



Informe N° 741

Política

07/09/2009

Ley de transparencia: avances y peligros

Andrés Sanfuentes

07/09/2009

Política

**Ley de transparencia:
avances y peligros**

26/08/2009

Economía

**La desigualdad y el debate
tributario**

24/08/2009

Sociedad

**Ambivalencia y política
pública: entre el desarrollo
infantil temprano y la
participación laboral
femenina. (Segunda
Parte)**

24/08/2009

Política

**Capitalismo contra
capitalismo de nuevo**

17/08/2009

Sociedad

**Ambivalencia y política
pública: entre el desarrollo
infantil temprano y la
participación laboral
femenina**

Acerca de

Este informe ha sido preparado por el Consejo Editorial de asuntospublicos.ced.cl.

©2000 asuntospublicos.ced.cl. Todos los derechos reservados.

Se autoriza la reproducción, total o parcial, de lo publicado en este informe con sólo indicar la fuente.

La ley N°20.285 de Transparencia entró en vigencia el 20/4/2009. Es un gran avance para el país, pues constituye un elemento decisivo en el proceso de modernización del Estado. Tal como lo señala su artículo 4º, "El principio de transparencia consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso a cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que establezca la ley". Por lo tanto, es parte de las normas de control institucional propias del sistema democrático y permite el necesario escrutinio público tanto de la ciudadanía en forma directa como de sus representantes. Además, es un valioso instrumento contra la corrupción y las arbitrariedades de las autoridades.

La aprobación de la ley no fue fácil, a pesar que contó con una amplia mayoría en la votación definitiva en el Parlamento. La iniciativa se originó en la Comisión Nacional de Ética Pública, formada por el Presidente Frei Ruiz-Tagle en 1994, que dio origen en 1999 a la Ley N° 19.653, de Probidad, la cual permitió el acceso a informes y antecedentes de las empresas privadas de utilidad pública; las públicas y las del sector estatal (1).

Un paso posterior fue la Reforma Constitucional aprobada durante el Gobierno del Presidente Lagos que, en su artículo 8º, estableció normas sobre probidad y transparencia.

Finalmente, en el Gobierno de Bachelet, en 2006, la Agenda de Transparencia impulsó la Comisión de Probidad y Transparencia, que después aprovechó una iniciativa de los senadores Larraín y Gazmuri para impulsar la legislación actual.

No se trata de una ley sencilla, tal como lo demuestra la experiencia de los cuatro meses de operación. Es el caso en que "se hace camino al andar", en que no debería haber precipitaciones. Los antecedentes reflejan que en otros países han demorado varios años en implementar normas legales.

Se distingue entre la obligación de transparencia activa y pasiva. La primera, establece que debe mantenerse en el sitio electrónico de la entidad o empresa, disponible para cualquier interesado, cierta

información que señala la ley, de manera permanente, actualizada y de fácil acceso. La transparencia pasiva, consiste en dar acceso a los antecedentes y documentación específica que contenga cierta información que solicite cualquier interesado, cumpliendo requisitos que exige la ley, dentro de 20 días. A esta última exigencia no están obligadas las empresas estatales.

Consejo de Transparencia

La ley creó un organismo, el Consejo de Transparencia, encargado de la fiscalización, dar instrucciones y recomendaciones normativas, aparte de aplicar sanciones a las entidades que están en su ámbito:

- a) Los organismos de la Administración del Estado.
- b) La Contraloría General de la República.
- c) El Congreso Nacional.
- d) El Banco Central.
- e) Los Tribunales del Poder Judicial.
- f) El Ministerio Público, Tribunal Electoral y Justicia Electoral.
- g) Las empresas públicas creadas por ley, empresas del Estado, sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio.

Como se observa, abarca prácticamente todo el Estado. Obviamente, en la esfera que establece la norma legal, básicamente la entrega de información a los interesados.

La ejecución no ha sido fácil. Tal como se temía, el escaso tiempo disponible hizo que muchas entidades no estuvieran en condiciones de dar respuesta a los requerimientos, especialmente ocurrió con muchas municipalidades.

El propio Consejo se ha visto sobrepasado por las demandas de información, lo cual lo obligará a muy corto plazo a regular el qué, cómo y cuándo de las solicitudes. Además, a establecer quién incurre en el costo de la información solicitada.

Otro caso que ha sido resaltado es el Archivo Nacional, encargado de entregar la información histórica del Sector Público, el cual no estaba preparado desde el punto de vista institucional, de personal ni de modernización para responder a la avalancha de pedidos que está enfrentando.

Uno de los aspectos más positivos que se han apreciado, en los escasos cuatro meses transcurridos, es el interés de la ciudadanía y diversas entidades en requerir información de las instituciones reguladas. El Ministerio Secretaría General de la Presidencia, encargado de la coordinación a nivel de Gobierno, ha declarado este inicio como exitoso y reafirmado la voluntad de impulsar el perfeccionamiento del proceso, más allá de las dificultades iniciales.

Como es natural, en un comienzo las demandas de información han sobrepasado la capacidad de respuesta de muchas instituciones, que aún no están preparadas para responder con la rapidez deseada. En todo caso, el balance preliminar es ampliamente favorable.

El caso de las empresas estatales

Una de las materias que la historia de la ley reflejó desde el principio como conflictiva, fue el régimen aplicable a las empresas del Estado. Fue una de los asuntos que retrasó la aprobación del texto definitivo. Sin embargo, finalmente se llegó a un consenso en la Comisión Mixta del Parlamento, en aplicar el principio de simetría para la entrega de la información entre las empresas estatales y las sociedades anónimas abiertas privadas. La senadora Matthei, refiriéndose al BancoEstado y Televisión Nacional, expresó que "no me parece adecuado pedir a las empresas públicas algo que las privadas que compiten con ellas no realizan". Al solicitar un equilibrio razonable, expresó que "Aquí no se trata de perjudicar a esas instituciones, muchas de las cuales deben seguir siendo públicas y competitivas".

En la misma Comisión, el Ministro Viera-Gallo señaló que "el ciudadano tendrá derecho a conseguir de la empresa pública exactamente la misma información que hoy puede obtener de una empresa privada....Así como un ciudadano tiene derecho a saber cuánto se gana en Chilevisión, cuánto se invierte, en fin, lo propio ocurrirá con respecto a Televisión Nacional. Ni un punto menos, ni un punto más. Tanta transparencia para el canal privado como para el público. Tanto para el banco estatal como para el banco privado. Es decir, hay una equiparación exactamente entre ambos ámbitos...En esto se sigue la filosofía del Estado empresario, que se encuentra consagrada en la Constitución".

Para hacer operativos estos principios, en la discusión parlamentaria se acordó una norma lógica: las empresas estatales debieran entregar la misma información que las sociedades anónimas abiertas envían a la Superintendencia de Valores y Seguros.

Días antes de la entrada en vigencia de la ley, el 17 de abril de 2009, los ministros del Interior, de Hacienda y Secretario General de la Presidencia emitieron un "Instructivo para el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo décimo de la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública", que sirve de complemento a la puesta en marcha de la iniciativa legal y que es consistente con lo anteriormente comentado.

Interviene el Consejo

El Consejo de Transparencia acaba de publicar una "Propuesta de Instrucción General sobre Transparencia Activa para Empresas Públicas, Empresas del Estado y Sociedades del Estado" que, si bien es un "borrador", vulnera algunos de los principios señalados anteriormente, desde el momento que hace exigencias más allá que las requeridas para las S.A. privadas abiertas, en un afán "voyerista" que las deja en situación de desmedro con sus competidoras privadas (casos de TVN, CODELCO, BancoEstado, ENAMI, ENAP, Correos, Portuarias, Polla y otras).

El objetivo del "borrador" sería la necesidad de precisar el alcance de lo dispuesto en el artículo décimo de la Ley N° 20.285 y la "conveniencia de fijar criterios comunes para el cumplimiento de los deberes de transparencia activa fijados en dicha norma", lo cual le lleva a dar la instrucción general. Esta situación es especialmente grave en la calificación de la plana ejecutiva, excepto su directorio; las remuneraciones; el detalle de su estructura orgánica; y otros aspectos.

La ley de Transparencia establece en su artículo 10° que debe entregarse la información relativa a "toda remuneración percibida en el año por cada director, Presidente Ejecutivo o Vicepresidente Ejecutivo y gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa."

El citado Instructivo ministerial determinó que "El inciso 4º del artículo décimo de la Ley 20.285 establece que las empresas a que se refiere este artículo, cualquiera sea el estatuto por el que se rijan, estarán obligadas a entregar a la Superintendencia de Valores y Seguros o, en su caso a la Superintendencia a cuya fiscalización se encuentren sometidas, la misma información a que están obligadas las sociedades anónimas abiertas". Más claro que el agua.

El Instructivo agrega la nómina de ejecutivos cuya remuneración individual bruta anual debe publicarse en que incluye a los integrantes de Directorios y Consejos; Presidente y Vicepresidente Ejecutivo, si corresponde y, a la letra, el "Responsable de la dirección y administración superior de la empresa, según lo prescrito en la Ley Orgánica respectiva o en los estatutos, si corresponde". Por lo tanto es "el responsable", en singular, sin plurales.

Aparte de su dudosa interpretación legal respecto a las facultades del Consejo, el "borrador" constituiría un perjuicio serio a la gestión y al patrimonio de las empresas, porque quedarían en una grave situación de desigualdad frente a sus competidores.

El "borrador" expresa que "se entenderá por gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa a aquellos directivos 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". La amplitud de esta calificación no se compadece con lo exigido por la Super de Valores a las sociedades anónimas abiertas, en que se restringe al directorio de la compañía y podría ampliarse al gerente general en su calidad de responsable de la gestión directa, en cuanto encargado de ejecutar los acuerdos del cuerpo colegiado, responsable de la administración superior. El artículo 31 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que la administración de la sociedad la ejerce un directorio elegido por la junta de accionistas.

Conflictos potenciales

El "borrador" presenta varias dificultades en su aplicación:

- a) Eventuales conflictos con las obligaciones legales de reserva que establece la Ley de Sociedades Anónimas.
- b) Dificultades con las obligaciones normativas de manejo de información privilegiada contenidas en la ley del Mercado de Valores.
- c) Las normas establecidas en el Código del Trabajo, que impiden a las empresas revelar las remuneraciones establecidas en los contratos laborales.
- d) Obligación de no entregar información que afecte a terceros.
- e) Contradicción con las exigencias de la OCDE, entidad en la cual el país está intentando integrarse en el futuro próximo.
- f) Desaliento a la contratación de directivos para las empresas del Sector Público, uno de los objetivos manifestados en el proceso de modernización del Estado.

Algo similar ocurre con la descripción de lo que constituye la "estructura orgánica", la cual obligaría a la empresa estatal a un desnudismo de sus antecedentes, impropio de quien debe competir en el mercado, tales como información estratégica, comercial y presupuestaria.

En definitiva, "los cuidados del sacristán pueden estar matando al señor cura"; en este caso, el exceso de exigencias pueden dejar a esta importante instancia que es la ley de acceso a la Información Pública en algo escasamente operante, tal como la ley del Silencio Administrativo, o bien, en un conjunto de pleitos judiciales de nunca acabar, porque el Consejo no tiene competencia con respecto a las empresas públicas en la misma forma que sí la tiene con las entidades públicas expresamente indicadas en la norma.

No son estadísticos, falló el criterio

El mencionado "borrador" no es un hecho aislado. Recientemente, el Consejo adoptó resoluciones aberrantes, desde el punto de vista estadístico, al obligar al Instituto Nacional de Estadísticas (INE) a entregar información para satisfacer una petición de Libertad y Desarrollo.

Se refiere a la Encuesta de Empleo Trimestral, que publica todos los meses el INE. Este indicador está diseñado desde su origen con una metodología particular, al utilizar trimestres móviles. Es así como el 30 de julio de este año divulgó los resultados del trimestre móvil abril-junio. A fines de agosto debería entregar los resultados del trimestre mayo- julio; es decir, se eliminan los datos de abril y se incorporan los de julio. La mecánica de este procedimiento no hace necesario hacer la encuesta cada mes en todo el país, sino durante el trimestre, porque se van incorporando progresivamente en el período diferentes segmentos de la muestra. Esto significa que los datos son estadísticamente legítimos para lo ocurrido en un trimestre, pero **no** en un mes concreto. Incluso, los datos mensuales pueden entregar resultados erráticos, aparte de falsos, porque no son estadísticamente válidos.

A pesar de las objeciones del INE, el Consejo insistió en la obligación de entregar algo que estadísticamente es basura. Esto es grave porque con información inválida, se pueden extraer conclusiones erradas, tanto en el ámbito público como privado.

Un segundo percance ocurrió ante requerimientos periodísticos y se trató de la Nueva Encuesta Nacional de Empleo (NENE) que va a cambiar la actual medición, por un indicador más actualizado y de mejor calidad, el cual está anunciado para empezar a ser divulgado en abril de 2010, una vez finalizada la fase de verificación del procedimiento.

El indicador requiere, para poder realizar comparaciones con doce meses y así evitar la estacionalidad de este tipo de estadísticas, empezar con doce meses de anticipación la recolección de la información y poder calcular los "sube y baja". Por lo tanto, se comenzó a realizar las respectivas encuestas en enero de 2009 y se continuará hasta empalmar con la NENE. Adicionalmente, estos antecedentes sirven para observar en terreno las eventuales insuficiencias del procedimiento, por lo que no es conveniente publicar los datos cuando el indicador oficial, que actualmente se utiliza, durará hasta fines de 2009. Pues bien, el Consejo nuevamente está requiriendo al INE a entregar toda la información de la NENE, la cual no es válida oficialmente y constituye basura adicional, mientras no se haga pública, como es la obligación legal del Instituto. ¡No conviertan al INE en un vertedero!

Desafortunadamente, el INE no apeló ante los Tribunales de Justicia esta reiterada falta de criterio que ha mostrado el Consejo, al aplicar la antigua sentencia que "la ley obliga porque es ley, no porque sea justa".

No desvirtuar la ley

La interpretación de la ley de Transparencia, que está realizando el Consejo, no es afortunada al aplicar el extremo estrecho del embudo al Sector Público y al tener manga ancha ante las peticiones de los privados. Es bastante obvio que estamos en una situación de tensión entre la ley y la justicia. Los admiradores de la escuela sajona de Derecho estarán encontrando argumentos adicionales frente a quienes aplican en forma tan estricta la orientación latina, en que solamente se considera la letra, lo escrito. En esta ocasión incluso se estaría vulnerando la letra.

No está en el espíritu de la ley empezar a entregar cualquier información que sea requerida, producto del trabajo de los servidores públicos, tales como trabajos inconclusos, borradores, opiniones, minutas con discusiones internas e incluso proyecciones económicas, realizadas por profesionales en una especialización que no es la que precisamente los ha hecho famosos.

El Consejo debiera tomar en consideración que la aplicación de esta ley, de tanta importancia para la ciudadanía, debe ser manejada con el mayor criterio, lo cual no siempre coincide con seguir al pie de la letra su texto literal en forma inflexible. De lo contrario, será tan efímera como otras iniciativas legales.

(1) Existe una amplia variedad de empresas en que participa el Estado, desde aquellas que cuentan no sólo con patrimonio propio y un régimen especial de gobierno interno y de administración, el cual está definido en su propia ley orgánica, hasta otras que fueron creadas por la CORFO y se rigen por normas diferentes. Por otra parte, se han realizado procesos de privatización parcial o han sido concesionadas a privados; tales son los casos de las sanitarias y las portuarias, que anteriormente eran de propiedad y gestión estatal.