Reforma Constitucional que tiene por objeto, restablecer el control de la Contraloría General de la República sobre todas las empresas públicas
Boletín N° 5330-07

ANTECEDENTES

1. El artículo 98 de la Constitución Política, otorga a la Contraloría General de la República el control de legalidad sobre los "actos de la Administración", la fiscalización de "los ingresos y la inversión de los fondos del Fisco, las Municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes", así como "el examen y juzgamiento de las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades".

Como se aprecia, la Carta Fundamental ha adoptado un criterio amplio y universal a la hora de establecer el ámbito de control de la Contraloría sobre la Administración, incluyendo así a todo el complejo de órganos de carácter técnico y profesional que ejerce la función administrativa, cualquiera sea su denominación, estructura o funciones y entre las cuales se cuentan, por cierto, a las empresas del Estado.

2. La sujeción de las empresas del Estado a la fiscalización de la Contraloría viene dada, además, tanto por la Ley General de Bases de la Administración del Estado como por la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

En cuanto a la Ley de Bases, su artículo 1° señala lo siguiente:

"La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley".

En cuanto a la Ley de la Contraloría, la sujeción de las empresas públicas a la fiscalización de la entidad contralora se encuentra establecida de manera expresa en su artículo 16, que señala, en lo pertinente, lo siguiente:

"Los servicios, instituciones fiscales, semifiscales, organismos autónomos, empresas del Estarlo y en general todos los servicios públicos creados por la ley, quedarán sometidos a la fiscalización de la Contraloría General de la República (...)".

"También quedarán sujetas a la fiscalización de la Contraloría General las empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o participación, para los efectos de cautelar el cumplimiento de los filies de estas empresas, sociedades o entidades, la regularidad de sus operaciones, hacer efectivas las responsabilidades de sus directivos o empleados, y obtener la información o antecedentes necesarios para formular un Balance Nacional".

Por su parte, en cuanto al control o examen de cuentas, la letra d) del artículo 34 de la Ley de Contraloría autoriza a esta entidad a:

"Realizar las funciones de examen de las cuentas de las operaciones de las instituciones semifiscales, de administración autónoma, municipales, empresas del Estado y, en general, de todos los organismos cuyos presupuestos no estéis contemplados dentro del Presupuesto General de la Nación; sin perjuicio de las comisiones permanentes para la toma de razón y refrendación de los decretos o resoluciones que el Contralor pueda constituir en algunas reparticiones autónomas, en los casos en que se provea a la Contraloría de fondos para el pago de estos servicios;"

Finalmente, la ley N° 19.817 del año 2002, incluyó un nuevo artículo 21 A a la Ley de la Contraloría, facultándola para efectuar auditorías, en los siguientes términos:

"La Contraloría General efectuará auditorías con el objeto de velar pos, el cumplimiento de las normas jurídicas, el resguardo del patrimonio público y la probidad administrativa.

Conforme a lo anterior, a través de estas auditorías la Contraloría General evaluará los sistemas de control interno de los servicios y entidades; fiscalizará la aplicación de las disposiciones relativas a la administración financiera del Estado, particularmente, las que se refieren a la ejecución presupuestaria de los recursos públicos; examinará las operaciones efectuadas y la exactitud de los estados financieros; comprobará la veracidad de la documentación sustentatoria; verificará el cumplimiento de las normas estatutarias aplicables a los funcionarios públicos y formulará las proposiciones que sean adecuadas para subsanar los vacíos que detecte. (…)".

Por lo tanto, de acuerdo a las normas citadas, ya sea por mención expresa o porque forman parte de la Administración del Estado y, en consecuencia, sus actos corresponden a actos de la Administración en los términos del artículo 98 de la Constitución, las empresas públicas quedan sujetas al control de legalidad para verificar su sujeción a las normas legales que la regulan y que, por lo general, se referirán a su creación, organización, estructura y fines, así como al control de sus cuentas y a ser auditadas, todo ello por parte de la Contraloría General de la República.

3. La amplitud y extensión de (as normas legales transcritas se justifica plenamente, por cuanto, a diferencia de las empresas no estatales cuya naturaleza es unívocamente privada, en toda empresa pública se pueden distinguir una doble naturaleza que las caracteriza: una de carácter pública y otra de carácter privada. La primera emana de su vinculación o de su inserción en la Administración del Estado. En tal sentido, las empresas públicas constituyen un servicio público, pues es posible encontrar en ellas todos los elementos determinantes de éste: una función considerada como obligatoria, recursos públicos y régimen jurídico especial. El segundo aspecto, en cambio, fluye de su relación con las otras empresas que compiten con ella en el ámbito mercantil. Ello explica que el régimen jurídico sea, a su vez, doble: público en cuanto se refiere al conjunto de normas relativas a la creación, organización, estructura y fines del ente; pero privado o de derecho común al regular la actividad que desarrollan.

De este modo, esta doble naturaleza de las empresas públicas las sujeta simultáneamente a un estatuto de derecho público y a uno de derecho privado. De acuerdo al primero, se rigen por el principio de legalidad, es decir, no pueden actuar sin atribuciones legales, expresas y previas, de modo que su accionar no puede contradecir el ordenamiento jurídico. Como entes regidos por el derecho privado, en cambio, se sujetan a la preceptiva común aplicable a los particulares, de manera que se rigen por el principio de igualdad. En la actividad empresarial del Estado, entonces, si bien hay siempre un aspecto regido por el derecho común, hay también envuelto otro que no puede sustraerse del derecho público.

4. Sin embargo, una interpretación, a nuestro juicio distorsionada, del artículo 19 N° 21 de nuestra Constitución, que obliga al Estado empresario a someterse a la "legislación común aplicable a los particulares", ha dado pie a que, de manera creciente, la legislación ignore este doble carácter público-privado de las empresas del Estado, regulándolas como si se tratara de una empresa exclusivamente privada, sustrayéndolas de todo control de legalidad y examen de cuentas por parte de la Contraloría.

Las fórmulas adoptadas a este respecto son variadas. Así, por ejemplo, la ley N° 19.132 de 1992, que definió a Televisión Nacional (TVN) como una "persona jurídica de derecho público" y "empresa autónoma del Estado" (artículo 1°), estableció que quedaría sujeta "a la tuición y fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros (...)" (artículo 33), quedando afecta al control de la Contraloría en "los mismos casos, oportunidades, materias y formas en que lo estaría una sociedad anónima privada abierta" (artículo 34), es decir, en ninguno. Similar criterio aplicó a la Empresa de Ferrocarriles del Estado (EFE), mediante la ley N° 19.170, de 1992 (artículos 38 y 40). Sin embargo, tanto en el caso de TVN como de EFE, sus respectivas leyes exigen a la SVS que, al revisar y analizar los informes que emitan los auditores externos, considere "el cumplimiento de las finalidades de la Empresa, la regularidad de sus operaciones y señalar si existe o no responsabilidad de sus directivos o ejecutivos" (artículos 34 de la ley 19.132 y 39 de la ley 19.170, respectivamente), es decir, transfiere a la SVS una facultad distintiva y muy propia de la Contraloría. En cuanto a la Empresa Marítima del Estado Sociedad Anónima continuadora legal de la antigua Empresa Marítima del Estado, ésta quedó sometida en plenitud a las normas de las sociedades anónimas abiertas (artículo 2° de la ley 18.773). Por su parte, el Banco Estado se encuentran sujeto exclusivamente a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (artículo 1° del D.L. 2.079) mientras que a la Empresa Nacional de Aeronáutica la fiscalización de la Contraloría sólo alcanza al "examen de las cuentas de entradas y gastos" (artículo 15 de la Ley 18.864).

El caso de Corporación del Cobre (CODELCO) es especial. Su ley orgánica establece expresamente que cualquier norma legal de carácter no tributario que se dicte respecto a las empresas del sector público, sólo le serán aplicables a en caso de que así lo disponga explícitamente (artículo 25), lo cual la sustrae de la fiscalización genérica de Contraloría a todas las empresas estatales establecido en los artículos 16 y 21 A de la Ley de al Contraloría ya aludidos. En su reemplazo, ésta queda entregada a la Comisión Chilena del Cobre o COCHILCO (artículo 11, DL 1349), no pudiendo la Contraloría fiscalizar directamente a CODELCO sino únicamente a través de aquella, y sin que sus actos queden sujetos al trámite de la toma de razón (artículo 12). Sin perjuicio de lo anterior, la ley autoriza al Contralor General de la República, cuando circunstancias especiales así lo aconsejen, a disponer que la Contraloría asuma transitoriamente y en plenitud todas o algunas de sus facultades de fiscalización o de las que corresponden a la COCHILCO respecto de CODELCO (artículo 12 inciso final). Fue precisamente en virtud de esta última norma que la Contraloría detectó las últimas irregularidades en los pagos de bonos a centenares de ejecutivos de la empresa. Además, desde el año 2002, CODELCO se encuentra inscrita en el Registro de Valores de la Superintendencia de Valores y Seguros, al igual que la Empresa Nacional del Carbón (ENACAR) desde 1982, la Empresa Nacional de Minería (ENAMI) desde 2000 y la Empresa Nacional de Petróleos (ENAP), desde 2002.

De lo anterior, se desprende que sólo Correos de Chile y COCHILCO estarían plenamente sujetas a la fiscalización de la Contraloría, por así señalarlo expresamente sus leyes orgánicas (artículo 1° del D.F.L. N° 10 de 1981 y artículo 12 del D.L. N° 1.349, respectivamente).

De este modo se ha llegado al absurdo de que la mayor parte de las principales empresas del Estado, como son TVN, EFE, ENAER, ENAMI, ENACAR, ENAP y Banco Estado, no están sujetas a otros controles que los que debe afrontar un sociedad anónima abierta cualquiera, ignorando que en estas últimas no se gestionan recursos públicos y que, por tanto, no se pone en riesgo sino el capital propio de sus dueños, mientras que en los casos de ENAER y CODELCO el poder de fiscalización de la Contraloría es indirecto y extremadamente restringido.

5. A nuestro entender, estas normas desconocen que las empresas del Estado, más allá de su naturaleza jurídica (sociedades o corporaciones), son ante todo entidades públicas, que administran gran cantidad de recursos que pertenecen a

todos los chilenos. Por lo mismo, no corresponde recurrir a argumentos de eficiencia o agilidad en la toma de decisiones para sustraer a estos organismos del control de legalidad y de examen de cuentas por parte de la Contraloría, control que difiere en cuanto a sus objetivos y mecanismos del que pueden ejercen sobre dichas entidades otros organismos de fiscalización, como la Superintendencia de Valores y Seguros, la Superintendencia de Bancos y también, aunque en menor medida, el propio COCHILCO respecto de CODELCO. Todos estos organismos de control se limitan a aspectos de orden societario, estándares contables, gobierno corporativo e información al mercado (es decir, a aquello que pertenece a lo que hemos denominado la naturaleza privada de las empresas públicas), lo cual tiene pleno sentido en el marco del principio de igualdad que debe regir la competencia entre las empresas públicas y los restantes oferentes del mercado en que ellas participan, pero no en tanto organizaciones estatales sujetas al principio de legalidad.

En nuestra opinión, el sentido y alcance correcto de la garantía constitucional establecida en el artículo 19 N° 21 es otro. En efecto, esta norma se encuentra contenida dentro del catálogo derechos fundamentales que nuestra Constitución le asegura a todas las personas , por lo que debe interpretarse como una obligación del Estado frente a los particulares a actuar en un pie de igualdad y no discriminación en el terreno económico y empresarial, pero bajo ningún respecto puede desprenderse de ella un ánimo de parte del constituyente para sustraer a las empresas estatales, en cuanto organismos de naturaleza pública que gestionan recursos de todos los chilenos, del control de legalidad y de cuentas por parte de la Contraloría.

6. En el reciente mensaje por el cual la Presidenta de la República presentó en la Cámara de Diputados un proyecto de ley de reforma constitucional en materia de transparencia, modernización del Estado y calidad de la política, propuso incorporar al artículo 98 de la Constitución, entre las entidades sujetas a la fiscalización de la Contraloría, a aquellas empresas del Estado "que no estén constituidas como sociedades anónimas o que no se rijan por las normas de dichas sociedades", entendiendo que las constituidas o regidas por esas normas quedarían sujetas exclusivamente al control de las superintendencias respectivas. A nuestro juicio, más allá de las buenas intenciones que haya tenido el Poder Ejecutivo para proponer una reforma como la descrita, ésta resulta claramente insuficiente por dos razones.

La primera porque, como hemos dicho, actualmente las principales empresas estatales (TVN, EFE, ENAER, ENAMI, ENACAR, ENAP y Banco Estado) están sujetas al control de sus respectivas superintendencias, mientras que CODELCO goza de un estatuto particular, por lo que la reforma propuesta no les cambia en nada su situación actual. Y, en segundo lugar, porque el control que efectúan entidades distintas de la Contraloría, como la SVS, sólo se extiende a la naturaleza privada de las empresas estatales, es decir a aquella que comparten con las restantes empresas del mercado, pero no a su naturaleza pública, que las somete al principio de legalidad y al control público de sus cuentas.

7. En nuestra opinión, mientras el Estado no se decida a transformar a todas las empresas públicas en sociedades anónimas abiertas y se desprenda de un porcentaje significativo de sus acciones, mediante mecanismos abiertos y transparentes que garanticen la maximización del valor obtenido, se hace indispensable que la Contraloría ejerza un control activo de su legalidad, fundamentalmente en lo relativo a su organización, estructura y fines, así como una fiscalización estricta de sus cuentas y auditorías, con el objeto de velar adecuadamente por el cumplimiento de las normas jurídicas, el resguardo del patrimonio público y la probidad administrativa. Este control de la Contraloría, hemos visto, difiere sustancialmente del que ejercen sobre dichas entidades públicas, en aspectos de orden societario y técnico, otros organismos de fiscalización, por lo que no es posible sustituir aquel por éste.

En base a las consideraciones precedentes sometemos a consideración de la H. Cámara de Diputados el siguiente

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO ÚNICO: Agrégase al inciso primero del articulo 98 de la Constitución Política, después de la frase "y de los demás organismos y servicios", la frase: de la Administración del Estado y de aquellos que".