas privadas con empresas públicas. Esta situación ha planteado de acuerdo a Patricio Meller una serie de debates ideológicos en torno a la conveniencia o no de esta coexistencia. Los argumentos que se han presentado en contra de esta situación son principalmente tres “(i) la presencia de una empresa estatal desincentiva la inversión privada en dicho sector. (ii) La

²²² VERGARA VACCANI C. *Op. cit.* 2012. 55p

coexistencia de empresas estatales y privadas es percibida como la posibilidad de competencia desleal para las empresas privadas; (iii) ¿Por qué el Estado interviene en actividades productivas que pueden ser realizadas (más eficientemente) por el sector privado?”²²³. Sin embargo, en la práctica no se ha dado ninguna de estas situaciones. A partir de la década de los noventa se produjo un incremento muy importante de la inversión extranjera en el sector, lo que se ha traducido en el aumento de la producción nacional y una baja en la participación de CODELCO durante los últimos 30 años. Así, CODELCO representaba el 85% de la producción nacional de cobre en 1980, mientras que en el año 2000 dicha participación cayó a un 35%²²⁴. De esta forma, la participación de empresas privadas, extranjeras en general, ha aumentado significativamente en los últimos años, de manera que no es posible hablar de una posición dominante de CODELCO en el mercado del cobre, pese a la nacionalización del producto.

Por su parte, tampoco es posible hablar de competencia desleal ni de beneficios o ventajas a favor de CODELCO, puesto que el mercado en el que opera es el internacional, rigiéndose por los precios de bolsas internacionales y compitiendo con otros países como China y Estados Unidos. “El argumento de competencia desleal por parte de empresas estatales en una actividad como el

²²³ MELLER, P. 2002. El cobre chileno y la política minera. En: MELLER, P. (Editor). 2002. Dilemas y debates en torno al cobre. Santiago, Dolmen. 60p
Ibid. 60p.

cobre, con características de *commodity* y cuyo mercado es el mercado mundial pareciera totalmente irrelevante”²²⁵. El único problema que se podría plantear es a propósito de la eventual adquisición de empresas mineras existentes y/o de nuevos yacimientos, puesto que en tal caso se ha planteado que CODELCO tendría ventajas en un proceso de licitación. Sin embargo, parece de toda lógica que CODELCO ofrecería precios similares a los de las empresas privadas, precisamente porque está sujeto a controles administrativos e incluso de sanciones por parte de COCHILCO. “Una de las grandes desventajas que tiene CODELCO en estas licitaciones es que no puede incurrir en el mismo nivel de riesgo que las empresas privadas”²²⁶.

Por último, respecto al tercer argumento que postula el principio de subsidiariedad del Estado, no hay evidencia empírica respecto a la ineficiencia de CODELCO. No es posible en base a los datos financieros y de gestión de CODELCO concluir que una empresa privada tendría mayores niveles de eficiencia. El argumento de la subsidiariedad, como se ha señalado en la primera parte de este trabajo obedece a fundamentos ideológicos respecto a las funciones que le deben corresponder o no al Estado.

²²⁵ *Ibíd.* 60p.

²²⁶ *Ibíd.* 61p.

B) Limitaciones

Las limitaciones a las que se encuentra sujeta CODELCO dicen relación con los controles que ejerce la Cámara de Diputados, la Contraloría General de la República, el Consejo para la Transparencia, COCHILCO y en general toda la injerencia que tiene el Presidente de la República a través de los Ministros de Minería y Hacienda en las decisiones de la empresa.

Estos controles e intervención fueron analizados en los puntos anteriores, por lo que no se revisarán nuevamente aquí, pero si es necesario tomarlos en consideración a la hora de evaluar la sujeción de CODELCO al estatuto normativo de la libre competencia, toda vez que como la principal empresa pública del país (en cuanto a tamaño, producción y utilidades generadas), está sujeta a un fuerte control público que limita su campo de actuación.

C) Aplicación de las normas de defensa de la competencia

De acuerdo a la clasificación de las empresas del Estado que se hizo en la Parte General en relación a la aplicación de las normas de defensa de la competencia, CODELCO se encuentra dentro de aquellas denominadas

empresas de mercado monopólicas que realiza funciones industriales y comerciales.

CODELCO es una empresa pública dedicada a la exploración, explotación, manufactura y comercialización del cobre, sin que cumpla *a priori* funciones propias de un servicio público o de fomento.

Además, en su funcionamiento, CODELCO se comporta igual que una empresa privada en muchos ámbitos: en materia laboral, organización interna, cotización del precio del cobre en bolsas internacionales, etc.

De esta forma, excluir a CODELCO de la aplicación de las normas de defensa de la competencia resulta complejo, puesto que sus actividades principales corresponden a una lógica de libre competencia y actividades susceptible de cometer ilícitos monopólicos.

En este sentido, la forma de problematizar esta aplicación es tomando en consideración otros factores, en especial el destino de las utilidades y los controles a los que se encuentra sujeta CODELCO. En primer lugar, las utilidades de CODELCO, conforme a lo señalado, previa deducción de los fondos de capitalización y reserva, pertenecerán en dominio al Estado e ingresarán a rentas generales de la Nación. Las utilidades de CODELCO generan gran parte del presupuesto que tiene el Estado chileno, es decir financian no sólo a las Fuerzas Armadas, sino también educación, salud, etc. Sin estas utilidades, la situación financiera del Estado se vería seriamente afectada.

En segundo lugar, como ya se ha revisado, CODELCO está sujeta a los controles administrativos propios de toda empresa pública, y además a la fiscalización de COCHILCO y a la fuerte injerencia del Presidente de la República a través de los ministros respectivos. De esta forma, cualquier decisión comercial, de inversión, de capitalización, de ampliación o reducción de la producción minera y en general cualquier decisión de gestión debe pasar por un control al que ninguna empresa privada se encuentra sujeta.

Con lo anterior no se quiere decir que es imposible que CODELCO funcione deficientemente, que haya irregularidades o que no deba competir, sino simplemente se deben evaluar todos los aspectos que conforman a CODELCO antes de sostener que debe regirse por las normas de defensa de la competencia de manera absoluta.

Por ende, lo que se propone aquí es que CODELCO debe sujetarse a las normas de defensa de la competencia, pero que en la aplicación de dichas normas (por ejemplo, al fallar el Tribunal de Defensa de la Competencia), se consideren no sólo los elementos propiamente mercantiles o industriales, sino también estos otros elementos, a saber el destino de sus utilidades y por sobre todo, los otros controles a los que se encuentra sujeta.

V. CONCLUSIONES

Las empresas públicas y las sociedades del Estado son una manifestación de la actividad empresarial del Estado. Dicha actividad forma parte de las funciones de la Administración, de manera que su expansión y reducción van de la mano de la ideología y los cambios políticos y económicos de la sociedad.

El objetivo de este trabajo ha sido revisar los elementos históricos de la actividad empresarial, el régimen de derecho público y de derecho privado a la que se encuentra sujeta y el estudio de las normas de defensa de la competencia, para poder determinar si es posible aplicar dichas normas a las empresas públicas y en definitiva comprender la naturaleza pública de las mismas.

En Chile, la actividad empresarial del Estado tuvo un fuerte desarrollo en la década de 1930, pues existió un proyecto político que propuso un nuevo modelo de desarrollo. Dicho proyecto fue interrumpido con el golpe de Estado de 1973 realizado por las Fuerzas Armadas. A partir de ese momento, el Régimen Militar tomó la decisión política y opción legislativa de liberar el mercado, privatizar un importante número de empresas públicas y potenciar la libre iniciativa económica privada.

El proceso de privatización y desregulación de los mercados cambió el modelo de desarrollo nuevamente, reduciéndose drásticamente el tamaño del Estado. Este modelo es el que perdura hasta el día de hoy, lo que ha significado que en

los últimos 30 años no se ha creado ninguna empresa del Estado nueva (las sociedades del Estado creadas en la década de 1980 y 1990 son continuadoras legales de servicios públicos o de empresas públicas creadas por ley).

En este contexto y evolución cobra relevancia el rol empresarial de la Corporación de Fomento de la Producción que pasó de ser el principal órgano de la Administración dedicado a la actividad empresarial, a convertirse en una entidad de fomento y crédito a la mediana y pequeña empresa privada. En la actualidad mantiene participación como socio en diversas sociedades del Estado, pero ya no tiene la función principal que justificó su formación como era el de llevar a cabo la industrialización del país.

De esta forma, los cambios que han vivido las empresas públicas y el Estado en general obedecen a los cambios políticos que ha vivido Chile. La discusión en torno a la conveniencia o no de la existencia de empresas públicas es ideológica y se enmarca en el debate respecto a cuáles son los fines del Estado, hasta qué punto puede intervenir en la economía y cuáles son las tareas que le corresponde cumplir. Es decir, un Estado que entiende que su función va más allá de ser un simple regulador del mercado, asumirá como parte de sus funciones el desarrollar una amplia actividad empresarial. Fue este el modelo que rigió entre 1930 y 1973. Luego, si se privilegia la libre iniciativa privada y un modelo reduccionista del Estado, entonces las funciones que éste debe asumir también se reducen, manteniendo principalmente funciones de fomento, policía y

prestacionales. Este fue el modelo de desarrollo que comenzó a regir en 1973 y que se mantiene hasta el día de hoy, aunque con matices debido a la implementación de medidas de seguridad y protección social a partir de 1990.

Respecto al segundo tema en análisis, esto es el régimen de derecho público de las empresas públicas creadas por ley y las sociedades del Estado, es posible sostener que pese a su diferente naturaleza jurídica y características, tienen una serie de elementos comunes que las diferencian de las empresas privadas.

Estos elementos diferenciadores no se relacionan solamente con su propiedad o creación, sino se reflejan en aspectos sustanciales de la regulación de estas empresas. En primer lugar, su regulación general se encuentra en la Constitución Política de la República. La doctrina mayoritaria ha postulado que el artículo 19 N° 21 CPR consagra el principio de subsidiariedad del Estado, sin embargo, dicha postura se funda en la interpretación que dieron los redactores de la Constitución al precepto, pues no se encuentra plasmado de forma expresa. La solución interpretativa estaría dada por la comprensión de la norma como un caso de reserva de ley. Esto significa que la actividad empresarial del Estado no es excepcional ni subsidiaria, sino se encuentra sujeta a una serie de requisitos, entre los que se encuentra la exigencia de una ley de quórum calificado.

En segundo lugar, las empresas del Estado han adoptado formas de organización propias del derecho privado, esto es implementando gobiernos corporativos con el objeto de proteger los intereses y repartir responsabilidades.

Dicha forma de organización es beneficiosa en la medida que hace más transparente y fluida la información sobre el funcionamiento de las empresas públicas. Por lo tanto, en la medida que sea compatible con los otros tipos de controles a los que se encuentran sujetas las empresas, el gobierno corporativo ayuda a mejorar la eficacia y gestión de las empresas públicas. Sin embargo, las figuras y principios del gobierno corporativo de una empresa pública no son siempre suficientes para explicar las relaciones que se dan al interior de la misma, en particular los denominados problemas de agencia. De esta forma, se han incorporado los principios del gobierno corporativo pero adecuados a la naturaleza pública de estas instituciones.

En tercer lugar, el elemento que hace más patente la sujeción de las empresas del Estado a un régimen de derecho público es el control que ejercen otros órganos del Estado sobre ellas. Así, el control de la Cámara de Diputados, de la Contraloría General de la República y del Consejo para la Transparencia es manifestación de la sujeción a principios de derecho administrativo, como lo son el principio de legalidad, de probidad y transparencia, control y responsabilidad. Estos controles son necesarios por el carácter público de las empresas, sin embargo, en la práctica constituyen una limitación respecto de las empresas privadas en materia presupuestaria, de inversión, contratación, administración y en general respecto a las políticas comerciales y de desarrollo de las empresas.

Por su parte, las empresas del Estado también están sujetas a un régimen de derecho privado o común que las acerca a las empresas privadas.

El régimen de derecho privado de las empresas públicas y sociedades del Estado se manifiesta principalmente en el régimen laboral del personal, en las normas comerciales, en la fiscalización de una superintendencia y en la aplicación de las normas de defensa de la libre competencia. En este sentido, las primeras tres áreas son tratadas expresamente por las leyes y estatutos de cada una de las empresas. Así, prácticamente todas las empresas del Estado sujetan su personal a las normas de la legislación común, esto es el Código del Trabajo, muchas se rigen por las normas de las sociedades anónimas, y la mayoría se encuentra sujeta a la fiscalización de una superintendencia, y si no lo está se señala expresamente.

Por su parte, no hay una regulación expresa respecto a las normas de defensa de la libre competencia en las leyes de cada empresa, ni tampoco en la LDLC. Pese a esto, la doctrina mayoritaria y los tribunales han entendido que las normas de defensa de la libre competencia son de aplicación general, incluyendo a empresas privadas, públicas y organismos de la Administración del Estado.

Sin embargo, como se desarrolló en este trabajo hay elementos suficientes para discutir esta aplicación general de las referidas normas, de manera de excluir a las empresas del Estado, o bien para que exista sólo una aplicación parcial. Estos elementos son principalmente la naturaleza jurídica de las

empresas del Estado, las características de los mercados en que operan y los controles que ejercen otros órganos del Estado.

De esta forma, ante la pregunta de si se aplican o no las normas de defensa de la competencia a las empresas del Estado, la respuesta es que es necesario distinguir. Es decir, es necesario atender a la naturaleza y finalidad de cada empresa para poder determinar si tiene o no las condiciones que le permitiría ser sujeto activo de las normas de defensa de la competencia.

Para determinar la naturaleza de la actividad se propuso una clasificación de las empresas del Estado, diferenciando empresas de servicio público y empresas de mercado. Conforme a esta clasificación, las empresas de servicio público, que son aquellas que cumplen con funciones públicas y de satisfacción del interés general, no están sujetas a las normas de defensa de la competencia, en cambio las empresas de mercado, regidas por un principio de rentabilidad, sí pueden regirse por dicha normativa.

Esta clasificación permite una primera aproximación al problema, pero no soluciona todos los casos, puesto que hay empresas de servicio público que tienen lógicas de competencia, así como hay empresas de mercado que realizan actividades de naturaleza pública. De esta forma, lo determinante es la naturaleza de la actividad que realiza, lo que significa que una misma empresa pueda estar sujeta a las normas de defensa de la competencia respecto de algunas actividades y de otras no.

Por lo tanto, se aplica el estatuto normativo de la libre competencia sólo en aquellos casos en que se verifica una conducta que es susceptible de incurrir en un ilícito de libre competencia conforme a la descripción de la ley. Por tanto, en actividades regidas por la libre competencia, en que es posible cometer ilícitos monopólicos de acuerdo a lo señalado la LDLC, serán plenamente aplicables las normas de defensa de la competencia. En cambio, si estas empresas públicas realizan actividades o cumplen funciones que se alejan del ámbito regido por la competencia, entonces las normas referidas a esta materia ya no son aplicables.

La relevancia de la discusión entre el carácter público de una empresa del Estado es, a mi parecer, que además de atenuar la aplicación de las normas de defensa de la competencia, permite también sustraer otras consecuencias. La comprensión de la función pública que cumplen muchas de las empresas del Estado, implica también tomar conciencia de que se trata de instrumentos de la Administración que están al servicio de todo el país y no sólo de las autoridades que las dirigen.

Así, todas las personas tendrán derecho a participar y conocer la actividad que realiza una empresa determinada, lo que implica un desafío por parte de quienes las administran de abrirlas a la comunidad. Si entendemos a las empresas del Estado como integrantes de la Administración y como manifestación de las tareas del Estado, entonces es posible dotarlas de mayor

eficacia, gestión y participación, de manera que sean realmente una contribución al desarrollo económico y social del país.

VI. BIBLIOGRAFÍA

1. AGUIRRE, M.L. 2010. Gobierno corporativo en la sociedad por acciones. Santiago, Thomson Reuters Puntotex.
2. ARIÑO ORTIZ, G. 2001. Principios de Derecho Público Económico: modelo de Estado, gestión pública y regulación económica. Granada, Editorial Comares.
3. ARMOUR, J., HANSMANN, H. y KRAAKMAN, R. 2009. Agency problems, legal strategies and enforcement. Harvard Law Review, Discusión paper No. 644. 7/2009. Boston, Harvard University.
4. ARÓSTICA, I. 2001. Derecho administrativo económico. Libre iniciativa privada y actividad empresarial del Estado. Santiago, Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás.
5. ARRIAGADA, A. y MUÑOZ, O. 1977. Orígenes políticos y económicos del Estado Empresarial en Chile. Santiago, Corporación de Investigaciones Económicas para Latinoamérica.
6. ASTORQUIZA, O. y GALLEGUILLOS, O. 1952 Cien Años del Carbón de Lota 1852 - 1952. Antecedentes históricos, monografía y estudios sobre el desarrollo industrial, económico y social de las minas carboníferas de Lota en su primer siglo de vida. Santiago, Compañía Carbonífera e Industrial de Lota.
7. BERMÚDEZ, J, 2014. Derecho Administrativo General. Santiago, Thomson Reuters.
8. BRONFMAN VARGAS, A., CORDERO QUINZACARA, E., ALDUNATE LIZANA, E. 2013. Derecho Parlamentario Chileno. Funciones y Atribuciones del Congreso Nacional. Santiago, Legal Publishing.
9. BÜCHI, H. 2008. La transformación económica de Chile. Santiago, Editorial El Mercurio-Aguilar.
10. CASES, L. 1995. Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas. pp. 23-54
11. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, División Auditoría Administrativa Área Empresas. 2009. Informe Final sobre Sistema de Empresas (SEP). N° de informe: 204/2011. 29 de mayo de 2012.
12. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, División de Infraestructura y Regulación, Unidad de Seguimiento. 2014. Informe de Seguimiento sobre Auditoría a los Contratos de Obras Civiles de las

- Nuevas Líneas 3 y 6 suscritos por la Empresa de Transportes de Pasajeros Metro S.A. N° de Informe 23/2013. 5 de agosto de 2014.
13. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, División Auditoría Administrativa Unidad de Seguimiento. 2014. Informe de Seguimiento sobre Auditoría de Proceso de Contratación de Proveedores Externos, Empresa Nacional de Minería. N° de Informe: 196/2013. 4 de diciembre de 2014.
 14. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, División de Infraestructura y Regulación, Subdivisión de Auditoría, Comité de Auditoría de Transportes y Empresas. 2015. Informe de Investigación Especial sobre Modificaciones efectuadas en Inmueble por la Empresa de Correos de Chile, sin contar con Permiso Municipal. N° de Informe 31/2014. 14 de enero de 2015.
 15. CORDERO, L. 2007. El control de la Administración del Estado. Santiago, Lexis Nexis.
 16. CORDERO, L. 2015. Lecciones de Derecho Administrativo. Santiago, LegalPublishing.
 17. DONOSO, M. 2013. El mercado del cobre a nivel mundial: evolución, riesgos, características y potencialidades futuras. En: Ingeniare. Revista Chilena de Ingeniería. Volumen 21, número 2. Arica, Universidad de Tarapacá. pp. 248-261
 18. FERMANDOIS, A. 2001. Derecho Constitucional Económico. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.
 19. FOXLEY, A. 1982. Experimentos neoliberales en América Latina. Santiago, Colecciones Estudios Cieplan.
 20. FRENCH-DAVIS, R. 2003. Entre el neoliberalismo y el crecimiento con equidad. Santiago, LOM Ediciones.
 21. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. 2004. Curso de Derecho Administrativo I. Buenos Aires, Thomson, Civitas.
 22. HACHETTE, D. 2001. Privatizaciones: Reforma Estructural Pero Inconclusa. En: La Transformación Económica de Chile. Santiago, CEP. pp. 111-153
 23. LATORRE, P. 2008. Las sociedades estatales en el ordenamiento jurídico chileno. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N° XXX. Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
 24. MELLER, P. 2002. El cobre chileno y la política minera. En: MELLER, P. (Editor). 2002. Dilemas y debates en torno al cobre. Santiago, Dolmen.

25. MILLÁN, A. 2006. La minería metálica en Chile en el siglo XX. Santiago, Editorial Universitaria.
26. MODERNE, F. 2005. Principios Generales del Derecho Público. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
27. MONTOYA, E. 1996. Las empresas públicas sometidas al derecho privado. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
28. NAVARRO BELTRÁN, E. 2000. Marco constitucional del Estado empresario: una concreción del principio de subsidiariedad. En: XXX Jornadas de Derecho Público: Asociaciones intermedias, Estado y bien común. Tomo I. Valparaíso, Universidad de Valparaíso, Facultad de Derecho, EDEVAL. pp. 367- 385.
29. NEHME ZALAUQUETT, N. 2011. Aplicación de las normas de defensa de la competencia a los organismos de la administración del Estado. En: La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago, Centro de Libre Competencia UC. pp. 317-373
30. NIETO, A. 2008. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. En: Política criminal., N°5, 2008, A3-5. [en línea] http://www.politicacriminal.cl/m_05/a_3_5.pdf. Santiago. [consulta: 16 de agosto de 2015]
31. PANTOJA BAUZÁ, R. 2004. La organización administrativa del Estado. Santiago, Editorial Jurídica.
32. PARDOW, D. 2008. La Desgracia de lo Ajeno: Un ensayo sobre el problema de la agencia en las relaciones fiduciarias. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olmué. Santiago, Universidad Diego Portales. pp. 595-610.
33. PARDOW, D., VALLEJO, R. 2008. Derribando mitos sobre el Estado empresario. En: Revista Chilena de Derecho, Volumen 35 nº1, 2008. pp. 135-156
34. PARDOW, D. y VALLEJO, R. 2010. El traje nuevo del emperador: una revisión de la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia respecto de las empresas públicas. En: Anuario de Derecho Público UDP. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales. pp. 220-243.
35. RAJEVIC, E. 2009. La jurisprudencia inicial del Consejo para la Transparencia. En: Revista de Derecho 2009 del Consejo de Defensa del Estado. [en línea] <(http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/895a2ee1-884b-4429-b1f0-4583e46c58f0/Rev+22_06+jurisprudencia+inicial+del+consejo+para+la+tr

- ansparencia.pdf?MOD=AJPERES)> Santiago. [consulta: 14 de agosto de 2015]
36. SANTA MARÍA, R. 1972. Manual de Derecho Económico. Tomo II. Santiago, Ediciones Encina Limitada.
 37. SOTO KLOSS E. 1999. La actividad económica en la Constitución Política de la República de Chile (la primacía de la persona humana). En: Ius Publicum nº2. Santiago, Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho. pp.119- 128
 38. SOTO KLOSS, E. 2000. Sociedades del Estado. En: Revista de Derecho Administrativo Económico, Volumen10 nº2. Santiago. pp. 335-342
 39. SOTO KLOSS E. 2010. Derecho Administrativo. Temas Fundamentales. Santiago, Legal Publishing. pp. 495-50
 40. VALDÉS, D. 2006. Libre competencia y monopolio. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
 41. VERGARA BLANCO, A. 1992. Principios y sistema del Derecho Minero. Estudio histórico-dogmático. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
 42. VERGARA BLANCO A. 2010. Instituciones de Derecho Minero. Santiago, Abeledo Perrot, Legal Publishing.
 43. VERGARA VACCANII, C. 2012. Competitividad Mundial en el Mercado del Cobre. Tesis para optar al grado de Magíster en Minería. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas.
 44. VIERA, C. 2015. La libre iniciativa económica. En: BASSA, J., FERRADA, J., VIERA, C. La Constitución chilena. Santiago, LOM. pp. 141-159
 45. VILLAR PALASÍ, J. 1950. La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo. En: Revista de Administración Pública, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. pp. 53-129.
 46. URIBE, A. 1960. Manual de Derecho de Minería. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

Legislación citada

47. CHILE. Ministerio de Industria y Obras Públicas. 1914. Ley 2.846: Sin Título. 29 de enero 1914.
48. CHILE. Ministerio de Guerra. 1932. DFL 247: Concede Personalidad Jurídica Línea Aérea Nacional. 21 de julio 1932.
49. CHILE. Ministerio de Hacienda. 1934. Ley 5.350: Crea la Corporación de Ventas del Salitre y Yodo. 8 de enero 1934

50. CHILE. Ministerio de Hacienda. 1941. Ley N° 6.640: Aprueba el texto refundido de la ley N° 6.634 que creó las Corporaciones de Reconstrucción y Auxilio y de Fomento a la Producción. 10 de enero de 1941.
51. CHILE. Ministerio de Economía y Comercio. 1950. Ley 9.618: Fija como propiedad del Estado todos los yacimientos petrolíferos que se encuentran en el territorio nacional. 19 de junio de 1950.
52. CHILE. Ministerio de Hacienda. 1952. Ley 10.336 Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República. 29 de mayo 1952.
53. CHILE. Ministerio de Hacienda. 1953. DFL 54: Adopta las medidas que indica en relación con la Empresa Nacional de Transporte Público y crea la Empresa de Transportes Colectivos del Estado. 2 de mayo 1953
54. CHILE. Ministerio de Hacienda. 1953. DFL 126: Crea el Banco del Estado de Chile, formado por las Entidades que detalla. 24 de julio 1953.
55. CHILE. Ministerio de Hacienda. 1953. DFL 388: Organiza la Empresa Marítima del Estado. 27 de julio 1953.
56. CHILE. Ministerio de Hacienda. 1959. Ley N° 13.305: Reajusta las remuneraciones de todos los empleados que prestan servicios en Chile, suplementa el presupuesto de la Nación, establece nueva unidad monetaria, concede facultades extraordinarias al Presidente de la República y modifica las leyes que señala. 6 de abril de 1959
57. CHILE. Ministerio de Hacienda. 1960. DFL 153: Crea Empresa Nacional de minería. 5 de abril 1960.
58. CHILE. Ministerio de Hacienda. 1960. DFL 290: Ley Orgánica de la Empresa Portuaria de Chile. 6 de abril 1960.
59. CHILE. Ministerio de Hacienda. 1964. Decreto N° 2421: Fija el texto refundido de la ley de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República. 10 de julio de 1964.
60. CHILE. Ministerio del Interior. 1970. Ley 17.377: Televisión Chilena. 24 de octubre 1970.
61. CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 1973. Decreto Ley N° 211: Fija normas para defensa de la libre competencia. 22 de diciembre de 1973
62. CHILE. Ministerio de Hacienda. 1981. Ley 18.045: sobre Mercado de Valores. 22 de octubre de 1981.
63. CHILE. Ministerio de Hacienda. 1981. Ley 18.046: sobre Sociedades Anónimas. 22 de octubre 1981.
64. CHILE. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. 1982. Decreto con Fuerza de Ley N° 10: Crea la Empresa Correos de Chile, dispone la

constitución de TELEX CHILE Comunicaciones Telegráficas S.A. y pone término a la existencia legal del Servicio de Correos y Telégrafos. 30 de enero de 1982

65. CHILE. Ministerio del Interior. 1986. Ley 18.575: Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. 5 de diciembre 1986.
66. CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 1989. Ley 18.772: Establece normas para transformar la Dirección General de Metro en Sociedad Anónima. 28 de enero 1989.
67. CHILE. Ministerio del Interior. 1990. Ley 18.918: Orgánica Constitucional del Congreso Nacional. 5 de febrero 1990.
68. CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 1990. Ley 18.965: Impone al Estado la Obligación que indica. 10 marzo de 1990.
69. CHILE. Ministerio de Hacienda. 1993. Decreto con Fuerza de Ley N°1: Fija Texto Refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado. 28 de julio de 1993.
70. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2008. Ley 20.285 sobre Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado. 20 de agosto 2008.
71. CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.382: Introduce Perfeccionamientos a la Normativa que regula Gobiernos Corporativos de las Empresas. 20 de octubre 2009.
72. Historia de la Ley N° 20.382. Introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas. Biblioteca del Congreso Nacional, 2009. Disponible en: <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero>

Jurisprudencia

a) Contraloría General de la República

73. CGR, 21 de febrero de 1979, Dictamen N° 10.492.
74. CGR, 6 de mayo de 1994, Dictamen N° 16164.
75. CGR, 9 de junio de 1994, Dictamen N° 20.108.
76. CGR, 16 de agosto de 1994, Dictamen N° 28.226.
77. CGR, 3 de mayo de 2004, Dictamen N° 21.763.
78. CGR, 19 de mayo de 2011, Dictamen N° 31.956.

- 79.CGR, 17 de octubre de 2011, Dictamen nº 65.461
- 80.CGR, 29 de septiembre de 2012, Dictamen Nº 60.106.
- 81.CGR, 25 de enero de 2013, Dictamen Nº 5763.
- 82.CGR, 30 de mayo de 2013, Dictamen Nº 33.504.
- 83.CGR, 18 de junio de 2013, Dictamen Nº 38.579.
- 84.CGR, 18 de junio de 2013, Dictamen Nº 38.427.
- 85.CGR, 8 de agosto de 2013, Dictamen Nº 50.017.

b) Consejo para la Transparencia

- 86.CPLT, 12 de marzo de 2009, Rol C506-09.
- 87.CPLT, 9 de junio de 2009, Rol A4-09.
- 88.CPLT, 12 de junio de 2009, Rol A69-09.
- 89.CPLT, 19 de junio de 2009, Rol A106-09.
- 90.CPLT, 26 de junio de 2009, A113-09.
- 91.CPLT, 21 de agosto de 2009, Rol A202-09.
- 92.CPLT, 11 de diciembre de 2009, Rol C450-09.
- 93.CPLT, 11 de diciembre de 2009, Rol C523-09.
- 94.CPLT, 15 de junio de 2010, C344-10.
- 95.CPLT, 30 de julio de 2010, Rol C447-10.
- 96.CPLT, 22 de marzo de 2011, Rol C358-11.
- 97.CPLT, 27 de marzo de 2013, Rol C316-13.

c) Corte de Apelaciones de Santiago

- 98.C.A. Santiago, 30 de julio de 2009, Rol Nº 4625-2009

d) Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

- 99. TDLC, 6 de octubre de 2005, Sentencia Nº 32/2005
- 100. TDLC, 13 de septiembre de 2006, Resolución Nº 17/2006
- 101. TDLC, 16 de abril de 2008, Sentencia Nº 64/2008
- 102. TDLC, 2 de julio de 2008, Sentencia Nº 70/2008
- 103. TDLC, 14 de octubre de 2008, Sentencia Nº 76/2008
- 104. TDLC, 21 de enero de 2010, Sentencia Nº 96/2010

105. TDLC, 15 de enero de 2015, Sentencia N° 142/2015

e) Corte Suprema

106. CS, 10 de noviembre de 2008, Rol N° 4380-2008

107. CS, 9 de septiembre de 2010, Rol N° 1933-2010

VII. ANEXO 1

Empresas públicas creadas por ley

Empresa	Régimen laboral del personal	Régimen económico y/o comercial	Observaciones
Astillero y Maestranzas de la Armada (ASMAR) Ley N° 18.296 de 1984	Artículo 16.- Los Oficiales y personal de la Armada destinados a ASMAR, <u>dependerán militarmente de los Comandantes en Jefe de las Zonas Navales a través de los respectivos Administradores</u> de las plantas industriales. Administrativa y técnicamente, este personal dependerá de ASMAR. Artículo 18.- ASMAR podrá contratar personal civil, debiendo pagar sus remuneraciones y demás beneficios con cargo a sus propios recursos. Este personal se regirá, en lo laboral y previsional, por las disposiciones aplicables a los trabajadores del sector privado.	Artículo 28.- Para solicitar los servicios de ASMAR, las instituciones de la Defensa Nacional no tendrán obligación de llamar a propuestas, pero si lo hicieren, ASMAR podrá concurrir conforme a las normas generales sobre la materia.	ASMAR dada su naturaleza de empresa de la defensa nacional se excluye de la aplicación de las normas de derecho común. Su personal son miembros de las Fuerzas Armadas salvo excepciones, y el régimen económico es restringido pues sólo contrata con instituciones de la Defensa Nacional.
Banco del Estado de Chile Decreto Ley 2079 de 1978	Artículo 40. - Las relaciones de los trabajadores del Banco con la empresa <u>se regirán preferentemente por las disposiciones del presente decreto ley y, en subsidio, por las del Código del Trabajo</u> y demás normas legales comunes al sector privado.	Artículo 29. – El Banco podrá efectuar las funciones, actividades, <u>operaciones e inversiones propias de los bancos comerciales</u> y de fomento, con sujeción a los fines y plazos que las respectivas leyes contemplan.	Se rige principalmente por el DL que lo crea, sin embargo, está sujeto a la fiscalización del Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras
Corporación del Cobre (CODELCO) Decreto Ley N° 1.350 de 1979	Artículo 25.- Los trabajadores de la Empresa estarán <u>sometidos a las disposiciones del Código del Trabajo y leyes complementarias</u> , así como también a las normas sobre organización sindical y negociación colectiva que rijan para las empresas del sector privado.	Artículo 1º- [...] sometida a la <u>fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros</u> en los mismos términos que las sociedades anónimas abiertas.	
Correos de Chile Ley N° 18.016 (1981) y DFL N°10 (1982)	Artículo 10º.- El personal de la Empresa se regirá por las <u>normas de la legislación laboral y previsional común</u> .	Artículo 1º.- Correos de Chile será un organismo de administración autónoma del Estado, con patrimonio propio, que <u>estará sujeta a la fiscalización de la</u>	

		<p><u>Contraloría General de la República.</u> Artículo 9º.- Corresponderá al Directorio dirigir y administrar la Empresa con las más amplias facultades pudiendo disponer la celebración de todos los actos y contratos que se requieran para la buena marcha de ésta.</p>	
<p>Empresa de Ferrocarriles del Estado (EFE) DFL N°1 (1993)</p>	<p>Artículo 22.- Los trabajadores de la Empresa se regirán por <u>las normas de este decreto con fuerza de ley, por las disposiciones del Código del Trabajo y sus normas complementarias</u> y por el decreto con fuerza de ley N° 3, de 1980, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. En consecuencia, <u>no les será aplicable norma alguna que afecte a los trabajadores del Estado o de sus empresas.</u> Para todos los efectos legales, se consideran como trabajadores del sector privado.</p>	<p>Artículo 30.- La Empresa en sus actividades estará <u>sujeta a las mismas normas financieras, contables y tributarias que rigen para las sociedades anónimas abiertas</u> y sus balances y estados de situación deberán ser sometidos a auditorías por firmas auditoras externas de reconocido prestigio.</p>	
<p>Empresa Nacional de Aeronáutica de Chile (ENAER)</p>	<p>Artículo 11.-Los Oficiales y Personal de la Fuerza Aérea, destinados a ENAER, no tendrán derecho a otras remuneraciones que las que <u>les corresponda percibir de acuerdo con el régimen de sueldos de las Fuerzas Armadas.</u> No obstante, podrán percibir asignaciones con cargo a ENAER, si fueren consultadas por ésta.</p>	<p>Artículo 10º.-El Director Ejecutivo, podrá celebrar todos los actos, contratos, pactos, acuerdos y convenciones, de naturaleza civil o mercantil, bancaria o financiera, con personas naturales o con personas jurídicas de derecho público o privado, nacionales o extranjeras destinadas a cumplir los fines de ENAER. Queda, del mismo modo, facultado para abrir acreditivos, efectuar cobros, recibir pagos en moneda extranjera y utilizar divisas, sea en el país o en el extranjero.</p>	<p>El régimen laboral se rige por las normas de los miembros de las Fuerzas Armadas. En materia de contratación se permite que celebre actos con privados.</p>

<p>Empresa Nacional de Minería (ENAMI) DL 153</p>	<p>Artículo 31.- Los empleados y obreros de la Empresa <u>tendrán la calidad de empleados y obreros particulares, respectivamente, y se regirán íntegramente por el Código del Trabajo y sus leyes complementarias.</u> Los empleados y obreros de la Empresa Nacional de Minería estarán afectos en todas sus partes al régimen de previsión de los empleados y obreros particulares.</p>	<p>Artículo 17.- Corresponderá al Directorio administrar la Empresa con amplias facultades y podrá celebrar todos los actos, contratos y operaciones que se requieran para la marcha de las actividades de ésta. [...] El Directorio podrá: a) Comprar y adquirir toda clase de bienes raíces y muebles, enajenarlos, gravarlos, darlos o tomarlos en arrendamiento, concesión u otra forma de goce;</p>	<p>Su régimen de personal y económico es de derecho privado. Sin embargo, no se encuentra sujeta a la fiscalización de una superintendencia.</p>
<p>Empresa Nacional de Petróleo (ENAP) Ley N° 9.618 (1950) DFL N°1 (1987)</p>	<p>Artículo 6°.- Los empleados y obreros de la Empresa <u>estarán sometidos a las disposiciones del Código del Trabajo</u> y demás leyes que rigen a empleados particulares y obreros.</p>	<p>Artículo 2°.- Créase con la denominación de Empresa Nacional del Petróleo, dependiente de la Corporación de Fomento de la Producción, una empresa comercial con personalidad jurídica que <u>se regirá únicamente por la presente ley y por los estatutos que, a propuesta del Consejo de dicha Corporación,</u> se aprueben por decreto del Presidente de la República.</p>	<p>Sus filiales son sociedades anónimas sujetas plenamente al derecho común. Además ENAP se inscribió voluntariamente en el Registro de Valores de la Superintendencia.</p>
<p>Empresas Portuarias Ley N° 19.542</p>	<p>Artículo 46.- Los trabajadores de las empresas se <u>regirán exclusivamente por las disposiciones del Código del Trabajo y sus normas complementarias,</u> y por las de esta ley.</p>	<p>Artículo 9°.- Los actos y contratos que celebren las empresas en el desarrollo de su objeto <u>se regirán exclusivamente por las normas de derecho privado,</u> en todo aquello que no sea contrario a las disposiciones de esta ley. Artículo 12- La enajenación de bienes de propiedad de las empresas se hará en licitación pública.</p>	
<p>Fábricas y Maestranzas del Ejército (FAMAE)</p>	<p>Artículo 13.- El Comandante en Jefe del Ejército podrá destinar a Fábricas y Maestranzas del Ejército <u>personal de las distintas plantas del Ejército para asegurar la eficiencia técnica de la empresa y su control militar.</u> Para todos los efectos legales, la</p>	<p>Artículo 9°- Los contratos celebrados por las Fábricas y Maestranzas del Ejército <u>se resolverán sin responsabilidad alguna para dicha Corporación, cuando así lo decrete el Ministerio de Defensa</u></p>	<p>Se trata de una empresa de las Fuerzas Armadas, por tanto el personal y el régimen comercial y/o económico obedecen a las</p>

	<p>destinación del personal militar a Fábricas y Maestranzas del Ejército será considerada como cumplida en una repartición o unidad militar. Este personal no tendrá derecho a otras remuneraciones que las que le corresponda percibir de acuerdo a la ley de sueldos de las Fuerzas Armadas. No obstante, podrá percibir asignaciones con cargo a Fábricas y Maestranzas del Ejército si fueren consultadas por ésta.</p>	<p><u>Nacional</u>, teniendo en vista la necesidad de dedicar a suministros militares las actividades del taller o sección que deba cumplir el contrato en referencia.</p>	<p>reglas propias de las instituciones de defensa nacional.</p>
<p>Televisión Nacional de Chile Ley N° 19.132</p>	<p>Artículo 29.- Los trabajadores de Televisión Nacional de Chile <u>se regirán exclusivamente por las normas del Código del Trabajo y no les será aplicable norma alguna que afecte a los trabajadores del Estado o de sus empresas.</u></p>	<p>Artículo 24.- Televisión Nacional de Chile, en sus actividades financieras, <u>estará sujeta a las mismas normas financieras y tributarias que rigen para las sociedades anónimas abiertas.</u></p>	

VIII. ANEXO 2

Sociedades del Estado

Empresa	Régimen laboral	Régimen comercial	Observaciones
Casa de Moneda de Chile S.A. Ley N° 20.309 de 2008	Artículo 10°.- El personal de Casa de Moneda de Chile, cualquiera sea la calidad jurídica y el régimen laboral a que esté afecto, continuará desempeñándose, sin solución de continuidad, en la sociedad anónima a que se refiere esta ley y <u>se regirá por las normas de la legislación laboral y previsional aplicables a los trabajadores del sector privado</u> , sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente.	Artículo 2°- una sociedad anónima que se denominará Casa de Moneda de Chile S.A., la que se <u>regirá por las normas de las sociedades anónimas abiertas</u> , quedando sometida a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros	
Comercializadora de Trigo S.A.	Código del Trabajo	Es sociedad anónima	Información obtenida de la escritura de constitución
Empresa Concesionaria de Servicios Sanitarios S.A. Ley N° 18.885 (1990)	Artículo 9°.- El referido personal <u>se regirá por las normas de la legislación laboral y previsional aplicables a los trabajadores del sector privado</u> . No obstante lo anterior, el personal que actualmente se encuentra afiliado al Instituto de Normalización Previsional, sujeto a los regímenes de la ex Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas o al ex Servicio de Seguro Social, podrán seguir cotizando en éstos, sin perjuicio de su derecho a optar por el régimen establecido en el decreto ley N° 3.500, de 1980.	Artículo 2°.- el Fisco de Chile, representado por el Tesorero General de la República, y la Corporación de Fomento de la Producción, en conformidad con su ley orgánica, constituirán once sociedades anónimas en las regiones I, II, III, IV, VI, VII, VIII, IX, X, XI XII que <u>se regirán por las normas de las sociedades anónimas abiertas</u> , quedarán sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros	
Empresas Sanitarias (EMOS y ESVAL) Ley N° 18777 (1987)	Artículo 9°.- El referido personal se <u>regirá por las normas de la legislación laboral y previsional aplicables a los trabajadores del sector privado</u> .	Artículo 2°.- Constituirán dos sociedades anónimas, que se regirán por las <u>normas de las sociedades anónimas abiertas [...]</u> quedando sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros	

Empresa de Servicio Sanitario Las Peñuelas	Código del Trabajo	Es sociedad anónima	
Empresa de Transporte Metro S.A. Ley N° 18.772 (1989)	Artículo 11.- El personal de la Dirección General de Metro continuará desempeñándose, sin solución de continuidad, en la sociedad anónima que se establezca de acuerdo con lo dispuesto en esta ley y se <u>regirá por las normas de la legislación laboral del sector privado</u> y la previsional establecida en el decreto ley N°3.500, de 1980.	Artículo 2°.- [...] se <u>regirá por las normas de las sociedades anónimas abiertas</u> y quedará sometida a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros.	
Polla S.A. Ley N° 18.851 de 1989	Artículo 8°.- Los trabajadores de la Empresa del Estado Polla Chilena de Beneficencia continuarán desempeñándose, sin solución de continuidad y en las condiciones que en adelante se señalan, en la sociedad anónima a que se refiere esta ley. El <u>referido personal se regirá por las normas de la legislación laboral y previsional aplicables a los trabajadores del sector privado.</u>	Artículo 2°- constituirán una sociedad anónima que se denominará Polla Chilena de Beneficencia S.A., la que se <u>regirá por las normas de las sociedades anónimas abiertas</u> , quedando sometida a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros.	
Sociedad Agrícola Sacor S.A.	Información no disponible, pero presumiblemente se rige por el Código del Trabajo.	Es sociedad anónima	
Sociedad Agrícola y Servicios Isla de Pascua SpA.	Información no disponible	Es sociedad por acciones	
Zona Franca de Iquique S.A.	Artículo 9°.- El personal de la Junta de Administración y Vigilancia de la Zona Franca de Iquique seguirá desempeñándose para la nueva sociedad sin solución de continuidad, y se <u>regirá por las normas laborales y previsionales del sector privado.</u>	Artículo 2°.- [...] que se <u>regirá por las normas e las sociedades anónimas abiertas</u> , quedando sometida a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros. Artículo 11.- Una vez constituida la sociedad anónima a que se refiere esta ley, ésta celebrará con el Estado de Chile, representado para estos fines por el Ministro de Hacienda, un contrato de concesión, que se otorgará	

		por escritura pública, para la administración y explotación de la Zona Franca de Iquique. [...] El Estado se compromete, respecto de la sociedad administradora y de sus usuarios, a mantener en forma permanente la inmutabilidad de los privilegios indicados, por el término de 40 años.	
--	--	---	--