



**Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Depto. de Derecho Internacional**

**GOBIERNO CORPORATIVO EN EMPRESAS
ESTATALES CHILENAS Y NORMAS DE LA OECD -
CODELCO Y METRO.**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Autor: MARCO ANTONIO CIFUENTES DURÁN
Profesor Guía: Edgardo Riveros Marín

Santiago de Chile
2013

Índice

Índice	ii
Agradecimientos	iii
Resumen	iv
Introducción	1
Capítulo 1: Directrices de Gobierno Corporativo para Empresas Estatales en la OECD	10
1. Marco Jurídico y Regulatorio Efectivo para Empresas Públicas	15
2. La Actuación del Estado como Propietario	22
3. Tratamiento Equitativo de los Accionistas	30
4. Las Relaciones con Partes Interesadas	36
5. Transparencia y Divulgación	43
6. Las Responsabilidades de los Directorios	52
Capítulo 2: El Caso Chileno	63
1. Evolución Histórica	63
2. Tratamiento Jurídico	65
2.1.- Ley 20285 de Acceso a la Información Pública	79
2.2.- Ley 20393, Establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los Delitos de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Delitos de Cohecho que Indica	86
3. CODELCO Chile	97
4. Metro S.A.	108
Capítulo 3: Perspectivas Comparadas	113
1. RATP Group (Francia)	114
2. Solid Energy (Nueva Zelanda)	119
3. Minmetals y la experiencia china	123
Conclusiones	129
Bibliografía	138

Agradecimientos

A mi profesor guía Edgardo Riveros, a mi familia y amigos por el apoyo incondicional, y a la Universidad de Chile.

Resumen

El siguiente texto tiene por objeto la exposición de las directrices y principios para el gobierno corporativo de empresas estatales que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico ha elaborado durante la última década, sistematizando y unificando lo que han sido años de discusión teórica. Conocer y comprender estas directrices y principios es relevante, no sólo por motivos académicos, sino por el papel que jugaron en las exigencias que dicho organismo internacional impuso a nuestro país para formar parte de él. Esta importancia radica en la influencia que las directrices y principios tuvieron en las modificaciones que se realizaron a la normativa sobre gobiernos corporativos de nuestro país, principalmente a la Ley de Sociedades Anónimas -estructura empresarial bajo la cual se organizan muchas de las empresas estatales nacionales-, y a la modificación del Estatuto Orgánico de CODELCO, la mayor empresa pública del país y una de las compañías mineras más grandes e importantes a nivel mundial, lo que significó una de las mayores reformas realizadas con el objeto de ingresar a la OCDE.

De esta forma, este trabajo se enfoca en las empresas estatales para presentar la normativa que la OCDE ha elaborado en la materia, además de analizar el estado en que se encuentra el gobierno corporativo de empresas públicas en nuestro país, enfocándose en dos de ellas que presentan un buen caso de estudio por la forma en que están estructuradas

empresarialmente, así como por las modificaciones al ordenamiento jurídico nacional que las afectaron recientemente.

Adicionalmente se analizarán experiencias internacionales tanto de países miembros de la OCDE (Francia y Nueva Zelanda), como otros que son candidatos a ingresar al organismo (China), para realizar una comparación relativa a la adopción y observancia de las directrices y principios sobre gobierno corporativo de empresas estatales en el derecho comparado, lo que permitirá generar un panorama esclarecedor respecto a la situación de nuestro país en el panorama internacional.

Introducción

A nivel internacional, cuando hablamos sobre empresas estatales a un porcentaje significativo de la gente se le vienen a la mente ciertos paradigmas relacionados con teorías económicas que no son las dominantes hoy en día (lo que, dicho sea de paso, no les resta validez). Al pensar en este tipo de compañías, se piensa por un lado en un gran aparataje en materia de infraestructura y todo lo que esto conlleva; al mismo tiempo que se ve como un complemento a la recaudación tributaria, a veces incluso más importante que la misma, para financiar las arcas fiscales. De la misma forma, muchos pensarán en ineficiencia económica, burocracia estatal y en como estos problemas pueden afectar una materia tan sensible como lo es el bienestar de una nación (bienestar en sentido amplio, no sólo económico).

Dejando de lado estas visiones, estereotípicas, o caricaturescas si se quiere, de lo que son las empresas estatales y su rol en la sociedad, es innegable que, a nivel de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE (u OECD por sus siglas en inglés - "*Organisation for Economic Co-operation and Development*"-)¹, este tipo de empresas aún juega un rol importante, no sólo por el papel histórico que las mismas han desempeñado en economías sociales de mercado, o que aún se rigen por la doctrina del Estado de Bienestar, sino también por ser

¹ Ambos términos -OCDE y OECD- son usados a lo largo de este trabajo de forma indistinta.

destacados actores económicos en las principales economías emergentes, muchas de las cuales son países miembros de este organismo; mientras que otras tienen el rol de países observadores, o que poseen participación plena en comités y en grupos de trabajo, pese a no ser Estados miembros del tratado. Así, países como Brasil, Rusia, India, China (el llamado grupo BRIC) o Sudáfrica poseen importantes empresas estatales, muchas de las cuales son grandes agentes económicos no sólo dentro de los respectivos mercados internos, sino también a nivel global, lo que se ve reflejado, por ejemplo, en el mercado de los combustibles y la generación y distribución de energía, con gigantescas empresas estatales como la rusa Gazprom (de propiedad mixta, donde el Estado Ruso es el accionista mayoritario), la brasileña Petrobras (también mixta con el Estado como accionista mayoritario), la saudí Saudi Aramco o las chinas CNPC (China National Petroleum Corporation) y Sinopec.

Es por esto que resulta importante el papel que las empresas estatales juegan en la economía nacional, no sólo por el rol histórico que muchas de ellas han jugado, sino por ser nuestro país miembro de la OCDE desde el año 2010.

Como bien lo sostiene el documento *“OECD Guidelines on Corporate Governance of State-owned Enterprises”* (traducido al español como *“Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas”*²), estamos ante una materia que hasta hace unos años, no tenía

² No bien se considera a las palabras "pública" y "estatal" como sinónimos para referirse a empresas donde el Estado es dueño u accionista mayoritario, es necesario aclarar que en

mayor tratamiento comparado, por lo cual existía una disparidad en la forma como se abordaba la regulación de empresas estatales en distintos países.

Por un lado, la OCDE busca ampliar la participación de capitales privados en ciertas empresas cuya propiedad es compartida entre el Estado y particulares, siendo el primero el accionista mayoritario o el socio principal, para asegurar que no existan discriminaciones económicas considerando el poder que puede llegar a tener el Estado, o el Fisco como agentes económicos. Es este último punto el que se trata de reasegurar cuando se trata de empresas cuyo único propietario es el Estado, y como estas se comportan como entes económicos, y la forma en que compiten en sus respectivos mercados.

En este sentido, la OCDE ha dado gran relevancia al establecimiento de estándares mínimos para el gobierno corporativo de las empresas estatales en sus países miembros en materias como transparencia en el actuar de las empresas, la toma de decisiones por parte de sus órganos directivos, tratamiento equitativo en casos en que el Estado comparta la propiedad con particulares, responsabilidad de los directorios, por nombrar algunos temas.

Esto es importante para Chile, no sólo por el aumento en eficiencia y competitividad en las empresas (tanto estatales, como privadas) que se obtienen como producto de una buena normativa de gobierno corporativo, y

distintos contextos esto no siempre es así. Por ejemplo, en la legislación estadounidense existe un tipo de empresas denominadas "públicas" (Public Companies), que no son estatales, sino que su "publicidad" viene dada por el hecho que transa sus valores en la bolsa, por tanto se encuentra abierta al público (se puede homologar en este sentido con las sociedades anónimas abiertas de la legislación chilena).

las buenas prácticas que, en consecuencia, deberían redundar dentro de las empresas, sino que, dada la importancia estratégica de Chile como socio comercial de grandes potencias, y el uso que se le da a nuestro país como puerta de entrada a un mercado con alcance continental, como es el Latinoamericano, se necesita, por una parte, demostrar solidez en las instituciones y la normativa que la rige; y por otro, otorgarle a los inversionistas extranjeros un marco normativo confiable y estable.

Siguiendo con el caso nacional, y más aún, para las 2 empresas estatales que serán motivo del análisis exhaustivo en este trabajo – CODELCO y Metro S.A.- nos encontramos con que ambas comparten regulación bajo el alero de dos cuerpos legales que fueron recientemente reformados por la Ley 20.382 de Octubre de 2009, que Introduce Perfeccionamientos a la Normativa que Regula los Gobiernos Corporativos de Empresas, con motivo de la admisión de Chile a la OECD: la Ley 18046, sobre Sociedades Anónimas, y la Ley 18045, sobre Mercado de Valores.

Así, la empresa de transporte de pasajeros se encuentra normada por este tipo societario, ya que su propiedad accionaria se divide, por regla general, entre 2 organismos estatales: la CORFO y el Fisco como tal.

Por su parte, CODELCO, pese a ser una Corporación, esto es, un tipo de persona jurídica que tradicionalmente no tiene fin de lucro, en la más reciente reforma que conllevó la dictación de su nuevo estatuto de gobierno corporativo, se ampara en disposiciones de la Ley de S.A. para que la rijan, tal es el caso, por ejemplo, de la responsabilidad de los miembros de su directorio, la cual se iguala al tratamiento que la ya mencionada Ley 18046

da a los directores de una S.A. Además, entre otras materias, se modifica la forma de elegir a quienes constituirán el directorio de la empresa, buscando mayor transparencia e independencia en relación con el gobierno de turno, mientras que también se busca incrementar la participación y representatividad de los estamentos internos de la empresa en la toma de decisiones.

Por lo expuesto anteriormente, queda demostrado que es una materia de capital relevancia, no sólo por la importancia y carácter estratégico que ambas empresas tienen para la economía nacional (especialmente la estatal cuprífera), sino el cómo se amoldan a lo recomendado por la OCDE, y para lograr el equilibrio entre mayor competitividad y productividad y, al mismo tiempo, no descuidar el carácter social que inherentemente tienen las empresas estatales, como mecanismo de redistribución de ingresos y bienestar social, mismo carácter que se ve acentuado en Chile, considerando el volumen de ingresos que aporta CODELCO a las arcas fiscales.

En efecto, como lo demuestra la siguiente tabla, elaborada el 2012 por CRU-Bloomberg, en relación con el mercado global de cobre, nuestra principal exportación, la gigante cuprífera estatal ocupa el primer lugar a nivel mundial en la producción del metal rojo.

**Tabla n° 1: 10 Mayores empresas productoras de Cobre a Nivel Mundial
2012**

Company	Production
1. Codelco	1,723
2. Freeport-McMoRan Copper & Gold Inc.	1,346
3. BHP Billiton Ltd.	1,054
4. Xstrata Plc	879
5. Grupo Mexico	651
6. Anglo American Plc	618
7. Southern Copper Corp.	593
8. Rio Tinto Group	555
9. Glencore International Plc	529
10. Antofagasta Plc	449

Fuente: CRU-Bloomberg. 10 Largest Copper Miners. 2012.

La situación expresada en esta tabla resulta ilustrativa por cuanto, de las diez empresas presentes en la tabla, que corresponden a las mayores productoras mundiales de cobre, una sola es una empresa estatal, justamente se trata de CODELCO. Testimonio de lo anterior es el siguiente gráfico, que ilustra la producción mundial de cobre, a nivel de mina, durante el año 2010, donde se puede ver el porcentaje de participación mundial que tiene nuestro país en dicho mercado.

Gráfico n° 1: Producción Mundial de Cobre Mina 2010.



Este último apoyo visual no hace más que reforzar la importancia que tienen las empresas estatales para nuestro país, y el por qué estas deben estar reguladas, de forma que su gobierno corporativo les permita alcanzar no sólo estándares de eficiencia y competitividad al mismo nivel, o incluso superior, que el sector privado, sino que además porque, dado su ya mencionado aporte a las arcas fiscales, son pilar fundamental de la toma de decisiones en materia de políticas públicas, determinándose como se reinvierte y redistribuye el ingreso en relación con aquel porcentaje de sus utilidades que se destina al presupuesto nacional.

De esta forma, lo que se busca con este trabajo no es solamente una exposición de lo que la OCDE dice en torno a la materia, sino que pretendo analizar el estado actual de la materia en Chile. En qué pie se encuentra nuestro país frente al estándar internacional al cual hemos adherido; cómo

se materializan de forma práctica dichos principios en nuestra legislación nacional; en qué se podría beneficiar la OCDE de la experiencia chilena.

Para esto, el trabajo se estructurará comenzando por entender en qué consiste el gobierno corporativo de una empresa, y comprendiendo los principios y directrices que la OCDE mantiene en la materia, no sólo para empresas estatales, sino para aquellas de propiedad privada también, ya que los principios que rigen a los dos tipos de empresas se pueden considerar como dos caras de una misma moneda, no estando en contraposición, sino que complementándose mutuamente.

Luego, se procederá a traer el tema al ámbito nacional, explicando brevemente la historia y evolución de las empresas estatales en nuestro país, para luego ver cómo se han adoptado estas directrices de la OCDE en la legislación interna, lo que resulta importante de comprender considerando el ingreso hace pocos años de Chile al organismo y, sopesar el funcionamiento de la legislación en la materia antes y después de ser país miembro de la OCDE.

Finalmente, y antes de proceder a las conclusiones, se comparará la situación chilena con aquella presente en empresas estatales, tanto de países miembros de la OCDE (para este caso, Francia y Nueva Zelanda), como el caso de China, lo cual resulta relevante, no sólo por tener el gigante asiático las empresas estatales más grandes del mundo, sino por ser un país que, si bien no es miembro de la OCDE, si actúa como observador, participando en variadas comisiones y grupos de trabajo del organismo internacional. En atención a lo anterior, para favorecer el análisis y los

parámetros de comparación, es que se ha optado por contrastar las empresas chilenas en que se enfocará este trabajo, con otras internacionales que se desempeñan en las mismas actividades económicas, a saber, minería y transportes.

Capítulo 1: Directrices de Gobierno Corporativo para Empresas

Estatales en la OECD

Antes de entrar en detalle con el análisis pormenorizado de las directrices cabe preguntarse ¿qué es el gobierno corporativo? El Centro de Gobierno para la Empresa de la Universidad Católica lo define -en un concepto que fue utilizado por el ejecutivo en su mensaje al Congreso para lo que sería la aprobación de la Ley 20382- como "el conjunto de instancias y prácticas institucionales, en el proceso de toma de decisiones de la empresa, que contribuyen a la creación sostenible de valor en un marco de transparencia y responsabilidad empresarial, alineando incentivos y promoviendo el respeto a los derechos de los accionistas y grupos de interés que participan directa o indirectamente".³

Lefort entrega una definición que, pese a su sencillez, es exitosa en englobar las características del concepto. Nos dice que "el gobierno corporativo consiste en el conjunto de relaciones que se establecen entre los diferentes participantes en la empresa con el fin de garantizar que cada uno reciba lo que es justo"⁴. Se desprende así de esta definición la existencia de una noción de justicia subyacente a la estructura empresarial, que la dota de una finalidad que propende hacia lo que entiende como "justo". Como

³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. 2009. Historia de la Ley N° 20382, Introduce Perfeccionamientos a la Normativa que regula los Gobiernos Corporativos de las Empresas.

⁴ LEFORT, F. 2003. Gobierno Corporativo: ¿Qué es? y ¿Cómo Andamos por Casa? En: Cuadernos de Economía, 40 (120). p. 208.

quedará claro tras visualizar las directrices y principios que la OCDE tiene en la materia, cada uno de ellos apunta hacia dicho objetivo, el que refleja la idea latente desde el derecho romano de *“dar a cada cual lo suyo”*.

En el ya mencionado documento del 2005 *“OECD Guidelines on Corporate Governance of State-owned Enterprises”*, el organismo internacional delimitó una serie de directrices que, según su criterio, deben seguir los regímenes de gobierno corporativo de las empresas estatales pertenecientes a sus Estados miembros.

La elaboración de este documento por parte de este organismo resulta bastante conveniente, puesto que viene a llenar una laguna presente en los ordenamientos jurídicos de sus Estados miembros, cual es, otorgar al gobierno corporativo de empresas estatales un tratamiento doctrinario y con respaldo internacional y, a la vez, reviste una pretensión de uniformar criterios legislativos. Esto es importante no sólo desde el punto de vista teórico, sino también desde el práctico, puesto que en una economía cada vez más globalizada, contar con instituciones en distintas latitudes, pero basadas en los mismos principios, se ve como un medio para facilitar y promover la inversión y la concreción de mayores oportunidades de negocios, entre las propias empresas estatales, además de un incentivo (y una forma de protección), para los particulares que contraten o se asocien con ellas.

Adicionalmente, y como consecuencia de lo anterior, es que se genera lo que podríamos denominar como una externalidad positiva, tomando prestado un término económico, cual es, que "un adecuado

gobierno corporativo favorece el sistema financiero y el crecimiento económico."⁵ Aquí radica parte del interés que la OCDE tiene en la materia.

De esta forma, el organismo internacional publica seis directrices esenciales que deben incluirse en la regulación de las empresas estatales:

1. Cómo Garantizar un Marco Jurídico y Regulatorio Efectivo para Empresas Públicas
2. La Actuación del Estado como Propietario
3. Tratamiento Equitativo de los Accionistas
4. Las Relaciones con Partes Interesadas
5. Transparencia y Divulgación
6. Las Responsabilidades de los Directorios

Al desarrollar estas directrices, el ente internacional tuvo en consideración una serie de factores de tipo económico, socio-político, elementos de integración regional e internacional, instrumentos contables, etc., todos los cuales contribuyeron a uniformar experiencias y a tener presentes las diversas realidades tanto económicas como culturales, de modo tal que los principios enunciados no resultaran invasivos ni demasiado foráneos para las distintas economías nacionales, y para que estos pudieran ser acogidos sin que se presentasen mayores dificultades al respecto.

Además, es necesario mencionar, para una mayor comprensión del tema a tratar, que estas directrices se complementan y se encuentran en

⁵ *Ibíd.* p. 209.

armonía con los principios que la OCDE desarrollara para las empresas privadas o particulares, y que publicara el año 2004 en el texto "*OECD Principles of Corporate Governance*", pudiendo utilizarse nuevamente la acertada analogía que ambos textos son dos caras de una misma moneda. En efecto, las seis directrices para empresas estatales tienen su correlato con los principios presentes en el texto para empresas privadas, sistematizando y unificando la visión que la OCDE tiene en la materia, a la vez que presentan una visión ordenada de las "*reglas del juego*", tanto para los países miembros del organismo, como para aquellos aspirantes a ingresar al mismo. De la misma forma, resultan convenientes por cuanto ayudan a llenar algunas lagunas normativas que pudieran tener los Estados miembros, mediante principios y directrices que tienen un sustrato normativo y doctrinario común. De esta forma, no sólo se está generando confianza con instituciones que ya han sido "*probadas*" en países que se encuentran a la vanguardia de los avances del derecho, sino que también fortalece los vínculos de cooperación dentro de la organización, ya que esta uniformidad de criterios y principios facilita el intercambio comercial, y proporciona protección a los distintos agentes económicos.

Volviendo a los principios y lineamientos para empresas estatales y, como bien sostuviera Donald Johnston, ex-Secretario General de la OCDE en su prefacio al mencionado texto emanado de este organismo el 2005: "Basándose en la experiencia práctica, estas Directrices ofrecen propuestas

concretas sobre cómo solucionar estos dilemas⁶. Por ejemplo, proponen que el Estado debería ejercer sus funciones de propiedad a través de una entidad propietaria centralizada, o de unas entidades coordinadas de forma efectiva, que actuaran de forma independiente y con arreglo a una política de propiedad de dominio público. Las Directrices también proponen la estricta separación de las funciones de propiedad y regulatorias del Estado. Si se aplican debidamente, estas y las demás reformas recomendadas contribuirían de forma importante a garantizar el ejercicio profesional y responsable de la propiedad pública, y que el Estado desempeñe un papel importante en la mejora del gobierno corporativo en la totalidad de los sectores de nuestras economías. El resultado supondría la existencia de empresas más sanas, competitivas y transparentes.”⁷

A continuación, se procederá al análisis detallado, y por separado de cada una de estas directrices para empresas estatales, teniendo además en consideración el complemento que ofrecen los principios para empresas privadas.

⁶ Se refiere no sólo al equilibrio tratado en el párrafo anterior al momento de elaborar los principios que sirven como recomendación, sino a equilibrar las diversas funciones que debe cumplir el Estado, por ej., como dueño de sus empresas y ente regulador de los mercados donde estas pueden desempeñarse, entre otras situaciones que serán tratadas en párrafos posteriores.

⁷ OECD. 2011. Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas. Paris, OECD Publishing. pp. 3-4.

1. Marco Jurídico y Regulatorio Efectivo para Empresas Públicas

Al hablar de un marco jurídico y regulatorio efectivo, nos estamos refiriendo a la existencia dentro de los correspondientes ordenamientos jurídicos, de principios y normas que delimiten el accionar de las empresas estatales. Con esto se pretende que las empresas estatales compitan en igualdad de condiciones con el sector privado, en el sentido de impedir la interferencia del Estado en el funcionamiento de la empresa como un ente económico, partiendo desde elementos tan básicos como que las estatales no estén exentas del mismo tipo de regulación a la que se somete a los particulares en materias como lo son la tributación, la forma de competir con los demás agentes de mercado, etc.

Como bien sostiene la OECD, "Una clara división de las responsabilidades entre las autoridades, la simplificación de las estructuras jurídicas, unido a un marco regulatorio coherente y consistente contribuirá a la mejora del gobierno corporativo de las empresas públicas"⁸

Esta mencionada división de roles resulta importante por otro gran papel que juega el Estado en la mayoría de las economías, cual es, el de regulador de los mercados.

La OECD es particularmente recelosa de la dualidad de funciones que posee el Estado como agente económico, tanto como regulador de los mercados, como la de propietario de empresas que se desempeñan en los

⁸ Ibíd. p. 22.

mismos mercados que debe regular. Es por esto que se busca asegurar este marco jurídico y regulatorio, para evitar distorsiones que puedan afectar a los distintos mercados, así como a la libre competencia.

Para efectos explicativos, resulta útil analogar este principio con la disposición constitucional presente en el inciso 2°, numeral 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile, el cual establece:

“El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado.”⁹.

La disposición constitucional recientemente citada es ilustrativa del mecanismo que establece nuestro ordenamiento jurídico para que el Estado pueda actuar como empresario, cual es, el actuar previa autorización de una ley de quórum calificado, lo que es una exigencia superior a la ley común. Además, se fija a las empresas estatales el mismo régimen legal que a los particulares¹⁰, con la salvedad de ciertas situaciones, que puedan ser tanto necesarias como especiales, para el correcto desempeño de dicha empresa, lo cual cumple la exigencia de la directriz de la OCDE.

⁹ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Decreto Supremo 100: Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, 22 de septiembre de 2005.

¹⁰ Dicen al respecto las directrices: "los gobiernos deberían basarse en la medida lo posible en el marco legal que norma a las empresas privadas y evitar la creación de un régimen jurídico específico cuando esto no resulte absolutamente necesario para los objetivos de la empresa." Ob. Cit. OECD. 2011. p. 23.

Adicionalmente, el constituyente fija como requisito la ya mencionada ley de quórum calificado, para los casos que signifiquen excepciones al régimen común, los cuales deben encontrarse adecuadamente fundamentados.

Respecto al párrafo anterior, la OECD no se opone de plano a la existencia de posibles regímenes legales especiales para las empresas estatales, siempre que éstos se encuentren debidamente justificados, por ejemplo, para "reflejar objetivos o consideraciones societarias específicos, así como una protección especial concedida a ciertas partes interesadas"¹¹.

Se busca además en este punto que los marcos jurídicos regulen de forma adecuada las remuneraciones de ciertos funcionarios y trabajadores de las empresas, cuando estos fueran fijados por organismos especiales, o fueran dependientes de la administración del Estado.

También se comprende en este extenso punto la regulación especial para los casos en que las empresas estatales, o bien los mercados en los que se desempeñan, tengan restricciones tarifarias (como el ya mencionado caso de las empresas que prestan servicios públicos) o bien, donde exista fijación de precios. Además, se contemplan los casos donde las empresas estatales cumplen un rol industrializador o de expansión de la economía, comúnmente asociado a economías sociales de mercado, o para aquellos casos países donde existe el modelo de Estado de Bienestar¹², esto debido

¹¹ *Ibíd.*

¹² Remarcar la importancia que este punto tiene para nuestro país, especialmente de un punto de vista de análisis histórico, puesto que la génesis de muchas de las empresas estatales de este país -bien sea que estas aún se mantengan con este carácter, o que

a la posibilidad que tienen de "fácilmente provocar confusión y conflictos de interés entre la política industrial y las funciones de propiedad del Estado, especialmente cuando la función de responsabilidad de la política industrial y la función de la propiedad recaen en la misma repartición o ministerio sectorial. La separación de la política industrial y de la propiedad aumentará la identificación del Estado como propietario, y favorecerá la transparencia a la hora de definir los objetivos y de supervisar los resultados. Sin embargo, dicha separación impide la existencia de la coordinación que se requiera entre ambas funciones."¹³

Otro punto que debe comprender el marco regulatorio dice relación con una comprensión adecuada de los casos de insolvencia y posible quiebra de las empresas estatales, así como la forma en que se debe comportar el Estado en aquellos casos de quiebra o insolvencia en empresas mixtas. Aquí nuevamente la separación de las funciones resulta importante para la forma en que se lleva a cabo el procedimiento de insolvencia y quiebra, así como también para determinar posibles responsabilidades en los órganos directivos de las empresas, especialmente en lo relativo a las responsabilidades políticas de ejecutivos y ministros, cuando esta correspondiere.

Así, y atendiendo a lo expuesto hasta ahora en este capítulo, lo que esta directriz busca es similar al principio de separación de funciones que

hubieran sido privatizadas durante la dictadura-, fue durante los llamados "*Gobiernos Radicales*", que implementaron en Chile el Estado de Bienestar, y la doctrina "ISI", o de Industrialización por Sustitución de Importaciones.

¹³ Ob. Cit. OECD. 2011. p. 23.

debe existir dentro del Estado. Las empresas estatales no pueden formar parte de la administración estatal, pese a ser este su dueño, ya que se encuentran inmersas en un ámbito competencial distinto. De la misma forma, separar las funciones de regulador y propietario resulta importante para la transparencia, especialmente para ciertos casos en que la OECD pone énfasis. En primer lugar, para la situación en que el Estado posea participación en empresas de servicios públicos (alcantarillado, agua potable, generadoras o distribuidoras de electricidad, por nombrar algunas), por la especial regulación que poseen dichos mercados en todo el mundo; y el segundo caso, es cuando se realicen llamados a licitaciones, y alguna empresa estatal decida concurrir a ésta.

Estos dos casos son paradigmáticos por cuanto es donde más se pueden presentar confusiones respecto a las funciones del Estado, y resultan explicativas de hacia dónde apunta la directriz de la OECD.

Así, esta directriz cobra más sentido se le analiza en conjunto con el primer principio de la OECD para el gobierno corporativo de las empresas particulares, que también se refiere a un marco regulatorio eficaz para las empresas. "Para garantizar la efectividad del marco para el gobierno corporativo, es necesario establecer un fundamento legal, reglamentario e institucional apropiado y eficaz, en el que todos los agentes del mercado puedan confiar a la hora de establecer sus relaciones contractuales privadas. Por regla general, este marco para el gobierno corporativo está formado por elementos legislativos y reglamentarios, normas de autorregulación, compromisos voluntarios y prácticas comerciales, que son

el resultado del entorno específico que rodea el país, de su historia y tradición. Por tanto, la combinación ideal entre legislación, reglamentación, autorregulación, normas voluntarias, etc. en este ámbito variará de un país a otro. A medida que vayan adquiriéndose nuevas experiencias y el entorno de los negocios vaya cambiando, será necesario adaptar el contenido y la estructura del citado marco."¹⁴

Específicamente, la OECD busca que, para el caso de las empresas particulares, su marco regulatorio se desarrolle teniendo en cuenta no sólo el impacto que pueda tener sobre los mercados y la economía de forma general, considerando factores como la eficacia, la integridad y la transparencia, entre otros; sino que también incluye la legislación propia que formará el marco jurídico que regulará el gobierno corporativo, tema capital para las empresas estatales, no sólo porque se busca que éstas se rijan por las mismas disposiciones que las particulares, para salvaguardar la ya mencionada distinción de funciones del Estado como propietario y como regulador; sino además por la importancia que tienen aquellos casos en que hay empresas de propiedad mixta, cuyo dominio es compartido entre el Estado y particulares. Es en estos casos que se busca particularmente que los marcos regulatorios separen las funciones, principalmente para proteger a los accionistas minoritarios o a las partes interesadas, de lo que se suele percibir como una disparidad de fuerzas entre ellos y el Estado, como este

¹⁴ OECD. 2004. Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE. Paris, OECD Publishing, p. 29.

leviatán cuyo desempeño en los mercados se debe delimitar de manera especial.

Otros campos que comprende esta directriz de la OECD dicen relación con: el tratamiento que el poder judicial debe dar a las empresas estatales, tanto para casos de conflictos con otras empresas o con particulares -no puede existir tratamiento privilegiado para las empresas estatales por parte del poder judicial-, como para buscar hacer valer la responsabilidad de sus trabajadores y, especialmente, de sus directivos; también trata el acceso al financiamiento igualitario por parte de las empresas estatales cuando acuden a instituciones financieras -el Estado no puede esperar recibir tratamiento privilegiado en este aspecto, así como también los bancos e instituciones financieras no pueden discriminar de forma arbitraria a las empresas estatales-¹⁵; y, finalmente, que el marco regulatorio otorgue flexibilidad a las empresas estatales para tratar su estructura de costos, así como también modificaciones al capital social de las mismas.

Como hemos visto hasta ahora en este análisis, esta directriz resulta importante a muchos niveles para la regulación de las empresas estatales. Por lo mismo, su comprensión es relevante, no sólo para la creación e

¹⁵ Este punto en particular resulta relevante para el caso chileno, por cuanto Banco Estado es tanto una empresa estatal como una institución financiera y, no bien está tratado legalmente como ambas, debe regirse por los marcos jurídicos que regulan a las instituciones financieras, lo que presenta posibles interrogantes a desarrollar. La OECD reconoce esta realidad que no es exclusiva de nuestro país, al exigir que la regulación del marco jurídico y regulatorio propenda a evitar los conflictos de intereses y, principalmente, el sobreendeudamiento que las empresas estatales puedan tener con instituciones financieras estatales, que puedan desembocar en problemas de control de costos, así como en la creación de burbujas financieras que, al reventar, puedan dañar no sólo a las empresas estatales, sino que al fisco en general.

implementación de este marco regulatorio, sino además porque se complementa, no sólo con los principios de la OECD para las empresas particulares, sino con las demás directrices que serán analizadas a continuación, las que se deben entender como un todo orgánico, y no como elementos aislados e inconexos.

2. La Actuación del Estado como Propietario.

Que el Estado actúe como propietario es una directriz que trae consigo una dualidad implícita, propia del rol de agente económico que tiene en la actualidad, y a la cual se hizo referencia en la directriz anterior: por un lado, el Estado es el dueño de dichas empresas, por lo que es el encargado de desarrollar las políticas que las empresas seguirán, sus objetivos, planes de negocios, etc. Por otro lado, y como se dijo a propósito de la primera directriz, las empresas estatales no son órganos de la administración del Estado en el sentido tradicional -no bien se encuentren incorporados, para el caso chileno, en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, que sólo hace mención de dichas empresas en dos oportunidades, una de las cuales es para excluirlas de la aplicación de ciertas normas de dicho cuerpo legal, las del Título II, que constituye más de la mitad de la totalidad

de la mencionada ley¹⁶-, por lo cual no están inmersas en la burocracia y en el aparataje estatal de dichos órganos destinados a funciones públicas¹⁷. Debe presentarse, y respetarse, un delicado balance entre conductas estatales que sean *in extremis* pasivas o activas.

Por lo mismo, si bien los miembros de los directorios de estas empresas requieren de la aprobación del ejecutivo cuando corresponda, no se encuentran dentro de la estructura jerarquizada de la administración estatal. Los ejecutivos deben actuar con independencia al poder político, al momento de la toma de decisiones dentro de la empresa. "Los medios fundamentales para el ejercicio por parte del Estado de una propiedad activa e informada son una estrategia de propiedad clara y consistente, un proceso estructurado para la nominación de los miembros del Directorio y el ejercicio efectivo de los derechos de propiedad establecidos. Debe evitarse cualquier involucramiento en la gestión cotidiana de las empresas públicas."¹⁸

Esto además debe intentar conciliarse con los principios que la OECD mantiene para el gobierno corporativo de las empresas particulares, en todo en lo que no sea excluyente con el rol estatal de las empresas.

¹⁶ El artículo 1 de la Ley 18575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en su inciso final incluye a las empresas públicas como órganos de la administración. Mas como se dijo, el artículo 18 de dicha ley, las excluye de la aplicación del Título II de aquel cuerpo legal -artículos 18 al 53-.

En efecto, dice el mencionado artículo 18: "La organización básica de los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, será la establecida en este Título.

Las normas del presente Título no se aplicarán (...) a las empresas públicas creadas por ley, órganos que se regirán por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según corresponda."

¹⁷ Esto se nos presenta como un asunto de capital importancia, puesto que es uno de los puntos donde la OECD pone mayor énfasis.

¹⁸ Ob. Cit. OECD. 2011. p. 29.

Además, teniendo en consideración el ya mencionado rol regulador del Estado, éste debe distinguir entre ambas funciones y no dejar que entre ellas se produzca interferencia para cualquiera de los dos extremos. Por ejemplo, no puede otorgar un trato preferencial a sus empresas que no esté plenamente justificado, para evitar que pueda ir en detrimento de los demás competidores de carácter privado.

En el fondo, y para reforzar las ideas ya expresadas dentro de la dualidad planteada, importa este principio como una forma de delimitar el rol del Estado cuando actúa como propietario. La directriz busca reflejarse en el marco jurídico regulatorio de una forma que se le garantice a la empresa estatal el mayor grado de independencia posible, después de todo, se encuentra compitiendo a la par con privados bajo reglas comunes; pero siempre se debe tener la consideración que es el Estado su dueño. Es imposible desligarle al Estado ciertas funciones en torno a la empresa, como la designación de directivos, la fijación de lineamientos y directrices, etc.; no por nada son empresas “estatales”, de la misma forma que no se puede desligar a dichas compañías y a sus directivos de la responsabilidad frente al Estado y ante el poder político en general.

Dentro de esta directriz, la OECD otorga una serie de lineamientos que deberían seguir las políticas destinadas a integrar al mismo dentro del ordenamiento jurídico correspondiente. Entre ellos se cuentan:

- Desarrollar políticas de propiedad que definan el rol y los objetivos del Estado en relación con sus empresas, así como la forma de implementarlas.

Estas deben tener en consideración elementos como la rentabilidad que las empresas estatales planean alcanzar, el impacto que dichas empresas puedan tener en el mercado para evitar distorsiones en el mismo, así como otras externalidades negativas que pudieran generar en la sociedad. Todo esto debe entenderse en concordancia al régimen legal y al marco jurídico regulatorio que exista en cada país.

Como bien dice la OCDE, "con el fin de que el Estado se posicione claramente como propietario, debería aclarar y priorizar sus objetivos. Los objetivos pueden incluir evitar distorsiones de mercado y la búsqueda de rentabilidad, expresada en forma de objetivos específicos, como la tasa de retorno y la política de dividendos. La fijación de objetivos puede incluir "trade-offs", por ejemplo entre el valor para el accionista, el servicio público e incluso la estabilidad en el empleo. Por lo tanto, el Estado debería ir más allá que simplemente definir sus objetivos como propietario; también debería indicar cuáles son sus prioridades y aclarar cómo manejará los inevitables "trade-offs"."¹⁹.

En el mismo sentido se encuentra el respeto que debe primar por los accionistas, en el caso en que se trate de empresas mixtas con participación estatal, principalmente en lo que a sus derechos de propiedad concierne. Lo que se encuentra en relación con los principios de la OECD para gobierno corporativo, así como con otras directrices del ente internacional para empresas estatales.

¹⁹ *Ibíd.*

- La entrega de autonomía operativa a las empresas estatales para cumplir con los objetivos delineados por el Estado. Nuevamente la OECD hace hincapié en la necesidad de que las empresas estatales se encuentren ajenas a la administración estatal, a la vez que se busca limitar la injerencia de ésta en temas como la elaboración de políticas de propiedad, o el nombramiento de los ejecutivos y directivos de las empresas.
- Respeto a la independencia de los directivos de las empresas estatales y a la responsabilidad de los mismos en la toma de decisiones. Una vez designados los directivos, el Estado debe dejarlos actuar y decidir basándose en la expertiz y los méritos por los cuales fueron designados, al mismo tiempo que dichas decisiones deben ajustarse a las políticas y lineamientos, respetando el marco regulatorio. Se busca que esta independencia no sea vulnerada mediante órdenes a los directivos que pudieran provenir de la administración, evitando así el clientelismo y las motivaciones políticas a la hora de tomar decisiones.

Este punto resulta aún más importante para el caso de las empresas mixtas, e inclusive más cuando el Estado es el controlador o el accionista mayoritario y posee libertad para la designación de quienes conformarán la plana directiva de la sociedad. Al respecto dice la OECD que "algunos países han decidido evitar nominar o elegir para los Directorios de las empresas públicas a aquellas personas que forman parte de la entidad propietaria, así como a otros funcionarios del Estado. Lo anterior pretende claramente evitar que el gobierno tenga la posibilidad de intervenir directamente en el negocio o en la gestión de la empresa pública, y limitar la

responsabilidad del Estado en la toma de decisiones por parte de los Directorios de las Empresas públicas."²⁰ Parte de esta recomendación se acoge en Chile cuando, con las últimas modificaciones legales realizadas para fortalecer los gobiernos corporativos, se reformula e incorpora la figura del director independiente a ciertas Sociedades Anónimas²¹ para fortalecer los derechos de los accionistas, principalmente los minoritarios. Esto resulta importante para casos de sociedades de propiedad mixta, donde el Estado pueda ser accionista mayoritario o minoritario; y si bien no alcanza para cubrir todos los casos en que se pone la OECD, es un avance en el camino adecuado, y uno sobre el cual se pueden profundizar más cambios beneficiosos para nuestra legislación a futuro.

- Adecuada distinción entre lo que significa que el Estado sea dueño de sus empresas, con la administración de las mismas, mediante la posibilidad de crear una entidad coordinadora, o la centralización de la función de propiedad. La OECD se muestra partidaria a la creación de una entidad independiente, o bien bajo dependencia de un Ministerio, que sea la encargada de ejercer la función de propiedad, encargándose de la elaboración de lineamientos y políticas, así como también la designación de los directivos, o bien de cuerpos de expertos para las empresas estatales que se encontraren bajo su dependencia. La centralización también se percibe por parte de la OECD como capital para labores de transparencia,

²⁰ *Ibíd.* p. 30.

²¹ Sociedades Anónimas Abiertas cuya capitalización bursátil alcance 1.500.000 UF, y que al menos el 12,5% de las acciones emitidas, con derecho a voto, pertenezcan a accionistas que individualmente controlen o posean al menos el 10% de tales acciones. Artículo 50 bis de la Ley de Sociedades Anónimas.

divulgación y publicidad por parte de las empresas estatales. "Este enfoque ayudaría a clarificar la política de propiedad y su orientación, y también garantizaría su aplicación de forma más consistente (...) la centralización también constituye una forma efectiva de separar claramente el ejercicio de las funciones de propiedad de otras actividades que el Estado lleva a cabo, especialmente la regulación del mercado y la política industrial, como se indicó anteriormente."²²

- Responsabilidad de la entidad coordinadora ante los cuerpos fiscalizadores y las instituciones auditoras (Cámara de Diputados, Superintendencias correspondientes y la Contraloría General de la República en el caso nacional), a la vez que se mantiene una relación claramente definida entre dichos organismos.

Relacionada con el punto anterior, busca delimitar de forma adecuada las relaciones entre la entidad coordinadora y el Estado como un todo orgánico, lo cual se debe normar aún más si esta entidad no contara con independencia y dependiera de algún ministerio como Hacienda o Economía. Además, la OECD es partidaria de normar el diálogo y la relación entre esta entidad coordinadora y las instituciones fiscalizadoras y auditoras presentes en cada país, lo que se muestra en concordancia con la declaración INTOSAI de Lima de 1977, sobre las líneas básicas de fiscalización para entidades fiscalizadoras superiores.

Aunque la OECD propenda a una relación armoniosa entre estos organismos, esto no obsta que se pretenda abstraer de fiscalización a la

²² Ob. Cit. OECD. 2011. p. 32.

entidad centralizada de propiedad. Todo lo contrario. La OECD, como organismo centrado en las buenas prácticas, busca que estas prevalezcan al momento de ejercerse la fiscalización por parte de los órganos correspondientes, tanto al organismo de propiedad, como a las empresas bajo su administración. Por ejemplo, que las mismas empresas, y el ente de coordinación colaboren con la entrega de antecedentes, *i.e.*, para la fiscalización, sin realizar obstrucciones ni buscar entorpecer el proceso, lo que no sólo beneficia la labor del organismo fiscalizador, sino que significa una labor importante en aras de la publicidad y la transparencia, no sólo de la fiscalización, sino además de la forma en que son dirigidas y se toman las decisiones en las empresas estatales.

- Formas de ejercer los derechos de propiedad estatales según la estructura jurídica de cada empresa.

Este lineamiento se relaciona con lo expuesto en el primer punto de este capítulo, relativo al marco jurídico regulatorio para las empresas estatales. En este sentido y en relación con el tratamiento de los accionistas para el caso de las empresas de propiedad mixta, debemos agregar la búsqueda de un objetivo, cual es, que la participación del Estado cuando sea accionista, o donde una de sus empresas tenga participación, sea lo más transparente e informada posible y, en el caso que fuera accionista minoritario, se participe de forma activa en la sociedad. Todo esto tomando en cuenta los principios sobre gobierno corporativo de la OECD, y sus capítulos especiales sobre el tratamiento de los accionistas y de su derecho de propiedad.

El análisis realizado hasta ahora resulta útil para comprender las ideas relacionadas con esta segunda directriz para el gobierno corporativo de las empresas estatales, y su acople a los diversos sistemas jurídicos.

3. Tratamiento Equitativo de los Accionistas

En este punto, la OECD hace nuevamente hincapié en su relación con los ya mencionados principios para gobierno corporativo que el mismo organismo entregó para el sector privado, y en la armonía que entre ambos debe existir en lo que respecta al tratamiento equitativo de los accionistas. "Los Principios estipulan que *"debe protegerse a los accionistas minoritarios de las acciones abusivas de los accionistas controladores, o que benefician a estos, tanto directa como indirectamente, y los accionistas minoritarios deberían disponer de medios de compensación efectivos"*. Los Principios también prohíben el uso de información privilegiada y los actos abusivos en provecho propio. Por último, las notas de los Principios de la OCDE sugieren la existencia de derechos preferentes y mayorías cualificadas para determinadas decisiones de los accionistas como una forma de protección previa de los accionistas minoritarios."²³

Así, la OECD sostiene recomendaciones en una serie de áreas para mejorar el gobierno corporativo de las Sociedades Anónimas, a saber:

²³ *Ibíd.* p.40.

derechos de los accionistas, tratamiento equitativo a los accionistas, acceso igualitario a la información por parte de los accionistas minoritarios, la función de los *stakeholders*²⁴ en el gobierno de las sociedades, y el rol del directorio²⁵.

Esta problemática se trata en particular, respecto a aquellas empresas cuya propiedad sea compartida entre el Estado y particulares, y en el respeto que debe existir por parte del agente económico más potente de los derechos societarios de los demás accionistas. Aquí la OECD no realiza distinción de trato, sea que el Estado actúe directamente como accionista, lo haga mediante un organismo centralizado coordinador de propiedad, o bien participe del capital accionario mediante otra empresa estatal.

Obviamente que se priorizan aquellas situaciones donde el Estado es el accionista mayoritario²⁶, lo que puede redundar en el control de la sociedad²⁷. Es importante el tratamiento equitativo que debe existir tanto en la toma de decisiones como en el acceso a la información dentro de la sociedad; que el *status quo* del Estado *per se* no sea la base para abusos hacia quienes tienen menor participación dentro de la sociedad.

²⁴ Partes Interesadas. Más al respecto en la cuarta directriz.

²⁵ Ob. Cit. Lefort. 2003. p. 226. Tratamiento más detallado en el texto de "Principios..." de 2004.

²⁶ En este sentido, y como hemos podido presenciar a lo largo de este trabajo, la OECD mantiene un punto de vista receloso hacia la actuación y la influencia que el Estado puede ejercer en las sociedades anónimas mixtas.

²⁷ Vale tener en consideración que, luego de las modificaciones legales introducidas en nuestro país por la ley 20.382, el accionista controlador no es *per se* el ejecutivo principal de la sociedad -lo que no obsta a que en la práctica pueda efectivamente serlo-.

Como bien establecen las directrices, "al Estado le conviene garantizar que en todas las empresas en las que participa, los accionistas minoritarios reciban un trato equitativo, puesto que su reputación en este sentido influirá sobre su capacidad de atraer financiamiento externo y sobre la valorización de la empresa. Por consiguiente, debería asegurarse que los demás accionistas no perciban al Estado como un propietario opaco, impredecible e injusto. Por el contrario, el Estado debería crear una reputación ejemplar y seguir las buenas prácticas en lo relativo al tratamiento de los accionistas minoritarios"²⁸.

De esta forma, se espera que el Estado sea respetuoso de los demás accionistas, prohibiendo situaciones que pudieran causarles perjuicios, *i.e.*, el uso de información privilegiada o los actos abusivos en busca de provecho propio. También se realizan sugerencias sobre establecimiento de derechos preferentes y mayorías cualificadas para la toma de decisiones.

Siguiendo con el tema de la concordancia que debe existir entre las directrices con los principios establecidos para los particulares, estos últimos se refieren de forma expresa a formas de evitar los abusos dirigidos hacia los accionistas minoritarios, como también a la presencia de mecanismos de control y de persecución de responsabilidades para aquellos directores o accionistas que incurran en eventuales abusos. Al respecto, es elocuente el texto de 2004: "La confianza de los inversores en que el capital que aportan será protegido frente a un posible uso o apropiación indebida por parte de

²⁸ Ob. Cit. OECD. 2011. p. 40.

los directivos de la sociedad, los miembros del Consejo o los accionistas con poder de control, es un factor importante dentro de los mercados de capital. poder de control, pueden tener la oportunidad de realizar operaciones que redunden en su interés propio a expensas de los accionistas carentes de poder de control. A la hora de amparar los derechos de los accionistas, se puede recurrir a una útil distinción entre derechos *ex-ante* y derechos *ex-post*. Los derechos *ex-ante* son, por ejemplo, los derechos preferentes y las mayorías cualificadas para adoptar determinadas decisiones. Los derechos *ex-post* sirven para obtener un resarcimiento en caso de violación de un derecho. En jurisdicciones que muestran debilidad a la hora de aplicar el marco legal y reglamentario, algunos países consideran conveniente fortalecer los derechos *ex-ante* de los accionistas, por ejemplo estableciendo un umbral bajo en relación con la participación que éstos deben poseer para incluir puntos en el orden del día, o exigiendo una "supermayoría" de accionistas para la adopción de determinadas decisiones. Los Principios defienden la idea del trato igualitario a accionistas tanto extranjeros como nacionales en el ámbito del gobierno corporativo."²⁹

Para el caso de aquellas empresas en que el Estado tenga participación, se intenta evitar posibles abusos no sólo cuando éste es el accionista mayoritario, sino que también en aquellos casos en que requiera de otros accionistas para la toma de decisiones; así como la posible influencia que se podría tener sobre aquellos por medios que resultaren arbitrarios, lo que consecuentemente derivaría en un abuso indirecto hacia

²⁹ Ob. Cit. OECD. 2004. p. 40.

los accionistas minoritarios que se oponían a la toma de cierta decisión. Estas prevenciones que realiza la OECD también son extensivas a los miembros del Directorio que pudiera nombrar. Si bien existe el derecho del Estado como accionista, de nombrar ejecutivos y directores para la sociedad -con mayor razón si el Estado es el accionista mayoritario y el controlador de la sociedad-, la OECD acentúa el hecho que estos nombramientos, y las decisiones a las que arribe el Directorio, más si estuviera conformado en su mayoría o totalidad por directores nombrados por el Estado, sean respetuosas de los demás accionistas, así como también que busquen el bienestar de la sociedad, y no la obtención de algún beneficio político, o uno que pueda atentar contra los derechos y la propiedad de los minoritarios. En este mismo sentido se espera que, si el Estado actuara mediante un organismo coordinador de propiedad (como ocurre en nuestro país en algunas sociedades donde el Estado tiene participación mediante SEP Chile), esta entidad se encargue de elaborar directrices propias para lidiar con los problemas que se han enunciado hasta ahora y que éstas sean respetuosas de todos los accionistas.

Relacionado también con lo anterior está un hecho que fue mencionado a propósito de la segunda directriz, cual es, la incorporación de la figura del director independiente para ciertos tipos de sociedades anónimas abiertas, lo cual es una señal en la dirección correcta.

De esta forma, esta directriz busca encausar a las normas en políticas legislativas destinadas a reforzar no sólo la protección de los accionistas minoritarios frente a los mayoritarios, pudiendo estar el Estado

en cualquiera de ambas posiciones (aunque claramente el objetivo primordial es buscar impedir abusos cuando actúa como accionista mayoritario), sino, como dice de forma expresa el documento de la OECD: "Debería asegurarse que las empresas públicas individuales, y especialmente sus Directorios, sean plenamente conscientes de la importancia de la relación con los accionistas minoritarios, y se muestren activas a la hora de potenciarla"³⁰.

Vemos como el acento se pone no sólo en promover la importancia de los accionistas minoritarios, sino también en cómo los directorios no sólo deben reconocer esta situación para evitar que se produzcan abusos, sino que además deben propender a la realización de acuerdos entre los accionistas. Esta situación debe valorarse y hacerse extensiva a un tema que mencionamos en este punto, como lo es el acceso a la información. Al respecto "los principios de la OECD sobre Gobierno Corporativo apoyan la entrega simultánea de información financiera a todos los accionistas, con el fin de garantizar un tratamiento equitativo. Cuando mantienen relaciones estrechas con inversionistas y con partícipes del mercado, las empresas deben tener cuidado en no violar este principio fundamental de trato equitativo"³¹. De ahí que se ponga tanto énfasis en el acceso a la información, sino que además se mantienen las nociones de igualdad y, principalmente, de trato equitativo³². Por añadidura, esto resulta importante

³⁰ Ob. Cit. OECD. 2011. p. 41.

³¹ *Ibíd.* pp. 41-42.

³² Recordar la cita a Lefort al comienzo de este capítulo, y la referencia a las nociones de igualdad y justicia que subyacen al concepto de Gobierno Corporativo.

no sólo para que los accionistas minoritarios y otros posibles inversores cobren conocimiento y entiendan el raciocinio económico patente en las decisiones que toma el directorio de una sociedad, o estén al tanto de las fechas en que estas decisiones habrán de ser acordadas³³; sino que además facilitan la tarea de los organismos fiscalizadores y contralores al momento de hacer valer posibles responsabilidades en el seno de la sociedad. En consecuencia, es capital que el marco regulatorio que afecte a las sociedades y, particularmente aquel aplicable a las empresas estatales, tengan en consideración en sus preceptos estas directrices como parte de un todo orgánico que facilite un adecuado gobierno corporativo para ellas.

4. Las Relaciones con Partes Interesadas

Como el título lo sugiere, resulta bastante elocuente el determinar sobre qué trata esta directriz, como también es evidente que se encuentra íntimamente vinculada con lo expuesto en la directriz anterior.

Lo que la OECD busca salvaguardar es el pie de igualdad y el respeto que debiera generar entre los accionistas. Lo anterior obviamente

³³ Hay una importancia especial en las juntas de accionistas que es acentuada por la OECD, tanto en sus principios para el gobierno corporativo, como en las directrices. Debido a lo fundamental que es la participación de los accionistas -especialmente los minoritarios- en estas juntas, es la doble relevancia, tanto en entregar la información de su realización, y de las decisiones acordadas en ellas; como también el que los accionistas minoritarios sean tomados en cuenta, y respetados en las decisiones acordadas por la mayoría (más cuando el Estado es controlador o accionista mayoritario).

teniendo en consideración aquellas disparidades razonables que pueden existir, puesto que es evidente, por ejemplo, que un accionista mayoritario tiene mayores beneficios sobre las utilidades que uno minoritario.

Para aquellos casos en que el Estado sea el accionista mayoritario, lo que se busca es que ejerza el control de la sociedad y tome decisiones respetando paralelamente a las minorías y la institucionalidad que rige a las sociedades, así como también al marco regulatorio que rija de forma central a las empresas estatales, respetando los estatutos propios de cada compañía.

De la misma forma, las relaciones que el Estado tenga con los demás accionistas deben ser transparentes y honrando los principios de acceso libre a la información dentro de la sociedad. Se busca que el Estado, como controlador, tenga una postura de cooperación hacia los demás accionistas y no una que pueda resultar obstruccionista.

Se entiende que estas normas se deben aplicar no solo al Estado como dueño de una sociedad de forma genérica, sino que también a los miembros del directorio que sean nombrados por el Estado, haciéndolos responsables de la toma de decisiones y de sus consecuencias, no sólo basándose en el marco jurídico regulatorio, sino que también ante los demás accionistas, manteniendo siempre un alto estándar ético en su conducta. Recordar que se trata de directivos de empresas, y no de miembros de la función estatal.

Hasta aquí esta directriz se presenta, como dijimos párrafos atrás, bastante similar a la anterior, lo que resulta ilustrativo en la forma de

entender las directrices y los principios sobre gobierno corporativo como un todo orgánico que debe quedar plasmado en el marco jurídico de los Estados miembros de la OECD, y al cual las empresas estatales -para los casos que nos convocan-, deben ser más que respetuosas.

Aquí se hace importante hacer referencia al concepto de "*Parte Interesada*" o "*Stakeholder*"³⁴ por su concepto en inglés, que es una construcción teórica que sirve para englobar a todas las personas -naturales y jurídicas-, organismos o entidades que pueden verse afectados por las acciones, negocios o resultados de una empresa (de ahí el interés que estas partes poseen). Como resulta evidente de la enunciación previa, la amplitud de este concepto engloba, para el caso de las empresas estatales, no sólo al Estado en general, sino que los trabajadores y directivos de las mismas, a sus asociados, inversores, a toda la gente con quienes realizan negocios e incluso se puede argumentar que a la nación toda, debido al carácter estatal de las mismas³⁵; todo lo cual le entrega razón suficiente a la OECD para preocuparse de las relaciones que las empresas estatales tienen con estas partes, dedicándole así una directriz.

³⁴ Término acuñado por primera vez por el economista y filósofo R. Edward Freeman, profesor de la Universidad de Virginia, quien ideó la teoría de los stakeholders o partes interesadas en 1984.

³⁵ A modo de ejemplo, decir que Codelco, en su Reporte de Sustentabilidad del 2012 dedica un acápite en el cuarto capítulo a la relación con las partes interesadas -lo que pone en evidencia la adopción de las directrices de la OECD en nuestro país-. Además enumera estas partes interesadas, basado en un estudio del 2011 (así como al Reporte de Sustentabilidad correspondiente a dicho año), que arroja los siguientes resultados para determinar las partes interesadas, a saber: Trabajadores Directos, Empresas Contratistas, Familias de Trabajadores, Sindicatos de Trabajadores, Comunidad Nacional, Autoridades Nacionales, Medios de Comunicación, Comunidades del Entorno, Organizaciones no gubernamentales, Academia, Organizaciones sociales del Entorno, Autoridades Regionales y Locales, Sector Minero, Clientes, Financistas e Inversionistas, y Proveedores de Bienes y Servicios.

"Las empresas públicas deberían reconocer la importancia de las relaciones con las partes interesadas a la hora de crear empresas sostenibles y sólidas financieramente. Las relaciones con partes interesadas presentan una importancia especial en el caso de las empresas públicas ya que pueden resultar decisivas para el cumplimiento de obligaciones de servicios generales, en caso de haberlos, y dado que las empresas públicas pueden tener, en algunos sectores de infraestructura, un impacto fundamental sobre el potencial de desarrollo económico y sobre las comunidades en las que son activas. Además, algunos inversionistas tienen en cuenta cada vez más los temas relativos a partes interesadas en sus decisiones de inversión, y consideran los posibles riesgos de litigio relacionados con partes interesadas."³⁶

La directriz se preocupa de exigir a las empresas estatales armonía en su relación con sus partes relacionadas, lo que va desde temas expuestos previamente en este punto, como lo son el trato justo y equitativo de los accionistas, el adecuado acceso a la información, el respeto en la toma de decisiones y en la designación en la toma de decisiones, hasta otros temas como lo son entrega de información al público general - evidenciando así el carácter público de las empresas estatales-, la relación con inversionistas y financistas y, en general, el impacto de sus acciones no sólo dentro de la propia estructura empresarial o estatal, sino que comprendiendo que, por ser empresas estatales, sus actos y decisiones

³⁶ Ob. Cit. OECD. 2011. p. 44.

pueden afectar a localidades completas, y para qué decir del efecto en la nación toda.

Aquí vale la pena detenerse y explicar un poco más el punto anterior puesto que, teniendo nuevamente en consideración los conceptos de balance y equilibrio, tampoco se trata -y la OECD así lo explicita- de convertir a las empresas estatales en mecanismos de propaganda o de fines políticos para el gobierno de turno. Las decisiones y los actos que tomen dichas empresas deben tener como base una lógica empresarial que los subyace. "El Estado no debería utilizar las empresas públicas para perseguir objetivos que difieran de los existentes en el sector privado, a menos que sea compensado de alguna forma. Cualquier derecho específico otorgado a partes interesadas o cualquier influencia sobre el proceso decisorio debería ser explícito"³⁷.

Esto nuevamente hace referencia al establecimiento de un marco jurídico que regule de forma adecuada el accionar de las empresas estatales y, como mencionamos a propósito de las primeras directrices, es similar a la situación existente en nuestro país, apoyada por el principio de subsidiaridad y por el mandato constitucional del artículo 19, n° 21 de la carta fundamental, que iguala el régimen aplicable a las empresas estatales con aquel aplicable a las particulares. Esta última situación es recomendada casi de forma textual por la OECD para regular el trato de las empresas estatales con sus partes interesadas, por lo que podemos afirmar sin problemas que, en este

³⁷ Ibíd. p. 45.

punto en particular, nuestra legislación se encontraba al día con el estándar internacional desde antes del ingreso de nuestro país a la OECD.

La OECD también va a un análisis minucioso y pormenorizado respecto al trato de las empresas estatales con algunas de sus partes interesadas, como lo pueden ser sus trabajadores, entregando recomendaciones y sugerencias, así como buenas prácticas que se deban observar en esta relación³⁸. En este mismo aspecto, le otorga a la entidad coordinadora o propietaria un rol de elaboración de políticas.

Otras exigencias que realiza la OECD, y que tienen relación con la próxima directriz, tratan sobre la divulgación de información y la transparencia de la misma por parte de las empresas estatales, mediante instrumentos como lo son los reportes de sustentabilidad, los planes de negocios, y los códigos éticos y reglamentos internos.

Para el caso de los reportes de sustentabilidad y los planes de negocio, se hace énfasis en las empresas públicas y en las empresas mixtas que se encuentran listadas en bolsa, esto no sólo para beneficio de inversores y financistas (tanto actuales como potenciales), sino como una forma de demostrar voluntad de actuación y de cooperación transparente. Esta misma recomendación se hace para empresas estatales que no trancen en bolsa pero que tengan importancia estratégica, que sean grandes

³⁸ Se menciona, por ejemplo, el acceso a información pertinente, suficiente y fiable, facilitada a tiempo y de forma habitual, para el ejercicio de sus derechos; la posibilidad de los empleados de comunicar al Directorio sus inquietudes respecto a prácticas ilegales o no éticas, y la forma en que estas afectan sus derechos; o el desarrollo de mecanismos para que los empleados participen, aumentando el desempeño, relativo a la importancia de las partes interesadas.

agentes económicos, o bien que tengan injerencia en la elaboración de políticas públicas. Además se recomienda que estos reportes sean sometidos a escrutinio independiente, y que se encuentren a disposición del público.

Respecto a los Códigos de ética, se recomienda especialmente que los ejecutivos y directivos de las empresas estatales se sometan a los más altos estándares éticos y de transparencia, en concordancia tanto con las directrices y los principios de la OECD sobre gobierno corporativo, como también a las Directrices que el mismo organismo elaboró para Empresas Multinacionales, además de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, y a la Convención de la OECD contra el Cohecho.

Los estándares éticos y de conducta no se hacen exigibles sólo a la plana mayor y a los ejecutivos de las empresas estatales, sino que a todos sus trabajadores en general. También se establece que estas medidas sean aplicables a directores independientes, o a figuras homologables al *Ombudsman*³⁹ que pudieran actuar en el ámbito de las empresas estatales.

³⁹ Palabra sueca utilizada para describir a un comisionado o representante del pueblo que garantice derechos ciudadanos ante la autoridad estatal. Para este caso, realizaría la misma función, pero para la protección de los derechos y la participación de los accionistas minoritarios.

5. Transparencia y Divulgación

Como una directriz que resulta importante al aparato estatal en la toma de decisiones de los distintos gobiernos, la exigencia de transparencia a la hora de fijar lineamientos, nombrar directivos y, en general, cada aspecto del quehacer natural de una empresa, así como también la adecuada divulgación de los mismos, no debería resultar ajena al Estado.

La transparencia no debe ser sólo con los demás accionistas en el caso que se tratase de sociedades anónimas, o con otros inversores, por poner un ejemplo, tratándose de sociedades mixtas, sino que ésta también debe ser para con el público, ya que la Nación misma exige tener conocimiento de “sus” empresas⁴⁰. Esto debe verse plasmado en medidas que deben ser similares a las exigidas para el sector privado, esto es, desde lo más general como son el poder conocer los objetivos y lineamientos que regirán a la empresa, hasta temas más específicos como lo son la publicación de memorias o estados de cuentas, balances anuales y finales, mecanismos de elección de autoridades, transacciones financieras, etc.

Esto también resulta de capital importancia para los casos en que una empresa estatal contrate con el Fisco, para determinar determinadas funciones, como también para conocer su financiamiento, ya que si bien el Estado es su dueño, como se ha hecho reiterado hincapié, las empresas no

⁴⁰ Están comprendidas dentro de las partes interesadas, como vimos en el punto relativo a la directriz anterior.

forman parte de los organismos sujetos al régimen general administrativo, por lo mismo su patrimonio y su forma de financiarse no proviene del presupuesto de la Nación (recordar lo tratado en el punto 2 de este capítulo).

Lo anterior se debe extender a la figura recomendada por la OECD de una autoridad central que coordine las empresas estatales: "Las entidades coordinadoras o propietarias centralizadas deberían desarrollar información agregada que cubra la totalidad de las empresas públicas y convertirla en un instrumento de divulgación fundamental dirigido al público en general, al Parlamento y a los medios de comunicación. Dicha información debería desarrollarse de tal forma que permita a todos los lectores obtener una visión clara del desempeño y evolución global de las empresas públicas. Además, la entrega de información agregada también es fundamental para que las entidades coordinadoras o propietarias puedan profundizar su comprensión del desempeño de la empresa pública y poder clarificar su propia política"⁴¹. Se espera que este reporte contenga un análisis pormenorizado de la realidad financiera y económica de las empresas, entregando su valor real y el de las carteras del Estado; además de incluir información como lo es la forma en que están conformados los directorios -así como los posibles cambios en quienes los integran-, información relativa a la evolución histórica y económica de las empresas y, en general, cualquier información que sea relevante para las partes interesadas y la sociedad en general.

⁴¹ Ob. Cit. OECD. 2011. p. 49.

Lo anterior agrega un punto interesante, cual es, la simpleza que debe constar en la divulgación de información para que esta pueda ser comprendida por el público general, lo cual refuerza el carácter público que tienen estas empresas, así como el que sus resultados sean positivos, por el beneficio de la nación toda. Se plantea la existencia de medidas como establecer un sitio web destinado a la entrega de información, medida que en el caso chileno se ha adaptado de buena forma gracias a las reformas legales de los últimos años, entre ellas, la Ley de Transparencia.

Otro aspecto relevante en cuanto a esta directriz son la existencia de medidas de control y de fiscalización, entendiéndose como auditoría y contabilidad, no sólo ante los organismos que dentro de los distintos ordenamientos jurídicos tengan destinada esta función, sino que además estableciendo la posibilidad que auditoras externas puedan realizar un control adicional siguiendo los más altos estándares internacionales en la materia, para que la toma de decisiones sea lo más transparente posible. Se espera además que los auditores externos pongan énfasis en su fiscalización en aquellos aspectos más dejados de lado o tratados someramente por la fiscalización propia del Estado, o la auditoría interna de las empresas.

Como bien sugieren las directrices, y "con el fin de reforzar la confianza en la información facilitada, el Estado debería exigir que, además de las auditorías especiales del Estado, al menos la totalidad de las grandes empresas públicas se sometan a auditorías externas realizadas con arreglo a estándares internacionales. Deberían desarrollarse procedimientos

adecuados para la selección de los auditores externos, siendo crucial que éstos sean independientes tanto de la administración como de los accionistas dominantes, es decir, del Estado en el caso de las empresas públicas. Además, los auditores externos deberían estar sometidos a los mismos criterios de independencia que en las empresas privadas. Por lo general, lo anterior incluye límites a la hora de proporcionar servicios de consultoría u otros que no guarden relación con la auditoría a la empresa pública auditada, así como la rotación periódica de los socios auditores o de las empresas auditoras."⁴²

Ahora bien, todas estas medidas deben de ser entendidas con los resguardos que resultan obvios para cada caso, por ejemplo, no se trata de llevarlo al extremo de que un determinado plan de negocios o de inversión deba de ser publicitado, lo cual podría resultar perjudicial para la empresa al entregar información vital a sus competidores, aunque este eventual plan de negocios sí debería ser divulgado, honrando esta directriz, dentro de la propia empresa, o si se trata de una sociedad anónima, a los demás accionistas. En el mismo sentido, se espera una completa independencia de parte de la auditora externa, tanto de influencia que pudiera sufrir por parte del poder político, como de otras empresas que pudieran ser competidoras directas de las empresas estatales y pudieran tener interés en conocer información que pudiera perjudicar los negocios de las empresas estatales, además de traer desequilibrio a los mercados.

⁴² *Ibíd.* pp. 51-52.

En este acápite además se da mucho alcance al concepto de auditoría interna⁴³. La OECD recomienda los más altos estándares para el funcionamiento de auditores internos dentro de las empresas estatales, apuntando a mejorar los niveles de transparencia en la divulgación de información. Se espera además que los auditores internos tengan dependencia directa de los directorios, de manera tal que puedan gozar de los más altos grados de independencia y autoridad disponibles, haciéndolos contables ante los niveles superiores del escalafón empresarial, de modo tal que el Directorio cuente con información fidedigna y de primera fuente respecto a las decisiones que se toman en la empresa. Además, y en relación con el párrafo anterior, se espera un cierto nivel de interacción y cooperación entre los auditores internos y externos, de manera tal que se logre un nivel óptimo de comunicación y fiscalización para las empresas.

Es capital la trascendencia que la OECD le da a esta directriz para evitar ciertos niveles asimétricos en la transparencia y divulgación de información que, quizás estereotípicamente, se podría esperar que el Estado tuviera hacia los particulares, no honrando del todo los canales de información existentes; pero tampoco llevando este principio a los niveles de lo irracional, donde absolutamente todo lo que acontece con y en torno a las

⁴³ "La auditoría interna constituye una actividad de consultoría que ofrece una garantía objetiva e independiente, diseñada para aumentar el valor y mejorar las actividades de una organización. Ayuda a la organización a alcanzar sus objetivos mediante la contribución de un enfoque sistemático y disciplinado para evaluar y mejorar la efectividad de los procesos de gestión del riesgo, control y gobierno corporativo". Definición del Institute of Internal Auditors (www.theiia.org), citada por la OECD en las Directrices de Gobierno Corporativo para Empresas Estatales.

empresas estatales debiera ser catalogado como hechos “*públicos y notorios*”, usando terminología procesal.

En este último punto es necesario detenerse, para realizar una crítica a la OCDE, que se ha esbozado a lo largo de este trabajo, cual es, la excesiva desconfianza, al borde del prejuicio, que el organismo tiene hacia las empresas estatales. Si bien uno puede entender el nivel de suspicacia hasta cierto punto, debido a las corrientes dominantes de pensamiento económico en la mayoría de los países de la OCDE, como nos referimos en la introducción a esta memoria; lo cierto es que, hay ciertas exigencias en materia de transparencia y divulgación presentes en la quinta directriz de la OCDE para gobierno corporativo de empresas estatales que, como fue mencionado en el párrafo anterior, rayan en la insensatez.

Dejar en claro que esto no se trata de no apoyar todas las medidas que propone la OCDE tratadas hasta ahora; todo lo contrario, se trata de apoyarlas y estudiar la forma en que han sido aplicadas, o como pueden aplicarse en los distintos ordenamientos jurídicos. Al respecto, algunas exigencias que realiza la OECD en esta directriz no sólo se presentan bastante dispares, como por ejemplo, la posibilidad de eximir de fiscalización externa, o de aplicar una fiscalización más laxa a algunas empresas estatales basándose en su tamaño, o al si realizan labores de elaboración de políticas públicas o no⁴⁴. Esta posición no sólo es, a mi parecer, carente de justificación adecuada -no bien la OCDE esgrima criterios de análisis económico de costo-beneficio como fundamentación-, sino que contradice

⁴⁴ Ob. Cit. OECD. 2011. p. 52.

algunas de las directrices trabajadas hasta ahora, como lo son el marco jurídico regulatorio o la forma de relacionarse con partes interesadas; además de que justamente el dejar sin auditar o relajar la fiscalización a algunas empresas podría generar un caldo de cultivo para la presencia de irregularidades y posibles casos de corrupción, que es justamente uno de los motivos por los cuales la OCDE en un primer momento decide normar el gobierno corporativo de las empresas estatales.

Otro punto que se entiende excesivo en ciertas partes es la exigencia presente en la directriz que se refiere a igualar la divulgación de información con aquella que realizan las sociedades que tranzan valores en bolsa, tomando como base el modelo empresarial clásico de Berle y Means - pluralidad de accionistas que delegan la administración de la sociedad en el Directorio y en el cuerpo ejecutivo-, especialmente en la forma en que éste ha evolucionado y se presenta en países como Inglaterra, Francia, Japón o Alemania (con la presencia de algún accionista, individual o institucional, que controla más del 25% del capital accionario).⁴⁵

Esta decisión se fundamenta en las exigencias incorporadas por la OCDE en sus principios para gobierno corporativo en materia de información y divulgación. Sin embargo, más que la referencia hecha al texto elaborado el 2004, no existe una justificación pormenorizada que detalle el por qué se debería homologar con ese tipo de sociedades en particular. Ahora bien, para el caso nacional se puede realizar la construcción doctrinaria, basándose en las redirecciones que realiza la legislación de gobierno

⁴⁵ Más detalle en: Ob. Cit. Lefort. 2003. pp. 213-216.

corporativo actual -luego de acogidas las recomendaciones de la OECD-, a la Ley de Sociedades Anónimas, para aplicar sus normas, tanto de forma directa como supletoria, a las empresas estatales⁴⁶.

Hay que tener en consideración además que el mercado de capitales chileno -y en general el de las economías emergentes- no se encuentra suficientemente desarrollado, por lo que no obedece necesariamente a la lógica de Berle y Means, sino más bien a una estructura de propiedad concentrada, donde conglomerados de empresas o grupos económicos, muchas veces familiares, son quienes concentran la mayor cantidad de capital accionario, tanto dentro de cada S.A., como del mercado de capitales en general. Esto "implica que los accionistas minoritarios así como otros inversionistas y stakeholders se encuentran propensos a ser expropiados"⁴⁷. Este punto consolida no sólo la necesidad de reforzar lo que sostiene el texto de 2004 y los principios para gobierno corporativo de empresas particulares, con especial consideración en la protección de accionistas minoritarios en estas empresas, atendiendo a la forma en que funciona el mercado de capitales chilenos; sino que además robustece la crítica que se hace a que, por un lado, no se puede pretender justificar con una simple mención a un texto el igualar el régimen de divulgación de las empresas estatales con las sociedades anónimas que tranzan en bolsa y, por otro lado, y dada la concentración y el insuficiente desarrollo del mercado accionario chileno, el igualar los regímenes de divulgación de las

⁴⁶ Creándose así un círculo vicioso, buscando la justificación a las exigencias de la directriz.

⁴⁷ Ob. Cit. Lefort. 2003. p. 216.

empresas estatales iría en beneficio de los grupos económicos y los conglomerados que concentran el poder en el mercado accionario chileno, y no necesariamente de los accionistas minoritarios que comparten capital social con dichos grupos.

Nuevamente, no se trata de generar oposición a todas las exigencias de la directriz, ya que muchos casos que son ejemplificados por la OECD en materia de información y divulgación se comparten en plenitud. Así, algunas medidas como la especificación de cierta información en los reportes o informes de sustentabilidad dirigidos a las partes interesadas o relacionadas, la explicitación de los planes de negocios o las políticas públicas que pudieran elaborar las empresas estatales, la estructura societaria o empresarial, la forma en que se adoptan decisiones, la composición del directorio y muchos otros son temas importantes, cuya observancia resulta fundamental en estas empresas. El punto es que el razonamiento que se realiza para esta exigencia no puede descansar en reenvíos a otras normas, en repetir fundamentos de otras directrices, o en la mera desconfianza que la OECD pueda tener por una raigambre doctrinaria, de las empresas estatales. Es más, algunos de los escándalos financieros que se han desatado durante las últimas crisis financieras internacionales, muchos de los cuales han ocurrido en países miembros de la OECD, han recaído sobre empresas particulares y no estatales, teniendo que llegar en muchos casos el Fisco a rescatar algunas entidades, creándose sociedades mixtas en algunos casos.

Esta ejemplificación demuestra que algunos de los prejuicios de la OCDE deberían ser superados desde su prisma doctrinario como claramente lo han sido en la práctica en muchos de sus países miembros y, de la misma forma, debería replantear las exigencias que se realizan a los particulares, ya que en algunos casos los principios y las buenas prácticas aparentemente no son suficientes.

6. Las Responsabilidades de los Directorios

Finalmente, esta última directriz relativa al gobierno corporativo de empresas estatales comprende una variedad de elementos. Como nos dice la OECD: "Los directorios de las empresas públicas deberían contar con la suficiente autoridad, competencia y objetividad para realizar su función de guía estratégica y supervisión de la administración. Deberían actuar con integridad y asumir la responsabilidad por sus acciones."⁴⁸

Antes de hablar respecto al contenido mismo y las implicancias que tiene esta directriz, es necesario referirse al concepto mismo de responsabilidad y qué se entiende por ella desde el punto de vista jurídico.

El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define responsabilidad en su segunda acepción como "deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una

⁴⁸ Ob. Cit. OECD. 2011. p. 56.

culpa o de otra causa legal"⁴⁹; a su vez, la cuarta acepción, explícitamente relacionada con ámbito jurídico, nos dice que es la "capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para conocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente"⁵⁰.

Por su parte, Alessandri Rodríguez la define como "la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra"⁵¹.

Jurídicamente hay distintos tipos de responsabilidad que han sido englobados por algunos como responsabilidad "*jurídica*" o "*legal*". Se puede distinguir entre responsabilidad civil (rama del derecho donde se origina el concepto y, que a su vez, se puede dividir en responsabilidad contractual y extracontractual), responsabilidad penal, responsabilidad administrativa, entre otras, según la materia. Todas tienen en común la necesidad de reparar el daño que una persona produce a otra actuando dolosa o culposamente, mediante su conducta -que puede ser una acción o una omisión-.

Volviendo a la responsabilidad que promueve la OCDE en las directrices sobre gobierno corporativo para empresas estatales, nos encontramos con que este organismo no se decanta por un régimen específico de responsabilidad, sino más bien habla de ella de forma genérica, más orientado hacia la importancia práctica.

⁴⁹ Diccionario RAE [en línea]
<<http://www.rae.es/drae/srv/search?id=TYfZJAA36DXX2qpvUiZ3>> [consulta: 13 de Julio de 2013].

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. 1943. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Santiago, Imprenta Universitaria. p. 11.

Este concepto implica que los directorios se sometan a los mismos regímenes de responsabilidad que rigen a sus pares de empresas particulares, o bien a regímenes especiales que sean homologables con las exigencias del régimen común. La OECD es clara al exigir que "los Directorios de las empresas públicas deberían, en principio, tener las mismas responsabilidades y obligaciones que se estipulan en la ley de sociedades. Sin embargo, en la práctica los miembros de los Directorios pueden tener responsabilidad limitada, especialmente los que han sido nominados por el Estado"⁵². En este punto es relevante destacar los avances que se han adoptado en la materia en nuestro país, especialmente en lo que se refiere al Directorio de CODELCO y la forma en que se iguala su responsabilidad con la de los directorios de sociedades anónimas abiertas.

La responsabilidad que busca la OECD para los directivos de las empresas estatales significa además independencia del poder político. Los directivos deben ser responsables de sus acciones como ejecutivos de una empresa y no como funcionarios estatales, todo esto con las consecuencias racionales que se desprenden. Así, la OECD busca que los directorios de las empresas estatales no se vuelvan elementos burocráticos e ineficientes. Por eso sugiere que su conformación, además de ser fuertes e independientes

⁵² Ob. Cit. OECD. 2011. p. 57.

como acabamos de mencionar, sea de un número limitado de individuos, para poder percibir la eficiencia en la toma de decisiones⁵³.

Como bien fue enunciado en el párrafo anterior, la responsabilidad conlleva necesariamente una delimitación de las funciones que deben cumplir los directivos, las que debe tener un carácter, ya sea legal, o bien estatutario, pero no se puede dejar al azar las facultades y potestades de los ejecutivos y, al mismo tiempo, no podemos abandonarlas al arbitrio del poder político de turno puesto que esto no sólo infringiría todas las directrices tratadas en este capítulo, sino que además se prestaría para maquinaciones y obtención de provechos políticos que afectarían el desempeño de las empresas estatales como entes económicos. En el mismo sentido se encuentra la preocupación de la OECD en delimitar de manera adecuada las funciones, atribuciones y facultades de los miembros del directorio de manera que no quepan dudas, no sólo de qué actos pueden realizar, sino que para poder perseguir su responsabilidad de manera adecuada por dichas acciones. Ahí está la relevancia en que todo esto sea establecido en el marco jurídico regulatorio de manera clara, no sólo para evitar dudas, sino que teniendo en cuenta las partes interesadas que puedan verse afectadas por el actuar de la empresa estatal.

Esto último es aún más importante cuando se trata de sociedades de participación mixta, dónde se espera que los directores nombrados por el Estado se rijan bajo el mismo sistema de responsabilidad que aquellos

⁵³ Subyace a este razonamiento un elemento de análisis económico del derecho, cual es, la aplicación de la "ley de los rendimientos decrecientes".

provenientes del mundo privado, siempre teniendo en consideración el tipo de sociedad bajo el cual se estructura la empresa mixta. Esta exigencia no hace más que ir en línea y reforzar todas las directrices expresadas hasta ahora.

La OCDE resume de manera adecuada en las directrices, las funciones y objetivos que deben tener los Directorios de las empresas públicas, a saber, "i) formular, supervisar y revisar la estrategia corporativa, enmarcados en los objetivos corporativos generales; ii) establecer indicadores de desempeño adecuados e identificar riesgos clave; iii) supervisar los procesos de divulgación de información y comunicación, asegurando que los estados financieros presentan de forma veraz los temas de la empresa pública y reflejan los riesgos asumidos; iv) evaluar y seguir el desempeño de la administración; v) desarrollar planes de sucesión efectivos para los ejecutivos clave."⁵⁴

De la misma forma como se expuso en el punto iii) del párrafo anterior, y relacionado con la quinta directriz, la transparencia y la divulgación de información también deben regir a los órganos directivos de las empresas estatales al momento de tomar decisiones, las que deben ser comunicadas dentro de las empresas respectivas o a los demás accionistas si se tratase de sociedades anónimas o por acciones. También involucra otra cara de la moneda, cual es, la capacidad de fiscalización que órganos estatales y particulares puedan hacer a la empresa, lo cual no exime en lo

⁵⁴ Ob. Cit. OECD. 2011. p. 58.

absoluto a los directivos de responsabilidad en todos y cada uno de sus actos dentro de la atribución de sus funciones.

La responsabilidad también implica un respeto, no sólo por las leyes, sino por los macro objetivos que cada empresa debe tener, recordando que sus actos apuntan hacia el correcto desempeño de la empresa como agente económico y al cumplimiento de dichos objetivos y no al beneficio personal que los ejecutivos pudieren obtener. Este punto es trascendente puesto que aquí no sucede lo mismo que en las empresas particulares donde, en la mayoría de los casos, sus directivos tienen un grado de propiedad dentro de la empresa, por lo cual visiones personales podrían anteponerse al bien común de la empresa.

No obstante lo anterior, evidentes casos de personalismo dentro de los directorios, como también la intervención inadecuada de un organismo coordinador o propietario, o bien del mismo Estado podrían interferir en el desempeño de la empresa, lo que podría afectar negativamente, especialmente en lo que atañe al cumplimiento de objetivos económicos por parte de las empresas -los cuales en la mayoría de los casos vienen dados por el mismo Estado, mediante organismos políticos o por medio del organismo de coordinación o propietario-; o aún de más gravedad, para los casos en que las empresas estatales intervengan en la elaboración y el diseño de políticas públicas. Por eso resulta relevante lo enunciado al comienzo del análisis de esta directriz respecto a los grados de independencia que deben tener los directorios de empresas estatales, lo que no sólo reverbera en la responsabilidad de sus miembros sino que además,

como hemos dicho en este párrafo, en limitar la interferencia de otros organismos que no sólo pudieran alterar el correcto funcionamiento de las empresas estatales -y de paso afectar la responsabilidad de sus directorios-, sino que evitar posibles alteraciones en los mercados.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, es que la OECD resalta la figura del Gerente General en el Directorio de las empresas estatales, no sólo por la importancia natural que esta figura tradicionalmente ha tenido sino porque "sin esta autoridad resulta difícil que los Directorios de las empresas públicas puedan ejercer plenamente su función supervisora y sentirse responsables del desempeño de las empresas públicas. En algunos casos, lo anterior se podría hacer acordándolo o consultándolo con la entidad propietaria."⁵⁵

Adicionalmente, esta figura, así como su forma de designación y los requisitos de idoneidad que se exijan a la persona que vaya a ser designada Gerente General, resultan importantes en el caso de las empresas de propiedad mixta, como una extensión de todo el análisis que se ha realizado a lo largo de este capítulo respecto a los resguardos que tiene la OCDE hacia el Estado como agente económico cuando se asocia con particulares, y la correspondiente forma de asegurarles sus derechos cuando éstos son minoría. Nuevamente se resalta la transparencia y la divulgación de información, esta vez relativa a la forma de designar al Gerente General, así como también las formas en que puede ser destituido de sus funciones.

⁵⁵ *Ibíd.*

Relacionado también con el Gerente General es la exigencia que hace la OECD concerniente a que la persona que ostente dicho cargo no puede ser, al mismo tiempo, el Presidente del Directorio. Esta prohibición, que es concordante con los principios de la OECD para gobierno corporativo, se hace en aras de facilitar el ejercicio en sus respectivos cargos, a la vez que les permite retener un juicio objetivo e independiente a la hora de tomar decisiones en aquellas materias en que se encuentren facultados. De esta forma también se evitan posibles conflictos de intereses y se allana el camino para permitir mayores grados de transparencia en la divulgación de información. "La separación del cargo de Presidente del Directorio del cargo de Gerente General resulta especialmente importante en las empresas públicas, en las que se suele considerar necesario potenciar la independencia del Directorio de la administración. El Presidente desempeña un papel clave al orientar al Directorio, garantizar que funciona eficientemente y promoviendo la participación activa de los miembros individuales del Directorio en la orientación estratégica de la empresa pública. Cuando el cargo de Presidente y el de Gerente General se encuentran separados, el Presidente también debería tener un papel en acordar con la entidad propietaria las habilidades y la experiencia profesional que el Directorio debería incluir para actuar de forma efectiva. Por lo tanto, la separación de la Presidencia del cargo de Gerente General debería considerarse una medida fundamental a la hora de establecer Directorios eficientes en las empresas públicas."⁵⁶

⁵⁶ *Ibíd.* p. 60.

Se recomienda una prohibición adicional, cual es, la de evitar la intercambiabilidad entre el Presidente y el Gerente General, además de evitar de que este último, una vez jubilado, pase a ser el Presidente de Directorio.

Otras consideraciones que la OECD tiene en cuenta en esta directriz se relacionan con la incorporación al directorio de miembros no ejecutivos con competencia, como una forma de aconsejar y orientar los directorios hacia ámbitos económicos basados en la expertiz económica y la idoneidad de estos asesores⁵⁷; la incorporación de cuotas justificadas en políticas de igualdad de género; la fijación de límites a las reelecciones de miembros del Directorio; los mecanismos de representatividad de trabajadores o miembros del personal en el Directorio, en aquellos casos en que así lo exija la legislación de cada país⁵⁸; la constitución de comités y comisiones cuando estos fueran necesarios para colaborar con el Directorio en el desempeño de sus funciones y evaluar su desempeño en materias como auditoría, gestión de riesgo y remuneraciones; y la realización de evaluaciones anuales de desempeño para todo el Directorio, de manera de analizar de mejor forma la observancia de las directrices y recomendaciones que realiza la OECD.

⁵⁷ El organismo internacional recomienda que estos asesores provengan del sector privado, en una muestra adicional de su constante prejuicio hacia las empresas estatales. A mi juicio, la idoneidad de estos asesores, de incorporarse, debe estar dada por sus capacidades académicas, profesionales y personales y no por su proveniencia del sector público o privado, lo cual deviene en irrelevante.

⁵⁸ La OECD exige que estos representantes, de conformar el Directorio, se encuentren sujetos a las mismas normas que los demás integrantes, con los derechos y obligaciones que esto conlleva. También se espera que sus procedimientos de designación se encuentren debidamente normados, y sean de conocimiento de todos quienes forman parte en la designación, poniendo particular énfasis en que sean los propios trabajadores quienes elijan a su representante.

Como una forma de concluir el análisis de estas directrices, es que bien vale la pena volver a sacar a la palestra el concepto, bastante repetido a lo largo de este capítulo, de balance, el cual debe existir entre el manejo de una empresa como tal, con cierta función pública que, sin ser parte del aparato estatal, estas empresas cumplen por ser el Estado su dueño. El balance debe reflejar las buenas prácticas empresariales, el balance influencia las seis directrices tratadas en este primer capítulo del trabajo, imbuidas por los seis principios para gobierno corporativo de la OECD.

Como bien sostiene la OECD, "Un reto fundamental es encontrar un balance entre la responsabilidad del Estado por el ejercicio activo de sus facultades como dueño, tales como el nominar y elegir la junta directiva, al mismo tiempo que se restringe de imponer innecesaria interferencia política en el manejo de la compañía" (N. del R: Esta cita fue traducida del preámbulo al texto original en inglés de las Directrices de la OECD para Gobierno Corporativo de Empresas Estatales, y no se utiliza una traducción oficial debido a que el preámbulo a la edición en español difiere en su texto al de la edición en inglés, siendo este último más sucinto en su redacción que el preámbulo en español)⁵⁹.

Así, lo que se pretende mediante la inserción de estas directrices en los ordenamientos jurídicos de los países que conforman la OECD es la obtención de este balance que permita a las empresas públicas competir a la

⁵⁹"A major challenge is to find a balance between the state's responsibility for actively exercising its ownership functions, such as the nomination and election of the board, while at the same time refraining from imposing undue political interference in the management of the company." OECD. 2005. OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises. Paris, OECD Publishing. p. 3.

par con las empresas del sector privado de la forma más eficiente posible, generándose a la vez una garantía recíproca con este sector de que las “reglas del juego” son las mismas para todos. Y lo que resulta más importante, le asegura al público en general que el interés nacional se ve salvaguardado por el accionar de las empresas estatales de una forma respetuosa de las leyes y que resulta transparente para la Nación toda.

Capítulo 2: El Caso Chileno.

1. Evolución Histórica

Desde la asunción al poder del presidente Pedro Aguirre Cerda en 1938 que las empresas estatales han jugado un rol preponderante en la economía nacional. Si bien antes de los llamados “gobiernos radicales” existían en nuestro país algunas empresas estatales, como el Arsenal Naval de la Armada⁶⁰, o la salitrera COSACH⁶¹, no será sino hasta que estos gobiernos implementen en Chile el modelo económico ISI (Industrialización por Sustitución de Importaciones), influenciados por la doctrina económica del Estado de Bienestar, que las empresas estatales adquieren mayor importancia.

Con la creación de la Corporación de Fomento de la Producción, CORFO, en 1939 (en gran medida impulsada por la Corporación de Reconstrucción y Auxilio, producto del gran terremoto de Chillán del mismo año), se produce el auge de la expansión empresarial estatal, por cuanto es

⁶⁰ Antecesor de ASMAR, Astilleros y Maestranzas de la Armada, empresa estatal creada en 1960

⁶¹ Compañía de Salitres de Chile, posteriormente reemplazada por COVENSA (Corporación de Ventas de Salitre y Yodo de Chile). Ambas compañías son los antecedentes históricos directos de la Sociedad Química y Minera de Chile, SOQUIMICH, empresa mixta que fue de propiedad estatal desde que CORFO adquiere la totalidad de los capitales privados en 1971, hasta su privatización en 1983.

este organismo el encargado de la creación de dichas empresas. Así, al alero de CORFO se crean numerosas empresas como ENDESA, CAP o ENAP por nombrar algunas⁶².

Por su parte, la importancia de la CORFO en estas materias también ha disminuido, de ser un ente creador y administrador de empresas estatales durante su época de mayor apogeo, a ser un organismo encargado de la innovación, fomentando la inversión en PYMES, el desarrollo tecnológico, etc.

Actualmente, el Estado de Chile cuenta con un número reducido de empresas si se compara con las que poseía durante gran parte del siglo XX, estando la mayoría de ellas destinadas a cubrir algunas necesidades públicas, como puedan ser el transporte o las telecomunicaciones, así como también cuenta con el monopolio en el campo de la fabricación de armamento, por motivos de orden público y de seguridad nacional. Dentro de estas empresas estatales, sin duda se pueden nombrar algunas que obviamente tienen mayor importancia para la economía nacional y, por lo tanto, cuentan con un mayor reconocimiento público. Tal es el caso de la ya mencionada ENAP, Correos de Chile, Televisión Nacional de Chile, Ferrocarriles del Estado, Banco Estado, y las dos empresas que serán motivo de un análisis exhaustivo en este trabajo, la Corporación Nacional del Cobre de Chile, CODELCO, y Metro S.A., encargada del tren subterráneo de pasajeros de Santiago.

⁶² De estas tres, actualmente sólo ENAP mantiene su carácter de empresa estatal, debido a las políticas privatizadoras implementadas por la dictadura militar durante la década de 1980.

2. Tratamiento Jurídico

Corresponde ahora el análisis relativo al tratamiento que se le da a estas empresas en nuestro ordenamiento jurídico y, en especial, la forma en que se recogen los principios y directrices recomendados por la OECD en la materia.

Retomando un argumento esbozado en el primer capítulo de este trabajo, referido a la directriz relativa a la existencia de un marco jurídico regulatorio efectivo para las empresas estatales y su presencia como primera recomendación de la OECD, es su inclusión en el ya citado inciso 2° del numeral 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Desde un punto de vista teórico, el texto constitucional establece un determinado concepto de orden público económico⁶³, el cual consagra, no de forma explícita, la existencia de una conocida construcción teórica, el llamado principio de subsidiariedad del Estado, lo que implica que “el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”⁶⁴. El ya citado artículo que autoriza la actuación empresarial del Estado entronca con este principio,

⁶³ Entendiéndolo como “*el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución*”. CEA, J.L. 1988. Tratado de la Constitución de 1980. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 151.

⁶⁴ MORALES, J. y ZAVALA, J.L. 2009. Derecho Económico. 3ª Edición Actualizada. Santiago, Thomson Reuters-Puntolex. p. 28.

pues la Constitución Política establece la regla para dicha actuación: el Estado sólo puede desarrollar o participar en actividades empresariales, previa autorización mediante una ley de quórum calificado, cuando se presentan deficiencias o insuficiencias en el actuar de los particulares o, siguiendo la declaración de principios del constituyente, en aquellos casos cuando las labores empresariales a realizar por el Estado resultan para los particulares incapaces de cubrir (caso de la Defensa Nacional y el monopolio de las armas, por ya mencionados motivos de seguridad nacional y orden público), por la importancia estratégica que tienen para la colectividad nacional (las llamadas “empresas estratégicas” como CODELCO), o porque requieren de un cierto grado de coordinación general que corresponde al Estado.

Lo anterior, en relación con la primera directriz, no hace más que delimitar el marco regulatorio básico que gobernará la vida jurídica de las empresas estatales, viéndose incorporado a la legislación nacional ya desde un punto de vista constitucional. Esto obviamente influencia toda la regulación de un nivel jerárquico inferior a la Constitución, puesto que en estos casos en que el Estado actúa de forma empresarial debe estar, como dijimos, autorizado por una ley aprobada con un quórum especial más alto que lo normal, al igual que cualquier otra ley que establezca beneficios o modificaciones legales necesarias para dicha actuación, entendiéndose que, para los demás casos, las empresas estatales deben regirse por el mismo régimen legal aplicable a los particulares.

Nuevamente, este análisis existe en Chile desde antes del ingreso a la OECD, por lo cual resulta pertinente notar como la primera directriz de gobierno corporativo para empresas estatales ya estaba presente -en gran medida- en nuestro ordenamiento jurídico, lo que es destacable.

Ante la jerarquía constitucional que goza este principio, ver su influencia en las demás normas jurídicas de inferior jerarquía -desde un punto de vista *kelseniano*- que rigen a las empresas estatales resulta más sencillo. De gran importancia en este punto resulta el análisis que se pueda hacer a la Ley 18.046, Sobre Sociedades Anónimas, por cuanto la OECD entiende que este tipo societario no sólo es altamente utilizado por las ventajas que significa el limitar la responsabilidad de los accionistas, sino que también porque puede prestarse para la existencia de abusos por parte de los accionistas con propiedad sobre un mayor porcentaje de acciones hacia aquellos accionistas minoritarios, como lo señalan Agosín y Pastén, "el problema principal del gobierno corporativo es la posibilidad que los accionistas mayoritarios se encuentren en posición de sustraer rentas de los accionistas minoritarios" (Traducción del Redactor)⁶⁵.

Esta visión crítica también fue compartida por la OECD cuando, en su *roadmap* para el ingreso de Chile al organismo, claramente expresó su preocupación en el apéndice A.VI del documento, sobre las modificaciones legales que nuestro país debía realizar en la materia, lo que dentro del

⁶⁵ "The main problem of corporate governance is the possibility that majority shareholders (or blockholders) may be in a position to extract rents from minority shareholders". AGOSÍN, M. y PASTÉN, E. 2003. Corporate Governance in Chile. Santiago, Banco Central de Chile, Documentos de Trabajo, 209. p. 5.

marco jurídico regulatorio para las empresas estatales resulta importante, ya que las exigencias del ente internacional derivaron en la dictación de una serie de modificaciones legales para el fortalecimiento del gobierno corporativo en Chile, como lo fue primero la Ley 20382 del 20 de Octubre de 2009, que introdujo nuevas modificaciones en materia de gobierno corporativo a la ya mencionada Ley de Sociedades Anónimas, además de la Ley 18045 de Mercado de Valores, que se encuentra intrínsecamente vinculada con la anterior. Estas modificaciones además van en la línea de lo que fue la aprobación el año 2000, de la Ley 19705, de OPA y Gobierno Corporativo para sociedades anónimas.

En el mensaje que la entonces Presidenta de la República Michelle Bachelet envió al Congreso para la aprobación de esta ley, se hace una referencia indirecta a los estudios de la OECD cuando se habla de un buen diagnóstico que estudios internacionales han realizado de la legislación nacional en materia de gobierno corporativo, al mismo tiempo que destaca que por ser una materia en constante evolución, la legislación debe estar frecuentemente siendo modernizada. Más elocuente en la materia fue el entonces Ministro de Hacienda Andrés Velasco, al sostener que “la importancia de aprobar el proyecto de ley (...) estriba no sólo en el ingreso de Chile a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), sino también como un hecho primario, cual es que llega un punto en el desarrollo de un país como Chile, en el que si las reglas del mercado accionario no son claras, los grandes inversionistas internacionales institucionales no tienen mayores incentivos para invertir en nuestro país. De

modo que se hace necesario, como el proyecto propone, contar con normas de acceso a la información iguales para todos los actores del mercado, cualquiera sea su tamaño”⁶⁶. Las modificaciones a las que apuntaba esta ley para la materia tocan temas variados donde nuestra legislación mostraba deficiencia, como lo son: la información (tanto su divulgación como el uso de la misma, especialmente cuando se trata de información privilegiada), el funcionamiento de los directorios (imponiendo obligaciones de incorporar directores independientes a sociedades de cierto tamaño), el funcionamiento de las juntas de accionistas, y la fiscalización, entre otros.

Para las empresas estatales es relevante, no sólo por la organización societaria que tienen algunas de estas compañías como lo son Metro o Banco Estado –obviamente relacionado con las leyes propias que rigen a dichas empresas, como el DL 2079 que es la Ley Orgánica de dicha institución financiera-, sino que es importante en aquellas sociedades de propiedad mixta donde el Estado es accionista, ya sea mediante CORFO o por medio de algunas de sus empresas en la sociedad (como el caso de la Sociedad Minera el Abra, cuyo 49% es propiedad de CODELCO). De esta forma, además, se cumplía con las exigencias de la OECD en materia de gobierno corporativo según texto de 2004, relevantes para los intereses nacionales de formar parte del organismo.

Dentro de lo expuesto en relación con el marco jurídico regulatorio efectivo, puede verse que claramente se encuentran presentes exigencias correspondientes a otros principios y directrices de la OECD y es que, como

⁶⁶ Ob. Cit. BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. 2009. p. 450.

se expuso en el capítulo anterior, no se puede pretender realizar un análisis aislado de dichos principios por las evidentes relaciones entre ellos. Así, en el caso de la segunda directriz, relacionado al actuar como propietario por parte del Estado y la ya tratada separación de funciones que debe existir, es justamente un eficaz marco regulatorio el que asegura la presencia de esta realidad. El mismo numeral 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental es elocuente al respecto, cuando establece en su inciso segundo las hipótesis que autorizan que el Estado desarrolle actividad empresarial.

Una demostración práctica de lo anterior y de esta separación de funciones es el hecho de que la Ley 18575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado no incorpora a las empresas estatales en su totalidad las cuales, como se expuso, o cuentan con leyes de quórum calificado especiales o se rigen por la legislación común aplicable a sus pares del sector privado; estando bajo el régimen de la administración estatal para temas como la aplicación del principio de probidad administrativa (artículo 54), inhabilidades para optar a cargos (Párrafo 2° del Título III), declaración de intereses (Párrafo 3°), la fiscalización de la Contraloría General de la República y, en general, las formas de hacer valer la responsabilidad respecto de los temas mencionados (incumplimiento de la probidad administrativa, de inhabilidades, o de la declaración de intereses).

Volviendo a las leyes de quórum calificado, son estas mismas las que determinan la justificación por la cual se permite al Estado actuar de forma empresarial, y que fijan los objetivos y lineamientos que seguirán las

empresas, cumpliéndose el requisito de poder separar de forma efectiva estos fines de las empresas, de aquellos propios del gobierno, alejándolos de ser fruto de juegos de poder o de aprovechamientos políticos.

Dónde sí el país se encontraba en deuda es en lo relativo a la designación e independencia de algunos directivos de empresas estatales ,y de particular importancia, a la recomendación que realiza la OCDE para que exista un órgano central encargado de la coordinación o de la administración de las empresas estatales⁶⁷.

Tratando en primer lugar el tema de los directivos, la importancia radica en que estos no puedan ser instrumentalizados por el poder político de turno ni que sean derechamente funcionarios públicos de la administración estatal a menos que no hubiera alternativa, o bien, que existan mecanismos en el marco regulatorio que permitan asegurar la independencia en el actuar de estos funcionarios. Al respecto, resulta evidente que para los casos de organización o participación en sociedades anónimas, esto puede resultar mucho más complejo, más aún tras las modificaciones en materia de gobierno corporativo a la Ley de Sociedades Anónimas; sí era un problema que se veía más palpable en relación con 2 empresas importantes, como son CODELCO y ENAP, y la forma en que se designaban los miembros de sus directorios.

⁶⁷ Tema que aún no se logra resolver del todo. Ejemplo de esto es con el reciente caso de La Polar, y como algunos miembros de su directorio, responsables por el escándalo financiero de la repactación unilateral de deudas, formaban parte del directorio de empresas estatales, nombrados por el Presidente de la República.

Si bien en el caso de CODELCO la situación ha sido subsanada en buena forma con la modificación que sus estatutos sufrieron en materia de gobierno corporativo ajustándose a las recomendaciones de la OECD, para el caso de ENAP, la conformación y designación de los miembros de su directorio se ha mantenido incólume por más de 30 años, siendo evidente la influencia que el poder político de turno puede tener sobre la estructura dirigenal de la empresa. El tema en este punto, si bien se ha modificado en algo, merece la mantención de esta crítica, especialmente en lo relativo a la participación que algunos ministros de Estado tienen en los directorios de ciertas empresas, resaltando la misma ENAP entre las destacadas⁶⁸, además de otras como ENAMI, ya que esto puede comprometer la independencia de la empresa estatal que podría verse entorpecida por el poder político de turno⁶⁹.

Para el tema de un organismo de administración o de coordinación de las empresas estatales planteado en la segunda directriz, la OECD establece de forma clara las funciones y exigencias que dicho organismo debe tener. "Con el fin de conseguir identificar claramente la función de propiedad, se la puede centralizar en una única entidad, bien de carácter independiente o bajo la autoridad de un ministerio. Este enfoque ayudaría a clarificar la política de propiedad y su orientación, y también garantizaría su aplicación de forma más consistente. La centralización de la función de propiedad también podría facilitar el potenciar y combinar competencias

⁶⁸ El Ministro de Energía es de hecho el Presidente del Directorio de la estatal petrolera.

⁶⁹ Los ministros de Minería y Hacienda tenía participación en el directorio de CODELCO hasta antes de la reforma a los estatutos de la empresa en 2009.

relevantes mediante la organización de "equipos" de expertos en temas clave, como informes financieros o nominación de Directorios. De esta forma, la centralización puede jugar un papel importante en el desarrollo de divulgación agregada de la propiedad del Estado. Por último, la centralización también constituye una forma efectiva de separar claramente el ejercicio de las funciones de propiedad de otras actividades que el Estado lleva a cabo, especialmente la regulación del mercado y la política industrial, como se indicó anteriormente"⁷⁰.

Podríamos decir, a priori, que nuestro país cumple con la exigencia, debido a la existencia del Comité del Sistema de Empresas Públicas de Chile (SEP) dependiente de la CORFO, un verdadero holding de empresas estatales encargado de administrar las empresas cuya propiedad pertenezca a dicho organismo, como también se ocupa de la administración de las acciones y de ejercer los derechos en aquellas sociedades donde el Estado, mediante CORFO, tiene participación. SEP Chile también cuenta con facultades de consultoría técnica y asesoría⁷¹.

CORFO, mediante la creación de SEP el 2001 han jugado un rol importante en materia administrativa de empresas estatales y claramente parece ajustarse a lo expresado por la OCDE. Una forma de evidenciar esta importancia que se ha buscado dar al Comité del Sistema de Empresas

⁷⁰Ob. Cit. OECD. 2011. p. 32.

⁷¹ En la actualidad, SEP Chile agrupa a todas las empresas portuarias del país (Arica, Iquique, Antofagasta, Coquimbo, Valparaíso, San Antonio, Talcahuano-San Vicente, Puerto Montt, Chacabuco y Austral); a empresas de transporte (EFE y Metro); empresas de servicios (aquí se cuentan, entre varias, algunas emblemáticas como la Casa de Moneda, Correos de Chile, Polla Chilena de Beneficencia y la Zona Franca de Iquique -ZOFRI-), a la vez que administra las acciones que el Estado tiene en algunas empresas sanitarias.

Públicas vino el 2008, cuando se dicta el Código SEP, destinado a regir a todas las empresas administradas por dicho organismo en materia de gobierno corporativo y ética empresarial. La publicación del mismo, así como su disponibilidad vía Internet obviamente apuntan a cumplir con las exigencias en materia de divulgación y transparencia. Resulta atractivo en este Código el hecho que recoge todas las directrices de la OECD que han sido tratadas hasta este momento, si bien no en el mismo orden enunciativo en que lo realiza el organismo internacional, y se encontraba elaborado antes de ingreso de Chile al organismo, lo que es un esfuerzo remarcable.

Así el Código se encuentra dividido en las siguientes secciones: (i) Descripción general de la misión, visión, funciones y atribuciones; (ii) Código de Ética cuyo ámbito de aplicación es extensivo a directores, ejecutivos y trabajadores de las empresas; (iii) Principios y buenas prácticas de gobierno corporativo, y los roles que deben cumplir los directorios, presidentes y comités; (iv) Instructivos y circulares vigentes dictados por SEP, agrupados por materias; (v) Requerimientos de información periódica y permanente; y (vi) Descripción del marco constitucional y legal que rige a las empresas SEP.

Este Código marca un antes y un después en materia de gobierno corporativo para empresas estatales, puesto que es uno de los primeros cuerpos normativos dictados tras la publicación el 2007 de la hoja de ruta de la OECD para el ingreso de nuestro país al organismo, donde se ven incorporados de forma expresa todas las directrices y principios que en la materia deben regir nuestras empresas públicas que se encuentran bajo

dicho ámbito de aplicación, por lo cual es un gran salto en la dirección adecuada que debe ser no sólo destacado, sino que mantenido de forma adecuada con el paso del tiempo.

Sin embargo, una crítica que resulta de lo expuesto es que las atribuciones de ambos organismos se limitan sólo a aquellas empresas donde la CORFO tenga una presencia, por lo cual cabe la pregunta de por qué no fortalecer dichas atribuciones.

Claramente CORFO ya no es un organismo con tanto poder como llegó a serlo durante el siglo XX como se expuso en la parte histórica de este capítulo, justamente por el cambio de paradigmas económicos y en las ideas plasmadas en la Constitución, por lo cual el intentar reforzar esta Corporación sin duda podría parecer hasta chocante para algunos sectores de la política nacional.

Sin embargo, el fortalecimiento por el cual abogo no pasa sólo por querer cumplir con las exigencias que impone la OECD, sino que debe ser reflejo de la búsqueda por un mejoramiento de las empresas estatales del país en aras del desarrollo del mismo. Una buena forma de realizar esto podría ser el establecer comités regionales empresariales que facilitaran la aplicación de políticas, así como la toma de decisiones en las empresas estatales, pudiendo también tener en consideración factores propios de cada territorio geográfico que puedan maximizar la eficiencia de las empresas.

Otra alternativa es ampliar las facultades de asesoría que tiene SEP, perfeccionándolas para que vaya en directo beneficio de las empresas que administra, siguiendo recomendaciones directas de la OECD

que busquen la creación de valores agregados en las mismas empresas mediante capacitación de futuros ejecutivos o creando comités o paneles de expertos asociados por temas en particular, lo que facilitaría su implementación como también las discusiones de cada tema en beneficio de las empresas estatales. Estas mismas medidas pueden beneficiar también al sector privado mediante la capacitación y asesoría que CORFO otorga a las PYMES, por lo cual fortalecer el Comité del Sistema de Empresas sin duda es una medida que iría en beneficio de la economía nacional.

Relacionado con SEP Chile, se encuentra también el tratamiento normativo de las directrices relativas al tratamiento de los accionistas y a la forma en que el Estado se relaciona con los mismos.

Al amparo de los principios y directrices estudiados es relevante que la forma en que esta participación en sociedades, especialmente en lo casos cuando el dominio es compartido con particulares, sea la más adecuada conforme al marco regulatorio, puesto que el estatus que el Estado tiene *per se* podría llevar a disparidades e incluso a abusos en la forma de ejercer los derechos sociales, en el reparto de utilidades, o incluso a discriminaciones arbitrarias hacia los demás accionistas que, además, caerían en contradicción con principios constitucionales.

Es por lo anterior que la ley establece que para los casos de las empresas estatales, salvo régimen especial, se regirán por ley común. En este caso, la reformada Ley de Sociedades Anónimas es ejemplar. Que las empresas estatales sigan el régimen común no sólo sirve para cumplir con exigencias legales, sino que facilita el ámbito de fiscalización, por cuanto se

someten las compañías a los mismos entes fiscalizadores y de supervigilancia. Recaltar además la importancia para las empresas estatales que se organizan como S.A., como el caso de Metro, además de tener en consideración las sociedades de propiedad mixta.

En materia de protección de accionistas minoritarios la OECD plantea en sus directrices lo siguiente: "debe protegerse a los accionistas minoritarios de las acciones abusivas de los accionistas controladores, o que benefician a estos, tanto directa como indirectamente, y los accionistas minoritarios deberían disponer de medios de compensación efectivos"⁷².

Esta protección a los accionistas minoritarios puede aplicar para ambos efectos en aquellos casos en que el Estado tuviera esta calidad (una situación que se presenta en nuestro país en los casos de las empresas sanitarias en las cuales aún posee una participación accionaria minoritaria). El gobierno de la entonces Presidenta Bachelet entendió este tema como una de las principales deficiencias que en materia de gobiernos corporativos presentaba la legislación nacional; de la misma forma lo entendió la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, al encargar un estudio particular en la materia y hacer expresa referencia a los principios de la OECD y a como estos debían de ser incorporados en la legislación chilena⁷³.

Dentro de estas medidas resulta destacable la incorporación a la legislación de la figura del "director independiente" como un garante de seguridad para los derechos de los accionistas minoritarios y como un

⁷²Ob.Cit. OECD. 2011. p. 33.

⁷³ Ob. Cit. BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. pp. 193-206.

puente entre los mismos y los mayoritarios, en aquellas sociedades anónimas abiertas con un gran patrimonio bursátil (mayor o igual a 1500000 UF), y donde exista un cierto grado de concentración en sus acciones (12,5% de las acciones con derecho a voto en manos de accionistas que controlen o posean al menos 10% de ellas)⁷⁴. Esta figura cumple con lo planteado por la OECD también en materia de gobierno corporativo para empresas estatales ya que, en relación con la cuarta directriz, se plantea la recomendación expresa de establecer directores independientes o una institución similar a la del *Ombudsman*.

Otro tema importante dentro de lo propuesto por la OECD es la exigencia de códigos de ética para las empresas estatales. Es importante destacar que se trata de una materia sobre la cual cada vez se ha ido tomando más conciencia; en el mismo punto se destaca la adopción de un código ético por parte de Metro S.A., así como la publicación de reportes de sustentabilidad. En este mismo sentido, el ya mencionado código de SEP Chile.

Avanzando al tema de transparencia y divulgación, es una directriz cuyos principios inspiradores han experimentado un gran auge en los últimos años en nuestro país producto de la publicación de la Ley 20.285, de Acceso a la Información Pública la cual, debido a su importancia e impacto cultural, requiere un subtítulo para un análisis más detenido.

⁷⁴ Art. 2, numerales 18, 19 y 32, Ley 20.382.

2.1.- Ley 20285 de Acceso a la Información Pública

La Ley 20285, comúnmente conocida como "*Ley de Transparencia*" fue publicada el 20 de Agosto del año 2008. Esta ley contaba con un período de vacancia de ocho meses para que el Estado se pusiera al día en las exigencias que planteaba, como consta en el artículo transitorio; por tanto, su entrada en vigencia ocurre en Abril del año 2009. Esta ley además correspondía al elemento más importante de la llamada "*Agenda de Probidad y Transparencia*" que había impulsado el gobierno de la presidenta Bachelet, por sus implicancias en cuanto a la modernización del Estado y al flujo de información que pasaría a estar disponible al público en general, a la vez que otorga un nuevo medio de fiscalización y control, esta vez ciudadano, para evitar la corrupción.

Esta ley fue el resultado final de un proceso que se inicia en 1994 bajo la presidencia de Eduardo Frei Ruiz-Tagle con la creación de la Comisión Nacional de Ética Pública, y que acumula otros antecedentes mediatos, como lo es la publicación de la Ley 19653 en 1999, conocida como "*Ley de Probidad*", y que fue fruto del trabajo de dicha Comisión.

Pasando al análisis de la Ley 20285, es necesario en primer lugar, mencionar que su revisión se hará teniendo en consideración el tema central de este trabajo, que son las empresas estatales, por lo tanto, algunas disposiciones de esta ley no serán tratadas *in extenso* en atención al espacio y tema.

Ahora bien, aquilatando el cuerpo de la ley, destaca su relación intrínseca con el artículo 8 de la Constitución Política de la República⁷⁵, el cual establece el principio de probidad para la administración pública, cuya observancia debe asegurarse en cada actuación de un titular de las funciones públicas. Importante además es el inciso segundo de dicho artículo, puesto que establece el carácter de público de todos los actos y resoluciones del Estado salvo que una ley de quórum calificado estableciera la reserva o el secreto de éstos. Queda claro que sin este precepto constitucional que le otorgue la validez adecuada, la Ley de Transparencia posiblemente no podría haberse convertido en el eficaz instrumento que es hoy en día. Por lo mismo, que el texto del artículo 1 comience estableciendo en su primer inciso, que será esta ley la encargada de regular "el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información"⁷⁶.

La ley tiene un ámbito de aplicación extensivo a toda la administración del Estado según su artículo segundo, lo que se hace extensivo a las empresas públicas cuando estas sean en totalidad propiedad del Estado, o en aquellas sociedades anónimas donde el Estado sea el dueño del 50% de las acciones o tenga participación mayoritaria en el

⁷⁵ Este artículo fue incorporado el año 2005, luego de que el texto original se encontrara derogado desde el año 1989.

⁷⁶ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2008. Ley 20285: Sobre Acceso a la Información Pública, 20 de agosto de 2008.

directorio, y sólo respecto de aquellas materias expresamente señaladas por la ley; lo anterior es en relación con las siguientes materias, según el artículo décimo de las disposiciones transitorias de la ley:

- a) El marco normativo que les sea aplicable.
- b) Su estructura orgánica u organización interna.
- c) Las funciones y competencias de cada una de sus unidades u órganos internos.
- d) Sus estados financieros y memorias anuales.
- e) Sus filiales o coligadas y todas las entidades en que tengan participación, representación e intervención, cualquiera sea su naturaleza y el fundamento normativo que la justifica.
- f) La composición de sus directorios y la individualización de los responsables de la gestión y administración de la empresa.
- g) Información consolidada del personal.
- h) Toda remuneración percibida en el año por cada Director, Presidente Ejecutivo o Vicepresidente Ejecutivo y Gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa, incluso aquellas que provengan de funciones o empleos distintos del ejercicio de su cargo que le hayan sido conferidos por la empresa, o por concepto de gastos de representación, viáticos, regalías y, en general, todo otro estipendio. Asimismo, deberá incluirse, de forma global y consolidada, la remuneración total percibida por el personal de la empresa”⁷⁷.

⁷⁷ *Ibíd.*

Este mismo artículo décimo transitorio hace una mención directa al artículo 8 de la Constitución, estableciendo su aplicación a las empresas estatales respecto de las mismas materias en el ámbito de aplicación de la ley de transparencia que son exigibles a dichas empresas⁷⁸. El inciso final del citado artículo de la Ley 20285 impone a estas mismas empresas, sin importar el estatuto especial que las rija, la obligación de dar cuenta de la información a la Superintendencia de Valores y Seguros o bien a la superintendencia respectiva que las fiscalice bajo el mismo régimen en que las sociedades anónimas abiertas deben dar cuenta de sus actividades -de incumplir el mandato de la ley, se les aplicará a los directores responsables una multa en beneficio fiscal de hasta 500 UF-. Además, se establece la obligación de las empresas de incorporar en sus sitios de internet un apartado sobre probidad y transparencia donde se pueda divulgar la información en forma completa, su fácil identificación y de acceso rápido.

Nuevamente se cumple la máxima constitucional, presente también en las directrices OECD, de que el régimen legal aplicable en esta materia sea común para todos los agentes económicos. Así como se ha implementado un sitio web oficial para asuntos relativos a la ley de transparencia, cada empresa ha emprendido el mismo camino en sus respectivas páginas de Internet, colocando un apartado especial destinado a probidad, transparencia y divulgación en los temas que la ley les impone. En esta misma materia, la dictación de códigos de ética o de gobierno

⁷⁸ El mismo texto de la ley ejemplifica, enunciando -no de forma taxativa- algunas empresas estatales a las cuales se les aplica esta disposición, como TVN, ENAMI, EFE, CODELCO y Banco Estado.

corporativo por algunas empresas del Estado es un paso en la dirección correcta al estándar internacional.

Volviendo al análisis de la quinta directriz, y en la misma dirección de lo analizado previamente respecto a la ley de transparencia, la publicación de informes anuales por parte de SEP Chile apunta a cumplir con los estándares internacionales, lo que también es recogido por la OECD como una exigencia dentro de esta directriz.

Avanzando ahora a la responsabilidad de los órganos directivos, tratado en la última directriz de la OCDE, también se trata de un tema en el cual se ha avanzado bastante. Si bien en el tema de las sociedades anónimas existía ya un control exigente, la reciente reforma no hizo más que fortalecer la forma de exigir la responsabilidad a los directivos, como también su fiscalización, lo que claramente tiene aplicación para las empresas estatales. Lo que es importante destacar es cómo se establece un cambio en el régimen de responsabilidad de los directorios de las empresas que no se encuentran organizadas bajo este tipo societario, resultando el caso de CODELCO emblemático, ya que la reforma a los estatutos de la corporación iguala el régimen de responsabilidad de sus directivos al de los directorios de las sociedades anónimas, lo que claramente apunta a reforzar un área que se percibía no sólo dentro de Chile, sino que a nivel internacional, como débil en nuestra legislación. Por lo mismo, igualar el funcionamiento y el régimen de responsabilidad del directorio a aquel de las anónimas abiertas es un gran paso hacia mejores niveles de gobierno corporativo y claramente

se ajusta a lo solicitado por la OECD a Chile para su admisión a formar parte del tratado.

Otro importante aspecto en relación con la responsabilidad es la promulgación y publicación de la Ley 20393 que establece la responsabilidad penal para las personas jurídicas en una serie de delitos. La importancia de esta ley hace que se vuelva necesario dedicarle un análisis pormenorizado para entender de mejor forma los alcances de esta reforma y la manera en que se relaciona con las directrices y principios de gobierno corporativo, y cómo afectan a las empresas estatales.

Antes de hablar sobre esta importante modificación legal, es necesario referirse al concepto de responsabilidad penal para poder entender a cabalidad las implicancias en la publicación de esta ley.

La responsabilidad penal se puede conceptualizar como aquella en que incurre un sujeto cuando realiza una conducta (acción u omisión) violando el deber de conducta que la ley impone, afectando un bien jurídico, razón por la cual, el acto acarrea una consecuencia jurídica.

Tradicionalmente la responsabilidad penal se ha entendido como un atributo de las personas naturales, excluyendo así a las personas jurídicas. En efecto, el principio clásico reflejado en el aforismo "*societas delinquere non potest*"⁷⁹ ha regido tradicionalmente la materia puesto que se estima que las personas jurídicas no poseen voluntad (elemento subjetivo del tipo penal), por lo tanto, no pueden incurrir en dolo; es por esto que se estima por gran parte de la doctrina que las personas jurídicas no pueden incurrir en

⁷⁹ "Las Sociedades no pueden delinquir"

dicha responsabilidad. Este mismo principio constituye la base del art. 58 del Código Procesal Penal⁸⁰ y antiguamente imbuía al Código de Procedimiento Penal en su art. 39.

El tema se ha discutido arduamente, especialmente durante las últimas décadas, principalmente en Europa, donde existen posturas encontradas al respecto entre quienes mantienen la posición tradicional de que las personas jurídicas, por tratarse de ficciones a las cuales les resulta imposible realizar acciones desde el punto de vista penal, por lo cual no podrían tener culpabilidad. Por su parte, las posturas favorables a este tipo de responsabilidad sostienen la utilidad de la misma, desde un punto de vista de necesidades político-criminales, como un contrapeso al poder de las empresas, además de estimarse que la posibilidad de sancionar penalmente a las personas naturales responsables de las personas jurídicas no sería suficiente para sancionar los delitos ni estaría actuando de forma disuasiva para evitar la comisión de delitos a futuro⁸¹.

A continuación corresponde analizar la discusión en la materia que se realizó en Chile con motivo de la aprobación de la Ley 20393 que estableció este nuevo estatuto de responsabilidad, pensando en el ingreso de Chile a la OCDE, volviéndose así en un caso de estudio emblemático.

⁸⁰ Artículo 58.- Responsabilidad penal. La acción penal, fuere pública o privada, no puede entablarse sino contra las personas responsables del delito.

La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare.

⁸¹ A más abundamiento, BOFILL, J. 2011. Estructuras de Imputación y Prevención de Delitos al interior de la Persona Jurídica. En: Gobiernos Corporativos. Aspectos Esenciales de las reformas a su regulación. Santiago, Universidad Adolfo Ibáñez. AbeledoPerrot - Thomson Reuters. pp. 175-195.

2.2.- Ley 20393, Establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los Delitos de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Delitos de Cohecho que Indica.

Antes de hablar de la ley propiamente tal, es necesario analizar los antecedentes que influyeron en la discusión sobre este cuerpo legal, siendo necesario mencionar la preponderancia que tuvo la *"Convención de la OECD para Combatir el Cohecho de los Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales"*.

En efecto, el artículo 2 de la Convención contiene la norma capital en la materia al establecer que cada Estado miembros de la OCDE "tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas morales⁸² por el cohecho de un servidor público extranjero"⁸³. En este punto resulta interesante recalcar el hecho que la propia convención establece que las medidas deben encontrarse en concordancia con los principios legales del país (los que, como se dijo, en Chile hacían valer el principio *"societas delinquere non potest"*) por lo tanto, como sostienen algunos tratadistas, era perfectamente posible que Chile pudiera sancionar personas jurídicas cumpliendo las exigencias de la OCDE sin la necesidad de instaurar un régimen de responsabilidad penal, ya que se podían establecer medidas sancionatorias o disuasivas sin fijar un nuevo estatuto de responsabilidad⁸⁴.

⁸² Sinónimo de persona jurídica.

⁸³ OECD. 2010. Convención Para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales y Documentos Relacionados. París, OECD Publishing.

⁸⁴ Ob. Cit. BOFILL. p. 180.

En el mismo sentido, un comentario expreso realizado a la Convención por un grupo de trabajo de la OCDE, el cual según los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena, son fuentes vinculantes para su interpretación. Así, se debe entender que la decisión de establecer un sistema de responsabilidad penal como el que se instauró, no bien obedecía a las razones ya comentadas, no vino de una exigencia expresa de la OCDE sino que se trató de una decisión política.

Para complementar lo anterior, otros textos internacionales que sirven de antecedente a la dictación de la normativa chilena son la Convención de la ONU contra la Corrupción cuyo artículo 26⁸⁵ trata sobre Responsabilidad de Personas Jurídicas, con una interpretación similar a la que realiza la OCDE, aunque de mayor extensión, dejando a elección de los Estados contratantes la adopción de su régimen sancionatorio en concordancia con sus principios de derecho interno; la Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional; el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo; la Resolución n° 1373 del Consejo de Seguridad de la ONU; y las 40+9

⁸⁵ Responsabilidad de las Personas Jurídicas

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.

3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos.

4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.

Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional para Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

Ahora podemos pasar de lleno al análisis de la Ley 20.393.

Esta ley fue publicada el 2 de Diciembre de 2009, fecha que no resulta azarosa puesto que durante el proceso de tramitación de esta ley en el Congreso existía la conciencia que debía encontrarse aprobada hacia fines de Octubre (en definitiva, fue promulgada el 25 de Noviembre de dicho año), lo que ciertamente coartó y condicionó los plazos de la discusión legislativa en el tema en pos de lo que se consideraba como un "*desafío país*", cual es, el cumplimiento de las exigencias para el ingreso de Chile a la OCDE.

Y es que, en efecto, y como fuera mencionado previamente, la aprobación de esta ley siempre fue pensando en el ingreso de Chile a la OCDE, tanto así que quedó constancia en el mensaje presidencial enviado al Congreso el 16 de Marzo de 2009, donde se evidencia que el interés de aprobación de esta ley obedecía más al cumplimiento de los requisitos de la OCDE que al cumplimiento de compromisos internacionales por parte de Chile, o bien, a un impulso de querer perfeccionar la normativa nacional.

Como se ve, este condicionamiento fue lo que llevó, en parte, al establecimiento de este sistema de responsabilidad penal, que en una primera instancia había sido denominado vagamente como "*responsabilidad legal*" (pese al contenido penal de la misma), el cual sólo fue modificado una vez entrada la discusión en un segundo trámite constitucional en el Senado, lo que demuestra tanto premura como flexibilidad en la tramitación, lo que en

parte contribuyó a la rápida adopción de un régimen de responsabilidad penal, con las ventajas y desventajas ya comentadas.

En efecto, esto se recoge en el informe de la Comisión de Constitución; Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, ya que se adopta una de las posibles variantes existentes en el derecho comparado y se le adapta a la realidad nacional, a la vez que se cumplen con los requisitos impuestos por la OCDE, se adoptan los compromisos internacionales; recordar que los textos mencionados en los antecedentes de esta ley no poseen el carácter de normas autoejecutables, por lo cual, se debe regular mediante la dictación de leyes, perfeccionado así la legislación.

De todas formas, la crítica subsiste por parte de autores como Bofill (quien estuvo presente y participó activamente durante la tramitación de la ley), o Hernández, de que estas circunstancias coartaron el debate en lo que se refería a sistemas de responsabilidad o a la posibilidad de incorporar otros delitos, además del "*numerus clausus*" por el que se terminó optando dentro del contenido de la ley.

No obstante las críticas, es necesario sostener que de la variada gama de alternativas disponibles, se optó por la que resulta más conveniente. Esto no sólo es así por existir estatutos de responsabilidad similares en Francia, Inglaterra e Italia -país este último del cual provenían varios expertos que asesoraron en la materia-, sino porque a la luz de nuestro actual sistema procesal penal⁸⁶, y sus fortalezas en lo que a

⁸⁶ Aún llamado por muchos como "nuevo" -en antonomasia al anterior procedimiento- pese a que han transcurrido varios años desde su entrada en vigencia.

independencia de la investigación, estructuración y claridad en el desarrollo del proceso, y garantías procesales y penales que entrega, se presentaba como apto para recibir los procedimientos que derivaran de un estatuto de responsabilidad penal⁸⁷, esto en contraposición a, por ejemplo, un sistema de responsabilidad civil, donde se debería, en primer lugar, dilucidar si se estaría tratando de responsabilidad contractual o extracontractual; además de los problemas que presenta el sistema civil con tribunales colapsados de trabajo y la lentitud de los procedimientos escritos en contraste a la oralidad del proceso penal; o un sistema de responsabilidad administrativa, considerando que los tribunales administrativos nunca se han implementado en nuestro país y no se pretendería entregar la facultad de juzgar por estos ilícitos, por ejemplo, al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, no sólo por estar fuera de su ámbito de competencia, sino porque este tribunal trata materias de ilícitos administrativos y con las reformas legales de los últimos decenios, se eliminaron las sanciones penales en la materia.

Por tanto, no bien ciertas críticas que se pueden realizar -todas válidas por cierto-, no se puede obviar el hecho que el sistema de

⁸⁷ El mismo Bofill resumiría la posición que generó consenso de la siguiente forma: "...este proyecto, al establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, altera la tradición jurídica nacional y no es necesariamente la única forma de cumplir los compromisos internacionales de Chile. Sin embargo, en la medida que se consagre un sistema que entregue no sólo herramientas al Ministerio Público y a los tribunales para sancionar, sino que, además, dote a las personas jurídicas de posibilidades para ejercer adecuada defensa, se construirá un mecanismo duro -por tratarse de un sistema sancionatorio de los más extremos que contempla la legislación (el Derecho Penal)- pero, al mismo tiempo, sería un sistema que aseguraría garantías al imputado y, esto últimamente, siempre debe ponderarse positivamente (...) el proyecto aborda un tema complejo, pero al mismo tiempo se presenta como una oportunidad para regular adecuadamente un sistema de garantías de que podrían disponer las personas jurídicas." - RIVEROS, E. 2010. Establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: Transparencia en el ámbito público y privado: Balance y desafíos pendientes. Santiago, Chile Transparente. p. 112.

responsabilidad elegido es el que resultaba más beneficioso para nuestro ordenamiento jurídico.

Como bien dice Edgardo Riveros al referirse a la ley, "esta norma, esencialmente preventiva, sitúa a nuestro país entre aquellos que procuran, a través de su sistema legal, resguardar las buenas prácticas. En este caso específico, se procura evitar que nuestro territorio sea utilizado para acciones que tan fuertemente afectan la convivencia social y la esencia de la integridad humana, como el lavado de dinero o el terrorismo, o aquellas que dañan las reglas de una competencia económica sin ventajas mañosas, como es el caso del cohecho. En este contexto se debe entender que el concepto de prevención adquiere un doble carácter, por una parte, el que se refiere a la persona jurídica a objeto de no quedar ellas expuestas a los efectos de la ley que hemos analizado en estas líneas y, por otra, la que se vincula al Estado, aunque se trate de delitos de escasa o ninguna ocurrencia, toda vez que se adopta un dispositivo jurídico riguroso para alejar la posibilidad de que ellos ocurran."⁸⁸

Pasando al análisis de las disposiciones de la ley, en primer lugar se debe mencionar el alcance que ésta posee, haciéndose extensiva su aplicación, en primer lugar, a las personas jurídicas de derecho privado, con o sin fines de lucro y, además, a las empresas del Estado⁸⁹. El artículo 2 de este cuerpo legal establece su aplicabilidad de forma expresa a dichas empresas.

⁸⁸ *Ibíd.* p. 116.

⁸⁹ En este sentido, se cumple con una de las exigencias en materia de gobierno corporativo de la OCDE.

Como bien se entenderá, al ser las personas jurídicas entes ficticios a la luz de lo dispuesto en el artículo 545 del Código Civil, acogiendo la visión de Savigny en la materia, la responsabilidad a la que alude este cuerpo legal recae, como bien sostiene su artículo 3, cuando “fueren cometidos por directa e indirectamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión (...) Serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados.”⁹⁰

Por su parte, el artículo quinto de la ley complementa el marco normativo del sistema de responsabilidad, ya que es éste el que trata de forma directa la responsabilidad que le cae a las personas jurídicas, la cual es autónoma de lo que suceda con las personas naturales que las llevaron a cabo. Esto resulta relevante puesto que el artículo establece que se puede perseguir la responsabilidad de la persona jurídica, no bien la investigación y el juicio no hayan podido atribuir responsabilidad a una persona natural en particular; incluso puede subsistir no bien esté extinta la responsabilidad penal de la persona natural. Es necesario mencionar que este punto fue el

⁹⁰ CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley 20393: Establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los Delitos de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Delitos de Cohecho que indica, 2 de Diciembre de 2009.

que mayor controversia y discusión concitó en la etapa de tramitación de la ley.

Además, la ley incorpora como circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal la agravante de la persona jurídica haber sido condenada por el mismo delito en los últimos 5 años.

Tratando el tema de la extinción de la responsabilidad penal, esto puede darse por las mismas causales del art. 93 del Código Penal, con excepción de su numeral 1° (muerte del responsable) por razones que resultan obvias.

En relación con el ámbito de prevención, la norma establece en su artículo 4° un modelo respecto de la comisión de delitos por parte de personas naturales al interior de la persona jurídica, mediante la creación de criterios generales. En el fondo, la ley busca fomentar una cultura de autorregulación dentro de las empresas, con injerencia mínima del Estado, justamente mediante la fijación de estos criterios. Este sistema tiene la particularidad, y se entiende como un avance importante de nuestra legislación, de que fija un modelo de prevención con certificación, ya que se encarga a un tercero especializado (*"encargado de prevención"*) la observancia del cumplimiento de la misma dentro de la empresa. Es por esto que la ley, además de fijar criterios, entrega medios y facultades al encargado de prevención para el cumplimiento adecuado de su labor.

Pasando ahora a las penas que pueden recaer por la comisión de los delitos de lavado de activos, cohecho o financiamiento del terrorismo, la

ley fija pena de crimen para la comisión del primero de dichos delitos, mientras que para los otros dos, establece la de simple delito -Artículo 14.

En cuanto a las sanciones que establece la ley, además de las que corresponden a las personas naturales, que son las mismas que trata el derecho penal común, la ley fija siete sanciones que pueden sufrir las personas jurídicas como consecuencia de acreditarse su responsabilidad en el crimen o delito que se les imputa, a saber: **(i)** Disolución de la persona jurídica o cancelación de su personalidad jurídica; **(ii)** Prohibición -temporal o perpetua- de celebrar actos y contratos con organismos del Estado; **(iii)** Pérdida -parcial o total- de beneficios fiscales o prohibición de recibir los mismos por un período determinado; **(iv)** Pago de multas entre 200 y 20.000 UTM; **(v)** comiso de especies; **(vi)** Pago en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión de recursos realizada para cometer el o los delitos, y; **(vii)** Eventual publicación de un extracto de la sentencia en un diario de circulación nacional.

Además, la ley contiene consideraciones de índole procesal entre los artículos 20 al 29, donde se trata la representación en juicio de la persona jurídica, el inicio y la formalización de la investigación, la suspensión condicional del procedimiento, y la situación de posibles conflictos de interés, entre otros.

Sin entrar a un análisis más pormenorizado, especialmente en el tema procesal, debemos destacar que la existencia de esta ley que permite perseguir la responsabilidad penal de los sujetos mencionados en ella es

una provisión extra en una materia delicada que toma nuestra legislación, nuevamente amparándose en las directrices formuladas por la OECD.

Habiendo expuesto ya de forma general sobre el tratamiento jurídico que se da a las empresas estatales en el ordenamiento jurídico chileno, junto con analizar la forma en que los principios y directrices que la OECD entrega se encuentran presentes en nuestro país, sea antes de la intención de Chile de ingresar al organismo internacional, o bien que se adhieren a la normativa nacional para poder alcanzar la membresía a este “*club de países ricos*”, corresponde pasar al análisis en concreto de dos empresas estatales chilenas para ver como se refleja todo lo anterior en sus respectivos estatutos jurídicos.

Al respecto, la elección de CODELCO y Metro no fue antojadiza, puesto que, para el caso de la primera empresa, se trata claramente de la estatal más relevante de nuestro país y una de las empresas mineras más importantes a nivel mundial, además de ser un caso ideal para el estudio, debido a la ya mencionada importancia, llevó a que fuera objeto de mayores modificaciones para asegurar mejores prácticas de gobierno corporativo en su administración.

En efecto, el siguiente gráfico que muestra el impacto del precio del cobre en el PIB de Chile es elocuente en demostrar la importancia de CODELCO para la economía nacional.

Gráfico n° 2: Efecto del precio de cobre en el Producto Interno Bruto Chileno.



Pasando a Metro S.A., la segunda compañía en análisis, elementos como su organización empresarial en forma de Sociedad Anónima, cuyos accionistas son dos organismos del Estado, la forma de estructuración de sus series de acciones, o la injerencia que en la misma empresa tiene el Comité del Sistema de Empresas Públicas fueron todos factores tomados en cuenta para determinar que sería un buen sujeto para análisis práctico.

3. CODELCO Chile

La Corporación Nacional del Cobre de Chile fue fundada el primero de Abril de 1976, siendo este hecho la culminación de un proceso histórico y económico que se arrastra desde la “*chilenización*” del cobre durante el gobierno del Presidente Eduardo Frei Montalva, alcanzando su punto álgido con la posterior nacionalización del recurso en el gobierno del Presidente Salvador Allende. Si bien con el golpe militar se produjo un cambio de paradigma tanto político como económico imperante, el carácter de recurso estratégico para el país que tiene el cobre llevó a la creación de la estatal cuprífera, así como al reconocimiento de este carácter estratégico por parte del órgano constituyente. Es así como el Decreto Ley 1350 de 1976, junto con crear la compañía, establece su primer estatuto orgánico.

Este cuerpo normativo recogía varias materias de gobierno corporativo dentro de la organización de la empresa, muchas de las cuales pueden homologarse con los principios y directrices para un mejor gobierno corporativo que establece la OCDE. En primer lugar, este DL fija el marco legal regulatorio que regirá a la empresa, mismo que fue modificado recientemente con la Ley 20392 de 2009, que modifica los estatutos de la empresa. Otras disposiciones en que se pueden encasillar los principios de la OECD en el DL dan cuenta, por ejemplo, de la fijación de objetivos y

lineamientos generales para la empresa, como lo establece el artículo 3 que es el que fija el objeto principal de la compañía⁹¹:

“Artículo 3°.- El objeto principal de la Corporación Nacional del Cobre de Chile será ejercer los derechos que adquirió el Estado en las Empresas de la Gran Minería del Cobre y en la Compañía Minera Andina, con ocasión de la nacionalización ordenada en la disposición decimoséptima transitoria de la Constitución Política del Estado, para lo cual le corresponderá en especial:

a) Continuar la explotación de los yacimientos denominados Chuquicamata y Exótica, ubicados en la provincia de El Loa, II Región; El Salvador, ubicado en la provincia de Chañaral, III Región; Río Blanco, ubicado en la provincia de Los Andes, V Región; El Teniente, ubicado en la provincia de Cachapoal, VI Región, y, en general, de las empresas mineras pertenecientes a las Sociedades Colectivas del Estado a que alude el decreto con fuerza de ley N° 1 del Ministerio de Minería, de 1972 así como la de sus establecimientos, faenas y servicios anexos;

b) Realizar exploraciones geológicas u otras tendientes a descubrir y reconocer yacimientos de minerales no ferrosos dentro del territorio

⁹¹ Esta es una situación que ha sido destacada y tenida en consideración por la OCDE para la elaboración de las directrices, como bien queda plasmado en dicho texto: "El régimen jurídico de las empresas públicas también suele incluir una definición estricta de la actividad de la empresa pública en cuestión, lo que impide que diversifiquen o amplíen sus actividades a nuevos sectores y/o otros países. Dichos límites se han impuesto legítimamente con el fin de prevenir el mal uso de fondos públicos, detener una estrategia de crecimiento excesivamente ambiciosa, o impedir que las empresas públicas exporten tecnologías sensibles." Ob. Cit. OECD. 2011. p. 24.

nacional, constituir y adquirir a cualquier título concesiones mineras y demás derechos mineros y explotar otros yacimientos minero;

c) Producir minerales y concentrados de cobre, cobre en cualquiera de sus formas, subproductos y demás derivados y sustancias que se obtengan de la explotación de minerales de cobre, o que provengan de procesos complementarios de producción, en plantas propias o ajenas, y beneficiar minerales de terceros en sus propias plantas;

d) Producir otros elementos no ferrosos, sea en forma de minerales, concentrados, fundidos o refinados, o en cualquiera otra forma, y los productos y subproductos derivados de los mismos;

e) Manufacturar o semimanufacturar cualquiera de los metales, productos o subproductos mencionados precedentemente;

f) Comercializar minerales, productos y subproductos mencionados en las letras anteriores;

g) En general, realizar, en el país o en el extranjero, toda clase de actividades civiles, comerciales o de cualquiera otra naturaleza, que se relacionen directa o indirectamente con la explotación, producción, manufactura, elaboración y comercialización del cobre y otros metales o minerales, productos, subproductos y sustancias mencionadas en las letras precedentes, o que sean necesarias o convenientes para la empresa;

h) Cumplir otras funciones relacionadas con la exploración,

investigación, producción y comercialización del cobre, sus subproductos o derivados, que le encomiende el Gobierno”⁹².

Además de establecer de forma clara los objetivos-, mismos que se han mantenido sin modificaciones hasta hoy, el DL establecía la forma de elegir el directorio de la empresa, así como también varias inhabilidades, principalmente basándose en el desempeño de cargos públicos para poder ser designado miembro del directorio. Este mecanismo sin embargo contaba con varias deficiencias, siendo la principal de ellas que se dejaba a la empresa dependiendo demasiado del poder político de turno basado en la elección del directorio, lo cual, a la luz de todo lo analizado hasta ahora, no resulta beneficioso ni para la empresa ni para quienes contraten con ella, mucho menos para el país en general (además del hecho que podría verse vulnerado el principio de separación de funciones).

Otros temas de gobierno corporativo incorporados en el DL son la forma de toma de decisiones por parte del directorio, cómo se publicitan las mismas, y el régimen de responsabilidad para el mismo, el cual era mucho más laxo que la versión actual tras la modificación legislativa de 2009.

Si bien lo que existía en materia de gobierno corporativo no era algo que se viera insostenible ni contrario a derecho mucho menos, si contaba con una gran cantidad de deficiencias y vacíos, muchos de los cuales se hicieron notorios con el paso del tiempo, gracias a la evidente evolución que sufren las políticas y las corrientes doctrinarias y legislativas, por lo cual

⁹² CHILE. Ministerio de Minería. 1976. Decreto Ley 1350: Crea la Corporación Nacional del Cobre de Chile, Chile, 30 de enero de 1976.

resultaba evidente que el régimen corporativo de la compañía se estaba volviendo obsoleto, además de mostrar fallos durante bullados incidentes durante las últimas décadas, siendo emblemático el caso de Juan Pablo Dávila. Lo anterior, sumado a la recientemente derogada Ley Reservada del Cobre, la cual destinaba el 10% de las ganancias por total de ventas realizadas por la estatal cuprífera a cubrir gastos de las Fuerzas Armadas y de Orden Público de la República⁹³, claramente le restaban tanto eficiencia como competitividad a la empresa.

Producto de esto, añadido a las ya mencionadas recomendaciones que la OECD hizo a Chile en la publicación del *roadmap* para formar parte del organismo, llevaron a la dictación de la Ley 20.392, Modifica el Estatuto Orgánico de la Corporación Nacional del Cobre de Chile (CODELCO) y las Normas sobre Disposición de sus Pertenencias Mineras que no forman parte de Yacimientos en Actual Explotación. Esta ley, sumada a las ya mencionadas modificaciones a la Ley de Sociedades Anónimas que hizo la Ley 20.382, vino a subsanar deficiencias en la materia, a la vez que acogieron en mayor medida los principios y directrices que en la materia tiene desde hace unos años la OECD.

La primera gran modificación que realiza esta ley a los estatutos de CODELCO es igualar en muchos aspectos el funcionamiento tanto de la empresa como de su directorio al régimen legal que gobierna a las

⁹³ Además, esto se podía prestar para irregularidades, puesto que las cuentas que las instituciones de las Fuerzas Armadas mantenían en el Banco Central, y donde recibían el dinero generado por las ventas de CODELCO, no se encontraban sujetas a fiscalización, ni de la Tesorería General de la República ni de la Cámara de Diputados.

sociedades anónimas abiertas. La Ley 20.392 es explícita en la letra e), del numeral 1° de su artículo 1, al agregar al artículo 1 del DL 1.350 que:

“CODELCO se regirá por las normas de la presente ley y por la de sus Estatutos y, en lo no previsto por ellas y en cuanto fuere compatible y no se oponga con lo dispuesto en dichas normas, por las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas y por la legislación común, en lo que le sea aplicable.

Lo dispuesto en el inciso primero será sin perjuicio de las facultades fiscalizadoras de la Cámara de Diputados, en cumplimiento de sus funciones constitucionales”⁹⁴.

El artículo transcrito no hace más que recoger muchas de las normas y principios que he presentado hasta ahora, lo que desde el punto de vista expositivo resulta ideal, ya que en un solo artículo el legislador establece un marco legal regulatorio efectivo mediante ley especial, respetuoso tanto de la Constitución como de las directrices y principios de la OECD, a la vez que también fija un régimen supletorio basado en la normativa de las sociedades anónimas abiertas en todo lo que sea aplicable, como lo es, entre varias materias, la responsabilidad de los miembros del directorio. El segundo inciso transcrito es importante también puesto que no sólo resalta el rol

⁹⁴ CHILE. Ministerio de Minería. 2009. Ley 20392: Modifica el Estatuto Orgánico de la Corporación Nacional del Cobre de Chile (CODELCO) y las Normas sobre disposición de sus Pertenencias Mineras que no forman parte de Yacimientos en actual Explotación, 14 de Noviembre de 2009.

fiscalizador de la Cámara de Diputados, lo que va de la mano con lo expuesto por las directrices en materia de fiscalización y de responsabilidad, sino que también se condice con lo expresado en la letra c) del mismo artículo, que somete a CODELCO a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros en los términos de las ya citadas sociedades anónimas, lo que va acompañado con el punto extra que CODELCO también es fiscalizada por una serie de organismos como lo son la Comisión Chilena del Cobre (COCHILCO), la Contraloría General de la República, los ministerios de Planificación, Medio Ambiente y Minería, entre otras entidades, asegurando un altísimo nivel de fiscalización y supervigilancia, que cumple con todos los estándares internacionales.

Otras innovaciones que la ley del 2009 trajo al gobierno corporativo de la estatal cuprífera vienen en materia de conformación del directorio. Además de la ya mencionada modificación que iguala al directorio en sus derechos, obligaciones, responsabilidades y prohibiciones al régimen común de la ley de sociedades anónimas, además de las exigencias que el régimen especial impone, se innova en la forma en que se conforma el directorio, así como también en la forma de elegir a sus integrantes. Adicionalmente se incorpora a representantes de los trabajadores de la empresa, los que deben ser elegidos por el Presidente de la República basándose en quinas presentadas de forma independiente tanto por la Federación de Trabajadores del Cobre de Chile, como por la Asociación y la Federación de Supervisores del Cobre de Chile; a lo anterior hay que agregar un importante requisito, cual es, el involucrar al Consejo de Alta Dirección Pública en la

elaboración de ternas para la elección de cuatro miembros del Directorio que son nombrados por el Presidente de la República, tras previo voto favorable de dicho Consejo⁹⁵. Esto resulta importante dentro de la conformación del directorio para efectos de separar los roles del Estado sobre los cuales latamente me he extendido en este trabajo, además de para disminuir la influencia y posible aprovechamiento político que el gobierno de turno pudiera sacar de la empresa⁹⁶.

El hecho que la modificación establezca que son tres los directores nombrados de forma directa por el Presidente de la República -lo que no debería ser así por las razones expuestas en el primer capítulo-; sí es destacable que los representantes del Presidente no puedan conformar una mayoría por sí solos en el directorio, siendo necesaria la intervención de los demás integrantes. Esto, junto al establecimiento de una renovación parcial de los directores, construye un mecanismo que disminuye esta posible interferencia, protegiendo la integridad e independencia del Directorio y de la empresa. Apuntan en la misma dirección la inhabilidad que se establece para que autoridades públicas puedan conformar el Directorio, lo que claramente obedece las directrices de la OECD en materia de separar las

⁹⁵ De esta manera, el directorio queda conformado por 9 miembros, 3 nombrados por el Presidente de la República, 4 por el Presidente previa designación por el Consejo de Alta Dirección Pública con aprobación de sus miembros, y 2 por los trabajadores de la empresa (1 por los trabajadores, y otro por los supervisores). De entre estos miembros se designa un Presidente de Directorio, así como un Presidente Ejecutivo (CEO) de la compañía.

⁹⁶ Recordar que el antiguo Directorio de CODELCO contaba con participación de los Ministros de Minería y de Hacienda, además de un general en servicio activo de alguna de las ramas de las fuerzas armadas y de orden público.

funciones de propiedad y de regulador que el Estado tiene sobre sus empresas.

Importancia también tiene en esta reforma el ítem de probidad y transparencia en la divulgación de información ya que como vimos, la empresa se somete al régimen de la Ley sobre Acceso a la Información Pública. En adición a lo anterior, el nuevo estatuto de la empresa obliga a los directores a transparentar sus antecedentes sin ocultar ninguna información ni precedente que los pudiera inhabilitar, tanto para optar a un asiento en el directorio como para la toma de decisiones, a la vez que establece requisitos de idoneidad para las personas que opten a cargos en el Directorio. La misma Ley 20.392 obliga a los directores a transparentar sus intereses ante la posibilidad de un conflicto que se pudiera presentar en la toma de decisiones.

Relacionado tanto con el ítem de probidad y transparencia como con el de la conformación del Directorio, es la modificación que perfecciona el mecanismo que determina las dietas de los directores de la empresa, entregándole al Ministerio de Hacienda dicha determinación, basada en una propuesta realizada por una comisión especial integrada por un ex Ministro de Hacienda, un ex Presidente Ejecutivo de la empresa o un ex Director de Presupuestos.

Otro aspecto interesante que ha resultado de la reforma legal es la elaboración por parte de la empresa de un Código de Gobierno Corporativo propio, tras la aprobación que de su texto realizó el directorio con fecha 25 de Marzo de 2010. Este Código además de establecer una

conceptualización de lo que es el gobierno corporativo, así como la importancia que tiene el mismo para la empresa, se encuentra estructurado en 7 capítulos los cuales tratan e incluso profundizan muchos aspectos contenidos tanto en el DL 1.350, incorporadas las modificaciones de la Ley 20.392, como también de la Ley 18.046 tras reforma de la Ley 20.382 y otros cuerpos legales afines, como lo son la conformación del Directorio, sus atribuciones, comités internos de la empresa, la relación de la compañía con distintos grupos de interés, así como también con posibles accionistas en los casos en que CODELCO posee acciones de una S.A. (como sucede en el caso de la Sociedad Minera El Abra), además de relaciones con la administración del Estado. La dictación de este Código interno es un acertado paso no sólo hacia transparentar la toma de decisiones y el funcionamiento interno de la empresa, sino que a la incorporación de las ya analizadas directrices.

Otro tema que fue mencionado en las directrices, pero que vale la pena volver a mencionarlo, son las partes interesadas. Como bien dijimos, el último reporte de sustentabilidad publicado por la estatal cuprífera este año - relativo a las operaciones del 2012- incorpora por primera vez el concepto de partes relacionadas, basado en un estudio que CODELCO hizo utilizando información recopilada durante el 2011 y que, en su oportunidad, fue presentada en otro reporte de sustentabilidad. Esto es sumamente relevante puesto que vemos como se plasma de forma expresa la recomendación de la OCDE en su directriz sobre la materia, lo que se realiza en un reporte de sustentabilidad, instrumento al alcance del público general y, por supuesto,

de las partes interesadas, para su consulta, lo que además se relaciona con las exigencias en materia de divulgación y transparencia en la información por lo cual los esfuerzos realizados por la Corporación del Cobre son más que encomiables y van en el sentido correcto, no sólo de los estándares internacionales, sino también de la observancia de elementos que deberían estar presentes en todas las empresas.

Otros temas donde se han incluido modificaciones como las que hemos enunciado son, por ejemplo, las causales de inhabilidad de los miembros del directorio, o las diversas atribuciones que tienen tanto el Presidente del Directorio, donde resulta importante destacar que es designado por el Presidente de la República y tiene la facultad de ser quien rompe los empates en el directorio cuando los hubiere; y el Presidente Ejecutivo de la compañía, quien es designado por el directorio.

El análisis realizado resulta clarificador para efectos de demostrar como las recientes modificaciones legales han incorporado los principios y directrices que en materia de gobierno corporativo tiene la OCDE y que se han impuesto en nuestra legislación, no sólo para que Chile ingresara al organismo, sino que para que nuestras empresas públicas se beneficien de los mismos, lo que para el caso de CODELCO, siendo no sólo la mayor de las empresas del Estado de Chile, sino que una de las más importantes mineras a nivel mundial, resulta notablemente valioso.

4. Metro S.A.

La Compañía de Transporte de Pasajeros Metro S.A. fue creada por la Ley de la República 18.772 de 28 de Enero de 1989, transformando la hasta entonces existente Dirección General de Metro, dependiente del Ministerio de Obras Públicas, en una sociedad anónima, cuya propiedad se encuentra dividida en acciones pertenecientes tanto a la CORFO (56,74%) como al Fisco de Chile (43,26%), configurándose su carácter de empresa pública, además de ser un caso donde una sociedad anónima es enteramente de propiedad estatal. Como bien es sabido, esta empresa es la operadora del sistema de tren subterráneo de Santiago, además de tener una filial en Transporte Suburbano de Pasajeros, Transub S.A. (otra empresa estatal cuyo capital es compartido entre Metro y EFE, y sometida a la supervisión de SEP Chile) así como una participación en la Corporación Cultural MetroArte.

Al estar estructurado Metro como una sociedad anónima, resulta evidente que se aplican a esta empresa estatal todas las modificaciones ya tratadas con motivo del análisis a la Ley 20382 que actualizó la legislación de sociedades anónimas, por lo tanto, al momento de analizar en esta parte del capítulo a esta empresa se hará basándonos en estos supuestos, dándose énfasis a la estructura propia de la empresa, cómo se acogen los diversos principios de la OECD, así como a algunas innovaciones implementadas por la empresa en esta materia, como lo son los informes de

sustentabilidad y la adopción de nuevas estructuras internas de gobierno corporativo.

Si se analiza prioritariamente la ley que crea la sociedad anónima, podemos notar que en ciertos sentidos se parece en demasía a los estatutos de constitución para una sociedad. Pese a esta similitud, Metro debió cumplir con las exigencias que la ley común impone a este tipo societario, constituyéndose como tal mediante escritura pública de 24 de Enero de 1990. La ley establece que Metro funcionará como una sociedad anónima abierta, con todas las consecuencias jurídicas que ello acarrea, e inmediatamente procede a establecer su objetivo, cual es, “la realización de todas las actividades propias del servicio de transporte de pasajeros en ferrocarriles metropolitanos u otros medios eléctricos complementarios y las anexas a dicho giro, pudiendo con tal fin constituir o participar en sociedades y ejecutar cualquier acto u operación relacionados con el objeto social”⁹⁷.

Como se sostuvo previamente, Metro se rige por la legislación común aplicable a las sociedades anónimas, teniendo un Directorio compuesto por 7 miembros, elegido por la junta ordinaria de accionistas, pudiendo estos miembros ser o no accionistas de la empresa. Esto es relevante a la luz de lo analizado, puesto que la presencia de miembros independientes en el directorio puede ser beneficioso para la administración de la sociedad, transparentando la toma de decisiones, más aún cuando todos los demás directores podrían ser influenciados por el Estado. La presencia de un

⁹⁷ CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 1989. Ley 18772: Establece Normas para Transformar la Dirección General de Metro en Sociedad Anónima, 28 de enero de 1989.

“independiente” en el directorio también puede revestir de seguridad al mismo, lo que en aquellos casos cuando la empresa se asocia con particulares puede resultar capital.

Un aspecto relevante de los estatutos de Metro y que a la luz de los principios tratados es de particular interés, es la relación de la empresa cuando se asocia con particulares. Los estatutos hablan de la existencia de dos series de acciones, denominadas “A” y “B”, que constituyen el patrimonio de la empresa, siendo las de serie “A” de carácter inajenable tanto para la CORFO como para el Fisco. La situación particular se da con la serie “B”, acciones destinadas a la implementación de nuevas líneas en el trazado del tren subterráneo, adquisición de nuevos trenes, construcción de obras, etc., inversiones que podrían requerir un aumento de capital. Ante esta situación, tanto la ley como los estatutos permiten la asociación con particulares para conseguir el aumento de capital mediante la adquisición que los privados puedan hacer de las acciones de serie “B”, la cual de todas formas no podrá ser inferior al 5% del capital social y que además debe contar con una etapa de estudio económico previa, mediante una institución independiente que elabore un diagnóstico.

Cuando se producen estas situaciones es que las recientes modificaciones a la ley de sociedades anónimas resultan beneficiosas para el tratamiento jurídico de la empresa, puesto que se asegura una mayor protección a los particulares, que asociados con el Metro siempre tendrán el carácter de accionistas minoritarios. De hecho, otorgar una protección jurídica suficiente a los particulares puede resultar en un incentivo al

momento de querer asociarse con la empresa, pudiendo incluso ser el catalizador que despierte el *animus societatis* en posibles inversionistas. Es por esto que es de cardinal importancia como se ha sostenido reiteradamente a lo largo de este trabajo proteger los derechos y las acciones de este grupo minoritario al acoger los principios y directrices para un mejor gobierno corporativo.

Otra nueva característica a destacar, y que ha sido mencionada de forma breve en un par de oportunidades en este capítulo es la realización por parte de la compañía de reportes de sustentabilidad, siendo el primero publicado el año 2009. En dicho reporte, además de presentar al público una acabado informe de los logros de la compañía, objetivos, políticas medioambientales, planes de inversión a futuro, entre otros, se da un realce al gobierno corporativo de la empresa. El informe cumple con las políticas de probidad, transparencia y acceso de información al público puesto que no sólo trata temas tan básicos como explicar la conformación del directorio y sus funciones, sino que además informa la adopción un código de ética propio para la compañía, que además concuerda con lo planteado en el Código SEP para gobierno corporativo de las empresas que se relacionan con dicho organismo.

También resulta destacable el incremento en las auditorías externas a las cuales se somete la empresa experimentado desde el 2008, lo que asegura no sólo la fiscalización, sino que un buen funcionamiento de la misma. Estas medidas de fiscalización, probidad y transparencia, sumadas a las que el régimen común impone a todas las sociedades anónimas abiertas,

como la supervigilancia de la SVS, aseguran el buen cumplimiento de las prácticas que la OECD espera se evidencien en nuestro país.

Capítulo 3: Perspectivas Comparadas

En este tercer capítulo del trabajo corresponde realizar un análisis de la situación del gobierno corporativo de empresas estatales en el derecho comparado. Para este efecto fueron escogidas dos empresas: la empresa de transportes francesa RATP Group, operadora del sistema de metro de París, así como también de otros sistemas de transportes públicos a lo largo del mundo; y la minera estatal neozelandesa Solid Energy, la principal productora de carbón en el país oceánico.

Como resalta a la vista, el criterio para la elección de estos casos comparados pasa por las similitudes en el rubro de dichas empresas con las nacionales tratadas en profundidad en este trabajo, así como también el hecho que tanto Francia como Nueva Zelanda son países miembros de la OECD, por lo cual es más que interesante el constatar la situación de sus legislaciones en la materia y ver como se encuentran incorporados los principios y directrices que han sido analizados a lo largo de este trabajo.

Otro punto que se tratará en este capítulo es la particular situación de la empresa estatal china Minmetals, una de las principales empresas mineras a nivel mundial, y que ha diversificado su campo de actuación a diversos mercados como lo son el inmobiliario, e incluso el turístico. La importancia de esta empresa no radica sólo en sus estrechos lazos con nuestro país, al tener proyectos mineros en suelo nacional o su carácter de importante socio comercial de CODELCO, sino que además presenta un

caso de ser una empresa estatal de una de las principales economías globales, pero que no se encuentra afiliada a la OECD, no obstante lo cual sí participa en el organismo como país observador, así como también en muchas comisiones y grupos de trabajo. Así, tomando Minmetals como punto de partida, se entregará una “*pincelada*” de lo que es la estructura china en materia de gobierno corporativo de sus empresas estatales, lo que resulta importante pensando quizás en una futura inserción de China a la Organización; además de las lecciones que se puedan sacar de lo anterior, importa ver la situación del gobierno estatal de esta empresa, así como también constatar la presencia o ausencia de los principios y directrices para gobierno corporativo de empresas estatales de la OECD dentro de la organización y regulación de la misma.

1. RATP Group (Francia)

"Régie Autonome des Transports Parisiens Group" es una empresa pública francesa dedicada al rubro de transportes, siendo la administradora del metro de París, además de tener participación en sistemas de transportes tanto en Francia como en otros países (Italia, Sudáfrica, Inglaterra, Brasil o Corea del Sur, por nombrar algunos). La empresa fue fundada en 1948 para

sustituir la hasta entonces deficiente administración privada que gobernaba el sistema de transporte público parisino.

Si bien en dicho año se intenta crear un estatuto general para empresas públicas, es con posterioridad que su régimen jurídico fue homologado, gracias a la Constitución Política de Francia promulgada en 1958, que en su artículo 34 consagra una función similar a aquella que en nuestro derecho cumple el artículo 63 de la Constitución de 1980, cual es, la de establecer las materias que pueden ser reguladas por ley, dentro de las cuales la Carta Fundamental gala hace referencia expresa a las empresas públicas, bajo la estructura denominada EPIC, "*Etablissement Public de Caractère Industriel y Comercial*" (*Établissement Public à Caractère Industriel et Commercial*).

La doctrina francesa ha caracterizado las empresas públicas imponiendo como requisitos para la existencia de las mismas: "la personalidad jurídica, el ejercicio de una actividad industrial o comercial, respondiendo ambos al concepto de empresa, y la autoridad exclusiva o predominante de los poderes públicos que fundamenta el carácter público de la empresa"⁹⁸. Estos elementos deben estar presentes en cada norma particular que rijan las respectivas empresas estatales francesas, independiente de su organización en establecimientos públicos o en sociedades, proporcionando un fondo doctrinario regulatorio al marco legal. A lo anterior se agrega la ley de 22 de Junio de 1967 que transfiere al

⁹⁸ RIVERO, J. 1981. Las Empresas Públicas en Francia. Anuario Jurídico VIII. Ciudad de México, UNAM. p. 474.

Tribunal de Cuentas (*Cour des Comptes*) facultades fiscalizadoras sobre las empresas públicas⁹⁹.

En cuanto a la organización directiva, RATP cuenta con una junta directiva cuya gran particularidad es la cantidad de personas que la conforman, provenientes de distintos estamentos, lo que asegura gran representatividad al interior de la junta, a la vez que protege intereses de participantes minoritarios. De esta forma, además de los directores nombrados expresamente por el Presidente de la República, se incorporan directores independientes elegidos por su conocimiento y competencia en la materia, como también conforman la junta representantes de los municipios afectados por las actividades de la empresa, los que generalmente serán autoridades públicas electas democráticamente. El presidente del Directorio es designado directamente por el Presidente de la República, durando en su cargo 5 años, con posibilidad de tener mandatos sucesivos. Además de esta junta, la empresa tiene varios comités y comisiones que tratan diversas materias, siendo relevante la presencia de un comité de auditoría.

Similar a como ocurre en nuestro país, en Francia también rige un principio de abstraer a las empresas públicas de la administración del Estado e instaurarlas en el ámbito de competencia del derecho común. Esta “regla se aplica a los contratos que concertan con sus proveedores y clientes, a las responsabilidades que adquieren y a los litigios que pueden resultar. Es el derecho privado, especialmente el mercantil, y la competencia de las

⁹⁹ Article 1er: “La Cour des comptes juge les comptes des comptables publics, sous réserve de la compétence que les dispositions du présent code attribuent, en premier ressort, aux chambres régionales et territoriales des comptes”.

jurisdicciones del derecho común, excluyendo a la jurisdicción administrativa, los que se aplican. Lo mismo ocurre para las relaciones que se establecen entre las empresas públicas: Francia no conoce, en lo que respecta a estas relaciones, un sistema comparable al de arbitraje estatal que se practica en los países del Este. Se remite al derecho común y al juez de lo civil o mercantil¹⁰⁰.

Tal como se expuso para el caso chileno, el sometimiento de RATP Group como estatal francesa al régimen común sirve para separar las funciones que le competen al Estado como propietario de sus empresas con aquellas de la administración pública, asegurando además seguridad a los particulares para evitar la existencia de potenciales discriminaciones económicas por parte del Estado. La ya mencionada presencia de miembros de la junta directiva independientes del poder político de turno refuerza lo descrito.

Otra similitud entre esta empresa y la chilena Metro S.A. es la publicación de forma anual de informes de sustentabilidad, de fácil acceso al público en su página web, y que cuenta con información más numerosa y detallada que la que entrega la empresa chilena, por lo cual sería recomendable que la empresa de transportes nacional pudiera sacar lecciones de su par francés. Estos informes presentan desde la organización administrativa de la empresa, los planes de inversión, las utilidades del período de negocios anterior, las remuneraciones de sus directores, los objetivos y fines de la empresa de forma clara, entre otra información.

¹⁰⁰ Ob. Cit. RIVERO, J. p. 482.

De lo expuesto hasta ahora se puede concluir que la legislación francesa acoge de manera adecuada los principios y directrices de la OECD, demostrando en algunos estadios mayor especificidad que la chilena, que son justamente los casos de materias de una mayor concreción y percepción pública por su especificidad, requiriendo un tratamiento más detallado, por lo cual se podrían sacar valiosas lecciones. Por otra parte, hay algunas materias donde la legislación gala no es tan clara, como en el establecimiento de los objetivos y fines de sus empresas, así como la elección de un criterio organizacional – Francia plantea la posibilidad de que una empresa estatal adopte ciertos tipos de organización, sin establecer claros criterios que puedan justificar semejante distinción-.

Una última modificación que ha sufrido la estructura de esta empresa fue la dictación el año 2006 de una ley que crea un nuevo organismo de fiscalización en Francia, que entró en práctica el año 2010. Este organismo denominado ARAF - Autoridad de Regulación de Actividades Ferroviarias (*Autorité de Régulation des Activités Ferroviaires*) como su nombre lo indica, fue creado para regular y fiscalizar las actividades ferroviarias, tanto de las empresas estatales como de las particulares para que este mercado propenda hacia la libre competencia. Desde el punto de vista de nuestro análisis importa no solo un nuevo mecanismo de fiscalización y regulación para la empresa sino que además, debido a esta orientación hacia la protección de la libre competencia, una forma de apuntar hacia un aumento en la eficiencia y en la calidad de los servicios prestados por RATP Group.

2. Solid Energy (Nueva Zelanda)

Solid Energy fue fundada en 1987 como “*Coal Corporation*”, si bien no adoptaría el nombre actual sino hasta 10 años después. El régimen legal de esta empresa, como de todas las demás estatales neozelandesas tiene su base en la “*State-Owned Enterprises Act*” de 1986 (en adelante SOEA), que provee no sólo el marco regulatorio, sino que además fija los objetivos y las bases esenciales de organización de estas empresas, dentro de lo cual se destaca la asesoría, administración y fiscalización que a las empresas públicas neozelandesas o “*Crown Companies*” se someten por parte de un organismo dependiente de la Tesorería del país, el Crown Company Monitoring Advising Unit (CCMAU) que, guardando las proporciones, tiene un rol similar al que cumple SEP Chile en nuestro país, y que por lo demás se ve encausado en las recomendaciones expresas de la OECD -es el organismo de coordinación o de propiedad de las empresas públicas de Nueva Zelanda-.

Otra particularidad de las empresas estatales neozelandesas es su sometimiento a dos ministros de Estado, siendo uno siempre el Ministro de Empresas Estatales, y el otro se designa de forma especial para cada compañía, estando Solid Energy sometida al Ministro de Hacienda neozelandés. Ambos ministros juegan un rol similar al de accionistas de la compañía (la propia SOEA les da la denominación de accionistas o “*shareholders*”), estableciéndose así un régimen especial de responsabilidad

que la misma *act* trata *in extenso* y que sirven como *liaison* entre el Estado y sus empresas, además de asegurar una independencia de la junta de directores de la compañía. Además, se imponen a estos ministros los mismos requisitos que la legislación común impone en materia de sociedades a los accionistas de las mismas para el ejercicio de sus derechos y facultades legales.

Un análisis detallado de la legislación demuestra una envidiable técnica legislativa que aspira a una omnicomprensión del tema tratado desde sus primeros párrafos, como lo demuestra un título completo destinado a la interpretación de la ley y a aclarar ciertos conceptos, muchos netamente técnicos, para facilitar el entendimiento de la ley. La SOEA enumera los principios y objetivos que no sólo deben regir a las empresas estatales neozelandesas, sino que también entrega una definición de lo que se considera un “*buen empleador*”, la cual se caracteriza con prácticas expresas que se esperan de los directivos de las empresas.

La designación del directorio también se trata de forma importante en la SOEA, al imponer criterios que deben prevalecer a la hora de designar los ministros encargados de cada empresa a quienes formarán parte de los directorios. Al respecto, la sección 5 de la ley es bastante clara:

“Directors and their role

(1) The directors of a State enterprise shall be persons who, in the opinion of those appointing them, will assist the State enterprise to achieve its principal objective.

(2) All decisions relating to the operation of a State enterprise shall be made by or pursuant to the authority of the board of the State enterprise in accordance with its statement of corporate intent.

(3) The board of a State enterprise shall be accountable to the shareholding Ministers in the manner set out in Part 3 of this Act and in the rules of the State enterprise.”¹⁰¹

Este mencionado “*statement of corporate intent*” (SCI) son informes de sustentabilidad que cada empresa pública neozelandesa debe exponer cada año ante el parlamento, como una medida tanto de fiscalización como de publicidad. El más reciente SCI no dista demasiado de lo que ha sido tratado con motivo tanto de Metro S.A. como de RATP Group, exponiendo puntos similares a los ya tratados previamente.

Además de los SCI, la SOEA destina un capítulo completo¹⁰² a asuntos de contabilidad, fiscalización, probidad y transparencia, donde de forma adicional a los SCI se incorporan otras medidas como la presentación de una memoria de forma anual, reportes semestrales, la sumisión a auditorías externas y el control que puede ejercer el Parlamento de Nueva Zelanda, no sólo sobre la empresa y su junta directiva, sino que además sobre los dos ministros responsables de la empresa, ante los cuales, dado el caso, podría incluso sancionarse su responsabilidad política.

Adicionalmente, está el control que ejercen tanto la CCMAU, como el Auditor General de la Nación (símil a nuestro Contralor General de la

¹⁰¹ NUEVA ZELANDA. New Zealand Parliament. 1986. Act 1986-124: New Zealand's State-Owned Enterprises Act. 18 de diciembre de 1986.

¹⁰² *Ibíd.* Part 3 “Accountability”.

República), por lo cual la legislación neozelandesa impone un rígido régimen de responsabilidad a sus empresas públicas, lo que se espera redunde en una mejor administración de las mismas.

Otro tema en la esfera competencial de la SOEA es el manejo de la información, principalmente aquella de carácter privilegiado. Aquí la ley distingue entre aquella información de público conocimiento por su disponibilidad en los informes contables, los SCI, etc.; y aquella información cuya desclasificación puede ser solicitada por la Ley de Información Oficial de Nueva Zelanda, excluyéndose de estos grupos aquella información sensible en materia de negocios o inversiones antes de que sea divulgada de forma pública. Es un interesante régimen en cuanto a divulgación, probidad y transparencia, por los particulares criterios que realiza al categorizar la información y la forma de acceder a ella.

Finalmente, un tema que podría parecer accesorio pero que me parece relevante destacar es el tratamiento que se da en la SOEA a los pueblos originarios neozelandeses, como la etnia Maorí. Inspirados en el Tratado de Waitangi, que se considera la piedra angular de la fundación de Nueva Zelanda como Nación y que ampara el reconocimiento de los derechos ancestrales de las tribus maoríes.

De esta forma hay interesantes medidas en lo relativo a, por ejemplo, el tratamiento de tierras ancestrales maoríes y como puede realizarse su utilización por parte de las empresas estatales y el trato justo que debe primar como principio para negociar el uso de estas tierras, así como su posible adquisición o el mutuo de las mismas. Me he referido a esta

temática debido a que es un tema en el cual nuestra legislación tiene muchas deficiencias, por lo cual es un claro ejemplo de lo que se podría aspirar por parte de nuestro país en años venideros.

3. Minmetals y la experiencia china.

China Minmetals es una empresa estatal minera china, la mayor productora y comercializadora de hierro y acero en Asia. Además de sus inversiones en minería, la empresa ha expandido su campo de acción a otros rubros como lo son las inversiones inmobiliarias o el comercio marítimo por nombrar algunos.

Analizar a Minmetals o a cualquier otra empresa China resulta interesante en la materia por los evidentes contrastes que representa la economía del gigante asiático. Como ya se sostuvo China no es un país miembro de la OECD, pero sí uno que las oficia de observador del organismo, además de tener participación plena en muchas comisiones, comités y grupos de trabajo, por lo cual resulta interesante analizar la observancia de los principios y directrices tratados a lo largo de este trabajo en esta potencia económica, con miras a una posible incorporación futura de

China al organismo. Al respecto, la OECD en un informe sobre China¹⁰³ ha hecho críticas expresas en torno a la actual estructura de gobierno corporativo que rige a sus empresas estatales, la cual no resulta adecuada a la apertura económica que ha experimentado dicho país, puesto que se presenta desalentadora para quienes deseen ingresar a los mercados internos, como también asociarse con dichas empresas, especialmente en lo que apunta al mercado de capitales y al de activos financieros.

China viene, desde 1999, acogiendo políticas y recomendaciones de la OECD. Como sostiene la misma institución: "La estrategia ha buscado crear estructuras de gobierno inspiradas en las buenas prácticas derivadas de la experiencia en países de la OECD. Un componente de esta estrategia es la conversión ("corporatización") de Empresas Estatales en Sociedades por Acciones legalmente independientes y al establecimiento de Directorios y supervisores, junto a las leyes que definen sus responsabilidades, así como las de los ejecutivos. Con estas medidas, las autoridades han buscado reducir el intervencionismo gubernamental directo sobre el manejo de las empresas, mediante la creación de organismos separados que dirigen los activos estatales. El segundo componente, al cual se le ha dado cada vez mayor énfasis, es la apertura bursátil de las empresas públicas, para diversificar su propiedad con el objetivo de asegurar mayor disciplina en sus Directorios y ejecutivos." (Traducción del Redactor).¹⁰⁴

¹⁰³ OECD. 2002. China in the World Economy: The Domestic Policy Changes. Paris, OECD Publishing.

¹⁰⁴ "The strategy has sought to create governance structures patterned on best practices derived from OECD country experience. One component of the strategy is the conversion

Una de estas medidas, quizás la más importante, vino con la creación de una institución conocida por sus siglas como SASAC (*State-owned Assets Supervision and Administration Commission*), dependiente directamente del Consejo de Estado chino y que tiene como misión la administración de las empresas públicas chinas, a la vez que supervisa todas las transacciones de acciones, activos financieros o posibles fusiones que dichas empresas realicen. También es el ente que designa a los ejecutivos que dirigen dichas empresas, y tiene funciones de órgano legislador, puesto que SASAC es quien crea las leyes destinadas a regir las empresas estatales. Minmetals está afecta a este régimen legal bajo supervisión de este organismo.

Con SASAC, China incorpora de golpe varias de las recomendaciones que la OECD haría públicas en 2005 al establecer sus directrices de gobierno corporativo para empresas estatales como son la existencia del marco jurídico regulatorio, la fiscalización, y la existencia de un organismo central de control y administración aunque, considerando el sistema político imperante en China, se podría cuestionar cuanta independencia tiene SASAC del poder político, más si se considera que responde directamente ante el Consejo de Estado, por lo cual resulta muy difuso vislumbrar si efectivamente, y pese a estos intentos de otorgarle

("corporatisation") of SOEs into legally independent joint-stock companies and the establishment of boards of directors and supervisors together with laws defining their responsibilities and those of managers. With this, the authorities have sought to curtail direct government intervention in enterprise management by creating separate organs to manage state-owned assets. The second component, which has been given increasing emphasis, is to list corporatised SOEs and diversify their ownership in order to provide further discipline on the boards and managers." *Ibid.* p. 36.

mayor independencia a empresas grandes como Minmetals, hay una línea que separe las funciones políticas del Estado con aquellas de administración económica o, si se prefiere, que tan gruesa es la línea que las separa.

La OCDE ha hecho eco de estos argumentos y si bien alaba los intentos chinos por intentar recepcionar estos principios, no se queda corta en criticar como estos esfuerzos en muchos casos han fracasado o bien no han traído los resultados que se esperaba, justamente en los campos tratados, como también en otros como lo son la probidad y transparencia, y la responsabilidad de los ejecutivos y directores de estas compañías. Otro tema que ha sido blanco de críticas, en relación con la conformación de los directorios, y que nuevamente ejemplifica la poca separación entre funciones públicas, es la poca preparación que en muchos casos tienen los ejecutivos de estas compañías, debido a que muchos tienen una formación burocrática y han llegado a ascender por motivos políticos y no necesariamente por demostrar gran competencia en los ámbitos de administración económica.

Recientemente, el año 2011, la OECD publicó un texto en conjunto con el gobierno chino, titulado *"Corporate Governance of Listed Companies in China. Self-assessment by the China Securities Regulatory Commission"*. En este texto, producto de un período de diálogo entre China y la OECD, se realiza un estudio detallado de la evolución que ha sostenido este país en materias de gobierno corporativo desde 1990 -año en que se realiza la apertura del mercado de valores de China- hasta el año de la publicación, evidenciando las claras mejorías en la materia, muchas de ellas enunciadas hasta ahora, especialmente en materia de empresas particulares en este

país, aun cuando se hace referencia también a las empresas estatales. En este sentido, principalmente se destaca la profesionalización de la materia y la administración de las empresas en el país desde su apertura económica, presentando datos que van desde 1978 que dejan en evidencia un sostenido incremento en los grados de independencia en estas empresas, a la vez que se han distanciado paulatinamente de la administración del Estado en un proceso de profesionalización -el que como dijimos hace unos párrafos, es destacable, más no suficiente para la OECD-. Recordar que la OECD busca no sólo que las empresas estatales no dependan de la administración, sino que cuenten con cierto grado de independencia, lo que reverbera en el ámbito de la responsabilidad.

Aspectos destacados guardan relación con la reinversión de las ganancias de forma adecuada por parte de las empresas estatales (con la influencia que esto ha tenido, no sólo en los mercados en que se desempeñan, sino que además en la elaboración de políticas públicas); la elaboración, en 1986 y en 1992, por parte del Comité Central del Partido Comunista Chino, de dos textos importantísimos, el primero fija lineamientos y directrices para los directorios y los ejecutivos de sus empresas estatales, mientras que el segundo delega catorce facultades -que residían en dicho Comité- en las empresas estatales, lo que les asegura mayor independencia.

También se destaca el cambio experimentado en los años 90's, en el cual muchas de las empresas estatales chinas adoptaron estructuras que fusionaban características homologables con lo que en Chile son las

sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada. No bien el Estado, mediante SASAC u otras empresas, actúa como "accionista", los cambios en la estructura han permitido reformas estructurales que hacen que China se acerque a algunas de las exigencias de la OECD. En este sentido, el ingreso de este país a la Organización Mundial de Comercio el año 2001 y el compromiso realizado para adoptar los principios de gobierno corporativo de la OECD, refuerzan esta convicción.

Esta pequeña pincelada de Minmetals sirve como una forma de evidenciar la clara evolución que en la materia ha experimentado China en los últimos años, sus esfuerzos por aceptar esta occidentalización de la mano de acoger principios y directrices de la OECD, y como estos han chocado constantemente con muros internos de burocracia y política propios del sistema chino, que han impedido el avance que la OECD desearía que una de las principales potencias de la economía global experimentara y evidenciara en la materia, lo que además acercaría posiciones entre el gigante asiático y el ente internacional, pensando en una posible incorporación dicho país a la OECD. De todas formas, el progreso que en esta materia ha experimentado la República Popular China en los últimos 35 años es más que encomiable y merece ser destacado, ya que va en el camino correcto para modernizar su economía.

Conclusiones

A lo largo de este trabajo se ha demostrado la creciente importancia que ha ganado el tratamiento jurídico relativo al gobierno corporativo de las empresas estatales en los últimos años. Tras exponer y caracterizar las directrices y principios que la OECD ha elaborado en la materia, los he utilizado como el *leitmotiv* de este trabajo, buscando su transposición a nuestro ordenamiento jurídico, así como también explorando la forma en que los mismos se han instaurado como bases de instituciones jurídicas en el derecho comparado.

En este sentido, he podido demostrar la forma en que se complementan directrices y principios, y la forma en que esto se puede extrapolar a la relación de complemento que debe existir entre los ordenamientos jurídicos particulares de cada país miembro de la OECD con la generalidad del organismo internacional, y el *feedback* o retroalimentación existente ambos, lo que genera no sólo mejores experiencias para sus países miembros, a la vez que se colabora con la evolución y perfeccionamiento del Derecho; sino que además, y como fue enunciado durante el trabajo, esto entrega herramientas útiles para países que no son parte de la OECD y que buscan incorporarse, para poder refinar y pulir sus propios ordenamientos jurídicos.

También se ha demostrado, y criticado cuando ha correspondido, la predisposición que tiene la OCDE a desconfiar de las empresas estatales

por la influencia que el poder político de turno puede tener en ellas, llevándolas a ser instrumentos para el provecho político, lo que redundaría en ineficiencia y alteraciones en los mercados. Si bien no se puede negar que las situaciones sobre las cuales la OCDE tiene aprensiones existen, puesto que históricamente han ocurrido, y Chile no es ajeno a esta realidad; lo cierto es que no sólo se trata de situaciones que con el tiempo han disminuido, a la vez que aumenta tanto la regulación -que es un aspecto positivo-, como el control y la fiscalización ciudadana sobre las mismas.

Por esto me ha parecido necesario mencionar los casos en que la OCDE impone, mediante sus directrices, algunas medidas que se sienten excesivas para las empresas estatales por cuanto las dejan en un pie de desigualdad respecto a sus competidores particulares, fundado muchas veces sólo en prejuicios que, como se dijo en su momento, no cuentan con verdaderos fundamentos económicos o jurídicos, situación que puede ser grave, a la vez que las crisis económicas y financieras que ha experimentado la economía mundial en la última década demuestran que las empresas privadas no sólo no se encuentran exentas de caer en muchos vicios que distorsionan los mercados, sino que además son causantes de estos problemas y se ven más afectadas que sus pares de propiedad estatal. Por lo cual también es importante realizar un llamado de atención para mantener en perspectiva que, de la misma manera que se reforman y evolucionan los gobiernos corporativos de empresas estatales, similar observancia debe ocurrir con las particulares. Y si bien su gobierno corporativo también fue modificado en nuestro país con motivo del ingreso a

la OCDE, no basta con quedarse tranquilos con esta situación, puesto que varios casos de connotación nacional, han demostrado la necesidad de reforzar este punto.

Ha quedado claro también que con la motivación de ingresar a este organismo internacional, nuestro país ha asimilado muchos de estos principios y directrices como propios, integrando aquellos que no tenían presencia en nuestra legislación o perfeccionando aquellos ya presentes, fortaleciendo su existencia.

Pese a la muchas veces alegada instrumentalización de estas directrices y principios -así como de las normas y leyes en las cuales su contenido fue vertido en nuestro ordenamiento jurídico- cuyo fin era la incorporación de nuestro país a la OECD, es innegable que nuestro ordenamiento jurídico y, por extensión, todos los habitantes de la República afectos a sus normas, nos hemos visto beneficiados con la presencia de estas mejoras legislativas que, como se ha hecho incesante hincapié a lo largo de este trabajo, redundan en una mejora en la competitividad, eficiencia y desempeño de las empresas públicas como agentes económicos. Así, las reformas legislativas experimentadas en los últimos años apuntan hacia esta dirección, y así ha sido percibido no sólo por la población y por los expertos nacionales, sino que también por los internacionales y claro, por la OECD que ungió a nuestro país con el estatus de miembro del organismo el año 2010.

Asimismo, hemos podido evidenciar que muchas normas jurídicas en nuestro país venían experimentado durante las últimas dos décadas una

evolución que apuntaba a mejorar los estándares nacionales en cuanto a competitividad, eficiencia, transparencia, probidad y funcionamiento de los mercados, siendo el punto culmine las reformas que apuntaban al ingreso a la OECD de las cuales tanto se ha hablado y analizado en estas páginas. Así, modificaciones legales como la Ley de Transparencia (y su antecesora, la Ley de Probidad), la Ley de OPA, o algunas de las reformas a la Ley de Sociedades Anónimas y a la Ley de Mercado de Valores que se habían realizado durante la primera mitad de la década pasada eran indicadores de la dirección hacia la cual estaba evolucionando -favorablemente- nuestra legislación.

Vinculado con lo anterior se encuentra el impacto que tuvo el establecimiento del estatuto de responsabilidad penal para las personas jurídicas. No bien aquí también se puede repetir la crítica realizada -y generalizada en ciertos sectores de la doctrina nacional-, en relación a la carencia de debate teórico y dogmático en la discusión parlamentaria, teniendo como objetivo la aprobación de esta ley para un ingreso a la OECD (lo que fuera reforzado por declaraciones de personeros políticos de la época), lo cierto es que la decisión tomada respecto a instaurar un ámbito de responsabilidad que fuera penal y no de otro tipo se encuentra plenamente justificada, no sólo por la evolución que se ha experimentado en los últimos años en la materia en los países con ordenamientos jurídicos de influencia continental -además de la ya existente en países anglosajones-, sino por la forma en que se tomó una decisión utilizando la mejor opción en la práctica, teniendo en mente consideraciones de economía procesal y de análisis

económico del derecho que han facilitado la aplicación de este estatuto así como la forma de sancionar. No obstante, quedan desafíos pendientes que apunten a la expansión de la responsabilidad penal para personas jurídicas que vaya más allá de los tres delitos que figuran actualmente en el texto de la ley (algo que ciertamente se criticó en el debate original que dio nacimiento a la Ley 20393). Este es un tema que se encuentra muy en boga, con casos polémicos y de impacto en toda la comunidad nacional como lo fueron el de la colusión de las grandes cadenas de farmacias, o el de las repactaciones unilaterales realizadas por la multitienda La Polar.

Ciertamente hay elementos a considerar en cuanto a qué ilícitos podrían incorporarse al estatuto de responsabilidad penal para las personas jurídicas y la forma en que esto pueda afectar la relación que existe con los ilícitos monopólicos¹⁰⁵, y de qué manera estos se ven ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. No cabe duda que el ámbito antimonopólico se vería afectado por estas modificaciones, y ya hay voces que proponen, justamente a propósito del debate que han provocado los casos mencionados en el párrafo anterior, que se modifique la legislación apuntando a abarcar en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sanciones por ocurrencia de ilícitos antimonopólicos.

También entroncado con lo anterior, y volviendo al ámbito de los gobiernos corporativos de las empresas estatales, es palpable que aún quedan reformas que hacer en nuestro país para continuar con su mejora,

¹⁰⁵ A mayor abundamiento, vale la pena recordar que las modificaciones que se han hecho en las últimas décadas al Decreto Ley 211, la Ley de Defensa de la Libre Competencia, han eliminado las sanciones penales para los injustos monopólicos.

ya que existe un déficit en la legislación que apunte a fortalecer aquellas empresas públicas o mixtas donde el Estado tiene participación que tienen un menor tamaño o menos figuración pública y mediática, justamente para efectos de que los beneficios, en aumento de su eficiencia y productividad, se vuelvan tangibles y puedan reflejar un aumento de sus utilidades y su nivel de inversión.

En este sentido, fortalecer el papel y el protagonismo que SEP Chile como holding de empresas estatales debe tener parece fundamental, especialmente en momentos cuando se alzan voces desde diversos sectores políticos solicitando la expansión de la actividad empresarial del Estado a rubros como lo son la salud y la previsión social, mediante la posible creación de una ISAPRE o una AFP estatal las que, de materializarse, sin duda estarían ligadas a SEP de alguna forma. Vale la pena destacar señales que se han enviado los últimos años que apuntan en la dirección que abogo para continuar la evolución jurídica de este organismo de coordinación y propietario, lo que además va en la dirección que plantea la OCDE como vimos a lo largo de este trabajo.

Relacionado con lo anterior es la necesidad de una reforma, y hasta reestructuración se podría afirmar, de otros de los vértices que conforman las grandes empresas estatales nacionales como es el caso de ENAP, una empresa que ha sido postergada por muchos años -y muchos gobiernos, de todos colores políticos-, por lo cual sufre una crisis que repercute con mayor gravedad no sólo en las zonas en las cuales genera operaciones económicas, sino que principalmente a la gente que trabaja en ella -y en

general a sus partes interesadas que, mal que mal, somos todos quienes formamos parte de este país, por su carácter público-. No se trata sólo de deficiencias como la forma en que se conforma su Directorio -donde no se acogen muchas de las directrices de la OECD-, sino que en general de una empresa donde su gobierno corporativo no refleja los tiempos modernos, como si lo hace en otras empresas nacionales, lo que genera un impacto negativo en el desempeño de la empresa en su mercado y en la economía nacional.

La crítica esbozada en el párrafo anterior también se hace extensiva a la situación que vive otra empresa como lo es ENAMI, justamente la estatal minera ligada a la pequeña y mediana minería. Y es que no bien la reforma que se hizo del estatuto de CODECO en la materia ha sido ejemplar para la evolución positiva de los gobiernos corporativos en nuestro país, el que se hayan ignorado a otras empresas por ser de menor tamaño o importancia estratégica, no es motivo suficiente para justificar este pseudo-abandono que les significa un estanco jurídico y que ciertamente perjudica a la Nación toda. Y si bien se han manifestado públicamente muchos personeros políticos, particularmente del gobierno del Presidente Piñera, en relación a comprometer apoyo a una reforma del gobierno corporativo de estas empresas, lo cierto es que las señales han sido confusas. Es cosa de realizar una búsqueda de notas de prensa en internet para ver cómo se han prometido reformas desde el gobierno de la Presidenta Bachelet y durante todo el actual gobierno, sin que aún se materialicen estas propuestas concretamente en un texto legal. Si no existe un verdadero compromiso de

Estado, con independencia del color político, para sacar adelante estas necesarias y postergadas reformas -como lo fue en su ocasión el compromiso país que significaba el ingreso de Chile a la OCDE- se vislumbra un complejo panorama que no haría más que ensombrecer más la situación de algunas de estas empresas.

Otro tema tratado en esta Memoria es el tratamiento jurídico y la adopción de las directrices y principios de la OCDE en otros países miembros del organismo -puntualmente en empresas de Francia y Nueva Zelanda-, así como analizar adicionalmente la situación de China, la economía más poderosa del mundo, y que actualmente no es país miembro de este organismo internacional. El presentar el panorama en derecho comparado permite visualizar de mejor manera el estado del gobierno corporativo en nuestro país respecto de otras naciones, muchas de las cuales son importantes socios comerciales de Chile, lo que permite enriquecer no sólo el estudio y el debate nacional en la materia, aprendiendo de otras experiencias, generando una beneficiosa retroalimentación, lo que realiza el rol del foro que otorga una instancia internacional de cooperación como lo es la OCDE

Para finalizar las conclusiones de lo que ha sido esta lata exposición sobre el gobierno corporativo de las empresas estatales, es necesario reiterar el positivo impacto que la incorporación de las directrices de la OCDE ha tenido en nuestro ordenamiento jurídico y en la economía de nuestro país, representada principalmente por nuestra mayor empresa estatal y los beneficios que sus utilidades representan para la gente. A la

vez, volver a sostener que aún queda mucho camino por recorrer en nuestra legislación, quedan desafíos pendientes para muchas empresas estatales que son muy importantes, especialmente para las comunidades locales y regionales que dependen de ellas -como es el caso de ENAP-.

Volver a enfatizar un concepto que ha estado presente a lo largo de todo esta memoria, cual es, el de balance. Es el balance que la OCDE busca para las empresas estatales en la forma en que se comportan los mercados, en como los Estados pueden balancear sus funciones de propiedad y de regulación. Pero principalmente, y proyectando un tema en estas conclusiones, es lograr balancear el desarrollo económico y jurídico con la forma en que se realiza la regulación de las empresas estatales, recordando que sus principales beneficiados, y quienes sienten más los efectos de su desempeño económico son todos los habitantes de la Nación, por lo que el compromiso del Estado con sus empresas debería ser insoslayable y siempre ser tenido en consideración, con independencia de lealtades políticas, partidistas, y sin importar los colores políticos del gobierno de turno.

Bibliografía

- AGOSÍN, M. y PASTÉN, E. 2003. Corporate Governance in Chile. Santiago, Banco Central de Chile, Documentos de Trabajo, 209. 25p.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. 1943. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Santiago, Imprenta Universitaria. 655p.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. 2009. Historia de la Ley N° 20382, Introduce Perfeccionamientos a la Normativa que regula los Gobiernos Corporativos de las Empresas. 856p.
- BOFILL, J. 2011. Estructuras de Imputación y Prevención de Delitos al interior de la Persona Jurídica. En: Gobiernos Corporativos. Aspectos Esenciales de las reformas a su regulación. Santiago, Universidad Adolfo Ibáñez. AbeledoPerrot - Thomson Reuters. pp. 175-195.
- CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE. Oficio N° 8360, se aprueba modificación a DL 1350. Valparaíso, Chile.
- CEA, J.L. 1988. Tratado de la Constitución de 1980. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 399p.
- CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 1989. Ley 18772: Establece Normas para Transformar la Dirección General de Metro en Sociedad Anónima, 28 de enero de 1989. 5p.

- CHILE. Ministerio de Hacienda. 1981. Ley 18046: Sobre Sociedades Anónimas, 22 de octubre de 1981. 98p.
- CHILE. Ministerio de Hacienda. 2000. Ley 19705: Regula la Adquisición de Acciones (OPAS) y Establece Régimen de Gobierno Corporativo, 20 de diciembre de 2000. 45p.
- CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley 20382: Introduce Perfeccionamientos a la Normativa que regula los Gobiernos Corporativos de las Empresas, 20 de octubre de 2009. 28p.
- CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley 20393: Establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los Delitos de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Delitos de Cohecho que indica, 2 de diciembre de 2009. 11p.
- CHILE. Ministerio del Interior. 1986. Ley 18575: Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del estado, 12 de noviembre de 1986. 19p.
- CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Ley 19696: Establece Código Procesal Penal, 12 de Octubre de 2000. 79p.
- CHILE. Ministerio de Minería. 1976. Decreto Ley 1350: Crea la Corporación Nacional del Cobre de Chile, Chile, 30 de enero de 1976. 16p.
- CHILE. Ministerio de Minería. 1991. Decreto 146: Estatutos de la Corporación Nacional del Cobre, 25 de octubre de 1991. 20p.
- CHILE. Ministerio de Minería. 2009. Ley 20392: Modifica el Estatuto Orgánico de la Corporación Nacional del Cobre de Chile (CODELCO) y las

Normas sobre disposición de sus Pertenencias Mineras que no forman parte de Yacimientos en actual Explotación, 14 de Noviembre de 2009. 7p.

- CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Decreto Supremo 100: Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, 22 de septiembre de 2005. 66p.
- CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2008. Ley 20285: Sobre Acceso a la Información Pública, 20 de agosto de 2008. 19p.
- CODELCO CHILE. 2010. Código de Gobierno Corporativo CODELCO Chile. Santiago.
- CODELCO CHILE. 2013. Reporte de Sustentabilidad CODELCO Chile 2012 [en línea].
<<http://www.codelco.com/reporte2012/site/edic/base/port/inicio.html>> [consulta: 10 de julio 2013].
- COMITÉ DEL SISTEMA DE EMPRESAS PÚBLICAS DE CHILE. 2008. Código SEP. Santiago. 124p.
- Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua [en línea].
<<http://www.rae.es/drae/srv/search?id=TYfZJAA36DXX2qpvUiZ3>> [consulta: 13 de julio de 2013].
- INTOSAI. 1977. Declaración de Lima sobre las líneas básicas de fiscalización para Entidades Fiscalizadoras Superiores. Viena. 14p.
- FRANCIA. Republique Francaise. Code des Juridictions Financières. Versión actualizada al 12 de Mayo de 2013.

- FRANCIA. Republique Francaise. 1958. Constitución Política de la República.
- FRANCIA. Republique Francaise. 2006. Ley 2006-10: Crea la Autoridad de Seguridad de la Vía Pública (ARAF).
- LEFORT, F. 2003. Gobierno Corporativo: ¿Qué es? y ¿Cómo Andamos por Casa? En: Cuadernos de Economía, 40 (120). pp. 207-237.
- LEHUEDÉ, H. 2009. ¿Por qué reformar el marco legal de los Gobiernos Corporativos de las empresas? [en línea]. <<http://www.oecd.org/daf/corporateaffairs/corporategovernanceprinciples/44271358.pdf>> [consulta: 12 de mayo de 2013].
- MEISEL, N. 2004. Governance Culture and Development: A Different Perspective on Corporate Governance. Paris, OECD Publishing. 142p.
- METRO S.A. 2011. Estatutos Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A. Santiago. 17p.
- MORALES, J. y ZAVALA, J.L. 2009. Derecho Económico. 3ª Edición Actualizada. Santiago, Thomson Reuters-Puntolex. 351p.
- NUEVA ZELANDA. New Zealand Parliament. 1986. Act 1986-124: New Zealand's State-Owned Enterprises Act, 18 de diciembre de 1986.
- NUEVA ZELANDA. New Zealand Parliament. Submission of Solid Energy New Zealand LTD.
- OECD. 2002. China in the World Economy: The Domestic Policy Changes. Paris, OECD Publishing. 814p.
- OECD. 2004. Corporate Governance in Development: The Experiences of Brazil, Chile, India and South Africa. Paris, OECD Publishing. 260p.

- OECD. 2004. Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE. Paris, OECD Publishing. 69p.
- OECD. 2005. OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises. Paris, OECD Publishing. 55p.
- OECD. 2007. Roadmap for the Accesion of Chile to the OECD Convention. Paris, OECD Publishing. 41p.
- OECD. 2008. OECD Economic Surveys: Chile 2007. Paris, OECD Publishing. 183p.
- OECD. 2010. Convención Para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales y Documentos Relacionados. París, OECD Publishing. 46p.
- OECD. 2011. Corporate Governance in Chile. Paris, OECD Publishing.
- OECD. 2011. Corporate Governance of Listed Companies in China. Self-Assessment by the China Securities Regulatory Comission. París, OECD Publishing. 108p.
- OECD. 2011. Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas. Paris, OECD Publishing. 64p.
- OECD. 2011. Maintaining Momentum: OECD Perspectives on Policy Challenges in Chile. Paris, OECD Publishing. 259p.
- ONU. 2003. Resolución aprobada por la Asamblea General 58/4. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción [en línea] <<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/58/4>> [consulta: 06 de agosto de 2013].

- RATP GROUP. RATP Group Structure and Governance [en línea] <http://www.ratp.fr/en/ratp/c_5010/structure-and-governance/> [consulta: 28 de marzo de 2013].
- RIVERO, J. 1981. Las Empresas Públicas en Francia. Anuario Jurídico VIII. Ciudad de México, UNAM. 24p.
- RIVEROS, E. 2010. Establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: Transparencia en el ámbito público y privado: Balance y desafíos pendientes. Santiago, Chile Transparente. pp. 111-117.
- SOLID ENERGY LTD. 2010. Statement of Corporate Intent.