



La actividad empresarial estatal general: régimen y fiscalización

Autor

Pedro Harris
pharris@bcn.cl

Nº SUP: 136903

Resumen

La actividad empresarial del Estado puede sujetarse a distintos regímenes, según se desarrolle de manera directa, a través de empresas públicas creadas por ley, o de forma indirecta, mediante la participación estatal en organizaciones que no forman parte de su administración. Ante ambas formas de actividad empresarial, existen funciones de fiscalización ejercidas por la Contraloría General de la República y el Congreso Nacional. Frente a actividades desarrolladas por empresas del Estado, es posible también observar controles de tutela o supervigilancia, desarrollados en general por el Ministerio a través del cual se relacionan con el Gobierno.

Introducción

Las funciones de la Administración del Estado tradicionalmente han distinguido las actividades de limitación y de prestación¹. Las actividades de prestación pueden ejercerse mediante la forma de servicio público o de empresa². De ejercerse por empresas, a su vez, esta puede desarrollarse bajo la modalidad de empresas creadas por ley, conocidas tradicionalmente como empresas del Estado, o de sociedades en las cuales este tiene participación. Mientras que en el primer caso la persona jurídica que ejerce dicha actividad se integra a la Administración (conforme al art. 1 inc. 2º de la Ley 18.575, Bases Generales de la Administración del Estado) -sujetándose de esta forma a las disposiciones aplicables a la actividad administrativa, sin perjuicio de diferentes derogaciones por especialidad-, en el segundo supuesto se excluye la aplicación de dicho régimen, siendo aplicables las reglas del derecho privado.

Aunque a partir de la distinción anterior podría interpretarse que los mecanismos de control de la actividad empresarial del Estado serían únicamente aplicables a las empresas públicas creadas por ley (I), diferentes disposiciones extienden esta fiscalización a sociedades que no forman parte de la Administración (II). A solicitud parlamentaria del Congreso Nacional, el presente informa analiza tales aspectos.

¹ Delpiazzi (2020), p. 49.

² Soto Kloss (2000), p. 335 y ss.

1. El régimen general de la actividad empresarial estatal

A diferencia de otros países, el régimen de las actividades empresariales de la Administración en nuestro país carece de un cuerpo legal único. Si se considera que toda actividad empresarial del Estado requiere ser autorizada por ley (debido a que, conforme al art. 19 N° 21 inc. 2° de la Constitución: “El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza”), pueden identificarse en cada actividad empresarial desarrollada por la Administración textos legales de carácter especial (conformados por la propia legislación de quórum calificado que autoriza la intervención del Estado en una actividad económica, bajo una forma empresarial) y otros de naturaleza general, siendo estos principalmente referidos a las disposiciones básicas aplicables en la materia, conforme a la Ley 18.575, Bases Generales de la Administración del Estado.

En efecto, la Ley 18.575, Bases Generales de la Administración del Estado, distingue distintas formas de intervención del Estado en materia económica. La primera de ellas supone la voluntad de crear una empresa del Estado, caso en el cual el órgano se integra a la Administración (según el art. 1 inc. 2° de la Ley 18.575 “La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos (...) las empresas públicas creadas por ley), sin perjuicio que, constitucionalmente, se traten de actividades “sometidas a la legislación común aplicable a los particulares”³, y que sus actos no se regulen por la legislación general aplicable a la Administración (al ser excluidos de la Ley 19.880, Bases de los Procedimientos Administrativos⁴, celebrando en rigor tales órganos actos de comercio⁵).

Se tratará entonces de una actividad desarrollada por una persona jurídica de derecho público, separada de la actividad desarrollada por la Administración centralizada o fiscal, la cual gozará también de patrimonio propio⁶. Tal es el caso de diferentes empresas del Estado, ya sea que su creación haya sido prevista con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1980 –como es el caso de Codelco Chile, definida como “una empresa del Estado, minera, industrial y comercial, con personalidad jurídica y patrimonio propio” (art. 1 del Decreto Ley 1350 de 1976)–, o bien posteriores a su entrada en vigor –como ha sido el caso de las empresas portuarias que, conforme al art. 2 de la Ley 19.542, que moderniza el sector portuario del Estado, son definidas como “personas jurídicas de derecho público (...) con patrimonio propio”–, sin perjuicio de relacionarse con el Presidente de la República a través de un ministerio⁷.

³ Art. 19 N° 21 inc. 2° de la Constitución.

⁴ Art. 2 de la Ley 19.886. Es posible observar exclusiones similares en materia de contratos administrativos, al haber dispuesto el art. 1 inc. 2° de la Ley 19.880, Bases de los Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, que “[p]ara los efectos de esta ley, se entenderán por Administración del Estado los órganos y servicios indicados en el artículo 1° de la ley N°18.575, salvo las empresas públicas creadas por ley y demás casos que señale la ley”.

⁵ Soto Kloss (2012), p. 259.

⁶ Latorre (2008), p. 223 y ss.

⁷ En el mismo sentido: art. 1 del DFL 1 de 1994, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley orgánica de la Empresa de Ferrocarriles del Estado, conforme al cual “[l]a Empresa de los Ferrocarriles del Estado es una persona jurídica de derecho público, constituye una empresa autónoma del Estado, dotada de patrimonio propio”; art. 1 de la Ley 19.132, que crea la Empresa Televisiva del Estado, según el cual “Televisión Nacional de Chile es una persona jurídica de derecho público y constituye una empresa autónoma del Estado, dotada de patrimonio propio; y art. 1 del DFL 10 de 1982, que crea “una persona jurídica de derecho público que se de-

Contrario a lo que podría pensarse, esta forma de actividad empresarial del Estado carece de un régimen uniforme. En gran medida ya que las empresas públicas han sido excluidas del Título II de la Ley 18.575, Bases Generales de la Administración del Estado (que establece, entre otros aspectos, las reglas generales sobre “organización y funcionamiento”⁸), al disponer el art. 21 inc. 2º de dicha ley que, entre otros organismos de la Administración, “[l]as normas del presente Título no se aplicarán a (...) las empresas públicas creadas por ley, órganos que se regirán por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según corresponda”. Para determinar las características específicas del régimen aplicable, deberá estarse por tanto a las particularidades de la ley que crea cada empresa, que autoriza también la intervención estatal en la materia.

Si, en cambio, el Estado no autoriza la creación directa de una empresa estatal, tendrá lugar una segunda modalidad de intervención de la Administración en materia económica, que consistirá en habilitar su intervención en una sociedad de la cual aquella formará parte. Esta modalidad ha sido prevista tanto en la Constitución (al haberse dispuesto en su art. 19 N° 21 inc. 2º que el Estado podrá “participar” en actividades económicas), como en el art. 6 de la Ley 18.575, de Bases Generales de la Administración, al señalar que “[e]l Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser un quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales”, precisando en cualquier caso que “[l]as entidades a que se refiere el inciso anterior no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas”⁹.

2. La fiscalización general de la actividad empresarial estatal

Cualquiera sea la forma en que se desarrolle una actividad empresarial de la Administración (esto es, de manera directa, por ser una empresa del Estado, o bien indirecta, por tratarse de una sociedad en la que este participa), diferentes textos legales pueden atribuir facultades de control o fiscalización. En principio, se tratan de facultades que pueden ser ejercidas por parte de la misma Administración activa (a través de un órgano que detenta la tutela o supervigilancia de la empresa del Estado que fuera creada), de la Contraloría General de la República (cuyas atribuciones pueden extenderse a dichos organismos) y, en fin, del Congreso Nacional, en particular a través de las facultades de fiscalización que le son otorgadas a la Cámara de Diputadas y Diputados, en distintas disposiciones constitucionales y legales.

A diferencia de los restantes controles (ejercidos por la Contraloría General de la República y por el Congreso Nacional, en especial a través de la Cámara de Diputadas y Diputados), la fiscalización ejer-

nominará Empresas de Correo de Chile”, como “organismo de la administración autónoma del Estado, con patrimonio propio”.

⁸ Párrafo 1º del Título II.

⁹ Algunas empresas del Estado han establecido un régimen especial, que podría limitar la aplicabilidad directa de ciertas reglas generales. V.gr.: art. 25 del Decreto Ley 1325, conforme al cual “Las normas legales dictadas o que se dicten para las Empresas del Sector Público, Empresas del Estado, sociedades con participación estatal u otra denominación semejante, sólo serán aplicables a la Corporación Nacional del Cobre de Chile en caso de que se haga referencia expresa a ella en la norma legal”. Con relación a sus efectos en el régimen del personal, véase: Opazo (2020).

cida por la propia Administración activa no siempre está presente, pudiendo desarrollarse en la medida que la legislación aplicable a una empresa del Estado, junto con autorizar su creación, hubiese establecido también controles de tutela o supervigilancia (que, a diferencia de aquellos de naturaleza jerárquica, sólo existen en la medida que una disposición especial los hubiese establecido de manera específica en cada caso¹⁰), sin perjuicio de las fiscalizaciones generales a los cuales la actividad pudiera sujetarse, como resultado de la aplicación de las reglas generales de control (a través de los funciones usuales ejercidas sobre toda persona natural o jurídica, como frente a las Superintendencias de un sector)¹¹.

Una segunda forma de control es aquella ejercida por el Congreso Nacional. Por una parte, ya que el art. 8 de la Ley 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, establece el deber de la Administración (que comprende a las empresas del Estado¹²), y de las empresas en que el Estado tenga representación o aportes de capital mayoritario, de remitir al Poder Legislativo “memorias, boletines y otras publicaciones que contengan hechos relevantes concernientes a sus actividades” (art. 8). Y, por otro, ya que el art. 9 A de dicha ley dispone que “[l]as empresas públicas creadas por ley, las empresas del Estado y las sociedades en que éste tenga aporte, participación accionaria superior al cincuenta por ciento o mayoría en el directorio (...) [sin importar su régimen]¹³ deberán proporcionar los informes y antecedentes específicos que les sean solicitados por las comisiones de las cámaras o por los parlamentarios debidamente individualizados en sesión de Sala, o de comisión¹⁴, estableciéndose también facultades de citación a sus representantes legales en el ámbito de las comisiones especiales investigadoras¹⁵.

¹⁰ Valdivia (2018), p. 328.

¹¹ V.gr.: Art. 31 del DFL 1 de 1994; art. 25 de la Ley 19.132.

¹² Art. 1 inc. 2° de la Ley 18.575, Bases Generales de la Administración del Estado.

¹³ La facultad se extiende a empresas “cualquiera sea el estatuto por el que se rijan, incluso aquellas que de acuerdo a su ley orgánica deban ser expresamente mencionadas para quedar obligadas al cumplimiento de ciertas disposiciones” (art. 9 A de la Ley 18.918).

¹⁴ El art. 9 A de la Ley 18.918 dispone: “no estarán obligadas a entregar los informes y antecedentes cuando éstos:

a) Se refieran a hechos o antecedentes que tengan el carácter de reservado, de conformidad a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 10 de la ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores; o

b) Contengan información sujeta al deber de reserva establecido en el artículo 43 y en el inciso tercero del artículo 54 de la ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas; o

c) Sean documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política.

Para invocar cualquiera de estas causales, será necesario un acuerdo previo adoptado por las tres cuartas partes de los miembros en ejercicio del órgano colegiado encargado de la administración de la empresa o sociedad, o de todos los administradores cuando aquella no corresponda a un órgano colegiado.

Si las comisiones o los parlamentarios insisten en su petición, la empresa o sociedad estará obligada a proporcionar los antecedentes o informes solicitados, salvo que requiera a la Contraloría General de la República para que, previo informe de la Superintendencia de Valores y Seguros, resuelva que concurre alguna de las causales señaladas precedentemente.

Para los casos en que el informe emitido por la Superintendencia de Valores y Seguros establezca que la negativa de la empresa a proporcionar la información requerida no se encuentra amparada en alguna de las causales señaladas en el inciso tercero, la Contraloría General de la República fijará un plazo para que dicha información sea proporcionada.

En ningún caso las peticiones de informes importarán el ejercicio de las facultades señaladas en el párrafo segundo de la letra c) del número 1) del artículo 52 de la Constitución Política”.

¹⁵ Art. 54 inc. 4° de la Ley 18.918.

En fin, una tercera forma de fiscalización es desarrollada por la Contraloría General de la República. Conforme al art. 16 de la Ley 10.336: “Los Servicios, Instituciones Fiscales, Semifiscales, Organismos Autónomos, Empresas del Estado y en general todos los Servicios Públicos creados por ley, quedarán sometidos a la fiscalización de la Contraloría General de la República, sin perjuicio del control que ejerce la Superintendencia de Bancos sobre el Banco Central y el Banco del Estado de Chile, del que cumple la Superintendencia de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio sobre el Instituto de Seguros del Estado y la Caja Reaseguradora de Chile y del que desarrolla la Superintendencia de Seguridad Social sobre las instituciones y entidades sometidas actualmente a su fiscalización”.

Contrario a lo que podría pensarse, este control no sólo recae respecto de empresas del Estado, sino también en aquellas en las cuales éste tiene participación. Conforme al art. 16 de la Ley 10.336, de la Contraloría General de la República, ya referido anteriormente: “También quedarán sujetas a la fiscalización de la Contraloría General las empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o participación, para los efectos de cautelar el cumplimiento de los fines de estas empresas, sociedades o entidades, la regularidad de sus operaciones, hacer efectivas las responsabilidades de sus directivos o empleados, y obtener la información o antecedentes necesarios para formular un Balance Nacional” (inc. 2°).

Referencias

Delpiazzo, Carlos (2020). Actividad prestacional y derechos sociales, Revista Derecho y Sociedad, núm. 54.

Latorre, Patricio (2008). Las sociedades estatales en el ordenamiento jurídico chileno: naturaleza, límites y controles de sus actividades, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, núm. 35.

Opazo, Valeska (2020). Empresas del Estado y su vinculación al Derecho Público Chileno en materia laboral, Revista de Derecho (Coquimbo), vol. 27.

Soto Kloss, Eduardo (2000). Las sociedades del Estado, Revista de Derecho Administrativo Económico, vol. II, núm. 2.

Soto Kloss, Eduardo (2012). Derecho Administrativo – Temas Fundamentales. Santiago, Legal Publishing.

Valdivia, José Miguel (2018). Manual de Derecho Administrativo. Valencia, Tirant lo Blanch.

Nota aclaratoria

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de

ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0
(CC BY 3.0 CL)