

¿QUÉ ES “PRIVATIZAR”? (una aproximación jurídica)

IVÁN ARÓSTICA MALDONADO

Profesor Asistente de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho Universidad de Chile

La historia y la experiencia atestiguan que, en los regímenes políticos que no reconocen el derecho de propiedad privada incluso de los bienes productivos, son oprimidas y sofocadas las expresiones fundamentales de libertad; por eso es legítimo deducir que éstas encuentran garantía y estímulo en aquel derecho

Mater et Magistra, n.32.

I. INTRODUCCIÓN

Desde que, en 1968, el autor de temas económicos, Peter Drucker utilizara el término “privatizar”¹, es lo cierto que todo el mundo lo invoca a diario como una de las panaceas para propender a la modernización de la Administración Pública. Mas, como se trata ya no sólo de una expresión poco elegante, sino también de un concepto no decantado jurídicamente, suele transmutarse en comodín para querer denotar situaciones que, de suyo, son enteramente disímiles.

El PSD italiano, por ejemplo, en el que cierran filas los viejos comunistas, los verdes, lo que queda del Partido Socialista y la izquierda cristiana, aún conserva entre sus planes aplicar una masiva nacionalización en

¹En *The Age of Discontinuity*, Harper & Row (N. York) 1978, 234-235, citado por John D. Donahue, *La decisión de privatizar. Fines públicos y medios privados* Ed. Paidós (Barcelona) 1ª ed. (1991) 18.

Aunque casi siempre enfocada desde un ángulo técnico-económico, pero no jurídico, la bibliografía sobre el tema es vastísima. Para una panorámica, véase últimamente el trabajo colectivo de Luis Larraín A. (coordinador) *Estado empresario y privatización en Chile*, Universidad Nacional Andrés Bello (1990) 403 págs. De Dominique Hachette-Rolf Lüders, vid. *La privatización en Chile*, Centro Internacional para el Desarrollo Económico (USA) 3ª ed. (1994) 308 págs.

algunas áreas de la economía. Conociendo la popularidad de la privatización, han optado por hablar de “privatizar” las empresas privadas, como fórmula para confiscar los bienes de las grandes compañías y así “crear empleos” (sic).

Otro caso: si en Gran Bretaña bajo el gobierno de la sra. Thatcher, al promediar la década de los 80, se proclamó la privatización como bandera para reducir drásticamente el número de empresas estatales mediante la venta de sus activos (British Gas, Telecom, Jaguar, British Airways, British Aerospace, etc.), la misma expresión no pudo tener igual cabida en los Estados Unidos, en la era del Presidente Reagan, por la simple razón de que el gobierno norteamericano nunca poseyó tal cantidad de empresas estatales y activos para enajenar. Allí se le asocia más con la idea de delegar tareas públicas –cuya titularidad permanece en la órbita del Estado– en organizaciones privadas.

Parco y nada locuaz en su formulación, el Diccionario de la Lengua Española recientemente ha incorporado la locución de marras, para hacerla equivalente a “*transferir una empresa o actividad pública al sector privado*”.

Y bien, al alero de esa amplia definición e incursionando dentro de la dispersa legislación chilena, tendríamos que convenir que la voz “privatización” vendría a ser como un universal, en el que se cobijan y reciben aplicación una pluralidad caleidoscópica de modalidades contractuales, que servirán de puente para que la Administración traslade la ejecución de sus cometidos y funciones a personas y organismos del sector privado. Acá cabrían, entonces, desde el clásico contrato de concesión de servicio público hasta el más recientemente regulado convenio de externalización, por ejemplo².

Pero he aquí, de momento, un bosquejo de esa privatización *stricto sensu* que, especialmente durante el mandato del Presidente Pinochet, tuvo lugar en Chile para desmontar el extremado gigantismo que había alcanzado el Estado empresario, sobre todo a contar de 1939 –gobierno del Frente Popular– y que se expandiera aún más en el período 1970/73 –gobierno de la Unidad Popular– con la conformación de la que se diera en llamar “área social de la economía”.

²Hemos trabajado el punto en *Transferencia de funciones estatales al sector privado en tres contratos administrativos: concesión de servicio público, externalización y sociedad*, en esta Revista 56/57 (1993), 143-160.

II. PRIVATIZACIÓN DE EMPRESAS PÚBLICAS CREADAS POR LEY

Sólo muy *avant la lettre* se puede decir que, en nuestro país, los orígenes del Estado empresario se remontan al siglo 19³. Al margen de algunas intervenciones muy puntuales, esporádicas y casi circunstanciales, será bien entrado ya el presente siglo cuando habrá de emerger ese nuevo Estado que asume la gestión directa de actividades comerciales o industriales, reivindicando para sí el papel de actor principalísimo del desarrollo económico: en 1914 adquiere su actual configuración de empresa de transportes, Ferrocarriles del Estado⁴; le seguirá Línea Aérea Nacional, que surge como tal en 1932⁵, para llegar a las décadas 1950-60 con la creación legal de la Empresa Nacional del Petróleo⁶, la Empresa de Transportes Colectivos del Estado⁷, el Banco del Estado⁸, la Empresa Marítima del Estado⁹, la Empresa Nacional de Minería¹⁰, la Empresa Portuaria de Chile¹¹, la Empresa de Comercio Agrícola¹², entre otras.

Aunque por los años 1965-73 el Estado optara por hacerse del poder de compañías privadas antes existentes para acentuar aún más su presencia en el rubro empresarial, echando mano a expedientes diversos que

³Recuérdese el estanco (monopolio estatal en la venta de una serie de artículos y bienes de consumo) administrado directamente por el Estado desde 1826, a través de la Factoría General del Estanco. Otro ejemplo es la creciente injerencia del Estado en el área de los ferrocarriles: desde la ley de 5.9.1863, que le permitió adquirir las acciones en poder de los particulares del Ferrocarril de Santiago a Valparaíso (servicio organizado por la ley de 10.6.1864); o la adquisición de las acciones de la Compañía de Ferrocarril del Sur en 1873 (empresa mixta del Estado y de particulares que databa de 1855).

⁴Ley 2.846 (29.1.1914).

⁵DFL 247 (21.7.1932).

⁶Ley 9.618 (19.6.1950).

⁷DFL 54 (24.4.1953).

⁸DFL 126 (24.7.1953); posteriormente el DFL 251 (4.6.1960) sustituyó el carácter de "institución semifiscal", que se le asignaba hasta entonces, por el de "empresa autónoma del Estado".

⁹DFL 388 (27.7.1953).

¹⁰DFL 153 (5.4.1960).

¹¹DFL 290 (6.4.1960).

¹²DFL 274 (6.4.1960).

luego veremos, todavía aparecen otros gigantes monopólicos por ley: el Instituto de Seguros del Estado¹³ y Televisión Nacional de Chile¹⁴.

Incluso después, cuando ya comienza la época de la reversión y se impone la perspectiva de un Estado subsidiario, excepcionalmente se crean algunas empresas públicas, como Radio Nacional en 1974¹⁵ o la Corporación Nacional del Cobre, Codelco¹⁶, que si bien venía de mucho antes, en 1976 absorbió las cinco sociedades colectivas del Estado constituidas con arreglo a las normas del derecho común y reguladas por el DFL I, de Minería, de 1972, para la explotación de las compañías cupreras nacionalizadas por la ley de reforma constitucional 17.450 de 1971 (disposición transitoria 17ª de la Carta de 1925)¹⁷. O la Empresa Nacional de Aeronáutica, ENAER, en 1984¹⁸.

Dedicadas cada una de ellas a desarrollar diferentes giros empresariales bajo muy dispares regulaciones orgánicas, sin embargo a todas les asistía la característica común de ser entidades creadas por ley, con personalidad jurídica de derecho público distinta y separada del fisco, dotadas de patrimonio propio y con un cierto grado de autonomía frente al poder central, no obstante lo cual se adscribían a un ministerio sectorial para los efectos de su tuición o supervigilancia por el Presidente de la República. Desde luego, en su calidad de organismos oficiales, quedaban encuadradas dentro del concepto de “Administración del Estado”¹⁹.

¹³DFL 7 (23.10.1970).

¹⁴Ley 17.377 (24.10.1970).

¹⁵DL 258 (14.1.1974).

¹⁶DL 1.350 (28.2.1976). Acerca de su naturaleza jurídica de empresa pública, consúltense los Dictámenes 26.088 de 1993, y 16.164, 20.108 y 28.226, de 1994, de Contraloría General de la República.

¹⁷Tales eran las Compañías del Cobre Chuquicamata, Minera Exótica, Cobre Salvador, Minera El Teniente, y Minera Andina, cuyo capital correspondía en un 95% a Codelco y en un 5% a Enami. Que, por ende, no formaban parte de la Administración como empresas del Estado, lo precisaba la jurisprudencia de Contraloría General en sus Dictámenes 24.555, 25.011 y 70.390, todos de 1974.

¹⁸Ley 18.297 (16.3.1984).

¹⁹“Administración del Estado”: término genérico, amplio y omnicompreensivo que acuñara la Contraloría General, para denotar aquel conjunto de todos los organismos creados por ley para satisfacer de una manera regular y continua necesidades públicas, y mediante los cuales el Presidente de la República cumple su función de administrar el Estado (Dictámenes 55.741 de 1957, 50.423 de 1950, 65.338 de 1963, entre otros).

Nos referimos, pues, a aquellas entidades gubernamentales que la reforma constitucional de 1943 va a llamar, muy impropriadamente, “empresas fiscales”²⁰, a las que otros preceptos denominarán “empresas autónomas del Estado” o, sencillamente, “empresas del Estado” y que hoy –perviviendo aún doce de ellas– se refunden y quedan comprendidas en la categoría de “empresas públicas creadas por ley”, al tenor de los arts. 1 y 18 de la Ley N° 18.575 orgánica constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado.

Pues bien, al señalado proceso de expansión, a partir de 1981 seguiría un movimiento inverso: la privatización; y como no todos están familiarizados con este complejo procedimiento legal, quizá convenga explicar en qué consiste.

1. Como cuestión previa y para dar una mayor claridad sobre el asunto, es menester empezar por decir que, en tales casos, la ley comienza extinguiendo una empresa estatal o un servicio público que efectuaba cometidos empresariales, desde el momento en que la propia Constitución faculta al legislador no sólo para crear este tipo de sujetos administrativos, sino también para “suprimirlos” (art. 62 inciso 4 N°2). En derecho público las cosas se deshacen de la misma forma en que se hacen.

Claro está que el proceso en análisis puede acabar aquí y quedar afinado en esta primera fase, porque a veces bastará la sola derogación o liquidación de la empresa estatal para que se entienda que la actividad comercial que ésta gestionaba corresponderá, de ahora en más, exclusivamente a los privados. Es lo que ocurrió con la Empresa de Transportes Colectivos del Estado y con la Empresa Nacional de Riego –nacida ésta en el contexto de la reforma agraria de 1967– cuyo cierre definitivo, en ambos casos, se produjo en 1981²¹.

²⁰Ley 7.727 (23.11.1943), que al enmendar el art. 45 de la Carta de 1925, va a señalar como materias de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, las relativas a la creación de “instituciones semifiscales” y “empresas fiscales”. Así, al incorporar estas nomenclaturas, se dio reconocimiento constitucional a todas aquellas entidades y personas jurídicas de derecho público distintas al fisco, creadas por leyes anteriores para aumentar la presencia estatal en los sectores sociales, educacionales y productivos. Para mayores datos sobre esta reforma, en lo que interesa, Juan E. Infante Philippi, *Empresas del Estado*, Edit. Universitaria (Santiago) 1ª ed. (1961) 39-40.

²¹Para el caso de la E.T.C.: DL 3.659, de 10.3.1980 (Diario Oficial 8.4.1981). Para el caso de la Empresa Nacional de Riego: DFL 1.123, de Justicia, de 1981

También procede advertir que, con el propósito de compatibilizarlas con el principio de subsidiariedad del Estado, hubo otros casos en que, sin extinguirlas, el legislador mantuvo algunas empresas pero limitando sus funciones. Así aconteció con la Empresa de Comercio Agrícola, que en 1989 devino en la Empresa de Abastecimiento de Zonas Aisladas, cuyo único objetivo quedó en surtir lugares en que no estén adecuadamente satisfechas las necesidades de consumo de la población, y abrogándose todos los cometidos de aquélla no vinculados a esta específica finalidad (compraventa de productos agropecuarios, de carnes frigorizadas, fijación anual del poder comprador del trigo, fiscalización molinera, etc.)²².

Después de fracasada su privatización prevista en 1981, que la convertía en diez sociedades anónimas para administrar la infraestructura de los respectivos puertos²³, algo semejante se hizo con Emporchi el año 1990, asignándole únicamente funciones de almacenista y prohibiéndole ejecutar servicios de estiba, desestiba, porteo y transferencia de cargas desde el puerto a la nave y viceversa, salvo transitoriamente y hasta el momento en que ellas sean asumidas por el sector privado²⁴.

Pero, retomemos el iter de la privatización que antes comenzáramos a describir en su etapa primera.

2. Una vez extinguida la entidad pública, acto seguido y suponiendo que el propósito es mantener el giro de la actividad emprendida inicialmente por el Estado, como segundo paso la ley obliga imperativamente a otras corporaciones de derecho público –usualmente al Fisco y a la CORFO– a concurrir a la creación de una sociedad comercial o industrial, en reemplazo

(21.12.1981) art. 21. No cabe confundir estas medidas de extinción con el simple cambio de denominación que otras veces se produjo. Es el caso de la Ley N° 18.224 (22.6.1983), cuyo art. 3 dispuso la eliminación, a contar del 1.1.1983, de la expresión “empresa autónoma del Estado” en el art. 228 de la Ley N° 16.640, que creó el Servicio Agrícola y Ganadero, y en el art. 1 del DFL RR.AA 12, de 1963, que creó el Instituto de Desarrollo Agropecuario. Esta ley tuvo por único fin precisar su carácter de “instituciones descentralizadas”, y no de empresas del Estado afectas al sistema presupuestario del art. 11 de la Ley N° 18.196, como antes había entendido la Contraloría General; v. Mensaje presidencial (6.6.1983) e Informe Técnico del Ministerio de Hacienda (2.6.1983).

²²Ley 18.899 (30.12.1989) arts. 38 y 39.

²³Ley 18.042 (15.10.1981).

²⁴Ley 18.966 (10.3.1990).

o como continuadora legal de aquella entidad pública ahora desaparecida, y con análogas funciones que su antecesora.

Por cierto, este nuevo ente o sujeto nace como consecuencia del pertinente contrato de sociedad que, forzosamente, han debido celebrar el Fisco y la CORFO y que, al entrar a “participar” como socios, deben ser autorizados al efecto por una específica ley de quórum calificado, conforme manda la Carta de 1980 (art. 19 N° 21 inciso 2).

En estricta vinculación con lo anterior, cabe aclarar, además, que al revestir las formas de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada –según lo ordene la respectiva ley de quórum calificado o, en su defecto, del modo que sea más conciliable con la ley privada– en cualquier caso estas entidades sucesoras ya no integran los cuadros orgánicos de la Administración del Estado, merced a lo dispuesto en la Ley N° 18.575 (art. 6).

Secuela de ello es que, en su actividad futura, no podrán alcanzarles los preceptos ordinarios de derecho público que tienen como destinatarios a los organismos que permanecen dentro de esa Administración, puesto que, además, es imperativo constitucional que deben someterse a la “legislación común aplicable a los particulares” (art. 19 N° 21 inciso 2)²⁵, sin desmedro de las excepciones que, por motivos justificados, prevea el ordenamiento jurídico, con el único objeto de cautelar el patrimonio público comprometido en estas sociedades en que tiene injerencia o participación el Estado²⁶.

²⁵Estando este trabajo en prensas, así lo ha entendido recientemente la Contraloría General en Dictámenes 2.016 y 7.419 de 1996, como antes lo sostuviera en su oficio 184 de 1983.

²⁶Cuando aquí la Constitución dice “excepciones”, no quiere decir ventajas. Si la regla general es que las empresas y sociedades del Estado se deben someter a la legislación común aplicable a los particulares, en su concurrencia al mercado, la alusión a las excepciones que puede consagrar la ley, no significa que se haya dejado abierto un portillo para que se les concedan granjerías, prebendas o estatutos privilegiados, aseveración que se ve reafirmada por el hecho que la propia Carta asegura a los particulares, a continuación, “la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica” (art. 19 N° 22 inc. 1). Es más, una ley de ese tipo no sólo sería contraria al derecho constitucional de igualdad que proscribire al legislador y a toda otra autoridad “establecer diferencias arbitrarias” (art. 19 N° 2 inc. 2), sino que también violentaría flagrantemente “el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional (art. 1 inc. 5), o sea nada menos que una de las “bases de la institucionalidad” chilena (a ese respecto, vid. los DL 534 de 1974 y 2.398 de 1978, derogatorios de las franquicias tributarias otorgadas por la legislación preexis-

El tercer hilo de este proceso es la posterior venta de sus activos, derechos o acciones, a particulares, para lo cual es imprescindible la autorización del legislador, como quiera que, con arreglo a nuestro texto constitucional, son materia de ley las que “fijen las normas sobre enajenación de bienes del Estado” (art. 60 N° 10). Conviene apuntar, enseguida, que como precisara el Tribunal Constitucional en sentencia de 9.9.1991, no resulta necesario que esta autorización tenga rango de ley de quórum calificado, puesto que basta una ley simple para que una sociedad anónima del Estado se privatice²⁷.

Es de toda evidencia, nos parece, que el reseñado procedimiento de la privatización, para legitimarse realmente como tal ha de culminar con esta enajenación de manera forzosa, en el momento en que sea oportuno según el legislador²⁸. Ello, porque si la creación de la empresa o

tente a las empresas y sociedades del Estado; y compárese con los privilegios procesales que recientemente les concediera el DFL 1, de Hacienda, de 1993, orgánico del Consejo de Defensa del Estado, art. 63).

Otro propósito, pues, han de tener esas eventuales y específicas disposiciones “excepcionales”. Que no se aplican a los particulares, por un lado, y que se tratará de normas de derecho público, de otra parte, es evidente. Por tanto, ellas estarán referidas a la gestión empresarial del Estado para –sin afectar su competitividad– v.gr. que ésta se autofinancie y sea eficiente (art. 60 N° 9 CP), que se cautele la regularidad de sus operaciones (art. 16 inc. 2 Ley N° 10.336), o la transparencia de sus cometidos (art. 8 Ley N° 18.918).

²⁷Revista de Derecho y Jurisprudencia tomo 88 (1991) 2.6, 99-104.

²⁸Tanto (1) cuando el legislador estatuye un plazo “expreso” para que se concrete la transferencia, como (2) cuando aparezca establecido un plazo “tácito” porque la ley le ha conferido una potestad discrecional a la Administración para efectuar dicha enajenación dentro de un término prudencial, en ambos eventos igualmente está obligada a comparecer en definitiva al respectivo contrato de venta, que asume el carácter de *forzoso* para ella, pues no puede abstenerse de traspasar a terceros los derechos o acciones que retiene en su poder conforme a los objetivos tenidos en cuenta por la ley al ordenar la privatización, entre los cuales se encuentra el imperativo para el Estado de hacer posible y fortalecer la iniciativa privada en el sector empresarial del cual se retira (arts. 5 inciso 2° y 19 N° 21 inciso 1° CP).

Si declina hacerlo, por omisión (negativa) o dilación (postergación excesiva), implica asimismo vulnerar el principio de continuidad de la Administración, recogido en los arts. 3 inciso 1°, 25 y 44 de la Ley N° 18.575, según el cual está al servicio de la comunidad e impone a sus organismos el deber de actuar en forma continua y permanente, siendo responsables del daño que causen por falta de servicio. Esta infrac-

servicio estatal obedeció, en su ocasión, a que el legislador estimó que existía una necesidad pública comprometida, su expresa supresión por otra ley posterior conlleva la derogación tácita de aquella *publicatio praevia*. De lo contrario, a la postre tendríamos como resultado una sociedad “privada” de modo aparente, virtual, pero ejerciendo permanentemente una función pública, al margen de las reglas y controles usuales que la Carta Fundamental consulta para los organismos públicos.

Finalmente, a la hora de hacer un recuento de cómo es que se dio y aplicó este proceso privatizador en Chile, respecto de entidades que pertenecían a la Administración del Estado, de la legislación producida en la materia es posible inferir dos datos.

Primero: que se puso término a la existencia legal de numerosos servicios y empresas públicas, y que paralelamente se dispuso la constitución de otras tantas sociedades anónimas que, en calidad de sucesoras legales, asumieron el todo o parte de las funciones comerciales o industriales que antes cumplían aquellos organismos estatales.

- En 1981 se suprimió el Servicio de Correos y Telégrafos, antiguo órgano dependiente del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, y sus cometidos relacionados con la prestación de servicios de envío de correspondencia nacional e internacional fueron traspasados a una nueva empresa autónoma del Estado, Empresa de Correos de Chile.
- Los mismos cuerpos legales que estatuyeron dicha transformación, previeron también que otra entidad, a la que le debía asistir la naturaleza jurídica de una sociedad anónima, se habría de encargar del servicio de telégrafos. Nació así Telex Chile Comunicaciones Telegráficas S.A.²⁹

ción/suspensión de la ley implica, además, afectar directamente el ejercicio de otro derecho amparado por la Constitución, como lo es la libertad para adquirir el dominio sobre esos bienes (art. 19 N° 23 CP). Se cumplirían estas premisas p.ej. en un caso que denunció recientemente el Senador F.J. Errázuriz en Sesión 27ª ordinaria (9.I.1996) del Senado: a pesar que la Ley N° 18.777 (2.I.1989) dispuso que la Corfo debía ofrecer la adquisición de acciones de su propiedad en EMOS S.A. y ESVAL S.A., a los trabajadores de éstas (art. 10), por memorándum 0683-90 (23.5.1990), la Gerencia General de EMOS S.A. les comunicó que “se suspendía la venta de acciones, mientras las nuevas autoridades políticas, elegidas democráticamente, evaluaban los antecedentes”. Dice el Senador que, transcurridos más de cuatro años, las autoridades continúan aún evaluando los antecedentes. *El Mercurio* (Stgo.) 19.I.1996, versión oficial 332ª Legislatura, págs. 21-22.

²⁹Ley 18.016 (5.8.1981) y DFL 10, de Transportes, de 1981 (30.I.1982).

- En el año 1985 desaparece legalmente la empresa estatal Línea Aérea Nacional, relacionada con el Ministerio de Transportes, y en su reemplazo se ordena la formación de Línea Aérea Nacional-Chile S.A.³⁰.
- En 1987 se extingue el Instituto de Seguros del Estado, bajo la tuición del Ministerio de Hacienda, y en su lugar se constituyen dos sociedades anónimas, ISE Seguros Generales S.A. e ISE Seguros de Vida S.A.³¹.
- Durante 1989 se producen varios casos: La Dirección General del Metro creada en 1974 bajo la dependencia del Ministerio de Obras Públicas, cede paso a una sociedad anónima denominada Empresa de Transportes de Pasajeros Metro S.A.³². Se extingue también la Empresa Marítima del Estado, cuya continuadora es la sociedad Empresa Marítima S.A.³³. En virtud de una misma ley, la Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias y la Empresa de Obras Sanitarias de la V Región, adquieren la categoría de sociedades anónimas³⁴. Todavía en 1989, se dispone la creación de la Zona Franca de Iquique S.A.³⁵, y la Polla Chilena de Beneficencia, que estaba vinculada al Ministerio de Hacienda, pasa a ser subrogada por otra sociedad anónima³⁶.

El mismo año se autoriza a la Empresa de Ferrocarriles del Estado para vender a la sociedad filial de CORFO, Empresa de Transporte Ferroviario S.A., el sector ferroviario comprendido entre las estaciones de La Calera e Iquique, con todos sus bienes y equipos asignados³⁷.

- En 1990 se dispone la creación de once sociedades anónimas (una por cada región exceptuando la Metropolitana y la V Región), con el objeto de efectuar actividades empresariales en materia de agua potable y alcantarillado, en reemplazo del Servicio Nacional de Obras Sanitarias que existía para estos efectos³⁸.
- Una ley de 1992 modificó el estatuto orgánico de la citada Empresa de los Ferrocarriles del Estado, y la facultó para realizar sus cometidos propios directamente, o mediante concesiones a privados, o por medio

³⁰Ley 18.400 (9.2.1985).

³¹Ley 18.679 (31.12.1987).

³²Leyes 18.772 (28.1.1989) y 18.899 (30.12.1989).

³³Ley 18.773 (28.1.1989).

³⁴Ley 18.777 (8.2.1989).

³⁵Ley 18.846 (8.11.1989).

³⁶Ley 18.851 (22.11.1989).

³⁷Ley 18.871 (4.12.1989).

³⁸Ley 18.885 (12.1.1990).

de la formación de sociedades anónimas junto al Fisco, dentro del plazo de tres años³⁹.

- Más recientemente –1994– se dispone la conversión de la empresa super-
vigilada por el Ministerio de la Secretaría General de Gobierno, Radio
Nacional de Chile, en una sociedad anónima abierta⁴⁰.

Y *Segundo*: que no en todos los casos se arribó de manera inmediata, sin embargo, a la enajenación definitiva de los derechos o acciones que, en el acto de constitución de estas sociedades, retuvieron sus “socios fundadores”, o sea la CORFO y el Fisco.

- Cuando se afinó completamente la privatización, en algunos casos un mismo cuerpo normativo puso fin a la existencia legal de la entidad pública, ordenó la creación de una sociedad anónima en su reemplazo o como subrogante, y regló el traspaso del total de sus acciones al sector privado: Telex Chile S.A. (1981) y Radio Nacional S.A. (1994).
- En otras ocasiones, y ponderando criterios de oportunidad, el legislador fue modulando de manera gradual este traspaso de la propiedad pública a terceros, al compás de sucesivas leyes que, una tras otra, fueron ampliando las facultades del Estado –CORFO y Fisco– para desprenderse de las acciones que retenía en la respectiva sociedad.

Es el caso de Lan Chile: en 1985 se ordenó la creación de la sociedad anónima que continuaría su giro, concurriendo al acto de su constitución la CORFO y el Fisco. Originalmente la ley ordenó que la CORFO debía mantener permanentemente el 67% de las acciones del capital; luego en

³⁹Ley 19.170 (3.10.1992) art. 1 N^{os} 2 y 51 (modificatorios de los arts. 2 y 5 transitorio, respectivamente, del DFL 94, de 1960). Se trata éste de un simple proceso de “filialización” de E.F.E., que pasará a tener la estructura de holding. En virtud de esta atribución legal, recientemente (octubre 1995), el directorio de E.F.E. constituyó siete empresas filiales con carácter de sociedades anónimas abiertas: Metro Regional Valparaíso S.A., Infraestructura y Tráfico Ferroviario S.A., Ferrocarriles Suburbanos S.A., Ferrocarriles del Sur S.A., Ferrocarriles de Pasajeros S.A., Ferrocarril de Arica a la Paz S.A. vid. *El Mercurio* (Stgo.) 27.9.1995, C 1 y 10; 16.10.1995, B 3 y 19.10.1995, B 18.

⁴⁰Ley N^o 19.315 (25.7.1994). Ya en 1976, la Comisión Ortúzar (sesión 227), a propósito del que sería art. 19 N^o 12 de la Constitución de 1980, y en cuanto a la facultad del Estado de ser dueño u operar medios de radiodifusión, advertía que “sólo excepcionalmente, en aquellos lugares en que los particulares no estén en condiciones o no manifiesten interés en ser titulares de la concesión, el Estado podrá establecer y explotar una estación radiodifusora, pero por intermedio de alguna entidad autónoma estatal”.

1986 se la autorizó para retener sólo un 40%⁴¹, hasta que en 1988 pudo enajenar el total⁴². Otro tanto aconteció con ISE Seguros de Vida S.A. e ISE Seguros Generales S.A.: la ley que ordenó su creación en 1987, dispuso la participación en ellas del Fisco (1%) y de CORFO (99%), pero con la limitante de que ésta debía conservar permanentemente a lo menos un 66% de las acciones de su capital. Fue necesario esperar hasta el año 1989 para que pudiera venderse el total de esos derechos a privados⁴³. Empremar es otro ejemplo: si se ordenó su transformación en S.A. en 1989, con concurrencia Fisco (1%) y CORFO (99%), pero debiendo mantener ésta, permanentemente, el 65% del capital, sólo el año 1994 se levantó esta restricción y pudo oficializarse el traspaso de su propiedad a los particulares⁴⁴.

En los demás casos en que no se ha concretado la transferencia de su propiedad por falta de autorización legal, obviamente estamos en presencia de un proceso inconcluso y aún pendiente.

III. PRIVATIZACIÓN DE EMPRESAS PRIVADAS DEL ESTADO

Desde un prisma jurídico, muy diferente ha sido en Chile la privatización de la mayoría de las empresas privadas en las cuales el Estado había obtenido su control —es decir la intervención en su administración y manejo— y que llegaron a conformar la otrora, así conocida, “Administración invisible del Estado”.

Aquí cabe predicar, entonces, que privatización viene a ser precisamente lo opuesto a “estatización”, a la absorción por el Estado de empresas privadas⁴⁵, amén de la cual —al 11 de septiembre de 1973— éste mantenía 273 empresas en propiedad legal, más 350 intervenidas, a lo que

⁴¹Ley 18.706 (14.5.1986).

⁴²Ley 18.768 (29.12.1988) art. 67.

⁴³Ley 18.814 (28.7.1989) art. 5.

⁴⁴Ley 19.319 (3.8.1994). Sobre el acto de su enajenación, v. *El Mercurio* (Stgo.) 25.4.1995, B 3.

⁴⁵Un intento sistematizador de este estatismo puede encontrarse en el Dictamen 55.527 de 1972, de Contraloría General de la República.

habría que añadir el dominio de la banca, que implicaba un control indirecto sobre el resto de las actividades productivas⁴⁶.

En efecto, es de sobra conocido que en nuestro país, al tren de la mentalidad imperante hacia 1930, el Estado no sólo habría de expandir sus roles comerciales e industriales mediante la creación directa y por acto legislativo de un creciente número de empresas públicas. Porque junto a éstas hallábase también las empresas del sector privado cuya posesión había obtenido el Estado, a través de la aplicación, a un ritmo cada vez más intenso, de una extensa gama de mecanismos diversos.

1. Con aquel designio, se emplearon primeramente los procedimientos propios del derecho privado, como la creación ex-nihilo de nuevas sociedades. Por intermedio de esta fórmula se constituyeron por la Corfo, entre muchas otras, v.gr. la Empresa Nacional de Electricidad, ENDESA (1944); la Compañía de Acero del Pacífico S.A., CAP (1947); la Industria Azucarera Nacional S.A., IANSA (1953); la Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A., ENTEL (1964); etc.

O como la adquisición de acciones en una compañía antes existente y en la que el Estado no tenía, hasta ese entonces, participación o, al menos, no una injerencia significativa. Leyes específicas mediante, que habilitaron al Estado para comprar el todo o parte de las acciones, así se “chilenizó” la gran industria minera privada del cobre (1965)⁴⁷, y la Corfo pudo hacerse de la Compañía Chilena de Electricidad Ltda. (1970)⁴⁸.

2. Claro está, si ya con antelación se había inculcado la idea de que nuestro ordenamiento constitucional padecía de un garrafal “vacío”, al no consignar límites para aplacar las obsesivas ansias gubernamentales de andar a la caza de empresas privadas, no es de sorprender que el tránsito al Estado socializante de 1970-73 se hiciera también al compás de los “resquicios legales”⁴⁹.

⁴⁶Vid. suplemento “Informe Económico”, *Las empresas del Estado en El Mercurio* (Stgo.) 7.5.1977. También Claudio Gárate, *El Estado cambió de giro en El Mercurio* (Stgo.) 17.9.1989.

⁴⁷Ley 16.425 (25.1.1966) arts. 3-5.

⁴⁸Ley 17.323 (14.8.1970).

⁴⁹E. Novoa Monreal, *Los resquicios legales* Ed. Bat (Stgo.) 1ª ed. (1992). No obstante lo sostenido por este autor, en verdad el “vacío” se hallaba precisamente en el lado opuesto donde pretendía, porque la Carta de 1925 jamás consultó expresamente la posibilidad de que el Estado pudiera efectuar cometidos empresariales a través de

Allí está el caso de la estatización de la banca privada en 1971, que se materializó sin ley específica previa y asilándose el gobierno en una crítica norma existente, desde 1939, en el estatuto orgánico de la Corfo, que la facultaba para “ejecutar todos los actos y contratos que sean necesarios para la consecución de los fines de la Corporación”, en un contexto de objetivos ambiguos y harto elásticos⁵⁰. Bajo la amenaza del gobierno de proponer una ley más drástica de nacionalización –anuncio que nunca concretó– los accionistas se vieron casi forzados a vender sus derechos a la Corfo, de tal manera que a poco andar, al promediar 1972, el Estado había alcanzado el control de todos los bancos privados pequeños y medianos; participaba del 71,5% del Banco Sudamericano, el segundo más importante, y del 46% del mayor banco comercial en el país, el Banco de Chile⁵¹.

El resultado fue un espectro disímil de entidades privadas de carácter societario, formadas o absorbidas por el Estado de manera total o parcial, y que en un intento de sistematización podríamos llamar, genéricamente, “sociedades filiales”. En esta categoría se puede ubicar las “empresas privadas del Estado”, esto es aquellas sociedades integradas exclusivamente por organismos estatales o donde su participación es mayoritaria, y las “sociedades de economía mixta”, o sea cuando coexistían capitales públicos y privados⁵².

interpósitas personas, de carácter privado; tales, las sociedades o empresas que nos ocupan.

⁵⁰Ley 6.334 (29.4.1939) art. 22 letra i). Al respecto, v. Adolfo Ibáñez S.M., *Los ingenieros, el Estado y la política en Chile. Del Ministerio de Fomento a la Corporación de Fomento (1927-1939)*. Rev. Estudios Históricos (Instituto de Historia/U. Católica de Chile) N° 7, 3-60.

⁵¹Recuérdese que este propósito hegemónico del gobierno socialista de la U.P., de tomar el control absoluto de la banca privada, mereció la enérgica intervención del entonces Fiscal de la Comisión Antimonopolios, don Waldo Ortúzar, por infringir la Ley N° 13.305. Sobre este episodio, v. el reconocimiento del propio asesor legal de aquel gobierno E. Novoa M., en *Una crítica al derecho tradicional*, Ed. del Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolívar/Ed. Antártica S.A. (Stgo.) 1ª ed. (1993) 334-351. En contraste, véase a Genaro Arriagada, *De la vía chilena a la vía insurreccional*, Ed. Del Pacífico (Stgo.) 2ª ed. (1974) 140-149. También Andrés Echeverría - Luis Frei, *La lucha por la jurisdicción en Chile (1970-1973)*, Ed. Del Pacífico (Stgo.) 1ª ed. (1974) vol. 1, 223-238.

⁵²La fuerte expansión del Estado empresario (1939-1973) llevó, en muchos casos, al inexorable desplazamiento de los accionistas privados en las referidas socieda-

En todo caso, la Contraloría General de la República vendría a señalar que la participación del Estado en ellas –y aunque le pertenecieran en un 100%– no tiene el alcance de modificar su naturaleza jurídica, que es esencialmente de derecho privado, sin que por ello pudieran considerarse como formando parte de los cuadros orgánicos de la Administración del Estado⁵³.

3. Pero a la utilización de las referidas fórmulas del derecho privado se sumaría en 1971 otro resquicio revivido de entre la barahúnda de leyes dispersas y preexistentes. Nos referimos a las “expropiaciones” que consagraba un precepto olvidado contenido en el decreto ley 520 de 1932, emitido durante la fugaz República Socialista instaurada de facto aquel año y que, cuatro décadas después, serviría para enderezar sendas expropiaciones en contra de las industrias más importantes del sector textil⁵⁴.

En síntesis, dicha norma permitía expropiar la totalidad del activo de una sociedad fabril y destinado al funcionamiento del establecimiento afectado; por ende, en su calidad de bienes traspasados al dominio público y no de sujetos, el Estado entraba así a explotarlos a través de la personalidad jurídica de derecho público de la entonces Dirección de Industria y Comercio, Dirinco, que en tales circunstancias adquiriría el carácter y quedaba sujeta al mismo régimen que una empresa estatal.

des de economía mixta. Tómese el caso de CAP, que se formó con la concurrencia de CORFO (33%), de la Caja de Amortización de la Deuda Pública (14%) y de accionistas privados (53%). En julio de 1968 la Corfo incrementó su participación a un 41%, y luego a un 54%. En noviembre de 1970 adquirió un paquete de acciones que transformó al Estado en dueño de un 98,8%, del cual el 82,2% era de CORFO. A fines de 1972, la presencia del sector privado había disminuido a un 0,98% y, al año siguiente, a un 0,4%. Datos de Hachette-Lüders, *ob. cit.*, 196-197.

Otro ejemplo, entre muchos, es HONSA que fue creada el año 1956 y estaba formada por Corfo y la Sociedad Hotelera de Valdivia S.A. El año 1964 el Estado tenía el 77% de las acciones y el sector privado un 23%; en 1970 el primero había subido su participación a un 96% y los particulares relegados a un escuálido 4%. Luis Larraín (y otros) *ob. cit.*, 42.

⁵³Dictámenes 40.236 de 1966, 77.080 de 1971, 55.527 de 1972, y 14 y 43.494 de 1973. Más recientemente, vid. Dictámenes 10.492 de 1979, 184 de 1983, 2.016 de 1996, etc.

⁵⁴Arts. 4, 5, 7 y 8 de este DL 520, de 1932. Su derogación: DL 3.477 de 1980 (2.9.1980) art. 28.

Sin embargo, como se anotara en la época, desde un punto de vista práctico, era imposible aplicar la forma de expropiación establecida en el DL 520 de 1932, para un proceso de estatización global como el que estaba empeñado en lograr el gobierno izquierdista de la Unidad Popular. Era demasiado caro. Por esta razón el número de expropiaciones fue muy pequeño; ínfimo si se le compara con el total que según el gobierno de entonces debía constituir el “área de propiedad social”. De un total aproximado de 600 empresas que, al 11 de septiembre de 1973, comprendían ese sector, sólo ocho habían sido expropiadas. La enorme mayoría de ellas se encontraban requisadas o intervenidas⁵⁵.

4. Efectivamente, dentro del arsenal de la estatización se utilizarían masivamente otras dos medidas de incautación: la requisición civil y la reanudación de faenas.

Para recordar, basta decir que la *requisición* se hallaba prevista en el referido DL 520 de 1932, cuyo texto refundido fue fijado por decreto 1.262 de 1953, y luego por decreto 1.379 de 1966, ambos del Ministerio de Economía, como una “*sanción*” que podía imponer la Administración en caso de haber mediado un fenómeno especulativo, un ilícito económico como acaparamiento, negativa de venta, sobreprecio o venta condicionada. Mas, interpretando extensivamente los términos del reglamento de ese decreto ley, contenido en el decreto 338, de Economía, de 1945, la Contraloría General de la República había entendido que también era procedente como “*medida de regulación económica*”, o sea como un medio para despojar a sus legítimos dueños del derecho a administrar los establecimientos que fabricaban o distribuían artículos o productos de primera necesidad, en caso de que la autoridad calificara que había desabastecimiento actual o eventual, y si ese desabastecimiento estaba en relación de causa a efecto con la menor producción de una industria frente a lo que ella podía producir de acuerdo a su capacidad instalada⁵⁶.

La *reanudación de faenas* se basaba en los arts. 626 del Código del Trabajo; 38 de Ley N° 12.927, de Seguridad del Estado; 171 de la Ley N° 16.640, de Reforma Agraria; 160 de la Ley N° 16.840 y 4 de la Ley N° 17.704,

⁵⁵G. Arriagada, *ob. cit.*, 139-140.

⁵⁶Dictámenes 60.058 de 1962, 43.315 de 1971, 66.086 de 1971, 95.761 de 1972, 13.483 de 1973 y 15.979 de 1973. Cfr. en sentido opuesto, E. Soto Kloss, *La requisición de industrias en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República: ¿una hipóstasis jurídica?* Estudios Jurídicos (Chile) vol. 2 (1-2) 1973, 233-260 y *Sobre la legalidad de las requisiciones de industrias*, en esta Revista, N° 13 (1972) 61-80 .

disposiciones que también facultaban la designación de interventores gubernamentales en caso de paralización, y para asegurar la continuidad de la prestación de un servicio o de la explotación de una actividad, estimadas ambas esenciales para el desenvolvimiento económico y social de la población⁵⁷.

Pero ocurrió que tanto la requisición como la reanudación de faenas, a pesar de estar concebidas como eminentemente transitorias, durante los años 1970-73 pasaron a utilizarse como el medio por excelencia que tenía el Estado para despojar de manera permanente a sus propietarios de un enorme número de industrias y establecimientos, sorteando la vía legislativa expropiatoria que prescribía expresamente la Constitución.

Porque tachados o representados los actos del Ejecutivo que disponían estas medidas, por Contraloría General de la República en el trámite de toma de razón, tanto por no concurrir los hechos que hacían jurídicamente admisible su adopción y basarse en presupuestos inexistentes o sencillamente falsos, cuanto porque la paralización de la empresa afectada obedecía a simples ocupaciones ilegales, vulgares tomas o usurpaciones, con todo, nuestro Estado de Derecho veía cómo esa Contraloría era sobrepasada en sus reparos, abusiva y sistemáticamente.

Así, se acuñó masivamente al arbitrio de la insistencia presidencial, con decretos la gran mayoría de las veces infundados, otras veces genéricos o indeterminados –sin individualizar siquiera los establecimientos afectados– además de los muchos casos de insistencias simultáneas, cuando por ejemplo con un solo decreto se ordenaba al Contralor dar curso a decenas de resoluciones requisitorias antes objetadas por padecer severos vicios de juridicidad. En otras ocasiones, como estas confiscaciones se habían puesto en ejecución antes de su toma de razón –como actos de urgencia o de vigencia inmediata– se ignoraba pura y simplemente su posterior representación: sin dictar ningún decreto de insistencia, igual se las mantenía en vigor artificial e indefinidamente⁵⁸.

En resumen: esta compilación de irregularidades llevará al

⁵⁷Sobre este régimen jurídico imperante a la sazón, véase Dictamen 17.781 de 1971.

⁵⁸Acerca de este período, puede consultarse nuestro *El gobierno de la Unidad Popular y la Contraloría General de la República*, en esta Revista N^{os} 53/54 (1993) 97-116, también E. Soto Kloss, *El decreto de insistencia ¿es conforme a la Constitución?* en esta Revista, N^o 15 (1974) 58-80.

Contralor General de ese entonces, don Héctor Humeres, a tener que constatar que a las requisiciones “se las ha utilizado para formar de hecho un área social sin ley”⁵⁹.

5. Y toda la anterior descripción de mecanismos empleados por el Estado para crear o apoderarse de empresas privadas viene a cuento, ya que de ello dependerá, precisamente, la forma en que se llevaría a cabo por el gobierno militar –a contar de fines de 1973– esa profunda operación “retorno a manos privadas”, y que se inaugura con la devolución a sus legítimos propietarios de todas aquellas empresas intervenidas ilícitamente en virtud de los mentados actos de reanudación de faenas y de requisición de industrias.

A esta primera operación de simple reversión o restitución, aquí la vamos a denominar “reprivatización”.

En torno a este punto, es dable precisar que, como las aludidas medidas de reanudación y de requisición habían sido adoptadas en contravención al ordenamiento jurídico y para la conformación de un “área social de la economía” instaurada de facto⁶⁰, habría bastado que las nuevas autoridades procedieran a su retiro posterior, esto es a sancionar la infracción producida dejándolas sin efecto derechamente, por medio de otros tantos actos administrativos de contrario imperio o invalidatorios, reintegrando de esta manera las empresas intervenidas a sus propietarios.

Empero, ante la magnitud que habían alcanzado las medidas irregulares, la reprivatización de que se trata tuvo que ser objeto de una

⁵⁹Declaración pública de 28.3.1973 cit. por E. Soto Kloss en *La requisición...*, 239. Sobre la requisición, como medida transitoria, que no puede tener por finalidad traspasar las industrias afectadas al sector estatal, vid. además Dictámenes 18.447 de 1972, 3.397 de 1972 y 1.640 de 1973, entre otros.

La Cámara de Diputados en su Acuerdo de 23.8.1973 representaba también al Gobierno de la U.P. el grave quebrantamiento de la juridicidad en que había incurrido, entre otros motivos, por el empleo sistemático de estos resquicios legales (cons. 7º letra a y 10º letra f). Su texto en *Antecedentes históricos-jurídicos relacionados con el cambio de gobierno en Chile*, RDJ tomo 70 (1973) 1ª parte secc. Derecho, 251-256.

⁶⁰El proyecto de reforma constitucional Hamilton-Fuentealba, en que se reglaban las tres áreas de la economía –social, mixta y privada, según si la propiedad correspondía al Estado, a éste y a los particulares, o sólo a estos últimos– fracasó precisamente porque el Ejecutivo se negó a promulgarlo de manera íntegra.

Para la representación de dicho decreto promulgatorio de la Ley Nº 17.948 en que se insertaba parcialmente el proyecto comunicado por el Senado al Gobierno de la Unidad Popular, vid. Dictamen 50.782, de 2.7.1973, de Contraloría General. También A. Silva Bascuñán, *Sólo queda promulgar íntegra la reforma en El Mercurio* (Stgo.) 24.7.1973.

regulación general, coherente e integral por parte del legislador –Junta de Gobierno–, fijando de manera detallada las reglas y el procedimiento aplicable en el DL 88 (20.10.1973), y que fuere expedido “considerando que es de vital importancia para el país la pronta normalización de las actividades productivas”⁶¹.

En ese predicamento, el citado cuerpo normativo rigió las diversas materias relacionadas con la devolución de industrias intervenidas, en el cual se facultó al Vicepresidente de Corfo para revisar los antecedentes que sirvieron de fundamento a la dictación de esos decretos de reanudación de faenas y de dichas resoluciones de requisición. Contempló, asimismo, que se presumiría de derecho que por sola circunstancia de aceptar sus propietarios o representantes legales la restitución del establecimiento afectado, renunciaban y se desistían de toda acción judicial que pudiese corresponderles o hubieren entablado en contra del Estado o de sus organismos o reparticiones, tendientes a obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados con motivo de su intervención o requisición.

De consiguiente, la reprivatización así materializada mediante actos administrativos devolutorios, aparece inserta dentro de un contexto de simple normalización del imperio del derecho quebrantado y de restablecimiento del derecho de propiedad vulnerado.

6. Por lo que respecta, ahora, a las sociedades en que el Estado había adquirido participación, se puede observar –primero– su casi inmediata “contención”, porque el legislador de ese entonces dictaría prontamente una serie de prescripciones tendientes a frenar o detener el avance que había experimentado el número de tales entidades societarias de carácter privado pero controladas por la Administración.

A ese respecto, vale citar la emisión, en 1974, del Decreto Ley N° 818, que señalaba que no podían ser accionistas de un banco comercial el Fisco, los Servicios, Instituciones Fiscales, Semifiscales, Organismos Autónomos y Empresas del Estado⁶².

⁶¹Relativo a las deudas contraídas durante el período de intervención estatal, véase art. 6 de este DL 88, en relación con el DL 333 (25.2.1974).

⁶²Art. 6 letra j), que agregó un N° 17 al art. 65 de la Ley General de Bancos.

Téngase presente, además, que el DL 38 de 1973, artículo 1 letra B), modificatorio del art. 16 de la Ley N° 10.336, sometió a fiscalización de la Contraloría General de la República a todas aquellas empresas y sociedades en que el Estado tenga aportes de capital mayoritarios o en igual proporción, para los efectos de cautelar el cumplimiento

En ese mismo orden de ideas, y ya de manera mucho más drástica y amplia, el DL 1.056, de 1975, vendría a prohibir a los servicios, instituciones y empresas del sector público efectuar aportes de capital a sociedades o empresas de cualquiera naturaleza⁶³, por mencionar algunos ejemplos.

Y—en segundo término— en lo que atañe concretamente a su “privatización”, debe observarse nuevamente que, como estas sociedades no nacieron en virtud de una ley, puesto que siempre detentaron la condición de organismos privados, no se configura a su respecto la exigencia de tener que proceder a su disolución a través de leyes específicas.

Trátase aquí de un simple traspaso de acciones al sector privado. En virtud de lo prevenido en el art. 44 N° 3 de la Constitución de 1925, análogo al actual art. 60, N° 10, de la Carta de 1980, al efecto fue y es suficiente una ley simple que autorice la “enajenación de bienes del Estado”, teniendo en consideración que a los derechos y acciones de la Administración en dichas sociedades les asiste, precisamente, la naturaleza de bienes.

De entre la mucha y variada legislación que, en este sentido, se dictó, se puede mencionar, a vía ejemplar, el antes citado DL 818 de 1974, relativo específicamente a la venta de las acciones del Estado en el sector bancario⁶⁴. Tempranamente también, el DL 1.056, de 1975, autorizó la enajenación de toda clase de activos muebles o inmuebles, corporales o incorporeales, del Fisco y de las instituciones o empresas descentralizadas del sector público, que no fueran imprescindibles para el cumplimiento de los fines de

de sus fines, 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.

⁶³Art. 3 de este DL 1.056 (7.6.1975).

⁶⁴Art. 1 transitorio. En relación a este sector, recuérdese que, producto de la crisis financiera que afectara al país entre fines de 1981 y enero de 1983, el gobierno tuvo que intervenir una gran cantidad de bancos y financieras (Banco de Chile y Banco de Santiago, entre otros), con lo cual el Estado asumió también el control de otras muchas empresas que estaban altamente endeudadas con esos bancos. Apareció, así, el “área rara” de la economía —formalmente privadas pero bajo tuición del Estado— y que llegó a incluir más de 90 compañías. Posteriormente, la Ley N° 18.401 (26.1.1985) revirtió esta situación, mediante el novedoso sistema del “capitalismo popular”, ya que permitió a cualquier ciudadano optar a la compra de las acciones de los organismos regularizados, por la vía de un crédito preferencial (tasa de interés cero), y cuya inversión quedó sujeta a importantes franquicias tributarias.

la entidad respectiva⁶⁵, lo que permitió a los mencionados sujetos de derecho público desprenderse de grandes cantidades de acciones que poseían en sociedades privadas.

Pueden mencionarse, además, el DL 1.068 de 1975, que regló la enajenación de acciones de propiedad de la CORFO⁶⁶, pasando por todas las leyes especiales que permitieron a los trabajadores y funcionarios del Estado adquirir acciones de esa misma Corporación con el producto del anticipo de sus desahucios⁶⁷, para concluir, en este rápido recuento, con la Ley N° 18.965, que dispuso, en términos imperativos, la obligación del Estado, sus organismos o sociedades en que tengan participación, de enajenar los derechos que adquieran o reciban a cualquier título, en sociedades cuyo objeto social esté fuera de la autorización para desarrollar actividades empresariales concedida al Estado o exceda los términos de dicha autorización⁶⁸.

IV. CONCLUSIÓN

Muestra este opúsculo –casi fatigosamente– ese complejo laberinto de normas jurídicas por el que ha debido transcurrir el proceso de privatización en Chile, para ser considerado hoy no sólo como apto y útil, sino también como plenamente armónico con el régimen constitucional y legal vigente como quiera que sus prescripciones establecen un ordenamiento público económico concebido sobre la base del *principio de subsidiariedad*.

Pero que no se olvide lo esencial; que no se escape la realidad más primaria que explica este *repliegue del estatismo* que hoy se bate en retirada, pero que antaño llenó la economía. Porque una mirada atenta por encima de esa vasta red de preceptos privatizadores diversos, nos advierte con fuerza ineludible que todos ellos se inscriben tras el propósito de concretar efectivamente aquel principio de subsidiariedad del Estado, de un lado y por otro, de hacer eficaz el derecho de los particulares a emprender todas las actividades productivas lícitas que les aconseje su libre iniciativa.

⁶⁵Art. 8, cuyo texto fue reemplazado por el art. 11 del DL 3.001 (27.9.1979), y luego declarado permanente por la Ley N° 18.382 (28.12.1984).

⁶⁶Arts. 1-3 DL 1.068 (24.6.1975).

⁶⁷Leyes 18.681 (31.12.1987) art. 30; 18.747 (28.9.1988) arts. 1-7, y 18.779 (30.1.1979) arts. 1-5.

⁶⁸Ley N° 18.965 (10.3.1990) art. único.

Lo anticipaba la Declaración de Principios del Gobierno de Chile en 1974: “La centralización excluyente de toda actividad económica por el Estado no sólo conduce a una sociedad estatista que termina por negar prácticamente la libertad personal, sino que además prescinde de la capacidad creadora de los particulares en el terreno empresarial, cuyo reemplazo por el burócrata perjudica el surgimiento de nuevas fuentes de producción y de trabajo” (Cap. II, 5)⁶⁹.

Como remate, cabe decir, entonces, que el proceso privatizador reseñado tiene una profunda e íntima trabazón con el derecho que la Constitución Política de la República de Chile, de 1980, les asegura a los particulares “a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen” (art. 19 N° 21 inciso 1).

Confirma el parecer recién expuesto lo señalado en el art. 5 inciso 2 de la misma Carta Fundamental, en cuya virtud los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana –entre los cuales se cobija aquel relativo a la libre iniciativa– no sólo configuran un simple “límite” o una mera barrera a la actuación del Estado, por lo que le imponen a éste, desde ya, un deber general de abstención o de no hacer a su respecto. Es que, además, le asiste al Estado, como una obligación activa o de hacer, el “promover tales derechos”, contribuir a la efectividad de los mismos, o sea en hacer posible su existencia misma.

Lo anterior quiere significar, entonces, que una de las finalidades con que la Constitución grava imperativa y directamente al Estado consiste, precisamente, en fomentar, vigorizar, fortalecer o tonificar esos derechos y no en copar todos los campos en que éstos se puedan desenvolver. Y, no es vano insistir, esta finalidad “obliga” al propio Estado, por mandato categórico del art. 6 inciso 2 del mismo texto constitucional.

⁶⁹Su texto puede verse en Anuario de Derecho Administrativo (Chile) vol. 1 (1975/76), Ediciones Revista de Derecho Público, 515 ss. Sobre la gestación del art. 19 N° 21 de la Carta de 1980 en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, a partir de esta Declaración de Principios, v. R. Bertelsen R., *El Estado empresario en la Constitución de 1980*, Revista Chilena de Derecho (U. Católica de Chile) vol. 14 N° 1 (1987) 115-125. Otros antecedentes relevantes sobre la subsidiariedad del Estado en materia económica, emanados de CONARA y ODEPLAN en 1980, acerca de la que sería la LOC 18.575, en R. Pantoja B., *Bases generales de la Administración del Estado*, Ediar-Conosur (Stgo.) 1ª ed. (1987) 27-34.

Es, pues, la aplicación de estos principios insertos dentro de las “bases de la institucionalidad” chilena, lo que permite afirmar que uno de los objetivos tenidos en cuenta por el legislador al ordenar la privatización y, por ende, al excluir la presencia del Estado en tareas empresariales que “naturalmente” corresponden a los particulares, haya sido evitar la conculcación material de ese derecho asegurado en el art. 19 N° 21 inciso 1°, y que está indisolublemente ligado al libre desarrollo de la personalidad.