

I.- INTRODUCCIÓN.

Un problema que ha plagado a las empresas públicas, en Chile y el mundo, desde hace varias décadas, es el deficiente desempeño, y diseño, de sus gobiernos corporativos.

Lo anterior tiene varios orígenes y explicaciones: las empresas públicas no siempre son creadas en respuesta a consideraciones comerciales, sino que pueden originarse en mandatos diversos (sociales o económicos) que apuntan a mejorar el acceso y la calidad de los servicios públicos o a establecer la presencia del Estado en sectores económicos estratégicos. Asimismo, basados en el principio de subsidiariedad (como acontece en Chile), el Estado asumirá ciertas funciones empresariales en aquellos sectores económicos en que los privados no pueden o les sea difícil hacerlo por sí mismos.

La crisis financiera de 2008-2009 dejó en evidencia muchos defectos de Gobierno Corporativo y conflictos de intereses en las instituciones financieras, particularmente debilidades en el ejercicio de las obligaciones de la propiedad por parte de los accionistas. Por su parte, el Financial Reporting Council del Reino Unido publicó, un “Código para el desempeño eficaz de las responsabilidades de Gobierno Corporativo” por los inversionistas institucionales, actuando como dueños. El Código del Reino Unido ha servido como modelo en la actualidad para el desarrollo de directrices de propiedad similares en muchos otros países.¹

De acuerdo al Banco Mundial, las empresas públicas emplean alrededor de 49.000 personas (0,7 por ciento del empleo general); los gastos agregados representan aproximadamente 9,4 por ciento del PIB; los ingresos generados por todas las empresas públicas alcanzan el 12,8 por ciento; y la inversión total el 1,2 por ciento. Al mismo tiempo, contribuyen a las finanzas públicas por medio de impuestos, tasas, regalías y dividendos en un monto que alcanza casi el 2,5 por ciento del PIB o el 6 por ciento de los ingresos totales del Gobierno Central.

Adicionalmente, al ser empresas públicas, existe un aval implícito del Estado. Esto significa que tanto el Directorio como la gerencia general tendrán consciente o inconscientemente este punto en cuenta al tomar sus decisiones, lo que puede conducirlos a comportamientos gerenciales poco profesionales y ocasionar que la empresa no esté orientada a su verdadero propósito social y comercial.

¹ Gobierno Corporativo en América Latina. Importancia para las Empresas de Propiedad Estatal Serie Políticas Públicas y Transformación Productiva, versión digital en: publicaciones.caf.com

Las empresas públicas tienen una relación directa no sólo con el Estado, en su carácter de accionista y dueño de la empresa, sino también con la ciudadanía. Lo anterior significa que estas empresas deben aplicar sistemas de información y rendición de cuentas que apunten a satisfacer tanto las necesidades del accionista como las de los grupos de interés vinculados a la empresa, en especial del público. Tales rendiciones de cuentas producen compromisos diversos, aunque complementarios tanto para el Directorio como para la gerencia general.

De esta manera, lo más relevante para superar estas dificultades innatas a todas las empresas públicas, es que sus Gobiernos Corporativos se orienten a garantizar que el Estado actúe como accionista, con el foco puesto en maximizar el valor de la empresa, en función de su propósito social, sin involucrarse directamente con las operaciones cotidianas de la empresa.

Lo que los legisladores y quienes dirigen las políticas públicas deben tener claro, es que debe hacerse una distinción entre la función de propiedad y la de regulación por parte del Estado, que contribuyan a la existencia de un mercado dinámico en que las empresas públicas participen en igualdad de condiciones con las privadas. De esto se hablará más adelante.

Otro punto relevante, poco mencionado, es que los cambios a nivel institucional deben ir acompañados y precedidos por un compromiso político del Estado para llevar adelante e implementar las transformaciones de las empresas públicas.

II.- LA ORGANIZACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA COOPERACIÓN ECONÓMICA (OCDE) Y LAS EMPRESAS PÚBLICAS.

Una materia que ha sido de particular interés para la OCDE es la de asesorar a sus 30 países miembros en la implementación de reformas modernizadoras de la gestión de empresas públicas.

En 2005 se emitieron las “Guías de Gobiernos Corporativos para Empresas Públicas”², actualizadas en 2015, que establecen directrices orientadas explícitamente a aquellos temas que son específicos del gobierno corporativo de las empresas públicas, y por lo tanto, adoptan la perspectiva del Estado como propietario, centrándose en políticas que garantizarían un buen gobierno corporativo.

Las principales deficiencias identificadas por la OCDE en el manejo de las empresas públicas apuntan a que éstas *“pueden sufrir tanto por un intervencionismo indebido y por unas interferencias de la propiedad por motivaciones políticas como por una*

² Anteriormente, se emitieron por primera vez en 1999.

*propiedad totalmente pasiva o distante por parte del Estado. También se puede producir una dilución de la responsabilidad.*³

Usualmente, y como se mencionó en la introducción, las empresas públicas están, hasta cierto punto, exentas de dos problemáticas que sirven el propósito de controlar el manejo de las empresas privadas, esto es, la toma de control y la quiebra.

Otro elemento clave, y que dificulta sobremanera el manejo del gobierno corporativo de una empresa pública, se refiere al hecho de que la responsabilidad por los resultados de las empresas públicas trae aparejada una enrevesada sucesión de actores (la administración, el Directorio, entidades propietarias, ministerios, el gobierno), sin que sea evidente a quién debe rendirse cuenta.

Por tanto, sobre este punto las Directrices de la OCDE señalan que la organización clara de responsabilidades con el fin de garantizar la adopción de decisiones eficientes y un buen gobierno corporativo constituye uno de los desafíos más importantes que tiene los gobiernos que quieran emprender reformas a sus empresas públicas.

Respecto al marco jurídico que debiera regir a las empresas públicas, las directrices de la OCDE señalan la importancia de garantizar igualdad de condiciones en los mercados en los que compiten las empresas del sector público y las empresas del sector privado, con el fin de evitar distorsiones de mercado. Dicho marco jurídico debería basarse y ser plenamente compatible con los Principios de la OCDE sobre Gobierno Corporativo.⁴

Lo anterior se significa que debe existir una separación notoria entre la función de propiedad del Estado y las demás funciones del Estado que pueden influir sobre las condiciones para las empresas públicas, especialmente en lo que se refiere a la regulación del mercado.

¿Por qué el punto anterior es tan importante? Recordemos que las empresas públicas usualmente son utilizadas como medio para lograr un fin el política económica y social. Esto puede sin duda derivar en situaciones complejas y enfrentamientos entre la política económica y las funciones de propiedad del Estado, particularmente cuando la función de responsabilidad de la política económica y la función de propiedad recaen en la misma repartición o ministerio sectorial. La separación de la política industrial y de la propiedad aumentará la identificación del Estado como propietario, y favorecerá la transparencia a la hora de definir los objetivos y de supervisar los resultados. Sin embargo, dicha separación no impide la existencia de la coordinación que se requiera entre ambas funciones.

³ *Directrices de la OCDE sobre el gobierno corporativo de las empresas públicas*, pag. 11, 2011.

En lo que a transparencia se refiere, se señala que las empresas públicas, en especial las de mayor tamaño, debieran someterse regularmente a una auditoría externa independiente, sustentada en niveles internacionales. El hecho de que existan procedimientos estatales específicos de control, si bien muy valorables, no reemplazan el deber de contar con una auditoría externa independiente.

Se recomienda en particular que la empresa pública informe al público de la estructura de propiedad y votación de la empresa, de cuáles son los objetivos de la empresa y su cumplimiento, de cualquier factor de riesgo importante, así como las medidas adoptadas para gestionar dichos riesgos, de cualquier ayuda financiera, incluidas las garantías, recibida del Estado y los compromisos asumidos en nombre de la empresa pública, y de cualquier transacción importante con entidades relacionadas.

2.1.- LA OCDE Y LA ELECCIÓN DE LOS DIRECTORIOS.

Volviendo al tema central del Directorio y el nombramiento de sus integrantes, en los casos en que el Estado es el accionista mayoritario, está en la posición más favorable para nombrar a los directores respectivos.

Lo anterior trae aparejada una enorme responsabilidad en cuanto a la elección de los integrantes del Directorio. Tal proceso, y con el fin de minimizar los posibles conflictos de interés, la entidad propietaria debería evitar elegir un número excesivo de miembros del Directorio desde la administración pública.

Esto último es clave en el caso de empresas en que el Estado no es el único accionista, y en aquellos casos de empresas públicas que están presentes en áreas competitivas de la economía.

Algunos países han decidido evitar nominar o elegir para los Directorios de las empresas públicas a aquellas personas que forman parte de la entidad propietaria, así como a otros funcionarios del Estado.

Lo anterior pretende claramente evitar que el gobierno tenga la posibilidad de intervenir directamente en el negocio o en la gestión de la empresa pública, y limitar la responsabilidad del Estado en la toma de decisiones por parte de los Directorios de empresas públicas

En resumen, la OCDE sugiere varias opciones para nombrar a los miembros del Directorio de una empresa pública, por ejemplo i) entre los empleados de la entidad propietaria, ii) profesionales de otras partes del Estado o, iii) entre los integrantes de las bases políticas (en este último caso, sólo si satisfacen el nivel de competencia

⁴ Ibid. pág. 13.

exigido para todos los miembros del Directorio, y siempre que no actúen como vía para el ejercicio de una influencia política indebida).

Deberían tener las mismas obligaciones y responsabilidades que los demás miembros del Directorio, y actuar en interés de la empresa pública y de todos sus accionistas.

En todos los casos señalados debiera analizarse prudentemente las condiciones de inhabilitación y las situaciones de conflicto de interés, señalando la mejor forma de enfrentarlas.

En especial, lo anterior implica que no deberían participar en las decisiones regulatorias que afectan a la misma empresa pública ni tener obligaciones o restricciones específicas que les impidan actuar con arreglo al interés de la empresa. De forma más general, cualquier posible conflicto de interés que afecte a cualquier miembro del Directorio debe ser comunicado al Directorio, que debería revelarlo junto con la información sobre la forma en que se está gestionando.⁵

Lo esencial, por tanto, es que se aclaren las responsabilidades de carácter personal y público cuando los funcionarios del Estado forman parte del Directorio de las empresas públicas.

III.- EL CASO DE CODELCO Y SU REFORMA A SU GOBIERNO CORPORATIVO.

La prehistoria de CODELCO está enraizada en algunos de los acontecimientos más complejos de la historia chilena de los últimos 50 años. En efecto, las minas de cobre que llegarían a conformar CODELCO tal como la conocemos hoy, pertenecieron en décadas anteriores a empresas extranjeras (entre otras, Anaconda Cooper).

Luego del proceso de chilenización y de nacionalización del cobre, a principios de los 70, dichas minas fueron absorbidas en 1976 por la recién creada CODELCO, constituyéndose como una de las empresas más importantes, por capacidad y rentabilidad, del sector minero en el mundo.

Desde su ingreso como miembro de la OCDE, Chile ha tenido que adoptar cambios regulatorios que mejoren estándares de transparencia y promuevas buenas prácticas en los Gobiernos Corporativos de las empresas públicas. En efecto, la reforma legal a los estatutos de la mayor empresa cuprífera del mundo, responde a la necesidad de incorporar prácticas internacionales en materia de Gobierno Corporativo, adoptando las principales recomendaciones que ha dado la OCDE para empresas de propiedad estatal.

⁵ Ibid. pág. 31.

3.1.- LA REFORMA AL GOBIERNO CORPORATIVO DE CODELCO DE 2009.

En 2009 se aprobó la ley N° 20.392 que introduce importantes modificaciones al estatuto orgánico de CODELCO con el objeto de mejorar el Gobierno Corporativo. La nueva Ley de Gobierno Corporativo definió, entre otros aspectos, un Directorio profesional, sin la presencia de los ministros de Minería y Hacienda ni del representante de las Fuerzas Armadas, estableciendo la aplicación a los directores de las normas sobre derechos, obligaciones, responsabilidades y prohibiciones que rigen a los directores de empresas privadas contenidas en la Ley N° 18.046 de Sociedades Anónimas.

La precitada ley estableció que le corresponde expresamente al Presidente de la República participar en el nombramiento del directorio de Codelco y del presidente del directorio. A tres de los nueve directores, los nombra directamente y sin propuesta externa. A los seis restantes, los nombra sobre la base de nóminas que generan órganos externos (Alta Dirección Pública y organizaciones gremiales y sindicales de la empresa). La remoción de los directores sólo procede por causal legal expresa y tiene lugar a través de un procedimiento reglado especial.

Respecto del presidente del directorio, le corresponde expresamente, al Presidente o la Presidenta de la República designarlo de entre los directores de la empresa. También le corresponde, mediante Decreto Supremo aprobar y modificar los estatutos de la Empresa.

Asimismo, el directorio elige al presidente ejecutivo, asimilado a la figura del gerente general en las sociedades anónimas, *"responsable de ejecutar los acuerdos del directorio y de supervisar todas las actividades productivas, administrativas y financieras de la empresa"*, teniendo *"las atribuciones que el directorio le delegue y las funciones que éste determine"*.

Por su parte, la Junta de Accionistas representa los intereses del dueño, es decir del Estado, en la figura del Presidente de la República, cumpliendo las mismas funciones que las Juntas de Accionistas tienen en la Ley de Sociedades Anónimas.

Los objetivos declarados de la ley que modificó el gobierno corporativo de Codelco fueron:

- i) Contar con una empresa de Estado y no de Gobierno.
- ii) Desacoplar la dinámica de la empresa del ciclo político.
- iii) Establecer un directorio profesional, sin funcionarios públicos.

- iv) Establecer requisitos e incompatibilidades para los miembros del directorio.
- v) Asegurar una estructura de toma de decisiones de largo plazo.
- vi) Establecer mecanismos adecuados para la capitalización y el fondeo financiero de proyectos, y
- vii) Fortalecer el reporte financiero y la transparencia de la compañía.

Las prácticas de Gobierno Corporativo llevadas adelante por el Estado chileno han buscado instaurar un gobierno corporativo más eficiente y transparente en las empresas públicas chilenas, incluyendo CODELCO, las que en ésta última han tenido un positivo impacto y han contribuido al desarrollo de una empresa competitiva y eficiente, proyectándose como una empresa líder a nivel mundial.

Desde este punto de vista, la reforma al Gobierno Corporativo en las empresas públicas requiere de un Estado activo y comprometido en la implementación de un marco regulatorio acorde con las mejores prácticas para el fortalecimiento de sus empresas.

Más allá de los vaivenes propios del precio del cobre, sin duda que la actual conformación del Directorio de CODELCO, unido a las exigencias de transparencia en su desempeño, ha significado un mejoramiento respecto de la situación anterior.

Sin embargo, el episodio provocado por la sorpresiva renuncia de Diego Hernández como presidente ejecutivo⁶ de CODELCO, y la soterrada disputa con Gerardo Jofré, a la sazón Presidente del Directorio, ilustran las limitaciones que siguen existiendo en el gobierno de CODELCO.

Como se explicó en el capítulo segundo de este informe, lo relevante a la hora de establecer un gobierno corporativo eficiente, es la aplicación de normas específicas que estipulen con claridad la diferenciación de obligaciones y derechos que se aplica por un lado a los dueños (el Estado) y por el otro a los administradores (el Directorio).

Tratándose de una empresa pública, tal diferenciación es esencial para lograr una administración eficiente. El gobierno corporativo de CODELCO ilustra con claridad la confusión de estos roles.

De esta manera, cuando una regulación falla en asignar al directorio de la empresa, funciones propias del dueño –o junta de accionistas- con las del órgano de administración.

⁶ Recordemos que el Presidente Ejecutivo lo nombra el Directorio, asimilándose a la figura del gerente general en las sociedades anónimas.

toda clase de desentendimientos puede darse en una regulación que yerra en asignar en el directorio de la empresa, funciones propias del dueño –o junta de accionistas- con las del órgano de administración.

IV.- GOBIERNO CORPORATIVO EN MÉXICO: EL CASO DE PETRÓLEOS MEXICANOS (PEMEX).

En México, las recomendaciones y principios OCDE se tradujeron en la introducción de un código de mejores prácticas corporativas que cada empresa específica al constituirse; dicho código se vincula significativamente al interés de aumentar el nivel de desarrollo del mercado de valores y de fortalecer a las instituciones que forman el sistema financiero.

En 1999, el Consejo Coordinador Empresarial, creó el Comité de Mejores Prácticas Corporativas, con el objetivo de analizar los lineamientos entonces vigentes y mejorar las prácticas de gobierno corporativo en México. Se tomaron en cuenta diferentes perspectivas en la discusión; como resultado del esfuerzo del Comité se emitió en julio de 1999 un Código de Mejores Prácticas Corporativas.⁷

Las recomendaciones⁸ del Código buscan que:

- i) Las sociedades amplíen la información relativa a su estructura administrativa y las funciones de sus órganos sociales;
- ii) Las sociedades cuenten con mecanismos que procuren que su información financiera sea suficiente;
- iii) Existan procesos que promuevan la participación y comunicación entre los consejeros; y,
- iv) Existan procesos que fomenten una adecuada revelación a los accionistas.

Posteriormente, en 2001, una serie de leyes (Ley de Mercado de Valores, Ley de Sociedades de Inversión, la Ley de Instituciones de Crédito y la Ley para Regular Agrupaciones Financieras, entre otras) se reformaron incorporando buenas prácticas de gobierno corporativo.

4.1.- EL GOBIERNO CORPORATIVO DE PEMEX.

⁷ *Algunas reflexiones sobre el gobierno corporativo*, Irma Delgado Martínez, Dimensión económica, Instituto de Investigaciones Económicas Vol. 1, núm. 2, enero-abril/2010.

⁸ *Ibid*, pág. 6.

La importancia de PEMEX en la economía mexicana es enorme: las ventas totales de PEMEX alcanzan cerca del 9 por ciento del PIB de México⁹: no es difícil entender por qué un buen manejo de esta empresa tiene repercusiones directas en el desempeño económico mexicano.

Posterior a la reforma energética mexicana de 2013, la Ley de Petróleos Mexicanos (PEMEX) estableció que la empresa será dirigida y administrada por un Consejo de Administración, y por un Director General.

El Consejo de Administración es definido como el órgano supremo de administración, responsable de definir las políticas, lineamientos y visión estratégica de PEMEX, sus empresas productivas subsidiarias y sus empresas filiales. Entre otras funciones, le corresponde:

- i) La conducción central y la dirección estratégica de las actividades empresariales, económicas e industriales de Petróleos Mexicanos, sus empresas productivas subsidiarias y empresas filiales;
- ii) Establecer las directrices, prioridades y políticas generales relativas a la producción, productividad, comercialización, desarrollo tecnológico, investigación, administración general, seguridad, salud y protección ambiental, finanzas, presupuesto y otras que se relacionen con las actividades de Petróleos Mexicanos; y
- iii) Aprobar, a propuesta del Director General, las directrices, disposiciones y políticas generales para las contrataciones que realicen Petróleos Mexicanos, sus empresas productivas subsidiarias y empresas filiales, debiendo señalar aquellas que por su importancia o trascendencia deban ser autorizadas por el propio Consejo;

Ahora bien, este Consejo de Administración se compone de diez consejeros:

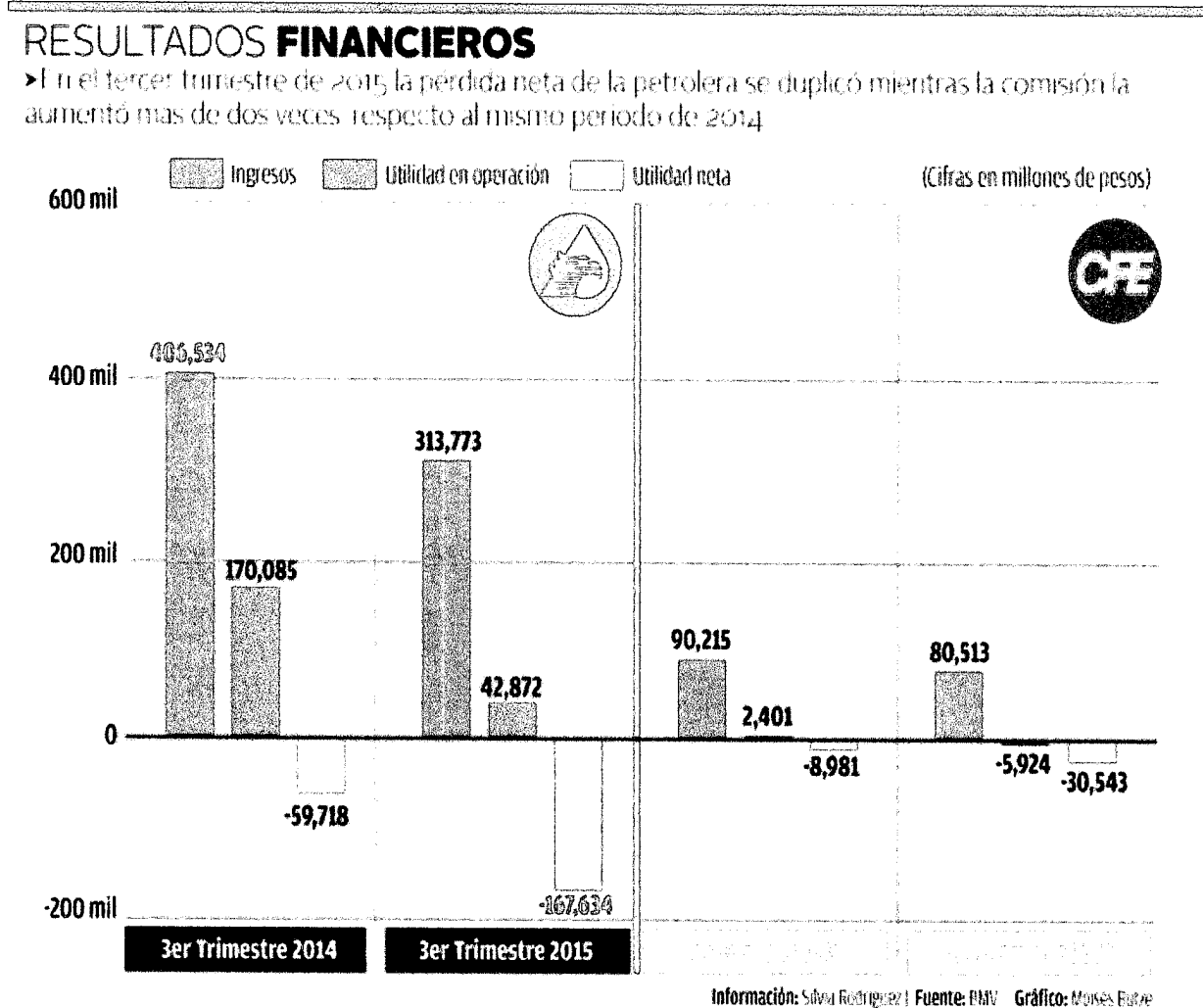
- i) El titular de la Secretaría de Energía, quien lo presidirá y tendrá voto de calidad y el titular de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público;
- ii) Tres consejeros del Gobierno Federal designados por el Ejecutivo Federal, y
- iii) Cinco consejeros independientes, designados por el Ejecutivo Federal y ratificados por el Senado de la República, quienes ejercerán sus funciones de tiempo parcial y no tendrán el carácter de servidores públicos.

Como puede apreciarse, la reforma energética que se supone tenía por objetivo integrar a la regulación de PEMEX las recomendaciones de la OCDE al respecto, no ha logrado su objetivo, al menos respecto a la integración del directorio. De otra

⁹ *Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas en América Latina*, pág. 76, Banco Mundial, Unidad de Reducción de la Pobreza y Gestión Económica, Febrero 2014.

manera no se explica que los directores “independientes” sean nombrados por el ejecutivo con acuerdo del Senado, y se incluya como Presidente del Directorio al Ministro de Energía¹⁰.

Gráfico N° 1: Situación financiera de PEMEX.



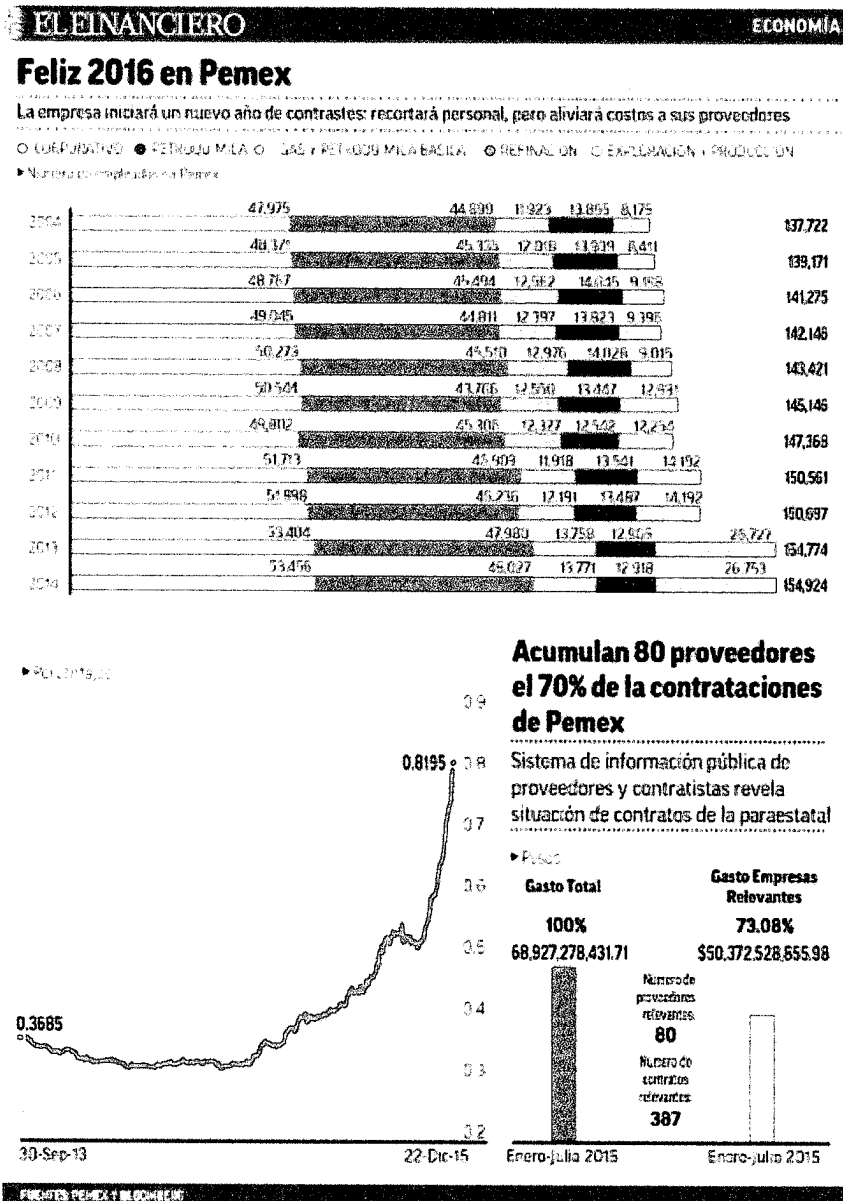
Fuente: BMV México

El gráfico anterior ilustra el deterioro de la situación financiera de PEMEX, el cual está influido en parte también por el desplome del precio internacional del crudo.

¹⁰ A la petrolera estatal chilena ENAP, justamente lo que más se le critica es que sea el Ministro de Energía el Presidente del Directorio.

El siguiente gráfico por su parte muestra otra cara de la crisis¹¹, que ha obligado a la empresa a realizar despidos considerables.

Gráfico N° 2: Recortes de empleo en PEMEX.



Fuente: Pemex y Bloomberg

¹¹ Ver <http://energiaadebate.com/pemex-hacia-una-mejor-perspectiva/>

IV.- CONCLUSIÓN.

La preocupación por mejorar los estándares de gobierno corporativo de las empresas públicas está presente y forma parte del discurso político en gran parte del mundo desarrollado y en vías de desarrollo. Sin embargo, el caso de PEMEX nos muestra que, aun cuando exista un discurso político que promocióne la independencia de gestión en las empresas públicas, la aplicación real y el éxito de esta política reformista no está garantizada.

La discusión en Chile está adquiriendo importancia nuevamente, con la presentación hace unos meses del proyecto de ley que reforma el gobierno corporativo de ENAP.

En líneas generales, se trata de un proyecto similar al propuesto en el gobierno del ex Presidente Piñera, el que a su vez se asemejaba al que se aprobó finalmente para CODELCO.