



**“DIRECTRICES DE LA OCDE SOBRE GOBIERNOS CORPORATIVOS EN EMPRESAS
PÚBLICAS. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY QUE APLICA LAS DIRECTRICES Y CREA EL
SERVICIO DE EMPRESAS PÚBLICAS”.**

**TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE
MAGÍSTER EN POLÍTICAS PÚBLICAS**

**Alumno: Cristóbal Montiel Gallardo.
Profesor Guía: Dr. Aldo González Tissinetti.**

Santiago, abril de 2022

I- INTRODUCCIÓN

Es posible apreciar el accionar estatal y la actividad del Estado, en al menos cuatro dimensiones distintas. La primera de ellas, corresponde a la dimensión propia del orden y la seguridad pública, así como la defensa, la seguridad nacional y el establecimiento de un orden en comunidad a través de la dictación de normas, ya sean de rango legislativo o de un rango subordinado, dentro de las actuaciones generales de la Administración de Estado, denominada “Actividad de Policía”¹. Esta, se caracteriza por ser una actividad que pretende materializar, incluso coercitivamente, el orden social. Dicha actividad, tradicionalmente la asociamos a la creación del Estado Moderno. La actividad del Estado se extiende a su vez, a la “actividad de fomento”, que es una actividad ligada tradicionalmente al desarrollo de actividades económicas, normalmente privadas. En nuestro país, podemos asociar esta actividad a la creación de la Corporación de Fomento de la Producción en el año 1960, a través del DFL N° 211 del Ministerio de Hacienda. Para no generar una confusión en el análisis, distinguiremos esta actividad de la “actividad empresarial del Estado”, que corresponde a la tercera actividad del Estado.

Señalado lo anterior, es dable analizar la actividad del Estado desde dos perspectivas: por una parte, desde el punto de vista de la actividad propia y respecto de la cual se puede entender como una actividad esencial de este, que es la “Actividad de Servicio Público” (ASP) y que corresponde a la cuarta dimensión a la que se ha aludido; por otra, la actividad empresarial del Estado (desde ahora AEE), que corresponde a la dimensión de la actividad económica dentro de un ámbito en el cual, en principio, se satisface un interés privado (que podría ser colectivo), a propósito de la libre iniciativa privada, el principio de la autonomía de la voluntad y en definitiva, en el ejercicio de la libertad en materia económica. Lo anterior, no obsta a que el Estado, participe en la actividad económica a través de empresas del Estado, o a través de sociedades de naturaleza privada, teniendo distintos intereses para actuar como un agente económico en la actividad empresarial.

La actividad empresarial del Estado ha tenido un desarrollo particular a lo largo de la historia nacional, teniendo mayor participación pretérita en el mercado que en la actualidad, con la vigencia de la Constitución Política de la República vigente, que vino a dar una mayor preponderancia a la libertad en materia económica como derecho fundamental de las personas, determinando mayores restricciones a la iniciativa

¹ Sobre la función de policía de la administración pública: Cfr. Loo Gutiérrez, Martín, “La función de policía en perspectiva histórica”, en “Doctrina y Enseñanza del Derecho Administrativo chileno: Estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau”, editores: Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Bermúdez Soto, Jorge y Urrutia Silva, Osvaldo. Ediciones Universitarias de Valparaíso y Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Sine die. Valparaíso. Pág. 149 y ss.

empresarial del Estado. Sin perjuicio de ello, la carta fundamental estableció que la administración y –en definitiva- la gobernanza de las empresas del Estado, se efectuase bajo las mismas reglas que les resulta aplicables a los particulares².

La Actividad Empresarial del Estado (AAE) forma parte de la Administración pública³ o administración del Estado⁴ y se materializa orgánicamente en las empresas del Estado⁵. En este sentido, la denominación Empresas del Estado, corresponden a empresas públicas creadas por ley y cuya propiedad corresponde al Fisco y a otros organismos públicos, así como a las sociedades en las cuales el Estado es dueño de las mismas o tenga participación en ellas a través del Fisco, de la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO)⁶ o de otra entidad pública. La Organización Para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), por su parte, ha definido a las empresas públicas como *“cualquier entidad corporativa reconocida por la legislación nacional como una empresa, y en la que el Estado ejerce la propiedad, debe considerarse como*

² Conforme a lo dispuesto en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, las leyes que crean empresas del Estado, pueden establecer ciertas excepciones, las cuales se someten en su tramitación a un quorum reforzado de las cámaras del Congreso Nacional, a modo de garantía, entre otros, de la competencia en los mercados.

³ Observase lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1° de la ley 18.575: *“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”*.

⁴ En relación a la distinción de las expresiones “Administración pública” y “Administración del Estado”, dicha distinción ha sido analizada y tratada por el Tribunal Constitucional, a propósito del control de constitucionalidad de la ley N° 18.575, que establece las bases generales de la Administración del Estado. Sobre el particular, observase los considerandos 4° y 5° de la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, STC rol N° 39, de 1986.

⁵ “Desde el punto de vista jurídico, la Contraloría General de la República, ha precisado la forma como debe entenderse la referida actividad, a propósito de lo señalado en los dictámenes N° 10.492 de 1979 referidos a la Corporación Nacional del Cobre y las empresas del Estado respecto de las empresas privadas del Estado.

⁶ Cfr. Boletín N° 9.083-05, de la legislatura N° 361 del año 2013, de la Cámara de Diputados de Chile. Resulta destacable señalar y precisar lo siguiente, para un adecuado entendimiento del concepto expuesto. Así, sobre el particular, el proyecto de ley que perfecciona el régimen de gobierno corporativo en Chile, precisó que: *“Dentro del ámbito de las empresas estatales podemos distinguir, en función de su situación legal: (i) A las empresas denominadas tradicionalmente como empresas del Estado, que es un conjunto compuesto por las empresas del Estado creadas por ley, y las empresas y sociedades en que el Estado, a través del Fisco o de la Corporación de Fomento de la Producción u otras instituciones, tiene aportes de capital equivalentes al cien por ciento de las acciones o derechos de la respectiva empresa; (ii) aquellas en que el Estado, a través del Fisco y/o la Corporación de Fomento de la Producción u otras de sus instituciones, posee una participación mayoritaria o igualitaria, o es capaz de asegurar la mayoría de los votos en juntas de accionistas y elegir a la mayoría de los directores, tratándose de sociedades anónimas, o asegurar la mayoría de los votos en asambleas o reuniones de socios y designar al administrador o representante legal o a la mayoría de los administradores, tratándose de otro tipo de sociedades; (iii) aquellas en que el Fisco y/o la Corporación de Fomento de la Producción poseen una participación minoritaria en el capital encontrándose la propiedad mayoritaria de estas empresas en manos de privados, y (iv) aquellas otras empresas o sociedades filiales o coligadas de cualquiera de las anteriores.*

una empresa de propiedad estatal. Esto incluye sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada y sociedades limitadas por acciones. Además, las sociedades estatutarias, con su personalidad jurídica establecida mediante legislación específica, deben ser consideradas empresas de propiedad estatal si su propósito y actividades, o parte de sus actividades, son de naturaleza principalmente económica”⁷.

Precisado aquello, el presente trabajo tiene por objeto analizar, a propósito de la denominada actividad empresarial del Estado, la gobernanza de las empresas del Estado, y la estructura administrativa que permite el desarrollo del buen gobierno en las empresas -cuyo dueño, en términos generales, es el Estado-, específicamente, el proyecto de ley que crea el “Servicio de Empresas Públicas (SEP) y perfecciona los Gobiernos Corporativos de las Empresas del Estado y de aquellas en que este tenga participación”⁸, (en adelante, simplemente, “proyecto de Ley SEP”) en relación, principalmente, a la aplicación de las recomendaciones efectuadas por el Comité de Gobierno Corporativo al Consejo, ambos de la OCDE a sus Estados miembros⁹, materializadas en las “Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas”¹⁰, entre otros documentos orientadores.

En relación a las empresas públicas (EE.PP), se analizará por una parte, el estado actual de la gobernanza de las empresas públicas, y por otra, aquello que propone el proyecto de ley en comento, cuyo objeto último es la implementación de ciertas políticas públicas que permitan una adecuada gobernanza de estas, con la finalidad de optimizar su desempeño, maximizar su valor económico, velar por su viabilidad financiera, actuar bajo estrictas normas de integridad y cumplir los fines que les han sido encomendados, tal como lo esboza el citado mensaje presidencial del proyecto de ley en comento. Se analizará, además, si la implementación de dichas medidas se corresponde a su vez, con las “Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas”¹¹.

⁷ “Recomendaciones del Consejo de la OCDE sobre Directrices sobre la Gobernanza empresarial de las empresas de propiedad estatal”. Disponible en <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0414>

⁸ Mensaje N° 184-365, de fecha 20 de octubre de 2017, de S.E. la Presidenta de la República. Inserto en el boletín legislativo N° 11485-05, de la legislatura N° 365 del año 2017.

⁹ Chile es miembro de la OCDE desde el día 11 de enero de 2010, cuando aceptó la invitación unánime del Consejo de la OCDE.

¹⁰ OCDE (2016), Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, Edición 2015, Éditions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264258167-es>

¹¹ Es necesario precisar que las primeras Directrices se elaboraron en el año 2005, como complemento a los “Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE” en el año 1999, que después de la última revisión del año 2015 se denominaron “Principios de Gobierno Corporativo del G20 y de la OCDE”. Las últimas actualizaciones corresponden al texto de las “Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas”.

II.- LA GOBERNANZA DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS. GOBIERNOS CORPORATIVOS Y ESCENARIO ACTUAL.

En relación a la gobernanza de las empresas públicas¹², actualmente, la Constitución Política señala a modo de regla general, que esta se desarrolle conforme a las reglas generales aplicables al sector privado, es decir, las reglas establecidas en las leyes de sociedades anónimas y leyes especiales.

Las EE.PP., como personas jurídicas, son dirigidas y administradas por entes de administración, que en nuestra legislación asumen la denominación de directorios. Ahora bien, si para el caso de las sociedades anónimas, su directorio representa y administra la sociedad, y responden para ante los accionistas, en el caso de las EE.PP., los accionistas o dueños, según la naturaleza de la sociedad o entidad, será normalmente el Fisco de Chile, la CORFO u otra entidad pública¹³. De esta forma, las EE.PP., que corresponden a una parte de la Administración del Estado y actúan bajo los mismos parámetros y normas aplicables al sector privado, -además, por cierto, de las leyes que las crean, en su caso, - son administradas por directorios. Estos directorios deben desempeñar las labores de administración y gestión de la empresa, siendo parte de lo que se denomina como “gobierno corporativo”¹⁴, entendiéndose por este último al “conjunto de relaciones que se establecen entre los diferentes participantes en la empresa con el fin de garantizar que cada uno reciba lo que es justo. Esto es crucial para proveer los incentivos adecuados para que se realicen las inversiones necesarias para el

¹² La Dirección del Presupuesto dependiente del Ministerio de Hacienda, en información pública, sostiene, a propósito de lo señalado, lo siguiente:

“El Subdepartamento Empresas Públicas de la Dirección de Presupuestos tiene la misión de velar por la eficiente asignación y uso de los recursos públicos en el marco de la política fiscal y en lo que dice relación con las empresas públicas, entendiéndose como tales a las empresas del Estado y a todas aquellas en que el Estado, sus instituciones o empresas tengan aporte de capital igual o superior al 50% del capital social. En dicho contexto, la normativa vigente le asigna funciones para llevar a cabo el proceso de formulación presupuestaria de las empresas públicas. Dicha normativa, adicionalmente, obliga a las empresas públicas a generar información relacionada con la gestión y los resultados económicos y financieros. Lo indicado en world wide web: <https://www.dipres.gob.cl/599/w3-channel.html>

¹³ Las “Recomendaciones del Consejo sobre directrices sobre la gobernanza empresarial de las empresas de propiedad estatal” de la OCDE, señala lo siguiente sobre los directorios: “*Algunas empresas estatales tienen juntas directivas de dos niveles que separan las funciones de supervisión y gestión en diferentes órganos. Otros solo tienen directorios de un nivel, que pueden incluir o no directores ejecutivos (gerentes). En el contexto de este documento, “directorio” se refiere al órgano corporativo encargado de las funciones de gobierno de la empresa y seguimiento de la gestión*”. Cit. en world wide web de OCDE: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0414>

¹⁴ Para los profesores Teodoro Wigodski S. y Franco Zúñiga G., del departamento de Ingeniería Industrial de la Universidad de Chile, en su texto “Gobierno Corporativo después de la ley de OPAS” el “*Gobierno Corporativo es el sistema mediante el cual las empresas son dirigidas y controladas para contribuir a la efectividad y rendimiento de la organización. Su fin último es contribuir a la maximización del valor de las compañías, en un horizonte de largo plazo*”. Disponible en world wide web: <http://www.dii.uchile.cl/~ceges/publicaciones/ceges38.pdf>

desarrollo de la empresa. La razón para que esto no ocurra en forma automática es la existencia de asimetrías de información y la imposibilidad de implementar contratos frente a cada una de las posibles eventualidades futuras”¹⁵.

El gobierno corporativo de una empresa se encuentra ligado a dos grandes objetivos: Por una parte, a la materialización de la dirección y control de esta y por otra, a la necesidad de contribuir a la efectividad y rendimiento de la sociedad empresarial, debiendo velar el referido gobierno corporativo “*por la transparencia, permitir el conocimiento de cómo los directivos gestionan los recursos, proveer de instrumentos de resolución de conflictos de interés entre los distintos grupos que conforman el gobierno y buscar el logro de equilibrios al interior del sistema.*”¹⁶. Lo anterior tiene importancia en la empresa privada, sin lugar a dudas, donde los intereses de los accionistas pueden ser discrepantes en relación a la voluntad que materializa la sociedad empresarial desde su origen y que forma la *afectio societatis*¹⁷ de esta. También es posible afirmar que el gobierno corporativo de una empresa toma relevancia cuando el controlador es un solo accionista o un grupo económico, cuestión que resulta aplicable al Estado, en su caso, en consideración a los fines de la empresa pública en concreto. Así, en el caso del Estado, podemos atender a que la justificación de la existencia de una EE.PP., “*se compone de una mezcla de intereses sociales, económicos y estratégicos, entre los que cabe citar, a título de ejemplo, la política industrial, el desarrollo regional, el suministro de bienes públicos, y la existencia de monopolios naturales en sectores en los que la competencia no se considera posible.*”¹⁸. Por ello, no resulta irrelevante la composición del órgano que ejecuta la actividad de control y administración de una empresa de propiedad del Estado, considerando los fines recién expuestos.

El estado actual de la administración de las EE.PP. en Chile, no ha tenido grandes variaciones, salvo en lo que se refiere a la modernización del gobierno corporativo de CODELCO a través de la ley N° 20.392 y 21.025. Cabe señalar, que con fecha 29 de julio de 2005, se presentó por parte del Presidente de la República un proyecto de ley por el cual se creaba el “Consejo Superior de Empresas Públicas”¹⁹, el cual no prosperó y se archivó en la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados. La misma suerte corrió

¹⁵ LEFORT, Fernando. GOBIERNO CORPORATIVO: ¿QUE ES? Y ¿COMO ANDAMOS POR CASA? *Cuad. econ.* [online]. 2003, vol.40, n.120. pp.207-237. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-68212003012000002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0717-6821. <http://dx.doi.org/10.4067/S0717-68212003012000002>

¹⁶ Cit., y Cfr. Wigodski S. y Zúñiga G., en “Gobierno Corporativo después de la ley de OPAS” (cit. N° 14)

¹⁷ Sobre la “*afectio societatis*” y los elementos de una sociedad empresarial. Cfr. Vásquez Palma, María Fernanda. (2014). HACIA LA RECONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE EMPRESA EN EL DERECHO CHILENO: REVISIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA. *Revista chilena de derecho privado*, (22), 107-160. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722014000100003>

¹⁸ OCDE (2016), Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, Edición 2015, Éditions OCDE, Paris. (p. 12). <http://dx.doi.org/10.1787/9789264258167-es>

¹⁹ Cfr. Boletín N° 3.949-05, de la legislatura N° 353 del año 2005, de la Cámara de Diputados de Chile.

el proyecto de ley presentado por la Presidenta Bachelet Jeria, en el cual se introducían normas que perfeccionaban los regímenes de gobierno corporativo de empresas del Estado y en aquellas en que éste tuviese participación²⁰; así como el proyecto de ley sobre la misma materia, presentado por el gobierno del Presidente Piñera en el año 2013²¹, el cual se encuentra aún en primer trámite constitucional en la citada Cámara.²²

En la actualidad, la CORFO mediante el comité CORFO, denominado “Comité Sistema de Empresas-SEP” (el SEP) ejerce el rol empresarial del Estado, en las empresas del Estado y en aquellas en que este tenga participación mayoritaria. El SEP se encuentra integrado por 20 empresas. De estas empresas, 10 corresponden a empresas portuarias, 2 corresponden a empresas de transporte y 8 ofrecen servicios en distintas áreas²³. Al SEP además, *“le corresponde representar los intereses del Fisco de Chile y de la CORFO en calidad de propietario, en las empresas del Estado, designando los miembros de los directorios y controlando la gestión estratégica de las empresas.”*²⁴.

Como se puede apreciar, el SEP corresponde a un comité dirigido y administrado por un Consejo Directivo, creado y regulado por la resolución N° 381, de 27 de agosto de 2012, de la CORFO.

Señalado aquello, es necesario indicar que la estructura orgánica y administrativa del SEP es deficitaria, principalmente, si se atiende al rol que debe cumplir en el ámbito de la actividad empresarial del Estado, y que importa implementar la separación de los roles del Estado en tanto regulador y en tanto propietario, a fin de crear condiciones de mayor igualdad entre las EE.PP. y las empresas privadas, evitando la distorsión de competencia, en particular en el ámbito regulatorio de los agentes del mercado. Esto, teniendo presente que el SEP desde un punto de vista orgánico, no es sino un comité con ciertas potestades de la CORFO, careciendo de un marco administrativo adecuado

²⁰ Cfr. Boletín N° 5.840-05, de la legislatura N° 356 del año 2008, de la Cámara de Diputados de Chile.

²¹ Cfr. Boletín N° 9.083-05, de la legislatura N° 361 del año 2013, de la Cámara de Diputados de Chile.

²² Resulta relevante lo señalado en el proyecto de ley presentado por el Gobierno del Presidente Piñera en el año 2015, como fundamento para perfeccionar los gobiernos corporativos de las empresas estatales: *“Las empresas públicas tienen objetivos múltiples, donde se entrecruzan funciones de maximización de la inversión subsidiaria de recursos públicos para el objeto de la empresa, con funciones de interés público. A la hora de evaluar los resultados de estas empresas y a sus administradores, la coexistencia de estos distintos objetivos, en ocasiones antagónicos, produce dificultades y distorsiones”*. Op. Cit (N° 14).

²³ Según la Memoria Anual del Sistema de Empresas año 2020, las empresas SEP son: Empresas portuarias: Arica, Iquique, Antofagasta, Coquimbo, Valparaíso, San Antonio, Talcahuano – San Vicente, Puerto Montt, Chacabuco y Austral; Empresas de transporte: Empresa de Ferrocarriles del Estado (EFE) y Metro S.A.; Empresas de servicios: Casa de Moneda, Correos de Chile, COTRISA, ECONSSA, POLLA, SACOR, SASIPA Y ZOFRI. El SEP, adicionalmente administra las participaciones accionarias del Fisco de Chile en las empresas: Aguas Andinas S.A., Esvál S.A., Empresa de Servicios Sanitarios del Biobío – Essbio S.A., Empresa de Servicios Sanitarios de Los Lagos – Essal S.A., Fondo de Infraestructura S.A – FOINSA y ENAP refinerías S.A. – ERSA.

En el caso de ENAMI, el SEP tiene un rol más acotado y determinado en la ley que crea dicha empresa.

²⁴ Mensaje N° 184-365, de fecha 20 de octubre de 2017, de S.E. la Presidenta de la República. Inserto en el boletín legislativo N° 11.485-05, de la legislatura N° 365 del año 2017.

para los efectos de impartir instrucciones que tiendan a dar sentido al ejercicio de un buen gobierno corporativo en las empresas administradas por el SEP.

En la actualidad, las EE.PP. poseen sus órganos de dirección y administración que ejercen el gobierno corporativo sin existir necesariamente, unidad de criterios en cuanto a actuación del Estado en el mercado de que se trate. No existe un criterio unificador en la composición, ni en la administración de las EE.PP. Así, por ejemplo, Metro S.A., tiene una estructura de gobierno corporativo compuesto por un directorio que integran un presidente, un vicepresidente y 5 directores, además de un gerente general, cuestión que no se replica en otras empresas como la Empresa de Ferrocarriles del Estado (EFE) o la Empresa de Correos de Chile²⁵.

También es posible afirmar que las empresas del Estado en cuanto a su administración financiera y contable, distan unas de otras. En algunos casos, deben someterse a las reglas comunes aplicables a los particulares, pero en otros casos, deben ajustarse, además de las ya mencionadas reglas, a ciertas normas de administración financiera del Estado y a la fiscalización de la Contraloría General de la República. Cabe indicar, que los presupuestos de las empresas del SEP, deben ajustarse a los lineamientos de la Dirección de Presupuestos (DIPRES) del Ministerio de Hacienda²⁶.

Un caso ejemplar, particularmente complejo es el que se ha generado entre Codelco y la Contraloría General de la República, en consideración al conflicto que se ha producido en relación al estatuto jurídico aplicable al primero y al alcance de la facultad fiscalizadora de la Contraloría General de la República.²⁷ Cabe recordar que, en el ejemplo, la Comisión Chilena del Cobre (COCHILCO) también ejerce actividades de fiscalización. Otro ejemplo de empresa del Estado que se someten a la fiscalización externa es EFE, quien es fiscalizado por la Comisión para el Mercado Financiero, pero a su vez, por la Contraloría General de la República en la forma en que lo sería una sociedad anónima abierta privada, conforme a la ley orgánica de EFE.

El SEP ha establecido un conjunto de principios de gobierno corporativo aplicable a las empresas públicas que administra el SEP, que por cierto, se topa con el problema de la institucionalidad que implementa dichos principios y directrices. El SEP ha

²⁵ Cfr. “Memoria Anual 2020. Sistema de Empresas – SEP. Disponible en world wide web: https://www.sepchile.cl/wp-content/uploads/2021/06/MEMORIA_SEP2020.pdf

²⁶ “Los presupuestos de las Empresas SEP deben realizarse de acuerdo a los lineamientos generales que define anualmente la Dirección de Presupuestos (DIPRES), además de reflejar en ellos los objetivos planteados en sus planes estratégicos y los establecidos por el Sistema de Empresas para cada compañía”. Cit. “Memoria Anual 2020. Sistema de Empresas – SEP. (p. 13). Disponible en world wide web: https://www.sepchile.cl/wp-content/uploads/2021/06/MEMORIA_SEP2020.pdf

²⁷ El caso de Codelco es particularmente complejo, considerando que el decreto ley N° 1.350 estableció una exención de la aplicación de las normas del sector público a Codelco. El conflicto entre Codelco y la Contraloría General de la República derivó en una demanda de nulidad de derecho público por parte de la primera respecto de la segunda, causa que se ventiló en el 25° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 19.375-2017, que buscó impugnar el informe de auditoría N° 900, de 2016 de la Entidad Superior de Control.

determinado como principios de gobierno corporativo en las empresas públicas los siguientes²⁸:

- Principio del uso eficiente de los recursos. Se debe velar porque la actividad empresarial de la EE.PP., se *“desarrolle de manera eficiente y eficaz, orientada principalmente a la creación sustentable de valor y maximizar los excedentes y la rentabilidad de los activos bajo su administración.”*²⁹.
- Principio de separación de los roles del Estado como empresario y como regulador. Lo anterior, a fin de evitar distorsiones en la competencia de los agentes públicos en relación a los privados en el mercado.
- Principio de las condiciones competitivas de acceso a financiamiento. Se debe efectuar una separación entre el Estado y sus empresas en cuanto a obtención de financiamiento.
- Principio de tratamiento equitativo a los accionistas.
- Principio de transparencia e información.
- Principio de la responsabilidad del directorio. *“El Directorio es responsable de la orientación estratégica de la empresa, del control efectivo de la dirección ejecutiva y es responsable frente a la empresa y sus accionistas.”*³⁰.

Cabe señalar que en la actualidad, el SEP ha ido implementando ciertas modalidades de cumplimiento de estándares de buenas prácticas empresariales, denominado *“código SEP”*. El referido código SEP es un *“documento que concreta normativas y políticas de gestión, a modo de establecer las conductas esperables de directores y principales ejecutivos de las empresas del Estado.”*³¹.

El código SEP, que se encarga de implementar el SEP, *“se orienta a generar una cultura transversal, distintiva y sobresaliente en la gobernanza de las empresas bajo tuición del SEP, tal como establece la misión del sistema desde su creación, en el sentido de emitir recomendaciones y políticas de gestión de aplicación general y homogénea para las compañías, apoyando un liderazgo ético desde el Directorio hacia toda la organización, con sentido de probidad y transparencia, de responsabilidad empresarial, con una gestión eficiente y eficaz de las organizaciones bajo su control de gestión.”*³².

²⁸ Cfr. “Código SEP”. Documento del sistema de empresas SEP. Disponible en world wide web: <file:///D:/Usuarios/cmontielg/Downloads/Codigo-Sep-v.2021.pdf>

²⁹ Cit. “Código SEP”. (p. 10). Documento del Sistema de Empresas SEP. Disponible en world wide web: <file:///D:/Usuarios/cmontielg/Downloads/Codigo-Sep-v.2021.pdf>

³⁰ Idem Cit. (N° 28). Cit. “Código SEP”. (p. 10).

³¹ Idem Cit. (N° 28). Cit. “Código SEP”. (p. 10).

³² Idem. Cit. (N° 28). Cit. “Código SEP”. (p. 6).

III.- GOBIERNOS CORPORATIVOS EN LAS EMPRESAS PÚBLICAS CON EL PROYECTO DE LEY SEP. ¿APLICA EL REFERIDO PROYECTO LAS DIRECTRICES DE LA OCDE SOBRE GOBIERNOS CORPORATIVOS EN EMPRESAS PÚBLICAS?

El proyecto de ley SEP tiene dos aspectos fundamentales: crea un nuevo servicio público llamado “Servicio de Empresas Públicas” y determina disposiciones comunes a las empresas del Estado y sus directorios. Este servicio público descentralizado y con personalidad jurídica y patrimonio propio, sería un continuador legal del Comité CORFO – SEP, pero con una estructura administrativa y potestades legales adecuadas al rol que ejerce el referido servicio, velando por la correcta aplicación de las normas relativas a los gobiernos corporativos en la EE.PP.

Respecto de aquello que el proyecto de ley SEP denomina como “disposiciones comunes a las empresas”, corresponde hacer un paralelo con las Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las empresas públicas, atendido a que este proyecto de ley ha tenido como objeto, entre otros, adaptar y aplicar a la legislación nacional las referidas directrices³³. Así, el proyecto de ley en comento, precisa en cuanto a las normas sobre gobiernos corporativos en relación a las directrices lo siguiente: *“Estas directrices instan a profesionalizar al Estado como propietario de empresas y otorgarle herramientas de control sobre ellas, con el fin de velar por el interés del conjunto de la ciudadanía y que la gobernanza de sus empresas se ejerza de forma transparente, responsable, eficiente y eficaz”*³⁴.

Atendido a lo indicado, cabe precisar y analizar las Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las empresas públicas, en relación al proyecto de ley SEP, correspondiente al mensaje N° 184-365, de fecha 20 de octubre de 2017, de S.E. la Presidenta de la República, inserto en el boletín legislativo N° 11.485-05, de la legislatura N° 365 del año 2017. Estas directrices son:

1.- En cuanto a las razones que justifican la propiedad del Estado.

La OCDE ha precisado que la razón de ser de la propiedad del Estado sobre las EE.PP., se efectúa en consideración e interés del conjunto de los ciudadanos. Para ello, la OCDE ha señalado que las razones que justifican entre sus Estados miembros, la propiedad estatal sobre empresas públicas, puede obedecer a las siguientes razones:

³³ El mensaje N° 184-365, de fecha 20 de octubre de 2017, de S.E. la Presidenta de la República, inserto en el boletín legislativo N° 11.485-05, de la legislatura N° 365 del año 2017, precisa lo siguiente acerca de la necesidad de aplicar las directrices de la OCDE, relativas a gobierno corporativo de las empresas públicas: *“No debemos olvidar que la participación de Chile en la OCDE entraña también obligaciones, y eso significa avanzar en la adopción de las recomendaciones que dicho organismo formula, por lo que he resuelto someter este Mensaje a la consideración del H. Congreso Nacional”*.

³⁴ Mensaje N° 184-365, de fecha 20 de octubre de 2017, de S.E. la Presidenta de la República. Inserto en el boletín legislativo N° 11.485-05, de la legislatura N° 365 del año 2017.

Que el Estado, en cuanto a la entrega de ciertos bienes o servicios, resulte ser más eficiente o fiable que el sector privado; funcionamiento de monopolios naturales, cuando se considera que la regulación del mercado es inviable o ineficaz; y el apoyo del Estado a ciertos objetivos económicos o políticos más amplios considerando razones de interés nacional.³⁵.

Para ello, la OCDE precisa lo siguiente:

a) Que, el propósito de la propiedad del Estado en las EE.PP., debe ser el de *“maximizar el beneficio para la sociedad, mediante una asignación de recursos eficiente”*³⁶. Se debe perseguir consideraciones de interés general, es decir, que en el caso de las empresas en mercados con competencia, la forma en que mejor el Estado puede servir a los ciudadanos, es *“maximizando el valor a largo plazo y generando un flujo de ingresos adecuados para el Tesoro Público.”*³⁷.

Si analizamos el proyecto de ley SEP, se puede apreciar que el legislador nacional intenta precisar la referida directriz en el citado proyecto de ley, a propósito de la elaboración de un plan de desarrollo y negocios de carácter estratégico quinquenal, en cada empresa pública, creado por sus propios directorios y visado por el Consejo SEP, el que a su vez debe solicitar la aprobación de los mismos al Ministerio de Hacienda y al ministerio sectorial respectivo de la EE.PP., vinculada con este último. Estos planes deben considerar los objetivos y metas de rentabilidad de la empresa, los planes de inversión, entre otras, cuestión regulada en el artículo 37 del referido proyecto.

b) El Estado debe elaborar una política en materia de propiedad que justifique la propiedad privada de las EE.PP. Con ello, se pretende *“dotar a las empresas públicas, al mercado y al público en general de previsibilidad y de un claro entendimiento de los objetivos generales del Estado como propietario.”*³⁸. La política de propiedad que da razón de ser a la propiedad del Estado sobre las EE.PP., debe incluir información pormenorizada de la administración del Estado en dicha propiedad, ejerciéndose esta de la forma más transparente posible a fin de evitar tratos preferentes del Estado sobre sus empresas y maximizar los beneficios de estas.

La referida directriz se materializa entre otras, en las normas relativas al deber de información al Consejo del SEP, que contempla el proyecto de ley SEP³⁹, aplicándose a las EE.PP., las normas vinculadas a la memoria, balance, inventario, actas, libros e

³⁵ OCDE (2016), Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, Edición 2015, Éditions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264258167-es>

³⁶ OCDE (2016), Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, Edición 2015, Éditions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264258167-es>

³⁷ Idem. (Cit. N° 35). OCDE (2016), Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, Edición 2015, Éditions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264258167-es>

³⁸ Idem. (Cit. N° 35). OCDE (2016), Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, Edición 2015, Éditions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264258167-es>

³⁹ Véase el artículo 38 del proyecto de ley SEP.

informes de los auditores externos y las propuestas del comité de directores independientes a que alude la ley N° 18.046 sobre sociedades anónimas.

c) La política de propiedad deberá estar sujeta a los procedimientos oportunos de rendición de cuentas políticas y hacerse pública. El gobierno debe revisarla periódicamente. Esta directriz apunta al hecho de generar una política de propiedad con la mayor participación posible, de la sociedad en general y del sector privado.

Si se observa el proyecto de ley SEP, se puede apreciar que no se contempla en los términos expuestos, regulación sobre la materia tratada en la directriz de marras de la OCDE.

d) El Estado debe definir las razones que justifican que sea propietario de EE.PP., de manera concreta y revisar estas razones periódicamente. Los objetivos de políticas públicas que desarrollen las empresas públicas, deben contar con un mandato claro de la autoridad competente. En este sentido, entiéndase aplicable, a vía ejemplar, a los monopolios naturales en los cuales se estima que es más efectiva la producción generada por una sola empresa, una estatal, por sobre el sector privado, regulado por el Estado y su legislación.

El proyecto de ley SEP no contempla regulación vinculada a la directriz analizada, no obstante, se puede precisar que en términos generales, se encontraría tratada a propósito de la libertad en materia económica regulada en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República.

2.- El papel del Estado como propietario. El Estado debe actuar como propietario informado y activo, velando por que la gobernanza de las empresas públicas se lleve a cabo de forma transparente y responsable, con un alto grado de profesionalidad y eficacia.

Sobre la referida directriz, la OCDE ha precisado que *“a efectos de llevar a cabo sus funciones de propiedad, el Estado debe remitirse a las normas de gobierno corporativo de los sectores privados y públicos, especialmente a los principios de gobierno corporativo de la OCDE.”*⁴⁰.

Es del caso precisar que en el proyecto de ley SEP, a propósito de la ya citada directriz de la OCDE, determina que la regulación subsidiaria a la aplicación de las normas o leyes que crean a la EE.PP., o del propio proyecto de ley SEP, corresponderá a las normas sobre sociedades anónimas abiertas de la ley de sociedades anónimas.

Sobre esta directriz, la OCDE ha precisado lo siguiente:

⁴⁰ Idem. (Cit. N° 35). OCDE (2016), Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, Edición 2015, Éditions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264258167-es>

a) Los gobiernos deben simplificar y normalizar las formas legales bajo las que operan las empresas públicas. Sus prácticas operativas deben respetar las normas empresariales generalmente aceptadas.

La OCDE se refiere en esta directriz respecto de la aplicación de la legislación mercantil a las empresas del sector privado, con la finalidad evitar crear situaciones de privilegio más allá del cumplimiento de los objetivos de interés general encomendados a las EE.PP.

Desde el punto de vista del proyecto de ley SEP, esta legislación aplica la directriz de la OCDE, en consideración a la normativa respectiva, que se refleja tanto en la aplicación de las normas sobre sociedades anónimas abiertas para las EE.PP., con las prevenciones ya efectuadas a propósito de la aplicación subsidiaria de estas normas, respecto de las leyes que crean la referida EE.PP., que podrían contener ciertas particularidades, cuestión que es limitada por la garantía de la libertad empresarial actualmente en vigor en la Constitución Política.

b) El Estado debe permitir que las EE.PP., operen con total autonomía en la consecución de sus objetivos definidos, sin intervenir en la gestión. El Estado, en su condición de accionista, debe abstenerse de redefinir los objetivos de la empresa pública de forma poco transparente.

Sobre el particular, la OCDE ha definido que *“los principales medios con los que cuenta el Estado para ejercer la propiedad activa e informada son: una política de propiedad clara y coherente, la formulación de mandatos y objetivos generales para las EE.PP., un procedimiento de nombramiento de los miembros del Consejo de Administración (directorios) estructurados y un ejercicio efectivo de los derechos de propiedad establecidos.”*⁴¹. Lo anterior implica, que el Estado ejerciendo como propietario activo debe limitarse a cuestiones estratégicas y a los objetivos de interés general de la EE.PP., sin involucrarse en el proceso de toma de decisiones operativas, ni en cuestiones ordinarias de la empresa.

En el proyecto de ley SEP, se puede apreciar que el Servicio de Empresas Públicas que pretende crear dicho proyecto, como representante del Fisco y de la CORFO en la administración de las empresas públicas, tiene sus competencias delimitadas y se refieren, en cuanto a los órganos de administración como los directorios, al nombramiento y remoción de estos, más no en la adopción de decisiones propias del referido órgano en la empresa pública en concreto. En el referido proyecto de ley, la sistematización de los estándares de gestión empresarial y de gobierno corporativo se materializan a través de un instrumento que en la actualidad se aplica, que es el “código SEP”⁴².

⁴¹ Idem. (Cit. N° 35). OCDE (2016), Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, Edición 2015, Éditions OCDE, Paris. (p. 38) <http://dx.doi.org/10.1787/9789264258167-es>

⁴² Véase el numeral 2, del artículo 11, del proyecto de ley SEP. La norma que regula el Consejo del Servicios de Empresas Públicas, reza de la siguiente manera:

c) El Estado debe permitir que los Consejos de Administración (directorios) ejerzan sus funciones, respetando su autonomía.

En el proyecto de ley SEP, se pretende profesionalizar los directorios de las EE.PP., cuestión que intenta materializar el referido proyecto con la inclusión de las reglas de elección de directorios del sistema de Alta Dirección Pública⁴³.

d) El ejercicio de los derechos de propiedad debe estar claramente atribuido en el seno de la Administración del Estado. Dicho ejercicio debe estar centralizado en una única entidad propietaria, o se ello no fuera posible, realizarse a través de un organismo de coordinación. Esta “entidad propietaria” debe tener la capacidad y las competencias necesarias para realizar sus funciones de forma eficaz.

Respecto de esta directriz de la OCDE, es dable indicar que el proyecto de ley SEP cumple con el estándar fijado por el referido organismo internacional, y que, en el proyecto referido, corresponde al Servicio de Empresas Públicas, continuador del SEP – Comité de CORFO.

e) La entidad propietaria debe ser responsable ante los órganos de representación y mantener unas relaciones claramente definidas con los organismos públicos correspondientes, incluidas las instituciones de fiscalización superiores del Estado.

En cuanto a la referida directriz, es posible apreciar que el proyecto de ley SEP aplica la normativa de orden financiero y contable aplicable al sector público, a las empresas públicas. Además, el Servicio de Empresas Públicas, conforme al proyecto de ley SEP, debe rendir cuentas de la gestión del sistema de empresas públicas al Ministerio de Hacienda y al Congreso Nacional. El citado proyecto reza de la siguiente forma: *“Rendir una cuenta anual al Ministerio de Hacienda y al Congreso Nacional sobre la vigilancia y control ejercidos sobre las empresas, informando sobre su gestión corporativa, desempeño económico y financiero.”*⁴⁴. Lo anterior, por cierto, atendiendo además al rol de la Contraloría General de la República sobre las entidades públicas empresariales.

f) El Estado debe actuar como propietario informado y activo y ejercer sus derechos de propiedad con arreglo a la estructura jurídica de cada empresa.

La referida directriz tiene por objeto que el Estado, como propietario, actúe como cualquier accionista privado. Se señala por parte de la OCDE, como derechos básicos del accionista los siguientes: Participar y votar en Juntas Generales de Accionistas; obtener

“Establecer normas de carácter general que constituirán estándares en materias de gestión empresarial y de gobierno corporativo para las empresas, con el objeto de que éstas orienten su actividad a optimizar su desempeño, maximizar su valor económico y cumplir los fines encomendados.

La sistematización de los estándares antedichos, en adelante también “Código SEP”, deberá revisarse y actualizarse, a lo menos, cada dos años”.

⁴³ Véase el artículo 11 numerales 7 y 9 del proyecto de ley SEP, que se refieren a regular y conducir los procesos de selección de directores o directoras de las empresas, de acuerdo al artículo 28 del referido proyecto de ley SEP.

⁴⁴ Véase el artículo 11 numeral 17 del proyecto de ley SEP.

suficiente información relevante sobre la empresa de forma oportuna y regular; elegir y remover a los miembros del directorio de las EE.PP; aprobar las operaciones extraordinarias y votar la distribución de dividendos y la disolución de la empresa⁴⁵.

En el proyecto de ley SEP, se establecen un número taxativo de potestades tanto del Servicio de Empresas Públicas, como del Consejo del mismo servicio en orden al ejercicio de derechos básicos en calidad de accionistas (representante de CORFO).

3.- Las empresas públicas en el mercado.

La directriz de la OCDE en análisis, plantea en relación a la misma, que *“en coherencia con las razones que justifican la propiedad pública, el marco jurídico y regulatorio de las empresas públicas debe garantizar la igualdad de condiciones y la competencia leal en los mercados en los que las empresas del sector público desarrollan actividades económicas.”*⁴⁶.

La directriz en comento, a su vez especifica las siguientes recomendaciones:

a) Debe existir una clara separación entre la función de propiedad del Estado y las demás funciones del Estado que puedan influir sobre las condiciones en que operan las empresas públicas, especialmente en lo que se refiere a la regulación del mercado.

Sobre el particular, cabe precisar que la directriz hace la distinción y precisa que el Estado ejerza su rol de propietarios de empresas públicas, de forma distinta e independiente a su rol regulador del mercado.

En nuestro país, el proyecto de ley SEP aborda la forma en que el Estado debe administrar las EE.PP., más no el ejercicio separado del rol regulador que le corresponde, toda vez que dicha hipótesis se puede extraer del principio constitucional de la libertad de empresa y el rol del Estado como propietario y regulador.

b) Los actores interesados y otras partes afectadas, incluido los acreedores y competidores, deben tener acceso a mecanismos de reparación eficaces a través de procedimientos judiciales o arbitrales imparciales cuando consideren que se han vulnerado sus derechos.

c) Cuando las empresas públicas combinen actividades económicas con objetivos de interés general, habrán de mantenerse altos niveles de transparencia y comunicación en relación con sus estructuras y gastos, especificando sus asignaciones a las principales áreas de actividad.

⁴⁵ Idem. (Cit. N° 35). OCDE (2016), Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, Edición 2015, Éditions OCDE, Paris. (p. 42) <http://dx.doi.org/10.1787/9789264258167-es>

⁴⁶ Idem. (Cit. N° 35). OCDE (2016), Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, Edición 2015, Éditions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264258167-es>

Ambas letras en análisis, corresponden a recomendaciones de la OCDE en relación a la posibilidad de recurrir a procedimientos con terceros imparciales que resuelvan los conflictos jurídicos en su caso, y con la mantención de la transparencia y comunicación de gastos y otros. En nuestro país, ambas recomendaciones se aplican de forma parcial. En cuanto a la transparencia, se suele dar cumplimiento como buenas prácticas. En el proyecto de ley SEP, se pretende ampliar la transparencia, no obstante, no se precisa la forma en que se dará cumplimiento a dicha directriz.

d) El Estado deberá financiar y hacer público los gastos relacionados con los objetivos de interés general.

La directriz en comento destaca la necesidad de que no se produzcan situaciones de sobre o infracompensación a las EE.PP., por la ejecución de políticas públicas, ya que en algunas situaciones se puede generar una suerte de subvención, generándose situaciones que afectan a los competidores privados.

En relación a este punto, es posible considerar la obligación de publicar la memoria anual de la SEP, en que se refiera a los principales hitos y hechos relevantes desde el punto de vista económico, como balances, estados financieros, estados de resultados, estados no financieros, misión, visión y datos de la EE.PP de que se trata⁴⁷. Lo anterior, se aplica en la actualidad y es tratado como una obligación del Servicio de Empresas Públicas.

e) En principio, las EE.PP., que desarrollen actividades económicas no deben estar exoneradas de la aplicación de las leyes generales y códigos y normas tributarias. La ley no debe discriminar indebidamente entre las empresas públicas y sus competidores en el mercado. La configuración jurídica de estas empresas debe permitir a los acreedores hacer valer sus derechos e iniciar procedimientos de insolvencia.

f) Las actividades económicas de las EE.PP., en lo que se refiere al acceso a la financiación de la deuda y la inversión de capital, deben realizarse en condiciones de mercado.

g) Cuando las empresas públicas intervengan en contrataciones públicas, ya sea como licitadoras o como contratantes, los procedimientos aplicables deben estar abiertos a la competencia, no ser discriminatorias y contar con la protección de normas de transparencia adecuadas.

Respecto de estas dos primeras recomendaciones, es menester indicar que en nuestro país estas se encuentran reconocidas de forma previa a las directrices de la OCDE en análisis, como principio y norma en la Constitución Política, a propósito de la libertad de empresa y el no trato discriminatorio que deben brindar el Estado y sus

⁴⁷ Cfr. “Memoria Anual 2020. Sistema de Empresas – SEP. Disponible en world wide web: https://www.sepchile.cl/wp-content/uploads/2021/06/MEMORIA_SEP2020.pdf

organismos en materia económica. Sobre la letra g) antedicha, la ley N° 19.886 de contratos administrativos de suministros y prestación de servicios, plantea la igualdad de los intervinientes como un principio. Con todo, se excluye de la aplicación de la mencionada ley, expresamente a las empresas públicas creadas por ley, apartándolas del concepto de “administración del Estado”, a fin de generar una igualdad completa entre las EE.PP., y las empresas privadas.

4.- Tratamiento equitativo de los accionistas y otros inversores.

La directriz en comento precisa lo siguiente: *“Cuando las empresas públicas estén cotizadas, o entre sus propietarios se incluyan inversores no estatales, el Estado y las empresas deben reconocer los derechos de todos los accionistas y garantizar un trato equitativo y acceso igualitario a la información corporativa a todos los accionistas.”*⁴⁸.

En nuestra legislación, lo señalado en la directriz es tratado en la ley de sociedades anónimas, la que aplicaría de aprobarse el proyecto de ley SEP, no obstante, debe precisarse que algunas leyes que crean empresas públicas, han especificado que a estas se les aplique las normas relativas a sociedades anónimas abiertas⁴⁹. Es preciso señalar que la ley que perfeccionó los gobiernos corporativos de las sociedades anónimas abiertas, reguló la temática y agregó una disposición a la ley de sociedades anónimas, específicamente, el artículo 51 bis, que contempla la designación de un director independiente, en casos de sociedades con patrimonio bursátil elevado, en el cual el 12,5% de las acciones con derecho a voto se encuentren en poder del accionistas que individualmente controlen o posean al menos el 10% de tales acciones⁵⁰.

La OCDE expresó algunas recomendaciones en la presente directriz:

a) El Estado propenderá a aplicar los principios de gobierno corporativo de la OCDE, cuando no sea el único propietario de las empresas públicas, y a todos los apartados aplicables cuando lo sea, precisando que con respecto a la protección de los accionistas, el Estado y las empresas públicas deben garantizar un trato equitativo a todos los accionistas, cuestión que en el proyecto de ley SEP se contempla por remisión, cuando se hace referencia a las normas sobre sociedades anónimas abiertas, haciendo presente que la ley de sociedades anónimas incorporó varias de las directrices para las empresas privadas. Lo anterior se aplica, además, en lo relacionado a la recomendación

⁴⁸ Idem. (Cit. N° 35). OCDE (2016), Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, Edición 2015, Éditions OCDE, Paris. (p. 58) <http://dx.doi.org/10.1787/9789264258167-es>

⁴⁹ Un caso a modo ejemplar, es la Empresa de Ferrocarriles del Estado EFE. Véase el artículo 2 de su ley orgánica DFL N° 1-1993 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

⁵⁰ Esta norma fue incorporada por la ley N° 20.382, la cual materializó las directrices de la OCDE sobre gobiernos corporativos en las empresas privadas. Esta norma aplicaría solo si se aprobase la denominada ley SEP.

de que las empresas públicas cuenten con elevados niveles de transparencia, que incluya información completa a todos los accionistas simultáneamente.

La OCDE ha recomendado a propósito de la directriz en comento, además, tres cuestiones relevantes: Que las empresas públicas deben desarrollar una política activa de comunicación y consulta con todos los accionistas; facilitar la participación de accionistas minoritarios en las decisiones trascendentales y en la elección de directorios; y que las transacciones entre empresas públicas y el Estado, se efectúe conforme a las reglas y condiciones de mercado. Lo anterior, se cumple en la misma forma que se ha precisado anteriormente⁵¹.

b) Todas las empresas públicas cotizadas y cuando resulte factible, las no cotizadas, deben adherirse a los códigos nacionales de gobierno corporativo.

c) Cuando las empresas públicas persigan objetivos de interés general, los accionistas privados deberán disponer en todo momento de la información pertinente sobre los mismos.

d) La participación pública-privada en proyectos cooperativos cuando se trate de empresas públicas, la parte contratante se asegurará de que se respeten los derechos contractuales y de que los conflictos se solventen de manera oportuna y objetiva.

En relación a la letra b), recién citada, las empresas públicas aplican lo que en este trabajo se ha tratado a propósito del código SEP, lo cual vendría a consolidarse con el proyecto de ley SEP, el cual no trata acerca de las recomendaciones a las cuales aluden las letras c) y d) precedentes.

5) Relaciones con los actores interesados y responsabilidad empresarial.

La directriz precisada, indica que *“la política de propiedad pública debe reconocer las responsabilidades de las empresas públicas frente a los actores interesados y exigirles que informen sobre sus relaciones con estos. Debe quedar clara cualquier expectativa que el Estado tenga con respecto a la conducta empresarial responsable de las empresas públicas.”*⁵².

Esta directriz hace referencia a las relaciones con actores interesados, que pueden corresponder a los trabajadores y empleados de las empresas públicas y al rol que cabe o podría haber a estos en ciertos aspectos del gobierno corporativo.

⁵¹ Cfr. Idem. (Cit. N° 35). OCDE (2016), Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, Edición 2015, Éditions OCDE, Paris. (p. 62) <http://dx.doi.org/10.1787/9789264258167-es>

⁵² Idem. (Cit. N° 35). OCDE (2016), Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, Edición 2015, Éditions OCDE, Paris. (p. 62) <http://dx.doi.org/10.1787/9789264258167-es>

Sobre el particular, la directriz en comento efectúa las siguientes recomendaciones, las cuales son reconocidas total o parcialmente por las normas sobre sociedades anónimas abiertas, que como se ha señalado, aplicarían directamente a los gobiernos corporativos de las empresas del Estado si se aprobase el proyecto de ley SEP. Lo anterior, no obsta a que las empresas que en sus leyes orgánicas contemplan la aplicación directa de las normas sobre sociedades anónimas abiertas, ya reconozcan y apliquen dichos criterios de gobierno corporativo. Estas recomendaciones son:

a) Los gobiernos, las entidades públicas propietarias y las propias EE.PP., deben reconocer y respetar los derechos de terceros reconocidos en las leyes o en acuerdos recíprocos.

b) Las empresas públicas cotizadas (que cotizan en bolsa) o de gran tamaño deben informar sobre sus relaciones con terceros, especialmente, en relación con los trabajadores, los acreedores y las comunidades afectadas cuando sea pertinente y factible.

c) Los directorios deben adoptar aplicar, supervisar y difundir sus métodos de control interno, códigos éticos, medidas y programas que tiendan a prevenir el fraude y la corrupción.

d) Las empresas públicas deben actuar con altos niveles de responsabilidad empresarial.

e) Las empresas públicas no deben utilizarse como vehículos para financiar actividades políticas. Tampoco deben hacer contribuciones a las campañas políticas. En Chile esto se encuentra regulado y prohibido a propósito del financiamiento legal de las campañas políticas.

6) Publicidad y transparencia.

La OCDE ha sostenido sobre esta directriz lo siguiente: *“Las empresas públicas deben mantener un elevado nivel de transparencia y someterse a las mismas exigencias en materia de contabilidad, publicidad, cumplimiento y auditoría que las empresas que cotizan en bolsa”*⁵³.

En Chile, las empresas públicas que operan en mercados regulados, son fiscalizadas por las superintendencias respectivas, la Comisión para el Mercado Financiero y la Contraloría General de la República. Además, se pretende con el proyecto de ley SEP que el Servicio de Empresas Públicas tenga mayor injerencia en fiscalizar aspectos de aplicación de reglas contables de aplicación general. Cabe hacer presente

⁵³ Idem. (Cit. N° 35). OCDE (2016), Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, Edición 2015, Éditions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264258167-es>

que el proyecto de ley SEP contempla aplicar las normas sobre administración financiera del Estado a las empresas públicas.

Sobre la directriz tratada, la OCDE ha recomendado lo siguiente:

a) Las empresas públicas deben publicar la información financiera y no financiera relevante de la empresa con arreglo a estándares de alta calidad reconocidos internacionalmente. Se debe incluir resultados financieros y de explotación de la empresa, los acuerdos de financiación relativos a los objetivos de interés general, la estructura de gobierno corporativo, de propiedad y de voto de la empresa, así como las remuneraciones de los miembros del directorio y principales cargos directivos, las cualificaciones de estos y el proceso de nombramiento. Debe incluirse las ayudas que otorgue el Estado a las empresas públicas, las transacciones importantes entre las EE.PP. con el Estado y cualquier aspecto relevante de la relación de la empresa pública con los trabajadores y con los accionistas. Esta información precisa la OCDE, debe ser clara para los ciudadanos, en cuanto a objetivos de la empresa y su cumplimiento.

En Chile, lo precisado se cumple, a través de los balances y memorias anuales que deben presentar las empresas públicas. Además, dicha información se contempla actualmente en las memorias del SEP, no obstante, como ya se señaló, el proyecto de ley SEP vendría a consolidar dicha obligación de las empresas públicas y su fiscalización por parte del Servicio de Empresas Públicas⁵⁴. En cuanto al proceso de nombramiento, el proyecto de ley SEP pretende incorporar y hacer aplicable a la elección de los miembros de los directorios de empresas públicas, el sistema de Alta Dirección Pública⁵⁵.

b) Los estados financieros anuales de las EE.PP., deben someterse a una auditoría externa independiente. La existencia de procedimientos estatales de control específicos no sule esta necesidad de desarrollar auditorías independientes.

c) La entidad propietaria debe ofrecer información sistemática y publicar anualmente un informe consolidado sobre la empresa pública de que se trata.

En el caso de las empresas públicas cuyas leyes orgánicas contemplan la aplicación de las normas sobre sociedades anónimas abiertas, consideran la aplicación y desarrollo

⁵⁴ El artículo 38 del proyecto de ley SEP contempla lo siguiente: “*Asimismo, las referidas empresas estarán obligadas a poner a disposición del Consejo SEP, para su examen, la memoria, balance, inventario, actas, libros, los informes de los auditores externos y los informes o propuestas del comité de directores, conforme a lo dispuesto en los artículos 50 bis y 54 de la ley N° 18.046*”.

⁵⁵ Cfr. Mensaje N° 184-365, de fecha 20 de octubre de 2017, de S.E. la Presidenta de la República. Inserto en el boletín legislativo N° 11.485-05, de la legislatura N° 365 del año 2017.

de auditorías externas independientes. Lo anterior se vería consolidado para todas las empresas del Estado, de aprobarse el proyecto de ley SEP⁵⁶.

Sobre lo señalado en la letra c) antedicha, en Chile actualmente esta obligación se cumple a través de las memorias y balances que publica el SEP, cuestión que se vería consolidada con la aprobación del proyecto de ley SEP.

7.- Responsabilidad de los consejos de administración (directorios) de las empresas públicas.

La OCDE ha precisado lo siguiente en relación a esta directriz: *“Los Consejos de Administración de las EE.PP., deben contar con la suficiente autoridad, competencias y objetividad para realizar sus funciones de orientación y estratégica y supervisión de la gestión. Deben actuar con integridad y asumir la responsabilidad por sus accionistas.”*⁵⁷.

El proyecto de ley SEP ha regulado concretamente la forma en que actuará el directorio de una empresa pública, así como su nombramiento. No obstante, tal como se ha señalado, actualmente las EE.PP., cuyas leyes orgánicas aplican las normas sobre sociedades anónimas abiertas, les resulta a su vez aplicable las normas de gobierno corporativo que operan en el sector privado.

La OCDE ha precisado las siguientes recomendaciones:

a) Los directorios de empresas públicas deben recibir un mandato claro de asumir la responsabilidad final del desempeño de la empresa.

b) Los directorios de EE.PP. deben desempeñar sus funciones con definiciones de la estrategia y supervisión de la gestión sobre la base de los objetivos más amplios establecidos por el gobierno corporativos. Los directorios deben tener la facultad de nombrar y remover al gerente general de la empresa pública de que se trate.

c) Los directores de las empresas públicas deben ser nombrados por sus cualificaciones y estar sometidos a responsabilidad legal. La composición del directorio debe permitir el ejercicio de una evaluación objetiva e independiente.

d) Los directores independientes de las empresas públicas, en su caso, deben ser absolutamente objetivos y no tener vínculos con la empresa o sus organismos de gestión u otros accionistas mayoritarios y la entidad propietaria estatal.

⁵⁶ El numeral 18, del artículo 11 del proyecto de ley SEP precisa como función del Consejo del Servicio de Empresas Públicas lo siguiente: *“Designar y remover a los auditores externos de las empresas, cuando corresponda, conforme a lo establecido en la ley N° 18.046”*.

⁵⁷ Idem. (Cit. N° 35). OCDE (2016), Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, Edición 2015, Éditions OCDE, Paris. (p. 79) <http://dx.doi.org/10.1787/9789264258167-es>

e) Deben crearse mecanismos para evitar conflictos de intereses que impidan llevar a cabo sus funciones a los directores de las empresas públicas.

f) Separación de los cargos de Presidente del Directorio y Gerente General de la empresa pública. El Presidente del directorio será responsable del eficaz funcionamiento del directorio.

g) Si se exigiera la representación del personal en el directorio de la EE.PP., deben existir mecanismos que garanticen que dicha representación se ejerza de manera efectiva.

h) Propender a la creación de comités independientes especializados dentro del directorio para ayudar a este en materias de auditorías, gestión de riesgo y remuneraciones.

i) Se debe efectuar una evaluación anual por parte del directorio, a fin de evaluar su desempeño.

j) Las EE.PP. deben establecer procedimientos eficientes de auditorías internas y de órganos de auditoría interna bajo supervisión y dependencia del directorio y del comité de auditoría.

IV.- CONCLUSIÓN.

Las directrices de la OCDE sobre gobiernos corporativos en empresas públicas pretenden mejorar los estándares exigibles a dichas entidades públicas, con la finalidad de optimizar su desempeño, maximizar su valor económico, velar por su viabilidad financiera, actuar bajo estrictas normas de integridad, desarrollando su actividad bajo reglas que permitan una igualdad de condiciones con el sector privado, a fin de que no se generen atentados a la competencia en los mercados en que actúen las empresas públicas. Se pretende, por cierto, separar el rol regulador con el rol de propietario del Estado, lo que, entre nosotros, ya era una problemática resuelta en consideración a la libertad de empresa regulada como derecho fundamental en la actual Constitución Política.

En nuestro país, el SEP ha ido aplicando ciertos aspectos de las directrices mencionadas, no obstante, carece de la estructura jurídica y administrativa en lo legal, para desempeñar adecuadamente sus funciones y atribuciones. Lo anterior, se ha pretendido mejorar a través de lo que hemos denominado en este trabajo como proyecto de ley SEP, que crea un servicio público descentralizado denominado Servicio de Empresas Públicas y que viene a mejorar la situación sobre el ejercicio de potestades en la que se encuentra el comité CORFO- SEP.

La hipotética aprobación del proyecto de ley SEP, constituiría un mecanismo adecuado para unificar los criterios determinados por las directrices de la OCDE sobre gobiernos corporativos, y permitiría ampliar al sector público económico, específicamente a las empresas públicas, criterios que en el sector privado aplican y que constituyen en definitiva, prácticas adecuadas de formas de gobiernos corporativos en las empresas públicas, con el objeto de que estas sean competitivas y no cuenten con privilegios que hagan estéril la aplicación de las normas de competencia o que generen situaciones de desigualdad de trato.