

# RESPONSABILIDAD POLÍTICA EN LA EMPRESA PÚBLICA: ¿BANCO DEL ESTADO SIN CONTROL DEL ESTADO?\*

SEBASTIÁN ZÁRATE ROJAS

**RESUMEN:** La responsabilidad política en la empresa pública ha sido un tema que en nuestro país no ha tenido la atención que se merece. Este fenómeno se debe en parte a la utilización de un concepto de responsabilidad política que debe ser reconsiderado en la teoría constitucional. La sentencia que se comenta en este trabajo busca replantear la forma en que la Cámara de Diputados pueda ejercer su función fiscalizadora, a través de los distintos mecanismos que esta dispone. En el presente trabajo se plantea que es plenamente posible dicho control, y se dan argumentos de orden interno y de derecho comparado para justificarlo.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Hechos de la causa y argumentos de la Corte Suprema. 3. La extensión de la fiscalización de la Cámara de Diputados. 4. La responsabilidad política en la empresa pública. 5. La problemática del control de las empresas públicas en España y el Reino Unido. 6. Conclusiones.

## INTRODUCCIÓN

La acción de declaración de mera certeza ejercida por el Banco del Estado en 2008, cuya sentencia de 2009 se comentará en este capítulo, pone de relieve nuevamente una vieja discusión acerca de la extensión de la fiscalización política que de acuerdo a la Constitución de 1980 y sus reformas le corresponde a la Cámara de Diputados.

El caso que se comentará tiene, no obstante, algunas particularidades con respecto a la discusión pasada. En primer término, sitúa el debate en uno de los extremos menos discutidos por la doctrina respecto del alcance que tiene la fiscalización política y su antece-

\* Comentario de la sentencia de la Corte Suprema recaída sobre el recurso de casación en el juicio ordinario de mera certeza caratulado CORTE SUPREMA, 'Banco del Estado de Chile con Fisco, Rol N°6585-2007'.

dente causal natural que es la responsabilidad política. A diferencia del debate de los años 90, en este capítulo nos centraremos en la periferia del aparato estatal, como son las empresas públicas, situación que también resulta aplicable a los organismos autónomos de la Administración.

En segundo lugar, el estudio jurídico a que da lugar esta sentencia se distingue del clásico debate, por el hecho de darse en un contexto a nivel interno y de derecho comparado en el que la responsabilidad política como concepto y principio de teoría constitucional ha sido desmitificado, ampliado y explorado por la doctrina. En los 90 era muy difícil encontrar dentro del debate público –no solo en círculos académicos sino fundamentalmente políticos– el término de *accountability*<sup>1</sup>, y ahora en cambio se trata de un término que ha llegado para quedarse en forma permanente en la teoría constitucional.

*Accountability* y responsabilidad política pasan a constituir desde mediados los años 90 hasta esta primera década del 2000 en elementos que forman parte de esta “crisis de la teoría constitucional”<sup>2</sup>, no en el sentido de una tragedia que negativamente ha afectado a nuestro sistema, sino más bien como una profunda transformación en los conceptos y principios fundamentales que informan al derecho público.

Desde la teoría política y constitucional, el estudio de estos términos trae como consecuencia que se comience a entender que no hay una vinculación exclusiva con formas de gobierno determinadas (en circunscribir la responsabilidad política únicamente a formas parlamentarias y no presidenciales), o de sentido de restringir la responsabilidad a determinados agentes públicos (Ministros de Estado o Jefes de Gobierno).

<sup>1</sup> Aun cuando no es el tema que nos convoca, es necesario señalar que se utiliza la palabra *accountability*, no como un anglicismo injustificado dentro de nuestro lenguaje, sino que por tratarse de concepto de múltiples significados, entre los que se incluyen: la responsabilidad política, la transparencia, el control, y la “responsividad”.

<sup>2</sup> GOMES CANOTILHO, José Joaquim, Teoría de la Constitución (Cuadernos “Bartolomé de las Casas”; Madrid: Editorial Dykinson, 2003) 118, GOMES CANOTILHO, José Joaquim, Direito Constitucional e Teoria da Constituição (7th Edition edn.; Lisboa: Livraria Almedina, 2004).

En definitiva, una concepción moderna de la responsabilidad política y el *accountability* implica reconocerlos como contrapartida del ejercicio del poder. Como dice un autor español: “allá donde hay dirección política debe existir responsabilidad del mismo tipo”<sup>3</sup>.

A mayor abundamiento, la reforma de 2005 ha creado nuevos instrumentos para exigir la responsabilidad política, que fundamentalmente se refieren a la constitucionalización de las comisiones investigadoras y a la interpelación ministerial. En ambos casos, la fauna constitucional se ha visto notoriamente modificada.

Todas estas razones hacen que el análisis que se pueda llevar a cabo respecto de la fiscalización política de la Cámara de Diputados a ciertos órganos del Estado –como en este caso se realiza respecto de una empresa pública– deban ser contrastadas con los nuevos parámetros doctrinarios, y no con el viejo debate de los años 90.

En el presente capítulo se intentará efectuar este análisis con respecto a la legitimidad, constitucionalidad y oportunidad de la fiscalización parlamentaria de las empresas públicas, aplicado al fallo que se comenta del Banco del Estado.

Como resultado de este contraste, se concluirá que el Banco del Estado puede y debe ser sujeto de fiscalización parlamentaria. En primer término, porque su naturaleza pública no puede ser negada. Aunque se trate de un órgano de la Administración desprovisto de potestades –en virtud del inciso 2º del artículo 19 de la Constitución–, el carácter excepcionalmente autorizado por el legislador implica que corresponde a la autoridad tratarlo con los controles jurídicos y políticos que justifiquen el carácter subsidiario su rol de empresa pública. Al ser un órgano de la Administración se incluyen dentro de la voz “gobierno”, al constituirse ambos como un *continuum*, lo que autoriza el control de la Cámara de Diputados. Por último, la calidad de órgano público de la Administración impide invocar derechos fundamentales a su favor –principalmente el derecho a la igualdad–, sobre la premisa de que el Estado nunca puede ser por definición titular de derechos, sino un promotor y garantizador de los mismos.

<sup>3</sup> BUSTOS GISBERT, Rafael, La Responsabilidad Política del Gobierno: ¿Realidad o Ficción? (Madrid: Editorial Colex, 2001) 127, p. 73.

El capítulo estará organizado de la siguiente manera. En la siguiente sección<sup>4</sup> se hará una síntesis de los argumentos esgrimidos por la Corte Suprema, tanto en su voto de mayoría como el voto minoritario. La sección tercera<sup>5</sup> estará dedicada a analizar la extensión de las atribuciones fiscalizadoras de la Cámara de Diputados, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 52 N° 1 de la Constitución. En la sección cuarta<sup>6</sup> se hará dicho planteamiento aplicado a la empresa pública. Finalmente, en la sección quinta<sup>7</sup> se describirá la situación del control de la empresa pública tanto en España como en el Reino Unido. La última sección<sup>8</sup> incluirá un resumen de las conclusiones.

## 2. HECHOS DE LAS CAUSA Y ARGUMENTOS DE LA CORTE SUPREMA

La acción judicial sobre declaración de mera certeza que motiva la formación de esta causa surge a partir de las solicitudes de información que la Cámara de Diputados remitió al Banco del Estado, de conformidad al artículo 9° de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional<sup>9</sup>, y frente a intentos fiscalizadores de la Contraloría General de la República.

En la causa seguida ante el Decimoséptimo Juzgado Civil de San-

---

<sup>4</sup> En la página 3

<sup>5</sup> En la página 6

<sup>6</sup> En la página 15

<sup>7</sup> En la página 20

<sup>8</sup> En la página 23

<sup>9</sup> Artículo 9°:

“Los organismos de la Administración del Estado deberán proporcionar los informes y antecedentes específicos que les sean solicitados por las Cámaras o por los organismos internos autorizados por sus respectivos reglamentos, con excepción de aquellos que por expresa disposición de la ley tengan el carácter de secretos o reservados.

Los informes y antecedentes solicitados que revistan el carácter de secretos o reservados por su naturaleza o por disposición especial que no tenga fuerza de ley, serán proporcionados por el servicio, organismo o entidad por medio del ministro del que dependa o mediante el cual se encuentre vinculado con el gobierno, manteniéndose los respectivos documentos en reserva. Si tales informes y antecedentes fueren secretos, por comprometer la seguridad nacional, afectar la actividad económica o financiera del país, o por otro motivo justificado, el ministro solo los proporcionará a la comisión respectiva o a la Cámara que corresponda, en su caso, en la sesión secreta que para estos efectos se celebre.

Todo lo anterior es sin perjuicio de lo previsto en el inciso segundo del número 1) del artículo 48 de la Constitución”.

tiago se rechazaron las pretensiones del Banco del Estado en orden a impedir la provisión de tales antecedentes. El Banco apeló de dicha resolución, y la sentencia que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago. Frente a esta última resolución, la entidad bancaria estatal recurre de casación invocando las siguientes normas infringidas:

- a) Los artículos 1º y 2º del Decreto Ley N° 2.079 (Ley Orgánica del Banco del Estado)<sup>10</sup>: en el sentido de que se estarían afectando las reglas de exclusividad de la supervisión por parte de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, como asimismo que se le aplicaran sin excepciones las normas relativas a la banca privada.
- b) El inciso artículo 1º de la Ley N° 18.575 (Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado)<sup>11</sup>: sosteniéndose que se le estaría dando una falsa aplicación a este artículo debido a que se trataría de una ley con un ámbito de carácter general para el sector público, situación que se encontraría expresamente excluida por la norma de la Ley Orgánica del Banco.
- c) El inciso 1º del artículo 9º de la Ley N° 18.918 (Orgánica Constitucional del Congreso Nacional)<sup>12</sup>: en tanto que no existiría una ley especial que autorice ejercer la fiscalización respecto del Banco del Estado.

<sup>10</sup> Artículo 1º:

“El Banco del Estado de Chile es una empresa autónoma del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de duración indefinida, sometida exclusivamente a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, que se relacionará con el Gobierno a través del Ministerio de Hacienda”.

Artículo 2º:

“El Banco se regirá preferentemente por las normas de esta Ley Orgánica, y, en lo no previsto en ella, por la legislación aplicable a las empresas bancarias y demás disposiciones que rijan para el sector privado. No le serán aplicables, por tanto, las normas generales o especiales relativas al sector público, salvo que ellas dispongan de modo expreso que han de afectar al Banco del Estado de Chile”.

<sup>11</sup> Artículo 1º, inc. 2º:

“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.

<sup>12</sup> En la página 3.

- d) Artículos 52 N° 1 y 19 N° 21 (inciso segundo) de la Constitución, al ejercerse una fiscalización política respecto de un órgano excluido de la misma, y por alterarse la posición de igualdad ante la ley que tendrían las empresas públicas creadas con respecto al resto de los privados.
- e) El artículo 19 inciso 1° del Código Civil, en razón de desatender el contenido literal de las normas anteriormente descritas.

La Corte Suprema rechaza el recurso de casación interpuesto, confirmando este modo la correcta aplicación de la ley efectuada por los jueces del fondo. Para llegar a su conclusión la Corte sostiene:

- a) Que de acuerdo a la historia fidedigna de la Ley Orgánica del Banco del Estado se concluyó que el Banco se regiría por las normas propias del sector privado *“por cuanto ello no es sino una ficción legal destinada a facilitar su actividad comercial, que no puede tener la virtud de alterar la real naturaleza de la entidad, más aún cuando ella debe confrontarse en relación con normas de rango constitucional”*<sup>13</sup>.
- b) Con respecto a la supuesta imposibilidad de las Cámaras de exigir a al Banco del Estado suministrar antecedentes o informaciones que estas requieran, se sostiene que al ser el Banco del Estado una entidad que forma parte de la Administración, se encuentra obligada a aportar los antecedentes que las Cámaras soliciten.
- c) Por último, dispone la Corte Suprema que de acuerdo a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, se encuentra incluida la obligación del Banco del Estado de aportar antecedentes que el organismo contralor exija.

En su voto de minoría, el ministro Oyarzún concluye que la posibilidad de solicitar antecedentes por parte de las cámaras no puede alcanzar al Banco del Estado, en razón del régimen de fiscalización exclusiva que le correspondería en virtud de su ley orgánica<sup>14</sup>. Luego señala que el Banco merece un trato igualitario respecto de las otras entidades que realicen operaciones de la misma naturaleza,

<sup>13</sup> Considerando Noveno de la sentencia.

<sup>14</sup> Considerando Octavo, voto de minoría.

igualdad que es aplicable en virtud del inciso 2º del artículo 19 N°21 de la Constitución.

En lo que sigue de este artículo nos referiremos a las razones por las cuales el Banco del Estado –al igual que cualquier empresa pública creada por ley– debe quedar bajo la fiscalización de la Cámara de Diputados. Asimismo, se señalará que los órganos públicos, incluidas las empresas del Estado, carecen de derechos fundamentales reclamarles para sí.

### 3. LA EXTENSIÓN DE LA FISCALIZACIÓN DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS

El problema de la determinación del sujeto pasivo de la fiscalización parlamentaria en Chile radica en la vaguedad –a nuestro entender– de lo dispuesto en el número 1 del artículo 52 de la Carta Política.

En primer término, se hace necesario dejar constancia de que lo que se fiscaliza no son los *actos* del Gobierno, sino que el Gobierno mismo, el cómo se comporta, su adecuación a su programa de gobierno, a los principios que predica, y a todos aquellos reconocidos y acordados en la Constitución como pacto político.

En segundo lugar, a diferencia del razonamiento al que llega la Corte Suprema en el fallo que comentamos<sup>15</sup>, no creemos en la existencia de actos *de* gobierno, ya que se trata de una construcción jurídica que ha sido utilizada para despojar del control (judicial) a determinados actos gubernativos, creando una esfera de inmunidad de poder<sup>16</sup>. Por ello, al referirnos a los actos del o de gobierno, para nuestros efectos serán lo mismo: el contenido político de aquello que hace o deja de hacer el Gobierno. Nos separamos en tal sentido de la interpretación del profesor Cea Egaña<sup>17</sup>, en cuanto a que a través de esta distinción se podrán integrar no solo la subfunción política, sino que también la ejecutiva y administrativa.

<sup>15</sup> CORTE SUPREMA, 'Banco del Estado de Chile con Fisco, Rol N°6585-2007', Considerando 11º.

<sup>16</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, La Lucha contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Madrid: Editorial Civitas, 1983) 99.

<sup>17</sup> CEA EGAÑA, José Luis, Teoría del Gobierno. Derecho Chileno y Comparado (Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2000), p. 23.

Una vez despejado este asunto, queda resolver el problema respecto de la extensión del sujeto pasivo llamado Gobierno: ¿Se trata solo de la “cadena íntima” del Presidente de la República, o bien comprende también a los órganos de la Administración? ¿Se incluyen las empresas públicas creadas por ley y los órganos dotados con autonomía? Ahí radica el problema interpretativo de lo que se entiende por Gobierno.

La posición de la doctrina nacional la podríamos agrupar en dos categorías: las tesis restrictivas y las tesis amplias.

Las *tesis restrictivas* argumentan que la fiscalización incluye solamente al Presidente de la República y a los agentes directos e inmediatos para el ejercicio de su función<sup>18</sup>, donde quedarían incluidos además los Ministros de Estado, los Intendentes y Gobernadores.

Las *tesis amplias*, por su parte exponen la existencia de un criterio orgánico en la disposición constitucional comentada, y que abarcaría a todos los órganos comprendidos en el capítulo IV de la Carta<sup>19</sup>: Presidente de la República, Ministros de Estado y órganos de la Administración del Estado que se encuentren vinculados al Presidente. Sin embargo, se excluyen aquellos órganos que gozan de autonomía.

Reconociendo la autoridad académica de los autores mencionados, no podemos sin embargo dejar de plantear nuestra profunda divergencia en este punto. Consideramos que ambas tesis yerran en el hecho de desvincular el principio de la responsabilidad política del Gobierno con el concepto de fiscalización, con la consecuencia de que por medio de esa reducción de los órganos susceptibles de fiscalización, se están creando zonas de inmunidad política contrarias a

<sup>18</sup> FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, ‘La Reforma Constitucional a la Fiscalización Parlamentaria en la Constitución de 1980: un Análisis Preliminar’, *Ius et Praxis*, 8/1 (2002), 461-481 p. 465, NAVARRO BELTRÁN, Enrique, ‘Las Comisiones Investigadoras a la Luz de la Constitución’, *Revista de Derecho Público*, 65 (2003), 194-199, NAVARRO BELTRÁN, Enrique, ‘La Facultad Fiscalizadora de la Cámara de Diputados’, *Revista de Derecho Público*, 49/enero-junio (1991), 71-90, SOTO KLOSS, Eduardo, *Revista de Derecho Público*, 55-56 (1994).

<sup>19</sup> PRECHT PIZARRO, Jorge Enrique, ‘Gobierno y Administración en la Constitución de 1980. Aceptaciones y Radicación Orgánica’, *Gaceta Jurídica*, 67 (1986), BRUNA CONTRERAS, Guillermo, ‘Fiscalización de los actos de Gobierno’, *Revista del Abogado*, 11 (1997), CEA EGAÑA, José Luis, ‘Fiscalización Parlamentaria del Gobierno’, *Revista Chilena de Derecho*, 20/1 (1993), 7-20.

un Estado de Derecho y al principio de responsabilidad. El segundo defecto del que adolecen tales tesis es el de entender a la fiscalización como un mecanismo de intensidad única, que desconoce la posibilidad de fiscalización sobre entes autónomos.

Por lo anteriormente expuesto –y según lo explicaremos a continuación–, nuestra tesis consiste en que la fiscalización, al ser una consecuencia política y constitucional del principio de responsabilidad política, alcanza al conjunto de órganos y agentes que forman parte del Gobierno y Administración del Estado. Que los medios de fiscalización con que cuente la Cámara de Diputados sean distintas, y que se encuentren más agravados en ciertos casos es un factor innegable, pero que no impide la fiscalización misma.

### a) **Presidente de la República**

Al estar la responsabilidad unida en forma indisoluble a toda potestad pública, debemos concluir que al confiársele el Gobierno y la Administración del Estado<sup>20</sup>, responsabilidad política del Presidente y el proceso de exigencia –la fiscalización de la Cámara de Diputados– abarcarán toda esa esfera. Por ello, una de las formas básicas del *accountability* y responsabilidad política del Primer Mandatario es la de rendir cuenta al país cada año. Pero para efectos de la función de fiscalización es el núcleo y punto de inicio de la potestad conferida a las Cámaras. Además de ello, la Cámara de Diputados tendrá podrá adoptar acuerdos o sugerir informaciones<sup>21</sup>, acusarlo constitucionalmente por *actos de su administración* –manifestación de la responsabilidad propia y vicarial– que hayan comprometido gravemente el honor o seguridad de la Nación, o infringido abiertamente la Constitución o las leyes<sup>22</sup>, dando lugar a un juicio político que puede terminar con su destitución.

### b) **Ministros de Estado**

Los ministros de Estado, en su calidad de colaboradores directos e inmediatos del Presidente en el Gobierno y Administración del Estado<sup>23</sup>, están sujetos a similares mecanismos que los de quien los

<sup>20</sup> 'Constitución Política de la República de Chile' (1980) artículo 24 inc. 1º.

<sup>21</sup> *Ibíd.* artículo 52 N° 1 letra a).

<sup>22</sup> *Ibíd.* artículo 52 N° 2 letra a).

<sup>23</sup> Artículo 33.

designa. En caso del juicio político, pueden ser acusados además de las mismas causales del Presidente, por haber dejado las leyes sin aplicación, y por los delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos y soborno<sup>24</sup>. Asimismo, pueden ser citados a fin de efectuarles preguntas en relación al ejercicio de su cargo<sup>25</sup>, lo que se enmarcaría dentro de la institución de la interpelación<sup>26</sup>.

Hay que tener presente que la fiscalización sobre los ministros será la que reciba la mayor intensidad, ya que de la estructura ministerial va a ser el punto de inicio del extenso aparato que forme parte de la Administración, y en consecuencia, donde se va a desarrollar con un mayor grado la exigibilidad de la responsabilidad vicarial. Asimismo, es el ministro el que deberá responder por los errores cometidos al interior de cada ministerio, debiendo mantener la independencia política de sus funcionarios, sujeto empero a las limitaciones y excepciones que relacionadas con el grado de participación directa del mismo en orden a evitar el acto que se le reprocha, o sus efectos.

### c) **Intendentes y Gobernadores**

Los intendentes y gobernadores constituyen el tercer eslabón de la escala de intensidad de la fiscalización, en su calidad de representantes del Presidente de la República en su función de gobierno de la región (el intendente como un representante directo<sup>27</sup>, en tanto que el gobernador como representante indirecto u órgano desconcentrado del intendente<sup>28</sup>). En cuanto a los mecanismos disponibles por la Cámara de Diputados, encontramos la posibilidad de acusarlos constitucionalmente y dar lugar a un juicio político por infracción de la Constitución y por los delitos de traición, sedición, malversación de fondos públicos y concusión<sup>29</sup>.

### d) **Órganos dotados de autonomía**

Desde aquí comenzamos a tratar lo sostenido por nuestra tesis de lo que corresponde a la fiscalización del Gobierno. Para empezar, nos

<sup>24</sup> Artículo 52 N° 2 letra b).

<sup>25</sup> Artículo 52 N° 1 letra b).

<sup>26</sup> ZÚÑIGA URBINA, Francisco, 'Interpelaciones: Apuntes de un Estudio', Revista de Derecho Público, 59 (1996), 55-79, p. 75.

<sup>27</sup> Artículo 111.

<sup>28</sup> Artículo 116.

<sup>29</sup> Artículo 52 N° 2 letra e).

corresponde hablar de aquellos órganos que por disposición de la Constitución o la ley han sido declarados “autónomos” o “independientes”.

El fenómeno administrativo de la autonomía de determinados órganos que tradicionalmente han sido parte de la estructura central del poder no es nuevo, ni mucho menos exclusivo de nuestro sistema. Se trata de un proceso importado<sup>30</sup> y ni siquiera nuevo en Chile<sup>31</sup>, pero que mirando desde una perspectiva comparada, es un invitado que llegó hace varias décadas o siglos<sup>32</sup> para establecerse por un tiempo indefinido, y que pese a las aprensiones de políticos, economistas y juristas, los intentos de su control o caza<sup>33</sup> no muestran señales que se trate de un fenómeno que tienda a desaparecer, sino todo lo contrario<sup>34 35</sup>.

<sup>30</sup> SALA ARQUER, José Manuel, *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* (Madrid: Editorial Civitas, 2000) 106, p. 11.

<sup>31</sup> ‘STC sobre Proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Banco Central, Rol 78’, (Tribunal Constitucional, 1989), considerando 17°.

<sup>32</sup> GREVE, CARSTEN; FLINDERS, Matthew; Y VAN THIEL, Sandra, ‘Quangos-What’s in a Name. Defining Quangos from a Comparative Perspective’, *Governance: An International Journal of Policy and Administration*, 12/2 (1999), 129-146, PROSSER, Tony, *Law and the Regulators*, 313 vols. (Oxford: Clarendon Press, 1997), VÍRGALA FORFURIA, Eduardo, *La Constitución y las Comisiones Reguladoras de los Servicios de Red* (Estudios Constitucionales; Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004) 393.

<sup>33</sup> En el Reino Unido, existe un acrónimo para designar a todos aquellos entes autónomos: Quango (quasi-non-governmental organization), cuyo número ha sido desde un principio alto y complejo de determinar, lo cual ha generado desde los gobiernos de Margaret Thatcher el deseo de reducirlos, proceso que se denominó en la década de los ochenta el “quango hunt”. El último de estos intentos ha sido anunciado a mediados de marzo del año 2004, cuando el Gobierno de Tony Blair propuso para el año 2005 disminuir a la mitad el número de reguladores independientes.

<sup>34</sup> HOOD, Christopher; JAMES, Oliver; SCOTT, Colin, ‘Regulation of Government: Has it Increased, Is it Increasing, Should it be Diminished?’ *Public Administration*, 78/2 (2000), 283-304, MORAN, Michael, ‘The Rise of the Regulatory State in Britain’, *Parliamentary Affairs*, 54 (2001), 19-34, PAYNE, Teresa; SKELCHER, Chris, ‘Explaining Less Accountability: The Growth of Local Quangos’, *Public Administration*, 75 (1997), 207-224.

<sup>35</sup> En este sentido –en lo que al Reino Unido respecta– nos parece inexacta la afirmación de Sala Arquer (SALA ARQUER, José Manuel, *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* (Madrid: Editorial Civitas, 2000) 106 p. 11.) en cuanto a que las agencias independientes –denominadas, como hemos dicho Quangos en el Reino Unido– habrían sufrido “serios embates que han terminado repercutiendo en Europa, donde nunca llegaron a consolidarse como un modelo normal de organización administrativa...” y que “[e]n Inglaterra, las agencias independientes todavía han corrido peor suerte... [que en Estados Unidos]”. La larga trayectoria de los entes autónomos en aquel Estado, y la dinámica de los procesos gubernativos, en particular aquellos vincu-

Pues bien, cuando hablamos de órganos que gozan de autonomía, hay dos preguntas de especial trascendencia que guardan una relación entre sí: su constitucionalidad o legitimidad constitucional, y sus efectos para el control y fiscalización política.

La primera de las cuestiones es la siguiente: ¿Es constitucionalmente legítimo o contrario a la Constitución –en caso de aquellos entes cuya autonomía no se consagra en la Carta Política– el establecimiento de autoridades independientes? En nuestro país la duda se genera por dos cuestiones: la limitación de la autoridad presidencial, y la falta de control político de tales autoridades.

En efecto, al confiarse al Presidente de la República el Gobierno y la Administración del Estado<sup>36</sup>, con las facultades especiales que implica tal cometido<sup>37</sup>, se estaría creando una relación de dirección entre este y los entes que forman parte de la Administración, situación que estaría siendo afectada por el surgimiento de autoridades independientes, lo que generaría limitaciones a la autoridad presidencial en el ejercicio de sus potestades. Así, tenemos el caso del Banco Central<sup>38</sup>. ¿En qué consiste este poder de dirección sobre la Administración? Se sostiene que la dirección depende de la capacidad de nombrar y separar de su cargo a los miembros de los órganos que componen el aparato administrativo<sup>39</sup>, como asimismo la posibilidad de que el Gobierno dicte instrucciones obligatorias<sup>40</sup>. En caso de que dichas condiciones falten, se argumenta que se rompe con la unidad

---

lados a la regulación, han hecho imposible su desaparecimiento. Es cierto que fueron fuertemente criticados en la década de los ochenta, y que hay mucha literatura respecto de su legitimidad y la responsabilidad política, pero nos parece que como órganos se encuentran consolidados. Sin perjuicio de ello, constantemente se buscan nuevos mecanismos para superar las dificultades propias de esta clase de entes, tales como su forma de control político, falta de racionalización de recursos y duplicidad administrativa, etc. Se debe tener en cuenta, por último, que en la dinámica de la regulación (especialmente económica) siempre hay un debate permanente, del que no siempre se podrá colegir que hay una crisis o falta de consolidación de lo ya existente.

<sup>36</sup> 'Constitución Política de la República de Chile' (1980), artículo 24.

<sup>37</sup> *Ibid* artículo 32.

<sup>38</sup> 'STC sobre Proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Banco Central, Rol 78', (Tribunal Constitucional, 1989).

<sup>39</sup> PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo II*, 2 vols. (9ª ed., II; Madrid: Marcial Pons, 1995) 568, p. 297.

<sup>40</sup> VÍRGALA FORFURIA, Eduardo, *La Constitución y las Comisiones Reguladoras de los Servicios de Red (Estudios Constitucionales; Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004) 393, p. 239.*

de la Administración con la dirección del Gobierno. En tal sentido, esta pérdida de dirección implicaría la falta de control político de tales autoridades, generando zonas de la estructura administrativa ausentes de toda clase de fiscalización política<sup>41</sup>.

Nos encontramos ante la siguiente disyuntiva: si el actuar de las autoridades independientes no calza dentro de los “actos del Gobierno” del artículo 52 N° 1 de la Constitución, estaríamos estableciendo una excepción al principio de la responsabilidad política de los poderes públicos, ya que se la estaría dejando sin posibilidad de ser exigible. La otra posibilidad consiste en interpretar de un modo constitucionalmente más armónico el hecho de la independencia, y reconocer que existe una limitación en la exigencia de la responsabilidad, pero que ello no implica que la autonomía o independencia sea un obstáculo para hacer efectivo el principio constitucional de la responsabilidad política.

Frente a esta opción, nos parece que la solución hermenéutica pasa por hacer aplicables la autonomía –establecida o no con rango constitucional– con el principio de la responsabilidad política. En razón de ello, entenderemos que dichos órganos forman parte del Gobierno y Administración del Estado, y son por tanto susceptibles de ser encuadrados dentro del ámbito competencial de la Cámara de Diputados. Para llegar a esta conclusión hemos tenido en cuenta los siguientes factores:

- a) *Razones de texto*: Creemos que el artículo 24 de la CPR consagra este *continuum* entre el Gobierno y la Administración. Ahora bien, los órganos que integran la Administración están mencionados en el artículo 1 de la Ley General de Bases de la Administración del Estado, ya sea en forma expresa –como es el caso de la Contraloría General de la República o el Banco Central– o de un modo implícito, entendiendo que tales son órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.
- b) *Interpretación de la autonomía*: Se dice que no sería posible la exigencia de responsabilidad de tales autoridades porque pre-

---

<sup>41</sup> RALLO LOMBARTE, Artemi, La Constitucionalidad de las Administraciones Independientes (Temas Clave de la Constitución Española; Madrid: Editorial Tecnos, 2002) 343, p. 202.

cisamente se estaría afectando su independencia. Como señala un autor:

*“Se puede tener responsabilidad o independencia. Normalmente se podrá llegar a un equilibrio, no sin graves dificultades y con mucho cuidado, pero no se puede preferir una sin sacrificar la otra”<sup>42</sup>.*

No creemos necesario dicho sacrificio en la medida que tengamos claro qué es lo que se persigue con la independencia y cómo se lleva a cabo dicho control. La independencia no es un concepto absoluto<sup>43</sup>, sino que ha sido diseñado específicamente para la puesta en marcha de los principios y políticas del Gobierno y el Parlamento. La independencia debe entenderse de carácter orgánico y también funcional en ciertos aspectos<sup>44</sup>, pero este último grado de independencia no importa un impulso político propio, a diferencia de lo que algunos entienden<sup>45</sup>.

De lo expuesto anteriormente, habrá que distinguir las responsabilidades políticas que le corresponden tanto al gobierno central, como al órgano autónomo. Compartimos el juicio de que sería deseable un mayor grado de delimitación entre las funciones que competen a ambos<sup>46</sup>, aunque igualmente se pueden establecer ciertos criterios: Así, al gobierno central se le puede exigir la responsabilidad –en todos sus grados– respecto de:

- a) *Errores en la definición de las políticas*: Está en manos del Presidente de la República y en las de cada ministro definir las líneas generales de política que deberán concretar administrativamente los órganos que directa o indirectamente dependen de ellos. Dichas políticas se materializarán jurídicamente en

<sup>42</sup> WILDING, Richard, ‘A triangular affair: quangos, ministers, and MPs.’ in Anthony Barker (ed.), *Quangos in Britain: Government and the Networks of Public Policy-Making* (Londres: The Macmillan Press LTD, 1982), 34-43 p 42. (traducción propia).

<sup>43</sup> HOUSE OF LORDS, Select Committee On The Constitution, ‘The Regulatory State: Ensuring its Accountability’, (Westminster: House of Lords, Select Committee on the Constitution, 2004), p. 41.

<sup>44</sup> PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo II*, 2 vols. (9a ed., II; Madrid: Marcial Pons, 1995) 568, p. 266.

<sup>45</sup> *Ibíd.*, p. 268.

<sup>46</sup> BUSTOS GISBERT, Rafael, *La Responsabilidad Política del Gobierno: ¿Realidad o Ficción?* (Madrid: Editorial Colex, 2001) 127, p. 74.

una ley –teniendo en cuenta las amplísimas facultades legislativas del Ejecutivo– o en la potestad reglamentaria;

- b) *Falta de control de las políticas sobre la discrecionalidad que dispone la agencia autónoma:* Como al Gobierno le compete el desarrollo e implementación de políticas, tiene un alto grado de control –en el sentido de dirección– sobre las autoridades independientes. Si considera que sus directrices no se están implementando adecuadamente, deberá adoptar el conjunto de medidas que están a su alcance que permitan corregir los defectos del órgano independiente. Ello lo hará generalmente de un modo indirecto, pero no por ello falto de eficacia, y las medidas irán desde la modificación del estatuto orgánico –la ley que lo crea y define su funcionamiento– hasta incluso la supresión del órgano.
- c) *Error en la idoneidad de los titulares del ente autónomo:* Ya sea por haber nombrado a una persona que no sea la adecuada para el cargo, o bien porque no haber dado inicio a los mecanismos de destitución de la autoridad, cuando de la conducta del directivo no parece existir otra posible solución.

Por su parte, a la autoridad independiente se le pueden exigir todas aquellas clases de responsabilidades informativas (todas aquellas que el profesor Bustos<sup>47</sup> denomina canalizadora<sup>48</sup>, informativa<sup>49</sup> y disculpante<sup>50</sup>). Pero también se le podrá conminar

<sup>47</sup> *Ibíd.*

<sup>48</sup> Por medio de la “responsabilidad canalizadora” se intenta redirigir las preguntas que se le hacen a la autoridad, y tendrá lugar en aquellos casos en que se estén cuestionando actos que no dependen de dicha autoridad –generalmente el ministro– pero que al menos le impone la obligación de redirigirlas para que tengan una respuesta.

<sup>49</sup> La “responsabilidad informativa” tiene por objeto que simplemente se aclaren situaciones concretas. También puede servir para que un determinado agente pueda exponer planes de políticas generales que se están desarrollando. Tal vez esta debiera ser la forma de exigencia de responsabilidad más cotidiana, y –a nuestro entender– si nuestras autoridades pudieran comprender su utilidad, sería una formidable válvula de escape de conflictos políticos y malos entendidos.

<sup>50</sup> La “responsabilidad disculpante” tiene por única finalidad el reconocer el error y pedir perdón, ejercicio que no siempre logra ser muy simple ni menos aún frecuente, pero que la mayoría de las veces pone término a un momento de cuestionamiento político de un determinado agente político. Será más frecuente que exista la necesidad de asumir este tipo de responsabilidad cuando se trata de actos personales, más que de políticas públicas

al ejercicio de responsabilidades correctoras<sup>51</sup>, ya que no se debe olvidar de que tales órganos autónomos son de creación legislativa, y la Cámara dentro de su potestad fiscalizadora puede concluir que es necesario efectuar ciertos cambios orgánicos para prevenir determinados hechos, y que pueden ser alguno de ellos de naturaleza legislativa.

Dentro de los órganos autónomos debemos descartar, sin embargo, a las Municipalidades, puesto que ellas forman parte de la estructura del gobierno local, cuyo sistema de fiscalización política no es el mismo que el que corresponde a la Cámara de Diputados. A diferencia de lo que ocurriría si dejásemos fuera del concepto de Gobierno del artículo 52 N° 1 de la CPR a otros órganos autónomos, no se produce un vacío de responsabilidad política, ya que el Concejo como estructura del Gobierno Municipal será el encargado de asumir tales funciones.

#### 4. LA RESPONSABILIDAD POLÍTICA EN LA EMPRESA PÚBLICA

Esta sección del capítulo está destinada a resolver la pregunta respecto de cómo aplicar la misma lógica de extensión de la potestad fiscalizadora de la Cámara de Diputados a las empresas públicas, que corresponde principalmente al tema de la sentencia del Banco del Estado. Como se verá, la responsabilidad política en la empresa pública guarda una íntima relación con lo que ocurre respecto de los organismos autónomos. No obstante ello, la diferencia estará en la razón de ser de la empresa pública dentro del marco constitucional subsidiario de la Constitución de 1980. Pero antes de ello, será necesario hacerse cargo de las objeciones al control político de la empresa pública.

---

<sup>51</sup> Dichas acciones de rectificación pueden ir encaminadas a la reestructuración de un ministerio, una determinada institución, la manera en que se entrega una determinada ayuda o un cambio de la administración de una actividad de fomento.

#### 4.1. El intento de eludir los controles políticos en la empresa pública

El caso del Banco del Estado, al igual que en la decisión recaída en Televisión Nacional de Chile<sup>52</sup>, nos demuestra que con respecto a la empresa pública en nuestro país se ha producido el mismo fenómeno que denuncia la doctrina en el derecho comparado, cuyos ejemplos veremos en el caso de España y del Reino Unido<sup>53</sup>.

El asunto es que las empresas públicas, utilizando la organización propia del Derecho privado, de una estructura societaria del Derecho comercial, estrategias empresariales, marketing, y otros elementos que los asemejan a cualquier otra empresa, han pretendido situarse fuera del alcance del control y escrutinio público al que están sujetos los órganos del Estado. En cuanto a las empresas públicas, el fenómeno de la “huida del derecho administrativo”<sup>54</sup> –que ha sido uno de los temas ampliamente discutidos en el Derecho público español– ha significado una estratégica forma de buscar zonas libres de todo control público, salvo que el ordenamiento jurídico en forma expresa y nominal incluya a la empresa bajo la esfera de su función de fiscalización.

Con respecto a esta crisis de identidad de la empresa pública, que utilizando un ropaje privado y actuando como privado, no acepta su naturaleza pública, nos remitimos a otro trabajo anterior de Sentencias Destacadas<sup>55</sup>. Por ahora quisiera referirme a otros argumentos comúnmente sostenidos:

<sup>52</sup> Cuando recurrió frente a la decisión del Consejo para la Transparencia. En ella, el argumento de TVN consistió en señalar, entre otras consideraciones, que dicha empresa solo se encuentra fiscalizada por la Superintendencia de Valores y Seguros, “con exclusión de cualquier otro órgano, incluso la Contraloría” (escrito de reposición interpuesto, causa rol R12-09).

<sup>53</sup> En la página 19.

<sup>54</sup> BORRAJO INIESTA, Ignacio, ‘El Intento de Huir del Derecho Administrativo’, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 78 (1993), 233-249, DEL SAZ CORDERO, Silvia, ‘La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas’, *Revista de Administración Pública*, 133/enero-abril (1994), 57-98, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, ‘Reflexiones sobre la «huida» del Derecho’, *Revista de Administración Pública*, 140/mayo-agosto (1996), 26-68.

<sup>55</sup> ZÁRATE R., Sebastián, ‘Libertad económica y Estado empresario: Cuando la interpretación importa’, en Arturo Fermandois V. y Delaveau S. Rodrigo (eds.), *Sentencias Destacadas 2008. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas* (Santiago: Libertad y Desarrollo, 2009), 327-349.

**a) Primer argumento: la empresa pública merece un trato igualitario respecto de la empresa privada<sup>56</sup>**

¿Es el Estado titular de derechos fundamentales? Consideramos imposible sostener, dentro de un sistema libertario como el nuestro, la existencia de derechos fundamentales que el Estado (empresa pública) pueda reclamar para sí, incluso solicitando al propio Estado (juez constitucional u ordinario) su reconocimiento incluso en contra de un particular.

En efecto, el origen del estudio de los derechos fundamentales como relaciones jurídicas, se establecieron en un principio entre un particular en contra del Estado. Luego, con el posterior efecto horizontal de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*) se pasó de analizar la relación subjetiva entre la persona como titular de derechos y el Estado como guardián de los mismos, a la relación entre dos o más individuos titulares de derechos. Dependiendo de la tesis utilizada para construir el efecto horizontal, el rol del Estado va a variar<sup>57</sup>, pero sin situarse nunca en una posición de titular de derechos fundamentales.

Esto no significaría, sin embargo, que una empresa pública nunca y bajo ningún evento pueda reclamar derechos fundamentales. De hecho, la legitimación activa para recurrir de Protección, ha sido definida de una manera amplia, incluyendo agentes del Estado<sup>58</sup>. A nuestro juicio, dicha posibilidad estaría circunscrita a dos eventos: el primero, actuar en nombre o a favor de un particular en una acción de protección; el segundo, cuando un agente del Estado pueda acreditar que ejerce una acción en su calidad que ficticiamente el

<sup>56</sup> En su voto disidente, el ministro Oyarzún señaló:  
“VIGÉSIMO: Que este tratamiento igualitario con las demás entidades que desarrollan actividades de índole empresarial, a que se encuentran afectas aquellas empresas que, como el Banco demandante en autos, pertenecen al Estado y se sujetan en el mencionado plano a las reglas del derecho común, acorde con lo dispuesto en el citado texto de la Carta [el artículo 19 N°21 inc. 2°] se manifiesta en un doble aspecto: por una parte, ellas no gozan de un estatuto de excepción que les reporten privilegios –a menos que además mediante una ley de quórum calificado– y, por la otra, tampoco pueden exponerse a un trato discriminatorio que les produzca menoscabo frente a sus congéneres del ámbito privado con las que concurre en competencia al mercado bancario”.

<sup>57</sup> Véase ALEXY, R., *A theory of constitutional rights* (tr. Julian Rivers) (Oxford: Oxford University Press, 2010) pp. 354-365.

<sup>58</sup> SOTO KLOSS, Eduardo, ‘1976-1986, Diez años de Recurso de Protección. Una Revolución Silenciosa’, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 83 (1986) p. 158.

ordenamiento jurídico lo ha considerado como particular para determinados efectos. Es en este último caso –en el que recursos de protección como el interpuesto en 2008 por CODELCO en contra de la Dirección del Trabajo<sup>59</sup>–, podemos admitir que una empresa del Estado pueda invocar la vulneración de derechos fundamentales.

Con todo, ninguna de las dos situaciones anteriormente descritas coincide con el derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria que las empresas públicas, como en este caso el Banco del Estado intentó argumentar a su favor. Aquí se da exactamente la situación contraria: una entidad estatal que busca impedir ser tratada de diferente forma que una entidad privada para el cumplimiento de controles que se establecen respecto de agentes estatales.

Por ello concluimos que la garantía de igualdad que consagra el inciso segundo del artículo 19 N° 21 de la Constitución tiene como única aplicación del beneficio del particular que no vea su acción entorpecida por un agente estatal<sup>60</sup>, y que no pretenda este último actuar como autoridad y agente económico a la vez. Lo que se busca en definitiva, es una igualdad de condiciones en beneficio de quien carece del ejercicio de potestades públicas. Se elimina cualquier posibilidad de que una empresa pública esté dotada de instrumentos exorbitantes. En otras palabras, se proscribe constitucionalmente la existencia de una situación como la del clásico servicio público francés, que sea estatal y con potestades exorbitantes a la vez<sup>61</sup>.

#### **b) Segundo argumento: el control político (y hasta el jurídico) de la empresa pública constituye un obstáculo a la eficiencia y eficacia**

Por otra parte se argumenta que los sistemas de control a que se encuentran sujetos los órganos públicos –ya sea de naturaleza política

<sup>59</sup> Corte Suprema, Rol N° 887-2008.

<sup>60</sup> FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Derecho Constitucional Económico* (Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006) p. 243.

<sup>61</sup> Servicio público que por lo demás ya no corresponde al moderno actual que se aplica en Europa con respecto a los servicios públicos. ZÁRATE R., Sebastián, 'Libertad económica y Estado empresario: Cuando la interpretación importa', en Arturo Fernandois V. y Delaveau S. Rodrigo (eds.), *Sentencias Destacadas 2008. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas* (Santiago: Libertad y Desarrollo, 2009), 327-349, p. 343.

o jurídica— son incompatibles con la eficiencia que debe perseguir una empresa. A este respecto solamente hay que señalar que dicha mayor eficiencia o eficacia no se encuentra debidamente documentada, al menos en sede jurídica<sup>62</sup>.

En segundo término, se piensa que dichos controles se van a ejercer en forma irrestrictamente similar entre los distintos órganos de la Administración. Naturalmente que tratándose de datos que puedan parecer sensibles para el quehacer de una empresa pública, tendrá aplicación lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 9 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional<sup>63</sup>.

**c) Tercer argumento: la mejora del gobierno corporativo de la empresa se constituye como un sustituto a los controles políticos (e incluso jurídicos)**

Si bien parece muy deseable que se mejore el diseño a los gobiernos corporativos —por ejemplo desligando a ministros de Estado en la conformación de sus directorios, e incluso en un sistema centralizado de control de empresas públicas— lo anterior no implica que la empresa pública va a dejar de ser controlada o fiscalizada políticamente o aun jurídicamente.

En efecto, no se trata de controles intercambiables. Así por ejemplo, el gasto que se haga respecto de una actividad propia de la empresa, podrá ser desde el punto de vista jurídico muy transparente e inobjetable. Pero perfectamente para las necesidades de esa empresa, para su rol subsidiario, y para las políticas públicas, puede ser dicho gasto reprochable o criticable desde la esfera política. Lo mismo puede ocurrir con la participación o el rol de quienes forman parte de la administración de la empresa.

En consecuencia, no corresponde argumentar que la reforma de un sistema más eficiente y transparente de gobiernos corporativos de las empresas públicas signifique una limitación de la fiscalización política.

<sup>62</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, 'Reflexiones sobre la «huida» del Derecho administrativo, *Revista de Administración Pública*, 140/mayo-agosto (1996), 26-68.

<sup>63</sup> Véase nota al pie en la página 3.

#### 4.2. Elementos comunes: ¿cómo se hace efectiva la responsabilidad política en la empresa pública?

La responsabilidad política a que se ha hecho mención en este trabajo no está necesariamente asociada, como podrá apreciarse, con la renuncia o destitución de un ministro o funcionario. Por el contrario, una moderna concepción de la responsabilidad política como antecedente de la fiscalización del mismo nombre forma un sistema complejo de redes de controles de distintos aspectos entre distintos órganos públicos que generan un sistema de control político<sup>64</sup>.

Por lo anterior, la pretendida exclusividad de control jurídico que pueda ejercer una superintendencia –en este caso la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras– no resulta incompatible con otros controles jurídicos, como el que puede establecer la Contraloría General de la República, ni menos con controles de naturaleza política como aquellas que tengan por objeto proveer de información y de aquellos mecanismos de fiscalización política en la Cámara de Diputados. En tal sentido, todo órgano público se encontrará inmerso en una indiscutible red de controles y relaciones interorgánicas.

De acuerdo a las categorías anteriormente descritas para los órganos dotados de autonomía<sup>65</sup>, es posible sostener que se puede dar lugar a responsabilidades de naturaleza explicativa, informativa, correctora y canalizadora<sup>66</sup>.

Con respecto a los actos que potencialmente podrían ser criticados, al menos habría que incluir los siguientes:

- a) La designación de aquellos directores de las empresas, o bien la participación de ministros o colaboradores directos del Presidente de la República en empresas estatales.
- b) La eficiencia en la administración de los recursos de la empresa.
- c) El cumplimiento de las obligaciones relacionadas con aquellas empresas públicas que además se desempeñan en servicios de

<sup>64</sup> SCOTT, Colin, 'Accountability in the Regulatory State', *Journal of Law and Society*, 27/1 (2000), 38-60, HOUSE OF LORDS, Select Committee On The Constitution, 'The Regulatory State: Ensuring its Accountability, HL Paper 68-1', (Westminster: House of Lords, Select Committee on the Constitution, 2004).

<sup>65</sup> En la página 9.

<sup>66</sup> Ver categorías en la página 13.

interés general (tales como el transporte, energía, correos o medios de comunicación social).

- d) Todos aquellos relacionados con las políticas generales de la empresa, y su inserción dentro del mercado respectivo, cuya justificación precisamente se refiere a un rol subsidiario del Estado, que nos referiremos a continuación.

### 4.3. Elemento diferenciador: el control de la subsidiariedad

Al ser el Estado Empresario un concepto excepcional dentro de nuestro sistema, en virtud del principio de subsidiariedad<sup>67</sup>, y un título habilitante que solo se justifica bajo ciertos requisitos y condiciones, debe efectuarse un juicio de valor cuando en virtud de una ley de quórum calificado se crea una entidad de estas características. Pero el criterio que justifica el ejercicio empresarial por parte del Estado no se agota en el solo acto legislativo, sino que se trata de un principio de concreción continuada en el tiempo. La autorización empresarial no puede reducirse a una mera autorización indefinida y perpetua para funcionar.

De ello se desprende que la exigencia de la subsidiariedad en la empresa pública debe ser algo propio de la existencia y funcionamiento de la misma. Ello implica que el Estado una vez que crea un ente empresarial público no solamente deba promover lealmente que la actividad en la cual ha intervenido pueda ser asumida por los particulares<sup>68</sup>, sino que tiene el deber ineludible de fiscalizar el cumplimiento de los objetivos que se tuvieron en consideración para haber iniciado tal ejercicio que compete en Chile en forma preferente a privados.

Esta es sin duda la característica esencial que diferencia a una empresa pública de cualquier otro órgano del Estado: su permanencia debe entenderse sujeta a la condición de subsidiariedad definida por la ley que crea la empresa. Al tratarse de un elemento discernible políticamente, es natural que sea la propia Cámara fiscalizadora la que además deba encargarse de comprobar el cumplimiento de este requisito de existencia.

<sup>67</sup> 'Constitución Política de la República de Chile' (1980), artículos 1 inc. 3º y 19 Nº 21.

<sup>68</sup> FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, Derecho Constitucional Económico (Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006) pp. 90-91.

En tal sentido, la autonomía de la empresa pública –en este caso el Banco del Estado– no debe compararse con aquella que goza un agente económico privado de similares características. La empresa pública no solo tiene un giro específico y limitado a lo que prescribe la ley que lo crea, sino que también le compete un rol subsidiario en el tiempo.

## 5. LA PROBLEMÁTICA DEL CONTROL DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN ESPAÑA Y EL REINO UNIDO

Como se podrá imaginar, si la existencia de empresas públicas y las privatizaciones se han replicado en los distintos países, también han existido situaciones en las que se han planteado problemas relativos a la responsabilidad política en la empresa pública.

### 5.1. La empresa pública en el Reino Unido

El plan de las nacionalizaciones llevadas a cabo en el Reino Unido luego de la Segunda Guerra Mundial tuvo como objetivo central buscar el interés público y la eficiencia económica, y en tal sentido se buscó que el control político ministerial persiguiera velar por dichas metas<sup>69</sup>. El modelo original diseñado por Herbert Morrison consistió en otorgarle una autonomía relativa a la empresa, reservando el poder excepcional del ministro respectivo para actuar en el interés público<sup>70</sup>.

No obstante ello, dicha finalidad fue impedida por la intervención informal<sup>71</sup> y extendida<sup>72</sup> por parte de los ministros en la administración ordinaria de las empresas. Así, el modelo de responsabilidad política en la empresa pública se vio diluido al máximo<sup>73</sup>,

<sup>69</sup> HOUSE OF COMMONS, Select Committee On Nationalised Industries, 'Ministerial Control of the Nationalised Industries (Westminster: House of Commons, 1968), 235, párrafo 74.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 142.

<sup>71</sup> PROSSER, Tony, *Nationalised industries and public control: legal, constitutional and political issues* (Oxford: Blackwell, 1986).

<sup>72</sup> NEDO, 'A Study of UK Nationalised Industries. Their role in the economy and control in the future', (London: National Economic Development Office, 1976) p. 35.

<sup>73</sup> PROSSER, T., 'Markets, Planning, and Socialism', *Journal of Law and Society*, 15/1 (1988), 42-57, p. 44.

imposibilitando cualquier intento de eficiencia<sup>74</sup>. Como explica el profesor Tony Prosser:

*“Las relaciones entre los Ministros y las empresas públicas cayeron en el peor de los dos mundos. La estructura constitucional estaba pensada para permitir a los directorios actuar bajo a lo que ellos entendiesen por ‘interés público’ (...) Sin embargo, la intervención ministerial significó que muchas de las decisiones eran tomadas fuera de las empresas<sup>75</sup>”.*

El resto de la historia de la empresa pública en el Reino Unido es más conocida, bajo la fórmula privatizadora aplicada en los 80 bajo el gobierno Conservador liderado por Margaret Thatcher.

## 5.2. La empresa pública en España

El caso español tiene como elemento común con el británico la falta de claridad en los roles, responsabilidades, y en consecuencia, el control político ejercido en la empresa pública. Aunque hubo intentos de unificar el diseño de la empresa pública, no hay evidencia en la literatura de que se haya podido avanzar mucho al respecto. Aunque la institución de la empresa pública sigue vigente en España, el número de empresas y el rol asignado a cada una de ellas se encuentra notoriamente disminuido a partir de la segunda mitad de los 80. Los problemas de la intervención política de autoridades a nivel gubernamental se hicieron evidentes con respecto a la forma en que se administraban dichas empresas en sus decisiones diarias. Durante esa época, la administración de la empresa pública se caracterizó por una intervención ministerial, que habría creado una hipertrofia a la eficiencia económica, y a la vez una falta de control político del Parlamento<sup>76</sup>. El problema, tal como se había anunciado en la década anterior<sup>77</sup>, se debía a la necesidad de conciliar el control político con la eficiencia empresarial.

<sup>74</sup> FOSTER, C. D., *Privatization, public ownership and the regulation of natural monopoly* (Blackwell Cambridge, USA, 1992) p. 84.

<sup>75</sup> PROSSER, T., ‘Markets, Planning, and Socialism’, *Journal of Law and Society*, 15/1 (1988), 42-57, p. 44. (traducción propia).

<sup>76</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, ‘Introducción al régimen jurídico de la empresa pública en España’, *Revista de Administración Pública*, 93/Septiembre-diciembre (1980), 67-128, p. 123.

<sup>77</sup> LOZANO IRUESTE, José María, ‘Control de la Empresa Pública’, *Revista de Economía Política*, 58 (1971), 23-37.

Todo ello vino a cambiarse en la década de los 90, por medio de la racionalización administrativa, creando entidades que lograran unificar los criterios y políticas del Estado en materia empresarial. Por una parte, con la LOFAGE (*Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado*) se consagró el principio de que en ningún caso las empresas públicas pudieran ejercer potestades<sup>78</sup>. A pesar de ello, la LOFAGE también creó nuevas entidades privadas, bajo la forma de corporaciones o fundaciones con finalidades empresariales<sup>79</sup>. Uno de los mejores ejemplos en tal sentido fue la creación de una entidad empresarial para los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992, dando lugar a críticas por parte de la doctrina de derecho público<sup>80</sup>.

El intento racionalizador más importante en España culmina en 1995, con la creación de la *Agencia Industrial del Estado*, AIE y la *Sociedad Estatal de Participaciones Industriales*, SEPI. La primera consistió en un grupo empresarial de aquellas entidades que se encontraban bajo un plan de reconversión económica<sup>81</sup>. En 1996, la AIE fue absorbida por la SEPI<sup>82</sup>. Desde entonces, una larga lista de empresas públicas que estaban unidas bajo la SEPI comenzaron a ser privatizadas.

La realidad española demostró que los intentos por escapar de los controles jurídicos y políticos no lograron generar necesariamente una mayor eficiencia. Tal vez una de las razones más convincentes para explicar este fenómeno es el que entrega el profesor Gaspar Ariño, en el sentido de que el problema de la empresa pública era el

<sup>78</sup> 'Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, LOFAGE (1997). Disposición Adicional Duodécima.

<sup>79</sup> BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, 'El Derecho Público ante la privatización y liberalización de los servicios de interés general: ¿Repliegue o transformación?' Boletín de la Facultad de Derecho, 16 (2000), 159-171 p. 166.

<sup>80</sup> DEL SAZ CORDERO, Silvia, 'La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas', *Revista de Administración Pública*, 133/enero-abril (1994), 57-98 p. 67, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, 'Reflexiones sobre la «huida» del Derecho administrativo', *Revista de Administración Pública*, 140/mayo-agosto (1996), 26-68.

<sup>81</sup> 'Ley 5/1996, de 10 de enero, de Creación de determinadas Entidades de Derecho Público', (1996).explanatory notes

<sup>82</sup> 'Real Decreto-ley 15/1997, de 5 de septiembre, por el que se modifica la Ley 5/1996, de 10 de enero, de Creación de determinadas Entidades de Derecho Público' (1996).

de “una casa sin amo”<sup>83</sup>. Más adelante el administrativista español señala:

*“las empresas públicas, tanto las constituidas en forma pública (organismos autónomos y otros entes públicos singulares) como las constituidas en forma jurídico-privada (éstas, todavía en mayor medida), han supuesto un claro escapismo del poder político respecto de los procedimientos y mecanismos de control, tanto parlamentarios como administrativos; frente a los principios clásicos de legalidad del actuar administrativo (régimen de presupuesto, intervención crítica del gasto, etc.), la actuación de los organismos autónomos y empresas públicas otorga a sus directivos (y con ello al Ministro tutor, dada la viciosa dependencia de aquellos respecto a éste) una libertad de movimiento y una capacidad de tomar decisiones sin rendir cuentas a nadie, de la que no goza el propio Ministro al frente de su Departamento; esta autonomía, necesaria quizás para una empresa, debería estar acompañada de técnicas de control y de exigencia de responsabilidad a posteriori, que sin paralizar la actuación de los entes, resulten igualmente eficaces. Pero hasta el momento tales controles efectivos no han existido; se ha liberado a estas entidades de los controles clásicos sin haberse instrumentado los nuevos, lo cual ha dado lugar a un desmembramiento de la Administración en multitud de servicios y entidades personificadas, públicas y privadas, en las que los políticos campan a sus anchas”<sup>84</sup>.*

## 6. CONCLUSIONES

En el presente trabajo nos hemos propuesto estudiar la aplicación del principio de la responsabilidad política en la empresa pública. La responsabilidad política ha sido uno de los temas que menor atención ha recibido por parte del estudio del Derecho Constitucional, en parte por haber sido negado en un sistema presidencialista, y en parte también por ser reducido su ámbito de aplicación al Presidente de la República y a sus Ministros de Estado.

<sup>83</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar, Empresa pública, empresa privada, empresa de interés general: lecciones retrospectivas, de las que algo se puede aprender (Monografías Aranzadi, 483; Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2007).

<sup>84</sup> Ibid. p. 101.

Cuando hablamos de responsabilidad política en la empresa pública nos encontraremos con un obstáculo adicional, que consiste en aquella tendencia por parte de las empresas públicas de buscar aquellas zonas libres de todo control político e incluso jurídico, desconociendo la identidad pública que tienen las empresas del mismo apellido.

La tendencia, sin embargo, se encamina en un sentido contrario. Por una parte desde el punto de vista de la teoría constitucional, el concepto de responsabilidad política está siendo enriquecido con el tiempo, incluyendo nuestro sistema político. En segundo término, se está entendiendo que el rol y justificación de la empresa pública debe ser replanteado, y en términos de su control político, esto ha significado una mayor conciencia de los poderes públicos frente a entidades que a pesar de su apariencia privada son órganos pertenecientes a la Administración del Estado. Por último, el concebir a la responsabilidad política desde una perspectiva más amplia, ha servido para poner en evidencia que la responsabilidad política está compuesta por entramado de relaciones entre poderes públicos, que no pueden desconocerse, ni tampoco reducirse en cuanto al número de relaciones que se producen dentro de esta red.

La sentencia que ha sido objeto de este comentario se encuadra dentro de este camino aparentemente irreversible de exigir a nuestros poderes públicos una mayor transparencia, espacios de participación en la definición de sus políticas, y confirmación de que la responsabilidad política y su exigencia es un principio aplicable a la universalidad de los órganos públicos.

#### BIBLIOGRAFÍA

- “Constitución Política de la República de Chile” (1980).
- “STC sobre Proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Banco Central, Rol 78” (Tribunal Constitucional, 1989).
- “Ley 5/1996, de 10 de enero, de Creación de determinadas Entidades de Derecho Público” (1996).
- “Real Decreto-ley 15/1997, de 5 de septiembre, por el que se modifica la Ley 5/1996, de 10 de enero, de Creación de determinadas Entidades de Derecho Público” (1996).

“Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, LOFAGE” (1997).

ALEXY, R., *A theory of constitutional rights* (tr. Julian Rivers) (Oxford: Oxford University Press, 2010).

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Empresa pública, empresa privada, empresa de interés general: lecciones retrospectivas, de las que algo se puede aprender* (Monografías Aranzadi, 483; Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2007).

BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, “El Derecho Público ante la privatización y liberalización de los servicios de interés general: ¿Repliegue o transformación?” *Boletín de la Facultad de Derecho*, 16 (2000), 159-171.

BORRAJO INIESTA, Ignacio, “El Intento de Huir del Derecho Administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 78 (1993), 233-249.

BRUNA CONTRERAS, Guillermo, “Fiscalización de los actos de Gobierno”, *Revista del Abogado*, 11 (1997).

BUSTOS GISBERT, Rafael, *La Responsabilidad Política del Gobierno: ¿Realidad o Ficción?* (Madrid: Editorial Colex, 2001) 127.

CEA EGAÑA, José Luis, “Fiscalización Parlamentaria del Gobierno”, *Revista Chilena de Derecho*, 20/1 (1993), 7-20.

\_\_\_\_\_, *Teoría del Gobierno. Derecho Chileno y Comparado* (Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2000).

CORTE SUPREMA, “Banco del Estado de Chile con Fisco, Rol N°6585-2007”.

DEL SAZ CORDERO, Silvia, “La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, *Revista de Administración Pública*, 133/enero-abril (1994), 57-98.

FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Derecho Constitucional Económico* (Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006).

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, “La Reforma Constitucional a la Fiscalización Parlamentaria en la Constitución de 1980: un Análisis Preliminar”, *Ius et Praxis*, 8/1 (2002), 461-481.

- FOSTER, C. D., *Privatization, public ownership and the regulation of natural monopoly* (Blackwell Cambridge, USA, 1992).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Lucha contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo* (Madrid: Editorial Civitas, 1983) 99.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Teoría de la Constitución* (Cuadernos “Bartolomé de las Casas”; Madrid: Editorial Dykinson, 2003) 118.
- \_\_\_\_\_, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (7th Edition edn.; Lisboa: Livraria Almedina, 2004).
- GREVE, Carsten; FLINDERS, Matthew; Y VAN THIEL, Sandra, “Quangos-What’s in a Name. Defining Quangos from a Comparative Perspective”, *Governance: An International Journal of Policy and Administration*, 12/2 (1999), 129-146.
- HOOD, Christopher; JAMES, Oliver; SCOTT, Colin, “Regulation of Government: Has it Increased, Is it Increasing, Should it be Diminished?” *Public Administration*, 78/2 (2000), 283-304.
- HOUSE OF COMMONS, Select Committee On Nationalised Industries, “Ministerial Control of the Nationalised Industries” (Westminster: House of Commons, 1968), 235.
- HOUSE OF LORDS, Select Committee On The Constitution, “The Regulatory State: Ensuring its Accountability” (Westminster: House of Lords, Select Committee on the Constitution, 2004).
- \_\_\_\_\_, “The Regulatory State: Ensuring its Accountability, HL Paper 68-I” (Westminster: House of Lords, Select Committee on the Constitution, 2004).
- LOZANO IRUESTE, José María, “Control de la Empresa Pública”, *Revista de Economía Política*, 58 (1971), 23-37.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, “Reflexiones sobre la “huida” del Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, 140/mayo-agosto (1996), 26-68.
- MORAN, Michael, “The Rise of the Regulatory State in Britain”, *Parliamentary Affairs*, 54 (2001), 19-34.

- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, "La Facultad Fiscalizadora de la Cámara de Diputados", *Revista de Derecho Público*, 49/enero-junio (1991), 71-90.
- \_\_\_\_\_, "Las Comisiones Investigadoras a la Luz de la Constitución", *Revista de Derecho Público*, 65 (2003), 194-199.
- NEDO, "A Study of UK Nationalised Industries. Their role in the economy and control in the future" (London: National Economic Development Office, 1976).
- PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo II*, 2 vols. (9a edn., II; Madrid: Marcial Pons, 1995) 568.
- PAYNE, Teresa; SKELCHER, Chris, "Explaining Less Accountability: The Growth of Local Quangos", *Public Administration*, 75 (1997), 207-224.
- PRECHT PIZARRO, Jorge Enrique, "Gobierno y Administración en la Constitución de 1980. Acepciones y Radicación Orgánica", *Gaceta Jurídica*, 67 (1986).
- PROSSER, Tony, "Markets, Planning, and Socialism", *Journal of Law and Society*, 15/1 (1988), 42-57.
- \_\_\_\_\_, *Nationalised industries and public control: legal, constitutional and political issues* (Oxford: Blackwell, 1986).
- \_\_\_\_\_, *Law and the Regulators*, 313 vols. (Oxford: Clarendon Press, 1997).
- RALLO LOMBARTE, Artemi, *La Constitucionalidad de las Administraciones Independientes* (Temas Clave de la Constitución Española; Madrid: Editorial Tecnos, 2002) 343.
- SALA ARQUER, José Manuel, *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* (Madrid: Editorial Civitas, 2000) 106.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, "Introducción al régimen jurídico de la empresa pública en España", *Revista de Administración Pública*, 93/Septiembre-diciembre (1980), 67-128.
- SCOTT, Colin, "Accountability in the Regulatory State", *Journal of Law and Society*, 27/1 (2000), 38-60.
- SOTO KLOSS, Eduardo, "1976-1986, Diez años de Recurso de Protección. Una Revolución Silenciosa", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 83 (1986).

\_\_\_\_\_, *Revista de Derecho Público*, 55-56 (1994).

VÍRGALA FORFURIA, Eduardo, *La Constitución y las Comisiones Regulatoras de los Servicios de Red (Estudios Constitucionales; Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004) 393.*

WILDING, Richard, "A triangular affair: quangos, ministers, and MPs." en Anthony Barker (ed.), *Quangos in Britain: Government and the Networks of Public Policy-Making* (Londres: The Macmillan Press LTD, 1982), 34-43.

ZÁRATE R., Sebastián, "Libertad económica y Estado empresario: Cuando la interpretación importa", en Arturo Fermandois V. y Delaveau S. Rodrigo (eds.), *Sentencias Destacadas 2008. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas* (Santiago: Libertad y Desarrollo, 2009), 327-349.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco, "Interpelaciones: Apuntes de un Estudio", *Revista de Derecho Público*, 59 (1996), 55-79.

