EMPRESAS DEL ESTADO Y PRIVATIZACION (*)

Luis Montt

El tema Empresas del Estado y Privatizaciones es un tema en verdad vasto y complejísimo; en él concurren varios centenares de leyes, entre originarias y sus respectivas modificaciones. Dicha vastedad y complejidad y fárrago de disposiciones legales, nos obligan entonces a un esfuerzo de síntesis y de sistematización para lograr claridad dentro del limitado tiempo de que disponemos.

Quisiera destacar, para iniciar el tema, que en 1973 la participación de la administración central del Estado y de las empresas sujetas a control del Estado, ya sea a través de la toma de su propiedad, ya sea a través de los mecanismos de intervención, este sector público contribuía con un 39% de la generación del producto geográfico bruto. Debo estacar que esta cifra que aparece menos abultada de lo que fue en realidad, (el sector estatizado y las empresas estatales aparece así relativamente disminuida) en razón de que de este porcentaje se han desagregado las pérdidas que tenían estas empresas, pérdidas que como sabemos fueron y eran cuantiosísimas. Consiguientemente, si estimásemos la cantidad sin desagregar las cifras de las pérdidas, dicho 39% se vería considerablemente incrementado. En total -y dejando de lado el sector agrícola- 498 empresas estatales, ya sea a través de Corfo y subsidiarias, las intervenidas y los bancos, formaban entonces parte del sector estatal y no había prácticamente sector o actividad de la economía en el cual no participase el Estado en este rol o función empresarial. Basta recordar, dentro de lo que comúnmente se llama la actividad primaria; la minería del cobre, la minería del hierro y del carbón; en el sector secundario: toda la siderurgia, gran parte de la industria manufacturera, y en el sector terciario, gran parte de la banca, parte de los seguros, transporte, telecomunicaciones, distribución de energía, agua potable. Tal era entonces la situación a 1973, que contrasta con una participación del Estado en 1965 ascendente al 14,2% solamente del producto geográfico bruto de ese año y con 24,1% al cual se había reducido dicha participación en 1981, al cabo de lo que yo denominaré el primer periodo del proceso privatizador.

Cabe entonces examinar primero cuáles son los antecedentes históricos y jurídicos que permitieron un incremento tan considerable de esta función empresarial del Estado y a ello dedicaremos la primera parte de la exposición. Puede parecer un poco extensa, tal vez, pero es imprescindible, particularmente en lo que toca a los antecedentes jurídicos para poder comprender lo que ha sido con posterioridad el proceso de privatización que se ha llevado a cabo desde 1973, cuáles son sus fundamentos jurídicos, las normas pertinentes y cuáles son sus consecuencias o efectos jurídicos. A ello dedicaremos la segunda parte de esta exposición.

Tradicionalmente le ha correspondido al Estado dos roles o funciones básicas en el campo económico: un rol que podemos denominar el Estado como autoridad o como autoridad económica. En tal virtud, muy en síntesis, dicta normas e incluso fiscaliza su cumplimiento. Un segundo rol tradicional del Estado en la actividad económica ha sido su función como Fisco o sea como sujeto titular de un patrimonio y, por ende, de relaciones patrimoniales.

A estos dos roles tradicionales en el campo económico se ha venido añadiendo -sea por razones de satisfacción de necesidades públicas o sociales, sea por razones de política-, un tercer rol, ya desde el siglo XIX y muy especialmente durante el presente siglo. Dicho rol es precisamente el del Estado en cuanto a empresario. Expresado en otros términos, cuando el Estado a través de entes dotados de personalidad jurídica y vinculados de variadas formas a la administración, o bien a través de la participación en dichos entes, entra a producir bienes o servicios, ya sea compitiendo con los particulares, ya sea complementando la actividad de los particulares, ya sea asumiendo con exclusión de éstos determinada actividad y, consiguientemente, sustituyendo, complementando o excluyendo de ellas a los particulares.

Haciendo un poco de historia, muy breve por cierto, remontémonos a la constitución de 1833. Bajo los primeros 20 años de vigencia de dicha constitución el esquema de la administración pública era bastante sencillo, simplificado. Podemos observar ahí a la izquierda del gráfico una administración funcionalmente centralizada y esta administración funcionalmente centralizada comprendía, por un lado, una función ejecutiva y, por otro lado, una función consultiva, esta última referente al Consejo de Estado materia sobre la cual no nos compete entrar a tratar. En lo que toca a la administración funcionalmente centralizada del Ejecutivo, podemos distinguir arriba, Presidente de la República, Ministerios y abajo, la administración a través de gobernadores e intendentes. Este es, grosso modo, el esquema imperante durante los primeros 20 años de vigencia de la constitución del 33. Ya en 1854 se dicta una ley que crea el Servicio de Correos como servicio centralizado dependiente, pero dotado de personalidad jurídica propia, y en 1855 se dicta la ley creadora de la Caja de Crédito Hipotecario, (primer antecedente institucional del Banco del Estado), Caja también dotada de personalidad jurídica y con una administración diferente o separada de la administración centralizada, a cargo de un Consejo de Administración, integrado por un representante del Presidente, 2 de la Cámara de Diputados y 2 del Senado. De manera entonces, que ya iniciada la segunda mitad del siglo pasado encontramos en primer término el surgimiento de lo que podríamos llamar los servicios centralizados, ejemplo del cual es el caso de Correos (y muy recientemente lo que era la Dirección General de Metro creada en virtud de un decreto ley del año 1974.).

Ya al expirar casi la vigencia de la constitución del 33, en 1924, se da nacimiento a lo que vendrían a ser las instituciones semifiscales o las Cajas de Previsión que aparecen allí entre paréntesis porque no nos corresponde tampoco entrar en detalle sobre ese particular; y, posteriormente, bajo ya la vigencia de la constitución del 25, se crea Corfo dotada de una autonomía especial. Se crean, asimismo, los llamados servicios descentralizados, empresas fiscales, empresas estatales en sentido estricto, o empresas públicas; ejemplos, tenemos allí señalados varios. La Lan, Ferrocarriles del Estado que venía de antes, la ex ETC. o empresa de Transportes Colectivos del Estado, y las antecesoras de lo que se llama hoy día Emos, Esval, también Enap, etc.

Las llamadas empresas públicas y Corfo con un régimen especial, fueron y han sido consideradas dentro de lo que se denomina la administración funcionalmente descentralizada del Estado. ¿Qué características básicas presentan estas instituciones pertenecientes a lo que se ha denominado la administración funcionalmente descentralizada? Por lo que toca a las empresas públicas o servicios descentralizados, corresponden a servicios que el Estado crea para satisfacer necesidades colectivas de utilidad pública, mediante prestaciones singulares a los miembros de la sociedad y sometiéndose en cuanto a las relaciones con éstos al derecho común. Tenemos entonces que estas empresas públicas están sujetas a un doble estatuto jurídico. Por un lado en lo que toca a su estructura, a su organización y a su funcionamiento, están reguladas por el derecho público y han sido creadas por ley, cuestión bastante importante de tener en consideración. En cambio, en lo que toca a la actividad que desarrollan y en sus relaciones con los particulares quedan sin embargo sujetas al derecho común. Ejemplo de esto, según señalé Lan, Ferrocarriles, ex-Empresa de Transportes Colectivos, Enap.

Ocurre, sin embargo, que tales entes diversos no fueron tampoco considerados suficientemente aptos para el cumplimiento de este rol empresarial del Estado y a ellos vinieron a añadirse las llamadas sociedades de economía mixta, y que van a formar parte de lo que se ha denominado la administración invisible del Estado a falta de otro epíteto o denominación mejor, las empresas de economía mixta. Aquí el Estado o algún órgano o servicio personificado de los anteriores (y en particular Corfo) concurre con particulares en la formación de una sociedad de capitales tendiente a desarrollar una actividad que, si bien indirectamente, contribuye a solucionar una necesidad que le interesa al Estado. Ejemplo típico de esta categoría de sociedades de economía mixta: Endesa, Iansa, Empresa Periodística La Nación, la Ex Sociedad Constructora de Establecimientos Educacionales, la Sociedad Constructora de Establecimientos Hospitalarios. Aquí, en estas sociedades llamadas de economía mixta, el Estado se asocia con particulares y adopta instituciones y formalidades del derecho común. Resulta entonces que en general estas sociedades de economía mixta no han sido creadas por ley, contrariamente a las empresas públicas, sino que han sido creadas por actos, por contratos de sociedad, como ocurre por ejemplo con el caso de Endesa que se constituyó por escritura pública en diciembre de 1944 ante el Notario señor Hiriart y cuyo extracto se publicó el 14 de Enero de 1944 en el Diario Oficial junto con el Decreto autorizatorio de su existencia y aprobatorio de sus estatutos. De manera, entonces, que existe aquí desde el punto de vista jurídico una diferencia que es necesario destacar entre estas sociedades de economía mixta y las anteriores empresas públicas. Aquellas, repito, eran creadas por ley, quedaban sujetas a un estatuto de derecho público en lo que toca a su creación, organización interna y funcionamiento y, en lo que tocaba a sus relaciones con particulares y a sus actividades al derecho común. Las sociedades de economía mixta, en cambio, nacen con una forma jurídica propia del derecho común: generalmente sociedad anónima y a ella concurren como socios el estado -a través de unos entes personificados, normalmente Corfo- con particulares. Como consecuencia de ello resulta también que estas sociedades, en cuanto

tales, si bien persiguen in genere satisfacer necesidades de utilidad pública, también persiguen la prestación de servicios individuales y, como toda sociedad, una finalidad de lucro.

Por último para cerrar el cuadro dentro de esta esquematización, y aun cuando difícilmente pudiesen admitir ser clasificadas como empresas estatales, es indispensable referirse a sociedades que nacieron como sociedades privadas, formadas por particulares, con capitales particulares y que en algún momento pasaron - generalmente por la vía de propiedad de las acciones- a participar en su capital el Estado o incluso a controlar la mayoría accionaria y consiguientemente la administración de estas sociedades. A éstas, a falta de mejor título, las he llamado simplemente sociedades, generalmente anónimas, creadas por particulares. Ejemplo típico de esta categoría o especie son los bancos comerciales de los cuales pasó el Estado a través de Corfo a ser accionista durante el régimen anterior, ya sea mayoritariamente o controlando una parte significativa del capital lo cual le permitió, a la vez, participar obviamente en las juntas de accionistas y participar en los directorios de estos bancos comerciales. Otro ejemplo interesante de una empresa distinta de los bancos comerciales y es interesante por su antigüedad: Laboratorio Chile. Laboratorio Chile fue creado como sociedad anónima según escritura pública del año 1901 por particulares y con capitales particulares. Posteriormente, también el Estado a través de entes del sector público pasó a controlar la gran mayoría de las acciones de Laboratorio Chile. Ese es en síntesis entonces el panorama esquematizado o sistematizado de los diferentes entes o categorías empresariales del Estado a la época de 1973.

Asumido el actual gobierno se inició, a poco andar, lo que se ha denominado el proceso de privatización y este proceso de privatización -como un convencionalismo tal vez- lo he dividido en dos períodos: un primer período que va desde 1974 hasta 1979 o 1980 aproximadamente, y un segundo período que se inicia en 1984 (entre ambos está la crisis económica) y que continúa hasta el presente.

El primer período: 1974 a 1979 ó 1980. Durante este período el proceso privatizador se realiza bajo la vigencia, como norma de mayor rango o de superior jerarquía, bajo la vigencia de la Constitución de 1925 en esta materia, y es particularmente atinente el número 3 del artículo 44 de la antigua Constitución de 1925, en cuanto señalaba, dentro de las materias propias de ley: "número 3. Fijar las normas sobre la enajenación de bienes", sin distinguir clases o categorías, "de bienes del Estado o de las municipalidades y sobre su arrendamiento o concesión". Consiguientemente, bajo el imperio de esta disposición de la Carta del 25, resultaba imperioso que las enajenaciones de bienes, cualquiera fuese su naturaleza, del Estado y se entendió como incorporados a la categoría bienes del Estado no sólo los bienes nacionales o los bienes fiscales, sino que también todos aquellos que quedaban comprendidos dentro de estas categorías. Forzoso era entonces de acuerdo a este precepto de la Constitución de 1925 que la enajenación de estos bienes se llevase a efecto en virtud de normas autorizatorias de rango legal. De tal manera entonces, en 1974, se dicta el Decreto Ley 818 dedicado específicamente a lo que podríamos denominar la primera etapa de la privatización bancaria. En verdad o en estricto sentido, más que hablar de privatización bancaria, cabría tal vez denominarla devolución o restitución al sector privado de los bancos cuya propiedad accionaria, ya fuese en forma minoritaria o mayoritaria, había pasado a control del Estado. Este Decreto Ley 818, concierne específicamente al primer período de la privatización bancaria. Posteriormente, se dictan dos decretos leyes que tienen una importancia enorme: uno, porque constituyen lo que yo denominaría las leyes autorizatorias

generales y dos: porque ambos tienen vigencia hasta nuestros días. Me refiero en primer término al Decreto Ley 1.056, que autorizó al Fisco e instituciones o empresas descentralizadas para enajenar toda clase de activos, cualquiera sea su naturaleza, que no sean imprescindibles para el cumplimiento de los fines de la entidad respectiva. Resulta entonces que este Decreto Ley 1.056 -dictado en virtud del ya citado número 3 del artículo 44 de la antigua Constitución -viene a constituir una autorización general dada al Fisco y a las instituciones o empresas descentralizadas para enajenar toda clase de activos que sean declarados no imprescindibles para el cumplimiento de sus fines. Cuando la ley habla de activos, es una denominación o un término más bien económico o contable financiero y debemos en su sentido jurídico entenderlo en cuanto bienes, cualquiera sea su naturaleza y, por ende, corporales o incorporales, o sea meros derechos o derechos de participación accionaria etc. Fue en el ejercicio de este decreto ley 1.056, y del que se señalará enseguida, que se efectuó la devolución o la restitución al sector privado de todas aquellas empresas llamémoslas estatizadas que habían nacido como sociedades creadas por particulares con capitales privados excepto los bancos. Consiguientemente, se trataba de restituir al capital o los instrumentos representativos del capital: las acciones, al sector privado; tal tarea se cumplió entonces en lo que concierne al Fisco e instituciones descentralizadas en virtud del Decreto Ley 1.056. El otro texto que constituye una autorización general y de singular importancia para estos efectos es el Decreto Ley 1.068, porque este decreto ley autorizó específicamente a Corfo para enajenar bienes que formen parte de su patrimonio cualquiera sea su naturaleza y es entonces en virtud de este otro Decreto Ley, 1.068, referente específicamente a Corfo, que ésta pudo enajenar acciones o enajenar bienes que correspondían también a estas empresas creadas por particulares como empresas privadas y también le ha permitido enajenar acciones de las llamadas sociedades de economía mixta porque, recordemos, estas sociedades de economía mixta no nacieron en virtud de ley, sino que por lo general nacieron como sociedades formadas por Corfo con asociación de otros capitales. Consiguientemente, este Decreto Ley 1.068 cuya vigencia se ha prorrogado hasta el 31 de diciembre de 1990, ha constituido y constituye respecto de Corfo la autorización genérica para enajenar cualquier clase de bienes -y particularmente entonces- las acciones de las sociedades de economía mixta; situación distinta es la que atañe a los otros entes empresariales que se encuentran más arriba dentro del esquema.

El segundo período. Podemos señalar su inicio en 1984; de consiguiente, en plena vigencia ya de la Constitución de 1980 y destaco esto por dos razones básicas: la primera, porque según nos señalara el profesor Bruna en su conferencia de antes de ayer, el artículo 19 -concerniente a las garantías constitucionales- asegura, en su número 21 inciso primero, a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, que no sea contraria a la moral, al orden público o la seguridad nacional y respetando obviamente las normas legales que la regulen. Esta norma es considerada como un pilar jurídico básico en lo que toca a la actividad económica empresarial y cubriendo dos aspectos; 1) el que se llama el derecho a la iniciativa, o sea el derecho a emprender actividades económicas y 2) complementario del anterior, el derecho a ejercitar, a desarrollar dichas actividades emprendidas. En el inciso segundo del mismo número 21 se consagra una norma relativa a la actividad empresarial del estado y esta norma, como podemos recordar, es en lo que concierne al Estado y sus organismos, restrictiva, señalando que se requiere una ley para los efectos de autorizar estas actividades empresariales señalando que esa ley de quórum calificado dejará, a estos entes antes que se autoricen, sujetos al régimen común aplicable a los particulares, a menos que se establezca un régimen diferente por ley también de quórum calificado. Recuerdo estas dos disposiciones porque ellas sientan un principio básico en cuanto a la actividad económica y específicamente en lo concerniente a la actividad empresarial. Al sentar este principio básico no sólo regulan, sino que constituyen en mi

opinión un verdadero mandato a las autoridades del Estado para llevar a cabo el principio que estas normas consagran en cuanto a darle al sector privado un rol preponderante en la actividad empresarial y reducir, en cambio, el rol del Estado en dicho campo. El otro precepto constitucional directamente atinente a la materia que nos interesa es el número 10 del artículo 60 de la Constitución actual, que constituye prácticamente una transcripción del que ya cité número 3 del artículo 44 de la Constitución antigua, o sea, en cuanto son, bajo la Constitución vigente, materia de ley las normas relativas a la enajenación de bienes por el Estado, sobre su arrendamiento o concesión, normas de la Constitución bajo las cuales se continuó (dando aplicación a los ya referidos Decretos Leyes 1.056 y 1.068 que constituían la autorización de carácter genérico ya sea para el Estado o entidades o en el caso del 1.068 respecto de Corfo y en virtud de esas normas legales y de las referidas normas constitucionales), ya sea restituyendo al sector privado empresas que fueron antes del sector privado, ya sea privatizando propiamente empresas de economía mixta, porque éstas por su naturaleza, su creación, su organización, se sujetan al derecho común. Por otro lado y en lo que toca específicamente al sector bancario, a la banca que se llamó intervenida con motivo de la crisis de los comienzos de la década 1980, se dictó la Ley 18.401. Esta Ley 18.401, en síntesis, obligó a Corfo a adquirir los créditos que tenía el Banco Central en contra de las entidades bajo administración provisional. Por otro lado, le ordenó a estos bancos, bajo régimen de administración provisional, aumentar el capital hasta la suma que se considerase necesaria para restablecer su normal funcionamiento. Esta Ley, la 18.401, fue precisamente la que dio origen al llamado capitalismo popular en el campo bancario. Preveía que la emisión o las nuevas acciones emitidas como consecuencia de estos aumentos de capital

debían ser ofrecidas, en primer término, a quiénes eran accionistas al momento de celebrarse las juntas respectivas y, en la parte que éstos no suscribiesen, que estas acciones podían ser adquiridas por terceros o por Corfo, consiguientemente el público en general. Los particulares podíamos adquirir estas acciones, ya sea directamente de la propia institución que las emitía, ya fuese a través de la Corporación de Fomento.

Ahora bien, y por lo que toca a las otras categorías de entes de la administración dedicados a tareas empresariales generadoras de bienes o servicios, me refiero específicamente a las empresas públicas o servicios descentralizados del esquema y, aun más, me refiero también a los servicios centralizados de los cuales señalé como ejemplo Correos, (posteriormente a su creación Correos y Telégrafos) y muy recientemente la Dirección General del Metro. Estas dos categorías de entes; los servicios centralizados y los servicios descentralizados generalmente llamados empresas públicas o estatales, debemos recordar que fueron objeto de creación por ley, como también debemos recordar que su organización y funcionamiento interno quedan sujetos al derecho público. Consiguientemente, cualquier esfuerzo de privatización respecto de entes comprendidos en estas dos categorías requiere en mi opinión autorización también de norma de rango legal. No bastan en estos casos, las leyes autorizatorias generales a que hice referencia antes, o sea, el Decreto Ley 1.056 y el Decreto Ley 1.068. En estos casos se ha requerido y se requiere ley, no por lo que concierne a la enajenación de los bienes o de sus acciones, sino porque la privatización implica o conlleva un cambio en la naturaleza jurídica misma del ente. Un cambio en su organización y en su estructura, significa en definitiva que deja de ser servicio centralizado o creado por ley o que deja de ser empresa pública o empresa estatal creada por ley. Así, en el caso de Correos y Telégrafos, la Ley 18.016 viene precisamente a regular específicamente este cambio de naturaleza jurídica y he elegido esta ley porque ella da origen a dos entes distintos y de naturaleza distinta. Por un lado, Correos pasa en virtud de esta ley a convertirse en una empresa autónoma del Estado, o sea pasa de servicio centralizado a la categoría de empresa pública y Telégrafos, en cambio, que también formaba parte del servicio público centralizado

pasa en virtud de esta ley a convertirse en una sociedad de economía mixta. De manera tal, que constituida entonces Telégrafos como sociedad de economía mixta, puede seguirse el paso de la privatización (cambiada ya su naturaleza jurídica), en virtud de los Decretos Leyes 1.056 o 1.068 autorizatorios de carácter general. Lan Chile, servicio descentralizado o empresa pública: por Ley 18.400 se cambió su naturaleza jurídica dejando de ser empresa pública y autorizando la constitución de una sociedad anónima o sea, una sociedad de las que hemos llamado de economía mixta. Situación análoga de empresas públicas transformadas en su naturaleza, en virtud de norma legal, a sociedades de economía mixta, son el caso de Emos, Esval y del Instituto de Seguros del Estado, entre otros. Situación especial es la de Enap la cual constituye una empresa pública; su texto refundido se encuentra en el Decreto con Fuerza de Ley número 1, de Minería, del año 1987 y que ha presentado algunas dificultades, en mi modesta opinión, precisamente por no haberse dictado una ley autorizatoria de estas especiales que admitan la mutación de su naturaleza jurídica, como se hiciera en los otros casos que he señalado. Disponiendo todavía de algún momento podría entrar específicamente a examinar, si les parece, algunos casos particulares o si prefieren analizar los Decretos Leyes 1.056 y 1.068 autorizatorios de enajenaciones.

El Decreto Ley 1.056, profundizando al respecto, que autorizó al Fisco y a instituciones o empresas descentralizadas para enajenar bienes o activos que no sean imprescindibles para el cumplimiento de los fines de la entidad respectiva, señaló a la vez normas a las cuales deberían sujetarse estos procesos de enajenación. Sin embargo, el artículo 14 de este Decreto Ley 1.056 estableció a la vez, que por Decreto Supremo fundado del Ministerio de Hacienda podrá eliminarse el requisito de subasta o propuesta pública y en tal caso el respectivo decreto autorizatorio fijará el procedimiento y las modalidades de la enajenación; los artículos 17 y 18 de este cuerpo legal son interesantes de destacar, dejan sujetos estos procesos cualquiera que sea la modalidad que se utilice, a la fiscalización de la Contraloría General de la República. Por otro lado, en lo que concierne a la otra norma o cuerpo legal autorizatorio de carácter general, o sea, el Decreto Ley 1.068, en primer término recuerdo y reitero que el plazo de vigencia ha sido sucesivamente prorrogado, el plazo original vencía el 31 de diciembre de 1976 y luego de sucesivas prórrogas expira actualmente al 31 de Diciembre de 1990. Este Decreto Ley 1.068 contempla también un procedimiento de enajenación que es la propuesta pública o subasta pública, por requisito que podrá eliminarse por resolución del Vicepresidente ejecutivo y con acuerdo fundado del Consejo de Corfo adoptado con el voto conforme de al menos 4 de sus 5 miembros. En el caso particular de Endesa por ejemplo, sociedad de economía mixta, consiguientemente bajo la forma societaria de derecho común y por lo mismo que no requería de ley especial para su privatización, se siguió precisamente este procedimiento. Los respectivos acuerdos, fueron adoptados no por cuatro de sus cinco miembros, sino que por la unanimidad de los cinco miembros del Consejo. En lo que concierne específicamente al sector bancario señalé dos periodos, un primer periodo inaugurado en 1974 con el Decreto Ley 818 y un segundo periodo, el de la Ley 18.401. El Decreto Ley 818 introdujo o modificó la Ley General de Bancos introduciendo en el artículo 65 de la ley, una prohibición referida al Fisco, a los servicios, instituciones fiscales, semifiscales, organismos autónomos, empresas del Estado y en general todos los servicios públicos creados por ley como asimismo empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción. Esta norma estableció respecto de todas esas entidades la prohibición de ser accionistas de bancos comerciales y en virtud entonces de esta norma del Decreto Ley 818, complementada por el artículo primero transitorio del mismo Decreto Ley 818, el cual señalaba que la transferencia de las acciones debería hacerse

gradualmente y quedar terminada antes del 31 de Diciembre de 1977 y ella la enajenación de las acciones de entidades bancarias debía efectuarse en condiciones que estableciera el Consejo o autoridad de la institución respectiva accionista. Fue entonces, en virtud de estas dos disposiciones del Decreto Ley 818, -la primera, modificatoria de la Ley General de Bancos y la segunda, su artículo primero transitorio- que se llevó a cabo, lo que he denominado el primer período o primera etapa de la privatización o reprivatización de la banca comercial. Posteriormente, fue a través de la Ley 18.401, de 1985, que pudo llevarse a cabo el proceso de restricción de entidades sujetas a administración provisional al sector privado a través de lo que se ha denominado el capitalismo popular. Esta ley, dicho sea de paso, ha tenido varias modificaciones, entre otras, la que autoriza a Corfo para recibir en pago acciones de estas que quedaron prendadas como garantía del saldo de precio y que por dificultades en el cumplimiento de dicho saldo de precio los titulares o propietarios de estas acciones entonces las han dado en pago y Corfo está autorizada para recibirlas en pago de los créditos insolutos. En cuanto a la forma de enajenación de estas acciones por Corfo ésta podrá convenir el precio, plazo y demás condiciones. Pero la parte compradora de las acciones de Corfo en entidades bancarias sólo pueden ser personas previamente autorizadas por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. De manera entonces que hay aquí en ocasiones un verdadero proceso de precalificación de los compradores o adquirentes de estas acciones bancarias de que es dueña Corfo y la ley señala algunos criterios conforme a las cuales esta calificación debe efectuarse, solvencia del interesado en comprar las acciones, conducta financiera del interesado en comprar estas acciones y antecedentes sobre administración bancaria del interesado. Es entonces en virtud de esta norma que se entra a efectuar, esta especie de precalificación de los interesados en comprar acciones bancarias a Corfo. Tomando ahora otros casos, creo de interés tomar el ejemplo de la Dirección General de Metro -hasta donde tengo información aún no privatizada- creada por Decreto Ley 257 y que vino a sustituir a la antigua Dirección General de Coordinación del Metro y Transporte Metropolitano. Esta Dirección General del Metro creada, como ya se dijo, como servicio dependiente del Ministerio de Transporte y formando entonces parte de la administración centralizada o servicio centralizado del Estado. La Ley 18.772 vino a autorizar que, para el desarrollo del servicio público de transporte de pasajeros mediante ferrocarriles urbanos y suburbanos u otros medios eléctricos, el Fisco de Chile y la Corfo constituirían una sociedad anónima que se denominará "Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A." cuyo nombre de fantasía es "Metro S.A." Esta sociedad se regirá por las normas de las sociedades anónimas abiertas, o sea por Ley 18.046 y Reglamento pertinente y quedará sujeta a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros. De esta manera entonces la Ley 18.772, al igual que en las otras situaciones que ya examinamos, vino a cambiar la naturaleza jurídica del ente, transformándola en este caso de servicio centralizado a una sociedad de economía mixta y se contempla en su artículo 4 dos categorías accionarias: por un lado los aportes del Fisco y de Corfo presentados por acciones serie A, que no serán enajenables, y en el inciso tercero del mismo artículo 4 se contemplan que Fisco y Corfo podrán acordar aumentos de capital y el ingreso de nuevos accionistas, con el objeto de ampliar la actual red de ferrocarriles metropolitano, construir nuevas líneas u obtener el equipamiento de dichas obras. En el caso entonces de efectuarse aumentos de capital en virtud de esta norma jurídica, se admitiría el ingreso de accionistas, terceros particulares, y tales acciones serían de la serie B. Prevéese en todo caso como límite, en el inciso final del mismo artículo cuarto que Fisco y Corfo no podrán llegar a una participación del total de las acciones inferior al 51%.

He procurado, ciñéndome dentro del tiempo de esta exposición y atendida, repito, la complejidad y variedad del tema, dar una sistematización referida a la distinta naturaleza de estos entes que han desarrollado actividades empresariales bajo control del Estado o capitales, o bajo control o administración del Estado, y a la vez, de las normas jurídicas en

cuya virtud ha podido legalmente llevarse a cabo el proceso o los procesos de privatización, señalando en cada caso por qué o cuál es el fundamento de que en algunas situaciones se hayan adoptado determinadas formas jurídicas para llevar a cabo la privatización y por qué, en cambio, en otros casos han sido necesarias otras formas distintas como es, específicamente, el de las empresas públicas y de los servicios centralizados.

Del análisis somero de estas disposiciones y bastante extenso de las que fue necesario examinar para preparar esta exposición, cabe concluir, por lo que toca a los efectos o a las consecuencias jurídicas de los procesos de privatización, que este proceso ha sido llevado a cabo con estricto apego a las normas jurídicas vigentes en cada momento: en el primer período: artículo 44 número 3 de la Constitución Política del 25, Decretos Leyes 1.056 y 1.068, y en lo que toca al sector bancario específicamente el ya citado Decreto Ley 818; y en el segundo período del proceso privatizador, ha sido llevado a cabo no sólo con estricto apego a las normas jurídicas, sino que incluso más, en cumplimiento del mandato que implica el principio en materia empresarial que consagra el número 21 del artículo 19 de la Constitución Política del Estado. Resulta entonces de lo anterior, que desde el punto de vista jurídico, ninguna responsabilidad se sigue respecto de ejecutivos o funcionarios que hayan participado en estos procesos de privatización, porque éstos se han ajustado a derecho e incluso, reitero, se han realizado en cumplimiento de la norma del número 21 del artículo 19. Por otro lado y en lo que concierne a los inversionistas o adquirentes de estas acciones, al haberse efectuado la enajenación de las mismas con arreglo a derecho y haber éstos adquirido dichas acciones, también conforme a derecho, necesariamente se sigue como consecuencia que tales bienes, llamémoslos incorporales, se han incorporado al patrimonio de estos adquirentes, de estos inversionistas, y consiguientemente, se encuentra amparado por la garantía al derecho de dominio que consagra el número 24 del artículo 19 de la Constitución Política.

Período de preguntas.

1. Pregunta: En lo que toca a todo proceso de privatización, sostuvo que por el hecho de haberse efectuado con estricto apego a las normas que regulaban todo el proceso de enajenación en las empresas del Estado, la consecuencia era de que no eran objeto de revisiones ulteriores. Ahora veamos un poco desde el punto de vista material lo que dice relación con el precio, eso sería materia de revisión de acuerdo con las normas de derecho común, vale decir, sostener que ha habido lesión y por esa vía sostener la nulidad de las enajenaciones o habría desde el punto de vista jurídico otra tesis que podría ser sostenible y todo esto en el contexto de lo que posiblemente va a venir en el futuro o por lo menos se ha venido diciendo que hay una serie de enajenaciones que van a ser objeto de revisión.

Respuesta: En lo que toca al precio, modalidades de enajenación, etc., están, repito, contemplados en los respectivos textos que cité; consiguientemente las autoridades o ejecutivos correspondientes han actuado en el ejercicio de las normas respectivas; tales enajenaciones quedan sujetas, en lo especial, a las normas pertinentes y, en lo no previsto por éstas, a las reglas del derecho común, con lo cual creo que queda respondida la pregunta. Específicamente el vicio de lesión enorme no cabe respecto de bienes que no sean bienes raíces y en cuanto a la evaluación económica creo interesante agregar un asunto, los textos

legales (conviene revisarlo porque esta es una exposición bastante sintética) contemplan normas respecto de la evaluación, de manera que no han sido precios arbitrarios o caprichosos.

2. Pregunta: En el caso de la Enap, ¿cuál sería el proceso que se debería seguir para que ésta pudiese ser privatizada? Porque ya se emitió un tercer dictamen que dice que eso no procede.

Respuesta: Bueno, aquí yo doy la opinión personal que me he formado sobre el particular, pues no he tenido acceso a los documentos de Contraloría. A mi juicio, Enap, -constituyendo, como lo es, una empresa de estas estatales o públicas, creada por ley y regulada por ley, actualmente el Decreto con Fuerza de Ley número 1, de Minería, de 1987 que cité, que fijó su texto refundido-, no puede a mi juicio Enap ver cambiada su naturaleza jurídica, su organización, su estructura orgánica, sino en virtud de una ley. Consiguientemente, reitero que es una opinión personal, se requeriría para su privatización primero una norma legal que cambiase su naturaleza jurídica, la transformase por ejemplo en sociedad de economía mixta, para posteriormente poder proceder a su privatización.

3. Pregunta: A mí me interesa estas llamadas sociedades de economía mixtas, concretamente usted se refirió al caso del Metro en que se le autoriza a transformarse en una sociedad anónima pero se le impone mantener una participación mayoritaria de las acciones, si el incentivo o la filosofía que hay detrás de la privatización es que estos bienes están mejores administrados cuando pertenecen a los particulares, qué incentivo habría para los particulares en invertir en una sociedad anónima en donde nunca van a poder tener una participación mayoritaria y por tanto influir sustancialmente en la administración de sus recursos y por otro lado dentro de este mismo tipo de situaciones que impediría a una sociedad anónima de este tipo que no obstante el Fisco mantener la participación mayoritaria en las acciones, enajenar los activos que componen su patrimonio y por esa vía en efecto, privatizarlas.

Respuesta: La pregunta concierne a un incentivo de carácter económico; obviamente tal incentivo dentro del esquema actual tendrá que ser estimado o evaluado por los potenciales inversionistas; me explico, una situación es el marco jurídico, legal, conforme al cual se lleva a cabo o se ha podido llevar a cabo el proceso de reprivatización en algunos casos o de privatización en otros, y otra cuestión es o son los incentivos de carácter económico, el riesgo que involucra la inversión, cuestión obviamente que tendrá que ser evaluada por cada persona o cada entidad que se interese eventualmente en participar en los aumentos de capital o en los capitales de estas empresas. Bueno, los resguardos de los accionistas minoritarios a falta de disposiciones específicas contempladas en estas normas, quedan establecidos o regulados por las normas del derecho común y consiguientemente en la especie por las normas de la Ley 18.046 para sociedades anónimas abiertas. La Ley 18.046, como sabemos, contempla una serie de derechos respecto de los accionistas minoritarios y reitero en conocimiento de esta situación jurídica, que le confiere determinados derechos, cada persona tendrá que evaluar el incentivo que tenga para invertir, el riesgo que corre y a los derechos a que se hace titular en virtud de las adquisiciones de acciones de esas empresas.

(*) Exposición del autor, de 22 de Junio de 1989, en el Seminario "Inversión Nacional y Extranjera en