



FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CHILE

ESCUELA DE POSTGRADO

LOS DESENCUENTROS ENTRE CODELCO Y LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA
REPÚBLICA: RÉGIMEN JURÍDICO Y CONTROL

Actividad formativa Equivalente para optar al Grado de Magíster en Derecho con
Mención en Derecho Público.

2018

Profesor Guía: Raúl Letelier Wartenberg.

Alumna: Jacqueline Espinoza Ortiz.

Santiago, Chile.

ÍNDICE

INTRODUCCION.....	4
I. CORPORACIÓN NACIONAL DEL COBRE DE CHILE.....	6
1. Breve referencia a su origen.	
2. Codelco es una empresa del Estado.	
3. Codelco como sociedad anónima.	
II. BREVE REFERENCIA AL CONFLICTO SURGIDO ENTRE LA CONTRALORIA Y CODELCO.....	10
1. El conflicto.	
2. Pronunciamiento de la Comisión investigadora de la Cámara de Diputados.	
III. ANALISIS DE LOS DESENCUENTROS: NORAMTIVA APLICABLE A CODELCO Y ROL DE LA CONTRALORIA.....	13
III.A. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A CODELCO.....	13
A.1) Normativa especial.	
A.2) Regulación constitucional y su evolución.	
A.3) Restricción a Codelco respecto de la normativa general aplicable a las empresas públicas.	
– A.3.i) Discusiones sobre el alcance del artículo 25 del DL 1350.	
– A.3.ii) Discusión sobre la aplicabilidad de la LOCBGAE y de los principios que establecen las bases generales de la Administración del Estado a Codelco.	
– A.3.iii) Discusión sobre la aplicación de la ley N° 19.886 sobre Contratos de Suministro y Prestación de Servicios.	
III.B. ROL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.....	29
B.1) Facultad fiscalizadora de la Contraloría respecto de las empresas públicas.	
B.2) Fiscalización de la Contraloría respecto de Codelco.	
– B.2.i) Relación de la Contraloría y la Comisión Chilena del Cobre.	
– B.2.ii) Cochilco.	

- B.2.iii) Discusión sobre el alcance de las facultades fiscalizadoras en relación a Codelco.

IV. NUESTRA MIRADA DEL PROBLEMA: UNA ALTERNATIVA DE SOLUCIÓN DESDE EL CONTROL.....	35
IV.A. Visión general de Codelco sobre el problema.....	36
IV.B. Reflexiones en torno a las empresas públicas.....	39
B.1) De la visión clásica del principio de subsidiariedad a una lectura democrática.	
B.2) Núcleo público de la actividad empresarial del Estado.	
B.3) Problemas que derivan de la naturaleza pública de las empresas.	
- B.3.i) El problema de agencia.	
- B.3.ii) Particularidades del problema de agencia en las empresas públicas.	
- B.3.iii) Soluciones a los problemas de agencia para las empresas públicas.	
B.4) Directrices internacionales para las empresas públicas.	
B.5) Gobiernos corporativos y sus conflictos.	
IV.C. CONSIDERACIONES RESPECTO DE CODELCO EN TORNO AL PROBLEMA.....	57
C.1) Normativa de aplicación general a la Administración del Estado en relación a Codelco.	
C.2) Probidad como criterio transversal.	
C.3) El gobierno corporativo de Codelco.	
C.4) La mantención de un vínculo fuerte entre el Presidente de la República y Codelco y su necesario correlato de control.	
C.5) Los otros controles que hay en Codelco.	
CONCLUSIÓN.....	67
BIBLIOGRAFÍA.....	70

INTRODUCCION.

La Corporación Nacional del Cobre (Codelco) es un monopolio legal, y como lo declara la ley que la regula, una empresa minera del Estado. De ahí que hay dos temas fundamentales que la persiguen, el uso de los recursos públicos y el adecuado control de su gestión para una eficiente utilización de estos recursos. Con motivo de estos temas, el año 2016, la Contraloría General de la República (Contraloría) cuestionó la forma como esta empresa estaba cumpliendo, entre otros aspectos, el principio de probidad que rige para toda la Administración del Estado.

De allí, que Codelco, la mayor empresa minera de Chile, y la Contraloría, el órgano de control por excelencia de la Administración del Estado, se vieran enfrentados por estos cuestionamientos, llevando incluso la controversia a sede judicial el año 2017, juicio que aún se encuentra pendiente de resolver. En la discusión, tanto en la prensa como en tribunales, se han cuestionado aspectos tan básicos como la normativa que regula a la cuprífera, si se le aplican los principios que rigen al resto de la Administración del Estado o si la Contraloría tiene facultades para aplicar estos principios a Codelco.

Sin embargo, la controversia que origina este estudio, tiene un trasfondo que va mucho más allá que la discusión si la exclusión que genera el texto del artículo 25 de la ley que rige a esta empresa, y que fija el estatuto jurídico especial de Codelco, es absoluta o merece excepciones; o si la Contraloría actuó más allá de las atribuciones que le confería el artículo 12 de la Ley que crea la Comisión Chilena del Cobre. Detrás de esta controversia, se plantea los cuestionamientos, tales como, ¿puede una empresa pública, siendo un órgano de la Administración del Estado, quedar al margen de los principios que rigen al resto de la Administración por tener un régimen legal particular? ¿Es admisible que justificado en la actividad que desarrollan las empresas públicas algunas puedan tener un estándar de probidad menor que el resto de los órganos de la Administración del Estado? ¿Es adecuado que existan restricciones al control que la ley le impone a la Contraloría cuando se refiere a ciertas empresas públicas? Codelco responde afirmativamente a estas preguntas y se ampara en que tiene un régimen legal especial y que posee un complejo y completo régimen de control que velaría adecuadamente por estos aspectos, que se sustentaría principalmente en su gobierno corporativo.

La aplicación práctica de la visión de Codelco, lo llevó a celebrar contratos con sociedades relacionadas por millones de dólares, que conforme al derecho privado y normativa interna, incorporado en su estatuto especial, estaría permitido, pero que en base a un estándar público, está prohibido.

Conforme a ello, este estudio busca, además de plantear la discusión, ir dando respuesta a estos cuestionamientos, así como analizar si es suficiente protección para velar por el interés público involucrado en una empresa del Estado, que la fijación del estándar con el que deba actuar o los principios básicos por los cuales se debe regir, queden entregado como suficiente garantía de protección, a su gobierno corporativo, tanto para la fijación de su normativa interna como para el control de la empresa.

Para ello se expondrá someramente la actividad empresarial del Estado y de las empresas públicas; de manera principal se desarrollará Codelco en cuanto a su régimen jurídico y el

rol fiscalizador de la Contraloría, y finalmente se desarrollarán reflexiones sobre las empresas públicas en general y Codelco en particular, para llegar a una alternativa de solución.

I. CORPORACIÓN NACIONAL DEL COBRE DE CHILE.

A continuación se realizará una breve mención al origen de la Corporación Nacional del Cobre de Chile (Codelco); a su categoría de empresa pública; y al sometimiento expreso de esta empresa que hizo el legislador el año 2009, a la regulación de la Ley de Sociedades Anónimas, en todo lo no previsto por su ley especial.

1. REFERENCIA A SU ORIGEN.

En la memoria anual de Codelco referida a la historia de esta empresa, se señala que con fecha 11 de julio de 1971 se llegó a un consenso político y social entre los chilenos, que supuso que los minerales de Chuquicamata, Salvador, Andina, El Teniente y La Exótica pasarían a ser 100% de propiedad del Estado de Chile. De esa manera, cuando se asumió por el Estado la administración de los yacimientos de la gran minería, se creó Codelco el año 1976¹.

Ese año, se publicó el Decreto Ley N° 1350, del Ministerio de Minería (en adelante DL 1350), mediante el cual se “Crea la Corporación Nacional del Cobre de Chile”.

Explicando sus orígenes, en sus considerandos se indica que, con ocasión de la nacionalización ordenada en la disposición 17° transitoria de la Constitución Política, agregada por la ley N° 17.450, de 16 de julio de 1971, el Estado debió asumir la administración de las empresas de la gran minería del cobre. Los estudios practicados al respecto, condujeron a la conclusión de que era conveniente consagrar un régimen legal que permitiera administrar las empresas nacionalizadas con flexibilidad y autonomía, indispensables para lograr los niveles de eficiencia requeridos para competir internacionalmente en el mercado del cobre y sus subproductos: que habilitara al Gobierno a contar en todo momento con una apreciación global y completa del estado de los negocios de dichas empresas; para coordinar debidamente con sus políticas generales las medidas que se adoptarían para el manejo de las mismas; que consultara la adecuada cautela del patrimonio público comprometido; que posibilitara el manejo por una sola entidad de la comercialización del cobre nacionalizado y sus subproductos y el uso óptimo para el Estado de sus recursos financieros; y que a la vez permitiera una administración descentralizada en lo operativo, en armonía con el plan de regionalización en que estaba empeñado el Gobierno².

Concluye que todos estos objetivos se obtienen de mejor forma mediante la creación de una sola empresa del Estado que asegure unidad de dirección, sin perjuicio de contemplar al mismo tiempo un marco jurídico dentro del cual podía establecerse una organización

¹ CODELCO. Memoria Anual año 2016, publicada en su página web. Página 28. En línea: <https://www.codelco.com/memoria2016/descargas.html>

² Considerandos 1º y 8º.

administrativa descentralizada para la operación de los diversos establecimientos productores³, con lo que se da origen a Codelco.

Dicha creación responde al mandato constitucional del artículo 19 N° 24, que señala que el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas (inciso 6°). Indica que las formas en las cuales se podrá desarrollar esta actividad minera son: directamente por el Estado, por sus empresas, por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo (inciso 10°).

2. CODELCO ES UNA EMPRESA DEL ESTADO.

El DL 1350 la define en su artículo 1° como una empresa del Estado, agregando entre sus principales características que es una empresa minera, industrial y comercial, con domicilio en la comuna de Santiago, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de duración indefinida y que se relaciona con el Gobierno a través del Ministerio de Minería.

Que Codelco sea definida como una empresa del Estado, responde al ámbito de la actividad empresarial del mismo, definido en la Constitución Política de la República (Constitución), en su artículo 19 N° 21⁴.

Explicando la actividad empresarial del Estado, Cordero Vega⁵ señala que *“la intervención directa de la Administración en la economía se producirá a través de la empresa pública y dará lugar a un tipo de actuación caracterizada por la ausencia de privilegios y la sumisión del derecho privado”*. Indica que desde la crisis del año 1929, existe suficiente evidencia que argumenta las necesidades de un rol activo del Estado, y en particular de las Administraciones en la economía, siendo una de esas manifestaciones la que constituyó el establecimiento de empresas públicas.

Por su parte, la Contraloría ha clasificado estas empresas en: empresas del Estado o empresas públicas estatales y empresas privadas del Estado.

Refiriéndose a esta clasificación, el año 1979 señaló que las “empresas del Estado” o “empresas públicas o estatales” son entidades creadas por ley, con personalidad jurídica de derecho público distinta y separada del Fisco, con patrimonio propio y autonomía para gestionarlo, funcionalmente descentralizadas e integrantes de la Administración, encontrándose bajo supervigilancia del poder central. Por su parte, las “empresas privadas del Estado” son entidades privadas en que el Estado o sus organismos tienen aporte de capital mayoritario o de igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o

³ Considerando 9°.

⁴ La mayoría de la doctrina ha señalado que la regulación de la actividad económica del Estado se encuentra además del artículo 19 N° 21 de la Constitución, en los siguientes artículos: 1° inciso 3 y 4; artículos 6° y 7°; y artículo 19 N° 2, 22 y 24.

⁵ CORDERO VEGA, Luis. “Lecciones de derecho administrativo”. Editorial Legal Publishing Chile. 2015, páginas 481-483.

participación, que se indican en ley N° 10.336 artículo 16, cuyo texto fue fijado por Decreto Ley N° 38 de 1973, sin que formen parte de la Administración”⁶.

El año 1997, la Contraloría indicó que hay dos tipos de organizaciones estatales que desarrollan actividades empresariales: 1) las empresas públicas del Estado o empresas del Estado propiamente tales y 2) las sociedades del Estado que generen órganos del Estado facultadas por ley de quorum calificado. Explica que la naturaleza jurídica y caracteres de las empresas del Estado es que estas son creadas por la ley de quorum calificado, la que señala su naturaleza jurídica de servicio público descentralizado funcionalmente, establece sus objetivos, funciones, estructura, autoridades, atribuciones, régimen financiero y de personal, etc. Todas estas normas son de derecho público, y por tanto, toda empresa del Estado se encuentra en la situación de ser aprobada por ley de quorum calificado, la que señala un régimen de derecho público. La naturaleza jurídica y caracteres de las sociedades del Estado es diametralmente opuesta, porque ellas no nacen directamente de la ley, sino que la ley de quorum calificado faculta a determinado órgano u órganos estatales para crearlas bajo la fórmula de sociedades privadas y su régimen jurídico es el de derecho privado⁷.

Dentro de la categoría de empresas del Estado definida por la Contraloría, Codelco es una empresa pública.

Así lo concluye también Moraga⁸, quien al contrastar los parámetros o dimensiones que se exponen en los dictámenes N° 10.492, de 1979, y 39.562, de 1997, con la estructura y organización de Codelco, concluye que esta última es una empresa pública o del Estado por las siguientes razones:

- Fue creada por un decreto ley que, a los efectos constitucionales, debe ser considerada como una ley de quórum calificado (artículo 19 N° 21, inciso 2° y disposición 5° transitoria de la Constitución);
- Codelco se creó como una "empresa del Estado", minera, industrial y comercial,
- Con personalidad jurídica propia, la que es de derecho público, toda vez que su voluntad constitutiva originaria está en la ley que la crea, y como tal es una persona jurídica funcionalmente descentralizada,
- Cuyo artículo 1° dispone que Codelco tiene personalidad jurídica y patrimonio propio; este último constituido inicialmente por la transferencia de activos del Estado que se detallan en su artículo 4°, y

⁶ Contraloría General de la República. Dictamen N° 10.492 del año 1979. Extracto de dictamen contenido en la base de datos de su jurisprudencia. Mantiene la aplicación de este criterio en los dictámenes N° 39.718 de 1999; 47.904 de 1999 y 43.893 de 2009. En línea <https://www.contraloria.cl/web/Contraloría/buscar-jurisprudencia>.

⁷ Contraloría General de la República. Extracto de dictamen N° 39.562 de 1997 contenido en la base de datos de su jurisprudencia. En línea: <https://www.contraloria.cl/web/contraloría/buscar-jurisprudencia>.

⁸ MORAGA KLENNER, Claudio. Informe en Derecho denominado “Informe sobre el Estatuto Jurídico aplicable a la Empresa Pública Codelco-Chile”. 7 de abril de 2018. Páginas 2 y 3. Acompañado al juicio seguido ante el 25 Juzgado Civil de Santiago, rol N° 19.357-2017, mediante presentación del CDE realizada con fecha 12 de abril de 2018.

- Donde la autonomía de la gestión empresarial está asegurada en el título III del DL 1350, al establecer órganos de dirección superior y de administración: el Directorio y el Presidente Ejecutivo.

Moraga señala que desde una dimensión orgánica *“las empresas públicas creadas por ley, cuyo caso es el de Codelco, son servicios públicos, descentralizados funcionalmente porque no actúan con la personalidad jurídica del Fisco, que tienen una actividad o giro específico y que se vinculan con el Gobierno a través de un Ministerio, en este caso, de Minería”*⁹.

Sin embargo, parte de la doctrina discrepa con la clasificación de empresas públicas y privadas del Estado.

Al respecto, Cordero Vega haciendo alusión a los mismos dictámenes, señala que estos criterios fueron enmendados por la Constitución de 1980, en tanto diseñó y planificó una estructura para la actividad empresarial del Estado, que sin negarla, la acotó a espacios autorizatorios concretos y a reglas de intervención precisas. Refiriéndose a este diseño constitucional de la actividad empresarial, indica que *“desde la Constitución no es posible distinguir entre empresas públicas y empresas privadas del Estado, pues su normativa está referida a las “actividades empresariales del Estado” de cualquier clase que fueren; sea para “desarrollar” estas actividades empresariales, esto es mediante un modelo de intervención publicado orgánicamente; sea para “participar en ellas” mediante un sistema de suscripción de contratos privados; requiriendo todas las hipótesis de una ley de quórum calificado que las autorice”*¹⁰.

3. CODELCO COMO SOCIEDAD ANONIMA.

El Decreto Ley N° 1 de 1987, del Ministerio de Minería¹¹, dispuso que las nuevas empresas de la gran minería del cobre debían constituirse como sociedades anónimas (artículo 19).

Por su parte, el año 2009, se dictó la ley N° 20.392, que entre otras modificaciones, incorporó al estatuto jurídico de Codelco la ley de sociedades anónimas abiertas, la que debe regir en lo no previsto, que fuera compatible y no se oponga a esa ley y a los estatutos de Codelco.

Conforme al Mensaje de esa ley N° 20.392¹², la iniciativa buscaba hacer aplicable a Codelco y a sus ejecutivos y directores, según correspondiera, las normas que al efecto se establecen en materia de transacciones con partes relacionadas; responsabilidades, prohibiciones, funcionamiento, deberes y derechos del Directorio y del Gerente General; entrega de información; confección de balances y estados financieros, los que por remisión

⁹ MORAGA, ob. cit., página 3.

¹⁰ CORDERO VEGA, Luis, ob. cit., páginas 487-488.

¹¹ Decreto Ley que “Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N° 1.349, de 1976, que Crea la Comisión Chilena del Cobre”.

¹² Mensaje N° 672-354. Fecha 08 de marzo, 2007. Mensaje en Sesión 1. Legislatura 355. Historia de la Ley N° 20.392. Página 4. En línea:

https://www.bcn.cl/historiadelay/fileadmin/file_ley/4726/HLD_4726_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf

a las normas de las sociedades anónimas abiertas, debían ser auditados por auditores independientes y externos; y someterla por ley a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros.

Con esta ley se incorporó además el gobierno corporativo a Codelco.

II. BREVE REFERENCIA AL CONFLICTO SURGIDO ENTRE LA CONTRALORÍA Y CODELCO.

1. EL CONFLICTO.

A lo largo de la historia, Codelco y la Contraloría han tenido varios desencuentros. Sin embargo, para efectos de abordar el análisis objeto este estudio, haremos una breve mención a un conflicto que por su importancia fue de connotación pública, discutido en sede judicial y que en su trasfondo se aprecia la comprensión que cada uno de estos organismos tiene sobre el control y el régimen jurídico aplicable a Codelco. Este conflicto delimita el contexto donde se desarrollan la discusión, revela su importancia y da contenido concreto a la solución que resulte del análisis que realizaremos.

La discusión está referida a las actividades de control que lleva a cabo la Contraloría sobre Codelco y el estatuto jurídico aplicable, especialmente la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE), títulos I y III, principio de probidad, el artículo 4º de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (LCP).

Se origina con el Informe Final N° 900-2016 elaborado por la Contraloría. Esta auditoría abarcó entre el 1º de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2015 y tuvo por objeto los contratos administrativos de bienes y prestación de servicios suscritos por Codelco. Entre otros, observa los siguientes aspectos:

- a. Contratos celebrados con personas relacionadas y el incumplimiento del artículo 4, incisos 6º, 8º y 9º de la LCP, especialmente en relación a la empresa Hatch Ingenieros y Consultores Limitada;
- b. Codelco estaría realizando sus contrataciones mediante licitación privada y trato directo, por tanto incumpliendo el principio de libre concurrencia de los oferentes establecido en el artículo 9º de la LOCBGAE, en el sentido que las contrataciones por regla general se celebrarán mediante licitación pública;
- c. Contratos con personas relacionadas, incumpliendo el deber de abstención exigido por esa norma que se aplica en caso de parentesco por consanguinidad hasta el tercer grado y por afinidad hasta el segundo grado;
- d. Inobservancia de la declaración relativa a los conflictos de intereses; y
- e. Omisión de actos jurídicos unilaterales, Codelco debería emitir las correspondientes resoluciones cuando se lo exija la normativa vigente.

El año 2017, Codelco interpuso una demanda de nulidad de derecho público en contra de la Contraloría, juicio seguido ante el 25º Juzgado Civil de Santiago, rol N° 19.357-2017, solicitando se declare la nulidad de los contenidos supuestamente ilegales del Informe Final N° 900-2016 de la Contraloría, de fecha 10 de mayo de 2017.

La controversia aborda dos puntos:

- 1) Estatuto jurídico aplicable a Codelco, ya que Codelco señala que no le sería aplicable la LOCBGAE, específicamente su título I (artículos 3, 5 y 9) y título III (artículo 62 N° 6) y la LCP, artículo 4°.
- 2) Alcance de la facultad fiscalizadora de la Contraloría, ya que Codelco alega que la Contraloría haría cuestionamientos de mérito por pretendidas infracciones genéricas de los principios de control, transparencia, eficiencia, eficacia y probidad contenidos en los artículos 3, 5 y 9 de la LOCBGAE

La demanda señala que la Contraloría vulneró el ordenamiento jurídico al aplicar un marco normativo a Codelco que no le resulta pertinente. Menciona como infracciones específicas de ley las siguientes:

1. Pretendida aplicabilidad del artículo 62 N°6 de la LOCBGAE: se alega “violación de ley” producto que la Contraloría pretende aplicar el artículo 62 N°6 de la LOCBGAE a los contratos celebrados por Codelco. Con ello se contraviene el estatuto legal aplicable a Codelco, que es especial frente a la referida norma general de la LOCBGAE; se infringen directamente los artículos 1° y 25 del DL 1350, desde que la norma del artículo 62 N° 6 de la citada LOCBGAE no hace expresa referencia a Codelco; y se contraviene la jurisprudencia administrativa vigente del propio ente contralor.
2. Pretendida aplicabilidad del artículo 4° de la LCP y 54 letra b) la LOCBGAE: El Informe Final concluye que resultaría aplicable a Codelco lo dispuesto en el artículo 4° de la LCP, específicamente en sus incisos 6°, 8° y 9°. Alega indebida aplicación de la LCP, ya que Codelco se encuentra sujeta a un régimen jurídico particular que tiene legitimación constitucional directa, consagrado en el DL 1350. Que para otorgarle la debida protección y estabilidad, se incorporó el artículo 25 a dicho cuerpo normativo que, en lo que interesa, dispone que las normas legales dictadas o que se dicten para las empresas del sector público, empresas del estado, sociedades con participación estatal u otra denominación semejante, sólo serán aplicables a Codelco en caso de que se haga referencia expresa a ella en la norma legal respectiva.

Actualmente el juicio está en primera instancia sin fallo aún.

Investigación penal.

Producto del Informe N° 900 de 2016 antes mencionado, se detectaron hechos que podrían revestir carácter de delito, cometidos presumiblemente por funcionarios públicos en diversas regiones del país, por lo que se dio inicio a una investigación penal por delito de negociación incompatible, la cual se lleva en la Fiscalía de Alta Complejidad Oriente, RUC N° 1700458506-2 . Con fecha 13 de junio de 2017, se admitió a tramitación una querrela presentada por los diputados Paulina Núñez, Issa Kort y Felipe Ward por los delitos de fraude al Fisco, negociación incompatible y tráfico de influencias, querrela que fue agrupada a esta investigación. Actualmente se encuentra sin formalizados.

2. PRONUNCIAMIENTO DE LA COMISIÓN INVESTIGADORA DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS.

La Cámara de Diputados inició en mayo del año 2017, una investigación referida a Codelco, a requerimiento de 57 diputados de la República. Se mandató a la Comisión para investigar los siguientes aspectos¹³:

- 1) Cómo Codelco había efectuado las adquisiciones de bienes y servicios a privados durante los últimos diez y siete años.
- 2) Cuál había sido su política de indemnizaciones por término de la relación laboral, respecto de sus ejecutivos y trabajadores.
- 3) Si la cuprífera estatal había tomado los resguardos mínimos del patrimonio que le corresponde gestionar en cuanto administrador de bienes ajenos y, particularmente, de recursos públicos.

El informe final¹⁴ fue evacuado el 25 de enero de 2018, y en lo que respecta a este tema concluyó entre otros, que:

- La Comisión, sobre la base de lo establecido en la normativa vigente, tiene el convencimiento de que Codelco es una empresa estatal que forma parte de la Administración del Estado, en virtud del artículo 1° de la Ley 18.575, sobre Bases de la Administración del Estado y, en razón de ello, le son aplicables los principios de eficiencia, eficacia y probidad (conclusión N° 1).
- En virtud del carácter de empresa estatal, Codelco está sometido al control y fiscalización por parte de la Comisión Chilena del Cobre, Cochilco, de forma directa; de la Contraloría General de la República, en forma indirecta, y también directa en casos excepcionales, previa notificación al Presidente de la República de los motivos que justifican dicho control; de la Superintendencia de Valores y Seguros y de la Cámara de Diputados. Sobre este punto, la Comisión ha arribado al consenso de que, si bien la empresa está sometida a la fiscalización de varios organismos, cada uno de ellos se aboca a distintos ámbitos, que no se superponen entre sí (conclusión N° 2).
- Lo anterior no obsta a que Codelco se rija por su Ley de Gobierno Corporativo (DL N° 1350, de 1976, modificado por la ley N°20.392, de 2009) y, en su defecto, por la ley que rige las sociedades anónimas abiertas -ley N°18.046-, las que tienen por objeto resguardar la competitividad de la cuprífera estatal para sus transacciones en el

¹³ Esta investigación se inicia con motivo del Informe N° 900 de la Contraloría, ya referido y del conflicto denominado “Planes de Egreso” surgido del dictamen N° 15.759, de 02 de mayo de 2017 y N° 18.850, de 24 de mayo de 2017 (donde se rechazó la reconsideración del anterior dictamen). En este último caso, la Contraloría revisó la situación del ex director de la Corporación Nacional el Cobre de Chile, quien fue desvinculado por la causal prevista en el N° 2 del artículo 159 del Código del Trabajo, esto es, renuncia voluntaria del trabajador, para acogerse al “Plan de Egreso Voluntario Focalizado”, de acuerdo al contrato colectivo vigente para su sector, habiendo recibido una indemnización millonaria. En dicha oportunidad, la Contraloría concluyó que se había establecido de una doble cobertura ante la contingencia del término de la relación laboral, lo que hacía necesario la revisión de la sujeción, en esta instancia, a los principios de eficiencia, eficacia y probidad a que se refiere el inciso final del artículo 3° de la ley N° 18.575, los que le eran aplicables a Codelco en su calidad de empresa creada por ley, que integra la Administración del Estado.

¹⁴ Cámara de Diputados. Informe de la Comisión Especial Investigadora sobre la utilización de recursos públicos por parte de Codelco, especialmente en las adquisiciones de bienes y servicios a privados durante los últimos diecisiete años, y la política de indemnizaciones por término de la relación laboral de sus ejecutivos y trabajadores”. De fecha 25 de enero de 2018. En línea: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=39181&prmTIPO=INFORMECOMISION>

mercado del cobre, planes de negocios a futuro, inversiones e intereses estratégicos y la concreción de utilidades, por su carácter de empresa. Todas las normas indicadas deben ser compatibles entre sí, velando por el interés público por sobre el privado (conclusión N° 3).

- La Comisión concluye que la interpretación dada por Codelco a su marco normativo restringe las atribuciones de la Cámara de Diputados y de la Contraloría General de la República, en circunstancia que ellas se encuentran reconocidas expresamente en la Constitución Política y en la ley (conclusión N° 5).
- Lo anterior (refiriéndose a que por el hecho de ser una empresa pública no puede inhibir a Codelco a dar cumplimiento a la normativa laboral contenida en el Código del Trabajo y a los pactos que con sus trabajadores celebre) no significa que, en su calidad de gestor y custodio de recursos públicos, no deba observar los principios de eficacia, eficiencia y probidad. Es en vista de esos principios que la carencia de libertad de disposición patrimonial a la que se ve sometida quien administra recursos públicos, como es el caso de Codelco, al decir del dictamen N° 15.759, se refiere a una medida de gestión: la Corporación Nacional del Cobre de Chile, al desempeñarse como actor privado, no se encuentra en situación de disponer libremente de los recursos con los que opera, porque no son recursos propios, sino del Estado, y la empresa no es su dueña, pues en tanto órgano de la Administración del Estado, Codelco ejerce funciones públicas no orientadas ni al lucro ni a la especulación financiera, sino fundamentalmente a ser fuente de ingresos, para hacer viable la gestión pública en todos sus niveles y formas. En ningún caso, y así lo concluye la Comisión, puede entenderse que los dictámenes N°15.759, 18.850 y 36.602, han señalado que Codelco se halle sustraída, en cuanto a su gestión, de las reglas de derecho común y, en especial, al cumplimiento de la normativa laboral. Asimismo, lo dicho en tales dictámenes reafirma que no hay obstáculo legal alguno para que la Corporación realice negociaciones colectivas con sus sindicatos (conclusión N° 10).

III. ANÁLISIS DE LOS DESENCUENTROS: NORMATIVA APLICABLE A CODELCO Y ROL DE LA CONTRALORÍA.

Sin perjuicio de los hechos concretos que motivan el conflicto entre Codelco y la Contraloría, los organismos se ven enfrentados respecto de dos aspectos principales: la normativa vigente aplicable a la empresa y el rol fiscalizador que debe jugar el órgano contralor.

III.A. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A CODELCO.

La discusión sobre el régimen jurídico aplicable a esta empresa surge del artículo 25 del DL 1350 que crea Codelco, ya que dicha norma exige que para que una norma dictada para las empresas públicas sea aplicable a Codelco, debe hacer referencia expresa a dicha empresa. De ahí que esta restricción genera la discusión sobre si la normativa general aplicable a los órganos de la Administración del Estado, entre los que se encuentran las empresas públicas, sería aplicable a Codelco también.

A fin de abordarlo adecuadamente, se hará una síntesis del régimen especial que regula a Codelco; de la normativa general aplicable a cualquier empresa pública; y de los argumentos a favor y en contra de cada postura.

A.1) NORMATIVA ESPECIAL.

El estatuto especial de Codelco está conformado por:

1. El DL 1350 que crea esta empresa pública y por sus estatutos;
2. Las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas, subsidiariamente y en cuanto fuera compatible; y
3. La legislación común, en lo que sea aplicable.

Así lo establece el DL 1350, en su artículo 1º inciso 2º señalando que *“Codelco se regirá por las normas de la presente ley y por la de sus Estatutos y, en lo no previsto en 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”*.

Exigencia que se repite en el Decreto N° 3, de 2012, del Ministerio de Minería, que Modifica y Fija el Texto Refundido de los Estatutos de Codelco, y que en su artículo 1º, inciso 2º dispone que *“Codelco se regirá por las normas del decreto ley N° 1.350, de 1976, y por las del presente Estatuto y, en lo no previsto en 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”*.

A.2) REGULACIÓN CONSTITUCIONAL Y SU EVOLUCIÓN.

Al igual que cualquier otra empresa pública, a Codelco se le aplica la normativa general contemplada en la Constitución para estos organismos¹⁵, entre los cuales podemos mencionar, artículo 19 N° 21 y N° 24 inciso 6º y 10º (derecho de propiedad sobre las minas), artículo 58 (incompatibilidades de los cargos de senadores y diputados); artículo 63 N° 9 (materia de ley sobre contratación empréstitos); y artículo 65 inciso 4º N° 2º (iniciativa del Presidente de la República para crear nuevos servicios públicos o empleos rentados), entre otros.

La Constitución contiene además una regulación especial en relación a las empresas mineras que ha sido determinante en la normativa que actualmente le es aplicable.

En relación con su evolución, el año 1971 comenzó la nacionalización de las empresas que constituían la Gran Minería del Cobre, modificándose el artículo 10 N° 10 de la Constitución Política del Estado de 1925¹⁶, en la que quedó establecido que cuando el interés de la comunidad nacional lo exigiera, la ley podría nacionalizar o reservar al Estado el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción u otros bienes

¹⁵ MARÍN VALLEJO, Urbano y OJEDA FUENTES, Leonel. “Reforma del Régimen Jurídico de Corporación Nacional del Cobre de Chile, Empresa Nacional del Petróleo, Empresa Nacional de Minería”. Santiago, febrero de 1993. Texto inédito. Cuadernillo, 91 páginas.

¹⁶ La ley N° 17.450 de 1971 incorporó la modificación al artículo 10 N° 10 de la Constitución de 1925.

que declare de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país y que el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas.

La ley N° 17.450 del mismo año, incorporó la disposición 17° transitoria a la Constitución que ordenó la nacionalización de las empresas que constituían la Gran Minería del Cobre; las declaró incorporadas al pleno y exclusivo dominio de la nación; y facultó al Presidente de la República a “*dictar las normas necesarias para coordinar el régimen de administración y explotación de estas empresas*”. Esta ley incorporó además disposición 16° transitoria que señalaba que mientras se dictaba la nueva ley que determinaría la forma, condiciones y efectos de las concesiones mineras, los titulares de derechos mineros seguirían regidos por la legislación vigente, en calidad de concesionarios.

El año 1976, el Decreto Ley N° 1552, del Ministerio de Justicia, que contenía el Acta Constitucional N°3, mantuvo el régimen jurídico aplicable a las empresas mineras, señalando en el artículo 4° transitorio, inciso 2°, que continuarían rigiéndose por las normas constitucionales vigentes a la fecha de promulgación de dicha acta.

La Constitución del 1980 mantuvo la regulación en el mismo sentido:

- La 3° disposición transitoria estableció que la Gran Minería del Cobre y las empresas nacionalizadas continuarían rigiéndose por “*las normas constitucionales vigentes a la fecha de promulgación de esta Constitución*”.
- La 5° disposición transitoria (actualmente 4°), elevó esa normativa al rango de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, disponiendo que las leyes en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución debían ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplían estos requisitos y seguirían aplicándose en lo que no fueran contrarias a la Constitución, mientras no se dictaran los correspondientes cuerpos legales.

Con ello, toda la normativa que regía a Codelco mantuvo su vigencia y en lo que correspondía fue elevada al rango que le otorgó la disposición 5° transitoria.

A.3) RESTRICCIÓN A CODELCO RESPECTO DE LA NORMATIVA GENERAL APLICABLE A LAS EMPRESAS PÚBLICAS¹⁷.

El DL 1350 establece una limitación para hacer aplicable a Codelco la normativa que se dicte para las empresas del sector público.

En efecto, su artículo 25 indica que “*Las normas legales dictadas o que se dicten para las Empresas del Sector Público, Empresas del Estado, sociedades con participación estatal u otra denominación semejante, sólo serán aplicables a la Corporación Nacional del Cobre de Chile en caso de que se haga referencia expresa a ella en la norma legal respectiva. Se exceptúan*

¹⁷ A fin de abordar las discusiones doctrinarias al respecto, se usaron principalmente los informes en derecho evacuados en el juicio seguido ante el 25° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 19.357-2017.

de lo anterior aquellas normas contenidas en disposiciones de carácter tributario aplicables genéricamente a las empresas o sociedades señaladas”.

A.3.i) Discusiones sobre el alcance del artículo 25 del DL 1350.

Esta norma ha dividido a la doctrina entre aquellos que señalan que el artículo 25 excluye cualquier normativa de derecho público que no mencione a Codelco y los que entienden que esta exclusión no es absoluta.

En el primer grupo, encontramos a Ferrada, quien señala que hay casos en que el legislador ha dispuesto una exclusión especial expresa de ciertas empresas del régimen jurídico público, disponiendo una cláusula estricta de interdicción en tal sentido, lo que sólo cede por norma legal expresa al contrario. Refiriéndose a esta regla de exclusión señala que *“no es irrelevante, ya que constituye una norma especialísima dentro del ordenamiento jurídico que impone al legislador una carga especial regulativa, esto es, indicar en forma precisa la extensión de una norma jurídico-pública a estas empresas estatales. Ello no puede ser omitido en cualquier análisis que se haga respecto de estas empresas, ya que forma parte del núcleo esencial regulativo de estas empresas, condicionando con ello cualquier extensión de la normativa pública en relación a éstas”*¹⁸.

Señala que el régimen constitucional especial de Codelco se construye a partir de la reforma constitucional de 1971 (Ley N°17.450), el que fue reconocido por la Constitución de 1980 en una disposición transitoria y que implica la consagración de un régimen jurídico excepcional para esta empresa estatal, en la medida que éste arranca directamente de la Constitución y no de una ley como en los demás casos de las empresas públicas.

En relación a los fundamentos que justifican este régimen excepcional, expresa que esta peculiaridad normativa descansa en la especialidad del objeto de la empresa, ya que su actividad requiere de una flexibilidad y agilidad que probablemente es incompatible con la normativa general prevista para la Administración del Estado. En efecto, Codelco es una empresa cuprífera de gran tamaño, que compete en mercados internacionales y que, en consecuencia, desarrolla actividades mercantiles con operadores en distintas plazas del mundo y bajo reglas propias del comercio internacional. En este contexto sujetar a esta empresa estatal a las reglas propias de la Administración del Estado sería rigidizar su funcionamiento, haciendo imposible su desenvolvimiento óptimo en los mercados internacionales¹⁹. Agrega que en este mismo sentido se pronunciaron varios parlamentarios y autoridades de Gobierno en la discusión legislativa generada en el seno de la tramitación de la Ley N°20.392, que modificó precisamente el estatuto orgánico de

¹⁸ FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. Informe en Derecho denominado “Las potestades fiscalizadoras de la Contraloría General de la República en relación a la Corporación Nacional del Cobre de Chile: contenido, características y alcance”. Ferrada&Asociados. Acompañado al juicio seguido ante el 25 Juzgado Civil de Santiago, rol N° 19.357-2017, mediante presentación de Codelco realizada con fecha 23 de marzo de 2018.

¹⁹ FERRADA, ob. cit., página 18.

Codelco, destacando la relevancia de dotar a esta empresa de reglas especiales que le permitieran desarrollar su actividad económica, sin las restricciones que se imponen a otros órganos clásicos de la Administración del Estado.

Por su parte, dentro del mismo grupo encontramos a Novoa²⁰, quien además une la discusión de la normativa al tema del control. Ella, habiendo participado de las sesiones²¹ de la Junta de Gobierno en las que se discutió y aprobó el DL 1349, Ley de Cochilco, y el DL 1350, señala que en dichas sesiones se produjo *“el enfrentamiento de dos principios: el primero, fuerte, consistente en asegurarse que la nueva regulación no afecte la gestión de Codelco; y el segundo, más débil, someter a Codelco al control estatal radicado en última instancia en la Contraloría. La solución de compromiso alcanzada consistió en aceptar la fiscalización a Codelco por la Contraloría, pero sujeta a restricciones para asegurar que no afectara su competitividad”*. Indica que las restricciones se materializaron en los artículos 12 y 13 del DL 1349 y en los artículos 1 y 25 del DL 1350 y que en su opinión, una fiscalización a Codelco con el telón jurídico de fondo de las leyes aplicables a las empresas públicas entraría intensa y necesariamente la gestión de Codelco, dado los estándares a aplicar, cualquiera fuera el grado de eficiencia de Cochilco y Contraloría en el desempeño de su labor.

Novoa señala que en esas sesiones la normativa aplicable a Codelco no suscitó discusión alguna, en circunstancias que al parecer limitaba tan intensamente la función fiscalizadora de Cochilco y la Contraloría²², debido a que:

- La fiscalización de Contraloría con las restricciones anotadas corresponde a lo que en esas sesiones se entendió como la máxima intensidad que podía alcanzar esa fiscalización sin afectar la competitividad de Codelco, por lo que cualquier margen adicional no tenía posibilidad de ser aceptado;
- A la fecha de su dictación las empresas operativas de la Gran Minería del Cobre siempre habían estado sometidas a un marco jurídico privado, incluso cuando producto de la Chilenización y luego de la Nacionalización devinieron, primero, en sociedades de capital mixto, y luego, en sociedades colectivas de propiedad del Estado, por lo que a la fecha de dictación de los mencionados decretos leyes, era por consiguiente obvio mantener a Codelco sometida a normativa privada; y
- No se trataba de una limitación sino que de un aumento de facultades de la Contraloría. Señala que al comparar las facultades de la Contraloría respecto de una empresa pública cualquiera, resultaba efectivamente disminuida cuando se realizaba sobre Codelco, pero que considerando lo que históricamente había sido la labor de Contraloría sobre las empresas que explotaban la Gran Minería del Cobre, con el DL 1349 la Contraloría pasó de no tener injerencia alguna en esas empresas a tenerla, con lo que concluye que por primera vez se le otorgan a la Contraloría esas facultades.

²⁰ NOVOA V., Laura. Informe en Derecho denominado “¿Cuál es la normativa aplicable a Codelco?”. Santiago, 26 de febrero de 2018. Página 5 y 6. Acompañado al juicio seguido ante el 25 Juzgado Civil de Santiago, rol N° 19.357-2017, mediante presentación de Codelco realizada con fecha 23 de marzo de 2018.

²¹ Sesiones de fecha 20 y 30 de enero de 1976.

²² NOVOA, ob. Cit. Página 7.

Finalmente, señala que cuando la Contraloría ejerce la fiscalización excepcional directa sobre Codelco y efectúa un control propiamente de legalidad de los actos de esta empresa, sus facultades de fiscalización directa son significativamente superiores, tanto a las facultades fiscalizadoras históricas de entidades estatales sobre las empresas de la Gran Minería del Cobre como a la fiscalización llevada adelante por Cochilco²³.

En el segundo grupo, quienes entienden que la exclusión señalada en el artículo 25 del DL 1350 no es absoluta, encontramos a Moraga. Él haciéndose cargo de la tesis contraria postula que hay 3 formas de interpretar el artículo²⁴:

- a. Interpretación extensiva sostenida por Codelco: que postula que a Codelco solo se le puede aplicar una legislación, anterior o posterior al año 1976, en tanto ella haga una mención expresa a la empresa como destinataria de sus efectos jurídicos, y salvo que se trate de disposiciones de carácter tributario aplicables genéricamente a todas las formas empresariales permitidas para el Estado. Respecto de esta postura, el autor señala que se cae en dos problemas insolubles:
 - Como Codelco se constituye recién con el DL 1350, de 1976, una interpretación literal llevaría al absurdo de que ninguna legislación dictada antes de 1976 le sería aplicable, porque precisamente aquella nace en ese año a la vida del derecho y, por lo mismo, ninguna legislación anterior ha podido hacer una expresa mención a Codelco, antes de que fuere creada por el legislador de aquel año, es decir, antes de que existiera como empresa y tuviera un nombre.
 - Ni la actual Constitución, ni la legislación orgánica constitucional creada a su alero, ni la demás legislación nacional posterior a 1976, salvo casos muy excepcionales, menciona expresamente a Codelco como un destinatario de sus efectos jurídicos. Ahora, si ningún artículo de la Constitución menciona expresamente a Codelco, no por ello podría afirmarse que esa empresa no se sujeta a la Carta Fundamental o que no debe actuar conforme a derecho, de un modo probo y transparente, ajustando su funcionamiento y actividad comercial a la moral, al orden público y a la seguridad nacional, y respetando las normas legales que la regulen. De la misma forma, la circunstancia que los títulos I Y III de la LOCBGAE no mencionen explícitamente a Codelco, no puede hacer significar que sus artículos -destinados precisamente a desarrollar y complementar la Constitución en lo que concierne a la Administración del Estado- no le alcancen. Una tesis como la que se viene comentando infringe el artículo 19 N° 22 constitucional porque sienta una discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.
- b. Interpretación de corte administrativa sostenida por el Fisco-Contraloría: el artículo 25 del DL 1350 parte de la premisa de que ese cuerpo legal es Derecho Administrativo y es, al mismo tiempo una norma excepcional, lo que significa que debe ser interpretado de un modo restrictivo, no analógico ni extensivo. El DL 1350 es parte del derecho público y es allí donde encuentra sus raíces y, por tanto, los principios y reglas generales de éste le son aplicables.

²³ NOVOA, ob. cit. Páginas 8 y 9.

²⁴ MORAGA, ob. cit. páginas 8 a 12.

El autor señala que la hipótesis normativa concreta que se contiene en el artículo 25 tiene un sentido claro (artículo 19, inciso 1º, del Código Civil) y dice relación solamente con legislación que tiene por objeto regular a alguna de las formas empresariales que el Estado desarrolla. Por el contrario, en ninguna parte se hace mención a una exclusión de legislación cuyo objeto sea, en general, la regulación de entidades públicas u organismos administrativos, autoridades y magistraturas en sentido amplio, incluyéndose a los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones, servicios públicos centralizados o descentralizados, o, incluso, empresas públicas creadas por ley.

Por lo mismo, sería extensiva -y como tal debe rechazarse- la interpretación que asume que cualquier legislación post 1976, independientemente de su objeto, para que sea aplicable a Codelco debe mencionarla expresamente.

Por último Moraga concluye que, a partir de la interpretación administrativa, no existe ninguna antinomia entre el artículo 25 del DL 1350 y los títulos I y III de la LOCBGAE, de momento que este último cuerpo orgánico constitucional no ha tenido por objeto legislar sobre o respecto de alguna de las formas empresariales del Estado. Sería por ello, un error entender que entre ambos cuerpos legales prima el DL 1350, fundado en que sería una ley especial y más antigua que la LOCBGAE. El ámbito de aplicación de la LOCBGAE no se restringe solamente a las formas empresariales del Estado, sino que, a todos los cuadros orgánicos de la Administración, incluyendo a aquéllas en éstos.

- c. Interpretación democrática sostenida por el Fisco-Contraloría: el artículo 25, inciso 1º del DL 1350, no pasa de ser hoy, en el siglo XXI, una reliquia propia de un régimen autoritario que muestra su inseguridad sobre el futuro nacional y el propio de la empresa, de momento que pretende excluirla de cualquier proceso evolutivo del derecho debido a que: primero, no se le podría aplicar ninguna legislación anterior a la fecha de su creación (1976) y, luego, porque condiciona ilegítimamente la manera como el legislador debe legislar en el futuro.

Moraga recuerda el viejo aforismo *princeps legibus solutus est* (el príncipe no está sometido a las leyes), el que permite afirmar, consecuentemente, que el legislador siempre puede desentenderse de la legislación pasada o actual a través de la creación de nuevo derecho que supera, sobrepone, destruye o deroga el anterior, en todo o en parte. Por ello, señala que dar valor a una decisión legislativa del año 1976, que amarra al legislador orgánico constitucional actual a través de una norma de rango legal, a un modo preciso y especial de ejercer la función que constitucionalmente le compete, para que así sus decisiones legislativas alcancen a una particular empresa del Estado, no se condice con ninguna disposición constitucional actualmente vigente, aplicable a los poderes legisladores, ni con el sistema democrático de Gobierno.

A mayor abundamiento, Moraga indica que no existe un supuesto "principio de deferencia al legislador" que imponga a este último el deber de respetar lo que el mismo ha decidido con anterioridad, primero, porque se trata de un mismo y único poder legislativo, transpersonal e institucionalizado, independiente de quienes lo compongan, y segundo, porque al legislador no le obliga la legislación pasada, de momento que puede pasar sobre ella a través de su derogación o la creación de una nueva.

Señala que bajo el ordenamiento constitucional hoy vigente, entender que el artículo 25 DL 1350 obliga al legislador futuro a mencionar expresamente a Codelco cuando quiere hacerle aplicable el nuevo derecho, sólo podría justificarse si se aceptare que ese artículo 25 deriva de un derecho natural, que obligaría al legislador de la Constitución Política de 1980. A continuación, indica que ello no es aceptable porque el legislador, en cada momento y solo sujeto a la Constitución, tiene la capacidad de legislar ilimitadamente. El artículo 7°, inciso 2° constitucional, prohíbe que el legislador de 1976 se arrogue unas facultades o derechos que no hayan sido atribuidos por la Constitución.

Frente al argumento de que la historia fidedigna de la Ley N° 19.653, hace ver que el H. Senador Larraín presentó una indicación (que fue acogida) con el objetivo de que se explicitare en el proyecto que esa legislación orgánica constitucional sería vinculante para las empresas del Estado, cuyas leyes exijan mención expresa, Moraga señala que no por ello el Congreso estaba obligado a legislar usando el modo o las formas que venían prescritas, en el caso de Codelco, por una ley preconstitucional.

A.3.ii) Discusión sobre la aplicabilidad de la LOCBGAE y de los principios que establecen las bases generales de la Administración del Estado a Codelco.

La discusión sobre la LOCBGAE radica en que esta ley tiene una vocación universal, esto es, que sea aplicable a toda la Administración Pública, dentro de la cual se encuentran comprendidas las empresas del Estado, y por tanto, Codelco. Sin embargo, esta última empresa, amparándose en su estatuto especial, alega que se encuentra exceptuada de cumplir la regulación que impone esta ley.

En efecto, la dictación de la LOCBGAE y su carácter universal se originan en el mandato de la Constitución Política de la República, que dispone en su artículo 38 inciso 1° que “una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes”.

El año 1986 en cumplimiento de dicha norma constitucional, se dicta la LOCBGAE, la que define en su artículo 1° inciso 2° lo que se entiende por Administración del Estado, señalando que “La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley”.

La misma ley indica que el título II “Normas Especiales” y IV “De la Participación Ciudadana en la Gestión Pública” no serán aplicables a los organismos referidos al inciso 2° del artículo 21, esto es, a “la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión y 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”, de lo cual se desprende, en consecuencia, que el título I “Normas Generales” y III “De la Probidad Administrativa” se aplican a toda la Administración del Estado, incluidas las empresas públicas.

De ahí que la conclusión lógica de la simple lectura de dicho articulado es que Codelco, como empresa pública, se rige plenamente por el título I y III de la LOCBGAE.

Sin embargo, este razonamiento normativo colisiona con el artículo 25 del DL 1350, ya mencionado, que expresamente dispone que las normas legales dictadas o que se dicten para las empresas del sector público, empresas del Estado, sociedades con participación estatal u otra denominación semejante, sólo serán aplicables a Codelco en caso de que se haga referencia expresa a ella en la norma legal respectiva. El DL 1350 fue publicado el año 1976, con anterioridad a la LOCBGAE que fue dictada el año 1986, por lo que la restricción establecida en el artículo 25 sería plenamente aplicable a dicha ley.

Al respecto, y coincidente con la discusión sobre el artículo 25 del DL 1350 antes mencionada, la doctrina se encuentra dividida respecto de la aplicación de la LOCBGAE.

– Postura en contra de la aplicación de la LOCBGAE:

Para parte de la doctrina, el artículo 25 es claro al hacer exigible la mención de Codelco para que la normativa le sea aplicable. Novoa²⁵ señala que el artículo 25 del DL 1350 disuelve la potencial antinomia entre el artículo 10 DL 1350, que enumera la normativa jurídica aplicable a Codelco sin incluir a la LOCBGAE y LCP, y esas dos leyes, que dictan normas para las empresas públicas. El artículo 25 del DL 1350 resuelve explícitamente la contradicción por la vía de establecer que las normas para las empresas públicas en general no aplican a Codelco si no la nombran expresamente, y como ni la LOCBGAE ni la LCP la nombran, entonces no resultan aplicables a Codelco.

Indica que esto se encuentra en línea con el criterio sistemático de interpretación contenido en el inciso 2º del artículo 22 Código Civil, conforme al cual los pasajes oscuros de una ley deben interpretarse por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto, de manera que haya entre ellas la debida correspondencia y armonía. En este caso, los pasajes oscuros corresponden a la regulación contenida en la LOCBGAE y LCP aplicables a las empresas públicas en general, respecto de si esa normativa es aplicable o no a Codelco; y las “otras leyes” corresponderían al artículo 25 del DL 1350. Ello permite alcanzar “correspondencia y armonía” entre las leyes en cuestión, a diferencia de la tesis de la Contraloría, que exige privar de fuerza al artículo 25 del DL 1350.

Señala que el principio de deferencia al legislador fuerza al intérprete legal a agotar un entendimiento armónico de la normativa jurídica previo a denunciarla como contradictoria y remitirse a los criterios de solución de antinomias, y que enfrentado a dos posibles interpretaciones legales, debe preferirse aquélla que postula al sistema jurídico como un todo coherente. No habría contradicción entonces entre las normas antes

²⁵ NOVOA, ob. cit., páginas 10 a 20.

mencionadas porque el artículo 25 del DL 1350 nos enseñaría cómo leer esas normas para que no entren en conflicto.

A mayor abundamiento, Novoa señala que esta exigencia de mención expresa de la empresa, no es una técnica legal usada exclusivamente por el artículo 25 del DL 1350 a Codelco, sino que existen normas análogas en relación con otras importantes empresas públicas como el Banco del Estado, Televisión Nacional de Chile, Ferrocarriles del Estado, Empresa Nacional de Minería, entre otras. Una interpretación contraria implicaría que el legislador no conoce las leyes que regulan a las empresas. Agrega que cuando el legislador ha querido aplicar la normativa para las empresas públicas a Codelco, lo ha establecido expresamente, como ocurrió en la Ley de Acceso a Información Pública, la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, etc. Señala que estimar que el artículo 25 estaría tácitamente derogado, implicaría que la Contraloría se está arrogando un tipo de decisión que le corresponde tomar al legislador.

Señala que en caso de existir una real incompatibilidad entre, por una parte, los artículos 1° y 25 del DL 1350 y, por la otra, de las normas de la LOCBGAE y LCP aplicables a las empresas públicas, dicha antinomia no se resuelve bajo el criterio de temporalidad sino que bajo el criterio de especialidad. Agrega que aún bajo el supuesto de que existiera imposibilidad de conciliar los artículos 10 y 25 del DL 1350 con lo dispuesto por la LOCBGAE y LCP, éstas no podrían haber derogado a aquéllas dada su indudable mayor generalidad.

Frente al argumento de la vocación universal que se ha atribuido por la Contraloría a la LOCBGAE y LCP y que habría operado una derogación implícita innominada en razón de materia, la que conforme a cierta doctrina, tendría lugar cuando un nuevo cuerpo legislativo regula íntegramente una determinada materia, ella señala que esta forma de derogación resulta incompatible con las normas de derogación tácita, ya que esta última exige incompatibilidad mientras que aquélla solamente superposición normativa y, por lo tanto, ha sido abiertamente criticada por la doctrina moderna, estimando que ella no es reconocida por el derecho. Con todo, aun si se admitiera esta institución y se reconociera a la LOCBGAE ese carácter de generalidad, a lo sumo podría derogar las normas generales vigentes en la materia a que se refiere, a saber, bases generales. Por lo tanto, por definición, una ley especial como el DL 1350, queda fuera de las materias susceptibles de ser derogadas orgánicamente por la LOCBGAE.

En relación al argumento que la LOCBGAE sería una ley dictada por mandato constitucional, mientras que el DL 1350 no lo sería, imponiendo el criterio de jerarquía al de especialidad, señala que no hay jerarquías intralegales en Chile, pero incluso aceptando que las hubiere, indica que el argumento se cae cuando se mira a las normas constitucionales que sirven de fundamento a la LOCBGAE y al DL 1350, ya que la LOCBGAE corresponde a la implementación legal del artículo 38 de la Constitución y el DL 1350, por su parte, a la implementación legal del artículo 23 transitorio de la Constitución de 1925, que mantiene su vigencia en el artículo 30 transitorio de la Constitución, por lo que tienen un nivel intra-legal equivalente no pudiendo operar entre ellas el criterio de solución de antinomias de jerarquía.

Finalmente, señala que de ser correcta la interpretación de la Contraloría conforme a la cual normas jurídicas aplicables a empresas públicas sin referencia expresa a Codelco se aplican a esa empresa, lo razonable es que el legislador de la Ley 20.392, alternativamente lo hubiera confirmado expresamente por la vía de modificar el artículo 10 del DL 1350 incorporando esos cuerpos legales entre la normativa aplicable a Codelco; o hubiera derogado expresamente el artículo 25 del DL 1350, a fin de evitar una antinomia con solución de difícil pronóstico. En su parecer la Ley 20.392 modificatoria del DL 1350 sugiere la tesis contraria, ya que no quiso incluir la LOCBGAE y LCP en el artículo 10 DL 1350, con lo que estima ha pervivido en el tiempo, consistente en asegurar la competitividad de Codelco por la vía de no someterla a estándares distintos de los de su competencia, dada la importancia estratégica de Codelco para Chile; y porque entendió a Codelco como una empresa que debe ser tratada en forma distinta que el resto de la Administración Pública.

– Postura a favor de la aplicación de la LOCBGAE:

Para esta parte de la doctrina, la LOCBGAE se dicta como cumplimiento del mandato constitucional del artículo 38 inciso 2º de la Constitución y su título I establece las bases y principios generales que rigen a toda la Administración del Estado, por lo que no puede dejar de aplicarse a Codelco²⁶.

Al respecto, Marín y Ojeda señalan que la exclusión del artículo 25 del DL 1350 no es absoluta, ni puede regir respecto de las disposiciones de la Constitución que consideran a las empresas del Estado como partes integrantes de su Administración, por lo que *“Tampoco ella podría alejar a Codelco de las prescripciones que contiene el título I de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, no porque este cuerpo legal tenga una jerarquía superior al decreto Ley N 1.350, de 1976, sino porque fue dictado, como se apuntó en un comienzo, en cumplimiento del mandato impuesto por el artículo 38 de la Carta Constitucional de 1980, precisamente para determinar las bases y principios generales de un sector institucional al que pertenece la empresa, según lo establecido por el mismo constituyente”*²⁷.

²⁶ El año 2003, la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó el criterio que indica que no es necesario que el artículo 1º de la LOCBGAE, hiciera una expresa referencia a Codelco, para que ella le fuera aplicable; y menos aún que lo hicieran los artículos 8, 9 y 10 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, para entender que Codelco se encuentra obligada a dar cumplimiento con las obligaciones que se refieren, por tratarse de un organismo de la Administración del Estado (Considerando 15º). En este caso Codelco había interpuesto una demanda de mera certeza en contra del Estado de Chile y la Contraloría por su negativa a entregar información al Congreso Nacional en virtud del artículo 9º de su Ley Orgánica, y en contra de la Contraloría por los dictámenes emitidos para imponer a Codelco la entrega de esa información. En su demanda Codelco había argumentado que no era parte de la Administración del Estado y que en virtud del artículo 25 del DL N° 1350, no le son aplicables todas las normas que se refieran en términos genéricos a las empresas del sector público, por cuanto para que le sean aplicables, es necesario que se haga una referencia expresa a ella y las normas de la Ley Orgánica del Congreso Nacional no hacían referencia a Codelco. Juicio seguido ante el 17 Juzgado Civil, rol N° 6446-1999, caratulado “Codelco con Fisco”. Rol de ingreso ICA de Santiago N° 1440-2000.

²⁷ MARÍN y OJEDA, ob. cit., página 11.

Agrega que la función administrativa del Estado (artículo 1° de la Constitución), no solamente comprende la actividad de servicios organizados para atender necesidades colectivas, sino también la de entidades cuyo fin es obtener recursos para el Erario Nacional o financiar determinadas acciones de interés público, como es el caso de Codelco, y que entre las reglas que forman el marco normativo en que debe desenvolverse la actividad de las empresas estatales se contiene el título I de la LOCBGAE, disposiciones que considera relevantes porque fijan los principios que representan las bases de la Administración del Estado chileno y, en tal virtud, deben ser observadas en la actuación de las empresas públicas.”²⁸

En el mismo sentido, Moraga indica que la LOCBGAE, asume el papel de desarrollo y deducción natural del artículo 38 inciso 1° de la Constitución, con el cual se encuentra en plena concordancia. Usando las palabras del Tribunal Constitucional cuando describió las leyes orgánicas constitucionales, señala que *“la LOCBGAE tiene por finalidad desarrollar en un texto armónico y sistemático el artículo 38, inciso 1° constitucional. Por lo mismo, según su filosofía matriz, dice la magistratura constitucional, “esta nueva categoría de leyes está llamada a ocupar un lugar intermedio entre la Constitución y la ley común (STC Rol N° 7, de 1981, considerando 7°)”*²⁹.

Agrega que el estatuto público común, constituido por la LOCBGAE, refiere principios y reglas del derecho público de valor general en el medio nacional, porque se aplican a la organización administrativa en sentido amplio. Se trata, por ejemplo:

- de sujetarse a la legalidad (artículos 6° y 7° CPR, y artículo 2° LOCBGAE),
- observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulen (artículo 8° CPR, artículos 3°, inciso segundo, y 11 LOCBGAE),
- asumir responsabilidad por daños que causen en ejercicio de sus funciones (artículo 4° LOCBGAE),
- velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública; actuando coordinadamente y propendiendo a la unidad de acción (artículo 5° LOCBGAE),
- utilizar los procedimientos establecidos en la ley para la celebración de contratos administrativos (artículo 9° LOCBGAE),
- deber de las jefaturas de controlar permanentemente el funcionamiento del organismo y de la actuación de su personal, extendiéndose este control a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones (artículo 10 LOCBGAE)”³⁰.

Refiriéndose a la Ley 20.392, que el año 2009 modificó el artículo 1°, inciso 2° del DL 1350, haciendo aplicable a Codelco las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas y la legislación común, no excluyendo ni derogando las disposiciones de los títulos I y III de la

²⁸ MARÍN y OJEDA, ob. cit., páginas 4 y 6.

²⁹ MORAGA, ob. cit. Página 4.

³⁰ MORAGA, ob. cit. Páginas 5 y 6.

LOCBGAE, concluye que la referida disposición está haciendo explícito que, dentro del régimen de derecho privado a que se sujeta Codelco, se encuentran las disposiciones legales y reglamentarias que se aplican a cualquiera otra sociedad constituida como anónima abierta y no a afirmar que a Codelco no le son aplicables las disposiciones pertinentes del derecho público referidas o vinculadas con la probidad, menos aun tratándose de leyes de complementación constitucional. Reconoce que es cierto que el artículo 1° del DL 1350 no dispone que a esa empresa se le aplica la LOCBGAE, pero ello no significa que esta ley le sea ajena, agregando que sería una mera redundancia que la ley de Codelco estableciera la aplicabilidad de la LOCBGAE, ya que ninguna ley orgánica de servicios públicos y de empresas creadas por ley menciona que se le aplica al respectivo organismo la LOCBGAE, sin que por ello se deduzca que dicho organismo pueda actuar sin sujetarse a ese cuerpo legal en lo que le corresponda.

En apoyo de este razonamiento, cita el informe de la Comisión de Minería y Energía del Senado, sesión 33, de 15 de mayo de 2009, indicando que el proyecto que dio origen a la Ley 20.392 tuvo "*por finalidad que Codelco, (...) realice sus actividades bajo un marco normativo moderno, que otorgue todos los resguardos necesarios, sometiéndola a los mismos controles a los que están sujetas las empresas del caso en las que participan capitales privados*". Indica que en la discusión se leen largos pasajes que dejan en evidencia que la intención legislativa no ha sido excluir a Codelco del régimen de Derecho Público en el que obligadamente se inserta, sino que, por el contrario, definir cuál era el derecho común que se le aplica.³¹

Concluye que, existiendo normas de desarrollo y complementación constitucional -cuyo es el caso de la LOCBGAE y sus modificaciones posteriores, especialmente la Ley N° 19.653-, una mínima seguridad jurídica habría debido llevar al legislador de la Ley N° 20.392, a decidir expresamente si con ocasión del nuevo inciso 1° del artículo 1° del DL 1350, deberían entenderse excluidos para Codelco, los respectivos artículos de los títulos I Y III de la LOCBGAE, y que al no hacerlo, entonces se reafirma que la LOCBGAE se aplica en sus términos a Codelco, salvo disposición expresa en contrario (por ejemplo, en el artículo 21, inciso 2° LOCBGAE que excluye de la aplicación del título II a las empresas públicas creadas por ley)³².

Refiriéndose a los sistemas de contratación administrativa que se establecen en el artículo 9° LOCBGAE (licitación pública, licitación privada y trato directo) Moraga³³ señala que son aplicables a Codelco y, por cierto, lo son en un específico orden de prelación: la regla general es la licitación pública, los casos especiales son las licitaciones privadas y el trato directo.

Señala que si bien Rolando Pantoja Bauzá sostuvo en su momento que la licitación pública no era la regla general de contratación, ya que conforme a la historia fidedigna de la Ley N° 19.653, ella sólo procedería en los casos en que la ley la exigiera expresamente y en los casos en que no medie dicha exigencia, cuando la autoridad administrativa decidiera acudir a ella; lo cierto es que se ha asentado larga y pacíficamente una opinión contraria en

³¹ MORAGA, ob. cit., página 7.

³² MORAGA, ob. cit., página 8.

³³ MORAGA, ob. cit., página 17.

el medio nacional, en el sentido de que la expresión que se utiliza en el inciso 1º del artículo 9º de la LOCBGAE "en conformidad a la ley", no significa que la licitación pública proceda cuando la ley así lo exija, sino que ella afirma que, de existir ley que regule la forma y condiciones de la propuesta pública para un contrato específico habrá que atenerse a ella, pero que, de no existir norma especial, debe siempre respetarse el artículo 9º o ajustarse la Administración como excepción y restrictivamente a lo dispuesto en el inciso 3º: llamar a licitación privada o trato directo previa resolución fundada que así lo disponga. Citando a Jorge Precht Pizarra, Moraga señala que no entenderlo de esta manera, vaciaría de contenido normativo el artículo 9º LOCBGAE.

– Postura de Ferrada.

Aparte hemos querido mencionar el planteamiento del profesor de derecho administrativo Ferrada, quien en el informe que evacuó en sede judicial, a solicitud de Codelco, califica de problemática la exclusión absoluta de este título respecto de Codelco, y sin desarrollar mayor argumentación sobre la aplicabilidad o no de este título en términos generales, da una serie de argumentos que sólo apuntarían a excluir la aplicación de algunas de sus disposiciones.

Refiriéndose al artículo 9º de la LOCBGAE, relativo a la contratación pública, ha señalado que *"la generalidad de los principios señalados en su título I, unido a su vocación integradora de los órganos de la Administración del Estado, en cuanto constituye la ley que le da unidad a la Administración del Estado, hacen más difícil o problemática su exclusión absoluta de las empresas públicas, en particular de Codelco, sin perjuicio de que su contenido y aplicación es bien distinto del sostenido por la Contraloría General de la República"*³⁴. Luego, se limita a argumentar en el sentido que este artículo 9º no tuvo ni tiene la virtud transformar la licitación pública y los principios que le son aplicables a la categoría de regla obligatoria para toda la contratación administrativa, sino de una opción procedimental que concurre con otras fórmulas de selección del contratante, como también lo son la licitación privada y el trato directo, con lo cual recoge la interpretación que hace una parte de la doctrina sobre dicho artículo.

Cuando se refiere a la aplicación de los principios generales³⁵ señalados en la LOCBGAE, lo hace más bien criticando la técnica de la utilización de los principios como mecanismo de solución, que argumentando en torno a que el título I de la LOCBGAE no sería aplicable a Codelco. En efecto, señala que la técnica que utiliza la Contraloría General de la República de recurrir a "principios jurídicos", como el de probidad, eficacia o eficiencia para realizar un control jurídico intenso sobre un ente estatal, tampoco es consistente con la dogmática jurídica y el funcionamiento coherente del ordenamiento. En efecto, aplicar a una organización o actividad estatal los principios jurídicos generales previstos en el título I de la LOCBGAE no implica que ellos pueden constituirse por sí mismo como un parámetro de control jurídico de la empresa estatal, más aún cuando el contenido preciso de éstos es muy amplio, lo que habilitaría el ejercicio abusivo de los instrumentos de control.

³⁴ FERRADA, ob. cit., páginas 21 y 22.

³⁵ FERRADA, ob. cit., páginas 32 y 33.

Señala que dichos principios están puestos en la ley como una guía que debe orientar la actuación de todos los órganos de la Administración del Estado, incluyendo a las empresas públicas creadas por ley, correspondiendo sin embargo a los directivos de dichos órganos actuar conforme a los mismos, como lo indica el artículo 11 de la Ley N°18.575 ya citada. Esto es consistente con la identificación y distinción que hace la dogmática jurídica de los principios en relación a las reglas, siendo los primeros criterios orientadores de una solución determinadas, pero no necesariamente concluyentes, como sería el caso de las reglas.

Continúa señalando que de acuerdo con lo anterior, en el caso del Informe N°900/2016, si el ejercicio de la función pública obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad, pues bien, ese es el fin, pero no se puede colegir con esto que se aplicará una u otra regla (o norma) específica de nuestro ordenamiento jurídico. De ahí que fundar el control jurídico sólo en un principio y no en una regla determinada, supone extrapolar a aquel un contenido jurídico preciso de las reglas, las que al no existir, son creadas directa y arbitrariamente por el órgano contralor a partir de dicho principio.

Finalmente concluye que esto haría entonces inviable el control de la Contraloría General de la República sólo a partir de principios generales del Derecho Administrativo chileno, ya que ello envuelve una opción valorativa de aquella para el ejercicio de sus facultades constitucionales que son incompatibles con un estado de derecho.

A.3.iii) Discusiones sobre la aplicación de la Ley N 19.886 sobre Contratos de Suministro y Prestación de Servicios (LCP).

La controversia surge en el Informe 900 ya mencionado, porque la Contraloría aplicó el artículo 4° de la LCP a Codelco. Coincidente con las discusiones anteriores, la doctrina se encuentra dividida.

Ferrada³⁶ señala que la aplicación de estas disposiciones no satisface la exigencia establecida en la ley especial de Codelco, que tiene un marco jurídico específico dado por el DL 1350, lo que generaría un problema de coherencia y sistematicidad del ordenamiento jurídico. Señala que *“Es cierto que esta disposición tiene, en principio, una vocación de universalidad, atendido los términos amplios que utiliza para incluir a todos los órganos públicos, pero ello no elimina la exigencia de mención expresa que hace la ley especial, más aún cuando las normas de la LCP en comento sólo se introdujeron en nuestro ordenamiento recién el año 2006 (Ley N°20.088), es decir, 30 años después de la regla establecida en el Decreto Ley N°1350”*³⁷

Indica que la conclusión anterior es refrendada aún más por lo establecido expresamente en el DL 1350, después de la reforma introducida por la Ley N°20.392 de 2009, es decir, 3 años después de dictada la Ley N°20.088, en que aplica directamente las normas de la Ley de Sociedades Anónimas en general (artículo 1° del DL 1350) y de las operaciones con partes relacionadas en particular. Explica que el nuevo artículo 9° del DL 1350 señala que el comité de directores independientes del directorio de Codelco tendrá las facultades y

³⁶ FERRADA, ob. cit., páginas 31 y 32.

³⁷ FERRADA, ob. cit., páginas 31 y 32.

deberes que contempla el artículo 50 bis de la Ley de Sociedades Anónimas, debiendo entre otras materias, examinar los antecedentes relativos a operaciones con partes relacionadas y teniendo para ello como parámetro lo establecido en el título XVI de la misma Ley de Sociedades Anónimas. Señala que los artículos 146 y 147 de esta ley regulan la materia, entendiéndose que existen este tipo de operaciones, entre otros casos, cuando hay un acto o negociación entre la sociedad y un director, gerente, administrador, ejecutivo principal o liquidador de la sociedad, por sí o en representación de personas distintas de la sociedad, o sus respectivos cónyuges o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad inclusive.

Concluye que en ese contexto, no pareciera razonable optar, como lo hace la Contraloría General de la República, por la aplicación de la regla establecida en el artículo 4° de la LCP, cuando las reglas especiales dispuestas para Codelco en el DL 1350 llevan precisamente a la conclusión contraria. Así, una aplicación básica del principio de especialidad lleva a la conclusión contraria a la arribada por el órgano contralor, lo que además es más consistente con los criterios de temporalidad y coherencia en la interpretación de las normas.

Adoptando la tesis contraria, Moraga³⁸ señaló que LCP excluyó de su ámbito de aplicación a las empresas públicas creadas por ley, porque se trata de empresas que están en permanente competencia con otras empresas privadas y que deben mantener un necesario nivel de reserva o secreto comercial, sin embargo, señala que la disposición analizada no es originaria en la LCP, sino que ella se introdujo en su texto en el año 2005, por Ley N° 20.088, que “Establece como Obligatoria la Declaración Jurada Patrimonial de Bienes a las Autoridades que Ejercen una Función Pública”.

Realizando el análisis de la historia de esta ley, Moraga indica que en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 29 de julio de 2005, se dejó constancia que la iniciativa de ley, aprobada por la Cámara de Diputados, tenía por objetivo desarrollar y complementar los principios de transparencia y probidad administrativa que deben inspirar el ejercicio de la función pública y el actuar de las autoridades y los funcionarios públicos. Señala que conforme al artículo 13 LOCBGAE, los funcionarios de la Administración, dentro de los cuales se incluye a las autoridades de una empresa pública como Codelco, deben observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan, de lo que resulta lógicamente aplicable el inciso 6° del artículo 4°. De allí que para la Contraloría, los incisos incorporados al aludido artículo 4° por la Ley 20.088, fueron introducidos por el legislador con el propósito de fijar reglas de alcance general destinadas a cautelar que las autoridades y funcionarios que ejercen una función pública observen, en la celebración de los contratos de provisión de bienes y de prestación de servicios, el principio de probidad, consagrado en el inciso 1° del artículo 8° de la Constitución Política de la República (D.CGR N° 49.454, de 2015)³⁹.

³⁸ MORAGA, ob. cit., páginas 18 a 23.

³⁹ MORAGA, ob. cit., página 19.

Continúa señalando que la indicación particular que dio origen al actual inciso 6° del artículo 4° LPC fue formulada inicialmente por los Senadores señores Núñez, Viera-Gallo y Zaldívar, con el objetivo de crear mecanismos de información y control que hagan más transparente la gestión pública, especialmente donde pueden producirse conflictos entre el interés general y el personal de la autoridad o funcionario interviniente.

Finalmente concluye en síntesis que la historia de la discusión de la ley tiene por finalidad relevar dos cuestiones de trascendencia: la primera, consiste en la contundente aprobación que tuvo la indicación en ambas cámaras del Congreso Nacional, luego de pasar por Comisión Mixta, y la segunda, que las normas de los incisos 6° y siguientes del artículo 4° no fueron pensadas solamente para las empresas públicas, antes bien, su propósito fue fijar reglas de alcance general en materia de probidad, aplicables al Estado, incluyéndose al Gobierno (y su Administración), al Poder Legislativo y al Poder Judicial, por lo cual, infiere que se hace muy dudoso sostener que a Codelco, así como a cualquier otra empresa del Estado, no se le aplica el inciso 6° del artículo 4° porque la Ley N° 20.088 no hizo una mención expresa a ella.

Moraga reflexiona en torno a que el legislador siempre ha manifestado un interés especial cuando debe ocuparse de la probidad, que como dice la doctrina nacional, tiene un carácter rector, que constituye una base esencial para el correcto ejercicio de la función pública, con independencia del cuerpo de normas y especificidad de la ley estatutaria que regule a quien la desarrolla y que es por ello que el legislador nacional ha reparado en que las reglas sobre probidad administrativa deben obligar a toda autoridad, magistratura o funcionario que ejerza una función pública, de cualquier naturaleza o jerarquía, en cualquiera de los poderes, organismos, entidades o empresas del Estado, y que cualesquiera disposiciones generales o especiales aplicables a los funcionarios de la Administración tendrán carácter de complementarias de la LOCBGAE, siempre que dispongan de exigencias específicas o más rigurosas que las señaladas en la Ley N° 19.653.

Indica que complementa la determinación legislativa de no excluir a una empresa como Codelco, que desde una perspectiva democrática, el legislador actual no se haya sujeto a las formas o modos legislativos que pudo haber imaginado el legislador de 1976 y, desde una visión administrativa, la hipótesis normativa del artículo 25 DL 1350 no se configura frente a la ley N° 20.088, que establece normas especiales aplicables a los tres poderes del Estado, incluyan o no en su seno empresas públicas.

III.B. ROL DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

Comenzaremos con la facultad fiscalizadora general del órgano contralor sobre las empresas públicas, para luego abordar la forma como se relaciona específicamente con Codelco.

B.1) FACULTAD FISCALIZADORA DE LA CONTRALORÍA RESPECTO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS

La Contraloría es un órgano autónomo que ejerce el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscaliza el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examina

y juzga las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; lleva la contabilidad general de la Nación, y desempeña las demás funciones que le encomienda su ley orgánica constitucional (artículo 98 inciso 1° de la Constitución).

Es por excelencia el órgano que ejerce el control de la Administración. Cordero Vega señala al respecto que *“resulta evidente que la Carta Fundamental tiene vocación de universalidad para el control de la Administración, en otros términos para el complejo orgánico de carácter técnico y profesional que ejerce la función administrativa”*⁴⁰

En cuanto a las características de este control, Bermúdez indica que es: externo al organismo objeto de control; jurídico; técnico y no político; que puede darse antes de la vigencia de la actuación, concomitante con ella o una vez producidos sus efectos; general y unitario. Cuando se refiere a la característica de la generalidad señala que *“el control que realiza es respecto de todos los aspectos susceptibles de ser controlados, excluida la oportunidad”*⁴¹

Su función principal es el control de juridicidad de los actos de la Administración, el que se cumpliría a través de tres mecanismos: la toma de razón; la potestad dictaminadora y las auditorías⁴².

Todas las empresas públicas están sujetas a la fiscalización que ejerce el organismo contralor.

Así lo dispone la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República⁴³, señalando que los Servicios, Instituciones Fiscales, Semifiscales, Organismos Autónomos, Empresas del Estado y en general todos los Servicios Públicos creados por ley, quedarán sometidos a la fiscalización de la Contraloría General de la República, sin perjuicio del control que ejerce la Superintendencia de Bancos sobre el Banco Central y el Banco del Estado de Chile, del que cumple la Superintendencia de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio sobre el Instituto de Seguros del Estado y la Caja Reaseguradora de Chile y del que desarrolla la Superintendencia de Seguridad Social sobre las instituciones y entidades sometidas actualmente a su fiscalización. Agrega que quedarán sujetas a la fiscalización de la Contraloría General las empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o participación, para los efectos de cautelar el cumplimiento de los fines de estas empresas, sociedades o entidades, la regularidad de sus operaciones, hacer efectivas las responsabilidades de sus directivos o empleados, y obtener la información o antecedentes necesarios para formular un Balance Nacional (artículo 16).

⁴⁰ CORDERO VEGA, Luis. “Lecciones de Derecho Administrativo”. Colección Tratados y Manuales. Editorial Legal Publishing y Thomson Reuters. Año 2015. Pág. 558.

⁴¹ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. “Derecho Administrativo General”. Segunda Edición Actualizada. Editoriales AbeledoPerrot, Legal Publishing y Thomson Reuters. Año 2011. Págs. 393 y 394.

⁴² FERRADA, ob. cit. Página 23.

⁴³ Decreto N° 2421, de 10 de octubre de 2014, que fija el Texto Refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

La Corte Suprema reconociendo la amplitud de esta potestad fiscalizadora, señaló el año 2009, que *“la Contraloría General de la República puede y debe fiscalizar a los entes estatales, dentro de los cuales se encuentra el Banco del Estado. En efecto, las empresas estatales – sean empresas públicas, sociedades del Estado o entidades en que el Estado participe mayoritariamente– se encuentran sujetas a la fiscalización de la Contraloría General de la República y a normas legales de carácter financiera”*⁴⁴.

La forma como se ejercen estas fiscalizaciones es a través de auditorías, las que tienen por objeto velar por el cumplimiento de las normas jurídicas, el resguardo del patrimonio público y la probidad administrativa. A través de estas auditorías la Contraloría evalúa los sistemas de control interno de los servicios y entidades; fiscaliza la aplicación de las disposiciones relativas a la administración financiera del Estado, particularmente, las que se refieren a la ejecución presupuestaria de los recursos públicos; examina las operaciones efectuadas y la exactitud de los estados financieros; comprueba la veracidad de la documentación sustentatoria; verifica el cumplimiento de las normas estatutarias aplicables a los funcionarios públicos y formula las proposiciones que sean adecuadas para subsanar los vacíos que detecte (artículo 21 A)

El límite a esta facultad de control, es que la Contraloría no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas (artículo 21 B).

Ferrada, aludiendo a Rajevic & Garcés, ha señalado que el objetivo buscado por esta restricción sería evitar que la Contraloría General de la República sustituya al Ejecutivo en los juicios de oportunidad o de mérito, los que son de naturaleza eminentemente política o de gestión técnica, lo que no implica limitar a aquella en el control del ejercicio de los elementos discrecionales de las potestades administrativas⁴⁵.

B.2) FISCALIZACION DE LA CONTRALORÍA RESPECTO DE CODELCO.

B.2.i) Relación de la Contraloría y la Comisión Chilena del Cobre.

La Contraloría fiscaliza a Codelco por dos vías: la indirecta mediante Comisión Chilena del Cobre (Cochilco) y la directa, donde la Contraloría asume directamente la fiscalización.

La vía indirecta es la fiscalización que realiza la Contraloría a través de Cochilco, a las sociedades colectivas del Estado o a la o las empresas que sean sus continuadoras legales, y a las sociedades productoras en que el Estado o sus instituciones o empresas tengan

⁴⁴ Sentencia de la E. Corte Suprema rol de ingreso N° 6585-2007, caratulado “Banco del Estado de Chile con Fisco”, de 28 de mayo de 2009. En esta causa el Banco del Estado se había negado a cumplir con la solicitud de información que le hiciera la Cámara de Diputados en ejercicio de la atribución que le confería el artículo 9 de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.918, ya que alegaba que esta empresa se regía únicamente por su ley orgánica y la legislación bancaria del sector privado, siendo aplicables las normas del sector público únicamente cuando la mencionara de modo expreso, por lo que no se le aplicaba el artículo 9 de la Ley Orgánica del Congreso. Esta demanda fue rechazada en primera, segunda instancia y por la Corte Suprema (Considerando 14).

⁴⁵ FERRADA, ob. cit., páginas 24-25.

aportes, representación o participación mayoritarias o en igual proporción, en lo referente al cumplimiento de sus objetivos, la regularidad de sus operaciones, a hacer efectiva la responsabilidad de sus funcionarios y directivos, y a la obtención de los antecedentes necesarios para la confección del Balance Nacional (artículo 12, inciso 2° del DL 1349).

La vía directa es excepcional. Cuando circunstancias especiales así lo aconsejen, el Contralor puede disponer que la Contraloría asuma transitoriamente y en plenitud, todas o algunas de sus facultades de fiscalización o de las que corresponden a Cochilco, respecto de las sociedades colectivas del Estado o la o las continuadoras legales de ellas, dando cuenta al Presidente de la República de los fundamentos de su resolución, de las medidas que adopte en su ejercicio, y de los resultados obtenidos. Lo anterior es sin perjuicio de la facultad que el Decreto Ley N° 1.141, de 1975, otorga al Presidente de la República (artículo 12, inciso 3° del DL 1349).

La última vez que se hizo uso de esta facultad excepcional fue en febrero de 2016, mediante oficio reservado N° 15.307, a través del cual la Contraloría se lo comunicó a la Presidenta de la República.

Las auditorías realizadas a Codelco por la Contraloría en uso de esta facultad entre los años 2000 a 2017 fueron⁴⁶:

- 2005: Auditoría a las operaciones realizadas en la selección y contratación de servicios de asesorías efectuados en el periodo comprendido entre enero de 2003 y mayo de 2005; y
- 2016: Auditoría a los contratos administrativos de bienes y de prestación de servicios suscritos en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de diciembre de 2015.

Se ha mencionado una tercera vía de intervención de la Contraloría mediante el DL 1141 del año 1975, que en su artículo único señala que el Presidente de la República podrá disponer, por decreto supremo, o por oficio, que la Contraloría General de la República ejerza todas o algunas de las facultades que le confiere la ley N° 10.336, y sus posteriores modificaciones, respecto de las instituciones fiscales, semifiscales o autónomas, sobre las empresas del Estado y, en general, sobre los organismos, entidades o sociedades a que se refiere el decreto Ley N° 38, de 1973, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que por disposiciones legales preexistentes o que se dicten en el futuro no estén ordinariamente afectas a dicha fiscalización⁴⁷.

B.2.ii) Cochilco.

Fue creado el año 1976 por el DL N° 1349, del Ministerio de Minería, respondiendo a una necesidad de redefinir la forma en que el Estado debía ejercer las potestades públicas de que está investido respecto de las actividades relacionadas con el cobre y sus

⁴⁶ CÁMARA DE DIPUTADOS. Informe final de la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados de fecha 25 de enero de 2018. Declaración del Contralor General de la República Jorge Bermúdez en sesión de fecha 9 de agosto de 2017.

⁴⁷ FERRADA, ob. cit. Página 27.

subproductos, para lo cual se estimó indispensable que el Gobierno dispusiera de un organismo de asesoría y fiscalización permanentes.

Se define como un organismo desconcentrado, dependiente del Ministerio de Minería, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con domicilio en el departamento de Santiago, cuyo objeto es servir de asesor técnico y especializado del Gobierno en materias relacionadas con el cobre y sus subproductos, y desempeñar las funciones fiscalizadoras y las demás que le señale su decreto ley (artículo 1°).

Para el ejercicio de sus facultades fiscalizadoras, tiene entre sus funciones las siguientes (artículo 2°):

- Fiscalizar el cumplimiento de las políticas generales fijadas por el Gobierno en materias relacionadas con el cobre y sus subproductos, dando cuenta a los poderes y organismos públicos competentes de las anomalías detectadas y recomendando las medidas pertinentes (letra j);
- Fiscalizar el retorno total de las divisas provenientes de las exportaciones de cobre y sus subproductos (letra l);
- Fiscalizar en la forma que ella determine las condiciones de la producción, manufactura y comercio del cobre o de sus subproductos, tanto en lo referente a sus niveles y volúmenes, fletes, consumos, precios, ventas, costos y utilidades, como las que se refieren a las condiciones sociales de seguridad y sanitarias de las faenas (letra m);
- Aplicar sanciones administrativas a las empresas previa audiencia de ellas, sin menoscabo de las acciones penales que fueren procedentes por incumplimiento de las obligaciones que le impone el DL 1349, la ley 16.624, y sus modificaciones posteriores, o de los acuerdos, resoluciones o normas aprobadas por el Consejo de la Comisión, en el ejercicio de sus facultades (letra o).

En el ejercicio de la fiscalización directa a estas empresas, Cochilco puede revisar sus balances, como asimismo los antecedentes que han servido para su confección, conocer los procedimientos de control interno de las empresas, realizar análisis financieros y auditorías de operaciones específicas, y revisar los informes de las auditorías externas que contraten las empresas, y demás que le encomienda este decreto ley (artículo 11)⁴⁸.

Según el vicepresidente ejecutivo de Cochilco, señor Sergio Hernández, a agosto del año 2017, Cochilco estaba integrada por 13 fiscalizadores. Entre el año 2000 a 2017 se realizaron 232 informes de auditorías y fiscalizaciones a Codelco, correspondiendo al año 2017 la realización de 5 de esos informes⁴⁹.

⁴⁸ Ferrada señala que estas facultades de Cochilco apuntan a las condiciones de operación de la empresa, a diferencia del control que ejercen la Superintendencia de Valores y Seguros y la Comisión para el Mercado Financiero, que apuntarían al funcionamiento regular de la empresa como sociedad. FERRADA, ob. Cit. Página 26.

⁴⁹ CÁMARA DE DIPUTADOS. Informe final de la Comisión Especial de la Cámara de Diputados de fecha 25 de enero de 2018. Declaración del Vicepresidente Ejecutivo de Cochilco en sesión de fecha 23 de agosto de 2017. El Sr. Hernández explicó que el número de auditorías decreció fuertemente en 2003, pero volvió a incrementarse a partir del año 2006, y hasta el 2011, para luego volver a disminuir, producto de la fusión que hubo durante el gobierno anterior de las divisiones de Fiscalización y Evaluación de Inversiones. El año

B.2.iii) Discusión sobre el alcance de las facultades fiscalizadoras en relación a Codelco.

Codelco ha cuestionado en algunas ocasiones las facultades de la Contraloría.

El año 1997, la Contraloría se pronunció respecto de las prestaciones pagadas a un ex director y ex dirigente sindical de esa empresa de Codelco, con motivo de su egreso de la misma. Al respecto, la empresa señaló que resultaba improcedente que Contraloría llevara a cabo actividades de control como aquellas, ya que Codelco formuló observaciones que restringirían la capacidad de Codelco para actuar en el marco de sus relaciones laborales privadas, impidiéndole gozar de la autonomía de la voluntad que legítimamente le corresponde para disponer patrimonialmente frente a sus trabajadores⁵⁰.

Refiriéndose a ello, la Contraloría señaló que en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° de la ley N° 18.575, Codelco forma parte de la Administración del Estado y que es un elemento consustancial al Estado de Derecho, que sus órganos y, en particular, aquellos que forman parte de su Administración, estén sujetos a control público, sin que ninguno de ellos pueda quedar al margen de ese presupuesto fundamental. Se ampara para ello en los artículos 98 de la Constitución; artículo 16, inciso 1° de la ley N° 10.336; y artículo 12 inciso 3° y 4° del DFL N° 1, de 1987, del Ministerio de Minería. La Contraloría indicó que en este caso recabó a través de Cochilco los antecedentes necesarios para atender un requerimiento que se le presentó sobre la materia, remitiendo esa Comisión un informe que, en definitiva, sirvió de base al citado dictamen N° 15.759, de 2017, señalando que *“De no hacerlo, habría permitido que un organismo de la Administración del Estado quedara excluido del control que la Carta Fundamental encomendó a esta Entidad Fiscalizadora, como pareciera pretender el recurrente”*.

Por otra parte, en el juicio al que hemos hecho referencia en este estudio⁵¹, también se cuestionaron por Codelco las facultades de la Contraloría. La crítica que hizo Codelco en este caso, fue que la Contraloría había vulnerado el ordenamiento jurídico al realizar juicios de mérito sobre las operaciones de Codelco, refiriéndose a la aplicabilidad del artículo 9° de la LOCBGAE. Señaló que la Contraloría vulneró el ordenamiento jurídico al ir más allá de lo que le permite el estándar de un control de legalidad, invadiendo lo que es propio del quehacer del gobierno corporativo de Codelco, en circunstancias que el régimen de contratación adoptado por Codelco corresponde a una medida de gestión que se encuentra plenamente ajustada a la regulación corporativa aplicable a la empresa. Alegó que la Contraloría fundó sus observaciones generales en la vulneración de

2014 se hizo un diagnóstico completo de la labor que realizaban los fiscalizadores y se resolvió crear nuevamente la unidad de Fiscalización, separada de Inversiones y Evaluación Estratégica, en las compañías mineras del Estado. Respecto de las facultades sancionatorias señaló que sólo operan cuando una empresa del Estado se niega a entregarles los antecedentes pedidos, o por la entrega no oportuna, pero que carecen de facultades para sancionar, por ejemplo, el incumplimiento de una observación y que las auditorías que efectúan son en base a la metodología de riesgos.

⁵⁰ Dictamen N° 18.850 de 24 de mayo de 2017, conociendo una solicitud de reconsideración del dictamen N° 15.759, de 2017.

⁵¹ Juicio seguido ante el 25° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 19.357-2017, caratulado “Codelco con Contraloría”.

principios, sin indicar regulación concreta alguna que se haya visto infringida con motivo u ocasión de su cometido comercial.

En el mismo sentido, Ferrada señaló que en este caso la Contraloría actuó en base al artículo 12 del DL 1349, que le permite realizar un control directo, pero con la restricción que sus facultades *“no podrían extenderse más allá del ámbito material definido por la norma, como se deduce de su propio tenor literal, en cuanto señala que aquel asume todas o algunas de sus facultades que corresponden a la Cochilco”*⁵². Para él esto implica que la fiscalización desarrollada por el órgano contralor queda restringida a las materias establecidas expresamente en la disposición legal citada, sin que pueda extenderse a otros puntos o materias, debiendo por tanto el contenido de la auditoría ajustarse a dichos parámetros.

Indicó que en ese caso, el contenido de la auditoría fue mucho más allá de la fiscalización del cumplimiento de sus objetivos, la regularidad de sus operaciones, hacer efectiva la responsabilidad de sus funcionarios y directivos u obtener los antecedentes necesarios para la confección del Balance Nacional, materias que considera el artículo 12, ya que el referido informe, se habría avocado al análisis de la normativa interna en materia de conflicto de intereses, el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley N°19.886, la no utilización de la licitación pública como procedimiento ordinario de selección del contratante y el escaso registro y transparencia de las adquisiciones realizadas por la empresa vía trato directo, entre otras materias relevantes.

Explica que si bien estas materias podrían quedar englobadas dentro de la categoría general de *“regularidad de sus operaciones”*, atendido la interpretación extensiva que se ha hecho de esta cláusula por el propio órgano contralor, ello no podría llevar a hacerla equivalente con la habilitación competencial general de la Contraloría prevista en el artículo 1° de la Ley N°10.336 y complementada en este caso con lo previsto en el artículo 21 A de la misma ley , ya que en tal caso la norma prevista en el DL 1349 carecería de sentido y utilidad. Así también, volvería inútil también la norma prevista en el DL 1141 de 1975, ya que finalmente otorgaría a la Contraloría similares facultades de control, distinguiendo sólo el órgano (Contralor General o Presidente de la República) que pone en marcha el procedimiento de control directo. Así, la regulación que habilita excepcionalmente el ejercicio de facultades de control de la Contraloría sería equivalente en los casos que el legislador ha dispuesto un ámbito preciso de su ejercicio (DL 1349 de 1976), como en los que no ha dispuesto ninguno (DL 1141 de 1975), lo que en su parecer sería ilógico e inconsistente.

Esta intervención de la Contraloría es lo que generó el cuestionamiento en relación a Codelco sobre la aplicación del régimen jurídico que le corresponde y de aspectos tan importantes como el contenido del principio de probidad.

IV. NUESTRA MIRADA DEL PROBELMA: UNA ALTERNATIVA DE SOLUCIÓN DESDE EL CONTROL.

⁵² FERRADA, ob. cit., páginas 29 y 30.

A continuación expondremos, la visión de Codelco, en lo que interesa a la problemática planteada en este estudio, para luego mediante la reflexión de diversos temas referidos a las empresas en general y en particular respecto de Codelco, ir acercándonos a la conclusión de nuestro análisis.

IV. A) VISIÓN GENERAL DE CODELCO SOBRE EL PROBLEMA.

Ante los tribunales de justicia⁵³, Codelco ha expresado dos ideas básicas: no se le aplican las leyes generales que rigen para la Administración del Estado porque tiene un régimen jurídico especial que se origina en el artículo 25 del DL 1350, y posee un complejo y completo régimen de control.

En relación al régimen jurídico aplicable, Codelco desarrolla una muy extensa argumentación en su defensa, sin embargo, en lo atinente a este estudio, únicamente resaltaremos que Codelco se ve a sí misma como una empresa del Estado, con un estatuto legal especial que en virtud del artículo 25 del DL 1350 impide aplicar la normativa que rige para el resto de las empresas públicas del Estado o de manera genérica para toda la Administración del Estado, por lo que cualquier aspecto, como ocurrió en dicha oportunidad con las restricciones para contratar con partes relacionadas, debería ser resuelto únicamente con su estatuto particular, en este caso, la aplicación de la LSA (artículos 146 y 147) y las normas corporativas que la propia empresa se dio para estos casos (Norma Corporativa sobre Operaciones con Personas Relacionadas- NCC 18).

Codelco señala que su régimen especial deriva de la propia Constitución y la sujeta a la legislación común, lo que implica que las empresas del Estado se rige por el principio de la autonomía de la voluntad, que les permite llevar a cabo todo aquello que la ley no prohíbe de manera expresa, y el principio de igualdad jurídica, conforme con el cual éstas deben soportar las mismas exigencias y podrán acceder a los mismos beneficios que los demás actores del sector.

Distingue en las empresas del Estado una naturaleza pública, relativa al régimen de creación, organización, estructura, fiscalización y vinculación con la Administración del

⁵³ Esta visión es extraída de la defensa jurídica que Codelco planteó en sede judicial ante el 25º Juzgado Civil de Santiago, rol 19.357-2017, en el escrito de demanda presentado por Codelco con fecha 2 de agosto de 2017, especialmente del título III denominado “Contexto y marco normativo en el cual se desenvuelve Codelco” y el escrito de réplica del mismo organismo, presentado con fecha 25 de octubre de 2017. No contiene todos los argumentos alegados por Codelco si no que únicamente aquellos que nos han parecido más importantes para mostrar su visión en relación al objeto de este estudio.

Estado, y una naturaleza privada, que se refiere al régimen legal común al que se sujeta la actividad que desarrollan y que fluye de su relación con las otras empresas que compiten con ella en el mercado. El núcleo privado de las empresas del Estado implica que ellas se rigen por el principio de igualdad en cuanto a su tratamiento. Su naturaleza pública implica, a su vez, que aquellas no pueden actuar sin habilitación legal, expresa y previa, lo que se traduce en que su giro está acotado por la ley y que se sujetan a ciertas reglas de gasto que les impiden comprometer indebidamente el patrimonio público.

Señala que, según lo dispuesto en el artículo 19 N°21 de la Constitución, se encuentra habilitada para llevar a cabo actividades económicas circunscritas a un ámbito de Derecho Privado, lo que resultaría coherente con las reformas institucionales que fueron introducidas el año 2009, mediante la Ley N°20.392, al estatuto orgánico de la empresa, el DL 1350, en cumplimiento de una serie de recomendaciones efectuadas el año 2005 por la OCDE, recomendaciones que tuvieron por objeto perfeccionar el régimen jurídico de administración y continuar con el proceso de modernización y de transparencia de su gestión, permitiendo que esta empresa estatal fuese capaz de desenvolverse adecuadamente en el mercado cuprífero mundial y maximizar su valor económico; señalando que indudablemente la dejaría en riesgo y entredicho si se la sujeta a un estatuto jurídico que no le es aplicable y que limita el ejercicio de su autonomía.

Codelco menciona como marco normativo básico que la rige:

- El DL N°1350, su Ley Orgánica;
- Sus Estatutos;
- La Ley N°18.046 sobre Sociedades Anónimas (LSA);
- La Ley N°18.045 sobre Mercado de Valores; y
- La legislación común, en lo que le sea aplicable.

En el contexto del artículo 25 del DL N° 1350, señala que ni la LOGBAE ni la LCP, normas legales de carácter general, hacen “referencia expresa a Codelco”, como exige el artículo 25, de modo tal que resulta contrario a la ley, que se insista en su aplicación.

Indica que a partir de este régimen jurídico y en cumplimiento de sus disposiciones, *“Codelco se ha dotado a sí misma de una completa, estricta y contundente normativa interna”*⁵⁴, que desarrolla aspectos de gobierno corporativo y transparencia, de conductas individuales y colectivas de personas y equipos de trabajo en el contexto laboral, de prevención de conflictos de interés y de tráfico de influencias en los negocios (relaciones comerciales), de prevención de delitos y cumplimiento de la ley de responsabilidad penal de las empresas, y de relación con comunidades e instituciones. Así, las normas de derecho público aplicables a las empresas del Estado se encontrarían excluidas, como regla general, de su aplicación al funcionamiento de Codelco.

Codelco explica y justifica que no exista referencia a Codelco en la LOCBGAE porque en las reglas sobre gobierno corporativo establecidas en el DL 1350 y en los estatutos, en relación con las normas sobre sociedades anónimas abiertas y otras normas internas que resultan aplicables, se encuentra la regulación aplicable a Codelco referida a

⁵⁴ Escrito de demanda, ya citado, páginas 22 y 23.

nombramientos, inhabilidades, conflictos de interés, prohibiciones, obligaciones y, en general, al resguardo del principio de probidad⁵⁵.

En relación al control, Codelco declara que está *“sujeto a un complejo y completo régimen de control que permite resguardar adecuadamente su sujeción al estatuto jurídico que le rige”*⁵⁶.

Codelco señala que este sistema de control está integrado tanto por órganos internos, como por externos: Cochilco, la Contraloría, la Superintendencia de Valores y Seguros, y la Cámara de Diputados. A cada uno de ellos, el ordenamiento jurídico reserva determinados ámbitos de fiscalización, y en su conjunto, aseguran la sujeción de la empresa a las normas legales que la rigen, así como a los principios de control, transparencia, eficiencia, eficacia y probidad.

Establece que hay otros mecanismos de control en relación con la empresa, aunque reconoce que algunos de ellos implican solamente obligaciones de informar: (i) El Plan de Negocios y Desarrollo que debe ser puesto en conocimiento de los ministros de Hacienda y de Minería; (ii) Las políticas de reparto de utilidades o dividendos de las corporaciones y sociedades en las que Codelco participe, y las modificaciones a dichas políticas, deberán ser informadas al Ministerio de Hacienda en conjunto con el presupuesto anual de la empresa; (iii) Los créditos que contrate deberán ser autorizados, mediante oficio, por el Ministerio de Hacienda; (iv) Informar de la estimación global anual y anticipada de los gastos en moneda extranjera y de las exportaciones al Banco Central; (v) La modificación de los Estatutos de Codelco la efectuará el Presidente de la República; (vi) Los presupuestos anuales de la empresa deberán ser aprobados por los Ministerios de Minería y de Hacienda; (vii) La estimación fundada en los ingresos que pueda producir la empresa durante el próximo ejercicio presupuestario, así como cualquier otro antecedente necesario para la preparación del cálculo de entradas del Presupuesto de la Nación, deberán ser enviados a la Dirección de Presupuestos.

Señala que el principal y más eficiente mecanismo institucional con que cuentan los dueños de las empresas para asegurar su conducción y, por tanto, la administración de sus recursos en condiciones de eficiencia y transparencia, corresponde a las normas sobre gobiernos corporativos. Dichas reglas están destinadas a proteger los intereses de los dueños de la empresa, por ejemplo, evitando distintos tipos de abuso o conductas que impliquen una desviación o utilización ineficiente de los recursos y asegurando que las decisiones empresariales se tomen siempre en el interés social.

Explica que en las reglas sobre gobierno corporativo establecidas en el DL 1350 y su Estatuto, en relación con las normas sobre sociedades anónimas abiertas y otras normas internas que le resultan aplicables, es donde se encuentra plasmado el principio de probidad aplicable a Codelco y los mecanismos determinados por el legislador para resguardar dicho principio en las actuaciones de la empresa.

⁵⁵ Escrito de dúplica, ya citado, página 12.

⁵⁶ Escrito de demanda, ya citado, página 29.

Indica que en la reforma al gobierno corporativo de Codelco, el legislador optó por someter a la empresa a un régimen especial que no limitara su actuar y competitividad en el mercado cuprífero mundial, y que de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N 20.392 se desprende, además, que se buscó que fuese el gobierno corporativo el encargado del control de la empresa estatal, de un modo afín a lo que ocurre con sus competidores, supervisado por su Directorio y Junta de Accionistas.

Señala que dado que luego de la entrada en vigencia de la mencionada ley, la empresa cuenta con su propio gobierno corporativo, que acota es el primer responsable de velar por el cumplimiento de los principios de eficiencia, eficacia y control en su gestión, resulta insoslayable defender su ámbito de competencias frente a órganos de control externo, como ocurrió en ese caso con la Contraloría.

Dichos mecanismos son precisamente los implementados por Codelco en su normativa interna, y no con el mero cumplimiento formalista de ciertos requisitos. Tal normativa fue dictada siguiendo las reglas aplicables a las contrataciones de índole privada contenidas en la LSA y en adecuada ponderación del imperativo de evitar conflictos de interés y corrupción con la necesaria eficiencia en la gestión de tales contrataciones; normativa que precisamente busca garantizar la observancia de los principios de eficiencia, eficacia y control, sin necesidad de recurrir para ello a las normas de la LOCBGAE, las que además, dado el estatuto particular al que se sujeta Codelco, por las razones antes expuestas, no resultan totalmente extensibles.

Codelco expresa que la toma de decisiones sobre la mejor y más eficiente y eficaz forma de proceder en materia de contratación está entregada al Directorio de Codelco, quien debe ceñirse a las normas del DL N°1350, a la LSA y al resto de la normativa especialmente aplicable, velando siempre por el mejor interés de la empresa, tal como lo exige la LSA.

Estima que la Contraloría y la defensa fiscal, al intentar estandarizar los mecanismos de contratación de Codelco con aquellos aplicables a un servicio público, invaden el quehacer del gobierno corporativo de Codelco y que el sistema de contratación que adopte Codelco corresponde a una medida de gestión que deberá ajustarse plenamente a la regulación corporativa aplicable a la empresa, que garantiza adecuadamente la observancia de los principios de eficiencia, eficacia y probidad, concretando así los principios de la LOCBGAE, los que dado el régimen particular al que se sujeta Codelco, no resultan directamente extensibles sino que se materializan a través de las disposiciones pertinentes de su propio estatuto. Así, la actividad llevada a cabo por Codelco debe, en realidad, satisfacer la normativa que le sujeta a su Estatuto y a la LSA para garantizar la realización de tales principios. Concluye que no se trata de eludir el principio de probidad, sino de cumplir con el estatuto legal aplicable a Codelco y, de ese modo, dar cumplimiento a los estándares de transparencia y probidad.

IV.B) REFLEXIONES EN TORNO A LAS EMPRESAS PÚBLICAS

La visión que Codelco expresa sobre la suficiencia de la normativa y control que la rige, hace surgir una serie de reflexiones en torno a las empresas públicas, respecto de su naturaleza, los problemas que en general presentan y las soluciones que se han sugerido. La parte final de este acápite se dedica a los gobiernos corporativos, solución que se ha

propuesto para las empresas, tanto del ámbito público como privado y que corresponde a uno de los puntos principales en la defensa de Codelco.

B.1) DE LA VISIÓN CLÁSICA DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD A UNA LECTURA DEMOCRÁTICA.

Tradicionalmente se ha entendido la Constitución Política de 1980 como una constitución liberal en lo económico, lo que responde al modelo de desarrollo económico neoliberal a la época de su redacción. Bajo el lente de la subsidiariedad, se ha dado una interpretación al artículo 19 N° 21 inciso 2° de la Constitución, que busca restringir al Estado en su actividad empresarial.

Usen Vicencio⁵⁷ ha señalado que para la doctrina neoliberal este artículo de la Constitución es una cláusula especial, excepcional y de aplicación restringida, limitada por el derecho preferente de los individuos, al amparo del principio de subsidiariedad, el que bajo una interpretación extensiva, pro libertad de empresa e iniciativa individual, es una limitación (material o de contenido principal) al legislador para autorizar la actividad empresarial del Estado, que opera como garantía negativa (no hacer) al contenido iusfundamental del inciso 1° del numeral 21 del artículo 19 de la Constitución, siendo esta regla, en consecuencia, la que subordina a la del inciso 2° del mismo numeral.

Señala que la doctrina iuspublicística de filiación neoliberal considera que, en la Constitución económica no hay espacio, sino en sentido mínimo, para un ámbito de regulación económica y la actividad estatal empresarial es una situación de excepción, autorizada por la Constitución en casos calificados. Esta concepción proviene de constatar que el constituyente ha realizado la superioridad de estos principios de economía de mercado, lo que, unido a las bases institucionales y otros preceptos constitucionales similares, conforman el entramado principal sobre el que se construye el sistema institucional económico⁵⁸.

Sin embargo, parte de la doctrina, aún minoritaria, recogiendo la realidad de la actividad empresarial hoy en día, ha dado una lectura democrática al artículo 19 N° 21 de la Constitución, abandonando la interpretación neoliberal originaria, la que se ha vuelto anacrónica.

En efecto, Vallejos y Pardow⁵⁹ se han referido a la interpretación que realiza la doctrina conservadora como una *“irreflexiva interpretación originalista”*, señalando que un nuevo esquema para entender las restricciones al Estado empresario resulta necesario atendida la ineficiencia estructural que se advierte en la fórmula conservadora. En efecto, explican que el mito de la subsidiariedad pretende que las empresas públicas solo puedan abordar

⁵⁷ USEN VICENCIO, Alejandro. “El Estado Empresario”. Revista de Derechos Fundamentales. Universidad Viña del Mar N° 7 (2012), página 125. En línea: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4016776.pdf>

⁵⁸ USEN, ob. cit. Página 124.

⁵⁹ VALLEJOS GARRETÓN, Rodrigo y PARDOW LORENZO, Diego. “Derribando mitos sobre el estado empresario”. Revista chilena de derecho. V. 35. N°1. Santiago, abril 2008, página 136. Versión en línea: ISSN 0718-3437.

aquellos rubros de la economía que por su escasa rentabilidad no interesan a los particulares, obligando al Estado a comprar solamente los malos negocios. Del mismo modo, el mito de la especialidad del giro pretende que en el ejercicio de actividades empresariales el Estado no pueda aprovechar las ventajas competitivas de sus propios negocios.

En el mismo sentido, Usen Vicencio evidencia que el régimen constitucional de la actividad estatal empresarial es especial, no subordinada a un rol subsidiario como el que le asigna la doctrina del Estado Policía y tampoco anclado a las estructuras clásicas de la organización administrativa del Estado ya que, en su naturaleza normativa, organización y finalidad, la empresa pública no es una actividad estatal de servicio público, como se entendió en la tradicional doctrina iusadministrativa, sino que, el Estado, en el mercado, se transforma en un agente económico cualquiera, que despliega su actividad empresarial según las reglas del derecho común, tal y como lo prescribe la misma cláusula de habilitación del artículo 19 N° 21 inciso 2° de la Constitución⁶⁰.

Señala que el fundamento de la actividad empresarial del Estado no es solo ante la inexistencia o fracaso privado sino que como correctivo a fallas del mercado, como la incapacidad de proveer bienes públicos o por tratarse de mercados incompletos y, en algunos casos, como un agente de equilibrio y moderación de las condiciones de competencia, favoreciendo -y no estropeando como alegan los partidarios del dogma neoliberal- la existencia de un mercado abierto y competitivo.

Proponen realizar una interpretación del artículo 21 inciso 2° de la Constitución que nazca de una lectura democrática.

Usen Vicencio denomina a esta interpretación "*evolutiva*" de la Constitución, e indica que se encuentra en concordancia con dos de los principales elementos del Estado constitucional de Derecho: el principio de autogobierno y el principio democrático. Señala que el ámbito de acción estatal empresarial que regula la Constitución Política, está justificado en el interés público o colectivo que lleva envuelto y su relación con el principio de servicialidad del Estado y la finalidad que el propio constituyente le asigna al Estado: "promover el bien común", como dispone el artículo 1° de la Constitución. De esta manera, señala que el Estado asume una posición activa (vía propiedad o participación) que garantiza la continuidad, estabilidad y cobertura de una actividad productiva que, aunque organizada bajo una actividad empresarial, es una actividad prestacional que persigue proveer de bienes públicos, en cantidad y calidad suficientes, bajo un modelo de rentabilidad mínima -cuando no negativa o deficitaria-, que se justifica en el valor agregado que permite satisfacer el óptimo social; es decir, un Estado empresario que, con su actividad, contribuye a distribuir bienestar⁶¹.

⁶⁰ VICENCIO, ob. cit., página 130.

⁶¹ VICENCIO, ob. cit., páginas 130-131.

También en una relectura de la concepción neoliberal, para Vallejos y Pardow⁶² la regulación establecida en el inciso 2° del artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental, lejos de consagrar un principio de subsidiariedad, recoge un principio de compatibilidad entre la iniciativa pública y privada en materia empresarial y de libre competencia entre ambas en el mercado, constituye una lectura correcta y consistente de lo dispuesto por el mencionado artículo, pues permite dar plena coherencia al contenido de los dos incisos del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política y es respetuoso del pluralismo democrático que debe informar la interpretación constitucional, al promover y defender una cierta neutralidad de nuestra Ley Suprema en materias de política económica, y con ello, el legítimo derecho de las mayorías de adoptar, dentro de las convenciones constitucionales, sus propias decisiones a este respecto.

Ferrada⁶³ ve en el artículo 19 N° 21 inciso 2° un estatuto competencial para la configuración legislativa de la actividad empresarial del Estado. Señala que esta regla constitucional de igualdad también implica que el Estado no debe sufrir restricciones o limitaciones adicionales que puedan entorpecer una competencia eficiente entre los operadores que participan del mercado, por lo que la disposición constitucional no sólo protege a los particulares frente a eventuales privilegios que podrían tener entidades estatales para el desarrollo de actividades empresariales, sino también a estas últimas para actuar en igualdad de condiciones en el mercado, gozando así de los beneficios competitivos que les asisten a los particulares.

Considera esto muy relevante, ya que la atribución a un órgano estatal de una forma jurídica empresarial y su habilitación para participar en el mercado no puede ser en condiciones de minusvalía respecto de los operadores privados que participan en el mismo mercado, ya que ello podría en peligro la propia finalidad o interés público que justifica la existencia de la empresa estatal. En efecto, imponer por un lado una regla de competencia entre la empresa estatal y los actores privados en un mercado determinado, pero imponiendo a su vez cargas adicionales a la primera que impidan su efectiva competitividad, supondrían una infracción a la regla constitucional, en la medida que se estaría entregando a los actores privados condiciones preferentes o privilegios para competir en mejores condiciones en el mercado correspondiente.

En todo caso, y más allá de esta regla general de igualdad, concluye que es claro que jamás serán idénticas las actividades empresariales privadas y estatales, atendidas la naturaleza y finalidad de estas últimas. Así, para las empresas del Estado resulta fundamental la tutela y consecución de los intereses públicos y, por su naturaleza, estarán sometidas siempre a un sistema de control más riguroso por parte del propio Estado, el que deriva de la condición de accionista o propietario de éste, además de los mecanismos de control jurídico y contable de la propia Administración del Estado.

Coincidiendo con esta parte de la doctrina, estimamos que la actividad empresarial del Estado está en expansión e importa una parte fundamental y estratégica de la economía del país. Mantener una visión basada en un rol subsidiario del Estado implicaría

⁶² VALLEJOS y PARDOW, ob. cit., página 144.

⁶³ FERRADA, ob. cit., páginas 7 a 10.

desconocer la importancia de esta actividad estatal. La empresa estatal no es una excepción de empresa pública regulada por el derecho privado, sino una que legítimamente desarrolla una función pública mediante una forma empresarial.

B.2) NÚCLEO PÚBLICO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO.

Por su naturaleza, las empresas públicas tienen una necesaria vinculación con el derecho público y el privado.

Respecto de esta vinculación, Pierry Arrau⁶⁴ ha señalado que la relación que rige a las empresas públicas con la Administración es de derecho público. Refiriéndose a las instituciones de derecho privado mercantiles en que el Estado o sus instituciones tiene participación mayoritaria, denominado el “sector paraestatal o administración invisible del Estado”, indica que existe un ámbito propio del derecho público en el manejo de estas sociedades, que no puede entenderse como una excepción al derecho privado y que las relaciones entre las empresas y sus entes matrices se encuentran reguladas por el derecho público y éstos actúan hacia ellas a través de estos cauces. Explica que esto no se contradice con lo dispuesto en el artículo 19 N° 21 de la Constitución, ya que esta norma tiene por objeto proteger al particular frente a la utilización del derecho público con sus prerrogativas especiales en la actividad empresarial misma y que su utilización para regular las relaciones de gobierno de la empresa no lleva consigo ninguna prerrogativa especial que pueda implicar un trato privilegiado frente a los particulares.

Haciendo alusión a García de Entarría, señala que la utilización sistemática del derecho privado por la Administración tiene un límite dado por su carácter de organización política. En este sentido, la utilización del derecho privado no libera a la Administración de la aplicación del derecho público, que es precisamente aquel que regula la organización de las instituciones públicas y sus relaciones entre sí y con los particulares, agrega que se encuentran sometidas al derecho público, en cuanto dependen en definitiva de otra institución inequívocamente pública, en todo aquello que se refiere al ámbito interno de las relaciones que unen a dichos entes con la Administración.

Indica que una sociedad mercantil responde a un principio asociativo, principio básico que falta cuando la Administración no pone en común capitales con otros socios, sino que desde el comienzo aparece como socio exclusivo, esta realidad subyacente, permite sostener una necesaria regulación de algunos aspectos por el derecho público. Externamente, en sus relaciones con terceros, va a desarrollarse bajo un régimen de derecho privado, pero internamente en las relaciones entre la sociedad y su ente matriz, los ministerios y el gobierno en general, cae de lleno en el campo del derecho público.

⁶⁴ PIERRY ARRAU, Pedro. “Algunos aspectos de la actividad empresarial del Estado”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 9 (1985). Páginas 263-287. En línea <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/147>

Por otra parte, algunos autores ven en esto una doble naturaleza en las empresas públicas. En efecto, Cordero Vega⁶⁵ señala que en una empresa pública se distinguen dos aspectos claramente diferenciables, una naturaleza pública y otra privada. La primera, emana de su vinculación con la Administración del Estado que le permite su existencia, y la segunda, fluye de su relación con las otras empresas que compiten con ella en el mercado. En virtud de esta doble naturaleza de las empresas públicas, ellas están sujetas a un estatuto de derecho público y a un estatuto de derecho privado, el régimen jurídico es público en cuanto se refiere al conjunto de normas relativas a la creación, organización y estructura del ente, es decir, su nacimiento y un giro de fiscalización estricta; pero es de derecho común al regular la actividad que desarrollan. De acuerdo a su estatuto público, se rigen por el principio de legalidad por lo que no pueden actuar sin atribuciones legales, expresas y previas, de modo que su accionar no puede contradecir el ordenamiento jurídico, lo que se traduce en que su giro está acotado por la ley.

En nuestra opinión, las empresas públicas no poseen una doble naturaleza, sino que únicamente una naturaleza pública. Que parte de su actividad deba regirse por el derecho privado, no altera su naturaleza pública que la define en su esencia como un órgano de la Administración del Estado. Las formas societarias privadas que adopte una empresa, no la transforman por ello en un organismo privado, ya que la empresa pública no nace del acuerdo entre los accionistas ni de un contrato, sino de la voluntad del legislador, que la crea para cumplir determinados fines públicos y para lo cual le entrega recursos fiscales. Es el Estado el que se manifiesta a través de una forma empresarial para desenvolverse en el ámbito económico desarrollando una función pública.

B.3) PROBLEMAS QUE DERIVAN DE LA NATURALEZA PÚBLICA DE LAS EMPRESAS.

Las empresas públicas presentan dificultades adicionales a las que tiene que velar cualquier empresa privada, deben ser eficientes pero además cumplir un rol público. Para abordar este tema, primero trataremos el problema de agencia, que es una dificultad que deben enfrentar tanto las empresas públicas y privadas, y la solución que se ha desarrollado para ello a partir de los gobiernos corporativos.

B.3.i) El problema de agencia.

En la sociedad anónima moderna se advierte una clara y cada vez más pronunciada separación entre la propiedad y la administración de la empresa.

Alcalde⁶⁶ explica la “teoría de la agencia” como un modelo que se enmarca en la separación de la propiedad y el control de la sociedad, donde los administradores y directivos son los “agentes” de los socios y los socios son los “principales”. Aunque los administradores deben actuar siempre en pos del interés social, que es el de los accionistas, siempre existe el riesgo de que actúen en interés propio. Para evitar eso,

⁶⁵ CORDERO, ob. cit., páginas 490-492.

⁶⁶ ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas. Responsabilidad civil y penal administrativa. Ediciones Universidad Católica de Chile. Año 2013.

surgen diversos mecanismos, algunos dentro del propio contrato social, regulando por ejemplo la elección, remoción, funciones, derechos y deberes de los administrados; y otros externos, como el mercado y el ordenamiento jurídico, que ayudan a minimizar los costos de agencia, alineando los intereses de administradores y de los socios.

El problema deriva entonces de la discrepancia de intereses entre los participantes, cada accionista ha de temer que los demás accionistas no cumplan el acuerdo en los términos y espíritu pactado; que traten de apropiarse de rendimientos de los activos sociales que no les corresponden; temen que los administradores no actúen como administradores diligentes, que no se comporten honradamente y desvíen en su favor beneficios que corresponden a la empresa⁶⁷.

Esto se explica porque el poder para administrar el patrimonio se entrega a una persona que no tiene que soportar los riesgos de sus decisiones, por lo que los agentes enfrentan incentivos perversos que empujan su comportamiento en una dirección opuesta a la que tomaría el principal o dueño. La delegación de la administración en un tercero supone problemas importantes de asimetría de información: un proceso de selección adversa, ya que el principal deberá elegir el agente de un grupo de candidatos sobre los que tiene un conocimiento imperfecto y en donde cada aspirante a ser agente conoce mejor que el principal sus fortalezas y debilidades; y una vez realizada la elección del agente, la capacidad del principal para conocer y vigilar la manera en que el candidato seleccionado administra sus bienes es limitada, lo que se ha denominado “azar moral”. En este último sentido, el agente no solo controla el proceso de toma de decisiones, sino que también el flujo de información que recibirá el principal para evaluar el desempeño. Se señala que en el caso de las sociedades anónimas el problema de agencia se agudiza porque los roles de agente y principal son desempeñados por cuerpos colegiados, el directorio y la junta de accionistas. En el caso del directorio, los deberes fiduciarios adoptan un perfil más sutil ya que carecen de poder para representar individualmente a la compañía y solamente pueden influir en su proceso de toma de decisiones. En el caso de los accionistas, para controlar al directorio tienen que incurrir en costos de transacción que les supone coordinarse y superar la pasividad a la que podrían verse tentados en espera que sea alguno de los restantes accionistas quien tome la iniciativa⁶⁸.

A pesar de ello, señala que la separación entre administración y propiedad presenta beneficios que compensan el problema de agencia: permite especializar la función del agente, el hecho que no tenga que soportar las consecuencias de sus decisiones, como lo haría el dueño sobre su propiedad, le permite corregir la aversión al riesgo; y permite al principal diversificar sus riesgos, ya que al encomendar la administración de su patrimonio a personas que realizan actividades diferentes, limita los efectos que puedan tener sobre aquel los infortunios que afecten a una actividad determinada.

Los beneficios que entrega la separación entre la administración y la propiedad justifican que se adopte esta modalidad. El problema de agencia se corrige con reglas, la imposición de deberes fiduciarios en el agente (deberes de cuidado y deberes de lealtad), una forma

⁶⁷ Ibid. Página 69.

⁶⁸ Ibid. Página 71 y 73.

adecuada de remuneración; y mecanismos para corregir las asimetrías de información, como flexibilizar la remoción del agente para permitir al principal corregir una mala elección y la exigencia de filtros legales en los candidatos que postulan para ser agentes. Para corregir el azar moral, se obliga al agente a llevar y rendir cuentas de su gestión.

Indica que los costos de agencia son las inversiones que han de hacerse para asegurar que los agentes se ajusten en su conducta a los intereses de sus principales y pueden ser de tres tipos, 1) costos de supervisión o vigilancia: en que ha de incurrir el principal para asegurarse, controlando al agente, que éste no realizará actividades que le perjudiquen y que actuará leal y diligentemente; 2) costos de garantía: aquellos mediante los cuales el agente incurre para asegurar al principal los objetivos mencionados en el numeral anterior; y 3) costos residuales: costos de intereses que subsisten porque el costo marginal de incurrir en nuevas medidas de supervisión o garantía no compensan el beneficio que se obtendrá.⁶⁹

Así, la forma como se estructura la gestión de la propiedad de las empresas y las características de los directorios, influye en cómo se enfrenta el problema de agencia. Una forma de abordar este problema ha sido la incorporación de los gobiernos corporativos.

Al respecto, Alcalde señala que los economistas nacionales parecen coincidir en el hecho de que, según muestra la evidencia, los países que exhiben un buen gobierno corporativo en sus empresas, merced del cual se resguardan de mejor manera los derechos de los inversionistas, poseen mercados de capitales más profundos y desarrollados, lo que se traduce en menores costos de financiamiento para empresas domésticas, lo cual es un incentivo a la inversión que naturalmente redundará en mayores posibilidades de crecimiento económico, disminuyendo el costo de capital para las empresas y aumentando el interés para que los inversionistas participen en la misma.

Como veremos más adelante, esto coincide con las recomendaciones de organismos internacionales como la OCDE y es la defensa que esgrime Codelco para señalar que los principios que rigen a esta empresa se encuentran lo suficientemente resguardados con los organismos que la controlan, pero especialmente mediante su gobierno corporativo.

B.3.ii) Particularidades del problema de agencia en las empresas públicas.

Parte importante de los problemas de gestión de las empresas públicas aparecen evidenciados en el Informe de Productividad⁷⁰ elaborado por el Ministerio de Hacienda en conjunto con el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, para el Proyecto de Ley que crea el Servicio de Empresas Públicas, como una respuesta a dichos problemas.

⁶⁹ ALCALDE, ob. cit., página 70.

⁷⁰ Informe de Productividad del Proyecto de Ley que Crea el Servicio de Empresas Públicas y que Perfecciona los Gobiernos Corporativos de las Empresas del Estado y de Aquellas en que Éste tenga Participación. Ministerio de Hacienda y Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. Mensaje N° 184-365. Fecha 24 de enero de 2018. Páginas 1-16. En línea: <https://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2018/02/Informe-Productividad-SEP-Final-.pdf>

En el informe se señala que desde un punto de vista teórico, uno de los desafíos que deben enfrentar las empresas es el manejo de los conflictos de interés que surgen como resultado de un problema de agencia. El problema del principal-agente, en el contexto de empresas del Estado, nace al separar el rol que tiene el Estado y los ciudadanos como beneficiarios finales de las empresas (el principal), y el rol que cumple la administración de estas mismas (el agente), ya que agente y principal podrían tener motivaciones distintas.

Menciona como ejemplo, que el principal puede estar interesado en alcanzar el mayor valor posible de la empresa o perseguir otros atributos, tales como, la sustentabilidad ambiental y la calidad de los servicios ofrecidos; en tanto, el agente puede tener incentivos distintos, como maximizar las utilidades en el corto plazo, dejando de lado inversiones productivas que sólo van a reeditar en el mediano o largo plazo. En presencia de asimetrías de información, si no existen mecanismos adecuados de incentivo y de monitoreo y rendición de cuentas, se pueden generar diferencias entre lo que busca el Estado y lo que efectivamente realizan quienes están a cargo de la administración de las empresas.

Agrega que la falta de incentivos puede llevar a que los administradores de las empresas tomen decisiones que no son necesariamente óptimas para sus dueños. Por ejemplo, dejar de lado un proyecto de inversión de retorno alto pero incierto. En ausencia de algún mecanismo de incentivo, como un contrato por rendimiento, la administración no logra hacerse parte de los potenciales beneficios futuros obtenidos, pero si debe afrontar los riesgos y los costos asociados. Señala que el problema de agencia en este caso puede desincentivar la búsqueda de eficiencia y la creación de valor en las empresas.

Asimismo, la falta de adecuados mecanismos de monitoreo y rendición de cuenta por parte de la administración de las empresas puede generar efectos no deseados por el principal. Esto se refuerza en el caso de empresas públicas, donde incluso pueden coexistir más de un principal con objetivos distintos entre sí: ciudadanos, Gobierno, Congreso y directorio de la empresa. Como consecuencia, los administradores de las empresas públicas pueden quedar con considerables grados de discrecionalidad para perseguir sus propios objetivos.

A ello se suma, como señala el Mensaje⁷¹ del mismo proyecto de ley, que muchas veces la función pública de estas empresas no está claramente definida y pueden generarse incentivos perversos para invocar razones asociadas al cumplimiento de la función pública como explicación de malos resultados económicos de las empresas que no tienen otro origen que una gestión ineficiente. Si, además los fines públicos no están debidamente explicitados, el marco jurídico no consigue el adecuado control de los recursos

⁷¹ Mensaje N° 184-365 de la Presidenta de la República, de 20 de octubre de 2017, con el que inicia un “Proyecto de Ley que Crea el Servicio de Empresas Públicas y que perfecciona los Gobiernos Corporativos de las empresas del Estado y de aquellas en que éste tenga participación”. Santiago, 20 de octubre de 2017. Estado de tramitación: Primer trámite constitucional, Cámara de Diputados. En línea: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=12001&prmBL=11485-05

comprometidos y las metas de gestión no cuentan con indicadores objetivos de su cumplimiento, podría facilitarse el uso de estas empresas a favor de grupos de interés.

El Mensaje indica que debido a las distintas funciones y multiplicidad de objetivos se acentúan diversos “problemas de agencia”, sea por la existencia de un mayor número de niveles jerárquicos entre la ciudadanía y los gerentes, o por los problemas creados por la competencia política para alcanzar el control del Poder Ejecutivo. Dado que los actos u omisiones de una empresa del Estado o aquellas en que éste tenga participación mayoritaria pueden ser relevantes para definir el voto ciudadano, lo que a su vez puede afectar el resultado de la competencia política, se corre el riesgo de un intervencionismo que incluso puede llegar a ser contrario al interés general.

Señala además que existen otros factores que contribuyen a acrecentar el problema de gestión de estas empresas: entre ellos, el disperso entramado legal que rige a éstas empresas y su poca uniformidad y coherencia en algunas materias; la falta de un marco normativo eficaz que propenda a una gestión eficiente, transparente y con altos estándares de probidad; y la difusa concepción de la responsabilidad en la gestión, diluida en una compleja cadena que dificulta la identificación clara de quiénes deben rendir cuenta por la administración de las empresas; todo lo cual puede traducirse en comportamientos ineficientes, con indeseables consecuencias.

Coincidiendo con el informe de productividad anterior, indica que a esto se suman los conflictos de interés que se suscitan al interior del Poder Ejecutivo por efecto de los dos roles que éste juega respecto a estas empresas: ser el representante del dueño de las empresas del Estado y aquellas en que éste tenga participación mayoritaria y ser el responsable de las políticas públicas que muchas veces impactan en la capacidad de las empresas para cumplir tanto sus fines económicos como públicos.

B.3.iii) Soluciones a los problemas de agencia para las empresas públicas.

El informe de productividad antes mencionado, señala que una de las formas más efectivas para que el principal pueda aminorar el problema descrito y así alienar sus objetivos con el accionar de sus agentes, son los directorios de las empresas. Los directorios cumplen con dos funciones principales: monitorean y evalúan a la administración para asegurarse que estos actúen conforme al interés de los dueños. Indica además, que en el caso en que existe un grupo de empresas públicas, además de establecer directorios individuales, los países suelen establecer una entidad a cargo de la gestión de propiedad de estas mismas.

Señala que hay distintos modelos: aquellos de gestión conjunta de la propiedad de las empresas del Estado o con participación estatal; y el modelo de gestión individual a partir de leyes orgánicas para cada empresa. A su vez, en los modelos de gestión conjunta, algunos países tienen un modelo centralizado de gestión para las empresas públicas, como el caso del SEP en Chile, o modelos de características descentralizadas o mixtas. Reseña los modelos como se indica a continuación:

a) Modelos para rol propietario de empresas del Estado o con participación estatal. Los principales modelos son los siguientes:

- **Sistema descentralizado o de ministerio sectorial.** En este modelo las responsabilidades de la propiedad suelen repartirse entre varios ministerios de línea y a veces también otros organismos públicos. Este modelo busca capturar la experiencia del ministerio del sector para guiar y monitorear de mejor forma la gestión de las empresas. La gran desventaja de este modelo es la escasa o nula separación de los roles de política, regulación y estado empresario. Asimismo, estos sistemas no aseguran alcanzar una política homogénea de buenas prácticas de gestión y de gobierno corporativo entre empresas del Estado de diferentes ámbitos sectoriales.
- **Sistema dual.** Además de los ministerios de línea existe una institución complementaria que comparte los derechos y responsabilidades de la propiedad de las empresas. Usualmente este rol lo cumple el Ministerio de Hacienda, una agencia de supervisión a su cargo, o un grupo de ministros liderados por el Ministro de Hacienda.
- **Sistema basado en un consejo.** La propiedad se mantiene dispersa entre varios ministerios y agencias, existiendo un organismo coordinador creado con el propósito de aconsejar a los ministros en temas de propiedad de las empresas.
- **Sistema centralizado.** Las responsabilidades de propiedad recaen sobre una agencia centralizada e independiente, o bajo la autoridad de un solo ministerio.

b) Establecer leyes orgánicas para cada una de las empresas del Estado: una alternativa es abordar todos los aspectos a través de la dictación de leyes orgánicas para cada una de las empresas.

En el caso de Chile, existe un modelo centralizado de gestión para las empresas públicas, mediante el Sistema de Empresas Públicas (SEP)⁷², que es un Comité creado por la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO) como organismo técnico asesor del Estado, en relación a la evaluación de la gestión y del gobierno corporativo de las empresas del sector estatal, que se relacionan con el Gobierno a través de los distintos Ministerios y siempre que sea expresamente requerido para ello. El SEP concentra las decisiones y representación que al Estado le compete como dueño a CORFO como accionista en ciertas empresas del sector estatal, entregando orientaciones y lineamientos generales, velando por el cumplimiento de los objetivos particulares de cada una de ellas, y facilitando a éstas compartir sus experiencias y aprendizajes particulares y el desarrollo de sinergias cuando ello sea posible. Señala que su misión es representar los intereses del Estado de Chile -en su calidad de dueño- en las empresas en que éste es directa o indirectamente socio, accionista o propietario, designando a los miembros de los Directorios o Consejos y evaluando la gestión estratégica de dichas empresas, a fin de maximizar el valor económico de éstas. Para cumplir con lo anterior se cuenta con los siguientes instrumentos: Planificación Estratégica, Proceso Presupuestario y Convenios de Programación.

Actualmente, el SEP agrupa a 20 empresas cuyo propietario o accionista es el Estado de Chile, evaluando su gestión estratégica, que comprende rubros de transporte, portuario y

⁷² Sistema de Empresas. En línea: http://www.sepchile.cl/nuestra-organizacion/quienes-somos/?no_cache=1

servicios; y representa los derechos de CORFO como accionista minoritario, sin evaluar la gestión, de Aguas Andinas S. A., Empresa de Servicios Sanitarios del Bío-Bío S. A. (Essbío S. A.), ESVAL S. A. y Empresa de Servicios Sanitarios de Los Lagos S. A. (ESSAL S. A.).

Sin embargo, Chile también utiliza el modelo de solución mediante la dictación de leyes orgánicas para cada empresa, lo que ha realizado con empresas de mayor tamaño, como ocurre en el caso de ENAP y Codelco.

B.4) DIRECTRICES INTERNACIONALES PARA LAS EMPRESAS PÚBLICAS.

En el marco internacional también ha existido preocupación por el problema de agencia que tienen las sociedades y el desarrollo de las empresas públicas. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)⁷³ especialmente se ha hecho cargo de este tema, proponiendo los gobiernos corporativos como un mecanismo para resolver el problema de agencia de las sociedades.

En efecto, el año 1999 publicó los “Principios de la OCDE para el Gobierno de las Sociedades”⁷⁴, cuya finalidad era asistir a gobiernos de países miembros y no miembros en sus esfuerzos por evaluar y mejorar los marcos legal, institucional y normativo sobre el gobierno corporativo en sus países, así como proporcionar directivas y sugerencias para las bolsas de valores, los inversionistas, las sociedades, y otras partes implicadas en el proceso de desarrollo de unas “buenas prácticas” de gobierno corporativo. El prefacio resalta la importancia que cada vez más tiene el sector privado en el desarrollo economía y en la creación de empleos; y el aumento en la conciencia de la importancia de corporaciones privadas para el bienestar de los individuos. Señala que al igual que aumenta en todo el mundo la confianza en el sector privado, crece en importancia el tema de gobierno corporativo y que entre otros beneficios, un buen régimen de gobierno corporativo ayuda a afirmar que las corporaciones utilizan su capital de manera eficaz. El preámbulo indica que un elemento clave para mejorar la eficacia de la economía es el gobierno de las sociedades, el cual incluye una serie de inter-relaciones entre la dirección de la compañía, su consejo de administración, sus accionistas y otros grupos de interés social. Estos principios de la OCDE representaron la primera iniciativa de una organización intergubernamental para desarrollar elementos base de un régimen de buen gobierno corporativo.

El año 2004, estos principios fueron objeto de una revisión que buscó fortalecer la estructura del gobierno corporativo y adaptarlos a los últimos acontecimientos y experiencias vividos en los países miembros y no miembros de la OCDE, publicándose el

⁷³ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Esta organización, fundada en 1961, tiene por misión promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo, para lo cual ofrece un foro donde los gobiernos puedan trabajar conjuntamente para compartir experiencias y buscar soluciones a los problemas comunes. Actualmente agrupa a 36 países miembros y en enero del año 2010, Chile firmó el convenio de adhesión a la OCDE. En línea: <https://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/>

⁷⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. “Principios de la OCDE para el Gobierno de las Sociedades”. Año 1999. En línea: <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/>

documento denominado “Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE”⁷⁵. En dicho documento se evidenció cómo el concepto de gobierno corporativo ha afectado en general en la población y no sólo al comportamiento de las empresas: los responsables políticos son ahora más conscientes de la aportación del buen gobierno corporativo a la estabilidad de los mercados financieros, a la inversión y al crecimiento económico; las empresas son capaces de comprender mejor en qué medida el buen gobierno corporativo contribuye a potenciar su competitividad; y los inversores, y en especial las instituciones de inversión colectiva y los fondos de pensiones que actúan en calidad de fiduciarios, comprenden que tienen un papel que desempeñar a la hora de garantizar prácticas de buen gobierno corporativo, defendiendo así el valor de sus inversiones.

En el marco de la evolución de este tema y la experiencia recogida en países miembros y no miembros, el 2011 la preocupación se volvió hacia el sector público, publicando las “Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas”⁷⁶. El prólogo de dicho documento señala que estas directrices cubren una importante laguna, ya que aunque el gobierno corporativo de las empresas públicas constituye un importante reto en muchas economías, hasta esa fecha no había ninguna clase de referencia internacional que ayudara a los gobiernos a evaluar y mejorar la forma en que ejercían la propiedad de dichas empresas, las que a menudo constituyen una proporción significativa de la economía.

Señala que la experiencia compartida por los países que han empezado a reformar el gobierno corporativo de las empresas públicas es que se trata de una tarea compleja. Identifica como principales retos: encontrar el equilibrio entre la responsabilidad del Estado de ejercer activamente sus funciones de propiedad, como puede ser la nominación y la elección del directorio, y al mismo tiempo abstenerse de realizar interferencias políticas indebidas en la gestión de la empresa; garantizar iguales condiciones para todos en los mercados en los que las empresas privadas pueden competir con las empresas públicas; así como que los gobiernos no distorsionen la competencia a la hora de utilizar sus poderes regulatorios o de supervisión.

Se indica que las empresas públicas afrontan dificultades propias de gobierno corporativo. Una de ellas es que las empresas públicas pueden sufrir tanto por un intervencionismo indebido y por unas interferencias de la propiedad por motivaciones políticas como por una propiedad totalmente pasiva o distante por parte del Estado. También se puede producir una dilución de la responsabilidad. Con frecuencia, las empresas públicas se encuentran protegidas de dos importantes amenazas que resultan fundamentales para controlar la gestión en las empresas del sector privado, esto es, la toma de control y la quiebra. Lo que es más importante, las dificultades de gobierno corporativo derivan del hecho de que la responsabilidad por los resultados de las empresas públicas conlleva una compleja cadena de agentes (la administración, el Directorio, entidades propietarias, ministerios, el gobierno), sin claros y fácilmente identificables, o remotos, principales a los que rendir cuentas. Organizar esta compleja red de responsabilidades con el fin de

⁷⁵ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. “Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE”. Año 2004. En línea: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf>

⁷⁶ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. “Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas”. Año 2011. En línea: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstateownedenterprises/48632643.pdf>

garantizar la adopción de decisiones eficientes y un buen gobierno corporativo constituye un reto⁷⁷.

Basándose en la experiencia práctica, se señala que las directrices ofrecen propuestas concretas sobre cómo solucionar estos dilemas. A modo ejemplar, 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; y proponen la estricta separación de las funciones de propiedad y regulatorias del Estado.

El documento proyecta que si se aplican debidamente, éstas y las demás reformas recomendadas, contribuirían 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, lo que supondría la existencia de empresas más sanas, competitivas y transparentes.

El preámbulo hace referencia a que en varios países de la OCDE, las empresas públicas todavía representan una parte sustancial del PIB, del empleo y de la capitalización de mercado, y que ocupan a menudo una posición destacada en sectores de servicios básicos e infraestructura, como energía, transporte y telecomunicaciones, cuyo funcionamiento es de gran importancia para amplios segmentos de la población y para otras partes del sector privado, por lo que su gobierno corporativo resulta decisivo para garantizar su contribución positiva a la eficiencia económica y a la competitividad global de un país.

Las directrices dadas por la OCDE para las empresas públicas son las siguientes:

1) Cómo Garantizar un Marco Jurídico y Regulatorio Efectivo para Empresas Públicas:

El marco jurídico y regulatorio de las empresas públicas debería garantizar la igualdad de condiciones en los mercados en los que compiten las empresas del sector público y las empresas del sector privado, con el fin de evitar distorsiones de mercado. El marco debería basarse y ser plenamente compatible con los Principios de la OCDE sobre Gobierno Corporativo.

2) La Actuación del Estado como Propietario: El Estado debería actuar como un propietario informado y activo, y establecer una política de propiedad clara y consistente, garantizando que el gobierno corporativo de las empresas públicas se realice de forma transparente y responsable, con el nivel necesario de profesionalismo y efectividad.

Ahondando en este punto el documento señala⁷⁸ que el Estado, en su condición de propietario activo, debería ejercer sus derechos de propiedad con arreglo a la estructura jurídica de cada empresa. Entre sus principales responsabilidades se encuentra que, cuando el sistema legal y el nivel de propiedad estatal lo permitan, mantener un diálogo continuo con los auditores externos, así como con órganos específicos de control del Estado (punto N°4).

⁷⁷ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. “Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas”. Ob. Cit. Preámbulo.

⁷⁸ La letra F, punto N° 4 del principio N° 3.

Recomienda la centralización de la función de propiedad en una única entidad resulta más apropiada en el caso de empresas públicas en sectores competitivos, y es necesariamente aplicable a empresas públicas que se dedican principalmente a objetivos de política pública.

Agrega que cuando el Estado es el accionista mayoritario, se encuentra en una posición excepcional para proponer y elegir el Directorio sin el consentimiento de los demás accionistas. Este derecho legítimo lleva consigo una gran responsabilidad a la hora de identificar, nominar y elegir a los miembros del Directorio. En este proceso, y con el fin de minimizar los posibles conflictos de interés, la entidad propietaria debería evitar elegir un número excesivo de miembros del Directorio desde la administración pública. Lo anterior resulta especialmente importante en el caso de empresas en las que el Estado no es el único accionista, así como cuando se trata de empresas públicas presentes en industrias competitivas. Entre otros, se hace presente 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 empresas públicas. Con ello se busca evitar el ejercicio de una influencia política indebida.

Se señala además, que la entidad propietaria debería cooperar y mantener un diálogo permanente con las instituciones superiores contraloras del Estado, responsables de auditar a las empresas públicas. Debería apoyar el trabajo de la institución contralora del Estado y tomar las medidas apropiadas en respuesta a los resultados de auditoría, siguiendo al respecto la Declaración INTOSAI de Lima de directrices sobre preceptos de auditoría.

3) Tratamiento Equitativo de los Accionistas: tanto el Estado como las empresas públicas deberían reconocer los derechos de todos los accionistas, y conforme a los Principios de la OCDE sobre Gobierno Corporativo, garantizar un trato equitativo y acceso igualitario a la información corporativa.

Menciona además, que como accionista dominante, el Estado está muchas veces en condiciones de tomar decisiones en la junta general de accionistas sin el acuerdo de ningún otro accionista. También se suele encontrar en condiciones de decidir sobre la composición del Directorio. Si bien dicho poder de decisión constituye un derecho legítimo que es consecuencia de la propiedad, resulta importante que el Estado no abuse su papel de accionista dominante, por ejemplo, buscando el logro de objetivos que no convienen a la empresa y que por lo tanto resultan perjudiciales para otros accionistas. El abuso se puede producir mediante transacciones relacionadas inapropiadas, decisiones de negocios sesgadas o cambios en la estructura de capital que favorecen a los accionistas dominantes. Las medidas que se pueden adoptar incluyen una mejor divulgación, el deber de lealtad de los miembros del Directorio, así como la necesidad de mayorías calificadas para determinadas decisiones de los accionistas.

4) Las Relaciones con Partes Interesadas: La política de propiedad del Estado debería reconocer plenamente las responsabilidades de las empresas públicas con partes interesadas y pedir que informen sobre sus relaciones con éstas.

Se explica que las empresas públicas listadas en bolsa o de gran tamaño deberían comunicar a los inversionistas, partes interesadas y al público en general sus políticas sobre partes interesadas y proporcionar información sobre su implementación efectiva. Lo anterior también aplica para cualquier empresa pública que persiga importantes objetivos de política pública o que tenga obligaciones de servicios generales, prestando la atención debida a los costos involucrados relacionados con su tamaño.

Recomiendan que los Directorios apliquen elevados estándares éticos. Se trata de algo que favorece el interés a largo plazo de cualquier empresa como una forma de hacerse creíble y fiable en sus actividades cotidianas y con respecto a sus compromisos a más largo plazo. En el caso de las empresas públicas, las presiones para desviarse de elevados estándares éticos pueden ser mayores, teniendo en cuenta la interacción de consideraciones de negocios con las de política y de política pública. Además, dado que las empresas públicas podrían desempeñar un papel importante a la hora de establecer el tono de negocios del país, también resulta importante que mantengan elevados estándares éticos.

5) Transparencia y Divulgación: Las empresas públicas deberían mantener un elevado nivel de transparencia de conformidad con los Principios de la OCDE sobre Gobierno Corporativo.

Señala que las empresas públicas deberían revelar la información importante sobre todos los temas descritos en los Principios de la OCDE sobre Gobierno Corporativo, y además centrarse en las áreas de interés especial para el Estado como propietario y el público en general. Entre los ejemplos de dicha información se incluye, entre otros, cualquier transacción importante con entidades relacionadas⁷⁹.

Un alto nivel de divulgación también resulta valioso para las empresas públicas que tienen importantes objetivos de política pública. Lo anterior resulta especialmente importante cuando tienen un impacto significativo sobre el presupuesto fiscal, sobre los riesgos asumidos por el Estado, o cuando tienen un impacto social más global.

Describen cuáles deberían ser los principales elementos a revelar en el caso de una empresa listada en bolsa. Las empresas públicas deberían como mínimo cumplir dichas exigencias, incluyendo resultados financieros y de explotación, políticas de remuneración, operaciones con partes relacionadas y las estructuras y políticas de gobierno corporativo.

6) Las Responsabilidades de los Directorios de Empresas Públicas: 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.

⁷⁹ Letra E N° 5 de la directriz N° 5.

B.5) GOBIERNOS CORPORATIVOS Y SUS CONFLICTOS.

Como se ha expuesto, los gobiernos corporativos se presentan como una solución a los problemas de agencia, tanto en las empresas públicas como privadas.

La Ley N° 19.705 del año 2000, que “Regula las Ofertas Públicas de Adquisición de Acciones (OPAS) y Establece Régimen de Gobiernos Corporativos” introduce el concepto en Chile, norma que modificó la Ley 18.045 (Mercado de Valores) y la Ley 18.046 (Sociedades Anónimas).

Son varias las definiciones que se han dado respecto de los gobiernos corporativos. Para Wigodski y Zúñiga, gobierno corporativo es el sistema mediante el cual las empresas son dirigidas y controladas para contribuir a la efectividad y rendimiento de la organización⁸⁰.

Garrido y Gatica señalan que el Gobierno Corporativo es un concepto que tiene relación con la dirección de una Sociedad, que incluye los conflictos de interés que se dan entre quienes ejercen el control y los que poseen la propiedad. Conforme lo anterior, es una forma de darle solución al problema de la agencia e intenta solucionar el problema de extracción de riqueza del valor de una compañía por parte de los administradores.⁸¹

Bernet Páez, haciendo referencia al informe sobre los aspectos financieros de los gobiernos corporativos realizado en el Reino Unido, bautizado popularmente como informe Cadbury, ha señalado que “El gobierno corporativo es el sistema mediante el cual se dirigen y controlan las sociedades”⁸². Explica que el enfoque utilizado por esta nueva disciplina es absolutamente distinto a los remedios clásicos ya que no se buscan soluciones para proteger al accionista individual como tal, sino la tutela del sistema. Indica que se trata de dotar a la sociedad anónima de una mayor eficiencia en la gestión y en el control de esa gestión con el objetivo de generar confianza en los inversores en el mercado de títulos accionarios, que evite, dada la globalización de la economía, con incidencia fundamental en estos mercados, la huida hacia otros que inspiren mayor confianza y/o atraigan recursos de inversores extranjeros. Indica que de esta manera, se entiende que la forma como sean gobernadas las empresas es un factor que incide claramente en su crecimiento, debido a que las organizaciones que mejoren sus prácticas tendrán una mayor posibilidad de obtener financiamiento para sus proyectos, al entregar confianza a los inversores de que sus derechos serán adecuadamente protegidos.

Sin embargo, cualquier sea la definición, se concuerda en que el gobierno corporativo es un concepto que tiene relación con la forma en que las empresas son dirigidas y controladas y que esto incluye los conflictos de interés que se dan entre quienes ejercen el

⁸⁰ WIGODSKI, Teodoro y ZÚÑIGA, Franco. Gobierno corporativo en Chile después de la ley de OPAS. Publicación del año 2002 del Centro de Gestión. Departamento de Ingeniería Industrial. Universidad de Chile. Página 2. En línea: <http://www.dii.uchile.cl/~ceges/publicaciones/ceges38.pdf>

⁸¹ GARRIDO Y GATICA, op. cit., página 54.

⁸² BENET PAEZ, Manuel Antonio. “El gobierno de las sociedades abiertas”. Revista de Derecho (Valdivia). V.16. Julio 2004 p. 33-57. Versión on line ISSN 0718-0950. El control que tiene el Estado como accionista principal es a través de la Contraloría.

control (agentes) y los que poseen la propiedad (principales)⁸³. En efecto, Garrido y Gatica señalan que independiente de la postura que se tenga de cómo debe aplicarse un gobierno societario, es necesario que este actúe resolviendo y evitando estos conflictos de interés que se dan entre administradores e inversionistas⁸⁴.

Frente a la pregunta, qué se puede entender por un “buen” sistema de gobierno corporativo, Wigodski y Zúñiga, señalan que un adecuado sistema de Gobierno Corporativo actúa para evitar y resolver los conflictos de interés, lo que en economía se conoce como teoría de agencia. Pretende evitar el uso de los activos corporativos para beneficio de los ejecutivos (agentes), afectando negativamente los intereses de los accionistas (principales). Agregan que el desarrollo de un sistema de Gobierno Corporativo surge para velar que se cumplan en forma transparente los objetivos corporativos. Así, los mecanismos que pretenden desarrollar un mejor gobierno corporativo deben proveer de herramientas que lleven a una protección de los derechos de los accionistas minoritarios, en el sentido de fortalecer su participación en las decisiones y regular las transferencias de control⁸⁵.

Indican que la evidencia muestra que países que resguardan de mejor manera los derechos de los inversionistas poseen mercados de capitales más profundos y desarrollados, lo que se traduce en menores costos de financiamiento (menores tasas de descuento exigidas) para empresas domésticas, lo cual es un incentivo a la inversión y esto naturalmente redundará en mayores posibilidades de crecimiento económico.

En Chile, los problemas principales de gobierno corporativo se han concentrado en conflictos de intereses entre los accionistas controladores y los minoritarios, debido a problemas de agencia, de uso de información privilegiada o conductas antiéticas. Por lo tanto, una mejora en el sistema de gobierno corporativo en Chile evitaría estos problemas, produciendo mayor transparencia en el mercado y mejorando la efectiva transferencia de recursos a las empresas que tengan buenos proyectos de inversión. Los antecedentes analizados son coincidentes en que las economías latinoamericanas se enfocan más hacia la protección de los accionistas minoritarios, mientras que los países desarrollados, que cuentan con sistemas regulatorios más fuertes, los esfuerzos de reforma se centran en aumentar la transparencia de la actuación de los directores y altos ejecutivos, así como de los procesos de votación en las juntas de accionistas⁸⁶.

En el mismo sentido, Albornoz y Gatica señalan que las principales materias donde se presentan conflictos de intereses entre los accionistas o socios y entre estos y la sociedad, son en los actos o contratos celebrados por la entidad con personas relacionadas a su administración o a su control y en las cuestiones que deban resolverse entre los accionistas

⁸³ WIGODSKI Y ZÚÑIGA, ob. cit., página 1.

⁸⁴ GARRIDO Y GATICA, ob. cit., página 56.

⁸⁵ WIGODSKI Y ZÚÑIGA, ob. cit., páginas 4 y 5.

⁸⁶ El análisis lo realizan los autores al año 2002. WIGODSKI Y ZÚÑIGA, ob. cit., página 11

y entre estos y la sociedad sobre la base del principio mayoritario. Por lo tanto, es un hecho que los directores pueden verse involucrados en conflictos de intereses⁸⁷.

Respecto a la composición y práctica de los directorios señalan que en Chile sólo el 55% de los directores de las sociedades anónimas listadas en bolsa no tiene relación familiar o laboral con los controladores y ejecutivos de las empresas en que se desempeñan como directores, o en compañías relacionadas con ella. Chile no cumpliría con el principio de gobierno corporativo de que los directores sean independientes del controlador. El director independiente profesional es una figura poco común en las corporaciones chilenas⁸⁸.

Refiriéndose a los conflictos de intereses⁸⁹ regulados por la LSA, señalan que el artículo 44 de la LSA si bien no define el término conflicto de intereses, viene a regular el procedimiento conforme al cual debe aprobarse una operación en la que un director de la sociedad tenga interés por sí o como representante de otra persona. Esto también se conoce como operación con parte relacionada. Es operación con parte relacionada aquella que se celebra entre la sociedad y alguna persona o sociedad con interés directo o indirecto en la operación, lo que pone en marcha la aplicación de dicho procedimiento es la existencia de interés del director en la operación.

Cuando se da una situación que no cabe dentro de las presunciones de derecho de la existencia de interés que señala el artículo 44, será el propio director quien deberá evaluar la existencia y la magnitud del interés. Tratándose ya sea de una situación de hecho que se presume de derecho como también en la situación que no es de esas que se presume de derecho pero que a juicio del propio director constituiría un caso en que habría conflicto de intereses, dicho "interés" no es estrictamente patrimonial. Las relaciones que subyacen en los casos mencionados precedentemente son, de tal naturaleza que los administradores pueden verse expuestos a tener que sacrificar el interés de la sociedad que representan a un interés contrapuesto.

Como forma de enfrentar los conflictos de interés, se creó el Comité de Directores con la Ley N° 19.705, que tuvo por finalidad fortalecer la autorregulación al interior de la sociedad, ya que su principal objetivo es una mayor fiscalización de las actividades que realiza la administración social⁹⁰.

IV.C) CONSIDERACIONES RESPECTO DE CODELCO EN TORNO AL PROBLEMA.

⁸⁷ ALBORNOZ GARRIDO, Lorena y GATICA Pizarro, Carolina. "El comité de directores en la sociedad anónima, funciones, responsabilidad y antecedentes de su existencia en derecho comparado". Memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor guía: Francisco Pfeffer Urquiaga. Año 2007. Página 35.

⁸⁸ GARRIDO Y GATICA, ob. Cit. Página 58. Dato que extraen de LEFORT, Fernando, "Gobierno Corporativo ¿Qué es? Y ¿Cómo andamos por casa?" en Cuaderno de Economía, año 40, N° 120, páginas 207-237, Agosto 2003.P, 216

⁸⁹ GARRIDO Y GATICA, ob. cit., páginas 39-42

⁹⁰ Garrido y Gatica, ob. cit., página 49.

Como ya se hizo mención, Codelco se ve a sí misma como una empresa del Estado, sujeta a un régimen especial que deriva de la propia Constitución, que impediría hacerle aplicable la LOCBGAE y la LCP, quedando regida por su estatuto jurídico particular, y sometida a un complejo y completo régimen de control que permite resguardar adecuadamente el estatuto jurídico que la rige.

Sin embargo, luego del análisis de los problemas de agencia que presentan las sociedades en general, lo que se ve acentuado cuando se trata de empresas públicas, estimamos que el control al que alude Codelco es insuficiente, volviéndose imprescindible la existencia de controles externos que resguarden adecuadamente los intereses públicos comprometidos. Así también, la normativa general que regula a la Administración del Estado, por su característica esencial, no puede ser dejada de aplicar a una empresa pública, lo que cobra mayor relevancia aún por el volumen y características de esta empresa.

C.1) NORMATIVA DE APLICACIÓN GENERAL A LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN RELACIÓN A CODELCO.

Varios son los argumentos que se han dado por Codelco y la defensa fiscal para justificar que la LOCBGAE y la LCP, artículo 4º, son o no aplicables a Codelco.

En este punto, no podemos sino adherir a la tesis fiscal en cuanto a que la LOCBGAE es una norma con vocación universal, que establece las bases generales de la Administración del Estado, dentro de los cuales se encuentran las empresas públicas y en los que se reconoce Codelco. Pretender que los principios generales que rigen a toda la Administración del Estado, no son aplicables a Codelco, es desconocer su esencia de empresa pública y su pertenencia a la Administración del Estado.

El Estado sigue siendo Estado cualquiera sea la actividad o función que desarrolle. Que la actividad que desarrolla se someta en parte a la normativa de derecho privado y ese sea el espíritu del legislador en las últimas décadas, responde a una respuesta histórica en la que se buscó proteger a los particulares de los privilegios de un estado empresario, pero también busca al día de hoy, permitir que el desarrollo de la actividad comercial del Estado sea lo más eficiente y competitiva posible.

La actividad empresarial del Estado es de mucha importancia para la economía del país. Codelco es la principal empresa productora de cobre del mundo, con una producción de mina de 1.8271 toneladas de cobre fino, la empresa estatal representó el 32,9% de la producción total de cobre del país en 2016 y en el quinquenio 2012-2016 aportó, en promedio, 2.250 millones de dólares anuales al Estado de Chile, considerando impuestos, dividendos, y el aporte correspondiente a la Ley Reservada 13.196⁹¹. Su importancia en la economía del país es innegable.

⁹¹ Centro Latinoamericano de Políticas Económicas y Sociales. Informe CLAPES UC. “Análisis de la Productividad de Codelco y sus Divisiones 2000-2016”. Documento de Trabajo No 45. De fecha 26 de marzo 2018. Autores: Hernán de Solminihac, Luis Edwin González y Joaquín Dagá. Página 2.

Intentar mejorar la actividad productiva de Codelco, no puede llegar al punto de desconocer su naturaleza pública e intentar transformarla en una empresa privada. Codelco es un órgano de la Administración del Estado y como tal, se debe regir por los principios básicos que aplican para dichos órganos. Su esencia es pública y debe ser reconocida de esa manera en el ámbito en el que se desenvuelve. Respetar dicha esencia se vuelve una protección tanto para los particulares como para el adecuado desarrollo interno de la empresa.

C.2) PROBIIDAD COMO CRITERIO TRANVERSAL

Que el principio de probidad se aplique o no a Codelco no está en discusión, Codelco lo reconoce expresamente. La controversia se produce si el contenido de este principio se regiría por normas de derecho público o por las normas de derecho privado contenidas en la LSA y en la normativa interna de Codelco. La discusión no es banal, ya que las normas de derecho público que rigen esta materia son más exigentes que las del derecho privado.

Largamente fue discutido este tema en sede judicial, a lo que se hizo referencia también en este estudio cuando se abordó la aplicación de la LCP en su artículo 4º, así como en la discusión sobre la aplicabilidad del título I y III de la LOCBGAE. Sin embargo, más allá de las razones de texto, la exigencia de un estándar mayor de probidad en los funcionarios públicos es una protección para el desarrollo de la función pública y de los particulares que se ven afectados por la misma.

Codelco, es una empresa pública, es la forma como el Estado desarrolla su actividad empresarial, y como tal, debe regirse por el más alto estándar que permita resguardar la transparencia y probidad de su actuación. Las razones que justifican que a los funcionarios se les exijan estándares de probidad más exigentes que a los particulares justifica igualmente que a las empresas públicas se les exija un criterio más alto que a las empresas privadas. Evitar la corrupción en actividades que conllevan un mayor riesgo de que ello ocurra, debería ser una aspiración para las empresas públicas.

Que la discusión entre Codelco y la Contraloría finalmente se centre en el principio de probidad, no es baladí, ya que el principio de probidad es un criterio transversal, aplicable no sólo a la Administración sino a todo el Estado.

En efecto, el año 1999, se publicó la Ley N° 19.653, sobre Probidad Administrativa Aplicable a los Órganos de la Administración del Estado, que incorporó una serie de modificaciones en la LOCBGAE a fin de regular esta materia, específicamente en el título I de la LOCBGAE, reemplazando, entre otros, el artículo 3º, que establece los principios por los cuales deberán regirse los órganos de la Administración del Estado, e incorporando el título III, "De la probidad administrativa" que especifica el contenido de este principio.

Sin embargo, el año 2005, la Ley N° 20.050 "Reforma Constitucional que Introduce Diversas Modificaciones a la Constitución Política de la República", incorpora a la Constitución un nuevo artículo 8º que en la parte pertinente señala en su inciso 1º "*El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones*", mandato que al estar inserto en la Constitución obliga sin discusión a todo el Estado.

La doctrina es coincidente con esto.

Cordero Vega ha señalado que es un hecho conocido que la probidad administrativa constituye, desde hace muchísimos años, uno de los principios básicos sobre los cuales ha sido construida la función pública en el Derecho Administrativo chileno y que al establecer este principio en el título I de la LOCBGAE *“se transformó en uno de carácter rector, que constituye una base esencial para el correcto ejercicio de la función pública, con independencia del cuerpo de normas y especificidad de la ley estatutaria que regule a quien la desarrolla, de manera que en general estos criterios se manifestaban concretamente en las prohibiciones a las cuales se encontraban afectos los funcionarios públicos”* ⁹². Indica que la reforma constitucional del año 2005, entre otros aspectos, decide elevar a rango constitucional este principio con la finalidad precisa que se aplicara a todos los órganos del Estado.

Si podía existir alguna duda en la aplicabilidad del principio de probidad a Codelco, la incorporación de este principio en la Constitución constituyó un mandato para su aplicación en todos los órganos del Estado, lo que comprende evidentemente a las empresas públicas, siendo una base esencial para el correcto ejercicio de la función pública, con independencia del estatuto normativo que regule a ese organismo, siendo las prohibiciones establecidas en su título III únicamente una manifestación de dicho principio.

La Contraloría ha sido coincidente con este criterio en el dictamen N° 18.850⁹³ dictado el año 2017, señalando que Codelco, como parte de la Administración del Estado, encargada de la explotación de un recurso estratégico para el país, debe manejar el patrimonio que el legislador ha puesto a su disposición de un modo congruente con los principios básicos de toda administración de recursos públicos, lo que implica una gestión eficiente y eficaz que responda al interés general de la entidad por sobre el particular.

Indica que al discutirse las mociones parlamentarias que originaron el inciso 1° del artículo 8° de la Constitución, se dejó expresa constancia que *“ejerce funciones públicas”* cualquier persona que realiza una actividad pública orientada al interés general, de tal modo que la aplicación de ese precepto no quedó restringida a quienes se desempeñan en los servicios públicos, abarcando a toda la Administración y a todos los órganos del Estado, incluyendo, por tanto, a las empresas públicas creadas por ley. Señala como consecuencia de lo anterior, que *“la legislación que desarrolla el principio de probidad administrativa, elevado a rango constitucional el año 2005, resulta aplicable a toda la Administración y, por ende, a las empresas públicas creadas por ley, aunque no hayan sido mencionadas expresamente. Ello, toda vez que el ámbito de aplicación del precepto constitucional en comento no puede verse restringido por la intención que pudo tener el legislador del DL 1350, de 1976, anterior y de menor jerarquía a aquél”*. Concluye que el ejercicio de las funciones públicas que conlleva la administración de Codelco debe supeditarse al principio de probidad administrativa, regulado en los artículos 52 y siguientes de la ley N° 18.575, por lo que sus autoridades deben actuar

⁹² CORDERO VEGA, Luis, ob. cit., Páginas 119 y 120.

⁹³ Dictamen N° 18.850 de 24 de mayo de 2017, que rechaza recurso de reconsideración respecto del dictamen N° 15.759 de 2017.

dando preeminencia al interés general por sobre el particular, y no como pretende el recurrente.

La relevancia de esta conclusión no es menor, ya que hacer aplicable el principio de probidad a Codelco implica que debe someterse a los deberes y restricciones que el legislador ha determinado para cuidar la función pública.

Codelco, como lo ha planteado en sede judicial⁹⁴, reconoce que se le aplica el principio de probidad, pero que sin embargo, el contenido de este principio está determinado por su régimen jurídico particular, originado en el DL 1350, que estaría definido en el LSA y en la normativa corporativa interna. Señala que es el gobierno corporativo el llamado velar por el cumplimiento de los principios de eficiencia, eficacia y control en su gestión. Así también expresa que la toma de decisiones sobre la mejor y más eficiente y eficaz forma de proceder en materia de contratación está entregada al Directorio de Codelco.

Aplicar una u otra normativa y entregar el control al gobierno corporativo o a la Contraloría, no es irrelevante.

En el juicio que hemos usado como referencia para este estudio, parte de la discusión es si los contratos con partes relacionadas, infringen el principio de probidad. El derecho público, específicamente la LCP, establece la prohibición de celebrar contratos con parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive, en cambio, en la LSA y normativa interna de Codelco, alcanza sólo al segundo grado de consanguinidad. En la práctica, ello se traduciría en que bajo el criterio de la normativa pública, Codelco habría celebrado contratos con al menos 13 empresas relacionadas que involucraría montos que ascienden a USD \$504.948.765,19 donde el vínculo de parentesco entre el trabajador de Codelco y la persona relacionada de la empresa proveedora o prestadora del servicio, correspondería al de cónyuge, conviviente o al de un familiar en primer o segundo grado ya sea por consanguinidad o afinidad⁹⁵.

La LSA es una normativa dictada para las empresas del sector privado, por lo que estimamos insuficiente dejar entregado el contenido del principio de probidad a una ley que no fue dictada para regular empresas públicas. El mandato constitucional del artículo 8º impide entender que una normativa privada como es la LSA podría regular el ejercicio de la función pública a que dicho artículo se refiere.

Sólo queda entonces la normativa interna dictada por el gobierno corporativo de Codelco, órgano que Codelco señala como encargado de velar por el resguardo de los principios.

A continuación haremos una breve reflexión sobre estos gobiernos corporativos, y la conveniencia que la fijación los estándares de la empresa pública y el control provengan del mismo organismo.

C.3) EL GOBIERNO CORPORATIVO DE CODELCO.

⁹⁴ En el juicio seguido ante el 25º Juzgado Civil de Santiago, rol 19.357-2017, ya mencionado.

⁹⁵ Defensa fiscal señalada en el escrito de contestación de la demanda, del juicio seguido ante el 25º Juzgado Civil de Santiago, rol N° 19.357-2017, página 7.

El modelo de gobierno corporativo opera en Codelco desde marzo de 2010 y de acuerdo a su Memoria Anual 2016, la organización corporativa tiende a fortalecer la idea de que es una empresa del Estado y no del gobierno de turno, por lo que su administración queda fuera de los ciclos políticos. Se incorporó con la Ley N° 20.392, publicada en noviembre de 2009, y vigente desde el 1° de marzo de 2010, la que introdujo cambios en el gobierno corporativo de Codelco, modificando la composición del directorio. Su memoria anual 2016 señala que desde entonces el gobierno corporativo se conforma por un directorio con nueve integrantes, con amplias atribuciones.

La Señora Aurora Williams, Ex-Ministra de Minería, ante la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados señaló que *“el sentido del gobierno corporativo de Codelco es distanciar el ciclo político de la administración de la empresa. Desde este punto de vista, y por recomendación de la OCDE, los ministros de Estado dejan de ser parte de los directorios, lo que es muy sano. Además, establece un régimen de constitución del directorio y sus reemplazos, de manera que siempre exista conocimiento de la organización y del devenir de sus acciones”*⁹⁶.

El año 2009, se dicta la ley N° 20.392 que modificó el Estatuto Orgánico de la Corporación Nacional del Cobre de Chile e introduce normas sobre gobierno corporativo.

En el mensaje de esta ley se señala que uno de los problemas principales que enfrentaba Codelco, estaba dado precisamente por no contar con un modelo de administración y de gobierno corporativo moderno y adecuado a los requerimientos de una empresa de categoría mundial.

Indica que esta ley surge en aplicación de las recomendaciones de la OCDE para los gobiernos corporativos de empresas públicas. Señala que a finales del mes de abril del año 2005, la OCDE publicó las “Guías de Gobiernos Corporativos para Empresas Públicas”, que se basaban en la filosofía de aplicar a dichas empresas, en la medida de lo que correspondiere, aquellas normas diseñadas para las empresas privadas y que considerando dichas recomendaciones se presentaba dicho proyecto de ley.

El objetivo de esta reforma era perfeccionar el régimen jurídico de administración de Codelco y continuar con el proceso de modernización y de transparencia de la gestión de dicha empresa, reforzando la fiscalización y el control. Asimismo, se buscaba reforzar y actualizar las condiciones institucionales que le permitirían a Codelco competir en mejores condiciones con las empresas privadas, adecuando dichas condiciones, en la medida de lo aplicable, a las de otras empresas de la industria.

El año 2009 se dictó la ley, que incorporó importantes modificaciones. Entre las más relevantes, atinentes a este punto, ordenó que el artículo 1° del DL 1350 se modificara para someter a Codelco a *“la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros en los*

⁹⁶ CÁMARA DE DIPUTADOS. Informe de la Comisión Especial Investigadora sobre la utilización de recursos públicos por parte de Codelco, especialmente en las adquisiciones de bienes y servicios a privados durante los últimos diecisiete años, y la política de indemnizaciones por término de la relación laboral de sus ejecutivos y trabajadores. Ob. Cit. Página 12. Declaración de la Ministra de Minería en sesión de 12 de Julio de 2017. En línea https://www.camara.cl/trabajamos/comision_informesComision.aspx?prmlID=1601.

mismos términos que las sociedades anónimas abiertas” y para modificar la legislación aplicable señalando que debía eliminarse “la expresión “y se regirá por las normas del presente decreto ley, las de sus Estatutos y por las disposiciones de derecho común en cuanto fueren compatibles con lo dispuesto en estas normas” y agregar la frase “Codelco se regirá por las normas de la presente ley y por la de sus Estatutos y, en lo no previsto en 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”.

La primera junta de accionistas se realizó en abril de 2011⁹⁷.

El Código de Gobierno Corporativo de Codelco, de Diciembre de 2016⁹⁸, destaca como profundos cambios incorporados por esta ley en el Gobierno Corporativo de Codelco, los siguientes:

- Se establece un Directorio de generación mixta: En reemplazo del actual Directorio de generación política, con participación de Ministros de Estado, con limitados poderes de administración, cuya función más característica es dictar políticas generales, se define un nuevo Directorio, con perfil más técnico, que excluye autoridades políticas e incluye Directores independientes y tendrá básicamente las mismas atribuciones y deberes que los directorios de las Sociedades Anónimas. Entre las atribuciones que asume el Directorio destaca el rol estratégico y de control de la Alta Administración.
- Se establece una nueva práctica en la investidura de las autoridades: Se transita desde una empresa gobernada y administrada por un Presidente Ejecutivo (con amplios poderes), “nombrado” por el Presidente de la República (aunque su designación formal la hacía el Directorio), a otra empresa gobernada por una autoridad colegiada (Directorio).
En la nueva ley de Gobierno Corporativo de Codelco, el Directorio elige al Presidente Ejecutivo, asimilado a la figura del Gerente General en las sociedades anónimas, “responsable de ejecutar los acuerdos del Directorio y de supervisar todas las actividades productivas, administrativas y financieras de la empresa”, teniendo “las atribuciones que el Directorio le delegue y las funciones que éste determine”.
- Se establece un mecanismo de continuidad en la composición del Directorio: En sustitución del actual mecanismo de un Directorio elegido y renovado totalmente en cada cambio de Administración de la Nación, se establece un Directorio con renovación por parcialidades, que no puede ser revocado en su totalidad, y que, por consiguiente, trascenderá a los cambios de Administración de la Nación.

La visión de Codelco expuesta en el juicio que se ha usado de referencia para este estudio, es que está sujeto a un complejo y completo régimen de control que permite resguardar su

⁹⁷ Dato obtenido de la página web de Codelco. En línea: https://www.codelco.com/historia-gobierno-corporativo-y-junta-de-accionistas/prontus_codelco/2016-06-06/181626.html

⁹⁸ CODELCO. Código de Gobierno Corporativo. Publicado en la página web de Codelco. En línea: https://www.codelco.com/prontus_codelco/site/artic/20160223/asocfile/20160223151734/codigo_gobierno_corporativo.pdf

sujeción al estatuto jurídico que le rige y vela adecuadamente por el principio de probidad. Sin embargo, analizado el DL 1350 que regula la materia y adelantando desde ya nuestras conclusiones, estimamos que aún se mantiene una vinculación con el ejecutivo importante, que impide catalogar como suficiente el control que ejerce el gobierno corporativo o los otros controles externos a Codelco, lo que será desarrollado a continuación.

C.4) LA MANTENCIÓN DE UN VÍNCULO FUERTE ENTRE EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y CODELCO Y SU NECESARIO CORRELATO DE CONTROL

Sin perjuicio de los esfuerzos realizados el año 2010 por alejar a la administración de la política central del país, con lo cual los ministros dejan de ser parte del directorio de la empresa, el vínculo que se mantiene con el ejecutivo aún es muy fuerte.

El Directorio es el órgano al que corresponde la dirección superior y administración de la Empresa y que se encuentra regulado en el título III del DL 1350. La ley establece que todos los miembros del directorio son designados por el Presidente de la República. En una sociedad anónima el directorio elegido por la junta de accionistas, esto es, por un cuerpo colegiado, que busca los intereses del principal, pero que goza de la ventaja comparativa de no estar influenciado por intereses políticos o distintos de los que podría buscar el propietario de la sociedad.

El vínculo del ejecutivo se ve en los siguientes aspectos relacionados con el directorio:

a) Su composición y elección: el DL 1350 señala que el directorio estará compuesto de la siguiente forma:

- Tres directores nombrados por el Presidente de la República.
- Dos representantes de los trabajadores de la empresa, elegidos por el Presidente de la República sobre la base de quinas separadas que, para cada cargo, deberán proponer la Federación de Trabajadores del Cobre, por una parte, y la Asociación Nacional de Supervisores del Cobre y la Federación de Supervisores del Cobre en conjunto, por la otra.
- Cuatro directores nombrados por el Presidente de la República, a partir de una terna propuesta para cada cargo por el Consejo de Alta Dirección Pública, con el voto favorable de cuatro quintos de sus miembros.

Los directores durarán cuatro años en sus cargos y podrán ser designados por nuevos períodos.

b) La elección del presidente del Directorio: Es el Presidente de la República quien designa también presidente del directorio, entre el grupo de directores ya elegido.

c) La remuneración de los directores: la cual es establecida por el Ministerio de Hacienda.

d) Sus facultades: el directorio está investido de todas las facultades de administración y disposición que la ley o el Estatuto no establezca como privativas del Presidente de la República conforme a lo establecido en el artículo 11° A del DL 1350, todo ello sin perjuicio de las facultades que le competen al Presidente Ejecutivo. Entre otras, además de las facultades ordinarias de administración, el directorio tiene las siguientes facultades:

- Designar y remover al Presidente Ejecutivo. El Presidente Ejecutivo es responsable de ejecutar los acuerdos del directorio y de supervisar todas las actividades productivas, administrativas y financieras de la Empresa, en la forma en que establece esta ley, además tendrá las atribuciones que el directorio le delegue y las funciones que éste determine (artículo 9 y 10).
- Aprobar y enviar al Ministerio de Hacienda, dentro del plazo que este Ministerio establezca, la estimación fundada del monto de los ingresos y excedentes que se transferirán al Fisco en el ejercicio presupuestario del año siguiente.
- Elaborar el presupuesto anual de la Empresa y sus eventuales modificaciones y someterlo a la aprobación del Ministro de Hacienda.
- Constituir un comité de directores que tendrá las mismas facultades y deberes que se contemplan en el artículo 50 bis de la Ley de Sociedades Anónimas, N° 18.046 (referido a la designación de los directores independientes).
- Disponer el traspaso al Fisco de las utilidades en conformidad con la ley y acordar el traspaso a éste de los fondos acumulados.
- Autorizar la contratación de empréstitos internos o externos, en moneda nacional o extranjera. Los créditos que la Empresa contrate deberán ser autorizados, mediante oficio, por el Ministerio de Hacienda. Tratándose de créditos a más de un año plazo, se requerirá también dicha autorización para iniciar las gestiones correspondientes.
- Designar a las personas que serán propuestas para ejercer los cargos de directores de las empresas filiales y coligadas.

Como es posible apreciar, el impacto que tiene el Presidente de la República por sí o a través del Ministerio de Hacienda es enorme. Es más, en relación al control interno de la empresa, el Presidente Ejecutivo encargado de la supervisión de las actividades productivas, administrativas y financieras de la empresa, es designado y removido por el directorio de Codelco, cuyos miembros son designados por el Presidente de la República. Así también, el Comité de Directores, que actualmente es el órgano de fiscalización por excelencia de la empresa, está constituido por directores nombrados por el Presidente de la República.

Junto con ello, el vínculo de dependencia con el ejecutivo se manifiesta además en los siguientes aspectos:

- Atribuciones de la junta de accionistas: el DL 1350 dispone que en todo lo que no oponga a los términos de esa ley y a la naturaleza pública de la empresa, corresponderá al Presidente de la República ejercer las atribuciones y funciones que la ley N° 18.046 otorga a los accionistas y a las Juntas de Accionistas. El Presidente de la República podrá delegar, total o parcialmente, estas atribuciones y facultades, así como las demás establecidas en la presente ley, en los Ministros de Hacienda y Minería conjuntamente (artículo 11 A y B).
- Aprobación de los estatutos societarios: el Presidente de la República, por decreto supremo conjunto de los Ministerios de Minería y de Hacienda, aprobará y modificará los Estatutos de la Empresa (artículo 11).
- Capitalización de utilidades: Antes del 30 de marzo de cada año, el directorio deberá aprobar el Plan de Negocios y Desarrollo de la empresa para el próximo trienio, plan

que deberá incorporar los montos anuales de inversiones y financiamiento y los excedentes anuales que se estima que la empresa generará durante dicho trienio, debiendo darse conocimiento del mismo a los ministros de Hacienda y de Minería (artículo 6°). Tomando como referencia dicho plan, teniendo presente el balance de la empresa del año inmediatamente anterior y con miras a asegurar la competitividad de la empresa, antes del 30 de junio de cada año se determinará, mediante decreto fundado, conjunto y exento de los Ministerios de Minería y de Hacienda, las cantidades que la empresa destinará a la formación de fondos de capitalización y reserva. Las utilidades líquidas que arroje el balance, previa deducción de las cantidades a que se refiere el inciso anterior, pertenecerán en dominio al Estado e ingresarán a rentas generales de la Nación.

C.5) LOS OTROS CONTROLES QUE HAY EN CODELCO.

Además de Cochilco, la Contraloría y el gobierno corporativo, ya analizados, Codelco menciona como otros organismos de control sobre la empresa, a la Superintendencia de Valores y Seguros y a la Cámara de Diputados. Todos ellos conformarían el complejo y completo régimen de control al cual estaría sujeto la empresa. Sin embargo, estos dos últimos organismos tienen competencias específicas sobre Codelco que no son suficientes para entender suficientemente resguardado el principio de probidad.

- Superintendencia de Valores y Seguros: El DL 1350 señalaba que Codelco estaba sometida a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros en los mismos términos que las sociedades anónimas abiertas (artículo 1°), sin embargo a partir del 15 de enero de 2018, la Superintendencia de Valores y Seguros fue reemplazada por la Comisión para el Mercado Financiero (CMF), lo que fue incorporado por la Ley N° 21.000, de 23 de febrero de 2017. La Ley que crea la CMF señala que le corresponde velar por el correcto funcionamiento, desarrollo y estabilidad del mercado financiero, facilitando la participación de los agentes de mercado y promoviendo el cuidado de la fe pública. Para ello deberá mantener una visión general y sistémica del mercado, considerando los intereses de los inversionistas y asegurados. Asimismo, le corresponderá velar porque las personas o entidades fiscalizadas, desde su iniciación hasta el término de su liquidación, cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan (artículo 1° inciso 2° y 3° de la Ley N° 21.000)

- Cámara de Diputados: El DL 1350 reconoce las facultades fiscalizadoras de la Cámara de Diputados respecto de Codelco en cumplimiento de las atribuciones constitucionales (artículo 1°, inciso final). La Constitución señala en el artículo 52 N° 1°, como atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados “Fiscalizar los actos del Gobierno”, para lo cual señala en la letra c) parte primera, que puede “crear comisiones especiales investigadoras a petición de a lo menos dos quintos de los diputados en ejercicio, con el objeto de reunir informaciones relativas a determinados actos del Gobierno”.

Por su parte, la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional N° 18.918 de 1990, regula estas comisiones investigadoras, señalando en su inciso 1° que la Cámara de Diputados creará estas comisiones con el objeto de reunir informaciones relativas a determinados actos del Gobierno.

Como es posible apreciar, la competencia es específica para la CMF y la Cámara de Diputados.

CONCLUSION.

Las empresas públicas tienen que compatibilizar dos tipos de intereses, por una parte, buscar la eficiencia y rentabilidad necesaria de una empresa, y a su vez, buscar el resguardo de los recursos públicos utilizados y que es necesario traspasar al Estado, mediante un fuerte control. La naturaleza propia de las empresas públicas es lo que complejiza su regulación, fiscalización y funcionamiento, ya que tienen que convivir en un mundo privado con las exigencias de competitividad y eficiencia que exige el mercado, pero respondiendo también a los estándares que les exige su naturaleza pública.

Codelco es una empresa pública, y como tal, aun cuando se rija por la LSA, es ante todo un órgano de la Administración del Estado. Así lo demuestra la ley que la crea y el fuerte vínculo que existe entre esta empresa y el Presidente de la República, en aspectos tan importantes como el nombramiento de su directorio.

El artículo 25 del DL 1350 que define un estatuto jurídico especial para Codelco, no puede ser interpretado de tal manera que atente contra el núcleo público de esta empresa ni cambie su naturaleza. Codelco no es una empresa privada para algunos aspectos y para otros pública, por el contrario, siempre es un órgano de la Administración del Estado, regido por el derecho público y el derecho privado.

Como órgano de la Administración del Estado, no puede sustraerse de la aplicación de los principios que rigen a la generalidad de esta Administración, principios contenidos en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, título I, que como su nombre lo indica estatuye las bases esenciales aplicables a los órganos de la Administración.

Una interpretación contraria llevaría a la postura de Codelco, en la cual, para la Administración del Estado existiría un estándar, y para Codelco o las empresas en condiciones similares, otro. Así ocurrió en el caso concreto expuesto en este estudio, donde en base a su régimen jurídico especial, celebró contratos con partes relacionadas, que bajo el estatuto público, estarían prohibidos. Esto se agrava por el hecho que lo discutido por Codelco es la aplicación del principio de probidad, el cual, desde su reconocimiento constitucional, es un criterio de carácter transversal, esto es, aplicable no sólo a la Administración sino que a todo aquel que ejerce funciones públicas.

Codelco ha esgrimido en su defensa, que sí le es aplicable el principio de probidad, pero que su contenido está fijado por el régimen jurídico especial y controlado su cumplimiento, principalmente, por su gobierno corporativo. Al respecto, en el ejemplo usado en este caso, la regulación referida a la contratación con partes relacionadas estaría regulado por la LSA y su normativa corporativa interna.

La LSA fija un estándar para las empresas privadas que no está teniendo presente la problemática y características propias de las empresas públicas. Respecto de las normas corporativas, Codelco sería el que estaría definiendo su propio estándar de probidad y se controlaría a sí mismo en su adecuado cumplimiento.

Esto parece no ser suficiente garantía para la protección del interés público involucrado en estas empresas ni adecuado para el correcto funcionamiento de la empresa.

En relación a este control, estimamos que es discutible que pueda catalogarse de suficiente como señala Codelco. Como se desarrolló en este estudio, las empresas públicas tienen problemas adicionales a los que debe enfrentar una empresa privada. Su problema de agencia involucra, además de los intereses propios del principal y agente que comprarte con cualquier empresa privada, intereses políticos que pueden generar conflictos de intereses. El gobierno corporativo, que es nombrado como el órgano que resolvería estos conflictos, está fuertemente intervenido por el Ejecutivo, ya que se vincula entre otros aspectos, por ser quien designa a los miembros del directorio y al Presidente del directorio, aprueba sus remuneraciones y estatutos; y a su vez, ese directorio, íntegramente designado por el Presidente de la República, designa y remueve al Presidente Ejecutivo, elabora el presupuesto anual de la empresa y constituye el Comité de Directores.

Esta vinculación responde a que el dueño de Codelco es el Estado, su patrimonio está constituido por recursos fiscales y las utilidades de esta empresa afectan los ingresos de la nación. De ahí que el control que puedan ejercer organismos externos a Codelco adquiere mayor relevancia aún.

En este escenario es la Contraloría el órgano llamada a ejercer el control, al tener la autonomía y expertise para ejercer esta labor respecto de Codelco. Por mandato constitucional es el órgano encargado de fiscalizar los recursos fiscales. En el escenario actual al no existir otra institución o mecanismo que pueda ejercer un control más efectivo de Codelco, con la autonomía que se requiere, estimamos que la tendencia debería ser a aumentar el control que ejerce la Contraloría y no a excepcionarse de él como ha intentado justificar la empresa.

En este sentido, la existencia de un órgano externo a Codelco, que sea una amenaza permanente de control, permitirá un mejor funcionamiento de esta empresa pública, la que sin control y por la cantidad de diversos intereses involucrados en los distintos actores que la componen, tiene incentivos bajos a ser eficiente y un enorme riesgo a transformarse en un negocio para intereses creados y una mayor probabilidad para obtener ganancias por medios ilícitos.

Esto quedó demostrado, en el caso expuesto en este estudio, donde el estándar de probidad fijado por el gobierno corporativo de Codelco es menor al que rige para toda la Administración del Estado. Un fuerte control externo, posibilita una mayor protección para evitar la generación de conflictos de interés entre el principal y los agentes, pero además, considerando el estrecho vínculo que aún existe con el ejecutivo, se vuelve una protección para que el desarrollo de la propia empresa no quede entregado a intereses políticos del gobierno de turno.

La visión internacional de la OCDE coincide con algunos de estos aspectos, recomendando mantener un diálogo continuo con los auditores externos, así como con órganos específicos de control del Estado; sugiere que a fin de minimizar los conflictos de interés, la entidad propietaria, en este caso el Estado, evite elegir un número excesivo de

miembros del directorio desde la Administración Pública; que el Estado no abuse de su papel de accionista dominante el que se podría producir mediante transacciones relacionadas inapropiadas; así como recomendaciones para que los directores apliquen elevados estándares éticos.

El esfuerzo de Codelco entonces debería orientarse a alcanzar los más altos estándares de probidad en su funcionamiento.

BIBLIOGRAFÍA

ALBORNOZ GARRIDO, Lorena y GATICA PIZARRO, Carolina. "El comité de directores en la sociedad anónima, funciones, responsabilidad y antecedentes de su existencia en derecho comparado". Memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor guía: Francisco Pfeffer Urquiaga. Año 2007. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Comercial. Santiago, Chile. 179 páginas. En línea: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/112138>

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. "La Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas. Responsabilidad Civil y Penal Administrativa". Ediciones Universidad Católica de Chile. Reimpresión Primera Edición, agosto 2013. Santiago, Chile. 498 páginas.

BENET PAEZ, Manuel Antonio. "El Gobierno de las Sociedades Abiertas". Revista de Derecho (Valdivia), Chile. V.16. Julio 2004. Páginas 33-57. Versión on line ISSN 0718-0950.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge. "Derecho Administrativo General". Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho. Editoriales AbeledoPerrot, LegalPublishing y Thomson Reuters. Segunda Edición Actualizada. Año 2011. Santiago, Chile. Páginas 603.

CÁMARA DE DIPUTADOS. "Informe de la Comisión Especial Investigadora sobre la Utilización de Recursos Públicos por parte de Codelco, Especialmente en las Adquisiciones de Bienes y Servicios a Privados Durante los Últimos Diecisiete Años, y la Política de Indemnizaciones por Término de la Relación Laboral de sus Ejecutivos y Trabajadores". Fecha 25 de enero de 2018. Chile. 83 páginas. En línea: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=39181&prmTIPO=INFORMECOMISION>

DE SOLMINIHAC, Hernán; EDWIN González, Luis y DAGÁ, Joaquín. "Análisis de la Productividad de Codelco y sus Divisiones 2000-2016". Documento de Trabajo N° 45. Centro Latinoamericano de Políticas Económicas y Sociales. Centro UC. CLAPES UC. Fecha 26 de marzo 2018. Chile. 44 páginas. En línea: <http://www.clapesuc.cl/assets/uploads/2018/03/26-03-18-doc-trab-n45-productividad-divisiones-codelco-hds-lg-jd.pdf>

CORPORACIÓN NACIONAL DEL COBRE DE CHILE. "Código de Gobierno Corporativo". Revisión N° 2. Diciembre de 2016, Chile. 54 páginas. Publicado en la página web de Codelco, en línea: https://www.codelco.com/prontus_codelco/site/artic/20160223/asocfile/20160223151734/codigo_gobierno_corporativo.pdf

CORPORACIÓN NACIONAL DEL COBRE DE CHILE. "Memoria Anual año 2016", 276 páginas. Publicada en la página web de Codelco, en línea: <https://www.codelco.com/memoria2016/descargas.html>

CORDERO VEGA, Luis. "Lecciones de Derecho Administrativo". Editorial Legal Publishing Chile. 2015. Primera Edición. Santiago, Chile. 786 páginas.

MARÍN VALLEJO, Urbano y OJEDA FUENTES, Leonel. "Reforma del Régimen Jurídico de Corporación Nacional del Cobre de Chile, Empresa Nacional del Petróleo, Empresa Nacional de Minería". Santiago, febrero de 1993. Texto inédito. Cuadernillo, 91 páginas.

MINISTERIO DE HACIENDA Y MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO. "Informe de Productividad del Proyecto de Ley que Crea el Servicio de Empresas Públicas y que Perfecciona los Gobiernos Corporativos de las Empresas del Estado y de Aquellas en que Éste tenga Participación. Mensaje N° 184-365". Fecha 24 de enero de 2018. 16 páginas. En línea: <https://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2018/02/Informe-Productividad-SEP-Final-.pdf>

OCDE. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. "Principios de la OCDE para el Gobierno de las Sociedades". Año 1999. Aprobados por los ministros de la OCDE en la cumbre de Ministros del 26 al 27 de mayo de 1999. 53 páginas. En línea: http://www.ecgi.org/codes/documents/principles_sp.pdf

OCDE. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. "Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE". Año 2004. Traducido de la versión original en inglés publicada con el título: OECD Principles of Corporate Governance 2004 Edition. 2005, Ministerio de Economía y Hacienda para la Edición Española con la autorización de la OCDE, París. 69 páginas. En línea: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf>

OCDE. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. "Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas". Año 2011. Traducido por el Ministerio de Economía y Hacienda, España, disponible en inglés con el título: OECD Guidelines on Corporate Governance of State-owned Enterprises. 63 Páginas. En línea: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstateownedenterprises/48632643.pdf>

PIERRY ARRAU, Pedro. "Algunos Aspectos de la Actividad Empresarial del Estado". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 9, año 1985. Páginas 263-287. En línea: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/147>

USEN VICENCIO, Alejandro. "El Estado Empresario". Revista de Derechos Fundamentales N° 7, año 2012. Universidad Viña del Mar. Páginas 117-133. En línea: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4016776.pdf>

VALLEJOS GARRETÓN, Rodrigo y PARDOW LORENZO, Diego. "Derribando Mitos sobre el Estado Empresario". Revista Chilena de Derecho V 35, N°1. Santiago, abril 2008. Páginas 135-156. Versión en línea: ISSN 0718-3437.

WIGODSKI, Teodoro y ZÚÑIGA, Franco. "Gobierno Corporativo en Chile Después de la Ley de OPAS". Publicación del año 2002 del Centro de Gestión, Departamento de

INFORMES EN DERECHO.

- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. “Las Potestades Fiscalizadoras de la Contraloría General de la República en Relación a la Corporación Nacional del Cobre de Chile: Contenido, Características y Alcance”. Ferrada&Asociados. 44 páginas. Acompañado en el juicio seguido ante el 25° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 19.357-2017, mediante presentación de Codelco realizada el 23 de marzo de 2018.
- MORAGA KLENNER, Claudio. “Informe sobre el Estatuto Jurídico aplicable a la Empresa Pública Codelco-Chile”. Fecha 7 de abril de 2018, 24 páginas. Acompañado en el juicio seguido ante el 25° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 19.357-2017, mediante presentación del CDE realizada el 12 de abril de 2018.
- NOVOA VÁSQUEZ, Laura. “¿Cuál es la Normativa Aplicable a Codelco?”. Santiago, 26 de febrero de 2018, 22 páginas. Acompañado en el juicio seguido ante el 25° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 19.357-2017, mediante presentación de Codelco realizada el 23 de marzo de 2018.

MENSAJE DE LEYES

- Mensaje N° 672-354. Fecha 08 de marzo de 2007. Mensaje en Sesión N° 1, Legislatura N° 355. Historia de la Ley N° 20.392. En línea:
https://www.bcn.cl/historiadelay/fileadmin/file_ley/4726/HLD_4726_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf
- Mensaje N° 184-365 con el que inicia un “Proyecto de Ley que Crea el Servicio de Empresas Públicas y que perfecciona los Gobiernos Corporativos de las empresas del Estado y de aquellas en que éste tenga participación”. Mensaje en Sesión N° 1, Legislatura N° 355. Proyecto de Ley. Fecha 20 de octubre de 2017. Estado de tramitación: Primer trámite constitucional, Cámara de Diputados. En línea:
https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=12001&prmBL=11485-05

DICTÁMENES

- Dictamen N° 10.492 del año 1979, Contraloría General de la República. En línea <https://www.contraloria.cl/web/Contraloría/buscar-jurisprudencia> .
- Extracto de dictamen N° 39.562 de 1997, Contraloría General de la República. En línea: <https://www.contraloria.cl/web/contraloría/buscar-jurisprudencia>.
- Dictamen N 18.850 de 24 de mayo de 2017, Contraloría General de la República. En línea: <https://www.contraloria.cl/web/cgr/buscar-jurisprudencia>.