

LAS SOCIEDADES DEL ESTADO

EDUARDO SOTO KLOSS

Profesor de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho Universidad Católica de Chile

LAS SOCIEDADES DEL ESTADO

1. Cuando se habla de "sociedades del Estado" se está hablando de "actividad empresarial del Estado" (art. 19 N° 21 inc. 2° de la Constitución), lo que jamás debe olvidarse en toda exposición y argumentación del tema¹.

Además, esa actividad empresarial del Estado, sea que la desarrolle o participe en ella, no tiene otro fin –ni puede constitucionalmente tener otro– que estar "al servicio de la persona humana" y para "promover el bien común", que es la única finalidad del Estado (art. 1° inc. 4° de la Constitución).

En otros términos, son entidades de las que se vale el Estado para su específica y única finalidad, según la Constitución: promover el bien común de la sociedad política, de la comunidad nacional, en el orden temporal, estando al servicio de las personas, reales y concretas, que conforman nuestra Nación.

Si se advierte, son entidades instrumentales –como todos los organismos del Estado, y como el Estado mismo– creados para el bien

común, para una finalidad de servicio a las personas, única razón de su ser, de su existir, y de su obrar².

2. Para ir precisando el término, cabría agregar que son entes "societarios" –como la palabra "sociedades" lo indica–, lo que equivale a decir que están configurados por más de una persona, jurídica en este caso, ya que supone la sociedad un "consorcio", es decir, dos o más personas reunidas con un fin común³.

Y son "del Estado", es decir el Estado o sus organismos son sus socios, son los que le constituyen y conforman; son, por ello, los dueños del capital o patrimonio social, ya que su fin no puede ser otro que el bien común de la sociedad política en el orden temporal. La partícula "del" nos indicaría, pues, la pertenencia de esos entes societarios; "son del Estado"⁴.

¹ La propia Contraloría General de la República (Dictamen 012720/27.5.92) recalca muy pertinentemente que es actividad empresarial del Estado tanto la realizada por las empresas del Estado como por aquellas sociedades en que este tiene participación, sin que sea necesario "distinguir la naturaleza de la empresa a través de la cual se realiza" (en Gaceta Jurídica N° 143 (1992) p. 156 col. 2 infra). Para la "actividad empresarial del Estado" y su excepcionalidad, vid. nuestro *La actividad económica en la Constitución (la primacía de la persona humana)*, en *Ius Publicum* 2 (1999) 119-128.

² Sobre el carácter accidental e instrumental del Estado en nuestra Constitución, vid. nuestro *Derecho Administrativo*, tomo II, pp. 13-19 y 145-154. Para la "servicialidad del Estado" (art. 1° inc. 4° de la Constitución), vid. el volumen 57/58 (1995) de la Revista de Derecho Público, con trabajos nuestro, de Silva Bascuñán, Moreno Valencia, Molina Guaita, Cerda Medina y Salazar Sánchez.

³ No se olvide que "socius" es compañero (y compañero de alguien, de un otro), con quien se tiene algo en común; supone necesariamente alteridad, otros sujetos con quien "asociarse", formar compañía. De allí lo absurdo de una "sociedad" de un solo sujeto o socio; hay allí una contradicción intrínseca.

⁴ ¿Podría ello llevar a decir que son "sociedades privadas del Estado", como se ha dicho? ¿Como si se tratara de "propiedad privada" del Estado? Veremos más adelante lo errado de tal afirmación, que olvida que todo el Estado no es sino un "instrumento" al servicio de la persona

Pero cuando decimos "del Estado" no solo se está expresando pertenencia; se está, asimismo, expresando que son entes u organismos que manifiestan el Estado, son *formas de expresión estatal*, son medios, instrumentos, modos de ser, del propio Estado; "son el Estado" bajo otra modalidad de configuración jurídica. No se olvide que el Estado no solo se manifiesta como Estado propiamente tal, y ello especialmente en el plano internacional, sino además y en el plano interno como fisco, como municipalidades, como instituciones/organismos autónomos⁵, como fondos, como gobiernos regionales, como empresas del Estado, en fin como "sociedades del Estado".

3. Ahora bien, ¿qué tipos de "sociedades del Estado" se dan en nuestro ordenamiento organizativo? o por el contrario ¿se trata de un género homogéneo y unitario?

Debe señalarse que no se trata de un tipo homogéneo de entes u organismos, ya que existe una variada gama de ellas, dada su actividad, dada su finalidad y dada su estructura, si bien en su mayoría tienen una configuración jurídica de sociedades anónimas.

a) Atendiendo a su actividad las hay que administran un *servicio público* de juegos de azar, como "Polla Chilena de Beneficencia S.A." (Ley 18.851); o bien tienen a su cargo el servicio público de transporte subterráneo de pasajeros por ferrocarril, como "Metro S.A." (Ley 18.772), o bien dicho transporte pero por ferrocarril terrestre, como la "Empresa de Transporte Ferroviario S.A." (Ley 18.871/sector Calera a Iquique), o se les ha encargado por la ley la administración de una zona franca, como la llamada "Junta de Administración y Vigilancia de la Zona

Franca de Iquique" (Ley 18.846); o tienen a su cargo por ley el servicio público sanitario, como las once (11) "Empresas de Servicios Sanitarios" regionales (Ley 18.885), más la Metropolitana (Emos S.A., Ley 18.777) y la de la Quinta Región (Eskal S.A., Ley 18.777)⁶.

Valga señalar que todas estas que son hoy "sociedades anónimas del Estado" han sido antes de su configuración como tales, o empresas del Estado (como "Polla Chilena" cit., o las "Sanitarias"), o instituciones (como la "Junta de Administración" cit.) o incluso órganos fiscales (como la "Dirección General de Metro"), de las que son sus sucesoras legales.

b) Si se atiende a su finalidad, se encontrará que en su mayoría tienen una finalidad bien marcada de servicio público, incluso monopólico (como v. gr. "Polla de Beneficencia" cit., "Metro" cit., "Sanitarias" cit.), aun cuando otras son puramente de finalidad comercial, como la extracción de carbón (v. gr. "Enacar S.A.")⁷.

c) En cuanto a su estructura, las "sociedades del Estado" se han alineado en los últimos años bajo la forma jurídica de "sociedad anónima", como ocurre en casi todos los ejemplos que hemos señalado; resta solo como excepción la antigua "Sociedad de Transportes Marítimos Chiloé-Aysén"/Transmarchilay, que ha sido constituida como sociedad estatal de responsabilidad limitada, lo que aparece como una curiosidad, ciertamente, y que se justificara por razones puramente históricas (hoy casi enteramente privada y con un mínimo de acciones en poder del Estado, 91% contra 9%).

La figura de sociedad anónima del Estado se ha instrumentado con la participación del Estado-Fisco y del Estado-Corfo (Corporación de Fomento de la Producción), con porcentajes de aporte estatal diverso según cada caso, y en que ambos son los únicos socios que configuran el ente societario, si bien hay excepciones en cuanto a que en algunas podría darse un porcentaje de participación privada ínfimo.

humana, y puesto que es una persona jurídica pública "finalizada integralmente al bien común", carece de "privacidad", de algo privado, como si se tratara de un sujeto natural/ser humano; nada le pertenece como suyo *para sí*, ya que no existe sino *para otros*, lo que determina ontológica y teleológicamente su ser y su obrar. Y no se olvide que es "actividad empresarial del Estado" la que realizan (art. 19 N° 21 inc. 2°). Que son órganos del Estado lo ha afirmado recientemente por unanimidad la Corte Suprema (31.1.2000) en el amparo económico *Asociación Nacional de la Prensa A. G. con Metro S.A.* (rol 248-00), consid. 1°, 2°, y especialmente 3°, amparo acogido, en *Ius Publicum* 4 (2000) 170-172, con comentario nuestro (185-190).

⁵ Para utilizar la expresión atécnica de la Constitución en sus arts. 55 o 62 inc. 4° N° 2.

⁶ Hoy en cierta medida privatizadas, al haberse vendido a particulares paquetes accionarios de ellas.

⁷ Si bien enteramente deficitaria y carente de toda justificación racional su mantención por el Estado, es decir, por todos los contribuyentes del país.

4. ¿Qué caracteriza a las llamadas "sociedades del Estado"?

a) En lo que concierne a su *creación* suele decirse que nacen del acuerdo de voluntad de dos organismos estatales –v. gr. Fisco y Corfo– que dan origen a un ente societario nuevo a través de una escritura pública otorgada ante un notario público; esto es, su origen se encontraría en el acuerdo de voluntad de dos personas jurídicas estatales administrativas, y en la escritura pública que contiene esa expresión de voluntades.

1. Ha de precisarse que para desarrollar actividad empresarial o participar en ella (aquí es propiamente *desarrollar*), el Estado y sus organismos requieren ineludiblemente autorización expresa, específica y previa del legislador, a través de una ley, y ley de *quórum calificado*, esto es, aprobada por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio (arts. 19 N° 24 inc. 2°, y 63 inc. 3°).

Pues bien, la ley que autoriza *desarrollar* esa actividad empresarial al Estado, luego de otorgar tal autorización, entra a otorgar potestades de poder público/atribuciones jurídicas propias de un órgano estatal administrativo, a órganos estatales, v. gr. Fisco y Corfo, para "proceder a la creación" de un ente societario (una sociedad anónima) del cual serán sus socios, fijando además su nombre, su calidad de sociedad anónima, y el tipo de tal (v. gr. abierta), el porcentaje de participación de ambos socios en el capital social, y numerosas otras circunstancias o condiciones, declarando incluso que este nuevo ente es el "sucesor legal" o su "continuidador legal" del organismo estatal que ha sido transformado de "empresa del Estado", de "organismo autónomo del Estado"/institución, o de "órgano fiscal", en sociedad anónima⁸.

Se trata, pues, de una situación en que la *ley* establece el nombre del ente, su configuración jurídica societaria, sus socios, sus aportes en el capital social, su patrimonio⁹, su actividad, su régimen jurídico, el régimen de sus empleados, sus activos y pasivos, la continuidad jurídica del ente anterior con este que le continúa y sucede en todas sus atribuciones, poderes y obligaciones, y, por último, dispone una "orden" a los socios que especifica al efecto (dos personas jurídicas estatales, administrativas, integrantes de la Administración del Estado) para que concurran en una escritura pública para la "creación"/constitución de ese ente¹⁰.

Como si fuera poco lo dicho, debe agregarse que además de la citada escritura pública, debe "formalizarse administrativamente" ese "acuerdo de voluntad público/estatal administrativo", a través de una resolución aprobatoria sujeta al trámite de toma de razón, ante la Contraloría General de la República¹¹.

2. Después de lo referido, ¿puede afirmarse sensatamente que tales "sociedades anónimas del Estado" no son creadas por ley? ¿Puede sostenerse lealmente que no ha sido el legislador quien ha dado el *fiat* (hágase) creador de ellas? ¿Puede, acaso, un artificio que no es sino un subterfugio para evitar caer en la expresión literal "creadas por ley" (Ley 18.575, art. 1°), impedir que se afirme que es la *ley* quien las crea, las configura, determina su régimen y la introduce en el ordenamiento jurídico? El artilugio que significa la aparente expresión de voluntad –enteramente forzada y dirigida– de ambos organismos públicos (Fisco y Corfo) para "formar" esa sociedad anónima aparece como un mero "velo" tan transparente e inmaterial, que es incapaz en lo sustancial de alterar

⁸ La misma ley delega facultades legislativas en el Presidente de la República para que determine y asigne los derechos, las obligaciones y el patrimonio inicial de las sociedades que se ordena constituir al Fisco y a Corfo, y traspase a estos la proporción correspondiente de los activos y pasivos de esas sociedades (para que estos efectúen la suscripción y pago del capital inicial que aportarán a ellas): véase v. gr. Ley 18.777 art. 5°; Ley 18.772 art. 3°, etc. Ha de advertirse que aun cuando estas disposiciones citadas señalan que el Presidente lo hará por "Decreto Supremo", se trata de un DFL, ya que la materia es de exclusiva "reserva legal" (vid. arts. 60 N°s. 8 y 10; y 62 inc. 4° N°s. 2 y 3).

⁹ Como ocurre v. gr. con la Ley 18.885, art. 5°, que determina el patrimonio inicial de cada una de las once (11) empresas de servicios sanitarios regionales, constituidas como sociedades anónimas.

¹⁰ Los ejemplos son constantes: véanse las disposiciones de las leyes N°s. 18.772 y 18.899 art. 55 referentes a "Metro S.A."; 18.773, referente a "Empresa Marítima del Estado S.A./Empremar S.A.", hoy enteramente privada; 18.777, referente a "Emos S.A.", y "Esval S.A."; 18.885, referente a las "Empresas de Servicios Sanitarios" regionales (11); 18.846, referente a la "Zona Franca de Iquique S.A.", en fin, 18.851, concerniente a la "Polla Chilena de Beneficencia S.A.", y 18.871 a la "Empresa de Transportes Ferroviarios S.A."

¹¹ Véase Dictamen 24.101/1993.

la realidad concreta y tangible de la ley que le da creación¹².

Las cosas en el Derecho son lo que son y no lo que aparentemente pretenden ser; el legislador no tiene poder jurídico alguno para alterar la realidad ni para llamar "a" lo que es "b"; tal pretensión, si se considera el plano de la realidad, cae de lleno en el absurdo de pretenderse poseído de poder divino; y en la inconstitucionalidad, si se considera el plano jurídico.

Y digo esto último por cuanto en un Estado de Derecho no hay órganos soberanos, todos están bajo la Constitución y ninguno sobre ella; todos están *sujetos* a ella y no desvinculados o desligados de su acatamiento u obediencia; y, por lo tanto, todos ellos están *limitados y condicionados* en su actuar por los derechos de las personas, derechos que emanan de la naturaleza humana, los cuales el Estado y cada uno de

sus órganos no solo deben respetar en su integridad y en su esencia sino que incluso promover en su ejercicio (art. 51 inc. 21 de la Constitución)¹³.

Y es que este subterfugio o mero "velo inmaterial" no tiene la consistencia intelectual, racional, ni jurídica, para esconder la verdadera finalidad que es escapar a controles, a su integración en la Administración del Estado (art. 11 Ley 18.575), y al derecho público, en sus bases constitucionales y en sus principios fundamentales.

Se dice que al no ser "creadas por la ley" estas sociedades, no forman parte de la llamada "Administración del Estado" o "Administración Pública", a que hace alusión el art. 1° de la Ley 18.575, como conjunto de Ministerios, servicios públicos y organismos de típica función administrativa que al efecto indica; y al no ser "creados por ley" quedan ellas fuera de sus principios y disposiciones.

b) Pero aún si concediéramos esto, es decir, que no forman parte de la referida "Administración del Estado", no significa en modo alguno que ellas no sean "órganos del Estado", que no sean entidades estatales, que no sean, en definitiva, una manifestación concreta y real, sustancial y específica, *del Estado mismo*.

Y lo dicho se verifica por múltiples pruebas que lo atestiguan de modo fehaciente, indiscutible e inconcuso, pruebas todas ellas, que emanan de las propias disposiciones legales vigentes.

1. Todas las leyes que han transformado organismos públicos estatales administrativos, sean fiscales, empresas del Estado, o instituciones/organismos autónomos", declaran y pres-

¹² Este "velo" se parece a la fábula que relata el Infante Juan Manuel (1282-1349) en su "El Conde Lucanor. Libro de los ejemplos", respecto del rey y sus cortesanos aduladores; solo la veracidad y honestidad de quien nada tiene que perder fingiendo, dice en toda su puridad la realidad: que el rey anda desnudo, pues el velo (ropa) que los cortesanos afirmaban que lo cubría, simplemente no existe (véase el ejemplo XXXII).

Sobre este "velo" que en materia societaria ha sido materia de jurisprudencia y doctrina, especialmente inglesa (a raíz de los fallos "Foss v. Tartbottle" (1843) 2 House 461, un comentario en la Cambridge Law Journal 1957, nov. 196-198, por Weddeburn, y "Salomon v. Salomon and Co." (1897) Appeal Court 22/H.L.) y que llevara a los tribunales a no indagar sobre la verdadera realidad del ente societario, ha habido una saludable reacción en los últimos 70 años y hoy se admite sin problema alguno que quienquiera gozar de las ventajas de la personificación debe también aceptar la carga o peso que ello significa; de allí la necesidad de "desenmascarar" la persona jurídica, de ir más allá de la "envoltura legal" del ente societario, y de "levantar el velo" (*to lift the veil*) que la cubre jurídicamente para indagar su realidad y cuál es su trasfondo y esencia.

En conexión con este punto se encuentra también el actualmente candente tema de la llamada "huida del derecho administrativo" o "fuga del derecho público" ("die Flucht ins Privatrecht", como dicen los alemanes: "la huida hacia el derecho privado") por parte de entes estatales, y del que da ejemplo precisamente esta oleada de entes societarios del Estado, y que en España (¿solo en España?) ha sido particularmente grave por la corrupción que se filtra a raudales por su intermedio (un recuento del problema y de la bibliografía reciente, en S. Martín Retortillo, "Reflexiones sobre la huida del derecho administrativo", en Rev. de Administración Pública (Madrid) 140, mayo/agosto 1996, 25-67); en Chile, vid. recientemente J. L. Cea, "Utilización por la Administración Pública del derecho privado", en Rev. de Derecho Público N° 60 (1996).

¹³ Sobre esta sujeción a Derecho puede ser útil ver mi *Derecho Administrativo* cit. tomo 2°, pp. 25-43. Sobre el "principio de la realidad" debe advertirse que ha sido acogido variadas veces por la jurisprudencia, vid. v. gr. *Palamara con Fisco*, en RDJ t. 87 (1990) 2.3, 182, en materia laboral; en materia contractual ya desde comienzo de siglo, *Iñiguez con Amenábar y otros*, t. 2 (1905) 2.1, 415-419, o *Sucesión Silva Montt*, t. 30 (1932) 2.1, 206-219; ahora último, amparo económico *Asociación Gremial de Impresores de Chile A.G. con Empresa de Correos de Chile*, en t. 95 (1998) 2.5, 270-281; también en *Ius Publicum* 3 (1999) 193-201, con comentario del Prof. Aróstica Maldonado, 201-205; y amparo económico *ANP A.G. con Metro S.A.* cit. (nota 4).

criben que las sociedades anónimas que se crean al efecto son las "continuadoras legales en todos los derechos y obligaciones", o "su sucesora legal" de las entidades a las cuales suceden (véase v. gr. Ley 18.772 art. 2º; Ley 18.777 art. 4º; Ley 18.885 art. 3º; Ley 18.851 art. 3º; Ley 18.846 art. 3º, etc.). Son continuadoras o sucesoras legales de servicios públicos típicos que han sido todos integrantes de la propia "Administración del Estado", a través de la cual el Presidente de la República administra el Estado (arts. 24 inc. 1º, 38 inc. 2º y 62 inc. 4º N° 2 de la Constitución).

¿Puede sostenerse sensatamente que el continuador legal de un servicio público estatal, que le sucede en todos sus derechos y obligaciones (poderes y deberes), sea un sujeto particular, una entidad privada, en circunstancias que continúa realizando la misma actividad que el servicio público estatal y a quien se le ha traspasado incluso todo su patrimonio público estatal? ¿No sería ello flagrantemente inconstitucional desde que tal actividad o función es intransferible? Y que ello es enteramente inconstitucional lo ha dicho de modo clarísimo y ajeno a toda duda el propio Tribunal Constitucional en su sentencia rol 50 de 29.2.1988, considerandos 23º y 24º, al pronunciarse respecto al Proyecto de ley orgánica constitucional de Municipalidades (futura Ley 18.695)¹⁴. Y lo ha reafirmado también ya variadas veces el legislador, en cuanto esa transferencia de funciones estatales al sector privado solo cabe en actividades complementarias o de apoyo (v. gr. Leyes 18.803 art. 1º, 18.883 art. 2º, e incluso el propio Estatuto Administrativo/Ley 18.834 art. 2º¹⁵), y asimismo la mismísima Contraloría de la República lo sostiene en jurisprudencia constante, reiterada de manera invariable¹⁶.

2. Todas las funciones públicas que han desarrollado esos servicios públicos, sean fiscales (como la Dirección General de Metro, órgano dependiente del Ministerio de Obras Públicas),

sean instituciones (como la Junta de Administración y Vigilancia y de la Zona Franca de Iquique, o el Servicio Nacional de Obras Sanitarias/Sendos), sean empresas del Estado (como la Empresa Polla Chilena de Beneficencia, la Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias/Emos, o la Empresa de Obras Sanitarias de la V Región/Esvál), siguen desarrollándose, como tal actividad, en idéntica forma por esas nuevas sociedades anónimas que las han sucedido (hasta con el mismo nombre, agregado con el correspondiente "S.A."), como ha ocurrido por ejemplo con el servicio público, monopolístico además, de transporte de pasajeros en ferrocarriles metropolitanos, que ahora presta "Metro S.A.", o con la distribución de agua potable y recolección de aguas servidas/servicios sanitarios, que ahora lo realizan las Empresas de Servicios Sanitarios S.A. regionales, y Emos S.A. y Esvál S.A. en las Regiones Metropolitana y Quinta; de igual modo ocurre con los juegos de azar, apuestas, sorteos de números, etc., que ahora desarrolla "Polla Chilena de Beneficencia S.A.", igual que antes lo realizaba la empresa estatal homónima (pero sin "S.A."), integrante de la Administración del Estado.

3. ¿Podría, acaso, pensarse que por el hecho de pasar a ser el ente una sociedad anónima dejó de ser pública la función, y habría desaparecido la *publicatio* correspondiente? ¿Podría, entonces, afirmarse que la actividad de transporte subterráneo de pasajeros/Metro, puede ser ahora realizada por cualquiera entidad privada, particular, si la propia Ley 18.772 (art. 2º) especificó expresamente que no cabe darse o cederse, bajo cualquier título que sea, tal giro en las vías o en las que se construya en el futuro por la "Metro S.A."?

¿Puede sostenerse, sensatamente, que estas "sociedades anónimas del Estado" no son *órganos del Estado*, si ocurre, por ejemplo, que el propio Presidente de la República es quien autoriza la circulación de vehículos estatales en sábados, domingos y festivos, v. gr. para "Petrox S.A."?¹⁷ ¿Es que acaso las entidades privadas o personas naturales privadas usan vehículos estatales?

¹⁴ En *Fallos del Tribunal Constitucional 1985-1992* (edit. R. Larraín Cruz). Edit. Jurídica de Chile. Santiago. 1993, pp. 113-123 (los considerandos 23 y 24 en p. 120).

¹⁵ Sobre el tema véase el acucioso trabajo de I. Aróstica Maldonado, "Transferencia de funciones estatales al sector privado", en *Revista de Derecho Público* N° 55/56 (1994) 143-160.

¹⁶ Véanse Dictámenes 9.623/1984, 3.530/89, 4.839 y 25.987/90, entre otros.

¹⁷ Véase Decreto (Minería) N° 52 (D. O. 13.12.1996 pp. 10-11), actuando el Ministro de Minería por delegación presidencial de firma.

¿Puede sostenerse, sensatamente, que ellas no son *órganos del Estado* si nada menos que necesitan autorización del Ministerio de Hacienda para la adquisición de vehículos o, en su caso, para el arrendamiento de ellos, conforme a la ley de presupuestos del sector público, por ejemplo durante 1996, la Ley 19.430, arts. 12 y 13?

¿Puede sostenerse, sensatamente, que estas sociedades no son *órganos del Estado* si algunas de ellas en algunos de sus llamados a "propuesta pública" que deben publicarse en el Diario Oficial van precedidas por la mención "Ministerio de Obras Públicas", como, por ejemplo, las Sanitarias? ¿Acaso las licitaciones que hacen las entidades privadas en sus negocios o actividades podrían utilizar el logotipo y el nombre de tal Ministerio? Y entonces ¿por qué aparece el Ministerio de Obras Públicas llamando a propuesta pública si no se tratara de *órganos del Estado*?

En las propuestas públicas a que llaman las Empresas de Servicios Sanitarios, referidas a las obras o estudios a realizar con dineros provenientes del Fondo Nacional de Desarrollo Nacional, dichas Empresas constituyen "Unidad Técnica", por medio de mandatos que otorga la Intendencia respectiva. Y no puede olvidarse jamás que estos mandatos solo pueden otorgarse a "organismos del Estado": lo dice expresa y clarísimamente la Ley 18.267, artículo 19, inciso 4º, al disponer que se podrá "encomendar a los organismos técnicos del Estado" "por medio de un mandato completo e irrevocable" la licitación, adjudicación, y otros, de obras de cualquiera naturaleza que hayan sido previamente identificados¹⁸. Si no fueran "organismos técnicos del Estado", ¿cómo podría

tener aplicación dicha norma y recibir una aplicación constante, como se ve en la práctica? ¿Quiere decir, entonces, que todos esos mandatos son enteramente nulos, y todos los procedimientos de licitación son igualmente nulos, y todos los pagos hechos adolecen de la misma nulidad, y nulidad de derecho público (art. 7º inc. 3º de la Constitución), o sea, de pleno derecho, insanable e imprescriptible? Y la Contraloría General de la República o las Contralorías Regionales toman razón (sin siquiera un "alcance") de las resoluciones que aprueban esos mandatos que constituyen a estas sociedades anónimas del Estado —que son las de Servicios Sanitarios— en "Unidad Técnica". ¿No demuestra ello, de modo palmario e inconcuso, que esas sociedades anónimas —v. gr. las sanitarias— son precisa e indiscutiblemente *órganos del Estado*?¹⁹.

Si no se tratara de *órganos del Estado*, ¿por qué, entonces, debe el Ministerio de Hacienda aprobar su presupuesto anual de caja por medio de decreto (exento del trámite de toma de razón) conjunto de los Ministerios de Hacienda y Economía, suscrito además por el Ministro a través del cual tal sociedad se relaciona con el Ejecutivo?²⁰ ¿Acaso sucede ello con las sociedades anónimas privadas?

¿Puede sostenerse sensatamente que no son *órganos del Estado* si ocurre que si pretendieran estas sociedades anónimas del Estado efectuar aportes en otras sociedades deben contar con la correspondiente autorización previa del Ministerio de Hacienda, tal como lo exige el DL 1.506, art. 3º inc. 2º?²¹.

Si no se tratara de *órganos del Estado*, ¿cómo podría explicarse que conforme al art.

¹⁸ Esta disposición modifica la Ley 18.091, sustituyendo su art. 16. A este respecto debe señalarse que por mandatos de 1.7.1993 y de 29.9.1995, la Intendencia de la V Región se ha constituido a Esva S.A. como "Unidad Técnica" para que preste asesoría en la materialización de determinados proyectos de obras (v. gr. la Construcción de sistema de alcantarillado de aguas servidas de San Esteban, o bien la ampliación de alcantarillado de Hijuelas, respectivamente), mandatos que han de ser aprobados por Resolución de Intendencia, afectos a toma de razón (en los ejemplos aludidos, ambos convenios/mandatos han sido aprobados por Res. N°s. 46 de 13.7.93, tomada razón por la Contraloría Regional de Valparaíso el 19.7.1993, y 31, de 6.10.95, tomada razón el 31.10.95, por la misma Contraloría citada, respectivamente).

¹⁹ Véase v. gr. D. Oficial de 12.12.96, p. 6, llamado a propuesta pública por dicho Ministerio para su "Unidad Técnica" Empresa de Servicios Sanitarios del Libertador S.A.; o bien D. Oficial de 28.10.96, p. 10, referente a la ESS del Bío-Bío S.A.; o 29.10.96, p. 9, para Emos S.A.; o El Mercurio de 1.10.95, D-13, referente a Esva S.A.; o 9.6.96, A-12, de Essel S.A.; ídem, de 29.9.96, E-27, concierne a Ess de Tarapacá S.A.; y en E-25, respecto de Essel S.A., etc.

²⁰ Véase art. 11 de la Ley 18.196.

²¹ No entro aquí a indagar sobre la constitucionalidad de este precepto una vez vigente el 11.3.1980 la Constitución Política (art. 19 N° 21, inc. 2º): señalo el texto, no más, y su aplicación. Para la Corfo ello no es posible, ya que requiere para tal efecto de ley de quórum calificado: véase art. 32 de la Ley N° 18.899 (que modifica su Ley Orgánica N° 6.640, de 1941).

4° de la Ley de Presupuestos del sector público como, por ejemplo, para 1996, la Ley 19.430, se requiera de ley para autorizar los "aportes a empresas del Estado, sean estas públicas o sociedades anónimas", no incluidas en esta ley? La propia ley referida habla explícitamente de "empresas del Estado", sean ellas "públicas" o "sociedades anónimas", vale decir, ambas son "empresas del Estado": mayor claridad, imposible.

Si no fueran órganos del Estado estas sociedades anónimas estatales, ¿cómo se explica que les sea aplicable el art. 60 N° 9 de la Constitución en cuanto esta disposición prohíbe de manera perentoria y tajante ("en ningún caso") que contraten empréstitos "las empresas del Estado y aquellas en que este tenga participación" "con el Estado, sus organismos y empresas"?

La propia Contraloría General de la República ha recordado no hace mucho –Dictamen 012720 (27.5.1992)– al responder una consulta que le formulara la Corfo en cuanto si podía ella otorgar un préstamo a una sociedad de leasing en que tiene participación el Banco del Estado²², que la misma norma constitucional aludida (art. 60 N° 9) tuvo expresamente en cuenta el propósito de "compeler a que la actividad empresarial del Estado –sin distinguir la naturaleza de la empresa a través de la cual se realiza– se autofinancie y sea eficiente, de modo que no se cubran sus necesidades de funcionamiento con créditos proporcionados por el propio Estado"²³.

El Dictamen indicado reafirma lo dicho en cuanto a que sea que se actúe por empresas del Estado, sea que se actúe por empresas en que este tenga participación (como ocurre en las sociedades anónimas del Estado), en ambos casos se trata de "actividad empresarial del Estado"²⁴.

Pero si todavía hubiere algún testarudo lealista que se resistiera a admitir que estas sociedades anónimas del Estado son *órganos del Es-*

tado, ¿cómo se explica que los directores de ellas, es decir, quienes conforman el órgano directivo y decisor de la entidad sean nombrados v. gr. por el jerarca máximo de Corfo, órgano estatal integrante de la Administración del Estado (art. 1° Ley 18.575)? ¿Y no solamente nombrados sino, además, removidos de sus cargos, y de la confianza exclusiva suya? ¿Es que, acaso, ocurre lo mismo en las empresas privadas?

Tal vez se podría retrucar a esto que dicho jerarca de Corfo lo hace por cuanto es el accionista principal y, por ende, le corresponde en tal virtud; pero Corfo ¿es, acaso, "dueña" de esas sociedades anónimas como si fuera un propietario privado? ¿Es que ellas son su propiedad "privada"? Si Corfo es un órgano del Estado (una de las personas jurídicas administrativas del Estado –como lo es asimismo el Fisco, el otro dueño de aquellas, si bien siempre minoritario), ¿es que posee propiedad "privada"? ¿No es, acaso, Corfo una de las manifestaciones más típicas del Estado, como es su actividad de fomento? ¿No es el Estado quien realiza la "actividad empresarial", según lo dispone la propia Constitución, en su art. 19 N° 21 inciso 2°? Si corresponde a Corfo ese poder de nominación y remoción de esos Directores es porque son *órganos del Estado*, desde que sus socios son el Estado mismo a través de dos de sus organismos más típicos como son el Fisco y la Corfo; y ambos, a través de estas "sociedades anónimas del Estado", están realizando una típica "función administrativa", y tanto ellos como las sociedades referidas, de las que son sus "accionistas" principales, realizan y desarrollan la actividad que tienen a su cargo para "promover el bien común", que es su tarea única, y para lo cual existen, son y actúan, conforme con lo que dispone la propia Constitución (art. 1° inciso 4°).

Y si no fueran *órganos del Estado*, ¿cómo es que el Fisco podría otorgarles garantías a los préstamos que obtuvieren?; ¿en virtud de qué, entonces, avala el Estado los préstamos que les otorgan entidades financieras extranjeras como el BID o el Banco Mundial, u otras? ¿Es que acaso el Estado chileno anda garantizando, y siendo aval, de los préstamos que obtengan las miles de empresas privadas del país? Si lo hiciera así ¿no sería ello *ipso iure* inconstitucional, puesto que violaría el art. 19 N° 2 de la Constitución? Si lo hace y puede hacerlo es porque constituyen *órganos del Estado*; tales so-

²² Que es una empresa del Estado, creada por ley, e integrante de la Administración del Estado/art. 1°, Ley 18.575.

²³ Véase este Dictamen en Gaceta Jurídica N° 143 (1992) pp. 155-158; la cita en p. 156, col. 2 infra. Este dictamen ratifica el N° 29.331, de 1983.

²⁴ Véase párrafo final de p. 156 cit., párrafo último de col. 1 de p. 157, y párrafos todos de col. 2 de la página 157.

ciudades son "medios" para realizar su función de satisfacer necesidades públicas y promover el bien común (art. 1° inc. 4° de la Constitución).

Por último –y podríamos seguir agregando pruebas–, ¿cómo se explica, si estas sociedades anónimas no fueran *órganos del Estado*, que el Intendente de cada región del país, como órgano ejecutivo del Gobierno Regional (art. 23 de la Ley 19.175), pueda requerir información a

estas sociedades y están obligadas a "informar oportunamente a los Gobiernos Regionales acerca de las proposiciones de planes, programas y proyectos que vayan a ejecutar en la región" (art. 21 inciso 1° de la ley citada).

Concluyendo, no cabe sino afirmar que las "sociedades del Estado" son *órganos del Estado* y constituyen una de las formas en que *el Estado* desarrolla actividad empresarial (art. 19 N° 21 inc. 2° de la Constitución).