

# Fiscalización y transparencia en las empresas del Estado: ¿es *más* sinónimo de *mejor*?

“(…) se trata de un relativismo ni objetivo ni subjetivo, y en todo caso, de un relativismo que ha perdido su *contra* concepto. Y entonces, tampoco esta denominación dice nada, porque no puede indicar lo que excluye” (NIKLAS LUHMAN)<sup>2</sup>.

## §1. Introducción

Hace más de veinte años, EASTERBROOK y FISCHEL<sup>3</sup> hicieron célebre una dura crítica al simplismo con que muchas veces se analiza la legislación aplicable al gobierno corporativo de una empresa. La selección de sus dardos no era casual, la generalización de un enfoque cuya premisa suponía que el directorio de una compañía utiliza siempre su posición de poder para explotar a inversionistas y consumidores, amenazaba con echar por tierra el equilibrio conceptual sobre el que descansa el éxito de cualquier regulación sobre organizaciones empresariales. Tratándose de empresas privadas, este equilibrio suele graficarse con el contrapunto de dos principios antitéticos: el *control* por parte de los accionistas y la *autonomía* del directorio. Aunque cada uno de estos principios empuja el gobierno de la compañía en una dirección opuesta, la experiencia demuestra la necesidad de un equilibrio entre ambos: mientras *controles* constantes por parte de los accionistas impiden a la empresa tomar decisiones con la velocidad que

\* Diego Pardow Lorenzo es Abogado de la Universidad de Chile y Profesor Invitado del Departamento de Derecho Privado, Universidad de Chile. Rodrigo Vallejo Garretón es Abogado de la Universidad de Chile y Ayudante del Departamento de Derecho Público, Universidad de Chile.

<sup>1</sup> Los autores agradecen a los profesores SANTIAGO MONTT, PATRICIA MIRANDA y LUIS CORDERO por sus agudos comentarios y consejo especializado. Las opiniones aquí expresadas son de exclusiva responsabilidad de los autores.

<sup>2</sup> LUHMAN, Niklas (1997): *Observaciones de la modernidad*, Paidós, Barcelona, p. 158.

<sup>3</sup> EASTERBROOK, Frank y FISCHEL, Daniel (1991): *The Economic Structure of Corporate Law*, Massachusetts, Harvard University Press, pp. 1-39. Con todo este libro sistematiza una crítica realizada en distintos artículos publicados durante la década de los ochenta, para una explicación histórica de esta polémica en la doctrina norteamericana, ROMANO, Roberta (2005): *After the Revolution in Corporate Law*, en 55 *Journal of Legal Education*, pp. 342-359.

exige el mundo de los negocios, una completa *autonomía* del directorio seguramente disminuirá la intensidad con que se busca satisfacer los intereses de los dueños de la compañía<sup>4</sup>.

Al igual que cualquier otra organización cuyo propósito sea perseguir una finalidad de lucro, las empresas del Estado necesitan una estructura balanceada de gobierno corporativo que les permita competir con igualdad de armas en los mercados donde participan. De hecho, la doctrina comparada destaca que el principal desafío de la regulación de las empresas públicas consiste precisamente en encontrar un adecuado equilibrio entre *control* y *autonomía*<sup>5</sup>. Por ello, el objetivo de este breve ensayo es recordar la importancia de una regulación equilibrada, en un contexto político y judicial donde el recurso irreflexivo al principio de *transparencia* pareciera justificar la incorporación de cualquier mecanismo adicional de fiscalización sobre la actividad empresarial del Estado. Ello, sin importar la distribución de competencias establecida por el legislador en los estatutos orgánicos de cada empresa del Estado, la eventual ineficiencia derivada de la superposición de controles administrativos, o el resultado de la ponderación entre los costos asociados a un nuevo mecanismo de fiscalización y los beneficios sociales que reporta.

En el caso *Banco Estado con Fisco*<sup>6</sup>, la Corte Suprema resolvió que dicha empresa pública se encuentra sometida a la fiscalización permanente del Congreso Nacional, a través de los requerimientos de información que le formule cualquier diputado o senador individualmente considerado. Aunque esta sentencia constituye el primer pronunciamiento de la Corte Suprema sobre la materia, forma parte de una tendencia judicial que han desarrollado tribunales inferiores en casos similares. Por su parte, estos casos influyeron de manera determinante en la decisión legislativa de someter a las empresas públicas a las normas de *transparencia activa* y en el actual proyecto de ley para extenderles también el régimen de *transparencia pasiva*. Como lo prueba una revisión de las editoriales de los principales periódicos y revistas especializadas, tanto la tendencia judicial referida como el activismo legislativo en materia de *transparencia* de las empresas del Estado, han sido celebrados desde diversos sectores políticos<sup>7</sup>. El problema radica en que, pese a la valoración que lleva implícita la dicotomía entre *transparencia* y *opacidad*, no es posible que este simple ejercicio retórico haga olvidar el hecho de que la *transparencia* constituye una forma de *control*, y por tanto, representa

<sup>4</sup> Una extensa exposición de este argumento, en BAINBRIDGE, Stephen (2008): *The New Corporate Governance in Theory and Practice*, Nueva York, Oxford University Press, pp. 23-75.

<sup>5</sup> DEVOLVÉ, Pierre (1998): *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, pp. 731-734 ; DRAKE, CD (1971): **The Public Corporation as an Organ of Government Policy**, en FRIEDMANN, Wolfgang y GARNER, JF, *Government enterprise, a comparative study*, Nueva York, Columbia University Press, pp. 27-28; y, ARIÑO, Gaspar (2007): *Empresa Pública, Empresa Privada, Empresa de Interés General*, Pamplona, Arazandi, pp. 107-127.

<sup>6</sup> Corte Suprema, 28 de mayo del 2009, Rol N°6.585-2007.

<sup>7</sup> Ver por ejemplo, **Empresas Públicas y Transparencia**, en *El Mercurio* de 25 de Junio de 2009; **Fallo del Consejo de Transparencia Sobre Empresas Públicas**, en *La Tercera* de 29 de Junio de 2009; **Consejo de la Transparencia: Cinco Desafíos**, en *Revista Temas Públicos* de 3 de Octubre de 2008; y, **Un Año Importante Para la Transparencia**, en 36 *Revista Chilena de Derecho* 1, pp. 7-8.

solamente uno de los extremos del equilibrio conceptual que debe gobernar el marco regulatorio de las empresas del Estado<sup>8</sup>.

A diferencia de lo que sucede con los servicios públicos, la actividad empresarial del Estado es sometida a escrutinio principalmente en atención a sus resultados económicos y a la eficiencia con que utilizan sus recursos. Por esta razón, cualquier decisión de aumentar los mecanismos de *transparencia* en las empresas del Estado, requiere un análisis de política pública que escapa largamente de la competencia que tenía la Corte Suprema en *Banco Estado con Fisco* y de la función que deben cumplir nuestros jueces frente a este tipo de casos. Como sugerimos en un estudio anterior, una lectura *democrática* de las restricciones constitucionales al Estado empresario, requiere que los debates sobre política económica se lleven a cabo en el congreso y no en tribunales<sup>9</sup>. De este modo, nuestra primera crítica se funda en que la tendencia judicial referida transgrede los criterios hermenéuticos que exigían respetar el equilibrio entre *control* y *autonomía* fijados por el legislador para cada empresa del Estado. A su turno, el desequilibrio que supone obligar a las empresas del Estado a responder las solicitudes individuales de información de diputados y senadores, revela un preocupante desapego por las normas que regulan la *fiscalización* parlamentaria.

Como se aprecia, de la misma manera que los principios de *subsidiariedad* y *especialidad del giro* intentaron instrumentalizar la acción de amparo económico para someter a las empresas públicas a un diseño institucional marcadamente ineficiente, el recurso irreflexivo al principio de *transparencia* revela un prejuicio ideológico similar hacia el Estado empresario y la misma intención de imponer judicialmente cierto tipo de convicciones políticas<sup>10</sup>. En efecto, generalizar un enfoque donde la *opacidad* en las empresas públicas escondería siempre situaciones de corrupción, resulta tan falto de lógica como presumir que la *transparencia* empoderaría únicamente a defensores altruistas del bien común. Por un lado, la *opacidad* en las empresas públicas muchas veces oculta información estratégica que una compañía necesita mantener en reserva simplemente para ser competitiva. Por otro, mientras la fiscalización ciudadana implica también entregar información a potenciales competidores o futuras contrapartes de una empresa del Estado, permitir la fiscalización parlamentaria por parte de diputados y senadores individualmente considerados, supone empoderar a sujetos que pueden estar motivados por intereses gremiales o por una agenda política propia.

<sup>8</sup> Sobre la *transparencia* como una forma de *control*, BERMÚDEZ, Jorge y MIROSEVIC, Camilo (2008): **El acceso a la información pública como base para el control social y la protección del patrimonio público**, en 41 *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, pp. 439-468.

<sup>9</sup> VALLEJO, Rodrigo y PARDOW, Diego (2008): **Derrribando Mitos Sobre El Estado Empresario**, en 35 *Revista Chilena de Derecho* 1, pp. 135-156.

<sup>10</sup> De hecho, los primeros en celebrar la tendencia judicial que representa *Banco Estado con Fisco* son precisamente los principales críticos de las empresas públicas por su pretendida poca capacidad competitiva, así por ejemplo, **Rentabilidad de BancoEstado es la mitad que promedio del sistema**, en *El Mercurio* de 1° de Septiembre de 2009; **Banco Estado y transparencia**, en *El Mercurio* de 7 de Junio de 2009; **Empresas públicas y su gestión**, en *La Tercera* de 18 de Noviembre de 2004; y, **Gestión de Empresas Públicas ¿Criterios Técnicos o Políticos?**, en *Revista Temas Públicos* de 27 de Diciembre de 2002.

Con el objeto de clarificar la exposición, el presente ensayo se organiza de la siguiente manera. A continuación, se realiza una relación descriptiva de los hechos que conforman *Banco Estado con Fisco*, situándolo en un contexto más general de tensión institucional entre el Congreso Nacional y las empresas del Estado, para explicar el impacto legislativo que tuvieron este conjunto de casos. En el capítulo tercero, desarrollamos un análisis dogmático de *Banco Estado con Fisco* a fin de demostrar el error conceptual en que se funda la sentencia de la Corte Suprema y la manera correcta en que este caso debió haber sido resuelto. Enseguida, los capítulos cuarto y quinto, enfatizan el valor de las decisiones de política pública que reflejan las leyes vigentes y la necesidad de que nuestros tribunales las respeten. Finalmente, en el capítulo sexto, incluimos algunas conclusiones respecto de la importancia del mencionado equilibrio entre *control* y *autonomía*, tanto al momento de tomar definiciones regulatorias sobre los mecanismos de fiscalización aplicables a las empresas del Estado, como al momento de aplicarlas judicialmente.

## §2. *Banco Estado con Fisco* y su contexto político

El caso *Banco Estado con Fisco*, tuvo su origen en la negativa de esta empresa pública a cumplir con un conjunto de solicitudes de información remitidas por las Oficinas de Información de la Cámara de Diputados y del Senado, en ejercicio de la atribución que les confiere el artículo 9 de la Ley Orgánica Constitucional N°18.918 (“Ley del Congreso”)<sup>11</sup>. Conforme a lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley del Congreso, la negativa de Banco Estado motivó que el asunto fuera sometido al conocimiento de la Contraloría General de la República (“CGR”), quién mediante el Dictamen N°44.935/99, confirmó su obligación de proporcionar los antecedentes solicitados y le concedió para ello un plazo de 10 días, bajo el apercibimiento de aplicar como medida disciplinaria las multas establecidas en la Ley del Congreso. Frente a esta resolución de la CGR, Banco Estado interpuso una acción de *mera certeza* a fin de que los tribunales resolvieran el conflicto acerca de si esta empresa pública se encontraba o no obligada a cumplir dichas solicitudes de información<sup>12</sup>.

Con todo, este no es el único caso sobre negativas de empresas del Estado a cumplir con solicitudes de información fundadas en el artículo 9 de la Ley del Congreso. Con anterioridad a los hechos de *Banco Estado con Fisco*, la Corporación Nacional del Cobre de Chile (“CODELCO”) había seguido la misma estrategia judicial para oponerse a

<sup>11</sup> En la especie, la Cámara de Diputados había solicitado una lista de los vehículos asignados para uso de los gerentes de Banco Estado durante el año 1997, indicando sus características técnicas y el nombre del gerente beneficiario, junto con una nómina de todas las empresas externas contratadas para cobranzas judiciales y extrajudiciales, individualizando a sus dueños o socios. Por su parte, el Senado había solicitado un detalle de las asesorías externas contratadas por esta empresa pública durante los años 1994 y 1999, indicando el monto pagado, la persona natural o jurídica contratada y cualquier subcontratación realizada por ellas.

<sup>12</sup> Pese a encontrarse pendiente la resolución de este litigio, la CGR impuso al Presidente de Banco Estado una multa equivalente a una remuneración mensual. Ver, Resolución N°2.100/99 y Dictamen N°49.924/99.

diversas solicitudes de información realizadas por la Comisión de Energía de la Cámara de Diputados<sup>13</sup>. Así también, al menos en dos oportunidades, Televisión Nacional de Chile (“TVN”) se negó a proporcionar los antecedentes solicitados por la Oficina de Informaciones de la Cámara de Diputados, impugnando las medidas disciplinarias impuestas por la CGR a través de acciones de *nulidad de derecho público*<sup>14</sup>. En todos estos casos, el argumento para fundar la negativa ha sido fundamentalmente el mismo: conforme a sus respectivos estatutos orgánicos, las referidas empresas públicas están sujetas a la fiscalización exclusiva de organismos técnicos y especializados como son las superintendencias, encontrándose excluidas de las reglas generales de la administración del Estado salvo que se las mencione expresamente<sup>15</sup>. De este modo, no les resultaría aplicable el artículo 9 de la Ley del Congreso, toda vez que su ámbito de aplicación se extendería *genéricamente* sobre los órganos de la administración del Estado, pero no de manera *específica* respecto de las empresas del Estado<sup>16</sup>.

La reacción del Congreso Nacional y la CGR, representados judicialmente por el Consejo de Defensa del Estado, consistió en señalar que las disposiciones de sus respectivas leyes orgánicas no permitirían eximir a estas empresas de los artículos 9 y 10 de la Ley del Congreso, atendido que el objetivo de estas disposiciones no sería regular al sector público, sino establecer las atribuciones del Congreso Nacional considerado como un poder del Estado distinto del Ejecutivo<sup>17</sup>. Además, sostuvieron que las reglas de exención contenidas en las respectivas leyes orgánicas de las empresas públicas, sólo dirían relación con el régimen de relaciones con terceros, y por tanto, no permitirían excluirlas de las normas generales de la administración del Estado. A la fecha, los juicios iniciados por TVN solamente han sido resueltos en primera instancia, acogiendo la demanda en

<sup>13</sup> Estas solicitudes se referían a las escalas de rentas, beneficios y garantías de los ejecutivos de CODELCO, así como a ciertos antecedentes del proyecto de la Central Hidroeléctrica Alto Cachapoal. Debido a la negativa de CODELCO, la CGR aplicó a su Presidente Ejecutivo una multa equivalente a una remuneración mensual. Ver, Resolución N°2.055/99

<sup>14</sup> Estas otras solicitudes se referían a las actas de reuniones del directorio de TVN celebradas durante 1998, junto con una estimación del costo asociado a la defensa judicial de la empresa frente a una querrela interpuesta por el sacerdote Raúl Hasbún. En ambos casos, las multas fueron impuestas por la CGR mediante Resoluciones N°210/99 y N°348/06.

<sup>15</sup> Respecto de Banco Estado, ello se funda en lo dispuesto por los artículos 1 y 2 del Decreto Ley N°2.079 (“Ley del Banco Estado”), a saber: “El Banco del Estado de Chile es una empresa autónoma del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de duración indefinida, sometida exclusivamente a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, que se relacionará con el Gobierno a través del Ministerio de Hacienda”; y “El Banco se regirá preferentemente por las normas de esta Ley Orgánica, y, en lo no previsto en ella, por la legislación aplicable a las empresas bancarias y demás disposiciones que rijan para el sector privado. No le serán aplicables, por tanto, las normas generales o especiales relativas al sector público, salvo que ellas dispongan de modo expreso que han de afectar al Banco del Estado de Chile”. Tratándose de CODELCO y TVN, su negativa se sustentó en similares disposiciones contenidas en los artículos 25 del Decreto Ley N°1.350 y 33 a 35 de la Ley N°19.132.

<sup>16</sup> La referida disposición establece textualmente: “Los organismos de la Administración del Estado deberán proporcionar los informes y antecedentes específicos que les sean solicitados por las Cámaras o por los organismos internos autorizados por sus respectivos reglamentos, con excepción de aquéllos que por expresa disposición de la ley tengan el carácter de secretos o reservados”.

<sup>17</sup> Ver por ejemplo, Dictamen N°2.8925/06 mediante el cual la CGR formula sus observaciones a una de las demandas de nulidad de derecho público deducidas por TVN.

un caso y rechazándola en otro<sup>18</sup>. Por su parte, las demandas de CODELCO y Banco Estado fueron rechazadas en primera y segunda instancia<sup>19</sup>. Respecto de la sentencia de apelación, Banco Estado recurrió de casación en el fondo, lo cual determinó que nuestra Corte Suprema pasara a conocer por primera vez acerca de la legalidad de las solicitudes de información del Congreso respecto de las empresas del Estado.

En fallo dividido, este tribunal determinó rechazar el recurso, confirmando con ello el deber de Banco Estado de cumplir las solicitudes de información del Congreso y la legalidad de las multas impuestas por la CGR. Sin embargo, pese a las victorias judiciales del Consejo de Defensa del Estado, la actitud de Banco Estado, CODELCO y TVN fue percibida políticamente como un verdadero desacato al ejercicio de la fiscalización parlamentaria y como una conducta contraria al espíritu de *transparencia* que debía gobernar la función pública<sup>20</sup>. De hecho, esta negativa a cumplir las solicitudes de información no solamente propició el consenso legislativo para extender a las empresas del Estado el régimen de *transparencia activa* en materia de acceso a la información pública, sino que inclusive motivó la incorporación de reformas a nuestra Constitución Política que de manera explícita sujetaran a este tipo de organismos a la fiscalización de la Cámara de Diputados<sup>21</sup>. Esta progresiva tendencia a incrementar el *control* sobre las empresas del Estado, tiene su clímax en el reciente proyecto de ley que pretende extenderles también el régimen de *transparencia pasiva*, permitiendo que cualquier persona y sin expresión de causa, pueda formularles requerimientos de

<sup>18</sup> Ver, 18° Juzgado Civil de Santiago, 29 de junio del 2007, Rol N°1.061-2000; y, 18° Juzgado Civil de Santiago, 27 de abril del 2009, Rol N°4.437-2006. Respecto de ambas sentencias, existen recurso de apelación pendientes de fallo ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

<sup>19</sup> Con relación a CODELCO, ver 17° Juzgado Civil de Santiago, 9 de julio del 2002, Rol N°6.446-1999; y, Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de mayo del 2003, Rol N°1.440-2000. Tratándose de Banco Estado, ver 17° Juzgado Civil de Santiago, 13 de agosto del 2002, Rol N°2.161-1999; y, Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de agosto del 2007, Rol N°1.027-2003.

<sup>20</sup> En este sentido, resulta ilustrativa la intervención del Senador Prokurika durante la discusión de la Ley sobre Acceso a la Información Pública: "(...) en un país donde el secretismo representa la regla general, ocurre que la Administración Pública se niega permanentemente a contestar -¡y estamos en democracia!- los oficios de fiscalización y los que se envían desde el Senado (...) El caso más increíble, que aún no termina y que viví en carne propia, dice relación a tres empresas del Estado: CODELCO, Televisión Nacional de Chile y BancoEstado. En democracia, la Cámara Baja nunca -¡nunca!- ha podido saber cuál es el sueldo de los funcionarios y ejecutivos de esas empresas. Es más: se negaron a entregar información, cuestión que dura hasta hoy. Por eso, solicito a los señores Ministros que nos acompañan, en especial al señor Dockendorff, que hagan algo al respecto, porque la base de la democracia son la información, la transparencia. No es posible que esas tres empresas hayan iniciado juicios de mera certeza en los tribunales para evitar dar dichos antecedentes", Sesión del Senado de 8 de Junio de 2005, en Boletín N°3.773-06, pp. 12-14.

<sup>21</sup> Estas reformas constitucionales se materializaron en el actual artículo 52 N°1 letra c) de la Constitución Política, que consagra el deber de las empresas del Estado de comparecer y suministrar los antecedentes que, a petición de un tercio de sus miembros, les soliciten las comisiones investigadoras de la Cámara de Diputados. De hecho, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado acordó expresamente consignar en la historia fidedigna de este precepto que "la denominación 'actos de Gobierno' incluye las actuaciones de las empresas del Estado, así como de aquéllas en que el Estado tiene participación mayoritaria", Primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en Boletín N°2.526-07, p. 433. Para una interesante crítica acerca de la posibilidad de utilizar este acuerdo adoptado a nivel de comisiones como elemento interpretativo de la Constitución Política, FERRADA, Juan Carlos (2002): **La reforma constitucional a la fiscalización parlamentaria en la Constitución de 1980: un análisis preliminar**, en 8 *Revista Ius et Praxis* 1, pp. 461-481.

información<sup>22</sup>. Como no podía ser de otra manera, quienes promueven esta iniciativa consideran que sería una medida regulatoria apropiada para disuadir lo que consideran un manejo descuidado de fondos fiscales y corregir las distorsiones en la gestión de las empresas del Estado<sup>23</sup>.

### §3. El problema de la falsa *antinomia*

La controversia jurídica en *Banco Estado con Fisco* era relativamente simple de identificar. Por un lado, la Ley de Banco Estado establecía que la fiscalización sobre esta empresa pública estaba radicada *exclusivamente* en la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (“SBIF”) y que cualquier excepción a esa regla debía mencionar *explícitamente* a Banco Estado. Por otro, la Ley del Congreso obliga *genéricamente* a los órganos de la administración del Estado a satisfacer los requerimientos de información del Congreso Nacional y otorga competencia a la CGR para sancionar una eventual negativa. Quizás por esta razón, la Corte Suprema planteó el caso como un dilema disyuntivo: si Banco Estado forma parte de los órganos de la administración del Estado, necesariamente debería cumplir los requerimientos de información del Congreso Nacional; al contrario, si Banco Estado no forma parte de los órganos de la administración del Estado, se encontraría exento de toda fiscalización parlamentaria. Según se verá, el problema de este enfoque es que lleva implícito el error de atribuir la naturaleza de fiscalización a los requerimientos de información formulados conforme al artículo 9 de la Ley del Congreso, y con ello, pareciera arrastrar la disyuntiva hacia una decisión de política pública supuestamente controvertida, como sería establecer si las empresas del Estado están o no generalmente sujetas a fiscalización parlamentaria.

En síntesis, el voto de mayoría se sustentó en tres tipos de argumentos. En primer lugar, dedica numerosos párrafos y considerandos a relatar la historia fidedigna de la Ley de Banco Estado, con el objetivo de comprobar un aspecto que la verdad nunca ha sido discutido en doctrina: pese a que Banco Estado se encuentra sometido a las reglas generales de los bancos comerciales, ello no permite alterar su naturaleza de empresa pública y por tanto integrante de los órganos de la administración del Estado, conforme a lo dispuesto por la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado<sup>24</sup>. En

<sup>22</sup> Ver, Boletín N°6.578-07, donde se cita específicamente el caso *Banco Estado con Fisco* y los demás casos referidos como uno de los fundamentos de la moción legislativa.

<sup>23</sup> Conforme a la exposición de motivos de la moción: “No obstante lo anterior, y en un Estado Democrático, la fiscalización constituye el medio más idóneo y eficaz para investigar y sancionar a responsables de manejos negligentes que involucren fondos del erario nacional. (...) Creemos que excluir a las empresas públicas de este marco regulatorio general de la administración del Estado es atentatorio de los principios que inspiran el acceso a la información, dejando margen para la interpretación y con ello a eventuales distorsiones en el manejo de una empresa del Estado”.

<sup>24</sup> El artículo 1° de esa ley establece expresamente que las empresas públicas creadas por ley integran la administración del Estado. En efecto, desde que el célebre Dictamen N°10.492/79 de la CGR estableciera que las *empresas públicas* son órganos funcionalmente descentralizados, no ha existido mayor disenso sobre este punto, concentrándose la discusión en la naturaleza jurídica de las denominadas *empresas privadas* o *sociedades del Estado*. En el mismo sentido, ZÚÑIGA, Francisco (2002): **Constitución económica y Estado empresario**, en 63 *Revista de Derecho*

segundo lugar, se apoya en la historia fidedigna de las reformas constitucionales del año 2005, para sostener que la voluntad del constituyente era someter a las empresas del Estado a las competencias de fiscalización que tiene la Cámara de Diputados sobre los *actos de gobierno*. Por último, consigna que la CGR habría actuado dentro de las facultades de fiscalización que el artículo 16 de su ley orgánica le entrega respecto de la generalidad de las empresas públicas y específicamente respecto de Banco Estado. De este modo, y aunque no lo señala expresamente, el voto de mayoría resuelve su dilema disyuntivo apoyándose en el criterio hermenéutico de la *jerarquía*: atendido que la Constitución Política habría incluido a las empresas del Estado dentro de la competencia del Congreso para fiscalizar los *actos de gobierno*, la Ley del Congreso desarrollaría una atribución constitucional que primaría sobre la *exclusividad* meramente legal que contemplaba la Ley de Banco Estado en favor de la SBIF.

En contraste, el voto disidente del Ministro Oyarzún asume sin necesidad de mayores disquisiciones que Banco Estado era efectivamente un órgano de la administración del Estado. No obstante, acertadamente considera que la intervención de la CGR no podía fundarse en las atribuciones de control que le entrega su ley orgánica sobre las empresas públicas, sino solamente en las potestades sancionatorias que le confería el artículo 10 de la Ley del Congreso. Por esta razón, tanto la competencia del Congreso como la de la CGR, derivarían de la eventual aplicación del mismo artículo 9 de la Ley del Congreso. A diferencia del voto de mayoría, la disidencia señala explícitamente que existiría una *antinomía* entre las potestades de fiscalización exclusiva que la Ley de Banco Estado entrega a la SBIF y la obligaciones informar que la Ley del Congreso impone genéricamente a los órganos de la administración del Estado, concluyendo que el criterio hermenéutico de la *especialidad* resolvería la referida *antinomía* en favor de la primera<sup>25</sup>. El problema de esta solución, es que considerar a la Ley de Banco Estado como una especie dentro del género que formaría la Ley del Congreso, no permite alterar el hecho de que la sujeción de las empresas públicas a la fiscalización parlamentaria se encontraría establecida dentro de un *supra género* con mayor jerarquía normativa, como sería la Constitución Política.

Atendido que el voto de minoría descansa principalmente en que el artículo 2 de la Ley de Banco Estado consignaba expresamente que a esa entidad financiera no le resultaban aplicables las normas del sector público, salvo que en ellas se mencionara de forma expresa a Banco Estado, quizás una alternativa diferente consistía en considerar que la referida *antinomía* debía resolverse según el principio de *distribución de*

*Público*, Universidad de Chile, pp. 361-363; y, PANTOJA, Rolando (2004): *La organización administrativa del Estado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 178-197.

<sup>25</sup> Considerandos 7° a 11° y 13°. En razón de ello, termina concluyendo el voto de minoría que la resolución recurrida vulnera: (i) el artículo 1 de la Ley de Banco Estado “en cuanto admite una modalidad de fiscalización sobre la gestión empresarial del Banco demandante, desconociendo la exclusividad del control que en este ámbito concierne a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras”; (ii) el artículo 2 de la Ley de Banco Estado “al desobedecer su mandato en orden a que las normativas atinentes del sector público no resultan aplicables, salvo mención expresa, al Banco del Estado de Chile”; y (iii) el artículo 9 de la Ley del Congreso: “al hacer extensivas sus normas a una situación no regida por ellas” (Considerando 23°).

la *competencia*<sup>26</sup>. De acuerdo con este principio, tratándose de normas de igual jerarquía, el *efecto exclusivo* de la competencia de fiscalización que la Ley de Banco Estado atribuye a la SBIF sobre esta empresa pública, descartaría la posibilidad de aplicar a Banco Estado las potestades de fiscalización que el artículo 9 de la Ley del Congreso entregaría al Congreso Nacional. En efecto, esta última disposición no cumplía con la condición de mencionar explícitamente a Banco Estado, que el artículo 2 de la Ley de Banco Estado exige para transformar las competencias de fiscalización sobre esta empresa pública en *materialmente concurrentes*. Ahora bien, igualmente este razonamiento supone una relación de *especialidad* entre la Ley de Banco Estado y la Ley del Congreso, pero esta vez invertida, donde el estatuto orgánico de esta empresa pública sería el género que contempla la regla de mención explícita, como condición para que otras leyes especiales establezcan competencias *concurrentes*. Por esta razón, tiene la misma deficiencia del voto de minoría respecto de la jerarquía constitucional de la fiscalización parlamentaria<sup>27</sup>.

Sin embargo, un análisis atento del caso conforme al mismo principio de *distribución de la competencia*, revela que en realidad no existía ninguna *antinomia*. Por tanto, la solución era significativamente más simple y no exigía al tribunal tomar una posición respecto del problema de política pública consistente en someter o no a las empresas del Estado a la fiscalización parlamentaria. Bajo este enfoque, la potestad del artículo 9 de la Ley del Congreso para requerir información no constituye una forma de fiscalización, y por tanto, su ejercicio resulta perfectamente compatible con la competencia exclusiva que establece la Ley de Banco Estado en favor de la SBIF.

Para empezar, la potestad de requerir información no puede tener un carácter de fiscalización por cuanto pueden ejercerla ambas cámaras del Congreso Nacional, en circunstancias que el artículo 52 N°1 de la Constitución Política radica la función de control sobre los *actos de gobierno* exclusivamente en la Cámara de Diputados. De este modo, el hecho de considerar los requerimientos de información como una competencia de fiscalización, implicaría infringir la prohibición constitucional que afecta al Senado respecto de esas materias<sup>28</sup>. Todo lo anterior, con el absurdo adicional de contaminar la imparcialidad del Senado y alterar las garantías del debido proceso que rigen en la acusación constitucional, toda vez que este cuerpo colegiado debería actuar como jurado en los procedimientos de remoción a que eventualmente dieran lugar los requerimientos de información<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Para una acuciosa explicación del principio de *distribución de la competencia* cómo mecanismo para resolver *antinomias* en sus diversos niveles, BASCUÑÁN, Antonio (1998): **El principio de la distribución de competencia como criterio de solución de conflictos de normas jurídicas**, en Número Especial *Revista Chilena de Derecho*, pp. 33-44.

<sup>27</sup> BASCUÑÁN (1998), pp. 38-39.

<sup>28</sup> SILVA CIMMA, Enrique (1994): *Derecho administrativo chileno y comparado. El control público*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 210.

<sup>29</sup> Para una ilustrativa explicación histórica de las potestades de fiscalización parlamentaria y su relación con la acusación constitucional, NAVARRO, Enrique (1991): **La Facultad Fiscalizadora de la Cámara de Diputados**, en 49 *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, pp. 71-90.

Enseguida, los requerimientos de información que originaron Banco Estado *con Fisco* tampoco podrían considerarse como una forma de fiscalización, por la sencilla razón de que no siguieron el *procedimiento* establecido por la propia Constitución Política para el ejercicio de esta función de control por parte de la Cámara de Diputados. De hecho, la tesis de la Corte Suprema en *Banco Estado con Fisco*, permitiría que cualquier parlamentario ejerciera actos de fiscalización individualmente, eludiendo así la exigencia constitucional de contar con el voto favorable de un tercio de los miembros presentes en la Cámara de Diputados. En este sentido, la imposibilidad de calificar el artículo 9 de la Ley del Congreso como una forma de fiscalización fue expresamente ratificada en las reformas constitucionales del 2005, donde se incorporaron procedimientos específicos para el ejercicio de las atribuciones de fiscalización por parte de la Cámara de Diputados, precisamente para corregir la irregularidad que significaba su ejercicio personal por parte de determinados parlamentarios mediante el mecanismo de las solicitudes de información<sup>30</sup>.

De este modo, teniendo en cuenta su sentido literal y ubicación sistemática, la atribución de formular requerimientos de información conforme al artículo 9 de la Ley del Congreso debe ser entendida como una atribución de naturaleza *complementaria*, que la ley otorga a ambas cámaras del Congreso Nacional con la finalidad de recibir de parte de los órganos de la administración del Estado la información necesaria para el ejercicio de su función principal y común, esto es, redactar leyes<sup>31</sup>. Ello ilustra el error conceptual que subyace al planteamiento de *Banco Estado con Fisco* y los otros casos similares, donde nuestros tribunales se han engañado con la falsa *antinomia* que existiría entre la Ley del Congreso y las respectivas leyes orgánicas de las empresas del Estado. Según lo expuesto, un ejercicio de razonamiento sistemático sobre la base del criterio hermenéutico de *distribución de la competencia*, debe llevar a concluir que no puede existir *antinomia* entre las reglas legales referidas. En efecto, los requerimientos de información por parte del Congreso Nacional constituyen atribuciones *complementarias* a su función legislativa, cuyo ejercicio jamás puede entrar *materialmente* en

<sup>30</sup> Para un análisis del contenido y fundamento de estas reformas, CORDERO, Eduardo (2005): **La facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados**, en ZÚÑIGA, Francisco (cord.), *Reforma Constitucional*, Santiago, LexisNexis, pp. 507-526. Literalmente, el acuerdo del Senado fue “precisar que la función fiscalizadora corresponde a la Cámara y no a sus miembros individualmente considerados”, como consecuencia de la irregularidad con que ejercían esas atribuciones algunos diputados. A modo ejemplar, el Senador Viera-Gallo manifestó que “actualmente este aspecto se esquivo mediante la práctica de que cualquier Diputado solicite al Gobierno antecedentes a través de la Oficina de Informaciones de la Cámara de Diputados, práctica que ha sido validada por la Contraloría General de la República. Si la petición no es satisfecha, se aplica la disposición que sanciona al organismo público (...) con lo cual la norma constitucional se torna letra muerta”, Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en Boletín 2526-07, p. 420.

<sup>31</sup> Cabe destacar que esta precisión ya había sido realizada por nuestra doctrina y también por la propia CGR, ver NOGUEIRA, Humberto (1997): **El control parlamentario en Chile**, en 202 *Revista de Derecho*, pp. 205-206; y, CORDERO, Luis (2007): *El Control de la Administración del Estado*, Santiago, Editorial LexisNexis, pp. 142-145. Enseguida, la propia CGR resolvió que “constituye un error la alegación de la demandante en el sentido de que los artículos 9 y 10 de la Ley 18.918 estarían relacionadas con las atribuciones fiscalizadoras de la Cámara de Diputados, contempladas en el artículo 48 N°1 de la Carta Fundamental. Lo expuesto ya que, por una parte, la facultad regulada en aquellos se concede igualmente tanto a la señalada Cámara como al senado y, por otra, el legislador al conferirla no la vinculo al indicado precepto de la ley suprema”, Dictamen N°18.873/99.

conflicto con la competencia de fiscalización *exclusiva* que las leyes orgánicas de cada empresa pública entregan a distintas superintendencias.

Como se aprecia, la función que de nuestros tribunales en *Banco Estado con Fisco* y otros casos similares era bastante sencilla, debían limitarse a comprobar que la información solicitada tuviera por finalidad *complementar* una iniciativa legislativa, y en caso que así no fuera, exigir que las facultades de *fiscalización* fueran ejercidas respetando los quórum y procedimientos establecidos en la Constitución Política. Sin embargo, el error de considerar el artículo 9 de la Ley del Congreso como una forma de fiscalización, llevó su análisis por un callejón sin salida donde era *todo o nada*: admitían el ejercicio de atribuciones de fiscalización por parte de diputados y senadores individualmente considerados, o bien, eximían a las empresas del Estado de cualquier tipo de fiscalización parlamentaria. Como resulta difícil creer que distintos tribunales letrados hayan pasado por alto las graves deficiencias hermenéuticas de *Banco Estado con Fisco*, la única explicación razonable para su actitud frente a estos casos, es que adoptaron una decisión políticamente afirmativa. Al verse forzados por la opción disyuntiva de una falsa *antinomia*, nuestros jueces simplemente se dejaron seducir por el embrujo de la *transparencia* y eligieron la alternativa de mayor fiscalización. Sin embargo, el equilibrio que subyace en el diseño institucional de los mecanismos de control de cada empresa pública, exigía un esfuerzo mayor por encontrar una interpretación políticamente neutra.

#### §4. La importancia del equilibrio

En términos generales, las empresas del Estado están sujetas a los mismos mecanismos de fiscalización que las empresas privadas respecto del cumplimiento de la legislación general que regula los distintos aspectos de una actividad económica, como sucede en materia ambiental, laboral o tributaria. No obstante, un aspecto distintivo de las empresas del Estado es que también se encuentran sometidas a mecanismos de fiscalización adicionales respecto su gestión y administración financiera<sup>32</sup>. Cuando los distintos mecanismos para controlar la gestión y administración financiera de una empresa del Estado están entregados a un solo órgano de fiscalización, suele hablarse un sistema de control *unitario* o *concentrado*. En contraste, cuando los mecanismos de control de gestión y administración financiera están entregados a distintos órganos de fiscalización bajo competencias concurrentes sobre la misma empresa del Estado, suele hablarse de un sistema de control *múltiple* o *difuso*<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Ello, como parte del denominado *núcleo público* de las empresas del estado, ver PIERRY, Pedro (1985): **Algunos aspectos de la actividad empresarial del Estado**, 37-38 *Revista de Derecho Público*, pp. 233-239.

<sup>33</sup> DEVOLVÉ (1998), pp. 736-746. Un excelente análisis crítico sobre la distinción entre sistemas de controles concentrados y difusos en nuestro derecho, aunque respecto del control de constitucionalidad, en RUIZ-TAGLE, Pablo (1998): **Control constitucional concentrado y difuso: el uso de una dicotomía ruinoso**, en 61 *Revista de Derecho Público*, pp.81-95.

En Chile, el diseño de los mecanismos de fiscalización respecto de la gestión y administración financiera de las empresas del Estado responde a un sistema de control *difuso*, donde intervienen organismos políticos y técnicos del Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo a través de las facultades de fiscalización de la Cámara de Diputados, y la CGR como órgano constitucionalmente autónomo<sup>34</sup>. Sobre el particular, la experiencia comparada demuestra que uno de los principales riesgos de los sistemas de control *difusos*, es generar ámbitos de competencia *superpuestos*<sup>35</sup>. Por el lado del órgano fiscalizador, la superposición de mecanismos de control significa multiplicar el gasto en burocracia, sin conseguir un aumento proporcional en el grado de *transparencia*<sup>36</sup>. Por el lado de la empresa fiscalizada, controles superpuestos no solamente se traducen en ineficiencias de costos, sino también en situaciones donde puede resultar imposible cumplir con todos los mecanismos de control simultáneamente<sup>37</sup>.

Frente a controversias sobre la extensión de las distintas competencias concurrentes, la función de los tribunales debe ser la de interpretar las reglas aplicables en términos sistemáticos, con el objetivo de intentar delimitar claramente los ámbitos de competencia que corresponden a cada órgano de fiscalización. Para ello, resulta fundamental valorar la decisión de política pública que subyace en la distribución *material* de competencias que realiza la ley. Cuando el legislador atribuye competencia a un órgano fiscalizador con *efecto exclusivo*, resulta razonable suponer que lo hizo después de ponderar los costos y beneficios asociados a las distintas alternativas de control, fundando así su decisión en la inconveniencia de superponer las competencias materiales sobre una empresa del Estado determinada. Enseguida, incluso cuando la competencia *material* de los órganos fiscalizadores se encuentra claramente delimitada, un sistema de control *difuso* supone siempre la concurrencia de distintos órganos con intereses muchas veces contrapuestos<sup>38</sup>.

Así por ejemplo, mientras la fiscalización parlamentaria suele exigir a las empresas del Estado que demuestren un uso eficiente de sus recursos, la *supervigilancia* o *tutela*

<sup>34</sup> ZÚÑIGA (2002), pp. 363-373

<sup>35</sup> Al igual que el sistema chileno, en Francia las empresas públicas están sujetas a un sistema de control donde concurren el Poder Ejecutivo a través de organismos políticos y técnicos, el Poder Legislativo a través de Comisiones de Fiscalización, y un órgano contralor autónomo. Una revisión crítica del sistema francés de control *difuso* sobre las empresas del Estado, en NORA, Simon (1967): *Rapport sur les entreprises publiques*, Paris, La Documentation Française, pp. 39-41.

<sup>36</sup> De hecho, el grado de transparencia típicamente disminuye con la incorporación de una competencia de fiscalización superpuesta. Ello, debido a que la superposición diluye la responsabilidad individual de cada órgano y aumenta la *apatía racional* con naturalmente que actúan los órganos públicos. De este modo, la superposición de competencias no solamente asigna de manera ineficiente los recursos, sino que genera incentivos para que cada órgano de fiscalización se mantenga pasivo o despliegue un menor esfuerzo, esperando a que alguno de los restantes fiscalizadores tome la iniciativa o sea más estricto. Una interesante aproximación a los sistemas de control de las empresas públicas, desde un enfoque de problema de agencia, en CRAMPES, Claude (1986): **Des instruments pour le controle des entreprises publiques**, en 37 *Revue Économique* 5, pp. 757-782.

<sup>37</sup> Un caso dramático se produjo respecto de la Empresa de Ferrocarriles del Estado ("EFE"), cuyo Gerente General fue sancionado por incumplir un requerimiento de información de la SVS, en circunstancias que estaba legalmente impedido de entregar los antecedentes, por encontrarse éstos bajo reserva en un expediente de sumario administrativo ante la CGR, ver Resolución Exenta de la SVS N°480, de 31 de Octubre de 2007.

<sup>38</sup> DU MARAIS, Bertrand (2004): *Droit public de la régulation économique*, Paris, Sciences Po/Dalloz, p. 301.

del gobierno puede estar dispuesta a sacrificar márgenes de rentabilidad empresarial, con fin de obtener un beneficio social determinado<sup>39</sup>. En cierta medida, este tipo de *divergencia* de intereses constituye una característica inherente a los sistemas de control *difusos* y las empresas del Estado deben encontrar la manera de sobreponerse a estas circunstancias. No obstante, el problema puede escalar exponencialmente en caso que la divergencia de intereses se replique al interior de cada órgano fiscalizador. Para evitar que este universo de intereses contrapuestos paralice el proceso de toma de decisiones de la empresa, el legislador generalmente establece *procedimientos* reglados para el ejercicio de las competencias de fiscalización. El objetivo de estos *procedimientos*, es precisamente mitigar la divergencia de intereses al interior de cada órgano fiscalizador y alinearlos detrás de un propósito común<sup>40</sup>.

Tratándose de la competencia de la Cámara de Diputados para fiscalizar a las empresas del Estado, el *procedimiento* se encuentra establecido en el artículo 52 N°1 de la Constitución Política. Según se expuso, este procedimiento busca filtrar los intereses particulares de los diputados individualmente considerados, exigiendo un quórum mínimo que asegure la legitimidad del interés por fiscalizar una empresa del Estado. Nuevamente, detrás de estas reglas subyace una decisión de política pública que nuestros tribunales están obligados a respetar: solamente existe un interés que justifique socavar la *autonomía* de una empresa del Estado, cuando una parte representativa del órgano de fiscalización está de acuerdo con ejercer sus potestades de *control*. En *Banco Estado con Fisco* y los otros casos similares, el embrujo de la *transparencia* llevó a nuestros tribunales a confundir el todo con la parte, soslayando que los diputados y senadores carecen de facultades individuales para fiscalizar a las empresas del Estado y que solamente un grupo representativo del cuerpo colegiado al que pertenecen, tiene legitimidad suficiente para que su interés sea considerado dentro del gobierno corporativo de la compañía.

Como se aprecia, un análisis sistemático de los mecanismos de fiscalización de las empresas de Estado supone comprender que su regulación se sostiene sobre un equilibrio entre *control* y *autonomía*, o si se quiere, entre *transparencia* y *opacidad*. Atendido que este equilibrio se expresa en las condiciones materiales y procedimentales para el ejercicio de las competencias de fiscalización, el compromiso ideológico con cualquiera de los extremos del equilibrio, no puede constituir una razón suficiente para romperlo. De este modo, lo que representan *Banco Estado con Fisco* y la tendencia judicial que

<sup>39</sup> HORN, Murray (1995): *The political economy of public administration*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 135-139. Aunque no se trataba propiamente de empresas públicas, está dinámica de intereses divergentes entre el congreso y el gobierno pudo apreciarse claramente durante la puesta en marcha del nuevo plan del transporte público de Santiago, ver MARDONES, Rodrigo (2008): **Chile. Transantiago recargado**, en 28 *Revista de Ciencia Política*, pp. 109-113.

<sup>40</sup> En general, cualquier tipo de organización empresarial donde concurren intereses divergentes contempla *procedimientos* de legitimación que filtran los intereses particulares de los distintos interesados y buscan evitar conductas oportunistas, BAINBRIDGE (2008), pp. 228-232. Así por ejemplo, los accionistas de una sociedad anónima deben alcanzar la mayoría de votos en la junta para destituir al directorio y representar al menos un 5% del capital social para perseguir los ilícitos de sus integrantes, ver ALCALDE, Enrique (2007): *La Sociedad Anónima*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, pp. 86-88.

lo precede, es la validación de una desviación de poder por parte de un conjunto de diputados y senadores, que derechamente utilizaron sus poderes públicos más allá de las condiciones fijadas para su ejercicio. En el fondo, como nuestros tribunales carecen de la legitimidad democrática para desafiar las decisiones de política pública que subyacen en el diseño del sistema de *control* de una empresa del Estado, razones de antiguo linaje exigen que nuestro poder judicial deba mantenerse como el poder nulo del que hablaba MONTESQUIEU, sin atribuciones para moderar la fuerza o el rigor de las leyes<sup>41</sup>.

## §5. El sistema de control sobre Banco Estado

Pese al *efecto exclusivo* de la competencia de fiscalización que el artículo 1 de la Ley de Banco Estado entrega a la SBIF, Banco Estado también se encuentra también sujeto a un sistema de control *difuso* respecto de su gestión y administración financiera. Lo anterior, considerando que el propio artículo 2 de su Ley Orgánica admite la fiscalización *concurrente* siempre que las respectivas reglas atributivas de competencia mencionen expresamente a Banco Estado. Como se aprecia, la finalidad de esta disposición es exigir que cualquier nueva competencia de fiscalización sobre Banco Estado, venga precedida de una ponderación específica de los costos y beneficios que implicaría su aplicación. Siguiendo este criterio, el primer órgano que tiene competencias de fiscalización concurrentes sobre Banco Estado es el Ministerio de Hacienda, debido la relación de *tutela* o *supervigilancia* con que el artículo 1 de la Ley de Banco Estado configura su descentralización funcional. El ámbito *material* para el ejercicio de estas atribuciones de control, incluyen asesorar al Presidente de la República para designar o remover a los directores de su exclusiva confianza, además de velar por la implementación de los planes y programas establecidos por el referido ministerio en el ámbito bancario<sup>42</sup>.

En segundo lugar, Banco Estado también se encuentra sujeto a la competencia de fiscalización que tiene la CGR sobre las empresas del Estado, en virtud del artículo 16 de su ley orgánica. En efecto, la disposición legal referida establece expresamente que la fiscalización de la CGR puede ejercerse “*sin perjuicio del control que ejerce la Superintendencia de Bancos sobre (...) el Banco del Estado*”. En este caso, el ámbito *material* para el ejercicio de estas atribuciones configura una forma de control sobre los aspectos financieros y contables relacionados con la debida administración de los

<sup>41</sup> MONTESQUIEU, Charles (1821): *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Casa de Rosa, p. 251. Acerca de esta recurrente necesidad de recordarle a nuestros jueces las ideas ilustradas sobre la función que deben cumplir los tribunales de justicia, ATRIA, Fernando (2004): **Jurisdicción e Independencia Judicial: el poder judicial como poder nulo**, en 5 Revista de Estudios de la Justicia, pp. 119-141; y, CORREA, Rodrigo (2004): **Poder judicial y democracia: a rescatar el espíritu del espíritu**, en SELA: *Los límites de la democracia*, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 339-347.

<sup>42</sup> Acerca de los controles de *tutela* o *supervigilancia* que ejercen los Ministerios sobre los servicios descentralizados de su dependencia, SILVA CIMMA (1994), p. 183; y, FERRADA, Juan Carlos y BORDALÍ, Andrés (2008): **La evolución del sistema chileno de control de la administración del Estado: desde el control político y administrativo al control judicial**, en *Estudios de Justicia Administrativa*, Santiago, Editorial LexisNexis, pp. 9-11.

fondos públicos, junto con la de realizar también un control sobre la juridicidad de sus operaciones<sup>43</sup>. Finalmente, la Cámara de Diputados tiene competencias concurrentes sobre Banco Estado en virtud del artículo 52 N°1 de la Constitución Política. A diferencia de los casos anteriores, esta regla atributiva de competencia no cumple la condición de mencionar explícitamente a Banco Estado. No obstante, debe igualmente entenderse concurrente como consecuencia de la jerarquía normativa superior que tiene una disposición constitucional.

Tratándose del ámbito *material* de la fiscalización parlamentaria, éste incluye revisar generalmente todas las operaciones de la compañía<sup>44</sup>. Sin embargo, corresponde precisar que la fiscalización parlamentaria sólo puede ser ejercida directamente sobre Banco Estado, a través del mecanismo de las comisiones especiales investigadoras establecidas en el artículo 52 N°1 letra c) de la Constitución Política. En efecto, solamente bajo esta modalidad de procedimiento se incluye como sujeto pasivo al personal dependiente de las empresas del Estado. En el caso de los restantes mecanismos de fiscalización parlamentaria, el sujeto pasivo solamente puede ser el Presidente de la República o el Ministro que corresponda. Por ello, estos mecanismos de fiscalización parlamentaria respecto de Banco Estado, tendrían que dirigirse directamente sobre el Ministro de Hacienda, en virtud de sus atribuciones de dirección sobre el respectivo sector y la consecuente responsabilidad política que le corresponde por sus resultados<sup>45</sup>. Si a todo lo anterior se agrega que la SBIF tiene un ámbito *material* de competencia que incluye fiscalizar el cumplimiento de la regulación sectorial de las empresas bancarias, las distintas competencias concurrentes sobre la gestión y administración financiera de Banco Estado podrían resumirse en el siguiente cuadro<sup>46</sup>:

<sup>43</sup> Un examen actualizado del contenido y forma de ejercicio de estas funciones en, CORDERO (2007), pp. 47-93.

<sup>44</sup> Sobre la fiscalización parlamentaria y sus modalidades de ejercicio, CORDERO (2007), pp. 126-153.

<sup>45</sup> Una persuasiva fundamentación sobre este punto en, FERRADA y BORDALÍ (2008), pp. 8-15.

<sup>46</sup> Esta propuesta de sistematización es simplemente una representación ilustrativa y no tiene pretensiones de exhaustividad. Entre otros mecanismos, prescinde del *control interno* de Banco Estado que se encarga a organismos como el Consejo Directivo (Ley de Banco Estado, artículo 11 letra f), el Comité Ejecutivo (Ley de Banco Estado, artículo 19 letra b) o el Contralor interno (Ley de Banco Estado, artículo 28). También prescinde del *control judicial* y de diversas formas de *control social*, como por ejemplo, los mecanismos de acceso a la información establecidos en el artículo 10 de la Ley sobre Acceso a la Información Pública. Para una exposición sistemática de del *control social y judicial* sobre los órganos de la administración del Estado, ver CORDERO (2007), pp. 41-45 y 153-175.

<i>Objeto</i> <i>Finalidad</i>	<i>Gestión</i>	<i>Administración Financiera</i>
<i>Mérito</i>	MINISTERIO DE HACIENDA (Ley de Banco Estado, art. 1°)	CÁMARA DE DIPUTADOS (Constitución Política, art. 52 N°1)
<i>Procedimiento</i>	SBIF (Ley de Banco Estado, art. 1°)	CGR (Ley Orgánica CGR, art. 16)

Fig. 1 Distribución de competencias de fiscalización sobre Banco Estado

Bajo este enfoque, las competencias de control que concurren sobre Banco Estado podrían dividirse en dos grupos: mientras las competencias de control sobre la *gestión*, se relacionarían con las decisiones adoptadas por los directores y gerentes de este organismo; las competencias de control sobre la *administración financiera*, se relacionarían con la ejecución y registro contable de esas decisiones. A su vez, dentro de cada grupo existiría un mecanismo que controla el *mérito* de dichas decisiones y un mecanismo que controla el *procedimiento* con que las decisiones fueron adoptadas o ejecutadas. En este sentido, el control de *mérito* sobre la *gestión* de Banco Estado estaría a cargo del Ministerio de Hacienda mediante sus atribuciones para intervenir en el nombramiento y revocación de los directores y gerentes de Banco Estado. En contraste, la fiscalización parlamentaria sobre las empresas del Estado pareciera servir una finalidad instrumental respecto del procedimiento de acusación política contra los Ministros de Estado, de tal manera que se centraría en controlar el *mérito* de la *administración financiera* y detectar eventuales malversaciones de fondos públicos, antes que realizar un escrutinio sobre la calidad de las decisiones de negocios adoptadas por el directorio y la gerencia<sup>47</sup>.

Enseguida, la principal característica del control que realizan la SBIF y la CGR es que carecen de atribuciones para determinar si las decisiones adoptadas por Banco Estado fueron *buenas* o *malas*, o si estuvieron *bien* o *mal ejecutadas*, limitándose a verificar el cumplimiento de los *procedimientos* a que se encuentra sujeta esta empresa pública, en atención a su doble calidad de entidad financiera y órgano de la administración del Estado. Tratándose de la SBIF, el Título V de la Ley General de Bancos establece que la función principal de este organismo consiste en clasificar a las entidades financieras según su solvencia y gestión, estableciendo en su artículo 62 que las observaciones que realice la SBIF en ejercicio de sus atribuciones de fiscalización deben relacionarse con procedimientos de control interno, sistemas de información para toma de decisiones, seguimiento oportuno de los riesgos, clasificación privada de riesgos

<sup>47</sup> En este sentido, la reciente Comisión Investigadora para indagar las pérdidas de casi mil millones de dólares en la Empresa Nacional de Petróleos se centró en revisar sus registros contables, concluyendo con un informe favorable debido a que no habían irregularidades en la administración financiera de la empresa, ver Cámara de Diputados, Sesión Especial N°16, 9 de septiembre de 2009, pp. 13-113.

y capacidad para enfrentar escenarios de contingencia. Del mismo modo, aunque la CGR pareciera ser el principal órgano que fiscaliza a las empresas del Estado, su competencia tiene un carácter formal que se relaciona con verificar los procedimientos de asignación presupuestaria y revisar registros contables<sup>48</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que la distinción entre *gestión* y *administración financiera* es muchas veces difícil de sostener en la práctica. Así por ejemplo, los deberes de *supervigilancia* que tienen los Ministros de Estado sobre las empresas públicas, suelen extenderse también a la responsabilidad de velar por la debida *administración financiera* de la compañía. Del mismo modo, las atribuciones de la CGR le permiten pronunciarse sobre la juridicidad de decisiones que tienen que ver con la *gestión* de la empresa, como lo prueba su jurisprudencia reciente sobre las infracciones al principio de *especialidad del giro* cometidas en el marco del financiamiento del transporte público de Santiago<sup>49</sup>. Ahora bien, precisamente porque los ámbitos *materiales* de competencia tienen límites imprecisos, el análisis judicial de los distintos mecanismos de fiscalización sobre las empresas del Estado debe realizarse sobre ésta u otra matriz que agrupe sistemáticamente las distintas disposiciones legales aplicables. Sólo de esta manera, el ejercicio interpretativo que requiere resolver un caso concreto, evitará agravar los riesgos de *competencias superpuestas* y de *intereses contrapuestos* que generan naturalmente nuestro sistema de control *difuso*.

## § 6. Conclusión: lo que oculta la *transparencia*<sup>50</sup>

En las primeras líneas de este ensayo, hicimos referencia al movimiento crítico que lideraron dos ilustres profesores de la Universidad de Chicago durante la década de los ochenta, respecto de la dirección que había adoptado la doctrina norteamericana sobre la regulación del gobierno corporativo de las empresas privadas<sup>51</sup>. Esta crítica, se fundaba en la *falacia empírica* que implica presumir intenciones perversas en la administración de una compañía y en la *imprudencia normativa* que supone erosionar

<sup>48</sup> Ver, Corte de Santiago, 20 de diciembre del 2005, Rol N°8344-2005; Corte de Santiago, 8 de agosto del 2006, Rol N°531-2006; y, Corte de Santiago, 8 de agosto del 2006, Rol N°811-2006. Respecto de esta última sentencia, resulta especialmente expresivo los término con que la referida Corte señala: “el control de legalidad de los actos de la administración que la Contraloría realiza en uso de sus facultades constitucionales y legales, debe ser exclusivamente formal, sin que sea procedente que, ejerciendo dicho control, pueda entrar a hacer un nuevo estudio técnico sobre la materia, decidiendo como resolver un asunto que ya fue sometido a la decisión de los órganos especializados del Estado (...) No está amparado por la ley el hecho que el órgano contralor pueda entrar a calificar la legalidad de fondo de todos los asuntos que pasan por su revisión, pues ello lo transformaría, simplemente, en una especie de supra organismo que sería siempre la última voz sobre cualquier materia relativa a la administración”.

<sup>49</sup> Ver, Dictámenes N°38.432/2007 y N°29.309/2009.

<sup>50</sup> Esta sugerente frase corresponde al título del trabajo presentado por el profesor JOSÉ MIGUEL VALDIVIA en las VI Jornadas de Derecho Administrativo, que utilizamos con la expresa autorización de su autor.

<sup>51</sup> Tanto FRANK EASTERBROOK como DANIEL FISCHER son profesores de la Universidad de Chicago y han ocupado importantes cargos en esa institución, incluyendo la cátedra *Lee and Brena Freeman*, posiciones editoriales en la *University of Chicago Law Review*, y en el caso de este último, el decanato de su Escuela de Derecho.

el nivel autonomía con que toman decisiones. También desde la década de los ochenta, algunos de los principales discípulos nacionales de la escuela de pensamiento que representan EASTERBROOK y FISCHER, han criticado duramente el nivel de *transparencia* en las empresas públicas para exigir mecanismos de fiscalización más exigentes respecto de su gestión y administración financiera<sup>52</sup>. Sorprendentemente, esta otra crítica pareciera sostenerse en la misma *falacia empírica* que implica presumir un estado de corrupción permanente en las empresas públicas y en la misma *imprudencia normativa* que supone exigir incrementos en los mecanismos de control con la finalidad de erosionar su nivel de *autonomía*.

Como se aprecia, la contradicción entre ambas versiones contemporáneas de la Escuela de Chicago, resulta tan evidente como ideológica: mientras las empresas privadas requieren una regulación que incentive su eficiencia congénita, las empresas públicas merecen una regulación que acentúe su ineficiencia endémica. Aunque esta posición constituye una alternativa de política pública tan válida y respetable como cualquier otra, el lugar para discutir acerca de su conveniencia debe ser el Congreso y no los tribunales. En efecto, quienes enarbolan judicialmente las banderas de la *transparencia*, parecieran olvidar que las leyes actualmente vigentes no solamente reflejan una ponderación de los costos y beneficios que supone aumentar el grado de *control* sobre una empresa del Estado, sino también, el consenso alcanzado por nuestra comunidad con relación a las distintas alternativas de política pública que compiten imponerse en una democracia.

Tanto en *Banco Estado con Fisco*, como en los otros casos que forman parte de la tendencia judicial en comento, nuestros tribunales decidieron morder dicho anzuelo ideológico y empoderar con competencias para fiscalizar a las empresas del Estado a cualquier parlamentario individualmente considerado, olvidando de manera inexplicable, los criterios hermenéuticos que protegían el equilibrio entre *control* y *autonomía* establecido por las leyes vigentes. El problema añadido, es que esta fiscalización individual de diputados y senadores permite evadir un procedimiento de legitimación cuya importancia había demostrado sobradamente nuestra historia política reciente. En este sentido, el Congreso Nacional cumplió un rol decisivo en la reestructuración de CODELCO que siguió al célebre fraude cometido por Juan Pablo Dávila durante 1994, generando una dramática reducción de costos y la salida de siete mil trabajadores redundantes. Así también, el nombramiento de un directorio de consenso luego del escándalo producido por las indemnizaciones de altos ejecutivos de Correos de Chile, no sólo permitió revertir la tendencia financiera negativa de la compañía, sino que su proceso de modernización fue premiado con el World Mail Award en el año 2005<sup>53</sup>. Sin embargo, ninguno de estos avances se produjo debido a la cruzada en solitario de

<sup>52</sup> Así por ejemplo, LARROULET, Cristián (1984): **Reflexiones en torno al Estado empresario en Chile**, en 14 *Revista Estudios Públicos*, pp. 129-151; y, KAST, Miguel (1984): **Relaciones de la política económica con la administración del Estado de Chile. El Estado empresario y el principio de subsidiariedad**, en 13 *Revista Estudios Públicos*, pp. 211-228.

<sup>53</sup> Una revisión de ambos casos y su importancia política, en WAISSBLUTH, Mario (2006): **La Reforma del Estado en Chile 1990-2005**, en *Revista Public*, pp. 51 y ss.

algún diputado o senador, sino al contrario, fueron consecuencia de procesos políticos con un grado de legitimidad similar al que busca garantizar el artículo 52 N°1 de la Constitución Política.

Afortunadamente, las posibles consecuencias de la tendencia judicial que representa *Banco Estado con Fisco*, debieran verse limitadas en el futuro cercano. Para empezar, la claridad con que la reforma constitucional del 2005 fustiga la desviación de poder que supone un ejercicio individual de la fiscalización parlamentaria, debería contribuir significativamente a disciplinar a nuestros diputados y senadores en torno al procedimiento de legitimación contemplado en el artículo 52 N°1 de la Constitución Política, limitando así los requerimientos de información a las empresas del Estado fundados en el artículo 9 de la Ley del Congreso, respecto de aquellos casos donde efectivamente se necesite de su intervención para aportar antecedentes en iniciativas legislativas concretas. En este sentido, una tarea pendiente del Poder Legislativo para remediar el problema que algunos de sus miembros ayudaron a crear, consiste en modificar las disposiciones de los Reglamentos de la Cámara de Diputados y del Senado que hicieron operativo este mecanismo de requerimientos individuales de información como una supuesta forma de fiscalización parlamentaria<sup>54</sup>.

En cualquier caso, incluso si los diputados y senadores perseveran en el ejercicio individual de la fiscalización parlamentaria, la claridad con que el constituyente dejó constancia de su intención en la reforma del 2005, por lo menos debería entregar a las empresas del Estado un nuevo recurso para defender los procedimientos de legitimación que protegen el equilibrio de su diseño institucional, esta vez, ante el Tribunal Constitucional. Sobre el particular, nada garantiza que este otro tribunal consiga evitar el encierro conceptual de la falsa *antinomia*, pero la sensibilidad histórica que suele predicarse respecto de la jurisdicción constitucional debería hacerla más receptiva con un argumento que, en el fondo, busca corregir abusos similares a los que caracterizaron la época del *parlamentarismo*<sup>55</sup>. En contraste, resulta difícil anticipar el valor que tendrá *Banco Estado con Fisco* como precedente, especialmente respecto de los casos que está produciendo la implementación del régimen de *transparencia activa* a las empresas del Estado<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Ver, artículos 293 del Reglamento de la Cámara de Diputados y 39 del Reglamento del Senado, este último en relación con el artículo 105 del mismo cuerpo normativo. En este sentido, el Congreso está discutiendo actualmente una modificación a la Ley del Congreso con el fin de ajustar sus disposiciones a las reformas constitucionales del 2005, ver Boletín N°3962-07. El último informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados incluyó el artículo 9 de la Ley del Congreso dentro de las disposiciones que serán materia de Comisión Mixta, precisamente para establecer claramente que la referida atribución de requerir información no permite el ejercicio de fiscalización parlamentaria.

<sup>55</sup> En efecto, la exigencia de un quórum mínimo para solicitar antecedentes al Gobierno fue incorporada por la *Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, como una reacción contra el desprestigio derivado de los 'excesos en la materia' a que había llevado el artículo 173 del antiguo Reglamento de la Cámara de Diputados, donde se consagraba la posibilidad de un ejercicio individual de la fiscalización parlamentaria, NAVARRO (1991), p. 81.

<sup>56</sup> Recientemente, la Empresa Periodística La Nación S.A., mediante Oficio N°150 del 19 de junio de 2009, y TVN, mediante Decisión Reclamo N°12-09, fueron requeridos por el Consejo para la Transparencia con el objeto de exigirles la publicación de las remuneraciones de ciertos gerentes y directores. Según han anunciado, ambas empresas someterán dicha decisión a la justicia ordinaria.

Por otra parte, el activismo legislativo motivado por la tendencia judicial de *Banco Estado con Fisco* pareciera acercarse a un momento oportuno para tomar definiciones: por un lado, existe una moción legislativa para extender a las empresas del Estado el régimen de *transparencia pasiva*<sup>57</sup>; por otro, el Ejecutivo plantea que la mejor estrategia para regular a las empresas del Estado consiste en reformar sus reglas de gobiernos corporativos<sup>58</sup>. Aunque la discusión de estos tópicos escapa a la ambición y fines de este breve ensayo, nuestra limitada investigación reveló dos aspectos a tener en cuenta. En primer lugar, el régimen de *transparencia pasiva* excede con creces los estándares internacionales para empresas del Estado, con el riesgo adicional de que potenciales competidores y futuras contrapartes podrían abusar del mecanismo para acceder a información estratégica de la compañía<sup>59</sup>. Al contrario, la estrategia del Ejecutivo en orden a enfrentar las deficiencias de gestión en las empresas del Estado mediante reformas a sus reglas de gobierno corporativo, pareciera apuntar en la dirección correcta.

Por lo menos en teoría, mientras los mecanismos de *fiscalización* siempre actúan *repre-sivamente* respecto de decisiones adoptadas con anterioridad, alterar la composición de los órganos que adoptan esas decisiones, permitiría atacar el problema *preventivamente* y conseguir los mismos objetivos sin sacrificar el nivel de *autonomía*. En este sentido, la decisión de excluir a los Ministros de Estado de los directorios de las empresas públicas, constituye uno de los aspectos que la experiencia comparada considera determinantes para incentivar la *autonomía* en la gestión y evitar que estos organismos sean instrumentalizados para conseguir objetivos *no comerciales*<sup>60</sup>. No obstante, la discusión legislativa pareciera haberse estancado en un callejón sin salida donde nuevamente es *todo o nada*: los directorios de las empresas del Estado deben representar un consenso *político*, en cuyo caso el nombramiento sus miembros correspondería al Senado; o bien, estos órganos deliberativos deberían privilegiar un enfoque *técnico*, en cuyo caso el nombramiento correspondería al Consejo de la Alta Dirección Pública.

Frente a ello, la primera enseñanza que deja el activismo legislativo que motivado por *Banco Estado con Fisco* y otros casos similares, es que un razonamiento de *lege ferenda* exige evitar la retórica disyuntiva de la *transparencia* y pensar en términos más flexibles. Así por ejemplo, la salida a este encierro conceptual podría lograrse aumentando el número de directores, de manera que puedan integrarse tanto directores de consenso *político* como directores con enfoque *técnico*. No obstante, un objetivo similar también podría alcanzarse aplicando ambos mecanismos de selección sucesivamente,

<sup>57</sup> Ver, *Supra* nota 21 y 22.

<sup>58</sup> Ver, Boletín N°5840-05. Respecto al gobierno corporativo de CODELCO, ver Boletín N°4901-08.

<sup>59</sup> Sobre el estándar internacional en esta material, ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (2005): *Corporate Governance of State-owned Enterprises: A survey of OECD Countries*, Paris, OECD Publishing, pp. 41-46.

<sup>60</sup> ROBSON, WA (1971): **Ministerial Control of the Nationalized Industries**, en FRIEDMANN, Wolfgang y GARNER, JF, *Government enterprise, a comparative study*, Nueva York, Columbia University Press, pp. 79-82. En un sentido similar, la eliminación de la carga pública que obliga a que CODELCO contribuya con el financiamiento de las Fuerzas Armadas, apunta a eliminar esos fines *no comerciales* que introducen distorsiones en el gobierno de la compañía, ver Boletín N°6701-02. Para una referencia a las dificultades que generan estos objetivos *no comerciales* en el gobierno corporativo de una empresa pública, ver *Supra* nota 38.

restringiendo la votación del Senado respecto de una lista limitada de candidatos que presente el Consejo de la Alta Dirección Pública. Más allá de este caso en particular, lo importante es tener en cuenta que los conceptos de *control* y *autonomía*, o si se quiere, de *transparencia* y *opacidad*, constituyen ideales relativos que carecen de sentido si no se valoran conjuntamente con su contraconcepto. Por esta razón, *más* no necesariamente será sinónimo de *mejor*, pues la búsqueda de una regulación equilibrada requiere, antes que una apología desde el púlpito de la *transparencia* o de la *autonomía*, una ponderación en concreto de los costos y beneficios asociados a cada mecanismo de fiscalización.

En contraste, la segunda enseñanza que deja este grupo de juicios, es que el razonamiento de *lege lata* acerca de los sistemas de control de las empresas del Estado requiere un mayor apego a las leyes vigentes. Detrás de los criterios hermenéuticos para resolver una antinomia, muchas veces subyace una preferencia de política pública respecto de la regla que el intérprete considera deseable mantener vigente. Sin embargo, las preferencias políticas de los jueces no están sometidas a la confrontación democrática que caracteriza el debate legislativo, ni tampoco, hacen explícitos los argumentos que los llevan a concluir que las consecuencias de su elección significaran un mejor sistema de control. Por esta razón, una auto comprensión de nuestros tribunales como poder nulo, supone recordar que la orientación inicial de los distintos criterios hermenéuticos es siempre realizar un principio de *in dubio pro lege* y motivar un esfuerzo sincero por encontrar una interpretación armónica que conserve las decisiones de política pública reflejadas en las leyes vigentes.