

**INFORME EN DERECHO**

***LEY DE TRANSPARENCIA Y EMPRESAS PÚBLICAS***

**23 de Diciembre de 2009**

## INDICE

I.	INTRODUCCION	3
II.	PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PUBLICIDAD	4
III.	ORGANOS ESTATALES OBLIGADOS POR EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD	6
IV.	ESTADO EMPRESARIO	7
	1. Aproximación	8
	2. Explicación	9
	3. Situación en Chile	11
	4. Clasificación y consecuencias	13
	5. Sometimiento de las empresas estatales a la legislación común	16
V.	EMPRESAS ESTATALES Y <i>LEY DE TRANSPARENCIA</i>	16
	6. Origen y evolución en la Ley de Transparencia	17
	7. Consecuencias de la tramitación de la Ley N° 20.285	21
VI.	APLICACIÓN DE LA <i>LEY DE TRANSPARENCIA</i> EXIGE RECONOCER FENÓMENO EXPLICADO Y DISTINGUIR NATURALEZA DE LA EMPRESA ESTATAL	22
	8. Estructura de la Ley N° 20.285	23
	9. Debate en el Senado	24
	10. Cámara de Diputados	27
	11. Comisión Mixta	28
	12. Empresas mencionadas en el artículo 2° inciso 3° quedan sujetas a transparencia activa y, además, al artículo décimo	29
VII.	COMPETENCIA DEL <i>CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA</i>	34
VIII.	CONCLUSIONES	36

## I. INTRODUCCION

Se me ha solicitado examinar, en un Informe en Derecho, el sentido y alcance de la *Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado*, contenida en el artículo primero de la Ley N° 20.285<sup>1</sup>, en relación con las empresas estatales y, a consecuencia de ello, la competencia del Consejo creado en esa ley respecto de dichas empresas.

Más concretamente, se me consulta:

1°. Si la *Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado*, en adelante e indistintamente *Ley de Transparencia*, se aplica o no a las empresas estatales, incluyendo, entre éstas, aquellas en que el Estado tenga algún grado o nivel de participación y, en caso que así sea, si les es exigible total o parcialmente lo dispuesto en dicha ley; y

2°. Sobre la base de la respuesta a la pregunta anterior, ¿cuál es la competencia del Consejo que crea la *Ley de Transparencia* en relación con las empresas aludidas?

Las dudas expuestas surgen, especialmente, porque, aparentemente, la Ley N° 20.285 contiene normas contradictorias o que, en principio, provocan confusión en el intérprete, ya que, mientras el artículo 1° de la *Ley de Transparencia* señala que ella regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de *los órganos de la Administración del Estado* –entre los cuales estarían las empresas estatales-, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información y su artículo 2° inciso 1° reitera que sus destinatarios, entre otros, son los *órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa*; el mismo artículo 2°, en su inciso 3°, aclara que “*también se aplicarán las disposiciones que esta ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio*”.

Y, adicionalmente, el artículo décimo de la misma Ley N° 20.285, preceptúa que “el principio de la transparencia de la función pública consagrado en el inciso segundo del

---

<sup>1</sup> Publicada en el Diario Oficial el 20 de agosto de 2008.

artículo 8° de la Constitución Política y en los artículos 3° y 4° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado *es aplicable a las empresas públicas* creadas por ley y *a las empresas del Estado y a las sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio*, tales como Televisión Nacional de Chile, la Empresa Nacional de Minería, la Empresa de Ferrocarriles del Estado, la Corporación Nacional del Cobre de Chile o Banco Estado, aun cuando la ley respectiva disponga que es necesario mencionarlas expresamente para quedar sujetas a las regulaciones de otras leyes”.

Para cumplir el encargo que me ha sido encomendado, resumiré el principio de publicidad y su aplicación a las empresas estatales desde el ángulo constitucional, para luego examinar la preceptiva de la *Ley de Transparencia* en el rubro y, sobre esa base, absolver las preguntas formuladas, dejando constancia, al final, de las conclusiones de rigor, pues, tanto el principio de publicidad como el estatuto de las empresa públicas en Chile tienen base constitucional, conforme a lo preceptuado en los artículos 8° inciso 2° y 19 N° 21° inciso 2° de la Carta Fundamental, de manera que los asuntos consultados se sitúan y tienen que resolverse conforme con los principios y normas que se contemplan en ese nivel máximo de nuestro ordenamiento jurídico interno. Sólo a partir de ahí será posible y acertado interpretar y aplicar cualquier precepto legal que se vincule con los asuntos consultados.

## **II. PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PUBLICIDAD**

El artículo 8° inciso 2° de la Constitución establece, como Base de la Institucionalidad<sup>2</sup>, que “son públicos los actos y resoluciones de los *órganos del Estado*, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, *sólo una ley de quórum calificado* podrá establecer la *reserva o secreto* de aquellos o de éstos, cuando la publicidad

---

<sup>2</sup> Mayor detalle puede encontrarse en Fernández González, Miguel Ángel, “El principio de publicidad administrativa”, Pantoja Bauzá, Rolando (coordinador), *La Administración del Estado en Chile*, Santiago, Ed. Conosur, noviembre 2000, pp. 729-776; “El principio de publicidad de los actos estatales y de los documentos y antecedentes en que se fundan”, González, Felipe (editor), *Cuadernos de Análisis Jurídicos* N° 14, Santiago, Universidad Diego Portales, noviembre de 2002, pp. 187-199; “El principio de publicidad de los actos estatales en el nuevo artículo 8° inciso 2° de la Constitución”, Zúñiga Urbina, Francisco (coordinador), *Reforma Constitucional*, Santiago, LexisNexis, 2005, pp. 191-205; y “Causales de secreto o reserva en el ordenamiento jurídico chileno”, Salazar Álvarez, Ximena y Bustos Vial Verónica (coordinadoras), *Hacia una nueva institucionalidad de acceso a la información pública en Chile*, Santiago, LOM Ediciones, 2008, pp. 36-46.

afectare el *debido cumplimiento de las funciones* de dichos órganos, los *derechos* de las personas, la *seguridad de la Nación o el interés nacional*".

Esos actos, fundamentos y procedimientos son, entonces, públicos, es decir, tienen la cualidad de ser notorios, patentes o manifiestos<sup>3</sup> y no secretos, reservados, ocultos o escondidos<sup>4</sup>. Consecuencia de lo cual es la transparencia, que *permite* y *promueve* su acceso por parte de las personas legítimamente interesadas<sup>5</sup>.

Sin perjuicio, claro está, de los casos instrumentales de secreto o reserva, pues "una democracia constitucional genuina, desde el doble ángulo de lo público y lo privado, se tipifica por la *información amplia pero no ilimitada*, el pluralismo de las fuentes noticiosas, el libre debate y crítica, la transparencia en las decisiones, la buena fe y confianza en las actuaciones, así como otras cualidades que, *incluyendo casos instrumentales de secreto o reserva*, la convierten en gobierno visible, controlable y responsable por antonomasia"<sup>6</sup>.

Esos casos excepcionales, sin embargo, sólo pueden ser declarados por la Constitución o la ley. Esta última, conforme al mismo artículo 8°, de quórum calificado, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 66 inciso 3° de la Constitución, no obstante aquellos casos en que la propia Carta Fundamental exija que el secreto o reserva se contemple en una ley orgánica constitucional<sup>7</sup> y, de acuerdo con la cuarta disposición transitoria de la Constitución, considerando también que las normas legales dictadas con anterioridad a la incorporación del actual artículo 8° a la Constitución, en agosto de 2005, gozan del quórum requerido por ese precepto<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Madrid, Ed. Espasa-Calpe, 1992, p. 1.196.

<sup>4</sup> *Id.*, p. 1.314.

<sup>5</sup> Indudablemente no es casualidad y, al contrario, la vinculación es casi inmediata con lo preceptuado en el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, donde se impone a los órganos del Estado el deber de respetar y también el de promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Véase Miguel Ángel Fernández González, "La reforma al artículo 5° de la Constitución", XVI *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, 1989, pp. 809-825.

<sup>6</sup> Cea Egaña, José Luis, "Vida pública, vida privada y derecho a la información: Acerca del secreto y su reverso", publicado en III *Revista de Derecho*, Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 1992, pp. 21-22.

<sup>7</sup> Fernández, Tomás-Ramón, *De la Arbitrariedad de la Administración*, Madrid, Ed. Civitas, 1994, p. 82.

<sup>8</sup> Sobre el particular, léase Fernández González, Miguel Ángel, "Reserva de identidad de los imputados", Ministerio Público, *Informes en Derecho*, Santiago, Fiscalía Nacional del Ministerio Público, 2005, pp. 75-123.

Con todo, la Constitución ha ido más allá, pues no sólo se ha encargado de admitir el secreto, sino que, además, se ha preocupado de establecer las únicas causales en virtud de las cuales la ley puede declarar la confidencialidad de los actos estatales y ello procede cuando la publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano respectivo, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Debe aclararse, en esta breve exposición del principio de publicidad, que los asuntos que me han sido consultados no se vinculan, directamente, con el contenido de ese principio ni con el significado y extensión de las causales de secreto o reserva –como suele ocurrir-, sino que con su extensión orgánica, es decir, las entidades respecto de las cuales esta normativa se aplica.

### **III. ORGANOS ESTATALES OBLIGADOS POR EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD**

Es nítido que, con el artículo 8° inciso 2° de la Carta Fundamental, se elevó a rango constitucional el principio de publicidad, ya contemplado en la Ley N° 18.575<sup>9</sup> y, aún antes, desarrollado por la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, extendiendo su aplicación a *todos los órganos estatales* y no sólo, como era en esa ley y jurisprudencia, a los entes integrantes de la Administración Pública, alcanzando también al Congreso Nacional, al Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, a los tribunales de la Justicia Electoral y a los entes constitucionalmente autónomos<sup>10</sup>.

De esta manera y en lo que aquí interesa, según se expondrá más adelante, cualquier entidad empresarial a través de la cual el Estado desarrolle actividades económicas o participe en ellas, es un *órgano del Estado* para efectos de la aplicación del artículo 8° de la Carta Fundamental, sea que se trate de una Empresa del Estado, de una Empresa Pública o de cualquiera otra forma jurídica que adopte aquella actividad económica, aun cuando el Estado participe en forma minoritaria o, incluso, irrelevante desde el punto de vista de su gestión, administración o poder de decisión.

---

<sup>9</sup> Cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra contenido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 (Ministerio Secretaría General de la Presidencia), publicado en el Diario Oficial el 17 de noviembre de 2001 y sus reformas.

<sup>10</sup> Véase la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 26 de septiembre de 2003, Rol N° 6.016-2003.

Empero, el sentido y alcance de la *Ley de Transparencia* es más acotado, en cuanto a las entidades estatales sujetas a su preceptiva, desde que alcanza sólo a la Administración del Estado, como consta del artículo primero de la Ley N° 20.285, y de toda la normativa contenida en ella, según señalan, entre otros, sus artículos 1°, 7° y 10°, al punto que precisa que, para los efectos de la *Ley de Transparencia*, se entiende por *órganos o servicios de la Administración del Estado*, los señalados en el inciso 2° del artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Ahora, coordinando la norma constitucional con el artículo primero de la Ley N° 20.285, que contiene la *Ley de Transparencia*, es menester concluir que, si bien, conforme a aquella norma suprema todos los actos y resoluciones de los órganos del Estado –cualquiera sea su naturaleza-, sus fundamentos y procedimientos son públicos, la ley aludida se aplica sólo a *los órganos de la Administración del Estado*, aun cuando, como se explicará hacia el final de este Informe, esta regla no es absoluta, pues incorpora también a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, las cuales no forman parte de aquella Administración.

Lo recién expuesto deja en evidencia cómo y por qué es indispensable examinar la naturaleza, características y situación de las empresas estatales, pues no existe una sola y única especie, susceptible de ser encuadrada dentro de la Administración Pública y, asimismo, es menester revisar los rasgos distintivos de esas entidades económicas para comprender su inserción en nuestro ordenamiento jurídico.

#### **IV. ESTADO EMPRESARIO**

Sabemos que la Constitución es relativamente escueta en esta materia, pero contiene disposiciones relevantes y precisas acerca de las empresas estatales, cuya adecuada comprensión es esencial para resolver las dudas que me han sido planteadas y, por ende, para interpretar y aplicar coherentemente la *Ley de Transparencia* en el rubro.

Desde luego, la disposición clave se encuentra en el artículo 19 N° 21° inciso 2° de la Constitución<sup>11</sup>, siendo necesario recordar que su inciso 1° asegura a todas las personas el

---

<sup>11</sup> Léanse, además, los artículos 19 N° 24° inciso 10°, 52 N° 1) letra c) inciso 2°, 58, 59, 63 N° 9), 65 inciso 4° N° 2°, 109, 115 inciso 5° y la tercera disposición transitoria.

derecho a desarrollar cualquier actividad económica<sup>12</sup> que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional<sup>13</sup>, respetando siempre las normas legales que la regulen<sup>14</sup>.

## 1. Aproximación

Junto a la iniciativa privada, que es prioritaria, el ya mencionado inciso 2° del numeral 21° autoriza *al Estado y a sus organismos* para desarrollar actividades empresariales o participar en ellas<sup>15</sup>, vale decir, la norma constitucional cubre todas las posibilidades de actuación por el Estado en el rubro empresarial, abarcando cualquier alternativa, opción o situación, pues en todos los casos es el Estado quien actúa, desarrollando actividades empresariales o participando en ellas, sin que resulte relevante distinguir si lo hace por sí mismo, directamente o indirectamente, tal y como lo ha declarado el Tribunal Supremo de España<sup>16</sup> y se ha establecido en el Derecho Anglosajón, Alemán e Italiano contemporáneo<sup>17</sup>.

Corroborando lo expuesto, don ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN, explica que "(...) la referencia a "sus organismos" debe comprenderse como aludiendo al Estado, ahora tomándolo aquí como el conjunto de todos los demás entes a través de los cuales actúa, en un sentido amplio, que los abarque a todos"<sup>18</sup>.

Empero, de ello no se sigue, naturalmente, que todas esas entidades empresariales estatales formen parte o integren la Administración del Estado<sup>19</sup>, pues "(...) cabe tener presente que los organismos que integran la Administración del Estado son todos aquéllos que han sido creados por la Constitución Política o las leyes para el cumplimiento de la fun-

---

<sup>12</sup> *Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución*, sesión 384ª, p. 2.816.

<sup>13</sup> Navarro Beltrán, Enrique, "El recurso de amparo económico en la jurisprudencia", *Gaceta Jurídica* N° 200, 1997, pp. 47 ss.

<sup>14</sup> Fernandois Vöhringer, Arturo, *Derecho Constitucional Económico*, Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, 2001, pp. 121 ss.

<sup>15</sup> *Actas* citadas en *supra* nota 12, sesión 388ª, pp. 2.816, 2.820-2822 y 2.916-2.918. En el mismo sentido, Informe con Ideas Precisas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, *Revista Chilena de Derecho*, N° 1-6, 1981, pp. 160-161 e *Informe del Consejo de Estado*, en la misma *Revista* recién indicada, p. 396.

<sup>16</sup> Boldó Roda, Carmen, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1997, pp. 216 ss.

<sup>17</sup> *Id.*, pp. 68 ss.

<sup>18</sup> Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo V, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2004, p. 219 y, en el mismo sentido, Arturo Fernandois Vöhringer, citado en *supra* nota 14, p. 222.

<sup>19</sup> Precht Pizarro, Jorge Enrique, "El Estado empresario: Análisis de la legislación complementaria constitucional", *XIV Revista Chilena de Derecho*, N° 1, 1987, pp. 129-130.

ción administrativa, tal como lo expresa el artículo 1° de la ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado<sup>20</sup>.

Es cierto que toda entidad empresarial del Estado o en que éste participe, en cualquier forma o grado, requiere autorización de una ley previa y de quórum calificado y se somete a la legislación común aplicable a los particulares en el ámbito económico, salvo que el legislador la exceptúe, de acuerdo al ya mencionado artículo 19 N° 21° inciso 2° de la Constitución, pero no por eso pasa a integrar, automáticamente, la estructura orgánica de la Administración Pública, aunque ésta sea entendida en su más amplio sentido, que es el señalado en el artículo 1° de la ley N° 18.575.

Antes y al contrario, para que un ente estatal forme parte de esa estructura administrativa, resulta menester que la Constitución o la ley lo erija en componente de esa Administración, sobre la base de una configuración, potestades, controles, medios, estatuto jurídico, régimen de personal u otros rubros típicos del Derecho Público que caracterizan a las entidades que la integran, aun cuando, para determinados efectos y con designios de eficiencia, se las autorice para desenvolverse de acuerdo a los parámetros de la legislación aplicable a los particulares.

Por eso, carece de importancia jurídica, para la aplicación del artículo 19 N° 21° inciso 2° de la Constitución, que un ente del Estado se halle dentro o fuera de la estructura orgánica de la Administración Pública, ya que siempre requerirá ajustarse a ese precepto fundamental, si es que desarrolla actividades económicas o participa en ellas, pero ello, sin embargo, sí puede resultar relevante para otros designios jurídicos, como sucede con la aplicación de la *Ley de Transparencia* o para determinar la competencia del *Consejo* que ella crea respecto de esas entidades empresariales estatales.

## **2. Explicación**

Es indispensable, para comprender cabalmente el diseño constitucional que se viene exponiendo, recordar que ha sido invariable, por décadas, el proceso tendiente a flexibilizar el régimen de administración y gestión del Estado Empresario, con la finalidad de sustraerlo de diversas normas aplicables al sector público y asimilarlo cada vez más a las sociedades

---

<sup>20</sup> Dictamen N° 29.366, evacuado el 6 de noviembre de 1987.

comerciales, tal y como venía ocurriendo, desde fines de los años 40, en Alemania y Francia, para permitirle al Estado desarrollar actividades económicas o participar en ellas en términos competitivos con la empresa privada.

Por eso, se sostuvo que resultaba necesario liberarlo de las ataduras legales y burocráticas que le impedían actuar con la rapidez, eficacia y desenvoltura que la economía necesitaba<sup>21</sup>, eludiendo la aplicación del Derecho Público, máxime si, con la actual Constitución, corresponde a los particulares el rol principal en la economía del país<sup>22</sup>.

Es justo señalar que, no obstante que este proceso es una realidad indudable, ha sido objeto de críticas en la doctrina extranjera, al señalarse que “apareció en Francia como una transacción entre el liberalismo y el socialismo de Estado (...). Se intenta conciliar lo inconciliable, es decir, el interés público y los intereses privados. Si el Estado es el más fuerte, se trata en realidad de una Empresa del Estado que adopta la apariencia de una empresa privada (...). El Estado entra en la sociedad para hacer sentir a los capitales privados la fuerza de su Soberanía y la obtención de beneficios le importa menos que la dirección de la actividad de la empresa”<sup>23</sup>, añadiéndose que “(...) esta distorsión ha encontrado manifestaciones más aparatosas: La Administración crea hoy con normalidad entes institucionales bajo formas privadas de personificación (especialmente bajo la forma de sociedades anónimas), y a la vez no tiene empacho en disponer la actuación sistemática bajo un régimen de Derecho Privado de un ente que se ha personificado en virtud de una forma jurídico-pública”<sup>24</sup>.

Por lo expuesto, el proceso que describo ha sido denominado “huida” del Derecho Público, pues el ente estatal escapa de los controles que impone esa rama del ordenamiento jurídico para que goce de la flexibilidad y las ventajas de actuar al alero del Derecho Privado, aunque tampoco es extraño que continúe gozando de los privilegios que sólo se obtienen al amparo del Estado, de manera que “(...) la Administración protagonizó, primero

---

<sup>21</sup> Evans de la Cuadra, Enrique, “La constitucionalización de las formas de intervención del Estado en el campo económico-social”, *Reformas urgentes a la legislación fundamental del país*, Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, 1964, pp. 19-21; y Aylwin Azócar, Patricio y Azócar Brunner, Eduardo, *Derecho Administrativo*, Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello, 1996, pp. 144-146 y 196-203.

<sup>22</sup> Reyes Román, Gustavo y Soto Kloss, Eduardo, *Régimen jurídico de la Administración del Estado*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1980, pp. 24-30.

<sup>23</sup> Ripert, Georges, II *Tratado Elemental de Derecho Comercial 1952*, Buenos Aires, TEA, 1954, pp. 597-599.

<sup>24</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Ed. Civitas, 1982, p. 402.

discretamente en el ámbito de la actividad mercantil e industrial, y luego ya de forma generalizada, una huida del Derecho Administrativo hacia el Derecho Privado, con la finalidad encubierta de burlar los procedimientos administrativos y el control de la Jurisdicción contencioso-administrativa<sup>25</sup>.

### **3. Situación en Chile**

El fenómeno descrito, obviamente, ha tenido lugar también en nuestro país, con la creación de entidades empresariales estatales a las que se les aplica, en su actividad, el Derecho Privado, aunque orgánicamente pueden seguir siendo de Derecho Público, donde "(...) el Estado se "asocia" con particulares para cometidos de interés público; establece verdaderas "fundaciones" de Derecho Público para la atención de fines específicos, generalmente culturales; otorga personalidad jurídica de Derecho Público a corporaciones gremiales, a quienes traspasa potestades administrativas; radica en personas jurídicas de Derecho Privado competencia administrativa, y emplea otras formas que podrían denominarse "atípicas" de administrar, o "administración invisible", como por algunos han sido llamadas, porque los intereses públicos son satisfechos no por los órganos que pertenecen a la estructura orgánica y visible del Estado y conforme al ordenamiento jurídico público y administrativo, sino por personas o entidades de Derecho Privado o que no pertenecen a la organización estatal (...) "<sup>26</sup>.

Nuestra doctrina también ha señalado los riesgos que entraña este proceso, en atención a que "el problema se agudiza cuando, en el empleo del procedimiento de Derecho Privado, las sociedades puedan dar origen a filiales y éstas llegar a ser así de segundo y tercer grado. Puede ocurrir, como se ha apuntado, lo que con el parentesco, en que se reconocen los parientes hasta cierto grado y más allá pasan a ser terceros extraños"<sup>27</sup>.

Sea como fuere, desde el ángulo práctico y, más importante, en el plano normativo – al máximo nivel del ordenamiento jurídico interno- es indudable la existencia del fenómeno descrito y así ha operado la configuración del Estado empresario por décadas, ya bajo la

---

<sup>25</sup> Chinchilla, Carmen, Losano, Blanca y del Saz, Silvia, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Madrid, Ed. Civitas, 1992, pp. 139-140.

<sup>26</sup> Daniel Argandoña, Manuel, *La organización administrativa en Chile*, Santiago, Ed, Jurídica de Chile, 1985, p. 112.

<sup>27</sup> *Id.*, p. 115.

vigencia de la Constitución de 1925 y reforzándose con el artículo 19 N° 21° de la Constitución, en cuanto a que las empresas estatales escapan de las ataduras del Derecho Público y se someten, en cambio, a la normativa más flexible del Derecho Privado, si bien siguen siendo del Estado, habida consideración que, “reseñada así la situación legal de las empresas a que se refiere la consulta de la especie, puede afirmarse que ella se conforma a lo ordenado por la Constitución Política en el inciso segundo del N° 21° de su artículo 19 (...). Del mismo modo, es dable apreciar que el legislador no estableció reglas especiales para regular aspectos determinados de la acción de las empresas que ordenó crear, sino que expresamente las sometió por entero a la normativa común vigente sobre la materia. Asimismo, dispuso su constitución como sociedades de derecho privado, con personalidad jurídica del mismo carácter y con patrimonio propio, aportado inicialmente por entidades estatales, pero netamente diferente del patrimonio público. Siendo ello así, resulta evidente que las empresas en comento no son órganos estatales ni forman parte de los cuadros orgánicos de la Administración del Estado (...)”<sup>28</sup>.

Tan decidida e invariable es la tendencia explicada que, en el curso de este año, se introdujo una nueva reforma a la Constitución, denominada *Reforma constitucional en materia de asociacionismo municipal*<sup>29</sup>, en virtud de la cual se sustituyó el inciso 6° del artículo 118 para autorizar a las Municipalidades a “asociarse entre ellas en conformidad a la ley orgánica constitucional respectiva, *pudiendo dichas asociaciones gozar de personalidad jurídica de derecho privado*. Asimismo, podrán *constituir o integrar corporaciones o fundaciones de derecho privado* sin fines de lucro cuyo objeto sea la promoción y difusión del arte, la cultura y el deporte, o el fomento de obras de desarrollo comunal y productivo (...)”.

En fin, “este Sector Invisible de la Administración ha sido objeto, en el último tiempo, de manifestaciones de sorpresa o estupor, al haber sido calificado, por la Contraloría General de la República, que las obras ejecutadas por algunas de dichas empresas no tienen el carácter de obra pública, toda vez que se regulan, en principio y salvo las excepciones

---

<sup>28</sup> Dictamen N° 2.016 de la Contraloría General de la República, evacuado el 18 de enero de 1996, p. 3. Otros pronunciamientos en el mismo sentido se encuentran en los dictámenes N° 23.379 de 1959, 44.534 de 1962, 64.792 de 1970, 76.114 de 1972, 98.591 de 1973, 38.710 de 1975, 10.492 de 1979, 22.692 de 1984 y 3.891 de 1986.

<sup>29</sup> Contendida en la Ley N° 20.346, publicada en el Diario Oficial el 14 de mayo de 2009.

legales, por normas de Derecho Privado (...). No sólo hay una distinción artificial, al identificar dicho sector a partir de la participación igualitaria o mayoritaria del Estado o sus instituciones, ya que es sabido que el control efectivo se obtiene no necesariamente con esa participación; sino que además por haberse querido hacer funcionar eficientemente a las instituciones que la componen se ha desvirtuado su función, que es esencialmente de servicio público y la normativa que le es aplicable ofrece muchas deficiencias; escondiendo además el real tamaño del Estado”<sup>30</sup>.

En suma, resulta incontestable que el Estado empresario ha ido adoptando formas variadas de organización en los últimos setenta años, pero en todas ellas ha ido huyendo de la aplicación del Derecho Público para actuar conforme a su homónimo Privado que lo habilita para conducirse con mayor flexibilidad y con rasgos de eficiencia que le permiten competir con los demás agentes económicos, incluso particulares, que se desenvuelvan en el mismo ámbito donde el Estado ha sido autorizado a participar y ello, en todo caso, sometiéndose a la legislación común que los rige a todos, salvo que, también por ley y existiendo motivos justificados, se disponga alguna excepción<sup>31</sup>.

#### **4. Clasificación y consecuencias**

A partir de las consideraciones constitucionales y legislativas, históricas, doctrinarias y jurisprudenciales que he resumido, surge claro que no todas las entidades estatales que desarrollan actividades económicas o participan en ellas tienen la misma naturaleza y gozan de iguales características<sup>32</sup>, si bien, es común a todas ellas que eluden el Derecho Público y se refugian en el Privado, de manera que *Empresa del Estado* y *Empresa Pública* no son términos sinónimos entre sí y tampoco lo son con otras expresiones, como *sociedad de*

---

<sup>30</sup> Pierry Arrau, Pedro, “El derecho público en el fin del siglo”, Conferencia Inaugural de las *XXVIII Jornadas de Derecho Público*, Universidad Católica de Valparaíso, 1996, p. 6.

<sup>31</sup> El más completo análisis en esta materia, se encuentra en Cea Egaña, José Luis, “Utilización por la Administración Pública del Derecho Privado”, *Revista de Derecho Público* N° 60, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1996, pp. 71-84.

<sup>32</sup> Véase el considerando 35° de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 19 de junio de 2007, Rol N° 523, donde se inserta la expresión de don Julio Philippi, en el Consejo de Estado, sesión 38ª, p. 105, en cuanto a “(...) la compleja clasificación de las empresas del Estado, no resulta fácil establecer un criterio general. A su modo de ver, si la ley orgánica de una empresa requiere que los cargos se creen por ley, así se procederá previa iniciativa del Presidente de la República; si la ley orgánica no lo exige, la empresa respectiva se atenderá a las normas de la legislación que le dio origen. El criterio de administración flexible, tanto respecto de las empresas del Estado como de cualquier otra institución pública, debe orientar la acción del legislador cuando sea llamado a regularlas”.

*economía mixta, empresa privada sólo del Estado o entidad de Derecho Privado en que el Estado o sus organismos descentralizados se asocian con particulares aportando capital, manteniendo representación, ejerciendo derechos de participación o desempeñando facultades de control sean mayoritaria, paritaria o minoritaria.*

Efectivamente, desde el surgimiento, paulatino primero y vertiginoso después, del Sector Invisible del Estado, tanto el legislador como la jurisprudencia administrativa y la doctrina coincidían<sup>33</sup> -y siguen haciéndolo hoy<sup>34</sup>- en que la Empresa del Estado reúne determinados rasgos que le infunden identidad peculiar, los cuales se explican en el *Dictamen N° 10.492*, evacuado por la Contraloría General de la República el 21 de febrero de 1979, atendiendo una consulta de CODELCO-CHILE, el cual constituye una jurisprudencia paradigmática en esta materia.

Al tenor de ese pronunciamiento, invariable hasta la fecha, se ha explicado "(...) que, acorde con lo sostenido por una reiterada y uniforme jurisprudencia administrativa, las "empresas del Estado" o "empresas públicas o estatales" son entidades *creadas por ley*, que tienen *personalidad jurídica de derecho público* distinta y separada del Fisco; cuentan con un *patrimonio propio* que originalmente está constituido por fondos públicos y han sido *dotadas de autonomía* para gestionar el mismo. Son, además, organismos *funcionalmente descentralizados* que, con tal naturaleza, *integran los cuadros orgánicos de la Administración*. Cabe agregar que, no obstante contar con la citada autonomía, se encuentran

---

<sup>33</sup> Así, la Ley N° 9.618, publicada en el Diario Oficial el 19 de julio de 1950, que creó la ENAP, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Minería, publicado en el Diario Oficial el 24 de abril de 1987 y sus reformas; el DFL. N° 153, del Ministerio de Minería, insertado en el Diario Oficial el 5 de abril de 1960 y sus múltiples reformas, sobre ENAMI; en relación con la jurisprudencia administrativa, los dictámenes de la Contraloría General de la República números 1.634, 2.396, 4.866, 5.117, 13.735, 22.122 y 38.710, todos de 1975; números 16.249, 81.933 y 84.180, todos de 1976; y números 12.364 y 58.585, ambos de 1977; y, desde el ángulo de la doctrina, Garrido Valenzuela, Raúl, *Las empresas estatales*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1976, pp. 45-62; Santa María de la Vega, Raúl, I *Manual de Derecho Económico*, Santiago, Ed. Encina, 1972, pp. 157-159; Silva Cimma, Enrique, II *Derecho Administrativo chileno y comparado*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1969, pp. 256-264; y Varela Caballero, Alex, I *Curso de Derecho Administrativo*, Valparaíso, EDEVAL, 1968, pp. 129-134.

<sup>34</sup> Por ejemplo, la Leyes N° 18.016 de 1981, N° 18.042 de 1981, N° 18.296 de 1984, N° 18.297 de 1984, N° 18.348 de 1984, N° 18.400 de 1985, N° 18.679 de 1987, N° 18.772 de 1989 y N° 18.773, también de 1989. En la jurisprudencia contralora, los dictámenes números 35.593 de 1981, 10.730 bis y 12.093 de 1983, y 3.355 de 1986. En fin, entre los autores, sin perjuicio de los ya citados, Daniel Argandeña, Manuel "Consideraciones sobre la Ley Orgánica Constitucional de la Administración del Estado", *Gaceta Jurídica* N° 79, 1987, pp. 11-12; Pierry Arrau, Pedro, "Aspectos de la actividad empresarial del Estado", *Revista de Derecho Público* N° 37-38, 1985, pp. 220-224; Pantoja Bauzá, Rolando, I *Manual del Estatuto Administrativo*, Santiago, Ed. Conosur, 1983, pp. 194-202; y Soto Kloss, Eduardo, "Organización de la Administración del Estado", *Gaceta Jurídica* N° 73, 1986, pp. 21-22.

bajo la supervigilancia del Poder Central, la que se ejerce de diversas formas como son, a modo de ejemplo, la designación del Vicepresidente Ejecutivo -el que es de la exclusiva confianza del Presidente de la República-, o el nombramiento de ciertos representantes en los directorios o consejos, el control jurídico de los actos más importantes, la aprobación previa de los planes de inversión o de la planta de sus empleados, etc.”.

Por ende, mientras las *Empresas del Estado* integran el sector descentralizado de la Administración Pública, las denominadas *Empresas Públicas* se encuentran en el ámbito fiscal o centralizado, aunque desconcentrado de esa Administración, y, distintas de unas y otras, son las sociedades mixtas, las sociedades mercantiles del Estado y las empresas privadas uno de cuyos socios es el Estado, sus organismos autónomos o empresas ya caracterizadas<sup>35</sup>.

En efecto, el dictamen ya citado añade, “en cuanto a las “empresas privadas del Estado”, (...) que con ello se ha querido hacer referencia a las “empresas, sociedades o entidades privadas en que el Estado, sus empresas o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o participación” que se indican en el artículo 16° de la ley N° 10.336, según el texto que le fijara el decreto ley N° 38, de 1973.

Sobre el particular –agrega el Ente Contralor-, cabe precisar que aun cuando el Estado o los entes públicos participen en dichas empresas privadas, tal hecho no tiene el alcance de modificar *su naturaleza jurídica, que es esencialmente de derecho privado, sin que por ello, entonces, puedan considerarse formando parte de los cuadros orgánicos de la Administración* como empresas del Estado”.

En suma, las *Empresas del Estado* y las *Empresas Públicas* integran la Administración del Estado, pero no forman parte de ésta las sociedades de economía mixta, las empresas constituidas por entes estatales acudiendo al Derecho Privado ni las sociedades mercantiles en que el Estado, sus organismos descentralizados y empresas participen, en cualquier forma, grado, nivel o condición.

---

<sup>35</sup> Véase la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 30 de septiembre de 2008, Rol N° 1.153, especialmente, en sus considerandos 28°, 48° y 53°-54°.

## **5. Sometimiento de las empresas estatales a la *legislación común***

Finalmente y cualquiera sea la naturaleza de la empresa estatal, cabe consignar una consideración adicional, en cuanto a que, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 N° 21° inciso 2° de la Constitución, ellas se rigen por la *legislación común aplicable a los particulares*, dado que, una vez autorizado el Estado o sus organismos por una ley de quórum calificado, para desarrollar o participar en actividades empresariales, la entidad respectiva queda sometida a ese estatuto igualitario, salvo que el legislador y *por motivos justificados*, las excepciones de esa normativa general<sup>36</sup>.

Se terminó acogiendo así, al máximo nivel de nuestro ordenamiento jurídico interno, el fenómeno de flexibilización y elusión del Derecho Público que he descrito. Este ya no es, por tanto, sólo un proceso concebido por la doctrina o reconocido por la jurisprudencia administrativa o, incluso, a nivel legislativo, sino que se constitucionaliza y dentro del estatuto de los derechos fundamentales, en el artículo 19, habilitando a todas las personas para reclamar su aplicación y respeto, v. gr., a través del recurso de protección o del recurso especial de amparo económico.

Por ende, el artículo 19 N° 21 inciso 2° impone al legislador respetar, en la actividad empresarial del Estado, el principio de igualdad, en parangón con los demás agentes económicos –públicos o privados- que se desenvuelvan en ámbitos idénticos o semejantes al de aquél, de modo que a todos se les apliquen las mismas normas, sean de Derecho Público o Privado, que los sitúen en posición de igualdad, a menos que el legislador imponga una excepción que se encuentre justificada.

## **V. EMPRESAS ESTATALES Y LEY DE TRANSPARENCIA**

Antes de absolver las consultas que me han sido formuladas, finalmente, conviene traer a la memoria el marco legal que motiva esas consultas, especialmente, desde el ángulo de su historia fidedigna, pues ella explica, al menos en parte, las dudas que pueden surgir de su texto y que he anticipado en la Introducción, especialmente, al examinar los artículos 1° y 2° inciso 1° de la *Ley de Transparencia*, de un lado, con el inciso 3° de este último y el artículo décimo de la Ley N° 20.285, de otro.

---

<sup>36</sup> *Actas* citadas en *supra* nota 12, sesión 398<sup>a</sup>, p. 3.109.

## 6. Origen y evolución en la *Ley de Transparencia*

No debe olvidarse, pues –como acabo de anticipar- al menos en parte explica la deficiente técnica legislativa en esta materia, que la actual Ley N° 20.285 fue concebida, inicialmente, como una simple reforma de la Ley N° 18.575. Empero, terminó mutando en una preceptiva completamente diversa de aquella ley orgánica constitucional, configurando, verdaderamente, un conjunto de normas generales y dos estatutos jurídicos distintos, aunque con nexos entre sí, como son el que regula el acceso a información pública y el que estatuye las disposiciones sobre transparencia activa.

Precisamente, cuando la normativa en gestación todavía se concebía como una simple enmienda de la Ley N° 18.575 y para evitar que no quedaran excluidas de su aplicación las empresas estatales se introdujo, en virtud de una indicación presentada por el senador LARRAÍN, quien había sido uno de los autores de la moción con que se había iniciado la tramitación del proyecto<sup>37</sup>, un conjunto de normas tendientes a imponerles a esas empresas obli-

---

<sup>37</sup> La indicación referida, según consta del *Boletín de Indicaciones* al proyecto de ley sobre acceso a información pública, contenido en el *Boletín N° 3.773-06*, de fecha 11 de julio de 2005, proponía agregar los *artículos 14 ter, 14 ter A y 14 ter B* a la Ley N° 18.575 al tenor de los cuales:

*Artículo 14 ter:* "Los órganos del Estado señalados en el artículo 1° y las empresas en que el Estado o sus organismos tengan una participación accionaria superior al cincuenta por ciento o mayoría en el directorio, incluido Codelco, Televisión Nacional de Chile y Banco del Estado, deberán poner a disposición permanente del público los siguientes antecedentes, debidamente actualizados:

- 1.- Su estructura orgánica;
- 2.- Las facultades de cada unidad administrativa;
- 3.- La planta del personal, tanto a contrata como a honorarios, con las correspondientes remuneraciones;
- 4.- Los objetivos de las unidades administrativas de acuerdo a sus programas operativos, y los servicios que ofrece;
- 5.- El marco normativo que les sea aplicable;
- 6.- Los trámites y requisitos que debe cumplir el interesado para tener acceso a los servicios;
- 7.- La información sobre el presupuesto asignado y los informes sobre su ejecución;
- 8.- Los resultados de las auditorías al ejercicio presupuestario de cada órgano de la administración del Estado;
- 9.- El diseño, montos asignados y criterio de acceso a los programas de subsidios, y las nóminas de beneficiarios de los programas sociales en ejecución;
- 10.- Las concesiones, permisos y autorizaciones otorgados, con especificación de los titulares de aquéllos;
- 11.- Las contrataciones que se hayan celebrado en conformidad con la legislación vigente, debiendo detallarse en cada caso:
  - a) Las obras públicas, los bienes adquiridos o arrendados y los servicios contratados. En el caso de estudios o investigaciones, deberá indicarse el tema específico;
  - b) Los montos involucrados; c) El nombre del proveedor, contratista o de la persona natural o jurídica con quien se haya celebrado el contrato, y
  - d) Los plazos de cumplimiento de los contratos.
- 12.- Los mecanismos de participación ciudadana, en su caso.

Sólo una norma de rango legal podrá ser invocada para negar la información señalada en este artículo".

*Artículo 14 ter A:* "La información señalada en el artículo anterior deberá estar a disposición de quien lo solicite en la oficina central de la institución y, en todo caso, mediante los sistemas electrónicos o digitales que esta-blezca al efecto el organismo respectivo".

gaciones de *transparencia activa*. Dichas indicaciones fueron aprobadas por unanimidad en la Sala del Senado, durante el primer trámite constitucional de la iniciativa<sup>38</sup>.

El proyecto así despachado por esa rama del Congreso Nacional, sin embargo, fue íntegramente sustituido durante el segundo trámite constitucional, comenzando a configurarse la actual Ley N° 20.285 y, dentro de ésta, en su artículo primero, la *Ley de Transparencia* en los dos contenidos básicos ya referidos –el acceso a información pública y la transparencia activa–, ya que, como consta de los anales oficiales respectivos, “S.E. la Presidenta de la República, mediante una indicación sustitutiva total, sobre la cual se pronunció la Comisión, establece, en forma específica, una nueva ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado, cuyas características se tratan en el capítulo sobre la discusión en particular; deroga las disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado comprendidas en la nueva legislación, e introduce una modificación a la ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, para rectificar una referencia a las excepciones a la publicidad de los actos administrativos”<sup>39</sup>.

Pues bien y al explicar la indicación sustitutiva, la señora PAULINA VELOSO VALENZUELA, Ministra Secretaria General de la Presidencia, “en cuanto al ámbito de aplicación de la legislación propuesta, señaló que ésta *comprende la totalidad de los órganos de la Administración del Estado*, indicados en la Ley de Bases, *sin otra excepción que las empresas del Estado*, las que quedarán sujetas a la regulación que se establecerá sobre gobiernos corporativos”<sup>40</sup>.

Con todo y para no excluir totalmente a dichas entidades empresariales, una vez más en relación con los deberes de transparencia activa, parte de las normas propuestas

---

*Artículo 14 ter B:* “Las empresas públicas, incluidas ENAP, CODELCO, Correos de Chile, Televisión Nacional de Chile, ENAMI, Ferrocarriles del Estado y Banco del Estado, deberán publicar mediante los sistemas electrónicos o digitales que establezca la empresa, las actas del directorio después de no más de dos días corridos de su aprobación. Con todo, el directorio con la aprobación de las tres cuartas partes de los directores en ejercicio, podrá dar el carácter de reservado a ciertas actas y documentos que se refieran a negociaciones aún pendientes que al conocerse pudieran perjudicar el interés social. Los directores que dolosa o culpablemente concurren con su voto favorable a la declaración de reserva, responderán solidariamente de los perjuicios que ocasionaren”.

<sup>38</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública*, 20 de agosto de 2008, donde consta la 39ª sesión del Senado, celebrada el 5 de octubre de 2005, p. 130.

<sup>39</sup> *Id.*, p. 157.

<sup>40</sup> *Id.*, p. 172.

por el senador LARRAÍN se incluyeron, a través de una nueva indicación, ahora presentada por la Presidenta de la República, como *artículo quinto* del proyecto, aunque fuera de la que sería la futura *Ley de Transparencia*<sup>41</sup>.

Empero, ya quedó constancia en el debate habido en la Sala de la Cámara de Diputados acerca de la crítica que podía formularse a la *Ley de Transparencia* en cuanto a no haber considerado dentro de su ámbito de aplicación a las empresas estatales, como expuso el diputado señor ARENAS, al señalar que "(...) luego de felicitar a los autores de la moción y al Ejecutivo por el impulso dado a esta materia, debo señalar que hay ciertas disposiciones que se podrían profundizar y perfeccionar aún más. *En cuanto al ámbito de aplicación de la ley*, los artículos 1° y 2° *dejan fuera a entidades esenciales como el Congreso Nacional* que, si bien está incluido en una norma transitoria para hacerle aplicable la transparencia activa, ello no tiene toda la profundidad ni la extensión que implica estar en las normas generales del proyecto de ley sobre acceso a la información pública. Ello también sucede con *las empresas públicas* que, si bien se incorporan en el artículo quinto, en

---

<sup>41</sup> La norma aludida señalaba:

"Las empresas públicas creadas por ley, incluidas aquellas que de acuerdo a sus respectivas leyes orgánicas deban ser nombradas expresamente para quedar sujetas a las normas aplicables al sector público, se rigen por el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública, consagrado en el artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República.

En virtud de dicho principio, las empresas mencionadas en el inciso anterior deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus páginas web, los siguientes antecedentes debidamente actualizados:

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

La información anterior deberá incorporarse a las páginas web en forma completa, y de un modo que permita su fácil identificación y un acceso expedito.

Las empresas a que se refiere este artículo, cualquiera sea el estatuto por el que se rijan, y todas las empresas en que el Estado o sus organismos tengan participación accionaria superior al cincuenta por ciento o mayoría en el directorio, estarán obligadas a entregar a la Superintendencia de Valores y Seguros o, en su caso, a la Superintendencia a cuya fiscalización se encuentren sometidas, la misma información a que están obligadas las sociedades anónimas abiertas de conformidad con la ley N° 18.046. El incumplimiento de esta obligación será sancionado con multa a beneficio fiscal hasta por un monto de quince mil unidades de fomento, aplicada por la respectiva Superintendencia de conformidad con las atribuciones y el procedimiento que establecen sus respectivas leyes orgánicas".

cuanto a su extensión y profundidad se ven claramente disminuidas por no estar contempladas en las normas generales. Reitero: se echa de menos en los artículos 1° y 2° la inclusión expresa del Congreso Nacional, de las empresas públicas y de otros órganos como el Poder Judicial y el Ministerio Público (...)”<sup>42</sup>.

En todo caso, el proyecto, en los términos que he resumido, fue ampliamente aprobado –en algunos casos por unanimidad- por la Cámara de Diputados.

Ya situados en el tercer trámite constitucional, el Senado rechazó todas las enmiendas introducidas en la Cámara de Diputados, por lo que se hizo necesaria la conformación de una *Comisión Mixta* donde, en definitiva y sin mayor constancia en la historia oficial acerca de los fundamentos de las normas propuestas, salvo articular acuerdos entre las ramas disidentes del Congreso Nacional, se plasmaron los acuerdos que culminaron en la actual Ley N° 20.285.

Allí se incorpora, por ejemplo, el glosario de términos que hoy aparece en el artículo 1° de la *Ley de Transparencia*<sup>43</sup>, incluyendo la definición de *órganos y servicios de la Administración del Estado* sobre la base de remitirse a la enunciación contenida en la Ley N° 18.575; y se modifica el artículo 2°, a propósito del cual consta en la historia oficial de la norma que “(...) la Fundación Pro Acceso, en un documento de análisis de las materias que aborda esta iniciativa, sugirió reemplazar las expresiones “órganos de la Administración del Estado” por un texto más amplio que incluya a todos los restantes órganos públicos: Poderes Legislativo y Judicial y *las empresas públicas* y privadas que cumplan funciones públicas”<sup>44</sup>.

Pues bien, sigue la historia aludida explicando que “durante el análisis de este precepto el Ejecutivo formuló dos proposiciones que conforme fue avanzando el debate y allegándose nuevas alternativas, fueron sustituidas por una tercera que propone otra conformación para este artículo e incluye nuevas instituciones sujetas a esta ley (...)”<sup>45</sup>, entre las cuales, en un nuevo inciso 3, “(se) *hace aplicable esta ley a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades* en que éste tenga participación

---

<sup>42</sup> *Historia de la Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública*, citada en *supra* nota 38, pp. 282-283.

<sup>43</sup> *Id.*, p. 393.

<sup>44</sup> *Id.*, pp. 394-395.

<sup>45</sup> *Id.*, p. 395.

accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio<sup>46</sup>, lo cual fue aprobado por la unanimidad de la Comisión Mixta.

En fin y adicionalmente, la Comisión mantuvo el artículo quinto, ahora transformado en décimo, aclarando o precisando aún más que el principio de la transparencia de la función pública, consagrado en el artículo 8° inciso 2° de la Constitución y en los artículos 3° y 4° de la *Ley de Transparencia*, es aplicable a las empresas públicas creadas por ley, a las empresas del Estado y a las sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, tales como Televisión Nacional de Chile, la Empresa Nacional de Minería, la Empresa de Ferrocarriles del Estado, la Corporación Nacional del Cobre de Chile o Banco Estado, aun cuando la ley respectiva disponga que es necesario mencionarlas expresamente para quedar sujetas a las regulaciones de otras leyes.

### **7. Consecuencias de la tramitación de la Ley N° 20.285**

De cuanto ha sido recordado y advirtiendo que, algo más adelante, insertaré otros antecedentes relevantes de aquella historia, es menester extraer algunas conclusiones preliminares, pues ellas servirán de base a la solución de las consultas que me han sido formuladas:

En primer lugar, es indudable que la intención inicial, en orden a excluir totalmente a las empresas estatales de la aplicación de la *Ley de Transparencia*, fue superada en virtud del acuerdo que derivó en el texto hoy contenido en el artículo 2° inciso 3° de dicha ley, sin que ello implicara eliminar la norma actualmente prevista en el artículo décimo de la Ley N° 20.285 que, al comienzo, se concibió como una alternativa al hecho que las empresas estatales no estuvieran incluidas en la *Ley de Transparencia*;

En segundo lugar y a raíz de lo anterior, es nítida e incuestionable la intención legislativa en orden a sujetar a ciertas entidades a través de las cuales el Estado desarrolla actividades económicas o participa en ellas, al menos a algunas de las disposiciones contenidas en la *Ley de Transparencia*, en cuanto se refirieran *expresamente* a ellas;

En tercer lugar, es cierto, asimismo, que la redacción del artículo 2° inciso 3° de la *Ley de Transparencia*, vinculada con la definición de órganos y servicios de la Administra-

---

<sup>46</sup> *Id.*, p. 395.

ción, establecida en su artículo 1° y reiterada, parcialmente, en el mismo artículo 2° inciso 1°, de una parte, con el ya aludido artículo décimo, de otra, hace surgir dudas o confusiones en torno de cuáles de esas disposiciones efectivamente imperan respecto de las empresas estatales y cuáles no o en qué medida unas y otras rigen respecto de estas entidades, dejando en evidencia una técnica legislativa carente de prolijidad y depuración adecuada; y

En cuarto lugar, precisamente, aquella técnica legislativa deficiente, que motiva las confusiones y dudas aludidas, no se aclara cuando el asunto se examina sólo desde el ángulo y en el contexto de la Ley N° 20.285, sino que exige someterlas a examen constitucional, pues allí están los principios y normas, según ya se explicó latamente, que configuran, tanto el principio de publicidad como el estatuto de las empresas estatales, incorporándose la doctrina y jurisprudencia que he revisado, en el contexto del fenómeno elusivo que he reseñado y que ha sido incorporado a la Constitución, en su artículo 19 N° 21° inciso 2° y en los demás preceptos de ella vinculados con él.

#### **VI. APLICACIÓN DE LA LEY DE TRANSPARENCIA EXIGE RECONOCER FENÓMENO EXPLICADO Y DISTINGUIR NATURALEZA DE LA EMPRESA ESTATAL**

En primer lugar, se me consulta si la *Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado*, contenida en el artículo primero de la Ley N° 20.285, se aplica o no a las empresas estatales, incluyendo entre éstas aquellas en que el Estado tenga algún grado o nivel de participación, y, en caso que sea aplicable, si ello alcanza la totalidad de su preceptiva o sólo parte de ella.

Lo reitero, la duda surge, en parte, porque, en dicha ley, constan dos estatutos jurídicos diversos, sin perjuicio de los nexos existentes entre ellos, consistentes en el derecho de acceso que se confiere a las personas y las normas sobre transparencia activa que se imponen a algunos órganos estatales, a lo cual cabe añadir lo dispuesto en el artículo décimo de la Ley N° 20.285, también sobre transparencia activa, en relación precisa con las empresas estatales.

## **8. Estructura de la Ley N° 20.285**

Al respecto, es indispensable, para efectuar una interpretación de la ley que sea respetuosa de los principios y normas constitucionales aplicables en la materia, considerar la taxonomía descrita de las empresas estatales, teniendo en cuenta las características y condiciones de cada una de ellas, así como los rasgos distintivos del proceso jurídico y político que he descrito, el cual debe iluminar cualquier normativa susceptible de ser aplicada a las empresas estatales, pues todo ello es relevante para dirimir la sujeción de éstas a la Ley N° 20.285.

Desde esta perspectiva, la *Ley de Transparencia* contiene dos nomenclaturas susceptibles de aplicarse a las empresas estatales: Por una parte, la que emplea en los artículos 1°, 2° inciso 1°, 7° y 10°, refiriéndose a los órganos y servicios de la Administración del Estado; y, de otra, la denominación precisa contenida en su artículo 2° inciso 3° y en el artículo décimo de la Ley N° 20.285, al referirse específicamente a las empresas públicas, a las empresas del Estado y a aquellas en que éste tiene una participación accionaria superior al 50% o la mayoría en su directorio.

Conforme a una regla básica de interpretación jurídica, es indudable que la utilización de la denominación específica se impone a la enumeración genérica, de manera que puede concluirse, preliminarmente, que las expresiones referidas a todos los órganos integrantes de la Administración del Estado no incluyen las tres especies de empresas estatales singularizadamente mencionadas, pues a éstas sólo se refieren las disposiciones en que aparezca o se encuentre aquella denominación más precisa.

Si esto es así, entonces, la Ley N° 20.285 sólo alcanza –en el ámbito, medida y extensión que explicaré en seguida– a las tres especies de empresas estatales referidas, sin que queden sujetas a ella, para designio o finalidad alguna, aquellas sociedades de economía mixta o entidades de Derecho Privado en que el Estado tiene una participación accionaria inferior al 50% o no alcanza la mayoría en el directorio, lo cual es claramente consistente con la huida del Derecho Público y, más relevante todavía, es respetuoso del artículo 19 N° 21° inciso 2° de la Constitución, que impone que toda entidad estatal que desarrolle actividades económicas o participe en ellas se someta a *la legislación común aplicable a los particulares* y éstos, por cierto, no se encuentran sujetos al artículo 8° inci-

so 2° de la Constitución ni a la Ley N° 20.285, sin que el autor de esta última haya contemplado excepción alguna, pues no advirtió motivos suficientes que así lo justificaran.

La cuestión, entonces, estriba en dirimir la aplicación de la Ley N° 20.285 respecto de las empresas públicas, las empresas del Estado y aquellas en que éste tiene una participación accionaria superior al 50% o la mayoría en el directorio.

Desde este ángulo, sin embargo, es menester reconocer –como ya lo dije– que no hay duda alguna que la regla empleada por el legislador fue sujetar a dichas empresas sólo excepcionalmente a la Ley N° 20.285, asimilándolas, tal y como ha venido ocurriendo por décadas, lo más posible a las empresas privadas, pero su finalidad, en definitiva, no fue excluirlas totalmente de ese estatuto legal y tampoco de la *Ley de Transparencia*, insertada en su artículo primero.

Por ello, dispuso, en el tantas veces mencionado inciso 3° del artículo 2° de la *Ley de Transparencia* que sólo se les aplicarían las disposiciones que *esta ley* –la de *Transparencia*– expresamente señalara, admitiéndose así una excepción –conforme a lo dispuesto en el artículo 19 N° 21° inciso 2° de la Constitución– respecto de la *legislación común aplicable a los particulares* que, como ellas o junto con ellas, se desenvuelven en la vida económica, sin que, para efectos del principio de publicidad, la *huida* de aquellas entidades empresariales fuera, esta vez, total.

Así consta, por lo demás, en la historia fidedigna de la norma cuando, durante el primer trámite constitucional, se debatió acerca de las indicaciones presentadas por el senador LARRAÍN.

## **9. Debate en el Senado**

Es útil insertar el intercambio de opiniones habido en esa Corporación, de forma extensa:

“El señor VIERA-GALLO.-... *las empresas públicas* se deben regir, en general, *por las normas del derecho común, salvo que haya una ley especial que les establezca otras que les sean propias.*

Se consagran diversas disposiciones referidas a lo que deben hacer las empresas públicas, como la del precepto en debate, el cual dispone que deben publicar sus actas de

directorio después de no más de 5 días, a menos que el mismo directorio, por mayoría absoluta, decida otra cosa. Pero, en tal caso -agrega-, el director que, dolosa o culpablemente -no sé cómo podría ser eso-, concorra con su voto favorable a la declaración de reserva, responderá solidariamente de los perjuicios.

*Quisiera saber si se trata de las mismas normas que rigen a las sociedades anónimas.* Porque, en mi opinión, la idea es que la empresa pública, cumpliendo las disposiciones de la Constitución y *salvo casos especiales, se parezca lo más posible a la empresa privada* en cuanto a su transparencia.

Ahora, no sé si las sociedades anónimas privadas publican sus actas de directorio antes de 5 días, ni tampoco si los directores que han concurrido a la reserva en forma dolosa -o sea, para tapar algo- se hacen solidariamente responsables.

Es sólo una consulta. No estoy en contra del precepto, pues no soy experto en administración. Ignoro, por ejemplo, si Canal 13 o Chilevisión publican sus actas de directorio dentro de quinto día. Y me pregunto si no colocamos a Televisión Nacional en situación de desventaja frente a la competencia al obligarla a hacerlo (...).

El señor ORPIS.- Señor Presidente, ésa es precisamente la discusión que se está dando en torno al proyecto sobre gobiernos corporativos. *La tendencia y la orientación son a asimilar lo más posible las empresas públicas, manteniendo la naturaleza jurídica que tienen hoy, a las sociedades anónimas abiertas.* En definitiva, ése es el objetivo que se busca con esta modificación. Pero la norma, tal como está redactada, es bastante más exigente que la que se aplica a las propias sociedades anónimas abiertas.

El señor LARRAÍN.- Señor Presidente, efectivamente, el sentido del artículo es proyectar el espíritu de transparencia que nos animó al propiciar esta iniciativa. Se trata de ir viendo cómo aquél debería aplicarse en algunos casos, en forma específica, según la naturaleza de la institución de que se trate. Es por eso que, aparte de normas generales, se establecen criterios específicos para los municipios, el Congreso, el Poder Judicial, y en este caso, para las empresas públicas. Lo que queremos es que éstas sean lo más transparentes posible. Y una de las formas de materializar dicho propósito es la publicación de los acuerdos de sus directorios.

Ahora, si se trata de una decisión estratégica que apunta al interés comercial, los directores tendrán el buen criterio de darle carácter reservado o secreto, según el caso. Pero, claro, si uno de ellos actúa de esa manera por un interés personal –por tanto, por una razón culpable o dolosa- y con su proceder ocasiona perjuicios, debe responder.

*Es una exigencia mayor*, porque si bien deben aplicarse, en lo posible, las disposiciones que rigen a las sociedades anónimas, el principio subyacente en esta materia es que *a las empresas públicas les cabe una responsabilidad distinta*, por tratarse de entidades pertenecientes a todos los chilenos, quienes, en consecuencia, tienen el derecho preferente a saber qué ocurre en su interior (...).

El señor VÁSQUEZ.- Señor Presidente, me parece difícil que el directorio de una empresa pública trate asuntos que no sean comerciales. En general, los acuerdos que adopta un directorio se refieren a materias de esa índole, que no pueden estar en conocimiento de la competencia. De manera que si obligamos a las empresas públicas a informar sus acuerdos, las vamos a dejar -como advirtió el Senador señor VIERA-GALLO- en situación desmedrada.

Hay que recordar que en más de una oportunidad sociedades anónimas abiertas han hecho ver la estrictez con que la Superintendencia de Valores y Seguros trata los hechos esenciales y los hechos reservados, es decir, aquellos que afectan al mercado en general, los cuales, por tal motivo, se mantienen en reserva. Son informados a la Superintendencia, pero no repercuten en el mercado, por razones que el directorio determina y de las cuales se hace responsable.

Difículto -reitero- que el directorio de una empresa pública, precisamente por su propia naturaleza, no tome decisiones puramente comerciales. En consecuencia, no visualizo por qué debería establecerse *una discriminación en contra de las empresas del Estado*. Mientras a Televisión Nacional se le va a exigir que su directorio determine en el acta si adopta o no tal acuerdo respecto de un programa determinado, porque así se lo ha planteado su director ejecutivo o el director comercial -no tengo conocimiento de cómo funciona Televisión Nacional; sólo lo estoy dando como ejemplo-, el resto de las empresas emisoras de televisión no tendrán la misma exigencia. Por consiguiente, dejamos a Televisión Nacional en una situación comercial y de competitividad de absoluto desmedro dentro

del mercado. Por eso, señor Presidente, soy partidario de que la norma establezca, a lo sumo, la misma reglamentación existente para las empresas privadas -que ya la tienen, por lo demás-, bajo el control de la Superintendencia de Valores y Seguros y mediante la obligación de informar de los hechos esenciales y de los hechos reservados que puedan afectar al mercado. Pero no más que eso.

El señor GAZMURI (Vicepresidente).- Bien.

Creo que la discusión sobre el artículo está agotada. La votación queda para mañana.

A mi juicio, efectivamente, *el precepto introduce exigencias mayores que para el resto de las empresas de la competencia*, lo cual puede llevar a votar en contra a quienes consideren que eso es excesivo. Y me parecería muy razonable que así se procediera (...)<sup>47</sup>.

Es evidente, entonces, que el Senado comprendió, cabalmente, que la sujeción de las tres especies de empresas estatales específicamente mencionadas las Empresas Públicas, las del Estado y aquellas en que éste tiene una participación accionaria superior al 50% o la mayoría en el directorio-, en ese momento, sólo al artículo décimo de la ley, implicaba imponerles a ellas una exigencia adicional no requerida de sus pares privadas y de las demás empresas donde participa el Estado, lo cual fue aprobado ampliamente en dicha Corporación, encuadrándose en la excepción que admite el artículo 19 N° 21° inciso 2° de la Constitución.

### **10. Cámara de Diputados**

Posteriormente, sin embargo, durante el segundo trámite constitucional en que, como ya se expuso, el proyecto fue íntegramente sustituido, aunque se mantuvo aquel precepto especial, consta que:

“El señor VIERA-GALLO (Ministro Secretario General de la Presidencia).- (...) Uno de los puntos que ha suscitado mayor controversia en la Cámara de Diputados es el *grado de acceso de los ciudadanos a la información de las empresas públicas*. Eso fue tratado en las Comisiones de Constitución y de Hacienda. El principio que se estableció es *la total equiva-*

---

<sup>47</sup> *Id.*, pp. 127-129.

*lencia o simetría entre la empresa pública y la privada, siguiendo la norma constitucional sobre el Estado empresario, que establece que las empresas públicas se registrarán en su funcionamiento, salvo que la ley establezca otra cosa, por las normas de derecho común.*

*Por tanto, el ciudadano tendrá el mismo acceso a la información de cualquier empresa pública que el que tiene respecto de cualquier empresa privada. Ese es el principio básico (...)*<sup>48</sup>.

Se advierte cómo, entonces, y a pesar de haberse mantenido el artículo décimo, se alteró sustancialmente el espíritu de lo decidido en el Senado, intentando establecer una completa igualdad entre las empresas allí mencionadas y las de propiedad privada, situando el asunto en la norma general contenida en el artículo 19 N° 21° inciso 2° de la Constitución, sin admitir la excepción que conforme a él puede establecerse, aun cuando no es completamente efectivo que ese artículo décimo dispusiera una regla de simetría total, pues las obligaciones de transparencia activa, exigibles sólo de las tres empresas estatales indicadas en él, ya las hacían distintas de las demás empresas estatales y, ciertamente, de las privadas, aunque sobre la base de imponerles, además, la carga de sujetarlas, en esta materia, a la Superintendencia correspondiente.

### **11. Comisión Mixta**

Con todo y en esta nueva etapa legislativa, tras el rechazo del Senado al nuevo texto acordado en la Cámara de Diputados, el proyecto se sometió a una Comisión Mixta, a objeto que, como lo preceptúa el artículo 70 de la Constitución, dicha Comisión propusiera *la forma y modo de resolver las dificultades* surgidas entre ambas ramas del Congreso, es decir, entre una opción por establecer una normativa distinta para las tres especies de empresas estatales tantas veces mencionadas respecto de las demás donde participa el Estado en minoría accionaria o en el directorio y de sus homónimas privadas, imponiéndoles una carga adicional en materia de transparencia; y, la otra alternativa, tendiente a asimilarlas, en cuanto a la información que debían dar a conocer o a la que se podría acceder, sin perjuicio de ciertos deberes adicionales de transparencia activa, contemplados en el artículo décimo.

---

<sup>48</sup> *Id.*, p. 277.

Pues bien, la aludida Comisión zanjó el asunto sobre la base de un acuerdo que incorporó elementos provenientes tanto del proyecto aprobado por el Senado como por la Cámara de Diputados, estableciendo, entonces, una normativa más exigente para las empresas estatales mencionadas, especialmente en la *Ley de Transparencia* al tenor de su artículo 2° inciso 3°, como otra que las asimilara, en todo caso, a las empresas privadas, conforme al artículo décimo de la Ley N° 20.285, ya suficientemente reiteradas en este Informe, por lo que es innecesario volver a repetir las. Tal acuerdo, sin embargo, no fue prolijamente legislado.

### **12. Empresas mencionadas en el artículo 2° inciso 3° quedan sujetas a transparencia activa y, además, al artículo décimo**

Cuanto ha sido explicado permite al suscrito, entonces, contestar la primera duda que le ha sido planteada, en cuanto a la sujeción de las empresas estatales a la *Ley de Transparencia*, sistematizando y resumiendo lo que he desarrollado en los párrafos precedentes, evaluando, de paso, las decisiones adoptadas, en esta materia, por el *Consejo para la Transparencia*, especialmente, en su *Decisión A4-09*, pronunciada el 9 de junio de 2009, paradigmática en el rubro<sup>49</sup>.

Vale la pena recordar que, en dicha causa, se requirió acceso a información de la Empresa de Ferrocarriles del Estado, respecto de lo cual *el Consejo* resolvió declarar su incompetencia, considerando que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2° inciso 3° de la *Ley de Transparencia*, sólo se aplican a las empresas públicas creadas por ley las normas que la Ley N° 20.285 expresamente ha señalado y esto sólo sucedería respecto de su artículo décimo, con el contenido allí especificado, por lo que no proceden a su respecto las normas sobre el derecho de acceso a la información contenidas en aquella ley especial.

Cabe consignar, asimismo, el voto en contra del Consejero don Raúl Urrutia Ávila, quien fue de la opinión de declarar la competencia del Consejo para conocer de la reclamación de amparo en contra de la Empresa de Ferrocarriles del Estado, por cuanto –a su juicio- el derecho de acceso a información pública rige, al tenor del artículo 1° de la *Ley de*

---

<sup>49</sup> Véanse, además, las Decisiones A69-09, A106-09, A113-09 y A202-09, de fechas 12 de junio de 2009, 19 de junio de 2009, 26 de junio de 2009 y 21 de agosto de 2009, respectivamente.

*Transparencia*, respecto de *los órganos de la Administración del Estado*, entre los cuales se encuentran, conforme con la Ley N° 18.575, las empresas públicas creadas por ley, sin que la exigencia contenida en su artículo 2° inciso 3° las excluya, dado que “ la utilización de la expresión “también” tuvo por objeto hacer alusión a la posibilidad de aplicar, además de las disposiciones señaladas en el inciso primero que se aplican a todos los órganos y servicios de la Administración (dentro de los que se encuentran las empresas públicas creadas por ley), otras normas especiales que se contemplen en la ley en forma expresa”, de manera que “ni el artículo décimo, ni los artículos constitucionales y legales citados excluyen a las empresas públicas creadas por ley de la aplicación del principio de transparencia, en general, y de las normas de acceso a la información y el procedimiento asociado, en particular. Estableciendo, únicamente, una excepción en el caso de la transparencia activa, al contemplar categorías distintas a las generales, y no en el caso del amparo al derecho de acceso a la información”.

Pues bien y según se desprende de lo explicado, es indudable que las referencias incluidas en la *Ley de Transparencia* –v. gr., en sus artículos 1°, 2° inciso 1°, 7° o 10- a los órganos, servicios o entidades integrantes de la Administración del Estado no bastan para determinar que las empresas estatales que forman parte de ella, es decir, las Empresas Públicas y las Empresas del Estado, quedan sujetas a esa ley, habida consideración de la norma especial contenida en su artículo 2° inciso 3°, en virtud de la cual sólo se les aplican las disposiciones que la *Ley de Transparencia expresamente* señale y nada más que a las empresas públicas creadas por ley, a las empresas del Estado y a las sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio.

Desde este ángulo, entonces, a las tres especies de empresas estatales mencionadas en el artículo 2° inciso 3° de la *Ley de Transparencia*, se aplican las disposiciones de esta ley, contenida en el artículo primero de la Ley N° 20.285, siempre y cuando aludan expresamente a esas entidades.

En esta categoría, se encuentra lo preceptuado en su artículo 7°, cuando impone el deber allí previsto a “*los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 2°*”, o sea, a las entidades públicas mencionadas en *todo* ese artículo –incluyendo su inci-

so 3°-, pero siempre que integren la Administración del Estado y esto ocurre, precisamente, con las Empresas Públicas y con las Empresas del Estado según ya expliqué.

Compréndase bien, es menester que la entidad, sobre la cual recae el deber previsto en el artículo 7° de la *Ley de Transparencia*, se encuentre en una doble condición: Por una parte, que esté mencionada en el artículo 2° de dicha ley; y, de otra, que se trate de un órgano integrante de la Administración del Estado<sup>50</sup>.

Tal doble exigencia es cumplida por las Empresas Públicas y por las Empresas del Estado, debiendo excluirse, por no formar parte de dicha Administración, las sociedades en que el Estado o cualquiera de sus organismos tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio.

Adicionalmente, a esas tres especies de empresas estatales o con participación del Estado se les aplica el artículo décimo de la Ley N° 20.285.

Exigir, en cambio, la necesidad de una referencia más explícita, como si fuera indispensable volver a repetir la nomenclatura de “empresas públicas, empresas del Estado y empresas en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio”, conduciría a que el artículo 2° inciso 3° no tendría aplicación alguna, pues no existe ninguna disposición en la *Ley de Transparencia* que señale expresamente –salvo el artículo 7° en la interpretación que he explicado- que se aplique a las empresas mencionadas en el artículo 2° inciso 3 de dicha ley.

Naturalmente, con esta interpretación, disiento de lo resuelto por el *Consejo para la Transparencia*, en la decisión ya referida, en cuanto a que “(...) la expresión “esta ley” (empleada en dicho inciso 3°) no tiene como correlato la voluntad de restringir tal remisión únicamente a las normas establecidas en el “artículo primero” de la Ley N° 20.285, que contiene la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, sino que tal remisión *se extiende a todo el cuerpo normativo contenido en la Ley N° 20.285*, vale decir, a sus artículos primero a undécimo y su

---

<sup>50</sup> Por eso, no puede aplicarse el artículo 7° de la *Ley de Transparencia* ni ningún otro, en verdad, a la Contraloría General de la República ni al Banco Central desde que, como órganos constitucionalmente autónomos, no forman parte ni integran, para designio o finalidad alguna, la Administración del Estado. Al respecto, léanse los considerandos 49° a 54° de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 10 de julio de 2008, Rol N° 1.051, en relación con el Instituto Emisor y la declaración de constitucionalidad acerca del artículo quinto de la Ley N° 20.285, respecto del Ente Contralor.

artículo transitorio (...)", con lo cual a las empresas allí mencionadas se les terminaría aplicando nada más que el artículo décimo de la Ley N° 20.285 y no el 7° de la *Ley de Transparencia* ni ninguna de las disposiciones de esta última normativa legal.

Me parece que esta interpretación, más extensiva de las palabras "esta ley", es inconsistente con el espíritu del legislador que he resumido en los anales antes transcritos, en cuanto a someter, aunque excepcionalmente, a las empresas mencionadas en el artículo 2° inciso 3° también –aunque fuera parcialmente- a la *Ley de Transparencia* y no sólo a lo dispuesto en el artículo décimo de la Ley N° 20.285.

Antes bien, es claro el sentido y alcance que el legislador quiso dar a la normativa, excluyendo –por regla general, pero no absoluta- a ciertas entidades a través de las cuales el Estado desarrolla actividades económicas o participa en ellas de la *Ley de Transparencia*, pero sin sustraerlas totalmente, lo que permitió zanjar las divergencias habidas entre el Senado y la Cámara de Diputados y llegar a la propuesta ecléctica de la Comisión Mixta y que fue aprobada por la unanimidad de los parlamentarios presentes en ambas ramas del Congreso Nacional.

No escapa al suscrito que, como ya lo he advertido, la técnica legislativa así trazada resulta deficiente, al menos en dos sentidos: Por una parte, las sociedades en que el Estado o cualquiera de sus organismos tiene participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, en definitiva, no quedan sometidas, en nada, a la *Ley de Transparencia*, contenida en el artículo primero de la Ley N° 20.285, sino sólo a lo dispuesto en su artículo décimo; y, de otra, las Empresas Públicas y las Empresas del Estado quedan sujetas a una doble obligación en materia de transparencia activa, tanto por vía de lo dispuesto en el artículo 7° de la *Ley de Transparencia* como por lo exigido en el tantas veces mencionado artículo décimo.

Con todo, la defectuosa técnica que he constatado no sirve para justificar que se eluda lo expresamente dispuesto por la ley y lo querido por su autor, mellando la sujeción de aquellas empresas, que, al fin y al cabo, son estatales e integrantes de la Administración, a la *Ley de Transparencia*, estableciendo un equilibrio razonable en su posición de frente a las empresas privadas o a las estatales donde el Estado o sus organismos tienen una participación accionaria inferior al 50% o carecen de mayoría en el directorio, de ma-

nera de no sujetarlas, como éstas, al derecho de acceso a información, pero, al menos, exigirles el respeto de las normas sobre transparencia activa.

En esta línea de pensamiento, asimismo, puede advertirse cómo el artículo décimo de la Ley N° 20.285 sí que las somete, tal y como a sus competidoras, a las mismas reglas, por medio de la Superintendencia que las fiscalice, de manera que, en ese plano –el de la legislación común aplicable a los particulares- las Empresas Públicas, las Empresas del Estado y aquellas en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio quedan sujetas al ordenamiento jurídico que impera para todas, pero imponiéndole los deberes adicionales –dada su inescapable naturaleza estatal, a las dos primeras, en cuanto órganos administrativos- contemplados en el artículo 7° y demás normas conexas de la *Ley de Transparencia*.

Ciertamente y ya lo advertía la doctrina, la elusión del Derecho Público no puede ser absoluta, pues y, al final, es el Estado quien subyace tras las Empresas Públicas y las denominadas Empresas del Estado, pues, “en verdad, *en todos estos casos no hay propiamente una administración extra estatal*; hay sólo un régimen especial de regulación *para órganos que pertenecen al Estado y que cumplen por eso funciones administrativas*”<sup>51</sup>.

No es admisible, entonces, utilizar la persona jurídica para eludir el cumplimiento de una norma imperativa<sup>52</sup>, aunque sea parcialmente en el artículo 7° de la *Ley de Transparencia*, puesto que “el afianzamiento de la concepción formalista unido al “dogma del hermetismo de la persona jurídica” por ella impulsado, es el presupuesto fundamental de la crisis del concepto de persona jurídica y el origen de los abusos del mismo. La posibilidad de jugar al mismo tiempo con la propia personalidad y la de la sociedad –reducida a un mero recurso técnico- abre el horizonte a toda clase de abusos, que se manifiestan en distintos ámbitos: la nacionalidad, el fraude fiscal, los grupos de sociedades, la sociedad unipersonal (...). Será la jurisprudencia norteamericana la que protagonice la reacción más importante frente a esos abusos mediante la llamada doctrina del *disregard of the legal entity* según la cual los jueces pueden penetrar a través de la forma externa de la persona jurídica para alcanzar a las personas y a los bienes que se hallan bajo su cobertura.

---

<sup>51</sup> Manuel Daniel Argandoña citado en *supra* nota 26, p. 127.

<sup>52</sup> Boldó Roda citada en *supra* nota 16, p. 472.

La doctrina jurisprudencial norteamericana del *disregard of the legal entity* será divulgada en Europa a través de la obra de Serick, quien se plantea su posible utilización basándose en la constatación de la existencia de un “abuso de la forma” de la persona jurídica. Existirá dicho abuso cuando con la ayuda de la misma se trata de burlar una ley, quebrantar obligaciones o perjudicar fraudulentamente a terceros”<sup>53</sup>.

En suma, a las Empresas Públicas y a las Empresas del Estado, en cuanto órganos integrantes de la Administración Pública, se les aplica lo dispuesto en el artículo 7° de la *Ley de Transparencia* y las normas conexas con ella, sin perjuicio que, además, rige respecto de ellas lo preceptuado en el artículo décimo de la Ley N° 20.285, el cual también se aplica a aquellas entidades empresariales en que el Estado tiene una participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio.

## **VII. COMPETENCIA DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA**

En segundo lugar, se me consulta acerca de la competencia del Consejo para la Transparencia en relación con las empresas estatales.

Ciertamente, habiendo dilucidado la primera consulta, la respuesta a ésta es consecuencia inevitable de aquélla, sobre la base de recordar que el artículo 32 de la *Ley de Transparencia* señala que el *Consejo* tiene por objeto promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información *de los órganos de la Administración del Estado*, y *garantizar el derecho de acceso a la información*, claro está, que cuando éste sea procedente.

En consecuencia, el *Consejo para la Transparencia* tiene competencia respecto de las empresas estatales que integran la Administración del Estado –las Empresas Públicas y las Empresas del Estado-, en lo que ellas se encuentren regidas por la *Ley de Transparencia*, o sea, en nexo con lo dispuesto en su artículo 7°, sin perjuicio de las obligaciones que esas dos especies de empresas, además de aquellas en que el Estado tiene participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, en orden a cumplir las obligaciones impuestas en el artículo décimo de la Ley N° 20.285, para lo cual se ha conferido competencia a la Superintendencia respectiva.

---

<sup>53</sup> *Id.*, p. 505.

En fin, respecto de las *sociedades de economía mixta*, las *empresas privadas sólo del Estado* y las *entidades de Derecho Privado en que el Estado o sus organismos descentralizados se asocian con particulares* en que el Estado tiene una participación accionaria inferior al 50% o donde no designa a la mayoría en el directorio, el *Consejo para la Transparencia* carece de competencia, desde que no se les aplica la *Ley de Transparencia* ni lo dispuesto en el artículo décimo de la Ley N° 20.285.

Es cierto, para concluir, como ya enuncié, que cuanto he explicado conduce a que las Empresas Públicas y las Empresas del Estado quedan sujetas a una doble vertiente de obligaciones en relación con el principio de publicidad –las contenidas en el artículo 7° de la *Ley de Transparencia* y las que se les imponen en el artículo décimo de la Ley N° 20.285- y, por ende, quedan sometidas, en uno y otro caso, tanto a la competencia del *Consejo para la Transparencia* como a la de la Superintendencia respectiva, constituyéndose en una excepción respecto de la legislación común aplicable a los particulares, en este rubro, ya que las empresas privadas no se rigen por la *Ley de Transparencia* ni se someten, naturalmente, al *Consejo*, lo cual tampoco sucede con las empresas donde el Estado tenga una participación accionaria inferior al 50% o carece de la mayoría en el directorio.

Empero, tal situación excepcional es consistente, por una parte, con la Constitución, que admite que se puedan establecer excepciones en la aplicación de la legislación común, máxime si ella persigue colaborar con la transparencia de entidades que, integrando la Administración del Estado, manejan, gestionan y administran, exclusivamente, recursos que son en su totalidad públicos. Y, de otra, manteniendo el derrotero iniciado hace décadas, en orden a excluir de la aplicación del Derecho Público a las entidades empresariales estatales, pero tal huida no siempre es absoluta y para todo designio, siendo plenamente justificado que se mantenga su sujeción a las reglas de transparencia activa en la doble vertiente explicada, tanto en cuanto a los deberes como respecto de los órganos con competencia para fiscalizar su cumplimiento, cumpliéndose así, además, el acuerdo que permitió zanjar las diferencias habidas entre el Senado y la Cámara de Diputados en el rubro, durante la tramitación de la actual Ley N° 20.285.

## VIII. CONCLUSIONES

A las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado, en cuanto órganos integrantes de la Administración Pública, se aplican las disposiciones contenidas en el artículo primero de la Ley N° 20.285, siempre y cuando aludan expresamente a esas entidades, como ocurre con lo preceptuado en su artículo 7°

Adicionalmente, a esas empresas y a las sociedades en que el Estado o cualquiera de sus organismos tiene participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio se les aplica el artículo décimo de la Ley N° 20.285.

Por ende, el *Consejo para la Transparencia* tiene competencia respecto de las empresas estatales que integran la Administración del Estado –las Empresas Públicas y las Empresas del Estado-, en lo que ellas se encuentren regidas por la *Ley de Transparencia*, o sea, en nexos con lo dispuesto en su artículo 7°, sin perjuicio de las obligaciones que esas dos especies de empresas, además de aquellas en que el Estado tiene participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, en orden a cumplir las obligaciones impuestas en el artículo décimo de la Ley N° 20.285, para lo cual se ha conferido competencia a la Superintendencia respectiva.

A su turno, respecto de las *sociedades de economía mixta*, las *empresas privadas sólo del Estado* y las *entidades de Derecho Privado en que el Estado o sus organismos descentralizados se asocian con particulares* en que el Estado tiene una participación accionaria inferior al 50% o donde no designa a la mayoría en el directorio, el *Consejo para la Transparencia* carece de competencia, desde que no se les aplica la *Ley de Transparencia* ni lo dispuesto en el artículo décimo de la Ley N° 20.285.

Santiago, 23 de diciembre de 2009

**MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ**  
Profesor de Derecho Constitucional