

LAS SOCIEDADES DE CAPITAL MAYORITARIO DEL ESTADO. SUS VÍNCULOS Y DIFERENCIAS CON LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. SU ESTATUTO Y CONTROL *

OSVALDO OELCKERS CAMUS
Universidad Católica de Valparaíso

I. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS CON CAPITAL MAYORITARIO DEL ESTADO

La primera premisa que debemos resaltar en el análisis de estas sociedades, es que ellas se conforman como tales, a través de la debida autorización legal de quórum calificado a sus respectivos socios (artículo 19 N° 21 de la Constitución Política). Así por ejemplo la sociedad RPC. S. A. se constituyó conforme atribuciones expresas que se otorgaron a sus socios la Empresa Nacional del Petróleo (ENAP), empresa comercial con personalidad jurídica propia de derecho público, y que se rige justamente por la ley 9.618 de 1950, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado es el DFL. N° 1/86 de Minería publicado en el Diario Oficial con fecha 24 de abril de 1987, en especial su artículo 2° incorporado por el DL. 1.089/75 artículo 21°, letra a); por la ley 18.482 artículo 56°, letra b) y c) y modificado, a su vez, por la ley 18.888 de fecha 6 de enero de 1990 que en su texto señala: "*Artículo único. Sustitúyese el inciso 2° del artículo 2° de la ley 9.318, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley 1, de 1986, del Ministerio de Minería, por los siguientes, pasando el actual inciso 3° a ser inciso 4°: "La Empresa Nacional del Petróleo podrá ejercer actividades de exploración, explotación o beneficio de yacimientos que contengan hidrocarburos, dentro o fuera del territorio nacional, ya sea directamente o por intermedio de sociedades en las cuales tenga participación o en asociación con terceros. Si ejerciere dichas actividades dentro del territorio nacional por intermedio de sociedades en que sea parte o en asociación con terceros, deberá hacerlo por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije en el respectivo decreto supremo./ La Empresa Nacional del Petróleo puede, además, sin que ello le esté reservado exclusivamente, ya sea directamente o a través de sociedades en que tenga participación,*

* El presente análisis va conducido con referencia a la sociedad Refinería de Petróleo Concón S. A.

almacenar, transportar, transformar, tratar, procesar, refinar, vender y, en general, comercializar petróleo o gas, así como desarrollar cualquier otra actividad industrial que tenga relación con hidrocarburos, sus productos y derivados. Asimismo, la Empresa podrá, por cuenta del Estado, recibir, readquirir, vender y comercializar en cualquier forma los hidrocarburos provenientes de contratos especiales de operación, y ejercer las demás funciones y derechos que el decreto supremo y el correspondiente contrato le encomienden, sea que en estos contratos tenga o no participación la Empresa".

Además se rige por el decreto supremo reglamentario 1.208 de 10 de octubre de 1950, Ministerio de Economía y Comercio.

Como queda claramente establecido en el ejemplo a ENAP se le autoriza expresamente por ley a constituir sociedades.

El otro ente público que opera normalmente como socio es la Corporación de Fomento de la Producción. La atribución legal para constituir sociedades por parte de la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO) organismo autónomo de la Administración del Estado, con personalidad jurídica propia atribuida por ley y, por lo tanto, de derecho público, con patrimonio propio distinto al del Fisco, consta de la ley 6.640 del año 1941, artículo 25 y en su decreto reglamentario 360/45 del Ministerio de Economía y Comercio, artículo 10. Son estas atribuciones generales que le permiten a CORFO aportar capitales para la realización de actividades productivas y celebrar los consiguientes contratos, entre ellos el de sociedad.

Así, a CORFO se la autoriza por el artículo 25 de la ley 6.640 letras b) y c), a: "*b) Realizar, en colaboración con las entidades de fomento fiscales, semifiscales o privadas, estudios destinados a encontrar los medios más adecuados para crear nuevas producciones o aumentar las actuales, mejorando las condiciones en que éstas se desenvuelven en cuanto a calidad, rendimiento y costos de producción y los destinados a facilitar el transporte, el almacenamiento y venta de los productos, a fin de que éstos puedan ser aprovechados en su estado más satisfactorio y a los precios más convenientes; c) Efectuar, de acuerdo con los resultados a que se refieren los estudios del inciso anterior, ensayos de producción o comercio en la escala y con las ayudas que se estimen convenientes". Como asimismo en la letra i): "i) En general, ejecutar todos los actos y contratos que sean necesarios para la consecución de los fines de la Corporación".*

En su reglamento DS. 360/45 Ministerio de Economía y Comercio se señala en su artículo 10, letra d) lo mismo señalado anteriormente en las letra b) y c) del artículo 25 de la ley 6.640, pero agrega en la letra l) "*aportar capital, hacer préstamos y acordar subvenciones u otras formas de ayuda y fijar las condiciones de unos y otros"; y letra t) "acordar todos los contratos, actos y operaciones que sean necesarios para la consecución de los fines de la Corporación y que deban surtir efecto dentro o fuera del país".*

El acordar los contratos implica sin duda la posibilidad de celebrar contratos de sociedades comerciales, especialmente si se le autoriza aportar capital.

Por último la ley 18.893, que modifica la ley 6.640, agregando incisos al artículo 25, y que fue publicada en el Diario Oficial el 30 de diciembre de 1989, reconoció implícitamente la facultad de CORFO para celebrar los contratos de sociedades comerciales efectuados hasta antes del 31 de diciembre de 1989 al disponer en la letra a) inciso 3º: "*No obstante lo establecido en el presente artículo y demás normas legales y reglamentarias aplicables, la Corporación, para concurrir a la formación*

de empresas o participar en la propiedad o administración de otras distintas a las en que al 31 de diciembre de 1989 tengan porcentaje en su capital social o injerencia en su administración, requerirá de autorización expresa otorgada por ley en conformidad a lo establecido en el inciso segundo del número 21 del artículo 19 de la Constitución Política. Igual autorización necesitarán para tales actos las empresas o entidades filiales a dicha Corporación."

No podemos sino dejar también establecido que a ambos organismos de la Administración del Estado, ENAP y CORFO, se les aplica la ley 18.575, Orgánica Constitucional sobre Bases de la Administración del Estado. A ENAP sólo se le aplica el título primero por ser empresa pública creada por ley, según lo establecido en el artículo 18 de la ley 18.575, y a CORFO la totalidad de las normas establecidas en dicho texto legal, por ser un órgano creado para el cumplimiento de la función administrativa.

Con lo antes señalado, podemos afirmar que ambos socios de la sociedad RPC S.A., ENAP y CORFO, órganos de la Administración del Estado tienen las facultades atribuidas por ley para conformar sociedades que desarrollen actividades comerciales y/o industriales de carácter lucrativas.

La esencia de una sociedad comercial es justamente el lucro, situación que se desprende claramente del artículo único de la ley 18.888, que autoriza a ENAP a formar sociedades cuyo objeto sea almacenaje, transporte, transformación, tratamiento, procesamiento, refinación, venta y en general comercializar petróleo o gas, así como realizar cualquier otra actividad industrial que tenga relación con hidrocarburos y sus productos derivados.

En el ejercicio de tales atribuciones, tanto CORFO como ENAP, decidieron crear dicha sociedad comercial en la forma y condiciones que da cuenta la autorización del Consejo de la Corporación de Fomento de la Producción de fecha 3 de diciembre de 1980, Sesión N° 74; las Resoluciones N° 324 de 16 de diciembre de 1980 y N° 112 de 17 de diciembre de 1981, ambas de la misma Corporación de Fomento de la Producción; los acuerdos de directorio de la Empresa Nacional del Petróleo de Sesión N° 611 de fecha 1 de diciembre de 1980, Sesión N° 612 de fecha 16 de diciembre de 1980 y Sesión N° 618 de fecha 8 de junio de 1981; además de la autorización del Ministerio de Hacienda de fecha 9 de diciembre de 1980, todos documentos que se encuentran insertos en las respectivas escrituras de sociedad.

En todos estos acuerdos y resoluciones se deja expresa constancia que las sociedades a constituir deberán ser prioritariamente, sociedades anónimas, y en subsidio podrán constituir sociedades de responsabilidad limitada, pero en este caso deberán transformarse en sociedades anónimas dentro del plazo de un año contado desde su constitución; además se establecen los contenidos estatutarios de la sociedad a formar.

Efectivamente, la sociedad Refinería de Petróleo de Concón Ltda. se constituyó en su inicio como sociedad de responsabilidad limitada regida por las disposiciones de la ley 3.918 y sus modificaciones, por el Código de Comercio y por las demás disposiciones legales que rigen a este tipo de sociedades comerciales y por las estipulaciones del contrato de sociedad.

Dicho contrato, se encuentra establecido por escritura pública de fecha 14 de enero de 1981, suscrita ante el Notario de Santiago don Raúl Undurraga Laso, e inscrito su extracto a fs. 92 N° 57 en el Registro de Comercio del Conservador de Bienes Raíces de Valparaíso del año 1981, y publicado en el Diario Oficial con

fecha 16 de enero de 1981. La sociedad "Refinería de Petróleo Concón Limitada", se transformó luego en sociedad anónima abierta, conforme a las estipulaciones del pacto social suscrito ante el Notario de Santiago don Raúl Undurraga Laso, e inscrita la resolución que autorizó su existencia y aprobación de sus estatutos como "Refinería de Petróleo Concón S.A.", a fs. 1.501 vta. N° 896 en el Registro de Comercio del Conservador de Bienes Raíces de Valparaíso del año 1981 y publicada en el Diario Oficial con fecha 23 de septiembre de 1981. Dicha inscripción se reinscribió a fjs. 154 vta. N° 121 en el Registro de Comercio del Conservador de Bienes Raíces de Viña del Mar del año 1990. Con fecha 19 de julio de 1990, se redujo a escritura pública la séptima junta general extraordinaria de accionistas de la Refinería de Petróleo Concón S. A., escritura suscrita ante el Notario de Viña del Mar doña Irma Naranjo Q. y en donde consta la modificación estatutaria referida a que la sociedad Refinería de Petróleo de Concón S.A., se rija por las normas legales relativas a las sociedades anónimas cerradas. Se establece también en esta escritura pública el texto refundido y vigente de los estatutos de la sociedad "Refinería de Petróleo de Concón S. A." (cerrada), cuyo extracto se inscribió a fjs. 790 N° 771 en el Registro de Comercio del Conservador de Bienes Raíces de Viña del Mar del año 1990 y publicado el 22 de agosto del mismo año en el Diario Oficial.

Según sus estatutos, artículo 3°, la sociedad tiene por objeto realizar por cuenta propia o de terceros las siguientes actividades: *"a) Comprar y vender, importar y exportar hidrocarburos y en general petróleo crudo y sus derivados; b) Refinar y comercializar hidrocarburos y, en especial, petróleo crudo y sus derivados; c) Tratar, industrializar y transformar hidrocarburos y, en especial, los derivados del petróleo crudo; d) Prestar servicios de transporte y almacenamiento de hidrocarburos y, en especial, petróleo crudo y sus derivados; e) Concurrir con la Empresa Nacional de Petróleo a la constitución de una sociedad que tenga por objeto realizar en forma directa o en asociación de terceros, fuera del territorio nacional, las actividades de exploración, explotación o beneficio de yacimientos que contengan hidrocarburos, pudiendo celebrar todos los actos y contratos y desarrollar las actividades comerciales e industriales que sean necesarias para el logro de esos objetivos."*

El capital de la sociedad es la cantidad de \$ 8.357.738.821, dividido en 56.854.104 acciones nominativas y sin valor nominal, capital que se suscribe y paga en la forma que indica el artículo primero y segundo transitorios de los estatutos. En la actualidad dicho capital está suscrito mayoritariamente por la Empresa Nacional de Petróleo, siendo ésta dueña de 56.834.104 acciones y el remanente de 20.000 acciones pertenecen a la Corporación de Fomento de la Producción.

Consta de los estatutos que la sociedad es administrada por un directorio de 6 miembros, que la representa judicial y extrajudicialmente y que es la junta de accionistas la que debe fijar anualmente la cuantía de la remuneración de los directores. Tendrá también la sociedad un gerente general designado por el directorio con las facultades que le señala la ley y el estatuto, propios de un factor de comercio, y cuya remoción es también decidida libremente por dicho directorio (artículo 49 ley 18.046).

En cuanto a la fiscalización de su administración, se dispone que la junta ordinaria deberá nombrar anualmente auditores externos independientes con el objeto de examinar la contabilidad, inventarios, balances y otros estados financieros y de informar, por escrito a la junta ordinaria sobre el cumplimiento de su mandato.

Al ser una sociedad anónima cerrada no se encuentra sometida al control de la

Superintendencia de Valores y Seguros, según el artículo 2° de la ley 18.046, pero sí se encuentra sometida al control de la Contraloría General de la República, conforme lo establecido en el artículo 16 de la ley 10.336, reemplazado por el artículo 1 letra b) del DL. 38 del año 1973, a cuyos alcances nos referiremos más adelante.

De lo señalado precedentemente, podemos establecer que la personalidad jurídica de la sociedad RPC. S. A. emana de su calidad de sociedad anónima cerrada que ha cumplido con todos los requisitos establecidos en la ley 18.046, para su constitución, o sea, escritura pública; debidamente inscrito su extracto en el Registro de Comercio; y publicación en el Diario Oficial, éstos dos últimos dentro de plazo.

Aparece de manifiesto también que al ser una sociedad anónima, ella se encuentra regulada por la ley referida a este tipo de sociedades (ley 18.046 y sus modificaciones y el DS. 587/82 Ministerio de Hacienda) según la cual son tales las personas jurídicas con fin de lucro; formadas por la reunión de un fondo común (capital) aportado por accionistas; accionistas responsables sólo por sus respectivos aportes; y administrada por un directorio el que puede delegar sus facultades de administración en un gerente general, gerentes, sub-gerentes, directores, comisión de directores o abogados de la sociedad, siempre para objetos especialmente determinados. Todos estos "administradores" directos o indirectos mantienen su calidad de tales, mientras se cuente con la confianza de la junta de accionistas o del propio directorio, según sea el caso.

Debe pues concluirse que la sociedad RPC. S. A. constituye una sociedad anónima cerrada, se rige por la tantas veces citada ley 18.046 y por sus propios Estatutos, sin que obste a ello el hecho que sus socios ENAP y CORFO, sean instituciones que formen parte de la Administración del Estado, puesto que la sociedad que conformaron es una persona jurídica distinta a la de sus accionistas individualmente considerados.

Queremos dejar establecido desde ya, que todas las leyes y reglamentos citados constituyen normas que autorizan para conformar sociedades comerciales y no creadoras por sí mismas de la sociedad., la que se constituye conforme a su estatuto como sociedad según la escritura pública suscrita.

II. ¿PODRÁ CONSIDERARSE A ESTAS SOCIEDADES COMO INTEGRANTE DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO? ¿CONSTITUYEN UNA EMPRESA PÚBLICA?

Para dilucidar este punto nos referiremos brevemente al concepto de Administración del Estado.

La Administración Pública o Administración del Estado, concepto que el artículo 38 inciso 1° de la Constitución Política hace sinónimos, conforme al artículo 1° de la ley 18.575, inciso 2°, estará constituida *"por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad pública, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley"*.

Por otra parte, la Constitución Política del Estado en el artículo 24, entrega al Presidente de la República el gobierno y la administración del Estado. O sea, le entrega al Presidente de la República, la función de gobierno, que es eminentemen-

te política y de diseño de las estrategias para lograr los objetivos nacionales, además de las relaciones internacionales y las relaciones con los otros poderes del Estado. Pero también le entrega la función administrativa, que no es otra que una función de ejecución de esas estrategias de desarrollo a través del ejercicio de las competencias públicas atribuidas por el ordenamiento jurídico, tarea de ejecución que se le encomienda a la Administración del Estado, entendida ésta como órgano administrativo encargado de ejecutar la función administrativa, según lo dispone el ya transcrito artículo 1° inciso 2° de la ley 18.575.

Debe pues concluirse que estas sociedades constituyen una sociedad anónima, se rigen por la tantas veces citada ley 18.046 y por sus propios Estatutos, sin que obste a ello el hecho que en este caso, sus socios ENAP y CORFO, sean instituciones que formen parte de la Administración del Estado, puesto que la sociedad que conformaron es una persona jurídica distinta a la de sus accionistas individualmente considerados.

Debemos concluir, además, que quien se constituye como Administrador principal, el Gerente General, es un factor de comercio y sus mandatos de administración se mantienen mientras cuenten con la confianza de quienes los nombran en tal cargo, sin perjuicio de los derechos y obligaciones establecidos en la legislación de derecho privado (comercial, mercantil y laboral) que le rige al respecto.

La autorización que conlleva la legislación antes citada, para que en el caso de ENAP y CORFO puedan constituir esta sociedad comercial, debemos entenderla en el sentido que con ella se cumple con el mandato constitucional del artículo 19 N° 21 inciso 2°, en relación con los artículos 5° transitorio, artículo 18 transitorio letra b) y artículo 19 transitorio inciso 2°, todos de la Carta Fundamental en el sentido que ella debe entenderse como ley de “quórum calificado” que autoriza a los organismos de la Administración del Estado (CORFO y ENAP) para desarrollar (por sí mismas) o participar en actividades empresariales, las que estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, en este caso a la ley 18.046, al no establecerse excepción alguna en ese sentido, tal como lo dispone el ya citado artículo 19 N° 21, inciso 2° de la Constitución Política.

Hay en este artículo constitucional un elemento clave para definir la intención del constituyente que no es otra que disponer que si los organismos de la Administración del Estado deciden participar en actividades empresariales ellos deberían hacerlo conforme a la legislación común aplicable a los particulares y que no es otra que la legislación mercantil de sociedades comerciales, pues lo que ellos pretenden es realizar una actividad empresarial, entendiendo por tal la actividad productora de bienes y/o servicios en competencias de mercado, con fines lucrativos y para lo cual el legislador ha creado específicamente las sociedades comerciales en el ámbito privado. Por otra parte el concepto de participar que utiliza el constituyente refleja igualmente la idea de asociación con otros, lo que se materializa evidentemente en este tipo de actividades empresariales, en sociedades comerciales como la sociedad anónima cerrada que conforma el estatuto de la sociedad RPC. S. A. que hemos tomado como ejemplo.

La función administrativa tiene su expresión precisa en el artículo 3° de la ley 18.575, en el sentido que le corresponde a la Administración del Estado estar al servicio de la comunidad, o sea, realizar prestaciones o cometidos públicos que interesan a la sociedad y que son esenciales para su mantención y desarrollo, como salud básica, educación, justicia, seguridad pública, fiscalización tributaria, y otros

que constituyen el giro y tráfico propiamente administrativos, que la Administración del Estado puede ejecutar, fomentar o promover, teniendo en vista la persona humana, sus requerimientos esenciales, la creación de las condiciones sociales para permitir su desarrollo, respetando siempre los derechos esenciales de ella, reconocidos por el ordenamiento jurídico y en especial con respeto a la igualdad de oportunidades, todo conforme lo dispone el artículo 1° inciso 3° de la Constitución Política.

El estar al servicio de la comunidad también conlleva la idea de atender las necesidades públicas en forma continua, permanente y regular (artículos 3 y 25 de la ley 18.575). La necesidad pública se constituye pues por la suma (mayoritaria) de necesidades individuales, transformándose así en necesidad colectiva, la que asumida por la Administración del Estado por mandato imperativo del ordenamiento jurídico se transforma en necesidad pública, la que a su vez debe satisfacerse en términos continuos sin alteración o suspensión, permanentemente en el tiempo, o sea, mientras el ordenamiento jurídico no disponga otra cosa; y en forma regular o sea regulada por un Derecho especial que no es otro que el derecho público administrativo al ser desarrollada por la Administración del Estado, utilizando de las potestades públicas atribuida por dicho ordenamiento jurídico.

Así, la función de Administración del Estado corresponde al Presidente de la República y el ordenamiento jurídico crea los instrumentos y órganos necesarios para que esa administración se realice. Estos, denominados generalmente servicios públicos u organismos públicos deben ser creados por ley de iniciativa presidencial (artículo 62 C. Pol.).

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico, la Administración del Estado se expresa en personas jurídicas, la más importante de las cuales es naturalmente el Estado-Fisco. También las municipalidades como entes de administración local y organismos de base territorial, como los gobiernos regionales que tienen reconocimiento constitucional y legal como órganos descentralizados territorialmente. En una tercera dimensión se han ido creando, además, servicios personificados, es decir, con personalidad jurídica diferenciada de la del Estado-Fisco, desde el punto de vista funcional, que pueden hoy ser reconducidas a tres sub-especies: las instituciones autónomas, los organismos semifiscales y las empresas del Estado (artículo 62 N° 2 Const. Pol.). En el Estado-Fisco se ordenan los servicios que carecen de personalidad jurídica y de patrimonio propio separados del Fisco, y que se subordinan jerárquicamente al Presidente de la República por intermedio de un ministerio, constituyendo la administración centralizada y desconcentrada; las demás entidades mencionadas son órganos que tienen personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propios y que no están subordinados al Presidente de la República por la relación jerárquica, sino solamente supervisados por éste, por intermedio de un ministerio, constituyendo la administración descentralizada funcionalmente y compuesta por las instituciones autónomas, los organismos semifiscales y las empresas públicas creadas por ley.

Esta es la Administración del Estado cuya conducción unitaria se le encarga al Presidente de la República y es, también, la que está comprendida en la ley 18.575, orgánica constitucional, sobre bases generales de la Administración del Estado (artículos 1° y 26).

Hay, sin embargo, otras formas por las cuales el Estado promueve la realización de actividades empresariales, aportando capital o teniendo representación o partici-

pación en empresas, sociedades o entidades que él –el Estado– no las crea por ley como instrumentos orgánicos de su administración, como ocurre con la Administración del Estado, sino que se vale de mecanismos y procedimientos de derecho privado para la realización de tales actividades, sujetos sí a la autorización por ley de quórum calificado según lo dispone el artículo 19 N° 21 inciso 2° de la Constitución Política. Se trata de una autorización y no de una creación por ley. Este matiz es de gran importancia, pues diferencia claramente la empresa pública creada por ley de aquella empresa constituida como sociedad por organismos de la Administración del Estado cuya creación es autorizada por ley. Son dos tipos de entes distintos, con estatutos jurídicos diferentes. El primero público, el segundo netamente privado al ser actividad empresarial que se ejecuta conforme a las normas que rigen a los particulares.

Estos entes, que no son Fisco ni municipalidades, ni instituciones autónomas, ni empresas creadas por ley, ni órganos semifiscales, no forman parte, por lo ya dicho, orgánicamente, de la Administración del Estado. Así también lo reconoce el artículo 6° de la ley 18.575. Al disponer que *"el Estado podrá participar y tener representación en entidades que no forman parte de su Administración sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser de quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales. Las entidades que se refiere el inciso anterior no podrán, en caso alguno ejercer potestades públicas"*.

Es de esta especie, precisamente, el tipo de sociedades a que nos referimos a las que no se les aplica la ley 18.575, por no constituir parte de la Administración del Estado, ni haber sido creadas para el cumplimiento de la función administrativa.

Es cierto que su capital, en el ejemplo, está formado por acciones de dominio de ENAP y de CORFO, ambos órganos de la Administración del Estado, pero esta circunstancia no hace variar su naturaleza jurídica de sociedad mercantil, pues como lo dijimos e insistiremos, ellos conforman como socios, una sociedad anónima distinta, con personalidad jurídica diferente a la que cada uno de ellos detenta. Situación, que por lo ya señalado, se encuentra autorizado por la Constitución Política y la ley.

El dictamen 010492, de 21 de febrero de 1979, de la Contraloría General de la República, aludiendo justamente a las empresas, sociedades o entidades privadas en que el Estado o sus organismos tengan aportes de capital o representación o participación, declaró que *"aun cuando el Estado o los entes públicos participen en dichas empresas privadas, tal hecho no tiene el alcance de modificar su naturaleza jurídica, que es esencialmente de derecho privado, sin que por ello, entonces, puedan considerarse formando parte de los cuadros orgánicos de la Administración como Empresas del Estado"*.

Así pues, hoy día existe una clara distinción entre "Empresas del Estado" y "Empresas en que el Estado o sus instituciones u organismos tengan aportes o participación" (ver ley 10.336, artículo 16; DL. 38/73; DL. 114/75; ley 18.482, artículo 24; ley 18.196; ley 19.012, artículo 12; DL. 1263, artículos 29 y 44; DL. 799/74; ley 18.605, artículo 3; ley 18.918; ley 18.143, artículo 12; ley 18.918, artículo 8; ley 18.985, artículo 8, etc.). Toda legislación que reconoce esta clara diferenciación.

Por otra parte, ¿podríamos decir que estas sociedades realizan dentro de sus funciones una tarea de satisfacción de necesidades públicas? A nuestro entender ello no es concebible, pues no constituye Administración del Estado, no es un servicio público, ni empresa pública, no ejerce potestades públicas y no está sometida a la dependencia (control jerárquico), o supervigilancia (control de tutela), del Presi-

dente de la República, conforme lo establece el artículo 3º y 26 de la ley 18.575. Por el contrario, ellas conforme a su estatuto o pacto social, realizan las actividades lucrativas, comerciales e industriales que sean necesarias para el logro de sus objetivos y revestida de la calidad de sociedad anónima que compite en el mercado con los particulares. En el caso de RPC. S. A. en la venta, refinación, importación, exportación, almacenamiento, transporte de los productos que elabora lo que se produce con empresas extranjeras de refinación de petróleo y nacionales en los otros rubros, al no estar prohibida la importación o competencia con los privados en la realización de tales actividades. O sea, incluso desde esa perspectiva ella no constituye a nuestro entender un monopolio, al no entregarle la ley tales negocios en términos exclusivos.

No existe en esa actividad, por lo que ella en sí representa y en razón de la competencia industrial y comercial de mercado que se realiza, un interés especial de y para la comunidad, ni es esencial para su desarrollo, ni es un giro y tráfico propios de la Administración del Estado, incluso RPC. S. A. podría no existir y el abastecimiento de derivados del petróleo crudo en el mercado se lograría por las compañías distribuidoras que lo importarían directamente tal como en ocasiones lo hacen (COPEC, ESSO, SHELL y otras). Por tanto, no estamos ante una empresa cuya función sea la de satisfacción de necesidades públicas tal como ellas deben entenderse, en los términos que antes señalamos, sino ante una sociedad que realiza una actividad propia de los particulares de carácter rentable y con una finalidad absolutamente comercial.

Tampoco estas sociedades están sujetas directamente a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República, pues ella al ser sociedad anónima, su máximo órgano de decisión es la asamblea de socios reunida en Junta Ordinaria o Extraordinaria de accionistas y la administración de la sociedad responde ante ella. Es cierto, que en el caso de RPC. S. A., los accionistas ENAP y CORFO son dos organismos de la Administración del Estado, sujetos a la supervigilancia del Presidente de la República a través de los Ministerios de Minería y de Economía, Fomento y Reconstrucción, respectivamente, pero al constituir cada uno de ellos un ente público distinto a RPC. S. A., rompe a nuestro entender el control directo que sobre la sociedad anónima pudiera tener el Presidente de la República. No hay control de jerarquía pues no existe dependencia inmediata y tampoco control de tutela, de parte del Presidente de la República, porque de existir control de tutela él debería estar expresado en la ley y en este caso no existe referencia alguna, ni en las leyes que autorizan la creación de RPC. S. A., ni en sus propios estatutos, que se someten a la ley 18.046, en donde naturalmente no podrían estar.

Son los socios, en este caso, ENAP y CORFO los que sí ejercen como accionistas los controles pertinentes que le corresponden en las juntas ordinarias o extraordinarias, pero no el Presidente de la República. Este último podrá supervigilar, en control de tutela a los socios y en las competencias especialmente señaladas en la ley, o en la realidad fáctica darles alguna instrucción para que se planteen y acuerden en las juntas de accionistas y luego se ejecuten por la sociedad, pero eso no significa técnicamente dependencia, ni supervigilancia del Presidente de la República sobre la sociedad anónima.

Igualmente, se ha señalado que por el hecho que los socios (entes públicos), aportan el capital social, ello llevaría a concluir que la sociedad sería una empresa pública integrante de la Administración del Estado. Ello no es así, pues los aportes societarios de estos entes públicos se hacen debidamente autorizados, a una socie-

dad anónima comercial distinta que pasan a formar, con un estatuto jurídico distinto al de los socios aportantes, la que cuenta con ese patrimonio como propio dividido en acciones representativas de él, de las cuales los socios según proporción son dueños, pero es un capital de la sociedad anónima como ente distinto a los socios. Por el sólo hecho de que organismos de la Administración del Estado tengan el 100% del capital, ello no significa que la sociedad anónima integre la Administración del Estado, ni sea empresa pública; su naturaleza jurídica se mantiene como sociedad anónima con aportes de capital mayoritario de organismos de la Administración del Estado. De hecho CORFO participa en un sin número de sociedades anónimas abiertas que incluso se transan en la Bolsa de Comercio como ZOFRI S. A. en la que posee el 51% del capital, o Colbún S.A. y otras y no por el hecho de aportar parte del capital mayoritario pasan dichas sociedades a ser empresas públicas.

Concluimos, entonces, que en razón del capital aportado a la sociedad anónima, los socios pueden nombrar a quienes integran el directorio y es ese directorio el que dirige y administra la sociedad, sin que exista entre él y los socios un vínculo de dependencia, puesto que no existe entre ellos una relación de jerarquía, sino que la participación de los socios se materializa por acuerdos de la junta de accionistas de la sociedad anónima, que puede en cualquier momento proponer el cambio de directorio, pero eso lo hacen en razón de su poder accionario y no por relaciones de jerarquía administrativa.

Respecto de la distribución de utilidades a través de los dividendos respectivos, ello se produce como en toda sociedad anónima, con acuerdo de la junta ordinaria y se pagan a sus accionistas, en este caso de RPC. S. A. a ENAP y a CORFO las que conforme a sus estatutos legales disponen de ellos, en este caso, traspasándolas a rentas generales de la nación según lo dispone el artículo 29 del D. L. 1263, ley de administración financiera del Estado, pero eso ya está fuera del contexto de la sociedad anónima.

En otro orden de cosas, se ha dicho también respecto de estas sociedades anónimas cuando se privatizan. ¿Cómo se va a privatizar lo que ya es privado? En efecto, si en el futuro se autorizara la privatización de estas sociedades, sería naturalmente la privatización de su capital accionario, el que pasaría a manos privadas, manteniendo lo que es su estructura jurídica de sociedad anónima regida por la ley 18.046, a menos que los nuevos accionistas la transformen en otro tipo de sociedad comercial o la liquiden. Esa es la perspectiva privatizadora y no otra.

En definitiva interpretar todo lo antes señalado de otro modo, sería negar las opciones que establecen la propia Constitución Política en el artículo 19 N° 21 inciso 2°; la ley 18.575 artículo 6°; la ley 18.888; la ley 18.893 y la ley 6.640, que órganos de la Administración del Estado puedan formar o participar en sociedades comerciales, situación real que existe aunque algunos no lo quieran aceptar o no lo justifiquen en el contexto de poder revivir antiguas doctrinas fiscalistas.

III. LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA ANTE ESTAS SOCIEDADES DE CAPITAL MAYORITARIO DEL ESTADO

Algunos han querido ver también en este control un necesario vínculo de estas sociedades anónimas con la Administración del Estado. Al respecto debemos señalar

que Contraloría General de la República sólo tiene facultades de control en este tipo de sociedades conforme al artículo 16 inciso 2° de la ley 10.336, en el texto que le dio el DL. 38/73 que dispone en su inciso 2°: *"También quedarán sujetas a la fiscalización de la Contraloría General las empresas, sociedades o entidades públicas y privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o en las mismas condiciones, representación o participación, para los efectos de cautelar el cumplimiento de los fines de esas empresas, sociedades o entidades, la regularidad de sus operaciones, hacer efectivas las responsabilidades de sus directivos o empleados, y obtener la información o antecedentes necesarios para formular un balance nacional"*.

Dada la naturaleza jurídica de estas sociedades, es indudable que ellas se encuentran comprendidas en los términos de la disposición transcrita.

No pueden caber dudas, por otra parte, acerca de que se trata de un precepto de excepción por varios conceptos.

En efecto, la Contraloría General de la República, con arreglo al título IX de la Constitución y a su ley orgánica N° 10.336, es un órgano destinado a fiscalizar la actividad de la Administración del Estado, al controlar la legalidad de los actos administrativos, de los fondos públicos, que sus funcionarios reciban, custodien, administren o paguen, pero, las personas jurídicas de derecho privado escapan a su control. Tampoco recae en ellos el examen y juzgamiento de las cuentas, ni sus empleados tienen a cargo bienes a los que se refiere el artículo 87 de la Constitución Política. Respecto de las personas o entidades regidas por el derecho privado sólo fiscaliza la correcta inversión de los fondos fiscales que ellas perciban *"por leyes permanentes a título de subvención o aporte del Estado para una finalidad específica determinada"*, y la fiscalización, en este caso *"tendrá por objeto establecer si se ha dado cumplimiento a dicha finalidad"* (artículo 25 y artículo 85, inciso 3°, ley 10.336). No es éste el caso de estas sociedades, en que con el aporte de sus accionistas se ha constituido un patrimonio que pertenece a un sujeto jurídico regido por el derecho privado y no puede decirse que tal aporte haya sido efectuado *"para una finalidad específica y determinada"*, sino para cumplir los fines generales de la sociedad señalados en sus estatutos.

Es también excepcional el precepto que se ha transcrito, porque si se trata de un sujeto jurídico de derecho privado, no integrante de la Administración del Estado, cual es el caso, su régimen jurídico natural es el de esa rama del derecho, y el precepto legal que altere tal régimen, como es el del inciso 2° del artículo 16 de la ley 10.336, no puede estimársele sino como de excepción al status general que su naturaleza jurídica le otorga.

Finalmente, el propio texto en referencia demuestra que sus términos son estrictamente restrictivos. Serán fiscalizadas las entidades que menciona, por la Contraloría, pero sólo para los efectos que allí se expresan taxativamente.

Hay que atenerse, por lo tanto, para determinar el contenido y el alcance del inciso 2° del artículo 16, citado, a los términos estrictos en que esta disposición está concebida.

Los fines de esta sociedad anónima no son otros que los señalados precisamente en sus estatutos. La fiscalización, en este punto, sólo recaerá en verificar si las actividades de la sociedad consisten o están dirigidas a cumplir esos objetivos.

Así, pues, solamente se establecerá este hecho que puede traer consigo respon-

sabilidades, si hay desviación de los fines legales. No cabría dar otra extensión al precepto.

La regularidad de sus operaciones, es la conformidad con las reglas o normas que rigen una actividad. ¿Cuáles son las reglas o normas a que deben someter sus operaciones estas sociedades?

Como sociedad anónima que es, está regida por la ley 18.046 y su reglamento (DS. 587, Hacienda, 1982), que precisamente regulan la organización y actividades de tal tipo de sociedades.

La fiscalización, por tanto, en este aspecto, consistirá en verificar si las operaciones de la empresa se han ajustado a las normas legales y reglamentarias recién citadas y además a las que el artículo 11 de la ley 18.196 establece, en cuanto al régimen financiero y presupuestario de estas sociedades y sobre publicación de balances auditados.

En lo que se refiere a la fiscalización para hacer efectiva la responsabilidad de sus directivos y empleados que le compete a Contraloría General de la República se analizarán en párrafo posterior.

Respecto de la contabilidad general de la nación, Contraloría puede requerir los datos e informaciones que necesite debido a que sus accionistas son entidades estatales sujetas a su fiscalización y sólo con el objeto específico de elaborar el balance nacional. Por lo tanto, se trata de un control que en ningún caso podría determinar la pertenencia de estas sociedades a la Administración del Estado.

Por último, debemos señalar que tampoco puede la Cámara de Diputados fiscalizar directamente a estas sociedades, conforme al artículo 48 N° 1 de la Constitución Política, pues sus actos no son actos del Gobierno sino de una sociedad comercial. Sí lo podría hacer indirectamente respecto de las políticas generales de sus socios ENAP y CORFO, sobre asuntos que éstos pudieran llevar a la Junta de Accionistas de la sociedad. Por otra parte, si se les impone la obligación que establece el artículo 8 de la ley 18.918, ley Orgánica Constitucional del Congreso, disponiendo que *"las empresas en que el Estado tenga capital mayoritario deberán remitir al Congreso Nacional sus memorias, boletines y otras publicaciones que contengan hechos relevantes referidos a sus actividades"*, pero no para los efectos de su fiscalización directa y sólo a título de información.

Toda otra fiscalización de esta sociedad se rige por las normas propias de las sociedades anónimas establecidas en la ley 18.046 artículos 51 al 54 y su reglamento DS. 587/82 Ministerio de Hacienda artículos 43 al 60 y si son sociedades anónimas abiertas por la Superintendencia de Valores y Seguros.

IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL VÍNCULO LABORAL DEL PERSONAL DE ESTAS SOCIEDADES

La pregunta que podemos hacernos ahora se refiere a si el personal de estas sociedades tiene o no la calidad de funcionario público.

A nuestro entender la calidad de funcionario público se adquiere en razón de un acto administrativo de nombramiento en la calidad de tal y que normalmente es precedido de un concurso o en razón de ascenso, cuya naturaleza es legal o reglamentaria y no contractual. Es en sí un acto administrativo (decreto o resolución) de

tipo condición; o sea, un acto administrativo que por el hecho de dictarse le hace aplicable a quien se nombre, un estatuto legal y reglamentario obligatorio y preestablecido por el ordenamiento jurídico, el que se impone unilateralmente. Ahora bien, ese estatuto legal preestablecido es un conjunto de normas que regulan la función que dicho empleado público ha de realizar un organismo que pertenece a la Administración del Estado. Se establecen sus derechos, deberes, prohibiciones, incompatibilidades, ingreso, término de la función y responsabilidades administrativas. En este contexto, el principal texto normativo que rige las relaciones de personal entre el Estado (Administración del Estado) y funcionarios de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y de los servicios públicos centralizados y descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa es la ley 18.575 artículo 45 y ss., conforme lo dispone el artículo 38 inciso 1° de la Constitución Política; y la ley 18.834 y sus modificaciones, llamado comúnmente Estatuto Administrativo. Esta constituye la norma general aplicable a estas organizaciones con las exigencias establecidas en el artículo 1° de la ley 18.834, en cuanto que él no se aplica a Contraloría General de la República, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, al Banco Central, a las Municipalidades y a las empresas públicas creadas por ley, los que se regirán naturalmente por estatutos propios de carácter público al ser todos ellos integrantes de la Administración del Estado (artículo 1°, ley 18.575).

Igual cosa ocurre según lo dispone el artículo 156 de la ley 18.834, con profesiones o actividades que ejercen la función pública pero que tienen un estatuto especial como son los Académicos de las universidades estatales; el personal de profesiones médicas regido por la ley 15.076 y sus modificaciones; el personal del servicio exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores; el personal de la planta de oficiales y vigilantes de Gendarmería de Chile y el personal de organismos fiscalizadores que señala, los que se regirán por sus propias normas y supletoriamente por la ley 18.834.

A lo anterior, debemos señalar que el concepto de estatuto administrativo es un concepto genérico, que comprende a toda disposición normativa que regula las relaciones entre el funcionario y la Administración del Estado, de tal manera que organismos de la Administración del Estado, como empresas públicas creadas por ley y con personalidad jurídica de derecho público, que por expreso mandato legal deban regir sus relaciones con el personal por el Código del Trabajo y en general por leyes laborales propias del sector privado, debemos entender que en esos casos específicos, estas leyes constituyen su "estatuto administrativo", porque tales empleados son funcionarios de la Administración del Estado.

Así ocurriría por ejemplo con organismos que fueron empresas públicas como la Línea Aérea Nacional, regida por el DFL. 3/69, hoy derogado por ley 18.400; la Empresa Marítima del Estado, regida por DFL: 327/60, hoy derogado por ley 18.773; la Empresa de Ferrocarriles del Estado, regido por DFL. 1/93 artículo 22, hoy vigente; la Empresa Nacional de Minería, regida por el DFL 153/60, artículo 31, hoy vigente; el Banco Central, regido por ley 18.840, artículo 81, hoy vigente; el Banco del Estado de Chile, regido por DL. 2.079/77, artículo 40, hoy vigente.

Todas estas empresas son o fueron empresas públicas creadas por ley y con personalidad jurídica de derecho público que integran o integraron la Administración del Estado.

Por tanto, en un concepto amplio, funcionario público es aquel que presta sus

servicios laborales en cualquiera de los organismos que constituyen o forman parte de la Administración del Estado, sin importar el régimen jurídico de personal que los regule, que puede ser de derecho público o de derecho privado.

Pero en la situación que estamos analizando, estas sociedades, como está reiteradamente dicho, no pertenecen a la Administración del Estado, por lo tanto, sus trabajadores no son funcionarios públicos, ellos laboran en una sociedad anónima regulada por la ley 18.046. La regulación de su régimen de trabajo la encontramos pues en el Código del Trabajo y en las leyes laborales propias del sector privado. Como la ley 19.010 sobre terminación del contrato de trabajo y estabilidad en el empleo; la ley 19.069 sobre asociaciones sindicales y negociación colectiva. En el cumplimiento de tales normativas son fiscalizados, como ocurre respecto de cualquier particular, por la Dirección del Trabajo en términos administrativos y por los juzgados del trabajo en vía jurisdiccional.

No le corresponde a Contraloría General de la República velar por el cumplimiento de tales normas laborales. Los contratos individuales y colectivos de trabajo y en general sus remuneraciones y beneficios que sean pactados no son fiscalizables por Contraloría, salvo, según lo antes señalado, en lo referido a la "regularidad de sus operaciones", que importa controlar que éstas se ajusten al ordenamiento jurídico que les rige. En este ámbito privado el principio de legalidad se trastoca en el sentido que se puede hacer todo lo que la ley expresamente no prohíba, de ahí que el contenido de sus actos y el propio control de Contraloría está limitado por preceptos legales expuestos. En ese contexto debe fiscalizar Contraloría General de la República a estos trabajadores.

Por otra parte, el Gerente General, naturalmente es un trabajador de dicha sociedad, cuyo régimen de trabajo es regulado por el derecho laboral común, su vínculo, previa designación del directorio conforme al estatuto social, es un contrato de trabajo con una sociedad anónima y no un acto administrativo de nombramiento; contrato en donde se fijaron las condiciones de trabajo. Además, deberá ejercer las funciones y atribuciones propias de un factor de comercio las que se regulan en el Código de Comercio, artículos 233 y 234 y artículos 325 al 347, texto legal de aplicación propia a comerciantes y sociedades comerciales, que jamás integran la Administración del Estado, sino que realizan esencialmente actividades lucrativas expresadas en actos de comercio, siendo uno de ellos el mandato comercial referido a los factores de comercio (artículo 3° N° 4 del Código de Comercio) normas todas propiamente mercantiles que regulan actividades de los particulares.

V. LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES Y EMPLEADOS DE ESTAS SOCIEDADES DE CAPITAL MAYORITARIO DEL ESTADO

Como ya se ha dicho, los trabajadores de estas sociedades, sus directores o empleados, no tienen la calidad de funcionarios públicos, sino de una sociedad regida por el derecho privado, y como tales están sometidos a la ley laboral común.

Siendo así, no están afectos a la responsabilidad disciplinaria o administrativa que puede hacerse efectiva a aquellos funcionarios por infracción a sus deberes estatutarios, que el cargo les impone, previstos por el Estatuto Administrativo y por medio de investigaciones o sumarios administrativos iniciados por el Jefe del Servi-

cio, procedimientos que pueden también ser iniciados por la Contraloría General de la República y en los cuales, aunque no se substancien por ella, le cabe intervenir ya sea como órgano de reclamo, o por la vía de la toma de razón de las resoluciones. Quizás la única excepción expresa a esta situación es la prevista en el DL. 794/74, sobre mal uso de vehículos motorizados en días domingos y festivos y que alcanza a sociedades con aporte social mayoritario por parte de organismos de la Administración del Estado.

En general, a esta clase de responsabilidad estatutaria no puede referirse el inciso 2° del artículo 16 de la ley 10.336.

Tampoco estos trabajadores administran ni tienen a su cargo fondos públicos, sino los de una sociedad anónima, no pueden por lo tanto ser responsabilizados por medio de juicio de cuentas.

En cuanto a la responsabilidad civil común (contractual o extracontractual) y a la responsabilidad penal de los directores y empleados, correspondería que se hiciera efectiva ante y por la justicia ordinaria, porque se trataría de un asunto jurisdiccional; pero la Contraloría estaría facultada para requerir a la sociedad o a sus accionistas, órganos del Estado, en orden a que promovieran en favor de la sociedad las acciones del caso. También, conforme al DFL. 1/93, el Consejo de Defensa del Estado podrá actuar en juicio para velar por los intereses de estas sociedades y esto por mandato expreso de los artículos 3 N° 3, 4, 6 y 7; y de los artículos 4, 5, 6, 7, 55, 62 y 63 del cuerpo legal antes referido.

Es de interés a este respecto, consignar aquí la doctrina del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 2 de octubre de 1991, confirmado por la Excelentísima Corte Suprema el 4 de noviembre del mismo año. Allí fue establecido lo siguiente: *"Las disposiciones del Estatuto Administrativo, entre ellas las que tratan de la responsabilidad de los funcionarios públicos, no pueden tener vigencia respecto del presidente de una fundación de derecho privado, ni aún en el caso de que, por mera disposición estatutaria, ejerza el cargo por ser rector de una Universidad del Estado./ La facultad de la Contraloría para fiscalizar las entidades privadas en que el Estado tenga aporte de capital, no puede significar una mutación completa del régimen jurídico aplicable a una fundación de carácter privado, en los términos de sujetar a sus directivos a un sistema distinto del que les es legalmente aplicable./ Los aportes o inversiones del Estado en instituciones privadas deben ser salvaguardados de acuerdo con las normas de las personas jurídicas de derecho privado"*.

Luego, la responsabilidad de los directores o trabajadores de estas sociedades se refiere a responsabilidades civiles o penales que puedan surgir por el ejercicio de sus funciones laborales o mandatos de administración que ellos detentaren, aplicándose las normas de derecho civil, del derecho comercial, de la ley 18.046 y del Código Penal, sobre indemnizaciones de perjuicios, responsabilidades derivadas de actos mercantiles y delitos según sea la situación denunciada.

Para mayor referencia, debemos agregar que excepcionalmente la ley ha calificado de empleados públicos a actividades que se realizan en el campo privado y sólo para efecto de sus responsabilidades penales, tributarias y administrativas y es el caso del agente de aduana, conforme a lo establecido en los artículos 234 y 235 de la Ordenanza de Aduanas DFL. 30/ de 1983. Situación que para los trabajadores de estas sociedades, la ley no lo ha contemplado expresamente, debiéndose aplicar las normas generales antes señaladas.

VI. EN CUANTO A LA RESPONSABILIDAD PENAL QUE PUDIERA SURGIR PARA LOS TRABAJADORES DE ESTAS SOCIEDADES, SEGÚN LOS CONTENIDOS DEL ARTÍCULO 260 DEL CÓDIGO PENAL Y PARA LOS EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LOS DELITOS PREVISTOS EN LOS ARTS. 239 Y 240 DEL MISMO CÓDIGO EN RELACIÓN CON EL CONCEPTO DE EMPLEADO PÚBLICO

Como lo establecen los tipos penales previstos en los artículos 239 y 240 del Código Penal, el sujeto activo debe ser un empleado público, es decir, estamos ante un elemento normativo del tipo. Por su parte el artículo 260 del mismo Código define para estos efectos al empleado público como todo aquel *"que desempeña un cargo o función pública, sea de la Administración Central o en Instituciones Autónomas o empresas semifiscales, Municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciben sueldo del Estado. No obstará a esta calificación que el cargo sea de elección popular"*.

Hay aquí un concepto de empleado público, en cuanto que es aquel que desempeña "un cargo o función pública" en los organismos públicos que en el texto se señalan.

Sin perjuicio de lo establecido en la ley 18.834, artículo 3° letra a) en el sentido que cargo público es aquel que se contempla en las plantas, o como empleos a contrata en las instituciones señaladas en el artículo 1° del mismo texto legal, o sea, Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, que podría ser considerada restrictiva y propia del derecho administrativo y no para efectos penales, debemos dar un sentido y alcance más amplio a la noción, que se especifique por su cometido, pero tomando en cuenta todas y cada una de nuestras aseveraciones y conclusiones a las que hemos llegado en los párrafos anteriores.

En efecto, de acuerdo a la disposición en comento, para que la presunción contenida en ella se aplique, esto es, para que los empleados tengan la calidad de tales, cuando presten servicios en las instituciones o empresas indicadas, es necesario que dichos empleados desempeñen "un cargo o función pública", en otras palabras, no basta que ellos desarrollen su función en las instituciones que el artículo 260 del Código Penal establece, sino es necesario que ellos desempeñen efectivamente un cargo o función pública.

Sobre la definición antes transcrita podemos decir que si bien se trata de una definición amplísima, es de interpretación estricta y por ende, no es posible una interpretación extensiva ni analógica.

El elemento esencial de la definición contemplado en el precepto transcrito es la "función pública", por lo cual es necesario precisar su contenido. Se puede señalar que función pública, en sentido amplio, es toda actividad que realice los fines propios del Estado y son tales los que señala el artículo 1° de la Constitución Política de la República: *"El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posibles, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece"*. Se agrega que *"es deber del*

Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional".

En consecuencia, solamente las actividades tendientes a la realización de algunos de los fines señalados son "función pública" y, por ende, sólo el individuo que tiene a su cargo la realización de alguno de éstos en particular, será funcionario público. Sin duda, ni estas sociedades, ni sus trabajadores, realizan alguna de estas funciones.

Por otra parte, en un sentido más específico, la noción de función pública debemos entenderla como aquella llevada a cabo por un ente público, realizada mediante actos sometidos al derecho público y que persigue un fin público. Sin duda, los actos de que es una sociedad comercial con aporte de capital mayoritario de organismos de la Administración del Estado, no están sometidos al derecho público según lo analizado en párrafos precedentes, ya que sus actuaciones se rigen por las normas propias de una sociedad comercial que actúa en el mercado.

En cuanto a un tercer elemento, la finalidad pública, tampoco se presenta en estos casos. Antes se dijo que aquella implica un servicio a la comunidad y atiende necesidades públicas de manera continua, regular y permanente, en cambio, la finalidad de estas sociedades es lucrativa en la producción, industrialización, comercialización, importación, exportación, etc. de su objeto social.

Por otra parte, estimamos que los trabajadores de estas sociedades no pueden ser jurídicamente calificados como funcionarios públicos para los efectos del artículo 260 del Código Penal pues ello atentaría contra la naturaleza de las actividades de la sociedad anónima, que como quedó dicho, no son públicas y atentaría contra su particular estatuto jurídico societario, que determina a sus empleados como trabajadores particulares regidos por la ley laboral común. Finalmente, se vulneraría el sentido de la norma penal en estudio en cuanto señala sanciones respecto de infracciones que se fundan en el resguardo de bienes jurídicos bien definidos y la gran mayoría de las cuales no podrían ser cometidos por trabajadores de estas sociedades.

En efecto, el Título V del Código Penal relativo a los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos y el párrafo IV del Título II "*agravios a derechos garantidos por la Constitución*", contiene preceptos de cuya lectura puede concluirse que lo protegido es el correcto ejercicio de la potestad administrativa, por ello se sanciona la anticipación y prolongación indebida de funciones públicas, los nombramientos ilegales, la usurpación de atribuciones, la prevaricación, la malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales muchos de los cuales no podrían cometer en caso alguno estos trabajadores y por idéntica razón en dicho Título V las sanciones están principalmente referidas a penas propias de quienes ejercen una función administrativa (suspensión e inhabilitación del cargo u oficio públicos) las que no se señalan como penas accesorias sino como principales y copulativas.

De esta manera si los trabajadores de estas sociedades son trabajadores privados, no es lógico pensar que puedan ser suspendidos o inhabilitados en el ejercicio de un cargo u oficio que se encuentra reglado por el Código del Trabajo y las leyes laborales comunes.

En resumen de lo analizado consideramos que a estos trabajadores no se les

puede aplicar el artículo 260 del Código Penal, por no revestir la calidad de empleados públicos y porque no realizan funciones públicas de ninguna naturaleza.

Por otra parte tampoco el citado artículo 260 puede aplicarse contra las disposiciones de la Constitución Política del Estado de 1980, en cuanto regula la actividad del Estado "empresario" en especial el artículo 19 N° 21, inciso 2°, expresando que el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado lo autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, lo que en este caso se materializa en una sociedad anónima, como fórmula jurídica asociativa propia de los particulares y las propias leyes laborales que rigen a todos los particulares.

Por otra parte, los organismos a que se refiere el artículo 260 del Código Penal son todos de carácter público estatal, sin que se especifique en términos expresos a las sociedades con aporte de capital mayoritario o igualitario de organismos de la Administración del Estado, lo que no podría haber hecho, por ser ellos trabajadores de una sociedad anónima, comercial y lucrativa, propia de los particulares, en donde jamás podría entenderse que los que ahí laboran son empleados públicos.

Por último, tampoco es concebible en una sociedad anónima que sus ejecutivos actúen ejerciendo un cargo o función pública. Como ya lo hemos dicho, ellos son factores de comercio, que actúan en el campo empresarial, en donde debe operar una gran flexibilidad, con decisiones rápidas en la explotación del negocio según las evoluciones del mercado y para lograr el máximo de utilidades en dinero.