



Sra. María Elisa Quinteros Cáceres
Presidencia Convención Constitucional

Sr. Gaspar Domínguez Donoso
Vicepresidencia Convención Constitucional

REF: Iniciativa Constituyente
SANTIAGO, 01 de febrero del 2022

DEFINICIÓN, CONSTITUCIÓN Y OPERACIÓN DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS

Iniciativa de Norma Constitucional para regular la función de las empresas públicas

ARTICULO X1.- DEFINICIONES. -

Las empresas públicas son entidades que pertenecen al Estado ya sea que estén constituidas como personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, o bien dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Estarán destinadas a la gestión de sectores definidos por la ley como estratégicos, abocándose en ellos a la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general, al desarrollo de actividades económicas que correspondan al Estado.

Las empresas filiales son sucursales de una empresa pública matriz que ejerce como empresa controladora o matriz. Son empresas filiales de una empresa estatal aquellas en las cuales el Estado chileno posee un porcentaje de su propiedad de una magnitud tal que le permita tener el control de esta.

Las empresas subsidiarias de carácter público o mixto son sociedades creadas por aquellas empresas públicas, en las que el Estado posee una posición dominante de modo que la empresa subsidiaria no puede tomar decisiones por sí sola, sino que depende de la empresa estatal que la controla.

ARTICULO X2.- CONSTITUCION Y JURISDICCION. –

La creación de empresas públicas se hará:

1. Mediante decreto presidencial para las empresas constituidas por el poder Ejecutivo tras ser aprobada su creación por el Congreso nacional por mayoría simple;
2. Se podrá constituir empresas públicas de coordinación, para articular y planificar las acciones de un grupo de empresas públicas, con el fin de lograr mayores niveles de eficiencia en la gestión técnica, administrativa y financiera.
3. Las empresas publicas pueden ejercer sus actividades en el ámbito local, provincial, regional, nacional o internacional.
- 4- . Las empresas publicas actuarán en cumplimiento de los parámetros de calidad definidos por su Directorio y las regulaciones aplicables definidas por el Sistema de Empresas Públicas (SEP) o la entidad que en algún momento lo sustituya, con sujeción a criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales;
5. Es obligación de las empresas públicas proteger el patrimonio nacional, en tanto es obligación del Estado posibilitar que, en base a recursos propios autogenerados, recursos del Tesoro o Créditos externos, las Empresas Públicas puedan materializar los procesos de inversión requeridos para su desarrollo sostenible.
- 6.- Las empresas de propiedad pública deberán cautelar los derechos de las generaciones presentes y futuras sobre los recursos naturales renovables y no renovables así como de sus derechos a vivir en un medioambiente libre de contaminación, que dañe sus condiciones de vida y salud.

ARTICULO X3.- CAPACIDAD ASOCIATIVA. -

Las empresas públicas tienen capacidad asociativa para el cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales y en consecuencia para la celebración de los contratos que se requieran, para cuyo efecto podrán constituir cualquier tipo de asociación, alianzas estratégicas, sociedades de economía mixta que estén compuestas por sectores públicos o privados en el ámbito nacional o internacional, en el marco de las disposiciones contenida en la Ley Orgánica que regula la existencia y operación de estas empresas.

La empresa pública que haya constituido una empresa mixta para la gestión de sectores estratégicos o prestación de servicios públicos, deberá tener la mayoría de la participación accionaria en la empresa de economía mixta constituida.

Para otro tipo de modalidades asociativas, distintas a las empresas mixtas que se constituyan para la gestión de sectores estratégicos o prestación de servicios públicos, la empresa pública podrá participar en estas con un porcentaje no mayoritario, de conformidad con el artículo 316 de la Constitución y la ley.

En cualquier caso, las asociaciones público-privadas conformadas por empresas públicas, con mayoría en la participación, tendrán el mismo tratamiento tributario, beneficios e incentivos previstos en el ordenamiento jurídica para las empresas privadas.

La disminución total o parcial de la propiedad pública de una empresa estatal o mixta deberá ser refrendada por mayoría simple por el congreso de la república, en el caso de las empresas estrategias propiedad del Estado deberá convocarse a un plebiscito, sujeto a las normas que la ley explicita, en el cual la ciudadanía se exprese a favor o en contra de dicha disminución.

ARTICULO X4.- INVERSIONES EN OTROS EMPRENDIMIENTOS.

Para ampliar sus actividades, acceder a tecnologías avanzadas y alcanzar las metas de productividad y eficiencia en todos los ámbitos de sus actividades, las empresas publicas gozarán de capacidad asociativa, entendida esta como la facultad empresarial para asociarse en consorcios, alianzas estratégicas, conformar empresas de economía mixta en asociación con empresas privadas o públicas, nacionales o extranjeras, constituir subsidiarias, adquirir acciones y/o participaciones en empresas nacionales y extranjeras y en general optar por cualquier otra figura asociativa que se considere pertinente conforme a lo dispuesto en la Constitución de la Republica.

Las empresas públicas están sujetas a procesos anuales de rendición de cuentas a la ciudadanía, cuyas formas plazos y contenidos están contenidas en la ley de empresas públicas.

ARTICULO X5.- COMPRAS PUBLICAS.

Las compras públicas cumplirán, por parte del Estado, con criterios de eficiencia, equidad, transparencia, calidad y responsabilidad ambiental y social. En igualdad de condiciones, se priorizará la adquisición por el Estado y sus empresas, de productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.

El principio básico que regirá las compras públicas es que toda compra realizada por el Estado priorizará, en igualdad de condiciones, a las empresas de tamaño micro, pequeño y mediano definidos como tales por la ley. En función de la naturaleza de los bienes y servicios demandados, se priorizarán adicionalmente aquellas ofertas de origen regional y de empresas con propiedad mayoritaria de mujeres.

Las compras públicas estarán orientadas por principios de equidad distributiva, compensarán la concentración en los mercados y poseerán como objetivo el fortalecer las iniciativas empresariales emergentes y aquellas desarrolladas por las empresas de menor tamaño relativo.

Las formas operativas de estos principios serán explicitadas en la ley.

ARTICULO X6.- PATRIMONIO.

Constituyen patrimonio de las empresas públicas, todas las acciones, participaciones, títulos habilitantes, bienes tangibles e intangibles y demás activos y pasivos que estas posean tanto al momento de su creación como en el desarrollo posterior de su giro.

ARTICULO X7.- EXCEDENTES.

Las empresas publicas deberán propender que, a través de las actividades económicas que realicen, se generen excedentes o superávit, los que servirán para el cumplimiento de los fines y objetivos previstos en Ley de presupuestos de cada año.

El Ministerio de Hacienda, a través de su Dirección de Presupuesto, deberá establecer el porcentaje destinado al presupuesto de inversión y reinversión que le permita a la empresa pública, sus subsidiarias y filiales, cumplir con su Plan Estratégico y Planes Operativos y asegurar su vigencia y participación en el mercado de su sector. La propuesta del Ministerio de Hacienda contenida en la Ley anual de Presupuesto podrá, al momento de su discusión, ser modificada, en esta materia, por iniciativa parlamentaria, requiriéndose al efecto un quorum de mayoría simple.

Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos, se transferirán al Presupuesto General del Estado para que sean utilizados en los fines que el Poder Ejecutivo determine. Los excedentes que conciernan a la participación del o de los demás socios de las empresas de economía mixta, se regirán por la legislación societaria.

ARTICULO X8.- RENTABILIDAD SOCIAL Y SUBSIDIOS.

Sin perjuicio de lo señalado en el artículo anterior, se reconoce la existencia de empresas publicas constituidas exclusivamente para brindar servicios públicos, en las cuales haya una preeminencia en la búsqueda de rentabilidad social, a favor de las cuales el Estado podrá constituir subvenciones y aportes estatales que garanticen la continuidad del servicio público.

Las subvenciones y aportes se destinarán preferentemente para la expansión de los servicios públicos en las zonas en las que exista déficit de los mismos o para los sectores de atención social prioritaria. Los planes anuales de operación deberán considerar los programas de expansión definidos por las empresas en la ley anual de Presupuesto.

Los proyectos sociales vinculados a políticas públicas específicas que decida desarrollar el gobierno central a través de las empresas públicas, cuya ejecución conlleve perdidas económicas o en los que no se genere rentabilidad, deberán incluirse en la ley de presupuesto y contar con una asignación presupuestaria o subsidio específico para su financiamiento o no podrán ser implementados.

El Ministerio de Hacienda, determinará los requisitos que se deberán cumplir para recibir subvenciones o subsidios, los que en todo caso tendrán el carácter de temporales, este también definirá los mecanismos de evaluación de los servicios que se provean.

ARTICULO X9.- REGIMEN TRIBUTARIO.

Para las empresas públicas se aplicará el Régimen Tributario correspondiente al de entidades y organismos del sector público, incluido el de exoneraciones tributarias, previsto en la Ley de Impuesto a la Renta y demás leyes de naturaleza tributaria. Para que las empresas antes mencionadas puedan beneficiarse del régimen señalado, es requisito indispensable que se

encuentren inscritas en el Registro Único de Contribuyentes, lleven contabilidad y cumplan con los demás deberes formales contemplados en el Código Tributario, y demás leyes de la Republica.

Las empresas públicas que presten servicios públicos, estarán exentas del pago de regalías, tributos o de cualquier otra contraprestación por el uso u ocupación del suelo, el espacio público o la vida pública y del espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal.

Justificación de la iniciativa

La arquitectura conceptual de la actual constitución ha llevado a muchos autores a definirla como una Constitución económica, vale decir que el conjunto de normas, principios y valores que han sido incorporados en ella se orientan básicamente a la defensa de un cierto orden económico definido como deseable por sus redactores, de modo que tanto el sistema político como los derechos fundamentales de las personas y la estructura y funciones del Estado se subordinan al logro de la consolidación y protección de dicho orden económico, resultando muy difícil explicar su lógica conceptual y normativa de un modo separado del orden económico.

La propuesta constitucional elaborada por los ocho miembros de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política, presidida por Enrique Ortúzar, revisada por el consejo de Estado presidido por Jorge Alessandri R. y finalmente promulgada por los cuatro comandantes de las fuerzas armadas posee indudablemente un fuerte sello económico cuyo elemento central se focaliza en el rol del Estado visualizado como un ente contrapuesto al sector privado a quien se asignó un rol esencial en la marcha de la economía.

Según relata la escasa información disponible y confirma el estudio del recientemente fallecido profesor Robert Barros , única persona que tuvo acceso a las hoy desaparecidas actas del proceso de elaboración constitucional, diversos miembros de la Comisión Ortúzar sostuvieron la necesidad de incorporar en ella el principio de subsidiariedad, vale decir que el rol del Estado en la actividad económica debería desarrollarse estrictamente fuera del área de acción del sector privado y solo en el evento que este no deseara o no pudiese realizar dichas actividades económicas.

Aun cuando se escucha frecuentemente el que dicho principio de subsidiariedad quedó inscrito en la constitución de 1980 la realidad no fue esa. Dicho punto de vista no alcanzó siquiera consenso dentro del reducido e ideológicamente homogéneo grupo de personas que elaboraron y aprobaron la Constitución, de modo que el elemento central de dicho principio no fue incorporado explícitamente a está siendo sustituido ese concepto por uno bastante diferente contenido en el artículo 19 N° 21 inciso segundo de la Constitución Política, el cual se limita exclusivamente a regular las condiciones de intervención y operación del Estado empresario en la economía, estableciendo al efecto básicamente dos requisitos:

(i) una reserva legal calificada para admitir que el Estado o sus organismos desarrollen sus actividades empresariales; y

(ii) un principio de igualdad en el régimen jurídico aplicable tanto al Estado como los privados que realizan dichas actividades.

Posteriormente, se complementó este último principio indicando las condiciones que permiten alterarlo, básicamente la presencia de motivos justificados, apoyados por leyes de quórum calificado supra mayoritarias.

El primer requisito, la exigencia constitucional de una reserva legal a este respecto solo mantiene una cierta tradición propia del ordenamiento económico y constitucional chileno, sintonizado por lo demás con la práctica dominante en los países desarrollados, en los cuales el rol económico del Estado, incluyendo su facultad de constituir empresas raramente es cuestionado ideológicamente.

La opción de ampliar o reducir las facultades del Estado empresario tan solo se plantea en dichos países como un problema técnico ligado a la discusión de la conveniencia fáctica de mantención o no de la propiedad pública de ciertas empresas y no a la presencia o no de un principio de subsidiaridad que por lo demás no resulta observable en las constituciones modernas. Por esa misma razón al momento de la elaboración final de la constitución de 1980 esta pese a todos sus defectos y limitaciones, se alejó de los planteos fundamentalistas y ultraderechistas de la comisión Ortúzar, manteniendo en ella el rol económico del Estado como un tema a ser resuelto al interior del juego democrático y no desde la defensa de un principio ideológico cuya adhesión sería obligatoria de no desearse el caos económico y la pérdida de las libertades políticas.

Sin duda la instalación primero de los senadores designados y luego la operación del sistema binominal fueron elementos que permitieron que eventuales cambios que el soberano pudiese definir a dicho respecto, fueran fácticamente imposibles, aun cuando conceptualmente el principio de subsidiaridad no estuviese formalmente incluido en el texto constitucional. De ese modo el país ha terminado adoptando de facto un enfoque del rol económico del Estado que ha trascendido el texto de la Constitución de 1980 y se ha apoyado en los cerrojos políticos que, hasta 2019, han limitado la expresión de la voluntad popular en materia constitucional.

Desde una perspectiva histórica, el desarrollo de actividades empresariales por organismos del Estado siempre ha requerido de una ley previa que lo autorice,, ello ha constituido largamente una exigencia mínima derivada del principio de legalidad que tradicionalmente ha regido en nuestro sistema en materia de organización administrativa y del Estado en general, de un modo consistente con el resto del ordenamiento vigente, que establece una reserva legal para todos los modos de adquirir el dominio y para todo lo relativo al régimen de administración financiera del Estado

La única real innovación de la constitución de 1980 en relación al status económico del Estado radica en la exigencia de un quórum de aprobación calificado o superior a la simple mayoría parlamentaria. Este requisito, refleja el propósito del poder político durante la última década de la dictadura, de hacer que la mantención o ampliación del Estado empresario que la Constitución de 1980 posibilita, sea tan solo un hecho excepcional, reafirmando con ello aquella visión ideológica que dice creer firmemente en la supuesta primacía de la iniciativa privada por sobre la pública en materia empresarial, en todos los casos.

Dicha situación de facto, ha terminado por instalar en la economía y en el imaginario nacional un rol del Estado empresario que, limita solo a comprar los malos negocios, vender a bajo precio los buenos negocios, promoviendo a la vez una gestión ineficiente de su actividad empresarial, la cual se asocia, discursivamente hablando, a fines populistas, que distorsionarían el correcto funcionamiento de los mercados.

De esta manera, el quórum calificado que exige la Constitución Política tiende a ser justificado desde el plano político-ideológico, asumiendo que su rol es asegurar: (i) El ejercicio de un control de razonabilidad económica que incorpore mecanismos para fomentar la autonomía en la gestión y justifique a largo plazo el proyecto empresarial asumido por el Estado³⁵; (ii) La ponderación de los intereses concurrentes de los particulares, típicamente representados por coaliciones o partidos políticos opuestos. y (iii) La adopción de esquemas de gobierno corporativo que enfrenten adecuadamente los problemas de agencia asociados con la gestión de empresas públicas.

Por otra parte, la cláusula de legislación común o sistema de derecho común que en principio rige el actuar de las empresas públicas, constituye asimismo una adecuada medida regulatoria, pues busca garantizar que la operación de empresas públicas y privadas en el mercado se realice en igualdad de condiciones, y que no distorsionen el correcto funcionamiento del mercado.

En definitiva, la Constitución Política si bien no eliminó la vigencia del rol empresarial del Estado lo ha desarraigado de su origen "servicialista". En conclusión, la regulación establecida en el inciso segundo del artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental, lejos de consagrar un principio de subsidiariedad, recoge un principio de compatibilidad entre la iniciativa pública y privada en materia empresarial y de libre competencia entre ambas en el mercado, un enfoque muy distinto al de quienes asumen que cualquier alejamiento de las posiciones de la Comisión Ortúzar, que nunca lograron ser introducidas en la constitución de 1980, es un paso hacia el abismo económico

En la actualidad el Estado chileno cumple distintas funciones y comprende un sinnúmero de actividades que reflejan los fines y objetivos de la sociedad en un momento determinado. La actividad empresarial del Estado forma parte de las funciones normadas de la Administración Pública y está referida a la actividad productiva, industrial y comercial que realizan los órganos de la Administración del Estado. Las empresas públicas y las sociedades del Estado son actualmente una manifestación de dicha actividad, de manera que forman parte de la misma Administración del Estado vinculándose directamente con la dirección política del Poder Ejecutivo, la ideología y la política legislativa de las distintas administraciones, de manera que los cambios económicos y políticos se reflejan en las tareas y fines que asume el Estado.

En el caso particular de la actividad empresarial, las tensiones se concentran en la expansión o no del aparato estatal mediante la creación de empresas públicas. Se trata de una discusión antigua pues en Chile, la actividad empresarial del Estado y en particular las empresas públicas tienen su antecedente originario en el siglo XIX a propósito de la regulación del estanco y la adquisición de los ferrocarriles. Sin embargo, el principal desarrollo se produjo a partir de la década de 1930. En dicha oportunidad, se presentaron las necesidades económicas y condiciones políticas para que el Estado asumiera un rol protagónico en la industrialización del país. Este proceso llegó a su fin con el golpe de Estado de 1973

y durante el periodo dictatorial que lo siguió, periodo en el cual se paralizó el desarrollo industrial estatal y se llevó a cabo una política de privatización.

Pese a lo anterior, en la actualidad, las empresas del Estado continúan existiendo, sujetas a regímenes jurídicos, funciones y atribuciones muy diversas. Lo anterior debido a la convivencia de normas de derecho público y privado, no siempre consistentes, que las crean y regulan. La determinación de a cual de estos regímenes pertenecen las empresas públicas o al menos a cual se acercan más es importante, pues conlleva una serie de consecuencias en materia de competencia, regulación económica, potestades públicas, control de la Administración, respecto de la mayor o menor libertad para tomar decisiones al interior de ellas y más en general de la mayor o menor capacidad del Estado de financiar los derechos sociales emergentes hoy en discusión en el proceso constitucional.

Los desafíos que enfrentan las empresas públicas son de amplio conocimiento, como también la necesidad de superarlos para mejorar su desempeño. Pero estos desafíos – de gestión, integridad, y transparencia, entre otros – tienen características particulares: las empresas públicas deben equilibrar los objetivos sociales y la rentabilidad económica, y están sujetos a la influencia política. Esto hace que tengan que conciliar objetivos contrapuestos y afrontar costos sobre su eficiencia obligándolas, por ejemplo, a centrarse en objetivos a corto plazo.

El presente texto que se presenta a discusión busca generar un nuevo marco de comprensión del rol de las empresas públicas, lograr el apoyo para el cambio de los quórumos exageradamente altos para permitir la acción empresarial del Estado y para definir las formas y atribuciones específicas que la constitución fija al rol económico del Estado y que deben servir de base para la elaboración de las respectivas leyes orgánicas que regulen dicho rol.

Remitir a:

- *Comisión de Medio Ambiente, Derechos de la Naturaleza, Bienes Naturales Comunes y Modelo Económico.*

Patrocinios:

1. **Lisette Vergara Riquelme**
Constituyente Distrito 6 18.213.926-2 
2. **Isabel Godoy Monárdez**
Constituyente Colla 11.204.087-0 
3. **Elsa Labraña Pino**
Constituyente Distrito 17 12.018.818-6 
4. **Marco Arellano Ortega**
Constituyente Distrito 8 17.270.925-7 
5. **Tania Madriaga Flores**
Constituyente Distrito 7 12.090.826-K 
6. **Alejandra Pérez Espina**
Constituyente Distrito 9 13.251.766-2 
7. **Eric Chinga Ferreira**
Constituyente Diaguita 11.617.206-2 
8. **Manuel Woldarsky González**
Constituyente Distrito 10 15.781.322-6 
9. **Giovanna Grandón Caro**
Constituyente Distrito 12 12.888.957-4 