

EL TRAJE NUEVO DEL EMPERADOR: UNA REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA RESPECTO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS

Diego Pardow y Rodrigo Vallejo ¹

*“El niño es inocencia y olvido, la primavera de un nuevo comienzo, un juego, un aro que rueda fuera de sí mismo, un primer movimiento, una santa afirmación” (FRIEDRICH NIETZSCHE)*²

I. Introducción

En su célebre cuento infantil, Hans Christian Andersen relata la historia de un grupo de supuestos sastres que recurriendo a un ingenioso engaño convencieron al emperador de vestirse con un traje invisible. El engaño consistía en hacer creer al emperador y sus funcionarios subalternos que la tela invisible con que estaba urdido el traje tenía ciertas propiedades mágicas, las cuales únicamente permitían apreciar la belleza de la tela a quienes tuvieran un mínimo de inteligencia. De este modo, persuadidos por la congoja de ser considerados mentalmente ineptos, el emperador y sus funcionarios subalternos decidieron abandonar el sentido común y sucumbieron al engaño, provocando que éste desfilara desnudo frente a todo el pueblo. Como lo demuestra el personaje del niño que, imbuido en su inocencia, revela el engaño de la tela invisible, la moraleja de la historia es simple: abandonar el sentido común a pretexto de aparentar inteligencia, puede llevarnos a cometer el más absurdo de los ridículos.

El cuento viene a colación, por las similitudes existentes entre el referido relato infantil y la dogmática puritana que parece haber secuestrado el debate público sobre la transparencia en las empresas públicas³. Recurriendo al

¹ Diego Pardow Lorenzo es Abogado de la Universidad de Chile y Profesor Invitado del Departamento de Derecho Privado, Universidad de Chile. Rodrigo Vallejo Garretón es Abogado de la Universidad de Chile y Ayudante del Departamento de Derecho Público, Universidad de Chile. Los autores agradecen al profesor Carlos Carmona Santander por sus valiosos comentarios y consejo especializado. Las opiniones aquí expresadas son de exclusiva responsabilidad de los autores.

² Nietzsche, Friedrich, *Así habló Zaratustra*, (Alianza Editorial), 1993, 27.

³ Ver por ejemplo, “Empresas Públicas y Transparencia”, en *El Mercurio* de 25 de junio de 2009; “Fallo

ejercicio retórico de contraponer transparencia y opacidad en una dicotomía moral, un influyente sector de la opinión pública intenta persuadirnos de que cualquiera que no aprecie las bondades de vestir a las empresas públicas con un traje completamente invisible estaría tomando partido por el oscurantismo y la corrupción⁴. La moraleja nuevamente es simple: abandonar el sentido común a pretexto de ser calificado como políticamente incorrecto puede conducirnos hacia una regulación extremista y desequilibrada. Desde esta perspectiva, nuestro comentario busca superar la innecesaria dicotomía moral entre transparencia y opacidad, para evaluar la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia (en adelante el CPLT) sobre las empresas públicas en atención a los objetivos de política pública perseguidos por la Ley sobre Acceso a la Información Pública.

Como toda regulación, la Ley sobre Acceso a la Información Pública buscaba aumentar de alguna forma el bienestar de la sociedad. En términos generales, los deberes de publicidad y transparencia pueden perseguir beneficios externos a la empresa, como sucede con la normativa sobre hechos esenciales de la Ley N°18.045 y sus efectos en el funcionamiento general del mercado de valores; o bien beneficios internos, como sucede con los deberes de información hacia los accionistas de la Ley N°18.046 y sus efectos en el gobierno corporativo de la compañía. Por un lado, mayores niveles de transparencia permiten corregir las asimetrías de información en el mercado de valores y disminuir el costo asociado al financiamiento de proyectos empresariales⁵. Por otro, mayores niveles de transparencia también contribuyen a mejorar la fiscalización sobre los administradores de la compañía y evitar que puedan desviar los recursos de la empresa para satisfacer sus intereses personales⁶. Atendido que las empresas públicas generalmente no recurren al mercado de valores en busca de financiamiento, los deberes de publicidad o transparencia que se les imponen mediante la Ley sobre Ac-

del Consejo de Transparencia Sobre Empresas Públicas”, en *La Tercera* de 29 de junio de 2009; “Publicidad de los actos estatales: venciendo la cultura de la opacidad”, en *Revista Ideas & Propuestas* de 31 de marzo de 2009; y, “Consejo de la Transparencia: Cinco Desafíos”, en *Revista Temas Públicos* de 3 de octubre de 2008.

4 Pardow, Diego y Vallejo, Rodrigo, “Fiscalización y transparencia en las empresas del Estado: ¿Es más sinónimo de mejor?”, en 71 *Revista de Derecho Público*, 220-240.

5 Bushman, Robert y Smith, Abbie, “Transparency, Financial Accounting Information, and Corporate Governance”, en *FRBNY Economic Policy Review*, 65-87.

6 Hermalin, Benjamin y Weinsbach, Michael, *Transparency and Corporate Governance*, National Bureau of Economic Research Working Papers, N°12875, 2007.

ceso a la Información Pública deben entenderse principalmente como un mecanismo para mejorar sus estándares de gobierno corporativo⁷.

También, como toda regulación, la Ley sobre Acceso a la Información Pública produce necesariamente daños colaterales. En particular, aumentar los niveles de transparencia en una empresa típicamente genera dos tipos costos: en primer lugar, los costos directos asociados a los recursos humanos y materiales destinados a producir la información que debe divulgarse; y, en segundo lugar, los costos indirectos derivados de poner información estratégica al alcance de potenciales competidores y futuras contrapartes⁸. A diferencia de lo que sucede con otros órganos del Estado, la Constitución Política exige que las empresas públicas tengan un régimen jurídico análogo al que rige a las empresas privadas con las que compiten⁹. Por esta razón, una revisión de su historia fidedigna revela que la finalidad de extender la Ley sobre Acceso a la Información Pública a las empresas públicas consistió en homologar los estándares de transparencia a que están sujetas las empresas públicas con los deberes de información de las sociedades anónimas que se transan en bolsa¹⁰. En otros términos, el objetivo de política pública perseguido por el legislador

7 El proceso de admisión de Chile a la OCDE gatilló un conjunto de reformas al gobierno corporativo de las empresas públicas en dos ámbitos diferentes. Por un lado, existen reformas orgánicas que establecen un nuevo diseño institucional para el Sistema de Empresas Públicas de CORFO, así como nuevos mecanismos de selección para sus directores y gerentes. Por otro lado, se incluyen reformas funcionales que buscan adaptar al contexto de las empresas públicas los procedimientos con que las sociedades anónimas abiertas controlan la gestión de la empresa, auditan los registros contables por terceros independientes y enfrentan los conflictos de intereses de directores o gerentes. Según se verá, la historia de la Ley sobre Acceso a la Información Pública fue concebida como una reforma del segundo tipo.

8 Aunque no se refiere directamente a la situación de las empresas públicas, los cambios en la regulación norteamericana sobre mercado de valores después del denominado *Caso Enron* han generado abundante literatura especializada acerca de los costos directos de la transparencia. Un estudio actualizado en Leuz, Christian y Wisoki, Peter, "Economic Consequences of Financial Reporting and Disclosure Regulation: What we have learned?" (2007) Disponible en: www.intacct-research.org/files/intacct/10576.pdf. Para una introducción a los costos indirectos que genera la transparencia, Hayes, Rachel y Lundholm, Russel, "Segment Reporting to the Capital Market in the Presence of a Competitor", en 34 *Journal of Accounting Research*, 261-279; y, Wagenhofer, Alfred, "Voluntary Disclosure with a Strategic Opponent", en 12 *Journal of Accounting and Economics*, 341-364.

9 Vallejo, Rodrigo y Pardow, Diego, "Derribando Mitos Sobre El Estado Empresario", en 1 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35, 135-156.

10 En este sentido, el entonces Ministro Viera-Gallo señalaba durante la tramitación del proyecto que "en cuanto a las empresas públicas, es muy importante lo dispuesto en el artículo décimo transitorio, respecto al cual, después de una larga discusión, hubo coincidencia en que las disposiciones consagradas en el proyecto son similares a las que hoy rigen en las empresas privadas respecto a la información que deben proporcionar a las Superintendencias respectivas. Es decir, en materia de transparencia, Televisión Nacional de Chile no tendrá ninguna obligación adicional a las que imperan en Chilevisión o Megavisión, con las cuales compete, pero tampoco ninguna menos", en Sesión N°84 del Senado, 16 de enero de 2008.

consistió en obtener los beneficios de mejorar el gobierno corporativo de las empresas públicas, imponiéndoles costos similares a los que soportan sus competidores privados.

Sin embargo, una revisión de la jurisprudencia del CPLT durante su primer año de funcionamiento revela una preocupante intención de soslayar el objetivo de política pública perseguido por el legislador y reemplazarlo por ciertas convicciones personales acerca de las virtudes invisibles de la transparencia. Para efectos de este análisis, la jurisprudencia del CPLT sobre empresas públicas puede agruparse siguiendo la división temática de la Ley sobre Acceso a la Información Pública entre deberes de transparencia pasiva y activa. Mientras, en el primer grupo, las controversias se han centrado en el ámbito de competencia que tendría el CPLT para conocer de la negativa de las empresas públicas a entregar información requerida por particulares, el segundo grupo se refiere a las controversias respecto del nivel de publicidad exigible a las empresas públicas respecto de la remuneración de sus directores y gerentes. El objetivo de nuestro comentario es utilizar ambos grupos de controversias para evaluar críticamente el desempeño del CPLT como órgano encargado de ponderar la necesidad de transparencia con el referido principio de igualdad de régimen jurídico entre las empresas públicas y privadas. Para ello, primero se revisarán los principales hitos de la decisión de someter a las empresas públicas al régimen de la Ley sobre Acceso a la Información Pública, para posteriormente abordar en capítulos separados cada uno de los mencionados grupos de controversias.

II. El estatuto de acceso a la información para las empresas públicas

Como es sabido, la Ley sobre Acceso a la Información Pública no es la primera regulación sobre la materia en nuestro ordenamiento y su objetivo principal era simplemente establecer procedimientos adecuados para desarrollar el principio de publicidad de la función pública, incorporado en el artículo 8 de nuestra Constitución Política durante la reforma del año 2005^{II}. De este

II Para un análisis del proceso de reforma constitucional, Fernández, Miguel Ángel, “El principio de publicidad de los actos estatales en el nuevo artículo 8 inciso segundo de la Constitución Política”, en *Reforma Constitucional*. (LexisNexis) 2005, 191-205. Con todo, esperamos demostrar a lo largo de este trabajo que los efectos normativos atribuidos por el autor a la disposición constitucional en comento, resultan francamente insólitos teniendo en cuenta el espíritu y tenor literal de la Ley sobre Acceso a la Información Pública.

modo, con la Ley sobre Acceso a la Información Pública se daba por terminado un largo proceso de reformas destinado a corregir las malas prácticas administrativas que hacían ilusorias las reglas de transparencia establecidas originalmente en los artículos 13 y 14 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado¹². Cabe destacar que estas malas prácticas no solamente habían sido sancionadas en instancias judiciales y administrativas, sino que también fueron la causa de emblemáticas condenas por tribunales internacionales en contra del Estado de Chile¹³.

Antes de la Ley sobre Acceso a la Información Pública, no existía certeza acerca de si las empresas públicas se encontraban efectivamente sometidas a las reglas de transparencia establecidas en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado¹⁴. De hecho, la primera vez que el Congreso Nacional discutió específicamente sobre la conveniencia de aplicar las reglas generales de transparencia a las empresas públicas fue precisamente en el contexto de la Ley sobre Acceso a la Información Pública¹⁵. No debe extrañar que este impulso en la agenda legislativa haya venido determinado por los publicitados casos relativos a la negativa de TVN, CODELCO y Banco Estado para cumplir con un conjunto de solicitudes de información por parte de miembros del Congreso, amparadas en el supuesto ejercicio de la fiscalización parlamentaria. La frustración que generó la actitud de las empresas públicas, sumada a los escándalos por malversación de fondos en algunas de ellas, terminaron por persuadir a nuestros parlamentarios de que las reglas sobre transparencia constituían un mecanismo apropiado para corregir los problemas de gestión

12 Para una exposición acerca del contexto político de este proceso, Cordero, Luis (2006), “Vida, obra y muerte del acceso a la información administrativa o cómo implementar inadecuadamente una regulación legal”, en 309 *Gaceta Jurídica*.

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, 19 de septiembre de 2006. Un análisis de su contexto e implicancias en, Muñoz, Alex, “Chile y el Acceso a la Información Pública”, en *Anuario de Derechos Humanos 2007*, (Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile) 2007. Para una revisión de la jurisprudencia judicial, Contesse, Jorge, “La opacidad del legislador y la indulgencia judicial”, en *Libertad de Expresión en Chile*, (Universidad Diego Portales) 2006, 97-198. Con relación a los pronunciamientos administrativos, pueden consultarse los dictámenes de la Contraloría General de la República (CGR) N°35.259/2000, 42.779/2000, 4.228/2002, 35.421/2003, 2.420/2004, 9.206/2004, 14.807/2004 y 49.883/2004.

14 Aunque en su Dictamen N°21.763/2004 la CGR había resuelto que CODELCO debía sujetarse al este estatuto común aplicable a los órganos de la administración del Estado, las propias leyes orgánicas de CODELCO y de la mayoría de las empresas públicas eximen a este tipo de organismos de las reglas generales del sector público, ver Pardow y Vallejo, *op. cit.*, nota 3, 226-230.

15 Ver, Boletín N°3773-06.

y de conflictos de intereses en las empresas públicas¹⁶. Esta convicción se asentó inicialmente entre la mayoría de los parlamentarios, marcando una fuerte tensión entre el Gobierno y el Congreso durante el debate legislativo.

Originalmente, el proyecto de ley no contemplaba mención alguna a las empresas públicas. Sin embargo, el punto fue incorporado tempranamente a la discusión por el Senador Larraín mediante la presentación de indicaciones que buscaban explícitamente sujetar a las empresas públicas a ciertas reglas especiales de transparencia activa y al deber de divulgar las actas de sus respectivos directorios¹⁷. Con todo, solamente la primera de estas medidas fue aprobada con ciertas modificaciones. La segunda fue rechazada en la sala del Senado debido a que implicaba sujetar a las empresas públicas a estándares de publicidad más exigentes que los aplicables a las empresas privadas, lo que a su vez terminaba afectando su capacidad competitiva¹⁸. La relevancia de esta primera decisión legislativa, que se irá asentando a lo largo del debate, es que permite comprender que el criterio para orientar la aplicación de las reglas de transparencia a las empresas públicas era simplemente homologar los estándares que rigen a las empresas privadas¹⁹.

16 Resulta ilustrativa la intervención del Senador Leal durante la discusión del proyecto, quién señalaba que incorporar “a CODELCO, a Televisión Nacional y al Banco del Estado, hará que desaparezca la sombra que existía hasta ahora, porque algunas empresas aducen que, no obstante ser públicas, no son del Estado y que, por lo tanto, no se rigen por las normas sobre fiscalización de la Cámara de Diputados”, en, Sesión N°35 de la Cámara de Diputados, 13 de junio de 2007.

17 Ver, indicaciones N°23, 24 y 25 presentadas el 11 de julio de 2005.

18 En este sentido, el Senador Vásquez consignaba en actas 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 (...) 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”. Así también, el Senador Orpis da cuenta del consenso político alcanzado apuntando que “se está haciendo el esfuerzo de introducir cambios de envergadura en los gobiernos corporativos de las empresas públicas, los cuales van mucho más allá de la norma establecida en este artículo, que procura asimilarlas a las normas de la Ley de Valores y de la Ley de Sociedades Anónimas en cuanto al acceso a la información, a la transparencia, a la información privilegiada, a los actos entre personas relacionadas. Es decir, estamos ante una proposición de bastante trascendencia. Al menos desde mi punto de vista, la objeción apunta a que en esta norma estamos siendo más exigentes que la propia Ley de Sociedades Anónimas. Por lo tanto, sin perjuicio de apuntar hacia una mayor transparencia e información, creo que en esta materia lo correcto sería asimilar la situación de las empresas públicas a la de las sociedades anónimas abiertas”, en Sesión N°38 del Senado, 4 de octubre de 2005 y Sesión N°39 del Senado, 5 de octubre de 2005.

19 En palabras de la Senadora Matthei analizando la referida indicación: “Estando absolutamente a favor de avanzar hacia una mayor transparencia en el trabajo de las empresas públicas, anuncio que votaré en contra del artículo. Porque, publicar las actas de los directorios de las empresas a los cinco días de haberse realizado una sesión, me parece realmente algo complicado. Hay una serie de problemas que, aunque no

Como consecuencia de la condena al Estado de Chile en la Corte Interamericana de Derecho Humanos, el proyecto de ley que se había originado en una moción de los Senadores Gazmuri y Larraín obtuvo el patrocinio del Gobierno mediante una indicación sustitutiva que dejaba explícitamente a las empresas públicas fuera de su ámbito de aplicación. Los fundamentos del Gobierno para justificar esta decisión fueron que, pese a estar regidas por el principio de publicidad del artículo 8 de la Constitución Política, su artículo 19 N°21 exigía también respetar un principio de igualdad de régimen jurídico. A su turno, ello impedía aplicar a las empresas públicas los deberes generales de transparencia establecidos para los demás órganos de la administración del Estado y resultaba preferible diferir esa discusión para una instancia técnicamente más apropiada, como lo era el proyecto de ley sobre gobiernos corporativos de las empresas públicas que ya incorporaba deberes especiales de publicidad adaptando la regulación existente para las sociedades anónimas abiertas²⁰.

Si bien la posición del Gobierno propició cierto apoyo parlamentario, la mayoría de nuestros legisladores consideraban que la actitud de las empresas públicas frente a sus solicitudes de información constituía un verdadero desacato y decidieron tomar revancha insistiendo inicialmente en incorporarlas al estatuto general de Ley sobre Acceso a la Información Pública²¹. Frente a ello, el Gobierno argumentó persistentemente que este proyecto buscaba regular un ámbito diverso del régimen de fiscalización parlamentaria y que, en consecuencia, sus posibles deficiencias debían ser abordadas en la discusión de las

afectan la política comercial, el secreto de otras personas, van marcando pautas y rumbos. El BancoEstado, por ejemplo, compite con otros, que son privados. Televisión Nacional compite con canales que son universitarios o privados. Por lo tanto, no me parece adecuado pedir a estas empresas públicas algo que las privadas que compiten con ellas no realizan. El artículo en debate exagera en su búsqueda de la transparencia, causando, en mi concepto, un perjuicio a tales empresas", en Sesión N°38 del Senado, 4 de octubre de 2005.

20 Sesión N°35 de la Cámara de Diputados, 8 de mayo de 2007.

21 Como lo consigna la cuenta de la discusión parlamentaria, la negativa de las empresas públicas a responder las solicitudes de información fue un elemento clave en la convicción del Congreso: *"El Diputado señor Leal destacó la claridad de la argumentación entregada, pero recordó que las empresas del Estado se escudaban en la inexistencia de normas que les obligaran a entregar información, a consecuencias de lo cual, por citar un ejemplo, la Cámara de Diputados tardó seis años en hacerse de la información relacionada con la remuneración de los ejecutivos de la Corporación Nacional del Cobre. (...) El Diputado señor Cardemil advirtió que de acogerse la proposición del Ejecutivo, Ferrocarriles del Estado, Televisión Nacional, Banco Estado y la Corporación Nacional del Cobre no podrían ser fiscalizadas, por cuanto se trata de entidades que de acuerdo a sus respectivas leyes orgánicas no están afectas a las normas generales que rigen al sector público, salvo que se las mencione expresamente"*, *Ibid.*

reformas a la ley orgánica del Congreso Nacional²². Finalmente, esta tensión derivó en una solución de consenso que permitió seguir adelante con el proyecto de ley: una indicación para incorporar a las empresas públicas dentro de la Ley sobre Acceso a la Información Pública, pero bajo un régimen especial que comprendía exclusivamente ciertos deberes específicos de transparencia activa y obligaciones adicionales de entregar información a la Superintendencia respectiva²³. En definitiva, esta indicación fue aprobada por unanimidad en las comisiones respectivas y posteriormente ratificada por la sala.

Como se aprecia, la historia de la Ley sobre Acceso a la Información Pública demuestra fehacientemente que la intención del legislador era someter a las empresas públicas a un régimen especial que ponderase los principios constitucionales de transparencia de la función pública y de igualdad de régimen jurídico con la empresa privada²⁴. De este modo, aunque cierta corriente de opinión insista en las virtudes invisibles de someter a las empresas públicas al estatuto común de la Ley sobre Acceso a la Información Pública, lo cierto es que el Congreso rechazó expresamente esta alternativa en una decisión soberana de política pública. Lamentablemente, según se verá, la dogmática puritana de la transparencia dejó de ser una minoría política que se oponía a la solución de consenso en el Congreso para incrustarse como votos de minoría en el CPLT y prevenciones en la Corte de Apelaciones de Santiago. Por esta razón, esperamos que las siguientes secciones de este trabajo contribuyan a que esas ideas que fueron incapaces de persuadir a la mayoría por la vía democrática, no terminen imponiéndose bajo el alero de la libertad interpretativa que caracteriza a los principios constitucionales²⁵.

22 “Los representantes del Ejecutivo estimaron que las discrepancias decían relación más bien con aspectos relacionados con la técnica legislativa y la oportunidad de la legislación que se propone, por cuanto todos son partidarios de transparentar la información. Precisaron que se trataba de un proyecto que no era de fiscalización sino que sólo buscaba, en términos generales, transparentar el acceso a la información pública para el común de los ciudadanos. Las cuestiones relacionadas con la fiscalización parlamentaria a las empresas del Estado deberían tratarse en la respectiva ley orgánica. Por otra parte, el hecho de que no figuraran en esta normativa las empresas del Estado, no implicaba una absoluta carencia de control por cuanto todas ellas están sujetas a la respectiva Superintendencia o a la Contraloría General de la República”, *Ibid.*

23 Sesión N°35 de la Cámara de Diputados, 8 de mayo de 2007.

24 Como lo expuso el entonces Ministro Viera-Gallo “el principio que se estableció es la total equivalencia o simetría entre la empresa pública y la privada, siguiendo la norma constitucional sobre el Estado empresario, que establece que las empresas públicas se regirán 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”, en Sesión N°35 de la Cámara de Diputados, 13 de junio de 2007.

25 Para una interpretación de la Ley sobre Acceso a la Información Pública desde enfoque, ver Contesse,

III. Los deberes de transparencia pasiva y las empresas públicas

El primer ámbito de controversia sobre la Ley sobre Acceso a la Información Pública ha radicado en determinar si sus reglas de transparencia pasiva resultan aplicables a las empresas públicas y, a partir de ello, definir si el CPLT sería competente para conocer de las solicitudes de amparo del derecho de acceso a la información deducidas en contra de ellas. Durante el año 2009, el CPLT se pronunció en cuatro oportunidades sobre el asunto, resolviendo declararse incompetente en idénticos fallos divididos²⁶. En síntesis, dichas decisiones se fundaron en que las atribuciones del CPLT estarían restringidas a velar por el cumplimiento de las obligaciones establecidas en “*esta ley*” y las empresas públicas estarían sujetas únicamente a ciertos deberes especiales de transparencia activa, de manera que el CPLT sería incompetente para conocer de solicitudes de amparo al derecho de acceso a la información sustentadas en disposiciones que no resultan aplicables a este tipo de organismos²⁷.

En contraste, el voto de minoría del Consejero Urrutia consideró que el CPLT sería competente para conocer las solicitudes de amparo, atendido que los deberes de transparencia pasiva establecidos en la Ley sobre Acceso a la Información Pública serían plenamente aplicables a las empresas del Estado. Para ello considera, en primer lugar, que su artículo primero regula el derecho de acceso a la información de manera genérica y respecto de todos los órganos de la administración del Estado, entre los cuales se encuentran las empresas públicas. Luego sostiene que la expresión “*también*” utilizada por el artículo segundo, al referirse a las empresas públicas, tendría por objeto reconocer la posibilidad de aplicarles otras normas que las mencionen explícitamente, pero no excluir a este tipo de organismos de las disposiciones generales que rigen a la generalidad de los órganos de la administración del Estado. Finalmente, estima que, como el principio de publicidad establecido en la Constitución Política resulta expresamente aplicable a las empresas públicas, sin distinguir entre obligaciones de transparencia activa y pasiva, no correspondería al CPLT distinguir²⁸.

Jorge (ed.), Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2009 Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales) 2009, 143-170.

26 Ver, los procesos seguidos ante el CPLT bajo los números de expediente A4-09, A69-09, A106-09 y A202-09.

27 Decisión Reclamo N°A4-09, considerandos 7° y 8°, a cuya doctrina se ha remitido expresamente el CPLT para resolver los demás amparos.

28 Voto de minoría en Reclamo N°A4-09, a cuya doctrina también se han remitido expresamente para fundar su decisión en los demás amparos señalados.

Por último, un reciente fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago viene a coronar el cuadro jurisprudencial instalando todavía mayores grados de incertidumbre en la materia. Conociendo del primer recurso de reclamación deducido contra las decisiones del CPLT en esta materia, y a pesar de rechazar de plano el recurso por su extemporaneidad, la Corte termina realizando una escueta afirmación en su parte resolutive, señalando que todo lo anterior era “no obstante haber sido el Consejo para la Transparencia plenamente competente para conocer del reclamo de habeas data [sic] deducido por el recurrente”. Esta parca declaración, junto con una extraña prevención suscrita por el Ministro Barra, han generado un insólito entusiasmo en ciertas corrientes de opinión que publicitan este fallo como un supuesto respaldo al razonamiento del voto de minoría del Consejero Urrutia²⁹. No obstante, existen al menos tres grupos de razones que exigen interpretar esta resolución con un alcance totalmente diverso.

En primer lugar, una revisión mínimamente respetuosa de la historia fidedigna de la Ley sobre Acceso a la Información Pública deja en evidencia que la decisión de incluir a las empresas públicas en su ámbito de aplicación fue consecuencia de un acuerdo político explícito, que implicaba someterlas a un régimen especial y excluirlas de las reglas comunes en materia de transparencia pasiva y activa aplicables a la generalidad de los órganos de la administración del Estado³⁰. En segundo lugar, un análisis exegético del artículo segundo

29 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°4625-2009, integrada por los Ministros Cornelio Villarroel, Mauricio Silva y Antonio Barra. Este último redactó una extraña prevención argumentando que la competencia del CPLT para resolver la solicitud podía fundarse “además” en la potestad explícita que el artículo 8 de la Ley sobre Acceso a la Información Pública le atribuye para conocer de las infracciones a las reglas de transparencia activa cuya aplicación no habría estado en cuestión por las partes. Ello atendido que la obligación de publicar “los actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros” que establece su letra g), habría obligado en dicho caso a BancoEstado a hacer pública preventivamente la información que estaba solicitando el recurrente. Sin embargo, resulta evidente que los deberes de transparencia activa establecidos en el artículo 7 nunca se aplican a las empresas públicas, precisamente porque ellas tienen las reglas especiales del artículo décimo. Lo anterior jamás ha estado en discusión y por tanto la prevención del Ministro Barra seguramente obedece a un simple mal entendido que no puede servir para determinar el sentido y alcance de la referida parte resolutive.

30 Tratándose de las obligaciones de transparencia pasiva, ello queda de manifiesto en la discusión motivada por la indicación que formalizó esta decisión de consenso: “Ante las afirmaciones del Diputado señor Nicolás Monckeberg en el sentido de que la proposición sería insuficiente porque no incluiría a las empresas públicas en las reglas sobre transparencia pasiva y las de los Diputados señores Cardemil y Eluchans en el sentido de que si las empresas públicas estarían obligadas a entregar la información en los mismos términos que las sociedades anónimas abiertas, significaría que esa información sería la que debe figurar en la Ficha Estadística Codificada Uniforme (FECUS), que trimestralmente deben las sociedades anónimas abiertas entregar a la Superintendencia de Valores y Seguros, pero los accionistas de estas sociedades también pueden acceder, si la solicitan, a la información que dichas empresas tienen pero que no figura en la FECUS; en consecuencia, si se quiere asimilar la situación de las empresas públicas a la de las sociedades anónimas abiertas y siendo,

de la Ley sobre Acceso a la Información Pública revela que esta disposición distingue claramente en sus diversos incisos entre el estatuto común aplicable a la generalidad de los órganos de la administración del Estado, establecido en el artículo primero de la ley, y los regímenes especiales de transparencia establecidos en los artículos siguientes para ciertos órganos específicos de la administración y otros órganos del Estado. En particular, los artículos quinto, séptimo y décimo de la ley regulan a la Contraloría General de la República (CGR), el Banco Central y las empresas públicas, mientras que los artículos sexto, octavo y noveno contemplan al Congreso Nacional, el poder Judicial, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral. Finalmente, ambos razonamientos vienen ratificados por el Reglamento de la Ley sobre Acceso a la Información Pública, que explícitamente excluye a las empresas públicas de las reglas comunes aplicables a la generalidad de los órganos de la administración del Estado.

en definitiva, todos los chilenos accionistas de las primeras, lo lógico sería que esa información no incluida en la FECUS fuera también pública y, por lo mismo, debieran las empresas públicas estar afectas a las disposiciones sobre transparencia pasiva, el Diputado señor Saffirio hizo presente que no había similitud entre ambos tipos de empresas porque el accionista de una sociedad anónima tiene un interés patrimonial claro, producto de su derecho de propiedad y, por lo tanto, nunca solicitará que se haga pública una información que pondría a su empresa a merced de la competencia, con las negativas repercusiones que ello tendría en sus dividendos y en el precio de sus acciones. Por ello, so pretexto de la transparencia, no es posible pedir a las empresas que compiten en el mercado y a las cuales se exige eficiencia, que entreguen información que administración alguna, en su sano juicio, estaría dispuesta a entregar si con ello puede perder posición en el mercado” en Sesión N°35 de la Cámara de Diputados, 8 de mayo de 2007.

DISCUSIÓN LEGISLATIVA	TEXTO DE LA LEY	APLICACIÓN REGLEMENTARIA
Constituye un logro haber incorporado a los principios de transparencia activa y pasiva del artículo quinto a las empresas públicas creadas por ley. Éste fue un reclamo transversal del Congreso Nacional. Todos los diputados planteamos que no era posible que empresas públicas no se dejaran fiscalizar. No se ha logrado todo lo que queríamos, pero hay un avance (...).	Artículo 2°.- Las disposiciones de esta ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.	Artículo 2.- Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este reglamento serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.
En materia de transparencia pasiva, se consagra la obligación de darle a cualquier ciudadano al menos la información contenida en la FECU de una empresa privada, de una sociedad anónima, y sanciona el incumplimiento de esta obligación con multa a beneficio fiscal. Me parece importante este avance; al fin dejamos a las empresas públicas sujetas a algún grado de requerimiento ciudadano en materia de información.	La Contraloría General de la República y el Banco Central se ajustarán a las disposiciones de esta ley que expresamente ésta señale, y a las de sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 1° precedente. 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.	No se aplicarán a la Contraloría General de la República, al Banco Central, 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 (...). Dichos organismos se regirán por las disposiciones de la ley N° 20.285 que ésta expresamente señale y por las disposiciones de sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 1° precedente.

Tabla 1. Espíritu, tenor literal y aplicación reglamentaria de las reglas sobre transparencia pasiva.

Como puede advertirse, el voto de minoría del Consejero Urrutia instrumentaliza la interpretación del principio constitucional de publicidad para desconocer tanto el espíritu de la Ley sobre Acceso a la Información Pública como su tenor literal y aplicación reglamentaria. Esta forma de razonamiento, olvidada que las reglas legales y reglamentarias son un producto de la ponderación entre diversas opciones de política pública, todas constitucionalmente admisibles, pero que compiten por imponerse mediante procedimientos democráticos³¹. Probablemente, el Consejero Urrutia fue incapaz de abstraerse de las frustraciones que experimentó al intentar fiscalizar las empresas públicas durante su labor parlamentaria, apelando así al espacio de libertad interpretativa que caracteriza a los principios constitucionales para simplemente perseverar en sus convicciones personales³². Más allá de los aplausos que seguramente recibirá esta interpretación en la cínica corte del emperador, el problema es que confundir los roles de legislador y juez resulta gravísimo, pues no solamente significa despreciar el proceso de deliberación democrática y de este modo la propia dignidad de la representación ciudadana, sino que también implica transformar en derecho vigente a una mera disidencia política³³.

Ahora bien, respecto de la competencia del CPLT para conocer de solicitudes de amparo deducidas en contra de empresas públicas, el voto de mayoría parece haber asumido una interpretación extrañamente restringida. En términos generales, la competencia de los organismos públicos viene determinada por una combinación entre sus funciones genéricas y sus diversas atribuciones específicas³⁴. De este modo, parece claro que la función de “*garantizar el derecho de acceso a la información*” establecida en el artículo 32 de la Ley sobre

31 Sobre la importancia de que nuestros jueces respeten la distinción entre reglas y principios, Aldunate, Eduardo: “El efecto de irradiación de los derechos fundamentales”, en *La constitucionalización del derecho chileno*, (Editorial Jurídica de Chile) 2003, 13-38; y, Lovera, Domingo y Ugarte, José Luis: *Sobre la (peligrosa) irrelevancia de la distinción entre reglas y principios*, actualmente inédito y de próxima publicación.

32 El Consejero Urrutia ejerció durante dos periodos sucesivos como diputado del Distrito N°14 de Viña del Mar, en representación del partido Renovación Nacional. Entre otras, integró la Comisión Especial de CORFO y la Comisión Investigadora de CODELCO que tuvo lugar como consecuencia del escándalo público por los fraudes de Juan Pablo Dávila, disponible en línea: <http://biografias.bcn.cl>. Para una advertencia específica sobre esta anomalía hermenéutica en la apelación a principios constitucionales, Alcalde, Enrique (2008), “Relación entre valores y principios generales de derecho en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en Chile”, en 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35, 463-484.

33 Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, (Cambridge University Press) 1999.

34 Tschorne, Samuel: “Comentario de la jurisprudencia sobre Derecho Administrativo del año 2004”, en 2 *Revista de Derecho*, 855-856.

Acceso a la Información Pública, junto con la atribución específica de “*resolver los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados*” que su artículo 33 letra b) entrega al CPLT, permitirían al menos conformar una potestad inherente para pronunciarse sobre este asunto³⁵. Ello es consistente con el amplio reconocimiento institucional de la competencia exclusiva del CPLT para resolver las solicitudes que se formulen en el marco de la Ley sobre Acceso a la Información Pública dentro del orden administrativo³⁶, así como también con el principio de inexcusabilidad que rige a todos quienes desarrollan procedimientos administrativos. Sin embargo, sorpresivamente, el CPLT asumió que carecía de las atribuciones necesarias para pronunciarse sobre el fondo de la pretensión deducida.

Lamentablemente, es posible que la decisión del CPLT haya estado motivada por la claridad con que los distintos elementos interpretativos de la Ley sobre Acceso a la Información Pública descartan la posibilidad de aplicar a las empresas públicas las reglas generales sobre transparencia y, en particular, los deberes de transparencia pasiva. En el fondo, pareciera que el CPLT prefirió declararse incompetente antes que adoptar la impopular decisión de rechazar los recursos. A nuestro entender, esto fue lo que razonablemente intentó corregir la Corte de Santiago con la frase final de su pronunciamiento, reafirmando que el CPLT era el organismo competente para pronunciarse respecto de este tipo de solicitudes, aunque fallando conforme a derecho deba rechazarlas por improcedentes. En definitiva, este grupo de controversias demuestra que la incapacidad del CPLT para adoptar decisiones políticamente incorrectas terminó por resucitar una discusión que había sido ampliamente zanjada mediante los procedimientos democráticos de la discusión legislativa.

IV. Los deberes de transparencia activa en las empresas públicas

El segundo ámbito donde la Ley sobre Acceso a la Información Pública ha generado controversia dice relación con la extensión de los deberes de transparencia activa a que estarían sujetas las empresas públicas. Específicamente, la controversia se refiere

35 En efecto, el ordenamiento jurídico administrativo siempre ha reconocido que junto con las potestades expresas, los órganos de la administración cuentan con una serie de potestades inherentes que pueden inferirse de éstas y que determinan sus respectivos ámbitos de competencia, con el objeto de dotar de coherencia e integridad a su actuar en relación con los fines regulatorios propuestos por el legislador. Santamaría, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, tomo I, (Editorial Iustel) 2004, 425-426.

36 Véanse a modo ilustrativo dictámenes de la CGR N°3.591/2010, N°68.966/2009 y 68.314/2009.

al nivel de transparencia que resultaría exigible a las empresas públicas respecto de la remuneración de sus directores y gerentes³⁷. Por un lado, las empresas públicas, lideradas por Televisión Nacional de Chile (TVN), sostienen que solamente estarían obligadas a informar en detalle la remuneración de los miembros del directorio y del cargo equivalente al gerente general, mientras que la remuneración de los restantes cargos directivos o gerenciales podría ser divulgada de manera consolidada. Por otro lado, el CPLT sostiene que este tipo de organismos estaría obligado a informar en detalle tanto la remuneración de los miembros del directorio y del cargo equivalente al gerente general, como la de los que ejerzan una función similar a los gerentes de área (v.g. gerente de operaciones, gerente de ventas, gerente de finanzas) y de todo otro cargo con capacidad relevante para tomar decisiones dentro de la compañía.

Tratándose de los deberes de transparencia activa, el objetivo regulatorio de homologar los estándares de publicidad entre las empresas públicas y las sociedades anónimas abiertas resulta especialmente evidente. Esta intención no solamente fluye de diversos pasajes de la historia de la ley, sino que los distintos literales del artículo décimo de la Ley sobre Acceso a la Información Pública parecieran haberse conformado con recoger ciertos deberes generales de informar establecidos en la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Mercado de Valores, para luego adaptarlos al contexto de las empresas públicas³⁸. Esta similitud se reproduce a nivel reglamentario entre el Instructivo General N°5 del CPLT y la Norma de Carácter General N°30 de la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS)³⁹. Según se muestra en la siguiente tabla, la principal diferencia entre los deberes de transparencia activa de las empresas públicas y los deberes de informar de las sociedades anónimas abiertas se refiere precisamente al asunto que suscita controversia, esto es, el nivel de detalle con que debe informarse la remuneración de los directores y gerentes de las compañías⁴⁰.

37 Ver, los procesos seguidos ante el CPLT bajo los números de expediente R12-09 y R15-09, así como el Oficio N°150/09 del CPLT respecto de la Empresa Periodística La Nación S.A. y el Instructivo de los Ministerios del Interior, Hacienda y Secretaría General de la Presidencia, de 17 de abril de 2009.

38 Una introducción a los deberes de informar en el ámbito de las sociedades anónimas, en Carey, Guillermo, *De la sociedad anónima y la responsabilidad civil de los directores*, (Editorial Universitaria) 1993, 181-201.

39 Para una revisión exhaustiva de la estructura y contenido de la Norma de Carácter General N°30 de la SVS, Núñez, David, *Responsabilidad civil en la oferta pública de valores*, (Memorias de Grado Universidad de Chile) 2006.

40 En contraste, la sección 1.1 del Instructivo General N°5 del CPLT sobre 'marco normativo aplicable' es sustancialmente idéntica a la sección II.2.C.2.2.b. de la Norma de Carácter General N°30 de la SVS sobre 'identificación de la entidad'. Lo mismo sucede entre las siguientes secciones de los respectivos

INSTRUCTIVO GENERAL N°5	NORMA DE CARÁCTER GENERAL N°30
<p>1.6. Información consolidada del personal y la remuneración total percibida por el personal de la empresa, de forma global y consolidada. En este literal se deberá informar el número total de trabajadores, diferenciados por lugar de desempeño, si existiera más de uno, y el número específico que se desempeña en cada unidad u órgano interno de la empresa consignados en el organigrama. En cuanto a la remuneración del personal de la empresa deberá informarse la remuneración total bruta percibida por todos los trabajadores de la empresa.</p>	<p>II.2.C.2. 5. Remuneraciones. Se deberá informar, de forma global, la remuneración total percibida por los gerentes y ejecutivos principales de la sociedad. Se deberá informar, de forma global, la indemnización por años de servicio total percibida por gerente y ejecutivo principales. En caso que existan planes de incentivo tales como bonos, compensaciones en acciones, opciones de acciones u otros, se deberá describir brevemente el plan y la base sobre la cual los directores, administradores y/o ejecutivos participan en él (letras d, e y f).</p>
<p>1.7. Remuneración percibida en el año por cada Director, Presidente Ejecutivo o Vicepresidente Ejecutivo y Gerentes. La información relativa a la remuneración deberá contenerse en forma bruta y por anualidades, considerando todo tipo de estipendio que conceda la empresa en virtud del cargo u otra causa, respecto de cada Director, Presidente Ejecutivo o Vicepresidente Ejecutivo y Gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa. Se entenderá por “gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa” a aquellos gerentes que tengan la capacidad de determinar los objetivos, planificar, dirigir o controlar la conducción superior de los negocios o la política estratégica de la entidad, ya sea por sí solos o junto con otros.</p>	<p>II.2.C.2. 5. Remuneraciones. De acuerdo al artículo 33° de la Ley N° 18.046 deberá señalarse toda remuneración percibida por cada director o administrador en el ejercicio, incluso las que provengan de funciones o empleos distintos del ejercicio de su cargo o por concepto de gastos de representación, viáticos, regalías y en general todo otro estipendio, incluyendo aquéllas que correspondan en virtud de lo dispuesto por el artículo 50 bis de la Ley N° 18.046. La presentación deberá realizarse en forma comparativa y en detalle, de tal forma que pueda identificarse claramente para cada director o administrador, el monto y origen de las remuneraciones percibidas. En aquellos casos que la remuneración no consista en dinero, deberá presentarse evaluada en moneda de la fecha de cierre del ejercicio (letras a, b y c).</p>

Tabla 2. Comparación de la regulación sobre remuneraciones entre sociedades anónimas y empresas públicas

Como se aprecia, las sociedades anónimas solamente deben entregar información detallada respecto de la remuneración de sus directores, bastándoles con divulgar información consolidada respecto del gerente general y su equipo de ejecutivos principales. En contraste, las empresas públicas estarían sujetas a un estándar diferente que incluye informar detalladamente tanto la remuneración de sus directores, como la de los gerentes y de todo otro cargo análogo “*responsable de la dirección y administración superior de la empresa*”⁴¹. Para apreciar la importancia de esta diferencia, debe tenerse en cuenta que las organizaciones empresariales son esencialmente estructuras jerárquicas, cuya cúspide suele estar formada por los dueños de la compañía representados en la junta de accionistas, situándose bajo ella, primero, un órgano colectivo como el directorio y, después, el gerente general, secundado por el equipo de trabajo que forman los gerentes de áreas y ejecutivos principales⁴². De este modo, incluir la remuneración de cargos gerenciales dentro de la información cuyo detalle debe ser divulgado implica aumentar el nivel de transparencia en uno o más grados dentro de la estructura jerárquica de la compañía.

Conforme a la posición de las empresas públicas, esta diferencia obedecería a una intención de homologar la diversidad terminológica y funcional de los esquemas de gobierno corporativo de las empresas públicas. Así, por ejemplo, mientras el ejecutivo superior de CODELCO tiene el cargo de Presidente Ejecutivo, en ENAMI se denomina Vicepresidente Ejecutivo y, en Correos de Chile, Gerente General. Así también, en la mayoría de las empresas públicas el ejecutivo superior es elegido por el directorio, pero en otras este cargo puede ser designado directamente por el Gobierno⁴³. Por esta razón, para de-

textos reglamentarios: 1.2 ‘*estructura orgánica y organización interna*’ y II.2.C.2.4 ‘*administración y personal*’; 1.3 ‘*estados financieros*’ y II.2.C.2.15 ‘*informes financieros*’; 1.4 ‘*filiales y coligadas*’ y II.2.C.2.9 ‘*filiales y coligadas*’; y, 1.5 ‘*composición de directorios y responsables de la administración*’ y II.2.C.2.4.a ‘*directorio, comité de directores, gerentes y ejecutivos principales*’.

41 Al igual que muchos otros aspectos de la Ley sobre Acceso a la Información Pública, ello es resultado de una solución de consenso entre la posición inicial del Congreso y la posición inicial del Gobierno. Mientras la posición inicial del Congreso está representada en la indicación del Senador Larraín que incluía “*las remuneraciones de todo el personal de la empresa*”, la posición inicial del Gobierno consistió en divulgar solamente la remuneración de los miembros del directorio, ver indicación N° 23 presentada por el Senador Larraín el 11 de julio de 2005 e indicación sustitutiva del Ejecutivo presentada en Sesión N° 35 de la Cámara de Diputados, 8 de mayo de 2007.

42 Para una explicación acerca de la manera en que la regulación sobre sociedades anónimas recoge esta estructura jerárquica de gobierno corporativo, Bernet, Manuel, “El gobierno de las sociedades abiertas”, en *Revista de Derecho Universidad Austral*, Vol. 16, 33-57.

43 Entre otras, así sucede con las empresas vinculadas a ramas castrenses como la Empresa Nacional de Aeronáutica (Ley N° 18.297, artículo 7), la Fábrica y Maestranzas del Ejército (DFL N° 223, artículo 2) y

terminar los cargos responsables de la dirección y administración superior de una empresa pública debería atenderse a lo que disponga la ley orgánica respectiva. Atendido que estas leyes generalmente distribuyen la administración de la compañía entre un órgano colegiado análogo al directorio y un cargo unipersonal análogo al gerente general, la consecuencia natural de homologar los deberes de informar en las sociedades anónimas abiertas sería aumentar el estándar de transparencia de las empresas públicas en un grado dentro de su estructura jerárquica⁴⁴.

Por su parte, la posición del CPLT pareciera fundarse en que la administración superior de una empresa pública sería una cuestión de hecho, que dependería de las facultades que el directorio efectivamente haya delegado en el gerente general y su equipo de trabajo. En efecto, utilizando criterios extremadamente abstractos como “*conducción superior de los negocios*” o “*política estratégica de la entidad*”, el CPLT entendió que TVN debía entregarle información detallada respecto de todos los ejecutivos de la compañía que “*respondieran directamente al Director Ejecutivo*”⁴⁵. Como se muestra en la siguiente figura, ello implica aumentar el estándar de transparencia aplicable a las empresas públicas en dos grados dentro de su estructura jerárquica respecto del estándar que existe para las sociedades anónimas abiertas. En el fondo, mientras las empresas públicas habrían adoptado un enfoque formal con la intención de limitar el impacto de la Ley sobre Acceso a la Información Pública, el CPLT habría adoptado un enfoque material con la intención de aumentar la diferencia entre los estándares de las empresas públicas y las sociedades anónimas abiertas.

los Astilleros y Maestranzas de la Armada (Ley N°18.296, artículo 5).

44 Sección (i) del referido Instructivo Ministerial de 17 de abril de 2009.

45 CPLT, considerandos 5 y 6 de la Decisión Amparo N°R15-09.

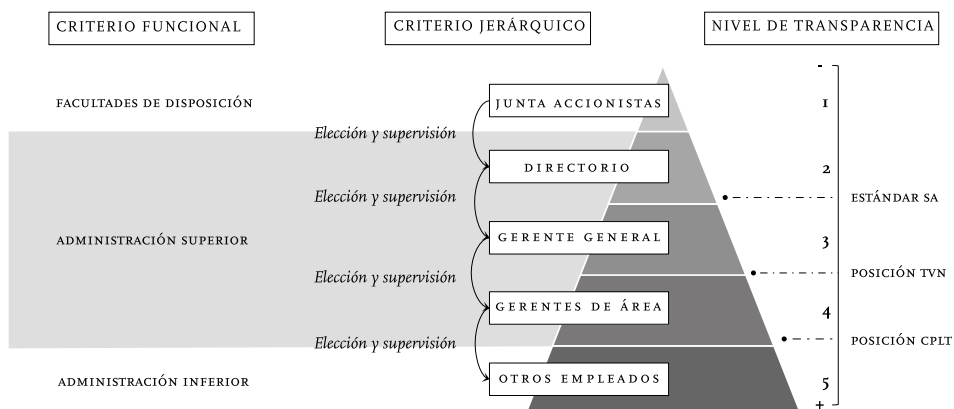


Figura 1. Comparación de los estándares de transparencia entre sociedades anónimas y empresas públicas

En derecho comparado, los estándares de transparencia suelen estar relacionados con la configuración y profundidad del mercado de valores⁴⁶. Por un lado, países como Chile o Alemania, donde el mercado de valores se caracteriza por la presencia de accionistas controladores fuertes, tienden a fijar estándares de transparencia menores y solamente exigen divulgar detalladamente la remuneración de los miembros del directorio, así como también la del gerente general cuando este cargo es ejercido por un miembro del directorio. Por otro lado, países como Inglaterra o Estados Unidos, donde los mercados de capitales son profundos y el control está disperso entre una multitud de accionistas minoritarios, tienden establecer estándares de transparencia mayores y exigen también entregar información detallada respecto de la remuneración del gerente general y de los principales ejecutivos de la compañía.

En términos generales, la literatura especializada señala que esta divergencia en el derecho comparado obedecería a que la presencia de un controlador fuerte garantiza que el directorio cuente con poder suficiente para mantener las remuneraciones del gerente general y su equipo de trabajo dentro de límites razonables. Frente a este contexto, la publicidad de las remuneraciones del

⁴⁶ Ferranini, Guido, Moloney, Niamh y Vespro, Christiana, "Governance Matters: Convergence Across the EU Executive Pay Faultline", (2004). Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=498362>

directorio constituye una medida para evitar que los accionistas controladores extraigan beneficios de la compañía por una vía diferente al reparto de dividendos. Al contrario, en las jurisdicciones con mercados de valores profundos el control sobre la compañía típicamente está radicado en el gerente general y su equipo de trabajo, quienes están en condiciones de instrumentalizar al directorio y fijar sus propias remuneraciones más allá de márgenes competitivos⁴⁷. Frente a este otro contexto, la publicidad de las remuneraciones del gerente general y sus ejecutivos principales constituye un correctivo para compensar la debilidad del directorio.

En virtud de lo anterior, la decisión del CPLT de aumentar la diferencia entre los estándares de transparencia entre las empresas públicas y las sociedades anónimas abiertas podría tener un fundamento razonable: como los directores de las empresas públicas no están respaldados por un controlador fuerte que actúe con los incentivos propios de un dueño, estos organismos carecerían de poder suficiente para negociar con los gerentes y la publicidad sería el mecanismo idóneo para mantener sus remuneraciones dentro de márgenes competitivos. Aunque los publicitados escándalos sobre los planes de jubilación de Correos de Chile o las asesorías contratadas por la Empresa de Ferrocarriles del Estado (EFE) parecieran apoyar esta intuición, lo cierto es que la evidencia disponible sugiere precisamente lo contrario.

En primer lugar, las medidas de publicidad en materia de remuneraciones parecieran tener un efecto perverso en materia de costos⁴⁸. Por una parte, las empresas con menores niveles de eficiencia en materia de remuneraciones, tienden a incrementar los costos directos de la transparencia, contratando asesorías legales y contables que permitan a los gerentes eludir en todo o parte las obligaciones de informar. Por otra parte, las empresas con mayores niveles de eficiencia en materia de remuneraciones muestran mejor disposición a cumplir las obligaciones de informar, pero en este caso típicamente aumentan los costos indirectos de la transparencia por la vía de forzar a la empresa a incrementar periódicamente los sueldos y beneficios de sus ge-

47 Una extensa exposición de este argumento, en Bebchuk, Lucian y Fried, Jesse, *Pay Without Performance: The Unfulfilled Promise of Executive Compensation*, (Harvard University Press) 2004, 61-118.

48 Coulton, Jeff, James, Clayton y Taylor, Stephen, *The Effect of Compensation Design and Corporate Governance on the Transparency of CEO Compensation Disclosures*. 45 UTS School of Accounting Working Papers, 2001, 19-20.

rentes para evitar que emigren a empresas de la competencia. De este modo, en materia de remuneraciones, la transparencia pareciera ser no solamente un mecanismo costoso, sino particularmente injusto con las empresas más eficientes⁴⁹.

En segundo lugar, existirían alternativas regulatorias menos costosas y más eficaces que la transparencia. Así, por ejemplo, podrían adoptarse medidas para potenciar el poder del directorio, como sucede con la obligación de exigir un pronunciamiento explícito de los miembros de directorio acerca de la justificación de las remuneraciones, con el objetivo de comprometer su responsabilidad personal en las decisiones de este tipo⁵⁰. Así también, la legislación tributaria suele ofrecer herramientas especialmente efectivas para castigar las remuneraciones de los gerentes que excedan márgenes competitivos⁵¹. Sorprendentemente, ambas alternativas comparten dos importantes similitudes: evitan los costos de la transparencia al mantener la información aislada dentro de un ámbito de confidencialidad y exceden largamente la competencia del CPLT.

En definitiva, el aumento de la transparencia en las empresas públicas por sobre el nivel que fija la regulación de las sociedades anónimas abiertas corresponde a una opción política adoptada por la Ley sobre Acceso a la Información Pública. Frente a ello, la decisión del CPLT de interpretar la ley aumentando la brecha entre ambos estándares pareciera fundarse en una desconfianza intuitiva acerca de la capacidad de las empresas públicas para mantener los sueldos de sus gerentes y ejecutivos dentro de márgenes competitivos. Sin embargo, ese razonamiento omite un aspecto esencial: los incrementos en el estándar de transparencia permiten a terceros acceder a mayor información sobre la remuneración de los gerentes y ejecutivos, pero son completa-

49 Lewellen, Wilbur, Park, Taewoo y Ro, Byung, “Self-Serving Behavior in Managers’ Discretionary Information Disclosure Decisions”, en 21 *Journal of Accounting and Economics*, Vol. 2, 227-252. De hecho, resulta llamativo que la atención del CPLT se haya centrado en TVN, quién había sido reconocida como una de las empresas públicas mejor evaluadas en materia de transparencia incluso por los sectores más conservadores de la opinión pública, ver “Evaluación del nivel de Cumplimiento de las Obligaciones de Transparencia Activa que Tienen las Empresas Públicas”, en *Estudios Fundación Jaime Guzmán*, 22 de octubre de 2010.

50 Gordon, Jeffrey, “Executive Compensation: If There’s a Problem, What’s the Remedy?”, en 30 *Journal of Corporation Law*, 19-20.

51 Polsky, Gregg, “Controlling Executive Compensation Through the Tax Code”, en 64 *Washington & Lee Law Review*, 877-926.

mente ineficaces para aumentar el poder del directorio dentro de la empresa. De este modo, el enfoque maximalista del CPLT aumentaría los costos de la transparencia, pero sin conseguir ningún beneficio asociado a mejoras en el gobierno corporativo de las empresas públicas. En otros términos, disminuye la capacidad competitiva de las empresas públicas, pero dejando subsistente el problema de fondo que pretendía combatir⁵². Más allá de los aplausos que seguramente también recibirá este enfoque maximalista en la clínica corte del emperador, desde una perspectiva de política pública resulta francamente preocupante.

V. Conclusiones: un balance sobre el desempeño del CPLT

Según lo expuesto, la historia de la Ley sobre Acceso a la Información Pública demuestra que la voluntad del legislador era someter a las empresas públicas a un régimen especial de transparencia. A su turno, ello fue consecuencia de una opción de política pública que intentaba ponderar tanto los principios constitucionales de publicidad en la función pública y de igualdad de régimen jurídico con las empresas privadas, como los potenciales costos y beneficios de la transparencia. En pocas palabras, las reglas sobre transparencia aplicables a las empresas públicas responden a un justo medio entre dos posiciones políticas divergentes, que fue alcanzado mediante los procedimientos más representativos que contempla nuestro ordenamiento.

Sin embargo, en el primer grupo de casos, el CPLT adoptó una actitud pasiva, excusándose de tomar una decisión que necesariamente implicaba rechazar las solicitudes de amparo de acceso a la información por resultar improcedentes y resucitando de este modo un debate ampliamente zanjado por los cauces democráticos. En contraste, en el segundo grupo de casos, el CPLT aprovechó el espacio interpretativo que le dejaba la Ley sobre Acceso a la Información Pública para adoptar una actitud proactiva, aumentando irreflexivamente los estándares de publicidad de las empresas públicas, pero sin considerar los

⁵² De hecho, cuando los estándares de transparencia no vienen acompañadas de mejoras en los procedimientos de gobierno corporativo, los gerentes tienden a enfocarse en los resultados de corto plazo y están dispuestos a aumentar los niveles de riesgo de la empresa para efectos de justificar sus remuneraciones ante la opinión pública. En este sentido, investigaciones recientes sugieren incluso que una de las principales causas de la denominada *Crisis Subprime*, habría sido precisamente la regulación *pro-transparencia* adoptada en los años previos, Hannes, Sharon, "How the Regulation that Followed the Enron Debacle Led to the 2008-2009 Financial Crisis", en 2 *CGN Corporate Governance & Law*, Vol. 6.

costos y beneficios asociados a su decisión. Como se aprecia, el balance es sin duda negativo. Lejos del espíritu de ponderación que debía informar su función como órgano jurisdiccional, el CPLT pareciera estarse comportando como parte interesada y adoptando una actitud militante frente a los conflictos que estaba llamado a resolver.

El problema de esta actitud es que frustra la pretensión asociada al diseño institucional del CPLT y amenaza con privarlo de toda legitimidad. A diferencia de organismos como la Inspección del Trabajo o el Servicio Nacional del Consumidor, cuyo diseño típicamente alinea los intereses de la institución con los intereses de una de las partes en conflicto, el complejo sistema de contrapesos para el nombramiento de los miembros del CPLT demuestra que se trata una agencia pública diseñada para actuar con un grado importante de objetividad. Más allá de las justificadas críticas que recibió recientemente el Ministerio de Hacienda por disminuir las asignaciones presupuestarias del CPLT, este conflicto resulta ilustrativo de los roces institucionales que puede producir la captura de un organismo por un sector tan extremista de la opinión pública como el que sostiene una dogmática puritana de la transparencia.

Hasta cierto punto, esta captura resultaba previsible teniendo en cuenta la trayectoria previa de algunos de los Consejeros del CPLT⁵³. No obstante, todo diseño institucional tiene sus límites y el buen desempeño de cualquier organismo público depende también de una autocomprensión acerca de la función que le corresponde cumplir en un Estado democrático de derecho. En este sentido, la principal tarea del CPLT es tomar consciencia de que no tiene la legitimación democrática para alterar el sentido de las leyes, ni tampoco forma parte del numeroso universo de Organizaciones No Gubernamentales que promueven un ideal romántico de transparencia. Al contrario, su función es bastante más humilde y consiste simplemente en proteger el equilibrio relativo que inspira la Ley sobre Acceso a la Información Pública. Por ello,

53 Junto al caso antes citado del Consejero Urrutia, el Consejero Olmedo presidió la Fundación Pro Acceso. Respecto de sus convicciones personales acerca del principio de transparencia, resultan ilustrativas sus intervenciones durante la tramitación de la Ley sobre Acceso a la Información Pública insistiendo sobre la pertinencia de someter a las empresas públicas al régimen general de los órganos de la administración del Estado sobre la base de que sería la tendencia en el derecho comparado, en Sesión N°35 de la Cámara de Diputados, 8 de mayo de 2007, y Sesión N°34 del Senado, 17 de julio de 2007. Para un contrapunto acerca de la tendencia del derecho comparado y un análisis de las complejidades doctrinales y jurisprudenciales que ha generado en su aplicación, Fernández, Severiano: *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, (Editorial Marcial Pons) 1997, 409-414. y, Rams, Leonor, *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, (Editorial Reus) 2008, 375-381.

confiamos en que la excitación por la novedad de la Ley sobre Acceso a la Información Pública será pasajera y que dejará paso a un espíritu reflexivo, donde finalmente el CPLT podrá recuperar la inocencia del niño de Andersen y decirles de una vez a los sastres de la transparencia que ya hemos tenido suficiente de sus virtudes invisibles.