

RESUELVE REPOSICIÓN EN RECLAMO ROL C191-10

Entidad pública: Empresa Nacional del
Petróleo - ENAP

Requirente: Francisca Skoknic Galdames

Ingreso Consejo: 12.07.2010

En sesión ordinaria N° 204 de su Consejo Directivo, celebrada el 3 de diciembre de 2010, con arreglo a las disposiciones de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, en adelante, Ley de Transparencia, aprobada por el artículo primero de la Ley N° 20.285, de 2008, el Consejo para la Transparencia, en adelante indistintamente el Consejo, ha adoptado la siguiente decisión respecto del recurso de reposición administrativo deducido en contra de la decisión recaída en el reclamo Rol C191-10, de 12 de julio de 2010, de conformidad con lo dispuesto en el art. 59 de la Ley N° 19.880, de 2003.

VISTOS:

Los artículos 5°, inc. 2°, 8° y 19 N° 12 de la Constitución Política de la República; las disposiciones aplicables de la Ley N° 20.285 y N° 19.880; lo previsto en el D.F.L. N° 1 – 19.653, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575; y, los D.S. N° 13/2009 y 20/2009, ambos del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que aprueban, respectivamente, el Reglamento del artículo primero de la Ley N° 20.285, en adelante indistintamente el Reglamento y los Estatutos de Funcionamiento del Consejo para la Transparencia.

TENIENDO PRESENTE:

- 1) **RECLAMO POR INFRACCIÓN A LAS NORMAS DE TRANSPARENCIA ACTIVA:** El 31 de marzo de 2010, doña Francisca Skoknic Galdames, interpuso ante este Consejo un reclamo por infracción a las normas de transparencia activa en contra de la Empresa Nacional del Petróleo (en adelante también ENAP), fundado en que la información publicada en su página web con respecto a las remuneraciones percibidas por sus ejecutivos era incompleta, no cumpliendo con las exigencias del artículo décimo de la Ley N° 20.285 y de la Instrucción General N° 5 de este Consejo, por cuanto sólo se consignaban las remuneraciones brutas anuales percibidas por el Gerente General y los miembros de la plana ejecutiva de la empresa, en su conjunto, sin individualizar a los doce ejecutivos que la componen.
- 2) **DECISIÓN:** El 22 de junio de 2010, en sesión ordinaria N° 159 de su Consejo Directivo, este Consejo se pronunció con respeto al antedicho reclamo y resolvió acogerlo por las razones indicadas en el acuerdo respectivo. Consecuentemente, se requirió a la ENAP que publicara en su página web -www.enap.cl- toda remuneración percibida por, al



menos, los nueve gerentes indicados en su organigrama y Directorio, sin incluir al Gerente General. Además, se le requirió que actualizara en el link correspondiente de su página web, los nombres del Presidente y el Vicepresidente de su Directorio, pues se consideró que dicha información no se encontraba publicada de manera actualizada. Tal decisión fue notificada por carta certificada al reclamante y al reclamado mediante Oficio N° 1.171, de 30 de junio de 2010.

- 3) **REPOSICIÓN:** Mediante presentación de 12 de julio de 2010, don Alejandro Reyes Vergara y don Ignacio Vargas Mesa, obrando en representación, debidamente acreditada, de ENAP, dedujeron recurso de reposición administrativo en contra de la antedicha decisión, y solicitaron la revocación de la misma de acuerdo a los siguientes argumentos:

a) Falta de atribuciones legales, competencia y jurisdicción, por parte del Consejo para la Transparencia para conocer del reclamo en contra de ENAP e interpretación errada de las normas invocadas.

- i. Señalan que los considerandos cuarto y siguientes de la decisión contienen una errada interpretación legal, a partir de la cual se concluye que el Consejo tiene competencia para conocer del reclamo y decidir sobre materias ajenas a la Ley de Transparencia, entre ellas, las propias del artículo décimo de la Ley N° 20.285. En este sentido, señalan que la expresión “esta ley” que utiliza el artículo 33 de la Ley de Transparencia, en base a la cual el Consejo sustenta su competencia, no tiene el sentido que ha pretendido dársele, por cuanto esa expresión sólo ha querido referirse a la precitada Ley de Transparencia.
- ii. Por lo anterior, indican que las facultades del Consejo sólo pueden referirse a los órganos indicados en la Ley de Transparencia contenida en el artículo primero de la Ley N° 20.285, mas no a los órganos a que aluden los demás artículos de este último cuerpo legal, entre ellos, las empresas públicas. Agregan que la distinción entre ambos cuerpos legales, así como su aplicabilidad a distintos sujetos obligados, es clara y se encuentra refrendada por la historia de la Ley N° 20.285, de manera que carece de fundamento jurídico la interpretación contenida en los considerandos 4), 5) y 6) de la decisión recurrida.
- iii. Enfatizan, señalando que el artículo 32 de la Ley de Transparencia, que fija la competencia y potestad fiscalizadora general de este Consejo, no alude en parte alguna a las empresas públicas de manera expresa, tal como lo exige el artículo 2° de esa misma Ley, ocurriendo lo mismo con su artículo 33, señalando que ello permite reforzar su posición, en orden a la carencia de atribuciones de este Consejo con respecto a las empresas públicas.
- iv. A continuación, citando el artículo 2° del Reglamento de la Ley de Transparencia, los artículos 2° y 4° del Reglamento Orgánico del Consejo para la Transparencia y el artículo décimo de la Ley N° 20.285, sostienen que ninguna de esas normas otorgan a este Consejo facultades de carácter normativo ni fiscalizador o de otra naturaleza en relación a las materias a que alude dicho artículo décimo, con respecto a las empresas públicas creadas por ley o a las empresas del Estado o sociedades en que en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en su directorio.

b) Aplicación errada del concepto de directores, presidente ejecutivo o vicepresidente y gerentes responsables de la administración superior de ENAP, aplicado por la decisión recurrida.

- i. El artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República autoriza al Estado a desarrollar actividades empresariales, previa ley que lo habilite para tal efecto y sometiéndose a la legislación común aplicable a los particulares. Por ello, las empresas públicas, en el desarrollo de sus actividades empresariales, deben regirse por las mismas normas que se aplican a los privados, debiendo ambas competir en el mercado en iguales condiciones y cumpliendo con las mismas reglas.
- ii. La base conceptual de dicho principio de igualdad es también la libre competencia en un sistema regido por el mercado, régimen económico que estatuyó como orden público económico la Constitución Política de 1980. Una de las condiciones esenciales de un sistema de libre mercado es lo que comúnmente se llama "reglas del juego parejas" o "la nivelación del campo de juego", para que todos los agentes económicos compitan en igualdad de condiciones en el mismo mercado.
- iii. La historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 20.285, revela que tanto el Ejecutivo como los parlamentarios que intervinieron en su discusión, basándose en la norma del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, y en resguardo de la competitividad, desempeño y patrimonio de las empresas públicas y del sector estatal, así como siguiendo las tendencias internacionales, promovieron asimilar las reglas u obligaciones de transparencia en las empresas públicas y del sector estatal a las que rigen a las empresas privadas que son sociedades anónimas abiertas.
- iv. También la igualdad de trato y regulación así como el aseguramiento de las "*reglas del juego parejas*" o "*nivelación del campo de juego*" entre las empresas públicas y las privadas, es un principio básico de gobierno corporativo impulsado por la OECD para las empresas públicas o del sector estatal. Ellos son la referencia obligada para los responsables políticos, inversores, empresas y otros interesados en el mundo desarrollado, anticipando la agenda de gobierno corporativo y orientando la puesta en marcha de iniciativas legislativas y reglamentarias en países miembros de la OECD y no-miembros, y es calificado como una de las 12 normas fundamentales para garantizar sistemas financieros sanos. Al respecto, en las "Directrices de OECD para el Gobierno Corporativo de las Empresas de Propiedad del Estado", vigentes desde el año 2005, el primero de los principios consiste en asegurar una estructura legal y reglamentaria eficaz para las empresas de propiedad del Estado.
- v. Las normas aplicables en Chile a las empresas privadas, en materia su dirección y administración superior, en particular, los artículos 31, 39 y 40 de la Ley N° 18.045 de Sociedades Anónimas, a partir de las cuales concluye que es absolutamente claro que para las normas del derecho común aplicables a una sociedad anónima abierta, la representación y administración superior de una empresa en Chile, se radica exclusivamente en el Directorio y no en sus gerentes y ejecutivos principales, quienes sólo pueden recibir delegaciones parciales de facultades.

- vi. En lo que toca a la información relativa a las remuneraciones u otros ingresos aplicables, en el derecho común de las sociedades anónimas abiertas, conforme al artículo 33 de la ley N° 18.046 y a la norma de Carácter General N° 30 de la Superintendencia de Valores y Seguros en su Sección II, 2, C.2, N° 5, es claro que debe informarse exclusivamente la remuneración de los directores o el administrador de la entidad, en forma detallada e individual. Además, se refiere a la forma cómo debe presentarse la información relativa a remuneraciones, indemnizaciones y bonos de gerentes y ejecutivos principales.
- vii. Analizando el concepto de Directores y Gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa en el caso específico de ENAP, la Ley Orgánica N° 9.518, de 1950, de ENAP también establece en su artículo 3°: "*La Empresa será administrada por un Directorio compuesto por las siguientes personas:....*" que luego determina. Según el artículo 4°: "*El Directorio a que se refiere el artículo anterior designará un Gerente encargado de ejecutar sus acuerdos, el que tendrá las atribuciones y obligaciones que le fije aquel y la representación judicial y extrajudicial de la Empresa*". En consecuencia, no hay en la ley orgánica de ENAP ninguna disposición que se refiera a otros gerentes o ejecutivos principales.
- viii. Los Estatutos de la ENAP, por otra parte, señalan en su artículo 8° "*La Empresa será administrada por un Directorio de seis miembros integrado en la siguiente forma:*" El artículo 19° de los mismos estatutos señala que, además de las atribuciones que tenga el directorio en virtud de las leyes y de otras disposiciones de estos estatutos, le corresponderá especialmente: "*a) Administrar la empresa como lo estime conveniente con amplias facultades para celebrar todos los actos, contratos y operaciones que requiera la marcha de los negocios.*" Luego, el artículo 24 de los Estatutos, regula al Gerente General y sus atribuciones y obligaciones, entre las que están la de ejecutar los acuerdos del directorio y representar judicial y extrajudicialmente a la Empresa. Por lo tanto, no hay normas en la ley orgánica de ENAP ni en sus estatutos que se refieran a otros gerentes o ejecutivos responsables de la dirección y administración superior de la empresa, como lo señala la letra h) del artículo décimo de la Ley N° 20.285.
- ix. Visto lo anterior concluye que no hay norma jurídica aplicable a ENAP que permita establecer que hayan otros personeros que no sean el Presidente, los demás miembros del Directorio y el Gerente General, que posean facultades o responsabilidades de dirección y administración superior de la empresa. Tampoco hay fundamento jurídico para aplicar a ENAP, en lo que toca al artículo décimo de la Ley N° 20.285, el concepto de gerentes y ejecutivos principales que establece el artículo 68 la Ley N° 18.045, sobre mercado de valores, ni para interpretar antojadizamente que dicho concepto sea el que se refiere en la letra h) del artículo décimo de la Ley N° 20.285. Si hubiere sido aquel el propósito del legislador, lo habría señalado o referido directamente, o con igual terminología, en dicho precepto legal, lo que no hizo.
- x. Aplicando el principio de igualdad de trato en materia de transparencia que se quiso dar a las empresas públicas respecto de las sociedades anónimas abiertas chilenas, no corresponde la publicidad de las remuneraciones individuales de otras personas, gerente o ejecutivos de ENAP, que no sean los miembros del directorio, y el Gerente General, tanto por aplicación del concepto de responsabilidad en la

dirección y administración superior de la empresa en base a lo dispuesto en la ley orgánica y los estatutos de ENAP.

- 4) **DECISIÓN RECAÍDA EN LA REPOSICIÓN:** Por su parte, este Consejo en la sesión ordinaria N° 179 de su Consejo Directivo, celebrada el 30 de julio de 2010, se pronunció con respecto al señalado recurso de reposición y resolvió rechazarlo por estimar que había sido interpuesto extemporáneamente, en exceso del plazo de cinco días hábiles que para tal efecto establece el artículo 59 de la Ley N° 19.880. Dicha decisión fue notificada a ambas partes, mediante el Oficio N° 1.363, de 30 de julio de 2010.
- 5) **INVALIDACIÓN DE LA DECISIÓN QUE RECHAZÓ EL RECURSO DE REPOSICIÓN:** Mediante presentación de 5 de agosto de 2010, ENAP, a través de sus representantes, don Alejandro Reyes Vergara y don Ignacio Vargas Mesa, solicitó a este Consejo que invalidara la antedicha decisión pronunciada con respecto al recurso de reposición administrativo que dedujo y, en su lugar, considerara que dicho recurso fue interpuesto en tiempo y forma, de tal manera que una vez invalidada la decisión que lo rechazó se procediera a resolverlo derechamente, todo ello de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley N° 19.880. En la sesión ordinaria N° 184 de su Consejo Directivo, celebrada el 10 de agosto de 2010, este Consejo acogió la petición señalada y, previa audiencia de la reclamante, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 53 de la Ley N° 19.880, procedió a invalidar la decisión que rechazó el recurso de reposición interpuesto por ENAP en contra de la decisión recaída en el reclamo Rol C191-10. Esta última decisión fue notificada al solicitante y la interesada, mediante Oficio N° 2.093, de 7 de octubre de 2010.
- 6) **TRASLADO A LA RECLAMANTE DE LA REPOSICIÓN INTERPUESTA:** En mérito de lo anterior, mediante Oficio N° 2.160, de 13 de octubre de 2010, se notificó, en su calidad de interesada, a doña Francisca Skoknic Galdames, la interposición del recurso de reposición deducido por ENAP en contra de la decisión recaída en el amparo Rol C191-10. Transcurrido el plazo de cinco días hábiles, no consta que la reclamante haya efectuado presentación alguna ante este Consejo.

Y CONSIDERANDO:

- 1) Que, se han verificado los presupuestos necesarios para la procedencia del recurso de reposición administrativo interpuesto por la Empresa Nacional del Petróleo en contra de la decisión recaída en el reclamo por infracción a las normas de transparencia activa Rol C191-10, motivo por el cual este Consejo lo admitió a tramitación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley N° 19.880, sin perjuicio de lo que se resolverá en definitiva con respecto al mismo.
- 2) Que, una vez admitido a tramitación, procede determinar únicamente, para los efectos de resolver acertadamente las impugnaciones deducidas por la recurrente, si los argumentos y antecedentes esgrimidos en su respectivo recurso resultan o no suficientes para modificar, reemplazar o dejar sin efecto lo resuelto por este Consejo en la decisión recurrida.
- 3) Que, previo a pronunciarse sobre el fondo del recurso, es preciso hacer presente que con ocasión de la interposición de este amparo, se ha procedido a revisar nuevamente la página web de ENAP, advirtiéndose que la situación constatada al pronunciar la

decisión que se recurre no ha sido modificada, en cuanto a que se sólo se publican las remuneraciones brutas anuales correspondientes al año 2009 de los Directores y del Gerente General y, en forma consolidada, lo que denomina la “Plana Ejecutiva”, compuesta por el Gerente General y doce ejecutivos que le reportan directamente. Además, se ha constatado que la individualización de los titulares de los cargos de Presidente y Vicepresidente del Directorio de ENAP no se han actualizado debidamente, infringiendo con ello el artículo décimo de la Ley N° 20.285, toda vez que esas funciones corresponden al Ministro de Minería y Vicepresidente Ejecutivo de CORFO, respectivamente, siendo público y notorio que los nombres publicados no corresponden a estas autoridades.

- 4) Que, para fundar su impugnación, la recurrente sostiene que este Consejo carece de atribuciones legales normativas, fiscalizadoras o de otra naturaleza, con respecto al cumplimiento de las obligaciones de transparencia activa de la Empresa Nacional del Petróleo, por cuanto las normas legales que le confieren tales atribuciones no se extienden a las empresas públicas, todo lo cual derivaría en que, a su entender, la tramitación y resolución del reclamo deducido en su contra implicaría un exceso de sus atribuciones por parte de este Consejo.
- 5) Que esta Corporación estima que, a través de sus argumentaciones, la recurrente sólo ha enfatizado cuestiones jurídicas que ya fueron objeto análisis en la decisión recurrida –de lo que dan cuenta especialmente sus considerandos cuarto a octavo– sin agregar elementos de juicio adicionales. En consecuencia, tales argumentaciones no son suficientes para modificar lo decidido por este Consejo en torno a que cuenta con atribuciones legales para conocer de reclamos por infracción a las normas de transparencia activa deducidos en contra de la reclamada y, en general, respecto de las empresas públicas creadas por ley.
- 6) Que, a mayor abundamiento, la posición de este Consejo ha sido ratificada recientemente por la Contraloría General de la República a través del Oficio N° 063869, de 27 de octubre de 2010 que, respondiendo precisamente a una consulta formulada por ENAP con motivo de la decisión recurrida, se pronunció sobre las atribuciones normativas y fiscalizadoras que corresponden a este Consejo con respecto a dicha empresa. En la parte pertinente, el Órgano Contralor señala lo siguiente: *“Así, el antedicho artículo 33, en sus literales a), b) y d), le confieren, en lo que interesa, atribuciones fiscalizadoras, sancionatorias, resolutorias y normativas que, tal como se ha advertido, son aplicables a las empresas públicas creadas por ley, toda vez que integran la Administración del Estado, las cuales, por ende, pueden ser objeto de la acción de amparo del derecho a la información establecido en el artículo 24 de la Ley de Transparencia”*. En esta misma línea y como conclusión señala que *“En consecuencia, y atendidas las consideraciones expuestas, **es necesario concluir que ENAP, en tanto constituye una empresa pública creada por ley se encuentra sometida a las potestades fiscalizadoras, sancionatorias y normativas que la ley de Transparencia confiere al Consejo para la Transparencia en relación con la cautela del principio de transparencia formulado en ella y con el cumplimiento de las obligaciones de transparencia activa que, para las entidades de esa naturaleza establece el artículo decimo de la Ley N° 20.285.”***
- 7) Que, por otra parte, ENAP ha impugnado la decisión recurrida sosteniendo que este Consejo ha ampliado indebidamente la obligación de transparencia activa, pues la ha hecho aplicable a sus nueve gerentes de área, aparte del Gerente General, en

circunstancias que los primeros no caben dentro del concepto de ejecutivos de empresas públicas que señala el artículo décimo de la Ley de Transparencia. Tal argumentación debe ser desechada, por cuanto a juicio de este Consejo, las funciones desempeñadas por los nueve gerentes de área de ENAP –Gerente Comercial; Gerente de Planeamiento y Gestión; Gerente de Servicios; Gerente de Finanzas; Gerente de Recursos Humanos; Gerente de Desarrollo; Gerente de Logística; Gerente de Línea de Negocios Exploración & Producción ENAP Sipetrol S.A.; y, Gerente de Línea de Negocios Refinación ENAP Refinerías S.A.– permiten calificarlos como gerentes responsables de la administración superior de dicha empresa, por lo cual este Consejo mantendrá su acuerdo original. En este sentido, debe tenerse presente lo dispuesto en la Instrucción General N° 5 de esta misma Corporación, sobre Transparencia Activa para empresas públicas, empresas del Estado y sociedades del Estado (vigente desde el 1° de junio de 2010), en orden a:

- a) Definir el término "gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa" como 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. En el desempeño de las actividades precedentemente señaladas no se atenderá a la calidad, forma o modalidad laboral o contractual bajo la cual el gerente esté relacionado a la entidad, ni al título o denominación de su cargo o trabajo; y
 - b) Exigir que se informe, en la misma nómina que contiene la individualización de los Directores, Presidente Ejecutivo o Vicepresidente Ejecutivo de la empresa, la individualización de los Gerentes responsables de la dirección y administración superior como categoría adicional.
- 9) Que tampoco se aceptarán los argumentos relativos a la eventual pérdida de competitividad para ENAP, fundada en una supuesta falta de igualdad en las condiciones que compite con las empresas del sector privado, en virtud de las obligaciones impuestas por la decisión recurrida, pues, por una parte, no ha podido ser acreditada y, por otra, deriva de una decisión del legislador, fundada en la importancia de la transparencia que, como es sabido, ha pasado a ser un valor de rango constitucional.
 - 10) Que, conforme a lo señalado precedentemente, deberá rechazarse el recurso de reposición interpuesto por la Empresa Nacional del Petróleo, fundado en que el recurrente no ha podido controvertir las consideraciones que sirvieron de base para lo resolutivo de la decisión precitada ni ha aportado antecedentes de hecho que permitan a este Consejo cuestionar la aplicación de las disposiciones invocadas en la decisión recurrida.
 - 11) Que, finalmente, respecto de la solicitud de ENAP en orden a suspender el cumplimiento de la decisión recurrida y decretar la interrupción del plazo para ejercer la acción jurisdiccional, cabe hacer presente que este Consejo estima innecesario pronunciarse sobre ellas toda vez que en la parte resolutive de la misma decisión recurrida se dispuso expresamente que el plazo de diez días hábiles para el cumplimiento de lo resuelto se comenzaba a computar desde que la decisión recurrida se encontrara ejecutoriada.

EL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, EN EJERCICIO DE SUS FACULTADES LEGALES, POR LA UNANIMIDAD DE SUS MIEMBROS PRESENTES, ACUERDA:

- I. Rechazar el recurso de reposición administrativo deducido por la Empresa Nacional del Petróleo, en contra de la decisión recaída en el reclamo por infracción a las normas de transparencia activa Rol C191-10, de 12 de julio de 2010, interpuesto por Francisca Skoknic Galdames en contra de la Empresa Nacional del Petróleo Servicio.
- II. Encomendar al Director General de este Consejo notificar el presente acuerdo a doña Francisca Skoknic Galdames y al Sr. Gerente General de la Empresa Nacional del Petróleo.

Pronunciada por el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia, integrado por su Presidente don Raúl Urrutia Ávila y los Consejeros don Alejandro Ferreiro Yazigi, don Jorge Jaraquemada Roblero y don Juan Pablo Olmedo Bustos.