



FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE CHILE

Departamento de Derecho Público

**“AMPLIACIÓN DEL GIRO DE ENAP A LOS RUBROS DE ENERGÍA GEOTÉRMICA Y
GENERACIÓN DE ELECTRICIDAD: ¿ MÁS O MENOS SUBSIDIARIEDAD ? “**

(Análisis crítico de la Ley 20.897)

Memoria para optar a la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales

Alumno, **Manuel Ubilla Eitel**

Profesor guía: **Álvaro F. Tejos Canales**

Santiago, Chile

2017

Agradecimientos:

A mis padres, a los compañeros de Izquierda Autónoma y a mis amigos.

Por los medios, los ideales; la fuerza.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

SUBSIDIARIEDAD EN CHILE	8
1.1 Visión de la Fundación Guzmán y el Instituto Res Pública	9
1.1.1. Rolf LüdersLüders: El modelo económico chileno y la subsidiariedad	10 13
1.1.2. José Manuel Castro: Los intelectuales y la incomprensión del Estado subsidiario	13 149
1.1.3. Máximo Pavez: Amenazas actuales a la subsidiariedad	15 22
1.2 Visión del Instituto de Estudios Sociales (IES)	17 26
1.2.1 Hugo Herrera: Notas preliminares para una lectura no dogmática del principio de subsidiariedad	18 29
1.2.2 Gonzalo Letelier Widow: Dos conceptos de subsidiariedad: el caso de la educación.	22 35

Con formato: Izquierda

1.2.3 Matías Petersen: Subsidiariedad, neoliberalismo y régimen de lo público

24

38

1.3 Visión crítica: Carlos Ruiz y Giorgio Boccardo

2642

CAPÍTULO II

AMPLIACIÓN DEL GIRO DE ENAP A LOS RUBROS DE ENERGÍA GEOTÉRMICA Y GENERACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA

3048

2.1 Condiciones generales de la ampliación de giro

3254

2.1.1 Límites a la participación social de ENAP

3254

Con formato: Derecha

2.1.2 Protecciones de los accionistas ante el Estado como controlador

3664

2.2 Condiciones específicas de la ampliación de giro

3965

2.2.1. Energía geotérmica

39

65

2.2.2. Generación de energía eléctrica

39—66

2.2.2.1. Sujeción a normas que rigen a sociedades anónimas abiertas —

39

66

2.2.2.2. Autorización del Ministro de Hacienda para efectuar aportes de capital 41

70

2.2.2.3. Publicación de estados financieros y fijación de sistema presupuestario — 43

72

2.2.2.4. Autorización del Ministro de Hacienda para iniciar actos administrativos 45

75

2.2.2.5. Informes del Ministerio de Energía de las iniciativas por desarrollar— 46

77

2.2.2.6. Libertad para desarrollar proyectos geotérmicos y eléctricos destinados a cumplir con el giro de hidrocarburos	<u>46</u>
78	
2.2.2.7. Responsabilidad Fiscal	<u>47</u>
79	
2.2.3. Conclusiones	<u>4880</u>

CAPÍTULO III

¿ES SUBSIDIARIA LA AMPLIACIÓN DEL GIRO DE ENAP?

4982

3.1. Perspectiva de la Fundación Guzmán y el Instituto Res Pública	<u>4983</u>
3.1.1. Rolf Lüders: El modelo económico chileno y la subsidiariedad	<u>49-83</u>
3.1.2. José Manuel Castro: Los intelectuales y la incompreensión del Estado subsidiario	<u>5390</u>
3.1.3. Máximo Pavez: Amenazas actuales a la subsidiariedad	<u>55</u>
3.1.4. Conclusiones	<u>5796</u>
3.2. Perspectiva del Instituto de Estudios Sociales (IES)	<u>5897</u>
3.2.1. Hugo Herrera: Notas preliminares para una lectura no dogmática del principio de subsidiariedad	<u>598</u>
3.2.2. Gonzalo Letelier Widow: Dos concepto de subsidiariedad: el caso de la educación.	<u>62105</u>
3.2.3. Matías Petersen: Subsidiariedad, neoliberalismo y régimen de lo público	<u>63</u> <u>407</u>

3.2.4 Conclusiones

[65111](#)

3.3 Perspectiva crítica: Carlos Ruiz y Giorgio Boccardo

[66112](#)

CAPÍTULO IV

[69119](#)

CONCLUSIONES

[69119](#)

BIBLIOGRAFÍA

[71423](#)

RESUMEN

El 5 de Febrero de 2016 se publicó la Ley 20.897, que modificatoria de la Ley 20.635 que estableció una franquicia tributaria respecto de sistemas solares térmicos y la ley general de servicios eléctricos, también se introduce en el estatuto legal de la Empresa Nacional de Petróleos (ENAP); en cuanto amplía el giro de esta empresa a fin de que pueda ingresar al mercado de la generación eléctrica, aunque de forma indirecta; mediante la forma societaria con tope máximo de participación. En ese sentido, se establece la modalidad en la que generaría energía geotérmica y eléctrica.

La pregunta que buscará responder este ensayo es: ¿ resulta coherente con la idea de subsidiariedad la ampliación del giro de dicha empresa estatal_?

Para satisfacer la interrogante se construirá una matriz de análisis ideológico plural acerca de la idea de subsidiariedad y su concreción en Chile, luego se realizará una hermenéutica de los alcances de la normativa, especialmente lo contenido en el artículo 3 de la Ley 20.897; y por último, se contrastarán las distintas perspectivas respecto de lo que es la subsidiariedad en Chile y la modificación que permite a la ENAP participar en los mercados de energía geotérmica y generación de energía eléctrica. Con todo, se responderá de modo afirmativo la pregunta que es motivo de este ensayo.

INTRODUCCIÓN

Luego de públicos eventos conocidos como “movilizaciones sociales”, acaecidos en años recientes (sobre todo desde 2006 en adelante), se ha expresado por sectores de la sociedad una crítica al modelo económico, político, social y cultural instaurado durante el régimen militar y consolidado durante los gobiernos “concertacionistas” que la sucedieron. Las movilizaciones estudiantiles, los conflictos socio-ambientales y últimamente reivindicaciones feministas, entre varias temáticas de disenso, han propiciado un importante espacio de debate público; sin embargo de lo cual – lo que aparece como un contrasentido -, ello no ha trasuntado algún impulso transformador en sintonía con lo pretendido desde la “movilización social”, que el actual gobierno de la Nueva Mayoría habría pretendido encauzar. O bien, de existir el impulso, en nuestra opinión este ha amainado ostensiblemente.

Así, las reformas presentadas como consagración de derechos sociales universales no han desmarcado de la simple y hegemónica regulación del mercado, particularmente en materia educacional. Por lo cual, y aunque los partidos de gobierno en el contexto del debate constitucional se han declarado en contra del Estado subsidiario, en los hechos lo han continuado sosteniendo y en realidad política concreta, lo han legitimado. Sea ejemplo palpable de lo anterior, la transformación de la consigna de “educación pública, gratuita y de calidad” en un subsidio focalizado en estudiantes de bajo nivel socio-económico, recursos que en su mayoría terminan en

instituciones privadas¹. En fin, el debate público ha dado curso a una opacidad inusitada y los conceptos se tergiversan a tal punto, que estimamos imposible una discusión política y académica sobre los destinos del país en formas más contundente.

Lo paradójico, luego, es que siendo la idea de subsidiariedad en tanto principio político lo cuestionado ampliamente por los sectores de la Nueva Mayoría; es que el respectivo debate se ha planteado de forma simplista, y casi en los mismos términos en que se estructuraba la discusión política a fines del siglo XX; a saber, la dualidad más o menos Estado, más o menos mercado.

Entonces, la intención de este trabajo es contribuir a clarificar en alguna medida dicha discusión a partir del análisis de una modificación legal específica. En concreto, dar cuenta de que la ampliación del giro de la ENAP a los rubros de energía geotérmica y generación de electricidad, no es sino una concreción del principio de la subsidiariedad. Es decir, que a contrapelo de las visiones que plantean que más Estado implica menos mercado necesariamente, el primero interviene en ayuda del segundo. Así de simple.

En el efecto de nuestra reflexión, se hará una recopilación de distintas visiones académico-políticas en Chile acerca de la idea de subsidiariedad; no pretendiéndose realizar un aporte al concepto puro, sino que recoger una serie de visiones canónicas de su implementación, todo lo cual sirva como instrumento de análisis de la situación específica. Esto es, la modificación introducida por el artículo 3 de la Ley 20.897 que autoriza a ENAP a participar en los rubros ante dicho, y de comprobarse la certeza de nuestra hipótesis, concluir en lo obvio: el ingreso de la estatal al mercado no es sino una expresión más de la orientación subsidiaria del Estado.

CAPÍTULO I

¹ En: <https://es.scribd.com/document/283866427/Avanzar-en-Educacion-Superior-Publica-Sin-Recursos-Adicionales>. 13-01-2017

SUBSIDIARIEDAD EN CHILE

Previamente que nuestro trabajo, esencialmente, no se enfoca a conceptualizar la subsidiariedad, sino más bien en la metodología de recopilar ciertas definiciones canónicas a su respecto en miras de LA aplicación práctica al Estado de Chile; para este cometido habremos de considerar tres perspectivas de la doctrina nacional. Primeramente, analizaremos una que denominaremos instrumental, y provisionalmente como 'anti-estatista'; de parte de quienes asumiremos como los fundadores ideológicos del modelo y sus seguidores, según se recoge en ciertos artículos del libro *Subsidiariedad en Chile. Justicia y Libertad*, del Instituto Res Pública y la Fundación Jaime Guzmán. En segundo lugar revisaremos una visión de la idea de subsidiariedad de carácter 'corporativista'² contenida en el libro de *Subsidiariedad, Más allá del Estado y el mercado*, recientemente publicado por el Instituto de Estudios de la Sociedad (IES). Culminando con una tesis crítica de la función subsidiaria del Estado a partir de las ideas de Carlos Ruiz y Giorgio Boccardo en el libro *De nuevo la sociedad*³, y el libro conjunto de ambos *Los chilenos bajo el neoliberalismo*⁴.

Haciéndose un breve repaso sobre los orígenes y fundamento de las nociones de subsidiariedad de cada posición, sobre todo de las dos primeras; nuestra meta es la de atribuir a cada corriente cómo entienden que su concepto de subsidiariedad se relaciona con el modelo predominante en Chile, en particular la orientación del Estado para; y a partir de ello - en capítulo posterior -, analizar la correspondencia o no de la reforma energética en cuestión, con la función subsidiaria del Estado.

1.1-Visión de la Fundación Jaime Guzmán y el Instituto Res Pública.⁵

² Fundamentar debidamente la identificación de las tesis respecto a la subsidiariedad sostenida por el IES en su libro (13), es un objetivo que excede con creces los de este trabajo. La categoría se usará de forma instrumental como se señaló anteriormente.

³ (16)

⁴ (15)

⁵ (14)

La perspectiva elaborada por Jaime Guzmán y sus seguidores constituye un conjunto de ideas que podríamos denominar de carácter oficial, en tanto son las que se impusieron en la estructuración de lo que actualmente existe – y se reconoce – como modelo sociopolítico en nuestro país; y a partir de lo que un grupo de intelectuales elaboró mediante un programa de cambios profundos que acaecen en el país bajo el régimen militar. A efecto, luego, por la imposición de éste, se puso a la cabeza de reflexión institucional el grupo de economistas de la Universidad Católica que se forman en la Escuela de Economía de Chicago de donde rescatan las ideas de la ‘economía neo clásica’ o ‘economía social de mercado’, como asimismo un grupo de académicos de la Universidad de Chile y de integrantes del movimiento estudiantil gremialista de la Universidad Católica liderados por Jaime Guzmán (el que defendió con mayor ahínco la introducción de la idea de subsidiariedad en el modelo en general y de la Constitución de 1980 en particular), sectores de los que surgen lo que podríamos llamar las ideas dominantes de la época; permeando, obviamente, a la mayoría de la élite político-intelectual chilena sin necesidad de coacción alguna.

Pues bien, en el libro *Subsidiariedad en Chile, Justicia y Libertad*, de la Fundación Res Pública y la Fundación Jaime Guzmán, un conjunto de pensadores describen lo que podríamos identificar como la ‘continuidad’ del pensamiento de Guzmán en torno a la subsidiariedad, cuyo conjunto de ideas además dialogaron con un sector de economistas que, en nuestra opinión, habrían de los instauradores ideológicos del sistema liberal capitalista chileno. En efecto, sostenemos, que dogmas inspirados en la Doctrina Social de la Iglesia acerca de la función subsidiaria del Estado, al modo interpretado por Jaime Guzmán, hicieron de complemento de la política económica impuesta en Chile con tales fines de realización. Y en ese sentido, primeramente, recogemos las reflexiones del economista Rolf Lüders, en su artículo “*El modelo económico chileno y la subsidiariedad*”⁶

1.1.1.- Rolf Lüders: El modelo económico chileno y la subsidiariedad⁷

⁷ (14) p. 149

Lüders parte sosteniendo que los conceptos de economía social de mercado – en su versión del modelo chileno - y subsidiariedad, con sus propias especificidades, y no obstante su diversidad de origen, en la realidad se complementan y operan de manera casi idéntica. Agrega que en Chile el proyecto de economía social de mercado entiende que el Estado debe cubrir las necesidades básicas de la población por medio de un gasto social focalizado en los más pobres y corrigiendo fallas de mercado cuando así se estimare. Sintetizando, ambos tipos de acción estatal calzarían perfecto con la idea de subsidiariedad, en tanto el Estado interviene en la medida en que los individuos o asociaciones de ellos, no puedan o no quieran satisfacer sus necesidades para la consecución del bien común. Este aserto se hallaría en consonancia con la noción de subsidiariedad que fluye de la Doctrina Social de la Iglesia.

Ahora, si para Lüders el Estado cumple un rol de intervención por fallas de mercado, como en los denominados *free riders* para el caso de los bienes comunes, o de las externalidades negativas que no son internalizadas por quienes las producen; ello no implica que a su vez no falle el mismo interventor, el Estado; más las mismas imperfecciones exigen intervención pues aun así los costos de tal intervención se equilibran del beneficio obtenido. A saber, se indica:

“En la práctica existen fallas de mercado que invitan a la intervención del Estado para corregirlas. Pero también el Estado falla, lo que reduce o anula el atractivo de tales intervenciones, y que a menudo las hace absolutamente contraproducentes. Por eso y en último término, el problema se reduce a un análisis de costo-beneficio, que se debe hacer cada vez que se desee implementar o modificar una política pública”.⁸

Luego, en ese sentido, caber reconocer intervenciones virtuosas del Estado según los principios de la economía neo clásica, tal se estima:

“Hay, sin embargo, intervenciones que aumentan el nivel de bienestar social (son costos eficientes). Cabe destacar como ejemplos, por un lado, las que definen y protegen los derechos de propiedad (que incluyen la regulación de mercados y

⁸ (14) p. 154

aquellas que aseguran la libre competencia) y, por el otro, aquellas otras que internalizan externalidades, como lo hacen las medioambientales o las que subsidian ciertos tipos de educación o de intervenciones sanitarias".⁹

Entonces, diseñado el criterio de participación y rol del Estado en una economía social de mercado, Lüders propone una concepción subsidiaria de aquel, a cuyo respecto no corresponde intervenir en la vida social toda vez un enfoque de libertad negativa, salvo cuándo las asociaciones menores o los individuos no pueden o no quieren realizar las tareas necesarias para alcanzar el bien común.¹⁰

Inmediatamente la compatibilidad del Estado con la subsidiariedad y la economía social de mercado; y en tal sentido:

"(...) existe, evidentemente, sin ser lo mismo, una estrecha relación entre una economía de libre mercado en que el Estado juega un rol que permita alcanzar el máximo de bienestar social (una economía social de mercado) y un ordenamiento económico-social basado en el principio de subsidiariedad. *En ambos casos, la producción de bienes y servicios, incluyendo los sociales, tenderá a ser -en primera instancia- responsabilidad de los individuos, firmas y asociaciones voluntarias, que operan a través de mercados libres. En ambos casos también, solamente si la anterior cooperación voluntaria y espontánea a través de mercados libres no permite alcanzar el bien común (en un caso) o el máximo de bienestar social (en el otro), le corresponderá al Estado o a otras instituciones oficiales de menor nivel, jugar un rol ordenador.*"¹¹

Pues bien, nos llama la atención que las relaciones de los individuos o las sociedades menores al Estado sean pensadas solo respecto de la producción de bienes y servicios en el mercado, acotando el campo de aplicación de la subsidiariedad a actividades puramente económicas. A pesar que el autor dice reconocer que son conceptos distintos, estimamos que el modo en que se formula la subsidiariedad no se

⁹ (14) pp. 155-156

¹⁰ *Ibíd.* p. 156

¹¹ *Ibíd.* p. 157 las cursivas son mías

concibe por fuera de relaciones mercantiles; concluyendo entonces en advertir una visión del principio analizado como economicista.

De otra parte, si bien el autor reconoce una similitud fundamental entre la subsidiariedad y la economía social de mercado, posteriormente nos indica que, en rigor, existen al menos dos diferencias entre ambos conceptos. En primer lugar, una diferencia respecto a la valoración del trabajo. Al efecto, por un lado la Doctrina Social de la Iglesia (subsidiariedad) reconoce como un valor en sí mismo la producción voluntaria de bienes y servicios; por otro, para la economía neoclásica (economía social de mercado) el trabajo es solo un mal que disminuye el bienestar social.¹²

Así, resultan distintas las funciones a maximizar por la economía social de mercado o la subsidiariedad. Para la primera lo relevante es una variedad de funciones que oscilan entre sus extremos de la distribución igualitaria y la eficiencia en el aumento de la sumatoria de utilidades individuales. En cambio, la idea de subsidiariedad de la Doctrina Social de la Iglesia tendría cierta función en maximizar el bien común como algo cualitativamente distinto de la sumatoria de bienestar individual.

Ahora, y no obstante tal diferencia existente en un nivel teórico, el economista citado considera que en Chile se adopta un modelo que busca maximizar que releva el crecimiento económico en general, pero que también se preocupa de cubrir necesidades básicas, lo que en la práctica convierte a Chile en una economía social de mercado que permite eventualmente alcanzar el bien común.¹³ Utilizando los ejemplos de la producción privada de bienes y servicios y las privatizaciones de empresas públicas; la oferta privada de bienes ofrecidos públicamente, como la educación, salud, pensiones y vivienda, suponen aplicaciones en las que la economía social de mercado haría realizable la idea de subsidiariedad. Esto, en razón de ser el mercado un ámbito en que los individuos son capaces de valerse por sí mismos, y supuesta su incapacidad, el Estado vendría a colaborar y ayudar por medio de subsidios a la demanda; cual es la circunstancia de la privatización de servicios sociales y los *vouchers*. Cuyo ejemplo más evidente de esto último, vendría a ser:

¹² *Ibíd.* p. 157

¹³ *Ibíd.* p.158

“(…) es evidente el rol subsidiario del Estado en el esquema. El Estado aporta los recursos necesarios que no tienen las familias -en general de bajos ingresos- para adquirir (hoy) viviendas compatibles con sus niveles de rentas esperadas (superiores) de largo plazo. Obtener este subsidio *es facilitado si las familias hacen en el presente un mayor esfuerzo de ahorro* y luego también son los propios beneficiados los que deciden qué tipo de vivienda adquirir, dónde adquirirla y en cuánto endeudarse para hacerlo”.¹⁴

En conclusión, para Lüders, desde distintos caminos argumentativos filosóficos en el caso de la subsidiariedad, y económicos, en el caso de la economía social de mercado, tienden a una sincronía en el modelo adoptado por Chile.

1.1.2.- José Manuel Castro: Los intelectuales y la incompreensión del Estado subsidiario.

La crítica fundamental que este autor hace contra intelectuales de derecha e izquierda, dice relación con la necesidad de comprender a la subsidiariedad en sus dimensiones positiva y negativa, pero a partir de un sentido que es común a ambas. Castro plantea que en el pensamiento de Guzmán se comprende la función subsidiaria, sea cuando promueve la intervención del Estado como cuando la inhibe; fundado en la misma orientación, a saber: la promoción de la realización de los fines que les son propios a las sociedades menores e individuos. Es decir, aun en los casos en que el Estado interviene porque los particulares no pueden o no quieren cumplir las funciones que les son propias, dicha intervención debe ser una ayuda a los mismos particulares para que puedan por sí mismos alcanzar su fin, de tal manera que en el futuro el Estado pueda retirarse de dicha esfera social. El autor cita dos pasajes de las lecciones de Derecho Político de Jaime Guzmán, en las que se refiere estas ideas para los casos de salud y educación. En el primero se enfatiza en la comprensión de la dimensión negativa y positiva de la subsidiariedad, como podemos apreciar a continuación:

“Lo que ocurre es que hay personas que no lo entienden, lo cual es muy diferente. Por ejemplo, se suele decir que, en Chile, la subsidiariedad del Estado no resulta

¹⁴ *Ibíd.* p.170

aplicable a la salud, para no citar otros ejemplos. Este es un grave error. La subsidiariedad es aplicable a todos los campos de la vida social. El hecho de que en un determinado grado de nuestro desarrollo económico y social, la iniciativa particular no esté en condiciones de asumir sino una minoría de las acciones o prestaciones de salud y que por lo tanto, el Estado deba asumir la mayoría, no implica que esa intervención estatal no sea subsidiaria o que no rija la subsidiariedad estatal en la materia. Al contrario. Ahí se está aplicando dicha subsidiariedad, siempre y cuando el Estado fomente un mayor desarrollo de la iniciativa privada en la materia, que le permita reducir progresivamente la acción estatal directa”¹⁵.

Luego, respecto de lo que sucede en educación, Guzmán enfatiza en torno a una determinada orientación de la intervención estatal, qué en definitiva, sería lo que permite reconocer como subsidiariedad en su dimensión negativa:

“El principio de subsidiariedad no es un problema cuantitativo sino cualitativo. El Estado debe proveer la cantidad necesaria para suplir lo que la iniciativa particular no alcanza a cubrir. Pero aunque el Estado tenga el 90 % de las escuelas, igualmente es subsidiario. Debe estimular a los particulares para que inicien nuevas escuelas, y así ir desapareciendo poco a poco. Debe aspirar a no tener ninguna. Aunque se tenga el 100 % de algo, se es subsidiario al querer estimular al sector privado a hacer ese algo. Es decir, es cuestión de actitud e intención, no de porcentaje ni cantidad”.¹⁶

El punto central de este seguidor de Guzmán, en síntesis, es comprender al Estado subsidiario tanto en su dimensión negativa como positiva, pero no de forma disociada, sino integrada a partir de la prioridad que se le otorga a las sociedades menores y a los individuos en los fines que les son propios. Que la intervención del Estado sea mayoritaria en algunos ámbitos de la vida social, no quita que ésta sea subsidiaria en tanto se respete dicha orientación.

La misma idea respecto a no haber contradicción entre que un Estado intervenga cuantitativamente de forma importante y el rol subsidiario del mismo, se pone de relieve en el texto de Guillermo Ramírez y Jorge Barrera, “La subsidiariedad en los

¹⁵ Gonzalo Rojas, *Derecho político*, p. 56, en (14) p. 203

¹⁶ Gonzalo Rojas, *Derecho político*, p. 61, en (14) p. 203

gobiernos de la Concertación”, al referirse al programa de Eduardo Frei Ruiz-Tagle que tenía como misión la superación de la pobreza¹⁷.

1.1.3.- Máximo Pavez: Amenazas actuales a la subsidiariedad¹⁸.

En un sentido muy similar al anterior, este autor enfrenta las que son a su juicio tergiversaciones del principio de subsidiariedad desde sectores que dicen defenderlo. En ese sentido, se hace cargo de las críticas de Hugo Herrera en su ensayo publicado en el libro *Subsidiariedad, Más allá del Estado y del mercado*, del Instituto de Estudios de la Sociedad; que, en nuestro entender; marcan un matiz importante en coincidencia con una argumentación de tipo corporativista. Entonces, la defensa de un genuino principio de subsidiariedad -en opinión de Pavez-, es a partir de un sentido muy similar que le da al concepto el Castro, es decir, desde una perspectiva integral. De ahí, la crítica de Herrera de la que busca hacerse cargo este autor dice relación con la acusación que hace el primero de un excesivo dogmatismo de la derecha chilena para entender la subsidiariedad como un principio que a priori se inclina por la iniciativa privada, y por ende, de la dimensión negativa del concepto. Y ello, a raíz de que se entendería el principio como una regla abstracta que no atendería a las circunstancias concretas en las que se aplica.¹⁹ Que es necesario un análisis de las condiciones específicas en las que se aplica la subsidiariedad es algo en lo que hay acuerdo, según el planteamiento de Pavez.

Existiría una discrepancia insalvable, sin embargo, en lo siguiente. Para Herrera, el considerar las circunstancias en las que el principio se aplica, lo lleva a terminar por negar la necesaria prioridad que se le debe atribuir a los privados, y se pretende igualar la dimensión positiva como aquella negativa de la subsidiariedad. En definitiva, con la visión de subsidiariedad de Herrera se estaría entendiendo a ésta como un concepto neutro, que no necesariamente le daría preponderancia a la iniciativa privada. Como vimos, para Guzmán tanto la dimensión negativa como aquella positiva -es decir la que

¹⁷ (14) pp. 215-216

¹⁸ *Ibíd.* p. 227

¹⁹ En Herrera “Notas preliminares...” en *Subsidiariedad, más allá del Estado y del mercado.* (14) p. 230.

promueve la intervención estatal-, tiene por finalidad priorizar las iniciativas particulares, aunque este autor intenta desentrañar los fundamentos más elementales de dicha prioridad en el mismo pensamiento de Guzmán. Así, se pone sobre la mesa la idea de las autonomías sociales que estaría en la base de una concepción subsidiaria del Estado. Recordando la ontología social que está en la base de gran parte de la Doctrina Social de la Iglesia, se desarrolla el concepto de una determinada forma de entender la naturaleza humana en sociedad:

“Si bien la familia conforma la célula básica de la sociedad y es necesaria en cuanto está siempre y directamente exigida por la naturaleza humana, ella no satisface por sí misma todos los requerimientos de la sociabilidad del hombre. Las agrupaciones que ligan a las personas por razones de vecindad (territoriales), de trabajo común (gremiales) o de cualquier otra afinidad que requiera un vínculo asociativo estable, surgen como una exigencia complementaria y variable, según épocas y circunstancias. Ellas dan vida a una variada gama de agrupaciones que, por mayores que la familia, pero menores que el Estado, se denominan sociedades intermedias”.²⁰

Corolario, en tanto estas organizaciones sociales libres se conforman, van delineando de manera autónoma sus fines, de lo que se sigue que no son razones de eficiencia en base a un cálculo de costo-beneficio lo que fundamentaría la prioridad que se les otorga a los particulares. En perspectiva diversa, el cumplimiento de sus fines dice relación con un sentido de libertad y justicia. Con todo, el entramado se va complejizando en tanto dichas sociedades intermedias generan sociedades aún mayores para que cumplan funciones que por su propia naturaleza las de menor entidad no son capaces de cumplir, pero respetando y no absorbiendo las que sí están en condiciones de realizar. De esa manera se llegaría a la asociación de mayor magnitud; el Estado, al que correspondería la misma función subsidiaria que les corresponde a las sociedades intermedias respecto de asociaciones menores o individuos, es decir, realizar los fines que son imposibles de realizar para las sociedades menores. En definitiva, se fundamenta a partir de principios filosóficos y morales la prioridad dada los particulares

²⁰ Jaime Guzmán “*Escritos personales*” p. 232 en (14) p. 232

en contra de una noción neutral que evalúe la pertinencia de la intervención de asociaciones de mayor o menor tamaño según su eficiencia para lograr ciertos fines.²¹

Así, el autor hace un recuento de las iniciativas aprobadas por la derecha parlamentaria y que dan cuenta de la falsedad de acusarla de un dogmatismo que prioriza la dimensión negativa de la subsidiariedad, entre las que cabe mencionar la creación de los ministerios del Deporte, de la Mujer y de Desarrollo Social; la aprobación del ingreso ético familiar; el Bono Solidario a familias de menores ingresos y de la clase media vulnerable; el alza de impuestos en el gobierno de Sebastián Piñera, y la votación de la idea de legislar la creación de 15 Centros de Formación Técnica estatales.²²

Finalmente, se da cuenta de una serie de amenazas concretas a la idea de subsidiariedad, entre las que reconoce el peligro de una nueva politización en organismos intermedios y monopolio estatal de los partidos políticos, regulación de la gestión de aguas, algunos temas vinculados a la protección de la salud, la configuración de las prácticas para obtener el título de abogado por medio de Corporaciones de Asistencia Judicial de carácter estatal, amenazas en materias de educación y, en general, en la discusión sobre la focalización de los recursos. Concretamente, posiciones sobre temas específicos que sirven para comprender un enfoque de análisis respecto de la materia particular que nos ocupa: la reforma que permite la participación de ENAP en sociedades avocadas a la generación de electricidad y energía geotérmica, bajo la lupa de la idea de subsidiariedad.

1.2. Visión del Instituto de Estudios de la Sociedad. (IES)²³.

En un conjunto de artículos y ensayos revisan determinadas concepciones sobre la subsidiariedad y su aplicación en Chile cuya defensa de la subsidiariedad como principio político significa la función que cumplen las sociedades mayores respecto de las menores, en que el Estado y el mercado no son sino cierto tipo de manifestación. . Es decir, las distintas sociedades están llamadas por su misma naturaleza a cumplir determinadas tareas que en su conjunto realizan el bien común, así como a cada parte

²¹ (14) 232-239

²² *Ibíd.* 240-245

²³ (13)

del *cuerpo* humano le corresponde ejercer una función que permite a la totalidad del hombre desarrollarse en plenitud. En ese sentido, estimamos reconocer a esta tesis de la subsidiariedad como *corporativista*.

Si bien las ideas de Guzmán y sus seguidores también pretenden usar el concepto según la ontología social de la Iglesia Católica presente en su Doctrina Social, que refiere precisamente a la relación entre las distintas sociedades, mayores y menores, con sus finalidades específicas y naturales, teniendo como caso paradigmático a la familia; este otro cuerpo de ideas hace un énfasis mayor en dichas raíces que incluso las encuentra en alguna medida en la filosofía de Aristóteles, que no releva tanto al Estado como organización política concreta y en el mercado como forma de organizar la economía, sino que se refiere principalmente a otro tipo de organizaciones sociales. Es decir, se piensa la subsidiariedad más allá de las instituciones Estado y mercado y la aplica a cualquier tipo de organización social.

Pasemos ahora, y de modo sintético, a la revisión de las reflexiones de tres autores de la sección del libro “Recepción del principio de la subsidiariedad en Chile”, cual es lo que nos interesa para nuestro trabajo, a saber, el desarrollo histórico-concreto del principio en el país.

1.2.1. Hugo Herrera : Notas preliminares para una lectura no-dogmática del principio de subsidiariedad²⁴

En nuestra opinión, este autor parece alejarse de la regla general de las perspectivas corporativistas, dado que la fundamentación utilizada no alude directamente a los fines libre y naturalmente definidos de los distintos tipos de sociedades como elemento que define a la subsidiariedad, sino que contribuye a su conceptualización desde un criterio de análisis práctico de eficiencia para distribuir competencias en la sociedad. Además, -en otro sentido aproxima sus ideas que r a la negación de identificar exclusivamente al mercado y al Estado como aquellos entes en que recaerán dichas competencias; por eso la denominación “*Más allá del Estado y el mercado*”. Con todo, se instala- un enfoque práctico del concepto tanto menos anti-

²⁴ (13)

estatista y pro-mercado que las corrientes analizadas en la primera parte de este capítulo.

Dicho esto, adicionemos que Herrera indica que la derecha chilena tergiversó el concepto de subsidiariedad, privilegiando en exceso su dimensión negativa de no intervención de la sociedad mayor en las actividades de la sociedad menor y reduciendo su dimensión positiva, es decir, el deber de intervención de la sociedad mayor cuándo la menor no cumple sus fines de forma satisfactoria. El principio de subsidiariedad se convertiría así en un criterio abstracto, critica el autor, alejado de las circunstancias concretas en las que se aplica, que a priori se inclinarían por la no intervención del Estado en las distintas esferas de la sociedad. Por el contrario, en Herrera el principio de subsidiariedad define cual sea la organización, mayor o la menor, la competente para hacerse cargo de una actividad específica a partir de un juicio a posteriori de la experiencia concreta:

“A diferencia, podría decirse, de los principios modernos de libertad, igualdad o propiedad, que nacen como “valores” absolutos o desarraigados de las circunstancias, como banderas de reclamo cuya lógica interna les hace, en último término, carecer de límite, en el caso de la subsidiariedad estamos ante un principio estructuralmente concreto, cuyo sentido originario -y el único en el que se lo puede distinguir de una defensa abstracta, ora de la libertad ora del intervencionismo – es el de una regla de distribución que solo puede aplicarse una vez que se ha atendido a la experiencia”.²⁵

La atención a las circunstancias concretas que el principio debe considerar para aplicarse en favor de una sociedad mayor o menor, inmediatamente asume a la eficiencia en el cumplimiento de una actividad determinada como el factor que dirime. En términos del autor, la intervención del Estado no se justifica sólo cuándo los privados estén realizando la actividad que le es propia o no, sino que también cuando la calidad de dicha realización no es satisfactoria.²⁶

²⁵ *Ibíd.* p. 109

²⁶ *Ibíd.* p. 106

“La decisión acerca de si es la organización mayor o la organización menor aquella en la cual quedará radicado el poder en el caso puntual a decidir depende no del carácter mayor o menor de las organizaciones respectivas, sino de la determinación, en la situación concreta, de qué organización sea capaz de resolver de mejor manera la cuestión, tarea o problema del que se trate”.²⁷

Uno de los principales méritos que se puede reconocer a esta noción de subsidiariedad es el énfasis en el desarrollo de las asociaciones menores en general, antes que una posición apriorista en contra de la intervención del Estado. Al efecto, se revelan con mayor precisión que en las concepciones de Guzmán y sus círculos de influencia, las distintas asociaciones con disímiles niveles de magnitud que existen entre el individuo y el Estado. Por ejemplo, la familia, clubes deportivos, iglesias, partidos políticos, etc. Luego, el Estado resume mayor legitimidad de intervención subsidiaria, cuando una sociedad menor que él, pero mayor que el individuo o que otras asociaciones de menor entidad, como pueden ser las empresas oligopólicas; asfixia a individuos o a organizaciones menores, como por ejemplo las empresas no oligopólicas, incluso en actividades propias de esta última. Si bien no comparto la explicación que le atribuye Herrera, es decir, la Guerra Fría²⁸, es cierto que en la noción de subsidiariedad de Guzmán y sus seguidores hay una tendencia a identificar a la “asociación mayor” con el Estado con el fin de desmantelarlo, y no poner la lupa en otras asociaciones intermedias que absorben -quizás con mayor intensidad que el Estado- a las asociaciones e individuos que están por debajo de ellas. Un ejemplo claro de lo anterior, como se dijo, son las empresas monopólicas u oligopólicas. Al reducir la sociedad al binomio Estado- individuo, o Estado-individuo, se pierden los matices que existen dentro de la misma,

²⁷ (13) p.102

²⁸ El anti-estatismo de Guzmán y del modelo de desarrollo neoliberal que se termina imponiendo desmantela una construcción anterior al “socialismo con empanada y vino tinto” del corto gobierno de la Unidad Popular, sino que el rol que asume el Estado en un modelo nacional-desarrollista que se implementa desde mucho antes. En ese sentido, Carlos Ruiz señala lo siguiente: “El golpe militar de 1973 y la dictadura que sigue por 17 años no sólo sepulta la “vía al socialismo” que encabezó Salvador Allende. Como advierten más tarde con sorpresa sectores que inicialmente habían apoyado el golpe militar, como la Democracia Cristiana (DC) y grupos de la vieja derecha nacionalista, más allá de derrocar a Allende sigue la destrucción del modelo económico y de sociedad de varias décadas. Los alcances del ímpetu refundacional los descoloca”. (16) p. 58

donde algunas asociaciones de menor tamaño que el Estado también impiden la realización de la iniciativa individual o privada en general.

Herrera plantea la contradicción entre un principio que se desvirtúa en función de una excesiva inclinación política liberal, criticando a Guzmán, que termina asfixiando al mismo mercado, como sucede en el caso de la generación de oligopolios:

“Esta restricción rechaza conjuntamente las intervenciones desordenadas del Estado y aquellas que son exigidas si se tiene circunstanciadamente en consideración el despliegue nacional y las capacidades específicas de las organizaciones involucradas. La paradoja es que con esta aplicación “liberal” del principio se daña no solo el interés general del país, sino el propio funcionamiento de la economía de mercado. Pues se ha visto que la combinación de subsidiariedad preponderantemente negativa y severo resguardo de la propiedad individual ha permitido que el poder económico en Chile se vuelva oligopólico a tal punto que casi todo debemos comprarlo en cadenas; además, la ausencia de actores suficiente entorpece la sana competencia y vuelve mucho más fáciles la colusión y los abusos”.²⁹

Hilando fino y vinculando el concepto de subsidiariedad a su expresión más económica, el autor señala que no se trata solamente de incorporar a una lógica capitalista a la mayor cantidad de esferas sociales posibles, sino que entre los privados en general exista una mejor distribución del poder. En esa línea, y criticando la forma en la que el sociólogo Alberto Mayol entiende el concepto, Herrera despliega este razonamiento:

“Vale decir, (para Mayol) el principio no es preponderantemente³⁰ una regla concreta de distribución de poder en general, sino que un principio funcional al sistema económico capitalista, el remedio o andamiaje necesario para que los individuos puedan incorporarse al juego económico. Y, dentro del aspecto económico, se soslaya el papel

²⁹ (13) p.105

del Estado en la generación de condiciones óptimas para la distribución armónica del poder económico ya entre los propios privados”.³¹

Por tanto, para Herrera el mero ejercicio de distinguir de forma gruesa entre aquello que corresponde al Estado de forma exclusiva respecto de aquello que es materia igualmente exclusiva del mercado, da cuenta de una parte muy acotada del problema. En este último pasaje queda más claro aún que además de poder aplicarse el principio de subsidiariedad a cualquier ámbito de la vida social y no solo al Estado y el mercado; su dimensión positiva, es decir, la intervención estatal, puede concebirse incluso en el marco del mercado, es decir, sin significar que los agentes privados sean absorbidos en su función. De esa manera, el Estado al actuar sobre el mercado no le quita espacio, sino que colabora con él. Dicho de otro modo, el Estado se pone al servicio del mercado para corregir sus fallas.

1.2.2. Gonzalo Letelier Widow: Dos conceptos de subsidiariedad: el caso de la educación.

En esta ocasión la iniciativa por eliminar la frontera entre el Estado y el mercado es aún más explícita que en el caso de Herrera. Para este autor existe una grave distorsión del concepto de subsidiariedad, incluso de aquellos que aseguran defender una posición “integral”, que consideraría tanto la dimensión negativa como la dimensión positiva del concepto. El error radicaría, precisamente, en asumir que el principio se refiere a un criterio de distribución de poder para realizar una tarea determinada entre dos espacios, lo público y lo privado, mutuamente excluyentes en función de la mayor eficiencia y no por razones de justicia³². Asimismo, se asume la hipótesis de que por regla general los privados actuarán mejor que el Estado, que a su vez solo habría de intervenir en caso de ser necesario. Pero de ser necesario, y según la doctrina que Letelier critica, el Estado no subsidia en el sentido de ayudar, sino que

³¹ *Ibíd.* p.107

³² Aquí se nota una diferencia crucial con Herrera

suple por completo la realización del fin determinado. Así, se configura lo que Letelier describe como una noción “topográfica” de subsidiariedad:

“La noción topográfica del principio de subsidiariedad es, en último término, un criterio de distribución del poder entre unos particulares y un Estado enfrentados por hipótesis, de modo que allí donde está uno por fuerza (a veces literalmente) desaparece el otro. Lo público y lo privado se definen por su recíproca exclusión; público significa “aquello que no es privado” y viceversa. *Tertium non datur*(9). En este contexto, el principio de subsidiariedad representa una autolimitación de lo público fundada en ciertos derechos individuales consagrados por el mismo Estado, o bien una transitoria hipertrofia de lo público fundada en la ineficiencia del privado”.³³

La noción de subsidiariedad del autor busca los orígenes del concepto, supuesta una concepción de la sociedad más cercana al corporativismo. A saber, que existe una realidad natural que consiste en que las distintas sociedades se orientan hacia la consecución de su fin específico y se complementan en la consecución del bien común. En tal sentido, la subsidiariedad no solo se expresaría en términos “verticales”, es decir de la sociedad mayor respecto de la menor, sino que de modo “horizontal”, donde cada sociedad se orienta a la consecución de su fin específico sin interferir en las tareas de las demás. Otro supuesto natural de esta teoría social, es que cada sociedad cumple de manera imperfecta su función, lo que abre la puerta a una relación, de carácter subsidiaria, se entiende, entre las distintas sociedades; pero no en el sentido de suplir y reemplazar, sino que de ayudar a una sociedad determinada a cumplir por sí misma el fin que le es propio. El extremo de tal intervención, y que es particularmente interesante para este trabajo, el autor lo expresa de la siguiente manera:

“El acto propio de la subsidiariedad positiva no consiste en reemplazar a alguien en una determinada actividad, sino en darle los medios para poder cumplirla, al punto de que, en aquellas ocasiones en que los particulares están totalmente incapacitados, el Estado efectivamente suple, pero no lo hace asumiendo directamente esa tarea, sino instituyendo una nueva sociedad particular que, en

³³ (13) p. 119

principio, *debería ser casi tan autónoma como si tuviera origen en la propia iniciativa de los particulares*".³⁴

El punto en el que más insiste el autor, es en fundamentar el principio de subsidiariedad a partir de una determinada teoría de la justicia, lo cual constituiría un sentido original en contraposición a una noción "topográfica", que más bien se basa en un criterio de eficiencia -es decir quien lo hace mejor-. Sin embargo, más útil para el propósito de este ensayo es el supuesto que subyace a esta tesis: la indiferenciación entre lo público y lo privado.

1.2.3.- Matías Petersen Cortés. Subsidiariedad, neoliberalismo y el régimen de lo público.

El énfasis en la diversidad de sociedades al que el concepto de subsidiariedad en un sentido clásico se refiere, constituye un aspecto fundamental en este autor; en contraposición a teorías liberales o críticas al liberalismo, que por igual razonan la subsidiariedad bajo el binomio Estado/mercado.

Entonces, "Lo primero que llama la atención, tanto en su formulación original como en desarrollos posteriores, es que el principio no se limita a un determinado grupo de instituciones, sino que se aplica a toda organización social, y más precisamente, al modo en que debieran relacionarse y articularse estas organizaciones entre sí. Por lo tanto, si bien el principio se puede predicar de las relaciones entre el Estado y el mercado, hay que estar conscientes de que se está tratando solo de un aspecto, aunque importante, del principio".³⁵

Al igual que el anterior,³⁶ Petersen da cuenta de la distinción entre subsidiariedad vertical y horizontal. Aunque, a diferencia de Letelier, antes que referirse a relaciones entre sociedades mayores e inferiores para aludir al primer término, reduce la dimensión vertical a la relación entre el Estado y las organizaciones. En cambio, la

³⁴ (13) p. 122 Las cursivas son mías

³⁵ (13) p. 143

³⁶ [Gonzalo Letelier Widow](#)

dimensión horizontal del principio estaría dada por la relación existente entre las distintas organizaciones sociales entre sí.

La idea fuerza de la que hablábamos al principio, o sea, la multiplicidad de organizaciones sociales a las que el concepto de subsidiariedad puede aplicarse; el autor la enfatiza de esta manera: “Tanto en los primeros esbozos del principio en la tradición aristotélica, como en la formulación que de él hace la doctrina social de la Iglesia, se señala que el bien común de una comunidad política se alcanza mediante la perfección, desarrollo y actividad virtuosa de sus miembros. Si a éstos se les arrebatara la capacidad de actuar por sí mismos, y más aún si se les arrebatara la posibilidad de asociarse libremente para alcanzar sus fines, simplemente no pueden desarrollarse como ciudadanos. Este modo de concebir la subsidiariedad, que enfatiza la relación entre la persona humana y la sociedad de la que ésta es parte, *no puede obviamente, restringirse de manera exclusiva a las relaciones entre el Estado y el mercado*, sino que abarca todo el ámbito de la vida social: “la familia, los grupos, las asociaciones, las realidades territoriales locales, en definitiva, aquellas expresiones agregativas de tipo económico, social, cultural, deportivo, recreativo, profesional, político, a las que las personas dan vida espontáneamente y que hacen posible su efectivo crecimiento social”.³⁷

Nuevamente, encontramos esta preocupación al dar cuenta del reduccionismo que piensa la subsidiariedad desde la óptica liberal:

“En segundo lugar es necesario simplificar un poco el paisaje institucional. Mientras que en la formulación clásica del principio este paisaje es amplio y poco acotado (organizaciones sociales en general), en su formulación neoliberal todas las organizaciones sociales menores se reducen a una: “el mercado”. No es que otras configuraciones institucionales, como las organizaciones sin fines de lucro, las cooperativas, las mutuales, los centros deportivos, la familia misma, etc., queden fuera del paisaje institucional, sino que son subsumidas en una sola categoría y tratadas con los mismos criterios”.³⁸

³⁷ *Ibíd.* p. 145. Las cursivas son mías.

³⁸ *Ibíd.* p.150

Con todo, la noción clásica de la subsidiariedad que Petersen identifica con la Doctrina Social de la Iglesia y en alguna medida con la filosofía aristotélica, se opondría a una formulación neoliberal que pondría el énfasis en la eficiencia económica como criterio de intervención estatal. En definitiva, el criterio de eficiencia para resolver fallas del mercado es demasiado amplio y deja en un campo de indeterminación el intento de “aterrizar” el concepto de subsidiariedad por la vía de una concepción neoliberal de la política pública.

La utilidad práctica de la teoría de fallas de mercado, la posibilidad de incluir nuevas fallas de mercado distintas a las tradicionales y las fallas del Estado cuando interviene, llevan al autor a llegar a la siguiente conclusión:

“...la interpretación “neoliberal” de la subsidiariedad parece no entregarnos una visión tan clara sobre cómo abordar la relación entre Estado y mercado. Si con un paisaje institucional así de simplificado, es decir reducido a Estado y mercado, no podemos tener claridad, menos aún la tendremos con respecto al orden social en su complejidad real”.³⁹

1.3.- Carlos Ruiz y Giorgio Boccardo.-

Visión crítica del Estado subsidiario

Es primer menester explicar que la concepción del Estado de los autores se halla íntimamente vinculada al entendimiento de una determinada composición social. Entonces:

“Lejos de ser un espacio “neutral”, amparado en una supuesta “racionalidad científica” situada por sobre los intereses sociales y sus pugnas, el Estado expresa las relaciones de poder de origen social que se dan en una sociedad. De ahí que, más allá de los ideologismos que rodean la cuestión, el neoliberalismo no aterriza sino de la mano del Estado. No supone anulación, sino su redefinición. El Estado organiza “por vía administrativa” la acumulación”.⁴⁰

Así, en Ruiz y Boccardo, luego de la intervención militar el Estado reorienta su acción buscando realizar la idea de subsidiariedad desde la privatización de

³⁹ *Ibíd.* p.160

⁴⁰ (16) p. 97

empresas públicas y servicios sociales, en conjunto a la focalización del gasto social. Entonces, más allá de su noción pura de subsidiariedad, los autores revelan el fenómeno yuxtapuesto de la creación de mercados en esferas de la sociedad donde antes no existían, justamente por un ideal de subsidiariedad, a cuya conformidad el Estado tiene un rol activo en la transferencia de recursos a la demanda, lo cual habría de incidir en una mayor acumulación para beneficio de ciertos grupos económicos. E [incluso Así](#) incluso Así, las funciones empresariales que deja el Estado como también la focalización del gasto público hacia los “verdaderos pobres”, todo presentado como subsidiariedad de políticas públicas, estructuran una producción política derivada hacia la desigualdad. Los denominados derechos sociales o de segunda generación serían convertidos en materia de un nuevo capitalismo de servicio público.

Se expresa: “En 1978 la Oficina de Planificación Nacional, Odeplan, con rango de ministerio, se transforma en el espacio donde las nuevas élites burocráticas del régimen elaboran el discurso de legitimación sobre las ventajas sociales del modelo adoptado, en base a una concepción subsidiaria de acción estatal (Ruiz, 2012^a). Accionar que focaliza el gasto social en políticas para erradicar la extrema pobreza, bajo una “evaluación social” de los proyectos de inversión. Se trata de una política de bienestar restringida a los “verdaderos pobres”, en desmedro de los trabajadores integrados a empresas del sector “privilegiado” que vinculan sus beneficios a la presión sindical y política. Esta focalización de subsidios busca fomentar un “pinochetismo popular” en grupos marginales, y con ello, ahondar la diferenciación al interior del campo subalterno”.⁴¹

En tal sentido, esta posición puede acercarse a la ‘corporativista’ anteriormente analizada, en tanto ambas desconocen que el concepto de subsidiariedad implique una relación mutuamente excluyente entre el Estado y el mercado. Lo que otros autores criticaban como nociones “topográficas” de la subsidiariedad, Ruiz lo entiende de la siguiente manera:

–“Ciertas políticas estatales enfrentan algunos de los resultados negativos -tanto económicos como sociales- que derivan del mercado. Pero el mercado reproduce en su

⁴¹ (15) p. 24

funcionamiento el poder social imperante, de modo que en él los recursos fluyen hacia los sectores que tienen dicho poder (...) Una política de acción estatal supone una intencionalidad en la orientación del desarrollo tanto económica como social, lo que implica, siempre, un objetivo de sociedad".⁴²

Sin embargo, los autores de "Subsidiariedad más allá del Estado y el mercado" plantean la necesidad de que la intervención del Estado en el mercado sea para perfeccionar a este último, por ejemplo, para combatir oligopolios que absorben las tareas que sociedades (empresas) menores deberían realizar⁴³. La subsidiariedad según tal grupo de intelectuales debería operar con una intervención del Estado para que esos oligopolios desaparezcan y permitan el libre desarrollo de las asociaciones menores que están en condiciones de cumplir con los fines que les son propios.

En cambio, Ruiz y Boccardo antes que plantear una propuesta señalan de forma descriptiva, que el Estado ya interviene en el mercado y, por tanto, actualmente no son actores mutuamente excluyentes. Lo que produciría las situaciones oligopólicas en nuestro país no sería una ausencia de acción subsidiaria del Estado en el mercado, sino todo lo contrario. Gracias a la acción subsidiaria del Estado es que ciertas empresas adquieren para sí un poder excesivo dentro del mercado. La fórmula específica en que esto operaría sería con el famoso "voucher": El Estado *ayuda* a los individuos más pobres, que no pueden valerse por sus propios medios, en forma de subsidio a la demanda, y asimismo *ayuda* a asociaciones mayores como las empresas oligopólicas que son las que venden los servicios y productos que son adquiridos a partir de esos subsidios estatales. En definitiva, la acción estatal antes que significar menos mercado, lo que para los autores son discursos ideologistas, implica una regulación de los mercados en función de la acumulación de ciertos grupos económicos.

El Estado subsidiario en Chile, entonces, funcionaría como elemento fundamental en la creación de mercados oligopólicos.

Por todo: "En suma, la privatización de los servicios sociales estatales no solo impulsa a los nuevos grupos económicos, sino que, visto en perspectiva, produce verdaderos

⁴² (16) p. 98.

⁴³ (13)

nichos de acumulación regulada, muy característicos de la nueva modalidad que adopta el desarrollo del capitalismo en Chile. Se trata de una expansión del patrón de acumulación que se dirige hacia nuevas esferas de relaciones sociales, que privatiza las condiciones de vida con una hondura de gran impacto social, fundamental para el desenvolvimiento de esta suerte de “capitalismo de servicio público” (Ruiz, 2012b). En definitiva, un peculiar capitalismo que ampara los procesos de acumulación principalmente de fondos de pensiones como en servicios educacionales y de salud, bajo una regulación e incluso subsidio estatal, de modo que llega a manejar una masa de capital inédita en la historia local”.⁴⁴

Más concretamente, Ruiz señala a estos grupos económicos como un símil de las burguesías norcoreanas cuya condición de posibilidad de existencia como tal, precisamente, es la acción estatal. En conexión con tales puntos vista es que en el libro “De nuevo la sociedad”, se explica el surgimiento de estos grupos económicos por la privatización de empresas estatales que son cedidas a bajos precios a ciertas empresas, proceso que se consolida con la etapa que se justifica como subsidiariedad:

“Una segunda ola privatizadora, a inicios de los años ochenta, que desmantela los servicios sociales públicos, les cede nuevos nichos de acumulación en la educación, la previsión y la salud, garantizados por fondos estatales. La apertura de una oferta privada como proveedora de la nueva educación subvencionada con fondos estatales, abre una expansión basada en la privatización de las condiciones de reproducción social más básicas de la mayoría de la sociedad”.⁴⁵

Dicha orientación de la acción del Estado se mantendría en lo medular luego del retorno a los gobiernos civiles, subsidiariedad que consolidaría el poder oligopólico del empresariado criollo:

“El Estado subsidiario inaugurado bajo la dictadura se extiende así por cuatro décadas sobre basamentos como la supresión de derechos sociales universales, la focalización de un gasto social reducido, y el cambio radical de la burocracia estatal. La modalidad subsidiaria se aboca a extender la subvención estatal a grupos privados oferentes de

⁴⁴ (15) p. 26

⁴⁵ (16) p. 100-101

servicios públicos, ampliando la formación de nichos de acumulación regulada. Se llega al punto de que esas áreas devienen verdaderos pilares de la acumulación y concentración económica. Mientras las relaciones del mercado se extienden a más ámbitos cotidianos de la reproducción social, aceleran la concentración del poder económico y le imprimen a la sociedad una dirección cultural y simbólica que se elabora por fuera de la deliberación ciudadana.

El poder empresarial está basado en una oligopolización de los mercados que facilita el Estado. El control por pocas empresas sobre nichos de mercado que evitan la “competencia”, a través de una fijación política de precios, ya es ostensible en los años noventa. Iniciada en los rubros exportadores, sigue al Retail, las farmacias, la banca, la generación eléctrica, las AFP, las clínicas, las comunicaciones, la telefonía, los supermercados, el transporte aéreo, el suministro eléctrico y de combustibles”.⁴⁶

CAPÍTULO II

AMPLIACIÓN DEL GIRO DE ENAP A LOS RUBROS DE ENERGÍA GEOTÉRMICA Y GENERACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA

Introducidos en el dogma de cierto tipo de intervención estatal; mediante este capítulo se intenta comprender a precisión las modificaciones que introduce el precepto legal en análisis, cuyo texto y forma de incorporación al ordenamiento legal, es el que sigue:

“Artículo 3º.- Modifícase el [artículo 2º](#) del [decreto con fuerza de ley N° 1, de 1986, del Ministerio de Minería](#), que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 9.618, que Crea la Empresa Nacional del Petróleo, en el siguiente sentido:

⁴⁶ *Ibíd.* p. 103

a) Elimínese en su inciso tercero desde la palabra “Finalmente” hasta el punto aparte.

b) Intercálense los siguientes incisos cuarto y quinto nuevos, pasando el actual inciso cuarto a ser sexto:

_____ “De igual manera, la Empresa y/o sus filiales podrán tener una participación social que no les permita aprobar con su solo voto las materias señaladas en el inciso segundo del artículo 67 de la ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, con una o más sociedades en actividades relacionadas con:

a) Energía Geotérmica. Para estos efectos, podrán formular solicitudes de concesión, participar en licitaciones, prestar toda clase de servicios a los concesionarios para la ejecución de las labores de exploración y de explotación, y en general, desarrollar todas las actividades industriales y comerciales que tengan relación con la exploración y la explotación de esta energía.

b) Generación de Energía Eléctrica. Para estos efectos, podrán producir, transportar y comercializar energía y potencia eléctrica, y en general, desarrollar todos los proyectos y actividades comerciales e industriales relacionadas o necesarias para ello. Las sociedades que se constituyan para ejecutar el objeto referido estarán sujetas a las normas que rigen a las sociedades anónimas y abiertas contempladas en la ley N° 18.046. Para estos efectos, la Empresa deberá dar estricto cumplimiento a lo establecido en el artículo 3° del decreto ley N° 1.056, de 1975, del Ministerio de Hacienda, que Determina Normas Complementarias Relativas a la Reducción del Gasto Público y al Mejor Ordenamiento y Control de Personal; a lo dispuesto en el artículo 11 de la ley N° 18.196, sSobre Normas Complementarias de Administración Financiera, Personal y de Incidencia Presupuestaria, así como al artículo 44 del decreto ley N° 1.263, de 1975, Orgánico de Administración Financiera del Estado. Corresponderá al Ministerio de Energía emitir un informe de evaluación económica y financiera de las iniciativas por desarrollar, sin perjuicio de que el Ministerio de Hacienda efectúe evaluaciones adicionales o las encargue a entidades nacionales o extranjeras, para efectos de fundamentar la viabilidad económica y financiera de dichas iniciativas. El informe del

Ministerio de Energía será requisito para la autorización que el Ministerio de Hacienda pueda otorgar conforme al referido artículo 3º del decreto ley Nº 1.056, de 1975, cuando la participación social de ENAP y/o de sus filiales sea igual o superior al cincuenta por ciento. Asimismo, la Empresa y/o sus filiales podrán obtener, adquirir y explotar concesiones y servirse de las mercedes o derechos que obtenga. Además, la Empresa y/o sus filiales podrán realizar estudios y evaluaciones técnicas y comerciales, gestionar y obtener los permisos y autorizaciones requeridos para el desarrollo de proyectos de generación eléctrica con sus respectivas instalaciones de transmisión, así como el completo desarrollo de proyectos de generación eléctrica destinados a cumplir con el giro regulado en los incisos segundo y tercero de este artículo, actividades para lo que no se considerarán las limitaciones de la participación social, la obligación de someterse a las normas de las sociedades anónimas abiertas y los informes previos de los Ministerios de Energía y/o Hacienda.

Para efectos de la constitución y funcionamiento de las sociedades antes señaladas, la Empresa deberá velar, tanto respecto de sus inversiones como financiamiento, por el cumplimiento de las obligaciones de responsabilidad fiscal y la debida evaluación económica y financiera que sustenten los proyectos a impulsar.”⁴⁷

2.1. Condiciones generales de la ampliación de giro.

2.1.1. Límites a la participación social de ENAP.

La principal condición a la que debe sujetarse ENAP es la que se encuentra en el párrafo primero del inciso cuarto que se intercala en las reglas que crean la Empresa Nacional de Petróleo con sus respectivas atribuciones: “De igual manera, la Empresa y, o sus filiales podrán tener una participación social que no les permita aprobar

⁴⁷ (12)

con su solo voto las materias señaladas en el inciso segundo del artículo 67 de la ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, con una o más sociedades en actividades relacionadas con: (...)”⁴⁸

En primer lugar, existe una diferencia entre las atribuciones que se le otorga a la ENAP respecto de los rubros de energía geotérmica y generación de energía eléctrica, es decir los incorporados a partir de la Ley 20.897, y aquello que previamente contemplaba el Decreto con Fuerza de Ley 1 de 1986, del Ministerio de Minería, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 9.618 que crea la ENAP⁴⁹. Esto es, las atribuciones que previamente poseía la ENAP contempladas en dicha regulación son las relacionadas con ejercer actividades de exploración, explotación o beneficio de yacimientos que contengan *hidrocarburos*, dentro o fuera del territorio nacional⁵⁰, por un lado; y el almacenamiento transporte, transformación, tratamiento, procesamiento, refinamiento, venta y, en general, comercialización de petróleo o gas, así como el desarrollo de cualquier otra actividad industrial que tenga relación con *hidrocarburos*, sus productos y derivados⁵¹, por el otro. Respecto de estas atribuciones que, en resumen, constituyen un amplio giro de la empresa estatal en el área de hidrocarburos, la ENAP puede participar *directamente o por intermedio de sociedades en las cuales tenga participación o en asociación con terceros*.

En cambio, y tal es la primera diferencia que salta a la vista con la ley en comento, es que ésta permite a la ENAP participar sólo de manera indirecta en la exploración y explotación de la energía geotérmica, y en la generación de energía eléctrica. La modalidad indirecta de participación está dada por la expresión “*podrán tener una participación social*”. Ello resulta una primera limitación estructural si se compara con las atribuciones de la ENAP en el rubro de los hidrocarburos.

Sin embargo, dicha restricción se profundiza inmediatamente cuando la referida ley señala: “(participación social) que no le permita aprobar con su solo

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ (10)

⁵⁰ art. 2°, inciso segundo (10)

⁵¹ Art. 2, inciso tercero *Ibíd.*

voto las materias señaladas en el inciso segundo del artículo 67 de la Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, con una o más sociedades en actividades relacionadas con: (...).⁵².

Por ende, la participación en tales actividades solo será posible a través de una sociedad creada para tales fines con un tope máximo de aporte de capital. El límite a dicha participación estaría dado por lo estipulado en el inciso segundo del artículo 67 de la Ley N° 18.046.”.⁵³

Es decir, que la ENAP sólo podrá tener una participación en dicha sociedad cuyo máximo son las dos terceras partes de las acciones emitidas con derecho a voto. Luego, la estatal no tendría posibilidad real de controlar la sociedad en que tuviere participación al nivel de tomar las decisiones que requieren de un elevado quorum . Ergo, implementar decisiones supondría un elevado nivel de acuerdo con sus socios comerciales.

También cabe mencionar que la participación de la estatal será en conjunto con “*una o más sociedades*”. Si bien puede llamar la atención que no pueda participar en tal actividad de forma independiente, más preocupante resulta que se tenga que asociar necesariamente con sociedades. Esto dado que las sociedades tienen mayor capacidad que las personas para reunir capital, por lo tanto, de relegar a ENAP a una participación poco significativa.

Ahora bien, dadas estas condiciones que en general limitan la participación de la estatal ¿puede la ENAP alcanzar una participación social que le permita ser considerado el *controlador* de dicha sociedad ?

Para esclarecer, la definición de controlador se halla en el artículo 97 de la Ley 18.045 de Mercado de Valores, esto es:

“Artículo 97.- Es controlador de una sociedad toda persona o grupo de personas con acuerdo de actuación

⁵² (12)

⁵³ (7)

conjunta que, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, participa en su propiedad y tiene poder para realizar alguna de las siguientes actuaciones:

- a) Asegurar la mayoría de votos en las juntas de accionistas y elegir a la mayoría de los directores tratándose de sociedades anónimas, o asegurar la mayoría de votos en las asambleas o reuniones de sus miembros y designar al administrador o representante legal o a la mayoría de ellos, en otro tipo de sociedades, o
- b) Influir decisivamente en la administración de la sociedad.

Cuando un grupo de personas tiene acuerdo de actuación conjunta para ejercer alguno de los poderes señalados en las letras anteriores, cada una de ellas se denominará miembro del controlador.

En las sociedades en comandita por acciones se entenderá que es controlador el socio gestor⁵⁴.

A modo de prevención, es necesario mencionar que el supuesto de poseer el cincuenta por ciento más una de las acciones de una sociedad anónima, y aún más en una sociedad por acciones que gozan de mayor libertad, no implica necesariamente ser el controlador. Y ello, atendida la posibilidad de que existan acciones preferentes, directores con capacidades especiales de veto, y en última instancia pactos de accionistas.

Dicho esto, en la primera hipótesis del literal a) prevista en el artículo 97 de la Ley de Mercado de Valores, advertimos que es posible que ENAP pueda caer dentro de la hipótesis de asegurar la mayoría de los votos en las juntas de accionistas, dado

⁵⁴ (8)

que el máximo de participación que puede tener la estatal es de las dos terceras partes menos una de las acciones emitidas con derecho a voto⁵⁵. Lo que habría que dilucidar ahora es si existe la posibilidad para la empresa estatal de elegir a la mayoría de los directores.

Por ley, las sociedades anónimas abiertas eligen cinco directores al menos; las sociedades anónimas primas otro tanto de siete, y las sociedades anónimas cerradas al menos tres (art. 31 de la Ley 18.046, incisos tercero y cuarto). Pues bien, en el supuesto más favorable para la ENAP, que es poseer dos terceras partes menos una del total de acciones emitidas con derecho a voto, o sea no más del sesenta y seis por ciento (66 %) de las mismas, en los tres casos podría eventualmente elegir a la mayoría de los directores.⁵⁶

La siguiente hipótesis de la misma letra a) del artículo 97, señala

“...o asegurar la mayoría de votos en las asambleas o reuniones de sus miembros y designar al administrador o representante legal o a la mayoría de ellos, en otro tipo de sociedades”.⁵⁷

Evidentemente, es posible asegurar la mayoría simple o absoluta en asambleas o reuniones como también designar administradores o representantes legales que en su conjunto representen la mayoría de quienes integren tales espacios.

Luego, el literal b) del mismo precepto, prescribe

“Influir decisivamente en la administración de la sociedad”⁵⁸.

Dada la amplitud de esta disposición, no existen razones para negar la posibilidad hipotética de que ENAP se encuentre en la posición de influir decisivamente en la

⁵⁵ Artículo 3 (12)

⁵⁷ (S)

⁵⁸ *Ibíd.*

administración de la sociedad, y por ende, cumplir a su vez con este requisito que establece la ley para reconocerle como controlador.

Por último, cabrá mencionar que ENAP puede influir decisivamente en la generalidad de los acuerdos y decisiones que la sociedad adopte, salva las excepciones del inciso segundo del artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas, y supuestas las condiciones del inciso primero de dicho artículo; en cuanto:

“Los acuerdos de la junta extraordinaria de accionistas que impliquen reforma de los estatutos sociales o el saneamiento de la nulidad de modificaciones de ellos causada por vicios formales, deberán ser adoptados con la mayoría que determinen los estatutos, la cual, en las sociedades cerradas, no podrá ser inferior a la mayoría absoluta de las acciones emitidas con derecho a voto”.⁵⁹

2.1.2. Protección de los accionistas minoritarios ante el Estado como controlador:

Si bien influir decisivamente en el rumbo de una sociedad es provechoso, máxime si se tratare del Estado, cual es el caso en análisis; la contrapartida de los que se sientan perjudicados por el actuar estatal, se representa en el derecho a retiro de los accionistas minoritarios conforme el artículo 69 bis de la Ley de Sociedades Anónimas, que reza:

“Tratándose de sociedades anónimas abiertas en las que el Estado, directamente o por intermedio de sus empresas, instituciones descentralizadas, autónomas, municipales o a través de cualquier persona jurídica, fuere controlador y mientras mantenga esa calidad en dichas sociedades, podrá ejercerse por los restantes accionistas el derecho a retiro de la sociedad sí, en conformidad a las disposiciones del Título XIV de la Ley N° 18.045,

⁵⁹ (7)

sus acciones hubieren estado clasificadas en primera clase y posteriormente fueren clasificadas como de segunda clase o sin información suficiente por dos entidades clasificadoras de riesgo que deban evaluar sus acciones de acuerdo a la ley citada, basadas en razones que afectaren negativa y substancialmente su rentabilidad y derivadas de alguna de las siguientes causales:

a) Cuando se dicten normas en materia tarifaria o de precios de los servicios o bienes que ofrezcan o produzcan, o relativas al acceso a los mercados, o se modifiquen las normas existentes;

b) Cuando la autoridad determine un precio de los bienes o servicios que ofrezcan o adquieran, diferente al precio fijado y calculado según los procedimientos establecidos por las leyes, o al convenido entre el proveedor del servicio y el usuario, que altere negativamente al que se tuvo en consideración al clasificar las acciones como de primera clase;

c) Cuando la sociedad esté sujeta a fijación de tarifas o de precios de los servicios o bienes que ofrezca o produzca y los administradores determinen fijar un valor menor por ellos, que altere negativamente al que se tuvo en consideración al clasificar las acciones como de primera clase;

d) La determinación de sus administradores de adquirir materias primas u otros bienes o servicios necesarios para su giro que incidan en sus costos, en términos o condiciones más onerosos en relación al promedio del precio en que normalmente se

ofrecen en el mercado, sean nacionales o extranjeros, considerando el volumen, calidad y especialidad que la sociedad requiera;

e) La determinación de los administradores de la sociedad de iniciar proyectos importantes de inversión sin tener en cuenta una rentabilidad adecuada, considerando las características y el riesgo del proyecto, y

f) La realización de acciones de fomento o ayuda, o el otorgamiento directo o indirecto de subsidios de parte de la sociedad, que no hubieren sido considerados a la época de la clasificación de las acciones como de primera clase, siempre que no le fueren otorgados, directa o indirectamente por el Estado, los recursos suficientes para su financiamiento(...).⁶⁰

En este caso se obliga a la sociedad a pagar al accionista disidente el precio de valor de mercado de su acción. En síntesis, cualquier movimiento de la ENAP o del Estado como ente regulador, que pueda alterar el funcionamiento de la sociedad, en un sentido tal que se aleje de la realidad del mercado y surta efecto en modificar la clasificación de las acciones, dará derecho a los accionistas a retirarse de la sociedad. De esta manera, el poder otorgado a los accionistas minoritarios resulta aún mayor cuando la participación que puede tener la ENAP en la sociedad es de un máximo de sesenta y seis por ciento menos uno (66 % -1). Luego, y para el evento que los accionistas minoritarios obliguen a ENAP a comprarle sus respectivos títulos de valor en una proporción que lleve a la estatal a sobrepasar dicho máximo, conduciría entonces a entender que la sociedad de que se trata incurriría en ilegalidad. Ello implica una importante limitación a la condición de 'controlador' de la ENAP.

⁶⁰ Luego se establecen en las que la sociedad debe pagar al accionista disidente en función de su derecho a retiro. (7)

2.2. Condiciones específicas de la ampliación del giro.

2.2.1 Energía Geotérmica

“a) Energía Geotérmica. Para estos efectos, podrán formular solicitudes de concesión, participar en licitaciones, prestar toda clase de servicios a los concesionarios para la ejecución de las labores de exploración y de explotación, y en general, desarrollar todas las actividades industriales y comerciales que tengan relación con la exploración y la explotación de esta energía”.⁶¹

Respecto de la energía geotérmica no existen limitaciones adicionales a las que cualquier sociedad tendría en esta materia, por lo que se reconoce una amplia gama de derechos que permiten concluir que en términos legales ENAP no tendría inconvenientes para desarrollar esta actividad. Más bien, los inconvenientes podrían ser factores de carácter material y económico por tratarse de un rubro de actividad cuyos costos se caracterizan por ser elevados.

2.2.2 Generación de Energía Eléctrica.

Jurídicamente más interesante parecen ser las condiciones que se le imponen a la estatal en el ámbito de la generación de electricidad. Aquí podemos identificar al menos seis:

2.2.2.1. Sujeción a normas que rigen para las sociedades anónima abiertas.

“Las sociedades que se constituyan para ejecutar el objeto referido estarán sujetas a las normas que rigen a las sociedades anónimas y abiertas contempladas en la Ley N° 18.046”.⁶²

En primer lugar, cabría esclarecer, que dicha sujeción no impone que la sociedad de que se trata - en adelante “Sociedad X”-, deba necesariamente configurarse como sociedad anónima abierta, sino que más habría de referirse a los deberes que

⁶¹ (12)

⁶² *Ibíd.*

fluyen del inciso séptimo del artículo 2 de la Ley de Sociedades Anónimas, referido a que "Cada vez que las leyes establezcan como requisito que una sociedad se someta a las normas de las sociedades anónimas abiertas o que dichas normas le sean aplicables, o se haga referencia a las sociedades sometidas a la fiscalización, al control o a la vigilancia de la Superintendencia, o se empleen otras expresiones análogas, se entenderá, salvo mención expresa en contrario, que la remisión se refiere exclusivamente a las normas aplicables a las sociedades anónimas abiertas en cuanto a las obligaciones de información y publicidad para con los accionistas, la Superintendencia y el público en general. En todo lo demás, esas sociedades se registrarán por las disposiciones de las sociedades anónimas cerradas y no estarán obligadas a inscribirse en el Registro de Valores, salvo que fueren emisores de valores de oferta pública. Las sociedades anónimas a que se refiere este inciso, que no fueren abiertas, una vez que cesare la condición o actividad en cuya virtud la ley las sometió al control de la Superintendencia, podrán solicitar a ésta la exclusión de sus registros y fiscalización, acreditando dicha circunstancia".⁶³

Esta preceptiva nos permite aseverar, luego, que dicha sociedad actuará anónima y abierta, sólo a efecto de cumplir con los deberes de informar y publicitar a accionistas, la Superintendencia y el público en general; de modo tal que si la "Sociedad X" no quiera constituirse como una sociedad anónima abierta inscribiéndose en el Registro de Valores, solo habrá de hacerlo bajo las normas de las sociedades anónimas cerradas; bajo la tipología de "sociedades informantes", esto es, sociedades anónimas cerradas que no se inscriben en el Registro de Valores, pero que deben cumplir con obligaciones de información y publicidad.

Supuesto el caso que la sociedad de la ENAP no pretenda salir a buscar financiamiento al mercado como lo hacen las anónimas y abiertas, deberá registrarse, en lo pertinente, por el artículo 7 de la ley 18.045.:

"Las personas que por disposición legal deban quedar sometidas a la fiscalización, al control o a la vigilancia de la Superintendencia y no sean de aquellas a que se refiere el inciso primero del artículo 1º, no estarán obligadas a inscribirse en el Registro de Valores.

⁶³ (7)

Sin embargo, las personas antes indicadas deberán cumplir con las obligaciones de información que les impongan las leyes.⁶⁴

La Superintendencia establecerá, por norma de carácter general, la información que las entidades indicadas en el inciso anterior, que no sean emisoras de valores, deberán proporcionar a la Superintendencia y al público en general. Dicha información no podrá exceder la que se exige a los emisores de valores, tanto en contenido como en periodicidad, forma y publicidad, sin perjuicio de las facultades de la Superintendencia para efectuar requerimientos adicionales que se expliquen por la necesidad de supervisar específicamente el tipo de actividad de la entidad o la industria que ella integra. Para ello, la Superintendencia podrá determinar que las entidades informantes se inscriban en registros especiales fijando, por norma de carácter general, los requisitos para ello”.

Por ende, más allá de la forma específica en que se constituya la “Sociedad X”, que incluso podrá ser colectiva o por acciones, la regulación que habrá de serle aplicable corresponderá a la de una sociedad anónima abierta en caso de inscribirse en el Registro de Valores y abrirse al mercado, es decir, ser una sociedad anónima abierta propiamente tal; o bien, el de un sociedad cerrada informante con las correspondientes obligaciones respecto de los accionistas, Superintendencia de Valores y Seguros, y público en general.

2.2.2.2. Autorización del Ministerio de Hacienda para efectuar aportes de capital

“(…)Para estos efectos, la Empresa deberá dar estricto cumplimiento a lo establecido en el artículo 3º del Decreto Ley N° 1.056 de 1975, del Ministerio de Hacienda, que Determina Normas Complementarias Relativas a la Reducción del Gasto Público y al Mejor Ordenamiento y Control de Personal.(…)”⁶⁵, que a la sazón

⁶⁴ (8)

⁶⁵ (12)

Indica: -"Artículo 3°.- Prohíbese hasta el 31 de Diciembre de 1975, a los servicios, instituciones y empresas del sector público efectuar aportes de capital a sociedades o empresas de cualquiera naturaleza, como asimismo hacer depósitos o adquirir instrumentos en el mercado de capitales, bajo ninguna forma, con la sola excepción de la adquisición de valores de la Tesorería General de la República.

A contar del 1° de Enero de 1976, los servicios, instituciones y empresas del sector público solamente podrán efectuar aportes de capital a sociedades o empresas de cualquiera naturaleza o hacer depósitos o adquirir instrumentos en el mercado de capitales, previa autorización del Ministro de Hacienda.

Respecto de los organismos enumerados en el artículo 2° del decreto ley N° 1.263, de 1975, la autorización a que se refiere el inciso anterior podrá ser otorgada sólo respecto de los recursos provenientes de venta de activos o excedentes estacionales de caja, cualesquiera sean las prohibiciones y limitaciones legales que rijan sobre la materia.

La prohibición de efectuar aportes de capital a sociedades o empresas establecida en el inciso primero no se aplicará respecto de aquellas operaciones que hubieren sido iniciadas o negociadas con anterioridad al 5 de Mayo de 1975, circunstancia esta que en cada caso calificará el Ministro del ramo correspondiente. Respecto de las operaciones iniciadas o negociadas antes de dicha fecha por la Corporación de Fomento de la

Producción, la calificación la efectuará el Vicepresidente Ejecutivo de dicha Corporación”.⁶⁶

Respecto del inciso tercero, la ENAP no se encuentra dentro de las empresas del sector público mencionadas en el artículo 2 del decreto 1.263. Por tanto, lo único que aplica en esta norma a la ENAP sería la necesidad de contar con la autorización del Ministro de Hacienda para realizar los aportes de capital necesarios para operar a través de la “Sociedad X”.

2.2.2.3. Publicación de estados financieros y fijación de sistema presupuestario

“Para estos efectos, la Empresa deberá dar estricto cumplimiento (...) a lo dispuesto en el artículo 11 de la ley N° 18.196, Sobre Normas Complementarias de Administración Financiera, Personal y de Incidencia Presupuestario (...)”.⁶⁷; precepto que señala:

Las empresas del Estado y todas aquellas en que el Estado, sus instituciones o empresas tengan aporte de capital igual o superior al 50 por ciento, deberán publicar sus balances generales y demás estados financieros anuales debidamente auditados. La forma, contenido y oportunidad de publicación de los estados financieros serán idénticos a los que se exijan a las Sociedades Anónimas abiertas.

Las empresas a que se refiere el inciso anterior operarán en sus actividades financieras ajustadas a un sistema presupuestario, que comprenderá: un presupuesto

⁶⁶ (5)

⁶⁷ (12)

de operación, un presupuesto de inversiones y un presupuesto de contratación, desembolso y amortizaciones de créditos, los que deberán ser operados a través de un Presupuesto Anual de Caja, que coincidirá con el año calendario.

El Presupuesto Anual de Caja señalado precedentemente se aprobará a más tardar el 31 de diciembre del año anterior al de su vigencia mediante decreto exento conjunto de los Ministerios de Hacienda y de Economía, Fomento y Reconstrucción, el que deberá además ser suscrito por el Ministerio a través del cual la respectiva empresa se relaciona con el Ejecutivo. Si a tal fecha el decreto respectivo no hubiere sido suscrito por alguno o ninguno de estos dos últimos Ministros, regirá el presupuesto contenido en el decreto expedido por el Ministro de Hacienda, sin perjuicio de la firma posterior por parte de el o los Ministros antes señalados.

Las normas sobre formulación y clasificación presupuestaria a las que deberán ajustarse las empresas indicadas en el presente artículo para la elaboración de sus presupuestos, como asimismo los plazos que deberán observarse para dicha formulación, serán dictados mediante decreto exento conjunto de los Ministerios de Hacienda y de Economía, Fomento y Reconstrucción. El mismo decreto señalará la forma y oportunidad de las informaciones sobre ejecución presupuestaria, física y financiera, que deberán proporcionar.

Las empresas a que se refiere este artículo, dejarán de regirse, a contar del 1° de enero de 1983,

por las normas del decreto ley N° 1.263, de 1975, excepción hecha a los artículos 29 y 44, los cuales se les seguirán aplicando, sin perjuicio de las atribuciones que le correspondan a la Contraloría General de la República de acuerdo a su ley orgánica. Las autorizaciones a que se refiere el artículo 44 mencionado se otorgarán mediante decreto expedido en la forma fijada en el inciso precedente.

Se exceptúa de las normas establecidas en el presente artículo a las empresas que dependen o se relacionan con el Ejecutivo a través del Ministerio de Defensa Nacional, las cuales se seguirán rigiendo por las disposiciones actualmente vigentes para dichas empresas”.⁶⁸

En definitiva, lo que plantea esta norma es una reiteración del deber de información igual al de las sociedades anónimas abiertas y agrega una obligación de fijar un sistema presupuestario determinado. En términos económicos esto significaría mayores costos de transacción para la “Sociedad X” y, eventualmente, para la ENAP como socio de la misma.

2.2.2.4. Autorización del Ministerio de Hacienda para iniciar actos administrativos.

“Para estos efectos, la Empresa deberá dar estricto cumplimiento (...) a lo dispuesto (...) así como al artículo 44 del decreto ley N° 1.263, de 1975, Orgánico de Administración Financiera del Estado”⁶⁹, que precisa:

⁶⁸ (9)

⁶⁹ (12)

ARTÍCULO 44° Los actos administrativos de los servicios públicos, de las empresas del Estado, de las empresas, sociedades o instituciones en las que el Sector Público o sus empresas tengan un aporte de capital superior al 50 % del capital social, que de cualquier modo puedan comprometer el crédito público, sólo podrán iniciarse previa autorización del Ministerio de Hacienda.

INCISO DEROGADO

Dicha autorización no constituye garantía del Estado a los compromisos que se contraigan ni exime del cumplimiento de las obligaciones contenidas en el decreto supremo 742, del Ministerio de Hacienda, de 1976.

Esta disposición no será aplicable al Banco Central, Banco del Estado ni a los Bancos Comerciales”.⁷⁰

En este caso no es el aporte de capital el que debe ser autorizado por el ministro de Hacienda, como lo establecido en el artículo 3 del Decreto Ley 1.056 recién analizado; sino que todo acto administrativo de las sociedades en las que el Estado tenga un aporte de capital superior al 50 % deberá ser autorizado por tal ministro. Ello implica una limitación aún mayor a la posibilidad de la ENAP de influir decisivamente en la “Sociedad X”.

[2.2.2.6-2.2.2.5.](#) Informes del Ministerio de Energía de las actividades por desarrollar

“(…) Corresponderá al Ministerio de Energía emitir un informe de evaluación económica y financiera de las iniciativas por desarrollar, sin perjuicio de que el Ministerio de

⁷⁰ (6)

Hacienda efectúe evaluaciones adicionales o las encargue a entidades nacionales o extranjeras, para efectos de fundamentar la viabilidad económica y financiera de dichas iniciativas. El informe del Ministerio de Energía será requisito para la autorización que el Ministerio de Hacienda pueda otorgar conforme al referido artículo 3° del decreto ley N° 1.056, de 1975, cuando la participación social de ENAP y, o de sus filiales sea igual o superior al cincuenta por ciento(...).⁷¹

De esta manera, y supuesto los casos en que la ENAP tenga una participación mayoritaria en la “Sociedad X”, no solo deberá contar con autorización del ministro de Hacienda para cada acto administrativo, sino que también deberá existir un informe de evaluación económica y financiera por parte del Ministerio de Energía, de cada iniciativa por desarrollar. Además, el aporte de capital mismo que haría a la ENAP participar mayoritariamente en la “Sociedad X”, para ser aprobado por el Ministro de Hacienda, debe contar con este informe del Ministerio de Energía.

2.2.2.7-2.2.2.6. Libertad para desarrollar proyectos geotérmicos y eléctricos destinados a cumplir con el giro de hidrocarburos.

“Asimismo, la Empresa y, o sus filiales podrán obtener, adquirir y explotar concesiones y servirse de las mercedes o derechos que obtenga. Además, la Empresa y, o sus filiales podrán realizar estudios y evaluaciones técnicas y comerciales, gestionar y obtener los permisos y autorizaciones requeridos para el desarrollo de proyectos de generación eléctrica con sus respectivas instalaciones de transmisión, así como el completo desarrollo de proyectos de generación eléctrica destinados a cumplir con el giro regulado en los incisos segundo y tercero de este artículo, actividades para lo que no se considerarán las limitaciones de la participación social, la obligación de someterse a las normas de las sociedades anónimas abiertas y los informes previos de los Ministerios de Energía y, o Hacienda”.⁷²

Esta norma es una excepción a las limitaciones anteriormente establecidas. No se debe haber sujeción a los límites de participación social, a la obligaciones de las sociedades anónimas abiertas, ni a los informes de los ministerios

⁷¹ (12)

⁷² (12)

de Energía y Hacienda, cuando los proyectos de energía geotérmica o de generación de energía eléctrica se realicen en realización del giro original de la ENAP, a saber, el de exploración y explotación de hidrocarburos. Con ello, luego se fortalece la posición de la estatal en este rubro incidiendo en la generación de energía propia, como también en el propio mercado de energía geotérmica y generación de electricidad; dependiendo esto último, no obstante, de la magnitud de los proyectos relacionados con hidrocarburos que la ENAP desarrolle.

2.2.2.8-2.2.2.7. Responsabilidad Fiscal.

“Para efectos de la constitución y funcionamiento de las sociedades antes señaladas, la Empresa deberá velar, tanto respecto de sus inversiones como financiamiento, por el cumplimiento de las obligaciones de responsabilidad fiscal y la debida evaluación económica y financiera que sustenten los proyectos a impulsar”.⁷³

Ahora, cualquiera sea la explicitud en estas materias, corresponde que las obligaciones que se deriven se razonen en vinculación con la Ley 20.128 sobre responsabilidad fiscal. Sin embargo, al no existir disposición que pueda aplicarse a la situación específica en comento, podemos concluir que los informes del Ministerio de Energía ante las distintas iniciativas que intente impulsar la “Sociedad X”, cómo las autorizaciones para el aporte que la ENAP pretenda realizar en ella y los actos administrativos que ésta pueda efectuar, incluyen decisiones que deben incorporar como criterio general la noción de responsabilidad fiscal. En ese sentido, un criterio que podría incorporarse en las actuaciones de ENAP sería la conservación de un Balance Estructural, así como la ley de responsabilidad lo establece:

“El Balance Estructural a que se refiere el inciso anterior deberá reflejar el balance financiero presupuestario que hubiere presentado el Gobierno Central si la economía se hubiese ubicado en su nivel de tendencia, excluyendo el efecto de las fluctuaciones cíclicas de la actividad económica, del precio del cobre u otros factores de similar naturaleza sobre los ingresos y gastos del Gobierno Central, en el período respectivo”.⁷⁴

2.2.3. Conclusiones.

⁷³ (12)

⁷⁴ Artículo 16 (11)

En síntesis, se abre la posibilidad de que ENAP participe en el rubro de energía geotérmica con amplias facultades para realizar las actividades necesarias de exploración y explotación de este tipo de energía. Así, las limitaciones pueden venir desde el punto de vista estrictamente económico en lo relativo a los costos que la generación de energía que proviene del centro de la tierra puede implicar.

Con todo, y acerca del rubro de generación de energía eléctrica se dan limitaciones significativas; y podemos reconocer al menos tres: participación social inferior a 2/3 (dos tercios) de las acciones con derecho a voto; obligación de someterse a las reglas de sociedades anónimas abiertas respecto de sus deberes de información y publicidad ante la Superintendencia de Valores y Seguros, el público y terceros, y exponer los informes previos de los ministerios de Energía y de Hacienda para realizar una serie de actividades.

Luego, la principal dificultad para ENAP surge de la limitación para realizar actividades de forma indirecta, por ejemplo, a través de una sociedad que se constituya para tal efecto, y también por el tope máximo que se le impone en los aportes a dicha sociedad, impidiéndose incidencias en decisiones relevantes para la empresa. No obstante, no son menores tampoco las repercusiones que pueda tener en términos de costos de transacción la obligación de sujetarse a un sistema presupuestario determinado y la necesidad de contar con informes y autorizaciones tanto del Ministerio de Energía como del Ministerio de Hacienda para realizar actividades que le permitan a la estatal influir decisivamente en la sociedad por medio de la cual opera.

Por último, habrá que añadir el hecho de la libertad reconocida a ENAP para realizar actividades relacionadas con proyectos tanto de energía geotérmica y de generación de energía eléctrica, cuando dichos proyectos funcionalicen y colaboren en el cumplimiento de los fines de la estatal relacionados con el rubro de los hidrocarburos.

CAPÍTULO III

¿ES SUBSIDIARIEDAD LA AMPLIACIÓN DEL GIRO DE LA ENAP?

En este capítulo vaciamos el argumento central del ensayo desplegado por estas páginas, cuya elaboración, obviamente, se apoya en los capítulos precedentes de análisis dogmático y jurídico normativo; todo lo cual nos orienta en satisfacer la hipótesis: ¿Es subsidiaria la ampliación del giro de la ENAP? En respuesta prediquemos de las tres corrientes de pensamiento construidas en el capítulo primero.

3.1. Perspectiva de la Fundación Jaime Guzmán y del Instituto Res Pública.

Comenzaremos con las tesis de la fundación Jaime Guzmán y del Instituto Res Pública, condensadas en el libro *"Subsidiariedad en Chile. Justicia y Libertad"*.

3.1.1. Rolf Lüders: El modelo económico y la subsidiariedad.

En la visión economicista de la subsidiariedad elaborada por Rolf Lüders, se sostiene que el rol asignado al Estado en una economía social de mercado (como la chilena) coincide con el que plantea la Doctrina Social de la Iglesia a partir de la idea de la subsidiariedad. De este modo, y resumidamente, el rol atribuido por la economía social de mercado sería intervenir en tanto existan fallas del mercado, lo cual vuelve que la acción del Estado resulte eficiente (es decir, que las fallas del mercado sean más costosas que las fallas que el Estado también puede producir). En tal sentido, y desde la Doctrina Social de la Iglesia se plantea sobre el principio en cuestión:

-“En lo esencial, el principio de subsidiariedad, en el marco de una sociedad que adhiere a la libertad negativa, sostiene en primer lugar que el Estado sólo debe intervenir en el quehacer ciudadano si los individuos o las agrupaciones de individuos, firmas o asociaciones de menor nivel no pueden o no desean realizar las tareas necesarias para alcanzar el bien común. (...) No obstante, en segundo lugar, el mismo principio obliga a las instituciones de mayor nivel a intervenir en aquellos casos en que eso sea necesario, o sea, cuando la actividad de los individuos o las agrupaciones de individuos, firmas o

asociaciones de menor nivel no permiten alcanzar el bien común”.⁷⁵ Por lo que a partir de

Ambos conceptos el autor concluye:

“De acuerdo a lo anterior, existe evidentemente, sin ser lo mismo una estrecha relación entre una economía de libre mercado en que el Estado juega un rol que permita alcanzar el máximo de bienestar social (una economía social de mercado) y un ordenamiento económico-social basado en el principio de la subsidiariedad. En ambos casos, la producción de bienes y servicios, incluyendo los sociales, tenderá a ser -en primera instancia- responsabilidad de los individuos, firmas y asociaciones voluntarias que operan a través de mercados libres. En ambos casos también, solamente si la anterior cooperación voluntaria y espontánea a través de mercados libres no permite alcanzar el bien común (en un caso) o el máximo de bienestar social (en el otro), le corresponde al Estado u a otras instituciones oficiales de menor nivel, jugar un rol ordenador”.⁷⁶

Analicemos aisladamente la primera similitud a la que apunta Lüders: que la producción de bienes y servicios tienda a ser – en primera línea - responsabilidad de los individuos, firmas y asociaciones voluntarias por medio de mercados libres.

Dadas las restricciones que pesan sobre ENAP en torno a la participación social, los deberes de informar y publicitar y la sujeción a los informes de los ministerios de Energía y Hacienda; cuesta imaginarse una situación en la que dicha estatal quiebre la tendencia actual en la que un grupo de empresas privadas son las responsables de la generación de energía eléctrica. Por otro lado, el riesgo frente a la capacidad que pudiese tener el Estado para competir deslealmente⁷⁷, dictando normas que hagan inviable el negocio para los competidores privados es anulado por dos razones: primero, por la obligación que pesa sobre la ENAP de participar en conjunto con otras sociedades (que querrán un negocio rentable); además, que dicha participación sea en una sociedad en la que no pueda alcanzar las dos terceras partes del porcentaje total (art. 3 de la Ley 20.897); y en tercer lugar, por el derecho a retiro que

⁷⁵ (14) p. 156-157

⁷⁶ *Ibíd.* p. 157

⁷⁷ *Ibíd.* p. 164

nace para los accionistas en sociedades anónimas abiertas cuando el Estado es controlador y son perjudicados por la dictación de normas de esa índole (bajar tarifas).

Por último, y como se apuntó en el capítulo anterior; la combinación de los factores de restricción en la participación social y el derecho de retiro para los accionistas, en su conjunción; resultan una doble amenaza para la ENAP. Ello, dado que; si los accionistas se retiran en una proporción que obligue a la estatal a comprar las dos terceras partes o más del total de las acciones, entonces la "Sociedad _X" o la participación de la ENAP en ella sería ilegal.

Ahora analicemos respecto a la segunda similitud entre economía social de mercado y subsidiariedad, en cuanto

"En ambos casos también, solamente si la anterior cooperación voluntaria y espontánea a través de mercados libres no permite alcanzar el bien común (en un caso) o al máximo de bienestar social (en el otro), le corresponde al Estado o a otras instituciones oficiales de menor nivel, jugar un rol ordenador"⁷⁸.

Lo que primero llama la atención de esta idea es el concepto de mercados libres, pero como en nuestra observación: el autor no lo explica, cabría inferir dos opciones: mercado libre del Estado o libre de situaciones que impidan la competencia al interior del mercado. Lo primero se verifica en el caso que nos interesa; el mercado de generación de energía eléctrica. Sin embargo, la segunda hipótesis no. Según distintas visiones hasta antes de la publicación de la Ley 20.897⁷⁹, dicho mercado se encuentra extremadamente concentrado en tres oligopolios⁸⁰ lo que ha impedido una competencia en el sector durante décadas. Pues bien, sea cual fuere el sentido de la expresión mercados libres que Lüders asuma, la realidad es que el mercado de

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ Se utiliza este momento, el de la publicación de la Ley 20.897, dado que luego han sucedido eventos importantes como la licitación de la generación de electricidad para usuarios regulados a partir del año 2021. Esto puede dar cuenta de una desconcentración del mercado y penetración de energías renovables. Sin embargo, los alcances de dicho evento aún no son ciertos y formar una interpretación sobre ellos excede el objetivo de este trabajo. En cambio, se analizará lo que significa la publicación de esta ley en las circunstancias dadas en ese momento y no necesariamente en el presente.

⁸⁰ Esta afirmación se fundamentará más adelante.

generación eléctrica no estaba significando alcanzar el bien común, dado que la energía producida era cara y contaminante. Ni tampoco se lograba el máximo de bienestar social, no solo por los elevados precios de la energía, sino que también porque tampoco se estaba aprovechando la potencialidad de proyectos que hoy por hoy han demostrado ser eficientes, por ejemplo aquellos relacionados a la generación de energías renovables.

Luego el autor afirma que, en esos casos, tanto la economía social de mercado como la subsidiariedad llaman a que el Estado cumpla un rol *ordenador*. Esta última expresión puede llevar a confusión, pensando que el único rol de la autoridad en este caso consistiría en fijar las reglas del juego, como por ejemplo hacer respetar los derechos de propiedad privada. Sin embargo, también se el rol de Estado como subsidiario en los casos de entrega subsidios⁸¹.

La pregunta que surge entonces es: ¿ puede la maximización del bienestar social (economía social de mercado) y/o el alcance del bien común (subsidiariedad) justificar la intervención del Estado como empresario_?

Respecto del bienestar social, la respuesta a la pregunta planteada en esos términos puros y absolutos_ tendería a ser negativa porque los costos de las fallas del Estado actuando como empresario, a sus anchas, serían más altos que los costos del mercado.⁸² Las fallas del Estado que pudieren reconocerse no pasarían de lo que Lüders identifica como: “el costo de bienestar asociado a la recolección de impuestos”⁸³; en cambio, las “fallas del Estado propiamente tal”, no deberían verificarse. Con todo, las fallas “asociadas a la falta de incentivo o incluso a los incentivos perversos, que aquejan a la administración pública y cuyas consecuencias todos experimentamos a diario: la desidia tan común en los funcionarios públicos, las colas, la burocracia que se traduce en excesivos trámites a menudo sin sentido, los controles innecesarios y/o mal realizados, etcétera”, todas esa situaciones no deberían verificarse necesariamente en una sociedad en la que el Estado es un accionista lleno de limitaciones.

⁸¹ *Ibíd.* p. 164-171

⁸² Las fallas del Estado le autor las desarrolla en la (14) p. 155

⁸³ *Ibíd.*

Todas esas imperfecciones propias de la administración del Estado o de la empresa pública no tienen por qué presentarse en una sociedad de carácter privado en la que el Estado actúa potencialmente como controlador, pero con las restricciones suficientes para no abusar de tal posición. En definitiva, si producto de que el Estado es controlador de una sociedad ésta se vuelve sustantivamente más ineficiente, los accionistas siempre tendrán a la mano su derecho a retiro.

Por ende, dados los argumentos económicos que el autor relaciona al principio elaborado por la Doctrina Social de la Iglesia, no existiría contradicción entre la ampliación del giro de la ENAP, consagrado en la Ley 20.897 y sus ideas. Incluso podría defenderse a partir de ese mismo razonamiento que la modificación constituyera una vía para alcanzar mayor bienestar social permitiendo el ingreso de nuevos actores, tanto la ENAP como sus socios, al concentrado mercado de generación de electricidad. Así se permitiría gracias a esta ayuda del Estado un desarrollo aún más pleno de las iniciativas de individuos, firmas, asociaciones voluntarias y espontáneas en un mercado verdaderamente libre.

3.1.2. José Manuel Castro: Los intelectuales y la incomprensión del Estado subsidiario

En términos generales, el autor alega que el concepto de Estado subsidiario es malentendido en dos sentidos; el primero, y más inexacto de todos, es el que reconoce sólo la dimensión negativa del mismo, o sea, entiende subsidiariedad exclusivamente como no intervención del Estado en las distintas esferas de la sociedad. La otra incomprensión estaría dada por entender ambas dimensiones del concepto, la que llama al Estado a intervenir (positiva) y la que lo inhibe (negativa), como elementos no integrados. Luego,

“La incomprensión a la que aludimos se basa en una concepción de la subsidiariedad que disocia la dimensión positiva y negativa de la subsidiariedad, explicándolas a partir de un mero “intervenir” o “restarse””.⁸⁴

⁸⁴ (14) p. 193

La consecuencia de dicho modo de entender la subsidiariedad implicaría que cuando sea necesaria la intervención del Estado este podría anular por completo la iniciativa privada. En cambio, señala el autor, que una comprensión cabal de las ideas de Jaime Guzmán en torno a la subsidiariedad debiese entender ambas dimensiones, tanto la positiva como la negativa, operando en todo momento. Entonces, -“De ahí que la subsidiariedad positiva y negativa actúan simultáneamente: aun interviniendo el Estado -subsidiariedad positiva- debe hacerlo con miras a no despojar a las sociedades intermedias de sus funciones propias, sino procurando que estas asuman el cumplimiento de esa actividad adecuadamente, activándolas. Cuando esto ocurra, el Estado irremediamente debe restar su labor suplente -subsidiariedad negativa-”.⁸⁵

Pues bien, a partir de esa forma de entender la subsidiariedad estatal, es decir, más que como una presencia o ausencia de acción, una determinada orientación de la misma; a saber, el fomento de la iniciativa privada: se puede construir una relación con la ampliación del giro de la ENAP. De este modo, resulta más evidente aún la correspondencia entre la labor que cumpliría el Estado por medio de la ENAP en forma de una sociedad en conjunto con otros accionistas privados, y la idea de subsidiariedad. La intervención del Estado en este caso no absorbe la iniciativa privada dado que la primera se desarrolla de forma indirecta por intermedio de un aporte de capital. Sostenido de otra manera modo, la intervención del Estado asume la forma de una iniciativa privada. El poder que se le otorga a la ENAP dentro de esa sociedad es limitado y requiere necesariamente de otros socios. Por lo que no solo el Estado actúa en la forma de una iniciativa privada, sino que, a su vez, visto desde el otro lado; la iniciativa privada encuentra un socio - el Estado - que le permite realizar negocios que sin ese aporte de capital, probablemente no le sería posible o deseable ejecutar.

A esta altura, por ende, cabe sostener que la relación entre la iniciativa pública y la iniciativa privada, lejos de ser de enfrentamiento es de colaboración. El Estado *ayuda* a las sociedades menores a realizar su función de una manera que caería

⁸⁵ *Ibíd.* p. 194

de cajón en el concepto ampliamente divulgado en el debate público de “alianza público-privada”.

Sin embargo, lo que no queda resuelto en la propia ley es la verificación de la última parte de la cita de José Manuel Castro, esto es, la relativa a si en el caso de que los privados asuman el cumplimiento adecuado de la actividad en la que el Estado ayuda, éste deba restarse. En última instancia, ello será labor de la autoridad pública de turno incardinada en el ministro de Hacienda, considerando las autorizaciones que deba realizar de los aportes de capital (artículo 3º del Decreto Ley N° 1.056, de 1975, del Ministerio de Hacienda, que Determina Normas Complementarias Relativas a la Reducción del Gasto Público y al Mejor Ordenamiento y Control de Personal)⁸⁶; de los presupuestos (artículo 11 de la Ley N° 18.196, Sobre Normas Complementarias de Administración Financiera, Personal y de Incidencia Presupuestaria)⁸⁷; y actos administrativos en general (artículo 44 del Decreto Ley N° 1.263, de 1975, Orgánico de Administración Financiera del Estado)⁸⁸.

3.1.3.- Amenazas actuales a la subsidiariedad. Máximo Pavez.

Este autor enfatiza la idea de la prioridad que debe tener la iniciativa privada cuando hablamos de subsidiariedad, sea en su faz negativa como en su faz positiva. En ese sentido, diseña sobre la noción de ‘autonomías sociales’ conforme a la cual se postula existir agrupaciones que se asocian libremente para cumplir objetivos que les son propios. Por ende, dicha autonomía no vendría dada por una razón de eficiencia, sino que moral; en cuyo caso ÷

–“De la organización libre para cumplir ciertos fines se sigue el derecho al reconocimiento de su autonomía para cumplir sus fines específicos. Ahí es donde cobra importancia y vigencia el principio de autonomías sociales, tanto para el autogobierno y cumplimiento de sus fines, como para no interferir en los fines de otra organización instrumentalizándolas”. (11)⁸⁹

⁸⁶ (5)

⁸⁷ (9)

⁸⁸ (6)

⁸⁹ (14) p. 233

Aunque de esta manera se dota de mayor densidad argumentativa tanto a la dimensión negativa de la subsidiariedad en particular, como a la prioridad otorgada a los privados en general, tampoco reconocemos una postura que se oponga concluyentemente a vincular la ampliación del giro de la ENAP con un atentado al principio político en cuestión. ¿Es posible afirmar que el aporte de capital que pueda hacer el Estado a una sociedad que genera electricidad, con las condiciones que hemos analizado, implique interferir en sus fines? ¿en qué sentido podría instrumentalizar los fines de una sociedad cómo esa? Son precisamente las sociedades privadas las que libremente decidirían asociarse con la ENAP para realizar el giro de energía geotérmica y la generación de energía eléctrica; no es una imposición del Estado. Y sin embargo de que luego de dicha asociación, la ENAP se erija como socio controlador, existen los resguardos para evitar una subordinación a la estatal a un punto que anule la autonomía de sus socios privados.

Como ya dijimos, dado que existe un tope de participación de ENAP que le impide adoptar ciertas decisiones como, por ejemplo, transformar la sociedad, dividirla o fusionarla con otra (artículo 67 de la Ley N° 18.046: en relación con el artículo 3 de la Ley 20.897⁹⁰); o también en el caso en que el Estado dicte una reducción de tarifas en el mercado de generación de electricidad, que podría ser considerada como una medida populista y que tergiversar el fin de retirar utilidades de la “Sociedad X”, surge inmediatamente el derecho de los accionistas a retirarse y cobrar el precio de sus títulos de valor (artículo 69 bis de la Ley sobre Sociedades Anónimas).⁹¹ Es decir, incluso en el evento en que el Estado sea controlador existen los resguardos necesarios de las sociedades menores que se agrupan con la ENAP para que el fin específico que les unió, la generación de electricidad como una entidad privada, no sea suplantado o instrumentalizado.

Por eso, es que antes que limitar la autonomía de la “Sociedad X” para torcer sus fines de producción privada de energía eléctrica, el aporte del Estado por intermedio de la ENAP es de los medios necesarios para el cumplimiento efectivo de dicho fin, a saber, el más importante de todos: el capital. Dicha interferencia - no en los

⁹⁰ (7)

⁹¹ *Ibíd.*

fines sino que en los medios_, del Estado en el quehacer de sociedades menores está hecha en función de un análisis concreto en que se evidencia que los privados por fuera de las empresas oligopólicas no estaban siendo capaces de crear un mercado competitivo. Si luego, dichas sociedades deciden libremente asociarse con el Estado para cumplir los fines que estimen necesarios, estamos ante un claro ejemplo del desarrollo de la subsidiariedad en su faz positiva.

Que el Estado (ENAP) se retire luego de un correcto desarrollo del negocio de los privados sigue siendo una posibilidad abierta.

3.1.3 Conclusiones

En suma, en las distintas visiones de la Fundación Jaime Guzmán y el Instituto Res Pública no encontramos ideas que puedan fundamentar una oposición tajante a la ampliación del giro de la ENAP con la subsidiariedad como bandera de lucha.

Claro, desde una visión economicista, que hace un paralelo entre la economía social de mercado y la subsidiariedad, esta intervención del Estado puede comprender fallas que deberían ser significativamente menores a las fallas de un mercado altamente oligopólico y con externalidades negativas funestas para la población, dada la contaminación que provoca el tipo de energía que se genera y los altos precios.

Ahora, desde un punto de vista más filosófico - moral la situación no es muy distinta. Esta intervención puede entenderse como subsidiariedad en su faz positiva en tanto es un impulso del Estado para activar la iniciativa privada. Dicha intervención sería respetando la libertad de las asociaciones menores en tanto éstas se vincularían con la ENAP de forma voluntaria, y una vez asociados existiría una serie de obligaciones sobre la estatal y el derecho de los demás accionistas, que protegen la autonomía de estos últimos en el cumplimiento de los fines que libremente se autoimpongan.

Al final es justo reconocer un elemento de la idea de subsidiariedad que estos autores y el mismo Jaime Guzmán revelan, cual es la no permanencia de la intervención estatal. No existe en la ley 20.897 una regla que obligue a la ENAP a retirarse de la "Sociedad X" cuando sus socios privados u otros interesados en

comprar acciones estén en condiciones de emprender negocios sin la ayuda del Estado. Esto, en definitiva, constituirá una prerrogativa de la autoridad pública.

3.2. Perspectiva del Instituto de Estudios de la Sociedad (IES).

Tal se indicó en el primer capítulo, este centro de reflexión política revela un paisaje institucional más complejo y diverso que el Estado y el mercado, como espacios que agotan el análisis respecto del que la subsidiariedad tiene algo que decir. Acerca de la cuestión, ponen sobre la mesa la justicia, en la mayoría de los casos, y la eficiencia en otro de ellos, en cuanto criterios para determinar las distintas posibilidades de intervención de una sociedad mayor en una menor, cuyo resultado no debiese ser necesariamente la prioridad por el mercado.

3.2.1. Hugo Herrera: Notas preliminares para una lectura no dogmática del principio de subsidiariedad. Autor que plantea que el concepto de subsidiariedad consiste en un criterio de distribución de competencias entre distintas organizaciones sociales para cumplir fines determinados. Dicho criterio, en esencia, es la eficiencia de cada cuerpo de la sociedad para cumplir una función específica. En pocas palabras, el que lo puede hacer mejor es el que lo debe hacer.

Por tanto, y antes que un juicio a priori en favor del mercado o de los privados en general, para Herrera se vuelve necesario hacer un examen de la realidad concreta, de la experiencia, a partir del cual se pueda definir qué organización es más competente para cumplir un fin determinado.

Por consiguiente, determinar si la ampliación del giro de la ENAP es subsidiaria o no, según el criterio esbozado por Herrera, en primer lugar cabe considerar la realidad específica del mercado de energía geotérmica y el de la generación de electricidad; y dilucidar si dicho mercado y sus respectivos actores están cumpliendo a cabalidad su función. Ello es lo que justificaría o no la intervención de una asociación mayor, en este caso del Estado; para lo cual convendrá realizar un somero análisis empírico de la

realidad de ambos mercados para verificar si los privados están desarrollando estos rubros de forma satisfactoria o no.

En cuanto a la energía geotérmica, ésta se caracteriza por la ausencia de proyectos. Ni las empresas privadas ni el Estado han logrado levantar una cantidad de iniciativas acordes con el potencial existente en el país, toda vez hallarse en el denominado “Cinturón de Fuego”, una zona rodeada de volcanes que concentra cerca de un 20% del total de los volcanes activos del continente⁹².

El año 2000 se promulgó la Ley N° 19.657 sobre concesiones de energía geotérmica, que promueve la exploración y explotación de recursos geotérmicos por parte de la empresa privada, y establece la existencia de concesiones de exploración y explotación que se conceden mediante el Ministerio de Energía. De acuerdo a cifras que maneja este ministerio, actualmente existen 32 concesiones de exploración vigentes y nueve concesiones de explotación vigentes (a 2016)⁹³. Si bien a la fecha ninguna de ellas está en etapa de producción, se proyectó en su momento que la primera planta podría haber entrado en operaciones este año 2017 con una producción del orden de 70 MW. Indudablemente, el proyecto con mayor estado de avance es el Proyecto Cerro Pabellón, y antes de éste, la principal promesa de la geotermia en Chile fue el Proyecto Curacautín, que hoy se encuentra detenido.⁹⁴

A la luz de estos hechos, la energía geotérmica es una actividad que no se estaría desarrollando de manera suficiente a partir de la iniciativa voluntaria y espontánea de la sociedad civil o de la empresa privada.

Aun así, para analizar la situación de generación de energía eléctrica, revisaremos dos informes de distintas posiciones técnico-políticas que dan cuenta, dentro de otras cosas, del mismo problema: la concentración del mercado eléctrico.

Luego de las movilizaciones del año 2011 en contra del proyecto HidroAysén, el gobierno de Sebastián Piñera encomendó a una comisión de expertos la elaboración de un diagnóstico y propuesta en torno a la electricidad del país. En ese

⁹² (1)

⁹³ Ídem.

⁹⁴ Ídem.

diagnóstico, en lo que nos interesa, respecto del mercado de generación de electricidad, la citada “Comisión Asesora para el Desarrollo Eléctrico”, concluyó que: “(...)el mercado de contratos de largo plazo ha estado concentrado principalmente en tres actores, tanto en el SIC –Sistema Interconectado Central- como en el SING –Sistema Interconectado del Norte Grande-, con oportunidades limitadas al ingreso de nuevos inversionistas. Cabe sin embargo destacar que en años recientes se han incorporado pequeñas y medianas empresas de generación, con una capacidad total de unos 2000 MW, aunque sin alterar significativamente la concentración indicada. El desarrollo de un esquema de licitaciones de contratos, a partir de la Ley Corta II, ofrecía oportunidades para el ingreso de nuevos grandes actores, pero no se han logrado tales objetivos por debilidad en su aplicación”.⁹⁵

Es decir, se reconoce un mercado concentrado a pesar de las iniciativas legales y el esfuerzo de algunos proyectos de carácter privado de bajo alcance.

Con todo, los postulados de dicha comisión fueron cuestionados por un sector del mundo social, político y académico por posibles conflictos de interés de parte de sus integrantes; por lo que luego se conforma la “Comisión Ciudadana-técnico-parlamentaria para la política y la matriz eléctrica”, a la que se integran una serie de parlamentarios de la Concertación, académicos y organizaciones sociales. Que también sobre la situación del mercado eléctrico, indicó:

“El actual mercado eléctrico -integrado por un conjunto de empresas generadoras, trasmisoras y distribuidoras, que en 2010 generó 58.500 GWH (28) posee un alto grado de distorsión debido a la concentración de la generación en sólo 3 empresas, que generan y comercializan más del 84% de la energía en el SIC (Endesa, Colbún y Gener), y más del 94% de la participación en el mercado eléctrico del SING (E-CL, Gener y Gas Atacama) (29), las cuales, a través del sistema de licitaciones para el suministro de Clientes Regulados y contratos de largo plazo con Cliente Libres (30), tienen capturado el mercado eléctrico hasta el año 2020. Ello obstaculiza el ingreso de nuevas empresas

⁹⁵ (2) p. 80

a dicho mercado y obstruye la diversificación de la oferta en cuanto al tipo de tecnologías de generación eléctrica”.⁹⁶

Podemos apreciar, entonces, que a pesar de las diversas motivaciones y orientaciones políticas de las comisiones, ambas coinciden en que el mercado de generación de electricidad se encuentra excesivamente concentrado en tres actores. ¿Qué dice Herrera al respecto? Que es precisamente el principio de la subsidiariedad desvirtuado lo que genera situaciones como esta:

–“Pues se ha visto que la combinación de subsidiariedad preponderantemente negativa y severo resguardo de la propiedad individual ha permitido que el poder económico en Chile se vuelva oligopólico, a tal punto que casi todo debemos comprarlo en cadenas; además, la ausencia de actores suficiente entorpece la sana competencia y vuelve mucho más fáciles la colusión y los abusos”.⁹⁷

De lo que podemos interpretar, contrario sensu – agregamos nos -, que el principio de subsidiariedad en sentido virtuoso debiese combatir la concentración del mercado para generar una sana competencia, evitar la colusión y los abusos. Seguidamente, y planteado en positivo, una política subsidiaria para la generación de electricidad debiera orientarse a desactivar los oligopolios permitiendo el ingreso de nuevos actores para que de esa forma la producción de dicho servicio fuere más eficiente.

En su efecto, una eficaz manera de proceder a lo anterior sería obtener la colaboración del Estado por intermedio de la ENAP, para la constitución, en alianza con otras compañías privadas, de una sociedad que pueda efectivamente participar de dicho mercado. De esa manera, con un mercado más competitivo se podría lograr un cumplimiento más satisfactorio del fin específico.

Ahora, el autor referido no repara en la orientación que dicha intervención subsidiaria, de una sociedad mayor respecto de una menor, debe tener; más allá de cumplir de manera eficiente la función que se le encomienda. A diferencia de la Fundación Jaime Guzmán y del Instituto Res Pública, no existe para Herrera la

⁹⁶ (3) p. 32

⁹⁷(13) p. 105

prioridad de los privados, y por ende tampoco, la necesidad de que la intervención del Estado esté orientada a activar a las empresas para luego retirarse en el futuro, cuando éstas puedan desarrollar sus iniciativas de manera autónoma. En consecuencia cabrá aseverar que la ampliación del giro de la ENAP a los rubros de energía geotérmica y generación de energía eléctrica es una intervención del Estado coherente con la idea de subsidiariedad.

3.2.2.- "Dos conceptos de subsidiariedad: el caso de la educación"

Gonzalo Letelier Widow.

A diferencia de Herrera, este autor revela a la justicia, antes que la eficiencia, como elemento determinante para aplicar la subsidiariedad. Sin embargo, coincide con aquel en la idea de pensar este principio más allá de lo público y lo privado como espacios mutuamente excluyentes y cuyas expresiones paradigmáticas serían el Estado y el mercado; planteando en cambio que lo determinante es la dignidad que se le reconoce a las sociedades de distinta magnitud respecto del cumplimiento libre y autónomo de sus finalidades. Así, antes que definir dicotómicamente entre aquellas tareas que le corresponde cumplir al Estado o al mercado de forma exclusiva, lo esencial es que se respete a las sociedades menores en su desarrollo cuando éste sea pleno. Y si no es capaz de hacerlo por sus propios medios, entonces lo relevante será la orientación de la intervención de la sociedad mayor para ayudar a la menor a cumplir sus fines.

En todo el sentido propuesto, este autor plantea:

"El acto propio de la subsidiariedad positiva no consiste en reemplazar a alguien en una determinada actividad, sino en darle los medios para poder cumplirla, al punto de que, en aquellas ocasiones en que los particulares están totalmente incapacitados, el Estado efectivamente suple, pero no lo hace asumiendo directamente esa tarea, sino instituyendo una nueva sociedad particular que, en principio, *debería ser casi tan autónoma como si tuviera origen en la propia iniciativa de los particulares*".⁹⁸ Así, no

⁹⁸ (13)

advertimos cita que mejor exprese una reflexión en torno a la idea de subsidiariedad y calce más adecuadamente con la forma en la que el Estado colabora con empresas privadas como las que estamos analizando. En nuestro caso, ENAP aporta los medios, -es decir el capital-, en una situación donde, como se vio en el acápite anterior, los privados no son necesariamente lo más capacitados tanto para desarrollar proyectos de energía geotérmica como para romper con la situación oligopólica en el rubro de la generación de energía eléctrica. Dichos medios los aporta precisamente a una nueva sociedad particular que se instituya como la entidad que autónomamente desarrolle los proyectos y no la ENAP de forma directa. Sociedad particular cuya autonomía estaría asegurada, según hemos planteado ya en variadas ocasiones, por el límite al aporte de capital que se le impone a la ENAP; las obligaciones de información y publicidad que pesan sobre la sociedad, y el derecho de retiro de los accionistas minoritarios ante un eventual abuso por parte del Estado, supuesto dicha ENAP como socio controlador.

3.2.3.- Matías Petersen Cortés. Subsidiariedad, neoliberalismo y el régimen de lo público.

Este autor presenta dos ideas fuerza: la complejidad del paisaje institucional que una noción clásica de subsidiariedad comprende, y la crítica a la formulación neoliberal del concepto que la reduce a la intervención del Estado cuando se estime necesario subsanar fallas del mercado.

Acerca de la primera idea, Petersen da cuenta de la diversidad de sociedades mayores y menores que deben ser comprendidas en su propio mérito en función del principio de subsidiariedad en un sentido clásico; oponiéndose a la formulación neoliberal que, si bien reconoce dicha diversidad de asociaciones, la subsume a todas, de forma binaria, en el Estado o en el mercado.⁹⁹ Luego, siguiendo el razonamiento de este autor se puede afirmar que el caso analizado estaría precisamente constituyendo un espacio distinto de estas dos instituciones, que según la formulación neoliberal de la subsidiariedad agotarían el paisaje institucional. Esto, dado que en el caso de estudio no se hablaría ni del Estado ni del mercado por separado, sino que de

⁹⁹ (13) p. 150

una combinación de ambos a partir de una sociedad que incluye tanto a la ENAP como a empresas privadas. Sin embargo, dicha conclusión es necesario desecharla, al menos respecto del rubro de generación de electricidad; dado que - según hemos sostenido a lo largo de gran parte de este trabajo -, las condiciones que se le imponen a la “Sociedad X”, a pesar de tener aportes del Estado, la convierten en un actor más del mercado, ya sea porque debe funcionar en una serie de aspectos como sociedad anónima abierta al mercado, y bien porque se restringe al Estado a la vez que se protege a los demás accionistas ante situaciones que alejen a esta “Sociedad X” de un comportamiento de mercado, cuando ENAP logra instituirse como socio controlador.

Otra conclusión aparentemente correcta puede derivarse de la segunda idea que se revela en las reflexiones del autor en comentario: la crítica a la formulación neoliberal del concepto en cuanto reduce su dimensión positiva a la intervención del Estado ante eventuales fallas del mercado. Se sostuvo anteriormente que una de las razones coherentes con el principio de la subsidiariedad¹⁰⁰, para que el Estado intervenga en el rubro de la energía geotérmica y de generación eléctrica, es precisamente la incapacidad del mercado para cumplir de forma satisfactoria con sus fines. En una, por la ausencia de oferta; en otra, por la presencia de oligopolios.

Por consiguiente, a partir de ambas premisas podríamos arribar a la conclusión de que la participación de la ENAP en dichas áreas no constituye un ejemplo de subsidiariedad en su dimensión positiva. Sin embargo, ello sería erróneo desde el punto de vista que plantea este autor ya que su punto no es derribar el criterio de las fallas del mercado por su completa falsedad, sino que por su insuficiencia. Es decir, que una falla del mercado puede ser expresiva de la necesidad de intervención subsidiaria del Estado, pero aceptado que esa característica no es la condición exclusiva que examinar, el análisis no se agota con ella. Luego, sería necesario verificar otras condiciones, que en definitiva digan con la formulación clásica del principio en su sentido positivo, que llaman a la sociedad mayor a intervenir en las actividades de la menor, proporcionando los medios necesarios para que cumpla sus objetivos y de forma indirecta, de manera tal que respete su dignidad.

¹⁰⁰ Sobre todo a partir del razonamiento realizado por Herrera (13).

Como se vio en el acápite anterior, estas condiciones se cumplen incluso en su versión más refinada que es a partir de instituir una nueva sociedad que actúe de forma autónoma.

En síntesis, la invitación que hace el autor a pensar en espacios institucionales sustantivamente distintos del Estado y del mercado no se concreta en el caso particular de estudio. Esto, toda vez que a pesar de que ambos participan de manera conjunta en éste, las lógicas del mercado subsumen al Estado convirtiéndolo en un actor más del primero. De otra parte, la oposición a considerar la intervención de la ENAP en los mercados antedichos como subsidiariedad en su sentido positivo, que este autor podría representarse a partir de sus críticas a las formulaciones neoliberales del concepto, es solo aparente. El criterio neoliberal es insuficiente, pero en este caso específico llega a la misma conclusión que la formulación clásica de la idea de subsidiariedad.

3.2.4 Conclusiones.

Las ideas elaboradas en esta área de la intelectualidad buscan arribar a una mirada secular de la idea de subsidiariedad, en tanto se alejan del anti-estatismo propio de ideologías consolidadas durante la Guerra Fría. Su antídoto es en un caso la eficiencia, y en los demás, la dignidad de la persona humana y las asociaciones que se crean de forma libre.

Respecto de la eficiencia, cabe concluir que la participación de la ENAP en los rubros de energía geotérmica y generación de electricidad puede llevar a un mejor resultado dado que las empresas privadas no están dando abasto.

Y tanto para el Estado como para el Mercado, la exploración en el área de la energía geotérmica y en la generación de energía eléctrica hace necesario instituir una nueva sociedad; en la que la ENAP aporte los medios (capital) con un límite determinado, de tal forma que su eventual control no sea absoluto. En el caso de la electricidad, incluso se agregan una serie de obligaciones sobre la estatal, y derechos a los demás accionistas para proteger a éstos últimos de un Estado que controle la sociedad o las regulaciones al punto que les restrinja su libertad para cumplir la función que les es propia.

A diferencia de las ideas desarrolladas en el libro “Subsidiariedad. Verdad y Justicia”, estos autores no hacen énfasis en la temporalidad de la intervención de la sociedad mayor sobre la menor cuando sea necesaria. No relevan tanto como los otros la necesidad de que cuando la sociedad menor esté en condiciones de desarrollar de forma absolutamente independiente de la sociedad mayor la función que le corresponde, la sociedad mayor se deba retirar. Es decir, estos autores deberían abrazar con mayor seguridad que los anteriores la modificación que establece el artículo 3 de la Ley 20.897 como un ejemplo de acción subsidiaria del Estado.

3.4. Perspectiva crítica: Carlos Ruiz y Giorgio Boccardo.

Para estos autores el Estado chileno, luego de la intervención cívico - militar de 1973, ha orientado su acción para beneficio e intereses de grupos empresariales determinados¹⁰¹; orientación que ha permitido la acumulación de riqueza empresarial a partir de tres fenómenos principalmente: una primera ola de privatizaciones de las empresas que otrora fueran del Estado; una segunda ola de privatización de servicios sociales que fueran responsabilidad del Estado en su momento; y tercero, una focalización del gasto social hacia los sectores más desposeídos en forma de subsidios.¹⁰²

En los términos de los teóricos de la subsidiariedad precedentemente analizados, la realización de privatizaciones, tanto de empresas estatales como de servicios sociales, podrían corresponderse con una concreción de dicho principio en su faz negativa. Es decir, abstención de la sociedad mayor (en este caso el Estado) en función de actividades que pueden ser desarrolladas por asociaciones menores (empresas privadas) de forma libre y eficiente. En cambio, la focalización del gasto social en los “verdaderos pobres” se correspondería con un acto de subsidiariedad en su

¹⁰¹ (16) p. 34

¹⁰² (15) p. 24

dimensión positiva en la medida en que dichos subsidios suponen una ayuda a los individuos que no son capaces de satisfacer sus necesidades a partir de sus propios medios.

Sin embargo, para estos autores, privatizaciones y subsidios son dos caras de la misma moneda: acumulación de riqueza en favor de ciertos grupos empresariales cuyas rentas se ven aseguradas a partir de la acción estatal. No es por medio del mercado que dicho poder económico se gestaría-, sino que a través de la política estatal; sobre todo respecto de una primera ola de privatizaciones, ya que habrían operado por medio de licitaciones a precios ostensiblemente más bajos a los del mercado. Sin embargo, en la segunda ola de privatizaciones la operación es más sofisticada; se crean mercados donde antes no existían, esto es, en el ámbito de los servicios sociales como la educación, la salud y la previsión, para que luego las empresas que participan de dicho mercado rentan a partir de los subsidios que el Estado hace a la demanda para que acudan a sus centros educacionales, de salud o AFP's¹⁰³.

De este modo, el Estado interviene activamente en la producción de estos nichos de acumulación que son regulados y subvencionados por él.

Ahora, el punto central de la reflexión de Ruiz y Boccardo, a interés de este ensayo, es que el Estado nunca se ha restado de la economía como rezan algunos ideologismos en boga, sino que tiene una orientación determinada en favor de grupos empresariales, todo un andamiaje que es justificado teóricamente por la idea de subsidiariedad.

Hasta el momento hemos aseverado que, en términos generales y salvo algunos elementos¹⁰⁴, la ampliación del giro de la ENAP es coherente con el principio de subsidiariedad según los teóricos de dicho concepto; avocándonos, seguidamente, a reflexionar si es que la reforma legal y estructural empresarial implica

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ En particular la idea defendida por Jaime Guzmán y sus seguidores de que el Estado luego de actuar e intervenir una situación cuando se estima que es necesario según la dimensión positiva de la subsidiariedad, y en el futuro los privados logran desarrollar los medios necesarios para cumplir con sus finalidades sin necesidad de la ayuda del Estado, entonces este último debe retirarse.

subsidiariedad en la visión de los autores. Esto es, si abre mercados donde no los hay, y dentro de ellos asegurar su renta a partir de regulación y subsidios.

Veamos, primero, si es que esta acción subsidiaria del Estado fomenta el mercado o por el contrario lo restringe. Pues bien, en el caso de la energía geotérmica existe un mercado que sin embargo este es considerablemente reducido. Solo existen en el país 32 concesiones de exploración y nueve de explotación vigentes a 2016; y hasta la fecha ninguna de ellas estaría en etapa de producción. Una de las principales barreras para desarrollar estos proyectos han sido las financieras, dentro de las que encontramos los altos costos de exploración, contratación de especialistas extranjeros, tanto como la ausencia de beneficios de parte del Estado hacia los empresarios geotérmicos.¹⁰⁵

Por ende, una de las barreras de entrada al mercado de la energía geotérmica estaría siendo precisamente la ausencia de financiamiento por parte del Estado a las empresas dedicadas a ese rubro. Con dicha ayuda se podría levantar en alguna medida las otras dos aristas de esta barrera de tipo financiera, en tanto esos recursos entregados por el Estado podrían ser destinados a costear los gastos en exploración y en personal calificado. Ahora bien, ¿en qué medida el artículo 3 de la Ley 20.897 se relaciona con lo anterior?: en tanto la participación que hace el Estado por intermedio de la ENAP es precisamente otorgando financiamiento a la actividad geotérmica por la vía de aportes de capital. De esta manera, se incentiva que más empresarios interesados incursionen en un negocio cuya fuente de financiamiento importante será el Estado que constituyéndose como socio, aportará un capital que no puede alcanzar las dos terceras partes del total de las acciones. Eso permitiría el ingreso de nuevos actores y la consolidación de un mercado más competitivo. Así, en este caso, más Estado es más mercado.

El caso de la generación de energía eléctrica es diferente, porque no es que exista un mercado muy reducido, sino que éste ha sido capturado por tres actores oligopólicos. Sin embargo, la intervención del Estado tiene efectos similares en tanto le imprime mayores niveles de competencia al mercado, financiando con aportes de capital

¹⁰⁵ (17) p. 38

el ingreso de nuevos actores. Aquí las barreras de entrada son precisamente los actores ya existentes y para competir con ellos la colaboración del Estado resultaría beneficiosa. Por último, la “Sociedad X” en materia de energía eléctrica deberá regirse por las normas de publicidad e información de las sociedades anónimas abiertas contemplada en la Ley N° 18.046.

Por último, la participación en estos mercados es acompañada de una regulación que aseguraría la renta, o al menos genera resguardos ante eventuales perjuicios económicos que se deriven de tener al Estado como socio. ENAP es la empresa accionista que correría con la desventaja respecto de los otros en tanto tiene un límite de participación social, según dispone la ley. Por otro lado, tener al Estado como socio, supone una garantía en la medida en que ante una modificación de la regulación de servicios eléctricos que perjudique a los socios, bajando la calificación de sus acciones, por ejemplo, con una disminución del precio de la energía eléctrica, aplica el derecho de los accionistas a retirarse de la “Sociedad X” cobrando el precio de sus acciones (art. 69 bis de la Ley N° 18.046).

De este modo, la existencia de este nuevo actor puede, en tanto, disminuir el poder del mercado de quienes antes poseían una posición oligopólica, y facilitar el ingreso de otras empresas de carácter privado. Éstas, a su vez, tendrían la ventaja respecto de la “Sociedad X” de no tener que contar con autorizaciones de los ministerios de Energía y de Hacienda para realizar sus operaciones. Luego, la regulación y ayuda de subsidio estatal de la ganancia privada no sólo sería respecto de los socios privados de la ENAP, sino que también puede resultar beneficioso respecto de sus competidores en la medida en que se abra el mercado de generación de electricidad.

3.4.1. Conclusión.

En definitiva, esta ampliación del giro de la ENAP de carácter subsidiaria, puede seguir la misma línea del Estado subsidiario de las últimas décadas, según el análisis de los sociólogos Ruiz y Boccardo.

O sea, crear y/o fomentar mercados como también asegurar ganancia privada a partir de regulación y subsidio estatal. En el caso concreto, esto sería posible tanto gracias al aporte de capital que realizaría la ENAP, como por las limitaciones de participación social, los derechos de los accionistas minoritarios frente a un Estado controlador, y los costos de transacción que implicarían para la “Sociedad X” realizar actividades en el mercado con la necesaria autorización de los ministerios de Energía y el de Hacienda.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES

A modo de conclusión podemos afirmar que la hipótesis, sí se verifica; y tal se trasluce desde el comienzo, el debate público actual sufre de una opacidad que dificulta una discusión seria, una de cuyas expresiones es el silogismo de que a más Estado menos mercado. Pues bien, a partir del análisis de las distintas visiones respecto de cómo la idea de subsidiariedad se ha desarrollado en Chile, dicho razonamiento resulta falaz.

Un ejemplo de la posibilidad de que la participación del Estado puede implicar una activación del mercado es precisamente la modificación que introduce el artículo 3 de la Ley 20.897.

La Fundación Jaime Guzmán y el Instituto Res Pública plantean que tanto la dimensión positiva como negativa de la subsidiariedad deben orientarse a activar la iniciativa privada. En tal perspectiva, no es una cuestión cuantitativa sino que cualitativa hacia donde se orienta la omisión o acción estatal. En ese sentido, vimos que la participación indirecta de la ENAP por medio de un aporte de capital a una sociedad que funcione prácticamente como una sociedad anónima abierta, es decir, de carácter privado y abierta al mercado, es una demostración de cómo el Estado puede entrar a activar el mercado mismo e inyectarle mayor competitividad. Sin embargo, el único matiz que debemos reconocer a partir del conjunto de ideas de este grupo de pensadores,

radica en el hincapié de que la intervención del Estado sea siempre temporal. Es decir, que cuando los privados estén en condiciones de desarrollar las iniciativas por sus propios medios, el Estado deberá retirarse. En definitiva, y para el caso en reflexión que ha ocupado las páginas precedentes, ello será una incógnita en tanto dependerá de la voluntad del Ministro de Hacienda de turno, quien es el designado por la Ley para autorizar gran parte de las acciones que la ENAP emprenda en este ámbito.

Por otro lado vimos que, esta vez sin matices, a partir de las ideas del Instituto de Estudios de la Sociedad, nuestra hipótesis también se confirma. Este sector alude principalmente al desarrollo libre y digno de las distintas asociaciones en general y no solo las subsumidas por el Estado o por el mercado. Pues bien, en términos gruesos eso no obsta a entender esta intervención del Estado en tanto asociación mayor, para ayudar a otros actores privados para que a partir de sus propios medios puedan desarrollar sus iniciativas. Las limitaciones a la participación social, los derechos de los accionistas minoritarios a retirarse cuando sean víctimas de abusos por parte del Estado, y la burocracia general que pesa sobre la ENAP para operar en los mercados de geotermia y generación de electricidad, dan cuenta de lo anterior.

Por último, con la visión crítica de la subsidiariedad de Carlos Ruiz y Giorgio Boccardo, podemos reconocer en esta modificación legal una nueva puerta que se abre para la acumulación privada a costa del Estado. La ENAP opera en dichos rubros como un actor privado más, activando el mercado, por lo que beneficiaría a todos los actores que participen en él, pero también a sus socios en tanto les abre interesantes oportunidades de negocio que antes no poseían.

BIBLIOGRAFÍA

1. CEGA, GEOTERMIA EN CHILE [en línea]
<http://www.cega.ing.uchile.cl/informacion-de-interes/geotermia-en-chile/>
[consulta: 07-12-2016]
2. COMISIÓN ASESORA PARA EL DESARROLLO ELÉCTRICO, 2011.
Informe de la Comisión Asesora para el desarrollo eléctrico. [en línea]
<http://generadoras.cl/wp-content/uploads/111100-Informe-Comisi%C3%B3n-Asesora-para-el-Desarrollo-El%C3%A9ctrico-CADE.pdf> [consulta: 07-12-2016]
3. COMISIÓN CIUDADANA-TÉCNICO-PARLAMENTARIA PARA LA TRANSICIÓN HACIA UN DESARROLLO ELÉCTRICO LIMPIO, SEGURO, SUSTENTABLE Y JUSTO. 2011. Chile necesita una gran reforma energética. [en línea]
http://www.patagoniasinrepresas.cl/final/dinamicos/chile_necesita_una%20gran_reforma_energetica.pdf [consulta: 07-12-2016]
4. CHILE, Ministerio de Economía. 1950. Ley 19.618: FIJA COMO PROPIEDAD DEL ESTADO TODOS LOS YACIMIENTOS PETROLÍFEROS QUE SE ENCUENTREN EN EL TERRITORIO NACIONAL. 19, junio, 1950.
5. CHILE, Ministerio de Hacienda. 1975. Decreto Ley 1.056: Determina normas complementarias relativas al gasto público y al mejor ordenamiento y control del personal.
6. CHILE, Ministerio de Hacienda 1975. Decreto Ley 1.263: Decreto Ley Orgánico de Administración del Estado. 28, noviembre, 1975
7. CHILE, Ministerio de Hacienda. 1981. Ley 18.046: sobre sociedades anónimas. 22, octubre, 1981.
8. CHILE, Ministerio de Hacienda. 1981. Ley 18.045: mercado de valores. 21, octubre, 1981.

9. CHILE, Ministerio de Hacienda. 1982. Decreto 18.196: Normas complementarias de la administración financiera, personal y de incidencia presupuestaria. 29, diciembre, 1982.
10. CHILE, Ministerio de Minería. 1987. DFL N° 1: Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 9.618. 24, abril, 1987.
11. CHILE, Ministerio de Hacienda 2006. Ley 20.128: Sobre responsabilidad fiscal.
12. CHILE, Ministerio de Energía. 2016. Ley 20.897: QUE ESTABLECE FRANQUICIA TRIBUTARIA RESPECTO DE SISTEMAS SOLARES TÉRMICOS; LA LEY GENERAL DE SERVICIOS ELÉCTRICOS Y LA LEY QUE CREA LA ENAP. 05, febrero, 2016.
13. INSTITUTO DE ESTUDIOS DE LA SOCIEDAD. 2015. SUBSIDIARIEDAD. MÁS ALLÁ DEL ESTADO Y DEL MERCADO. Santiago, Pablo Ortúzar.
14. INSTITUTO RES PÚBLICA y FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN. 2016. SUBSIDIARIEDAD EN CHILE. Justicia y Libertad. Santiago, Claudio Arquero y Álvaro Iriarte.
15. NODO XXI. Avanzar en Educación Superior Pública sin recursos adicionales. En <https://es.scribd.com/document/283866427/Avanzar-en-Educacion-Superior-Publica-Sin-Recursos-Adicionales>. 13-01-2017
16. RUIZ, C y BOCCARDO, G. 2014. LOS CHILENOS BAJO EL NEOLIBERALISMO. Clases y conflicto social. Santiago, El Desconcierto.
17. RUIZ, C. 2015. De nuevo la sociedad. Santiago, LOM Ediciones.
18. SALDIVIA OLAVE, Miguel. 2011. Barreras de entrada a la Geotermia en Chile. Memoria para optar al título de abogado. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

