

FORMULA INDICACIÓN AL PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE IMPEDIMENTOS PARA OCUPAR CARGO EN INSTITUCIONES PRIVADAS SUJETAS A FISCALIZACIÓN POR EL FUNCIONARIO RESPECTIVO (Boletín N° 4186-07).

SANTIAGO, diciembre 6 de 2006

N° 519-354/

Honorable Cámara de Diputados:

A S.E. EL
PRESIDENTE
DE LA H.
CÁMARA DE
DIPUTADOS.

En virtud de mis facultades constitucionales, vengo en formular la siguiente indicación al proyecto de ley del rubro, a fin de que sea considerada durante la discusión del mismo en el seno de esa H. Corporación.

I. ANTECEDENTES.

Existe consenso internacional en que un régimen de incompatibilidades, es uno de los instrumentos más eficientes para evitar prácticas incorrectas entre los funcionarios públicos.

Las incompatibilidades son prohibiciones establecidas para quienes ejercen tareas públicas. Una modalidad de incompatibilidad es aquella que prohíbe desarrollar actividades privadas relacionadas con el área de sus competencias administrativas, durante su desempeño funcionario, o luego de cesados en sus funciones, por un período razonable.

Por medio de las incompatibilidades se logran dos objetivos. Por una parte, se asegura que la acción del funcionario público no estará determinada por un interés creado, en la medida que pueda beneficiar o perjudicar sus actividades particulares. En este punto, las incompatibilidades aseguran su independencia, y que su acción esté únicamente encaminada al cumplimiento de sus tareas públicas. Por otro lado,

una vez cesado en sus funciones, el funcionario no podrá hacer uso de la información privilegiada que estuvo a su disposición.

En todo caso, el régimen de incompatibilidades debe contemplar elementos moderadores, en consideración a que una administración moderna requiere de funcionarios especializados, que tenderán a desempeñarse, en el mundo privado, en el mismo ámbito de actividades que desarrollaron para el Estado. Un régimen de incompatibilidades demasiado estricto sería un desincentivo para que personal de calidad ingresara al servicio público.

Por ello, no puede extenderse la inhabilidad luego de que el funcionario haya dejado sus funciones por un período excesivamente largo, que dañe las posibilidades del funcionario de realizar, en el sector privado, un trabajo relacionado con su área de conocimientos. Si la incompatibilidad se extiende por un período considerable, se deberá entonces establecer una compensación económica razonable. De otro modo, el servicio público implicaría una carga desproporcionada, y se correría el riesgo de que las incompatibilidades no fueran respetadas.

II. MARCO DE LAS INCOMPATIBILIDADES PARA LA ADMINISTRACIÓN.

Respecto de la Administración del Estado, el régimen de incompatibilidades se encuentra en el art. 56 del D.F.L. N°1 que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Esta norma fue incorporada la ley N° 18.575, así como todo el Título III, De la Probidad Administrativa, por la ley Sobre Probidad Administrativa aplicable de los Órganos de la Administración del Estado, N° 19.653, de 1999.

En este artículo, se establecen dos tipos de incompatibilidades. En primer lugar, durante el ejercicio de la función pública se declaran incompatibles las siguientes actividades:

1. Aquellas actividades particulares cuyo ejercicio deba realizarse en horarios que

coincidan total o parcialmente con la jornada de trabajo que se tenga asignada.

2. Las actividades particulares de las autoridades o funcionarios que se refieran a materias específicas o casos concretos que deban ser analizados, informados o resueltos por ellos o por el organismo o servicio público a que pertenezcan.

3. La representación de un tercero en acciones civiles deducidas en contra de un organismo de la Administración del Estado, salvo las excepciones legales.

En segundo lugar, una vez terminada la función pública se establece un sistema de incompatibilidades restringido, que opera bajo los siguientes supuestos:

1. Se extiende exclusivamente a ex autoridades o ex funcionarios de una institución fiscalizadora.

2. Respecto de estos funcionarios, serán incompatibles las actividades que impliquen una relación laboral con entidades del sector privado sujetas a la fiscalización de ese organismo.

3. Esta incompatibilidad se mantendrá hasta seis meses después de haber expirado en funciones.

III. SENTIDO Y ALCANCE DEL ACTUAL ARTÍCULO 56 INCISO FINAL DE LA LOCBGAE.

El actual artículo 56 inciso final de la LOCBGAE establece lo siguiente:

"Del mismo modo son incompatibles las actividades de las ex autoridades o ex funcionarios de una institución fiscalizadora que impliquen una relación laboral con entidades del sector privado sujetas a la fiscalización de ese organismo. Esta incompatibilidad se mantendrá hasta seis meses después de haber expirado en funciones."

La norma se caracteriza por lo siguiente:

1. Sujetos a quienes se les aplica.

En primer lugar, la norma establece una inhabilidad sólo aplicable a ex autoridades o ex funcionarios de una institución fiscalizadora.

La norma no distingue el nivel del funcionario, pues al utilizar la expresión autoridad o funcionario, los comprende a todos. Da lo mismo si ocupó cargos de jefatura o tareas profesionales, o de auxiliar.

La norma no es aplicable a todas las entidades del Estado, sino sólo a aquellas que se denominan "institución fiscalizadora". En esta denominación quedan comprendidos todos aquellos organismos que ganan una asignación de fiscalización, que fue establecida por el D.L. N° 3.551. Entre otras, cabe señalar a las Superintendencias, al Servicio de Impuestos Internos, etc.

Los organismos que no estén en esa categoría, no se les aplica la inhabilidad.

2. Entidad a la que no se puede ir.

La norma establece una prohibición para que los ex funcionarios que trabajen en una entidad fiscalizadora establezcan "una relación laboral con entidades del sector privado, sujetas a fiscalización" del organismo para el cual trabajaba.

Entonces, el ex funcionario no tiene ningún problema en trabajar una vez que cesó su vinculación con la entidad fiscalizadora. Para que se aplique la prohibición que establece el artículo 56, es necesario que se den dos condiciones.

En primer lugar, que el ex funcionario establezca una relación laboral. Eso implica laborar bajo subordinación para una entidad privada. Fórmulas contractuales distintas a ésta, son plenamente posibles. En segundo lugar, el funcionario no puede irse a trabajar a entidades del sector privado sujetas a la fiscalización del organismo público para el que trabajaba. Se trata, por tanto, de sujetos acotados.

Da lo mismo su naturaleza jurídica, pues la ley las individualiza como "entidades". El ex funcionario no tiene ninguna inhabilidad para entrar a trabajar a otro organismo público, pues la norma habla de "entidades del sector privado". En todo caso, estas entidades tienen que haber sido objeto de fiscalización, no por el Estado en general, sino por el organismo en que el ex funcionario laboraba. Si por ejemplo, el funcionario trabajaba en la Superintendencia de Servicios Sanitarios, no tiene ninguna inhabilidad para irse a trabajar a una empresa eléctrica, aunque ésta esté sujeta a fiscalización de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

3. Plazo de la prohibición.

La prohibición para irse a trabajar a entidades del sector privado que fiscalizaba, no es de por vida. Sólo dura un plazo de seis meses contado desde que expiró sus funciones. Es decir, desde que se le cursó su renuncia o jubilación.

Después de ese plazo, el funcionario no tiene ninguna inhabilidad. Puede, por tanto, irse a trabajar a una de las entidades privadas que fiscalizó.

4. La norma no tiene sanción.

La prohibición que regula el inciso final del artículo 56, no tiene ninguna sanción.

Entre otras razones, esto se explica porque la persona ya no pertenece a la administración. Por lo mismo, el poder disciplinario de ésta no lo alcanza.

IV. PROPUESTA DEL INFORME SOBRE MEDIDAS PARA FAVORECER LA PROBIDAD Y EFICIENCIA DE LA GESTIÓN PÚBLICA, ENCARGADO POR S.E. LA PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA.

El grupo de 7 expertos que la Presidenta de la República consultó para sus medidas de transparencia, modernización y calidad de la política, propuso, en su acápite VI, "Otras propuestas que favorecen la probidad y la transparencia", el mejoramiento de las normas

actuales que establecen prohibiciones a ex funcionarios públicos.

El Informe señala que la regulación actual de las actividades laborales que un ex funcionario público -especialmente regulador o fiscalizador- puede desempeñar bajo dependencia de quienes antes fueron sus supervisados es parcial e imperfecta.

Los defectos detectados en la norma del artículo 56 de la Ley de Bases de la Administración del Estado, son los siguientes:

1. El período de incompatibilidad, de seis meses, es demasiado corto.

2. No se contempla una indemnización compensatoria a quien, al dejar su cargo público, no podrá desempeñarse en las áreas profesionales en las que es más calificado y competente.

3. La infracción a la prohibición carece de sanción efectiva, pues sería cometida por quien ya no es funcionario público y, en consecuencia, escapa al poder disciplinario de la administración.

Con la finalidad de solucionar estos problemas, el Informe propone legislar en el siguiente sentido:

1. Se prohíba a los directivos de entidades fiscalizadoras desempeñarse en el área privada previamente regulada durante el año siguiente a la cesación en su cargo.

2. Se establezca una compensación monetaria durante el tiempo de vigencia de la prohibición o, alternativamente, se establezca una asignación especial que anticipe el pago de la indemnización, de modo de incorporarla a la remuneración mensual.

3. Se identifiquen otros altos funcionarios que tomen decisiones de políticas públicas que directamente afecten a sectores determinados de la actividad empresarial, a quienes

corresponda extender la inhabilidad y, eventualmente, la compensación señalada.

4. Que la regulación del post-empleo público debe alcanzar a la prohibición, por el tiempo que señale la ley, que no deberá ser menor a dos años, para que ex altos funcionarios públicos puedan desempeñarse como lobbystas.

V. CONTENIDO DE LA INDICACIÓN.

La presente indicación propone modificar el artículo 56 del D.F.L. N°1 que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en el siguiente sentido:

1. Se extiende el régimen de incompatibilidades a más órganos.

Mientras que la norma actual se refiere únicamente a instituciones fiscalizadoras, la propuesta amplía su ámbito de aplicación, incluyendo, además de las entidades fiscalizadoras, a la Comisión Nacional del Medio Ambiente, la Comisión Nacional de Energía, la Subsecretaría de Transportes, la Subsecretaría de Telecomunicaciones y la Subsecretaría de Pesca.

Con esto, se recoge la propuesta del Informe, acerca de identificar a otros órganos que tomen decisiones de políticas públicas que directamente afecten a sectores determinados de la actividad empresarial, a quienes corresponda extender la inhabilidad.

2. Se delimita claramente a los sujetos obligados por la norma.

La norma actual se refiere, en términos generales, a ex autoridades o ex funcionarios. La amplitud de esta referencia atenta en contra de las posibilidades de llevar a la práctica la prohibición. Por ello, se propone señalar específicamente que la incompatibilidad afecta a quienes hubiesen desempeñado funciones directivas o profesionales en las entidades ya señaladas. Estos son los niveles donde la prohibición tiene sentido; los técnicos, administrativos y auxiliares, no realizan labores que impliquen

decisiones o informes para adoptar resoluciones.

3. Ampliación del plazo.

Atendiendo lo propuesto por el Informe, la indicación propone extender el período de inhabilidad de seis meses a un año, contado desde que el funcionario hubiese expirado en funciones.

4. Establecimiento de una compensación.

Por otra parte, siguiendo los estándares internacionales, y haciendo suya una de las opciones que el Informe propone, la indicación establece, para el personal señalado anteriormente, una compensación pecuniaria equivalente a 800 UF, para los que desempeñan funciones directivas y de 420 UF, para el caso de funciones profesionales. Esta compensación se recibirá por una sola vez, y no será imponible ni tributable, ni constituirá renta para ningún efecto legal.

Como lógico resguardo, se establece que no tendrán derecho a esta compensación aquellos que hubieren cesado en sus funciones por aplicación de una medida disciplinaria.

5. Incompatibilidad de actividades de lobby.

Enseguida, siendo el uso de información privilegiada una de las malas prácticas que el sistema de incompatibilidades pretende combatir, el Informe de los expertos propuso que se estableciera, junto con la incompatibilidad de trabajar en actividades sujetas a la fiscalización del ex funcionario, una incompatibilidad para desarrollar actividades de lobby.

Con esta incompatibilidad se logra que quienes tienen un conocimiento acabado acerca de los proyectos en desarrollo de las instituciones públicas en que han trabajado, así como contactos en estas reparticiones, se sirvan de ellos para beneficio personal, en promoción de intereses de otros particulares, representando, asimismo, una competencia desequilibrada con otros lobbystas que careciesen de estos beneficios.

Por ello, la indicación propone, para quienes ejercieron funciones directivas y profesionales en las instituciones ya señaladas, la prohibición de desarrollar actividades de lobby respecto de las entidades del sector privado sujetas a la fiscalización del órgano en que se desempeñaban.

Esta prohibición se mantendrá por el período de dos años a contar de la fecha de cese de sus funciones

6. Establecimiento de sanciones.

Uno de los puntos más deficientes de la norma actual, según señaló el Informe, es la imposibilidad de establecer sanciones a quienes transgredieran las normas sobre incompatibilidades.

No sólo no existen normas sancionatorias, si no que éstas no podrían ser aplicadas por la Administración, dado que los transgresores ya no forman parte de la Administración del Estado, estando fuera del ámbito de aplicación.

Por ello, la indicación propone, en primer lugar, la imposición una inhabilidad perpetua para ejercer cargos públicos y de la restitución del monto percibido por concepto de compensación.

En segundo lugar, y como consecuencia que el ex funcionario ya no es parte de la administración, se propone que de estas infracciones, y de la aplicación de sanciones conozcan los tribunales ordinarios. Con ello, se busca que sean competentes los juzgados de letras, los que ceñirán en su tramitación a las normas del juicio sumario, del Título XI del Código de Procedimiento Civil.

En mérito de lo anterior, formulo la siguiente indicación

AL ARTÍCULO ÚNICO

- Para reemplazar su texto por el siguiente:

"ARTÍCULO ÚNICO. Reemplázase en el artículo 56 del D.F.L. N°1 que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, su inciso tercero por los siguientes:

"Quienes hubiesen ejercido funciones directivas o profesionales en instituciones fiscalizadoras, en la Comisión Nacional del Medio Ambiente, en la Comisión Nacional de Energía, en la Subsecretaría de Transportes y en la Subsecretaría de Telecomunicaciones, Servicio Nacional de Pesca y en la Subsecretaría de Pesca, no podrán desempeñarse en actividades que impliquen una relación laboral con entidades del sector privado sujetas a la fiscalización del organismo respectivo. Esta prohibición se mantendrá por el periodo de un año a contar de la fecha de cese de sus funciones.

El personal señalado en el inciso anterior tendrá derecho por una sola vez, al momento de cesar en sus funciones, a una compensación pecuniaria equivalente a 800 UF, sí se trata de funciones directivas y de 420 UF, para el caso de funciones profesionales, salvo que hubieren cesado en sus funciones por aplicación de una medida disciplinaria. Dicha compensación no será imponible ni tributable ni constituirá renta para ningún efecto legal.

Las personas señaladas en el inciso tercero tendrán, asimismo, prohibido desarrollar actividades de lobby respecto de las entidades del sector privado sujetas a la fiscalización del órgano en que se desempeñaban. Esta prohibición se mantendrá por el período de dos años a contar de la fecha de cese de sus funciones

La trasgresión a las prohibiciones a que se refieren los incisos tercero y quinto precedentes será sancionada con la inhabilidad perpetua para ejercer cargos públicos, y con la restitución del monto percibido por concepto de compensación a que alude el inciso cuarto.

De las infracciones a lo establecido en el inciso tercero y siguiente de este artículo, conocerán los juzgados de letras y se tramitarán de acuerdo a las normas del juicio sumario,

del Título XI del Código de Procedimiento Civil".

Dios guarde a V.E.,

MICHELLE BACHELET JERIA
Presidenta de la República

PAULINA VELOSO VALENZUELA
Ministra Secretaria General de la Presidencia

ANDRÉS VELASCO BRAÑES
Ministro de Hacienda