MINUTA
PROYECTO DE LEY DE PROBIDAD EN LA FUNCIÓN PÚBLICA
Boletín Nº 7616-06

Chile Transparente
Capítulo Chileno de Transparencia Internacional
Junio de 2011

INTRODUCCIÓN

a. Generalidades

Con fecha 3 de mayo de 2011, fue ingresado al Congreso el *"Proyecto de Ley de Probidad en la Función Pública"*, el que busca regular la materia que señala su título mediante tres mecanismos:

- Declaración pública de intereses y de patrimonio
- Mandato para la administración de bienes y obligaciones que supongan conflicto de interés.
- Enajenación forzosa de activos que supongan conflicto de interés.

Con respecto a las declaraciones de intereses y de patrimonio, el proyecto de ley deroga y reemplaza las normas vigentes, dispersas en diversos cuerpos legales que rigen a diferentes poderes y órganos del Estado (Congreso Nacional, Poder Judicial, Ministerio Público, Tribunal Constitucional, etc.). La obligación de constituir mandato de administración y la enajenación forzosa de bienes serían mecanismos nuevos en Chile. El proyecto reúne iniciativas que ya se encontraban en tramitación sobre estas materias.

Aunque el título del proyecto de ley y su artículo 1º señalan que el objeto del mismo es regular el principio de probidad en la función pública, en realidad tiene como objeto los tres mecanismos ya mencionados, tendientes a evitar conflictos de intereses; tanto así que mantiene vigentes las normas sobre probidad no relativas a declaraciones de intereses y de patrimonio, incluyendo las de probidad administrativa del Título III de la Ley Nº 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante, LBAE), así como las de otras cuerpos legales, por ejemplo, las de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

Aunque el proyecto de ley cumpliría con regular las materias que necesitan de ley orgánica constitucional, conforme a los incisos tercero y cuarto del artículo 8º de la Constitución Política, no trata todos los mecanismos tendientes a evitar conflictos de intereses en la función pública, ya que no contiene normas relativas a inhabilidades e incompatibilidades (aunque tampoco deroga las normas hoy vigentes). Notoriamente, nada dice acerca del proyecto de ley que *"establece impedimentos para ocupar cargo en instituciones privadas sujetas a fiscalización por el funcionario respectivo"* (boletín 4186-07, comúnmente denominado *"de puerta giratoria"*), pese a estar directamente vinculado a materia de conflictos de intereses.

Tener un conflicto de interés no significa que la autoridad o funcionario público esté cometiendo alguna falta a la probidad; pero es necesario que éstos sean

transparentados, puesto que para que nazca un conflicto de intereses "*no se requiere que, en la práctica, se actúe con parcialidad, sino que basta con que se presente alguna circunstancia que, momentáneamente o en relación con un asunto particular pueda restarle imparcialidad a un servidor determinado para el ejercicio de la función pública, por lo que se trata de una situación eventual de discriminación arbitraria o desviación de fin*"[1].

Por estas razones, parece conveniente revisar el título y el alcance del proyecto de ley en estudio, sobre todo para evitar confusiones con o acerca de la vigencia de las normas de probidad de diversos cuerpos legales, en especial aquellas introducidas por la Ley Nº 19.653 de Probidad Administrativa.

b. Requerimientos para la legislación sobre conflictos de intereses en instrumentos internacionales

Para que un sistema de conflictos de intereses sea adecuado y comprendido por las autoridades y funcionarios públicos, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) establece las características que deben ser tomadas en cuenta. Éstas son las siguientes:

a) Definir los riesgos de conflictos de intereses;
b) Identificar situaciones específicas de conflictos de intereses;
c) Difundir la política de conflictos de interés entre los servidores públicos;
d) Divulgar información adecuada y eficaz para manejar situaciones conflictivas;
e) Trabajar conjuntamente con el público, clientes, licitadores, etc., y
f) Evaluar la política de conflictos de intereses y el reajuste de ésta si es necesario.[2]

Para regular y fortalecer una política de prevención de conflictos de interés, una buena legislación ha de respetar los compromisos internacionales asumidos por el país. Uno de ellos, la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, establece que "*el país debe procurar adoptar sistemas destinados a promover la transparencia y a prevenir conflictos de interés, o a mantener y fortalecer dichos sistemas*"[3]. Igualmente, establece "*la prevención de los conflictos de intereses,*

[1] Barra, Nancy, Probidad Administrativa, LexisNexis, Santiago, 2006, p. 64-65.

[2] Idem, pp. 27-28.

[3] Convención adoptada el 31 de octubre de 2003, firmada por Chile el 11 de diciembre de 2003, entró en vigor en este país el 14 de diciembre de 2005 y establece: Artículo 7 – Sector Público: 4. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, procurará adoptar sistemas destinados a promover la transparencia y a prevenir conflictos de intereses, o a mantener y fortalecer dichos sistemas.

Artículo 8 – Código de Conducta para funcionarios públicos:

5. Cada Estado Parte procurará, cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, establecer medidas y sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos.

Artículo 12 – Sector Privado

e) Prevenir los conflictos de intereses imponiendo restricciones apropiadas, durante un período razonable, a las actividades profesionales de ex funcionarios públicos o a la contratación de funcionarios públicos en

imponiendo restricciones apropiadas, durante un período razonable, a las actividades profesionales de ex funcionarios públicos o a la contratación de funcionarios públicos en el sector privado tras su renuncia o jubilación cuando esas actividades o esa contratación estén directamente relacionadas con las funciones desempeñadas o supervisadas por esos funcionarios públicos durante su permanencia en el cargo."[4] También nos vincula el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, de la Organización de los Estados Americanos; su Comité de Expertos recomendó a Chile el fortalecimiento de *"las disposiciones relativas a las normas de conducta orientadas a prevenir los conflictos de intereses durante y con posterioridad a la terminación del ejercicio de las funciones públicas, y los sistemas de verificación de la información contenida en las declaraciones juradas de inhabilidades y en las declaraciones de intereses."*

I. NORMAS GENERALES

El artículo 1º del Mensaje que analizamos dispone que el proyecto de ley regula el principio de probidad en el ejercicio de la función pública.

El principio de probidad en la función pública que propone introducir el proyecto de ley, consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo con preeminencia del interés general sobre el particular (Art. 2º inciso segundo). Este concepto es idéntico al del principio de probidad administrativa del Artículo 52 de la LBAE. Hacemos notar, que no pocas veces dos regulaciones idénticas y redundantes presentan más problemas que ventajas a la hora de implementarse.

Conforme al Art. 2º inciso primero del proyecto, quedan sujetas al principio de probidad mencionado:

- Todas las autoridades de los distintos poderes y órganos del Estado *("las autoridades, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes"*), y
- Todos los funcionarios de la Administración del Estado.

El Artículo 3º añade que todo funcionario público deberá actuar en el ejercicio de su función, en conformidad con lo dispuesto en la Constitución y en las leyes, con eficiencia, eficacia e imparcialidad, y que deberá siempre velar por la continuidad del servicio público que preste y desempeñar personalmente su cargo. Además consagra la libertad de acceder a la función pública.

Advertimos que varias de las normas generales del Título I reiteran normas ya contenidas en la legislación vigente, tales como la publicidad de las declaraciones (Art. 1º inciso segundo), el concepto del principio de probidad en la función pública (Art. 2º inciso segundo) y el principio de legalidad (Art. 3º). El Proyecto no explica las ventajas de este acto puramente reiterativo.

---

el sector privado tras su renuncia o jubilación cuando esas actividades o esa contratación estén directamente relacionadas con las funciones desempeñadas o supervisadas por esos funcionarios públicos durante su permanencia en el cargo.

[4] Artículo 12, letra e) de la Convención Contra la Corrupción de las Naciones Unidas.

II. DECLARACIÓN PATRIMONIAL Y DE INTERESES

Utilidad de las declaraciones de patrimonio e intereses en el derecho comparado[5]

El requerir a los funcionarios públicos declarar sus bienes, ingresos y responsabilidades, a través de un sistema de declaraciones juradas, es ampliamente considerado en la experiencia comparada y en la literatura especializada en la materia, como una medida efectiva para prevenir la corrupción y para asegurar que los funcionarios públicos trabajen en pos del interés público. Adicionalmente, estos sistemas pueden contribuir a la mejor fiscalización, detección y sanción de la entrega de información falsa o errónea. En general, los sistemas de declaraciones de patrimonio ayudan a asegurar la confianza pública en el gobierno y a promover una mejor imagen de los funcionarios públicos, en lo relativo a su compromiso con la transparencia.

En el derecho comparado, se distinguen, por una parte, sistemas cuyo enfoque está en el combate del enriquecimiento ilícito, y por otra, aquellos que tienden a la identificación y prevención de los conflictos de interés. En países en que la legislación sobre la materia ha sido adoptada más recientemente, el sistema persigue ambos propósitos.

Aquellos sistemas enfocados en la prevención del enriquecimiento ilícito, ponen énfasis en la implementación de medidas para verificar que las declaraciones individuales sean verdaderas y exactas; para lo cual los órganos a cargo de su control deben contar con las facultades de investigación necesarias para detectar señales de enriquecimiento ilícito, o irregularidades e información falsa en las declaraciones. Estos instrumentos tienen por objeto transparentar el valor de los bienes, de modo que puedan detectarse las variaciones del patrimonio en el tiempo.

En otra aproximación, la regulación sobre estas declaraciones apunta a prevenir los conflictos de intereses. El sistema no presume el comportamiento ilegal del funcionario, sino que lo ayuda a evitar situaciones en las que surja el conflicto de intereses y a asegurar que no quede expuesto a acusaciones o sospechas de parcialidad o corrupción. Las declaraciones, por lo tanto, tienen por objeto principal revelar las fuentes y las actividades generadoras de ingresos de los funcionarios, para así facilitar el monitoreo y detección de potenciales conflictos de interés.

Los sistemas que combinan ambos modelos, permiten cubrir un espectro más amplio de posibilidades de corrupción, pero requieren marcos regulatorios más comprehensivos y son más complejos de implementar, particularmente en el desarrollo del régimen de cumplimiento y aplicación de sanciones. Ello significa que el órgano de control respectivo debe contar con una alta capacidad; asimismo debe dividirse de forma tal que tenga una unidad especial para conducir investigaciones, y otra para proveer orientación sobre conflictos de intereses.

[5] En lo expuesto en este documento sobre derecho comparado en materia de declaraciones de patrimonio e intereses seguimos a Burdescu, Reid, Gilman y Trapnel, *Stolen Asset Recovery. Income and Assett Declarations: Tools and Trade-offs.* Banco Mundial y Oficina de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito, Washington D.C., noviembre de 2009.

Aspectos generales del proyecto de ley

El proyecto de ley regula en forma sistematizada las declaraciones de intereses y de patrimonio, dispone requisitos uniformes entre los distintos poderes y órganos del Estado con respecto a la obligación de realizar las declaraciones, establece los plazos para su entrega o moficación, los intereses y bienes que deben incluirse en ellas y las sanciones por no efectuar o no actualizar la declaración oportunamente, por omitir información relevante o incluir datos inexactos.

La legislación vigente regula en forma separada la declaración de intereses y la declaración de patrimonio, las que constituyen dos documentos independientes. El proyecto de ley, en cambio, reúne el contenido de ambas y los reúne en un solo documento único.

Autoridades y funcionarios obligados a realizar la declaración

A) Autoridades ya obligadas a realizar declaraciones de patrimonio y/o de intereses conforme a las leyes vigentes

Administración del Estado

1. El Presidente de la República.
2. Los Ministros de Estado.
3. Los Subsecretarios.
4. Los Intendentes y Gobernadores.
5. Los Jefes Superiores de Servicio.
6. Los Secretarios Regionales Ministeriales.
7. Los Embajadores.
8. Los Consejeros del Consejo de Defensa del Estado.
9. El Contralor General de la República.
10. Los Oficiales Generales y Oficiales Superiores de las Fuerzas Armadas.
11. Los Oficiales Generales y Oficiales Superiores de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile.
12. El Director General de la Policía de Investigaciones de Chile.
13. Aquellas autoridades y funcionarios directivos, hasta el nivel de jefe de departamento o jefe de división o su equivalente en grado, y los fiscalizadores, independientemente de su grado.
14. Los Alcaldes y Concejales.
15. Los Consejeros Regionales.

Sociedades y Empresas del Estado

16. Los directores de sociedades anónimas nombrados por el Estado o por sus organismos.
17. Los directores y gerentes de empresas del Estado sometidas a la legislación aplicable a las sociedades anónimas en virtud de leyes especiales.
18. Los gerentes de sociedades anónimas nombrados por directorios integrados mayoritariamente por directores que representan al Estado o sus organismos

Poder Judicial

19. Los miembros del escalafón primario del Poder Judicial: Ministros, fiscales judiciales, relatores y secretarios de las Cortes, jueces de tribunal oral en lo penal, jueces de garantía, jueces de letras, secretarios de juzgados de letras (Artículo 267 del Código Orgánico de Tribunales).
20. Los miembros de la segunda serie del escalafón secundario del Poder Judicial: notarios, conservadores y archiveros (Artículo 269 COT)

Congreso Nacional

21. Los Senadores y Diputados

Otros órganos

22. Banco Central: los Consejeros
23. Tribunal Constitucional: Los ministros titulares y suplentes.
24. Tribunal de la Libre Competencia: Los integrantes titulares y suplentes de este tribunal.
25. Tribunal Calificador de Elecciones: Los integrantes titulares y suplentes de este tribunal.
26. Ministerio Público: El Fiscal Nacional, los fiscales regionales y los fiscales adjuntos.
27. Jueces de Tribunales Tributarios y Aduaneros

B) Nuevas autoridades que deberán efectuar la declaración de acuerdo al proyecto

28. Los miembros del Consejo Consultivo del Consejo para la Transparencia.
29. Los Defensores Locales.
30. Los integrantes titulares y suplentes del Tribunal de Contratación Pública y su Ministro de Fe.
31. Los Consejeros del Consejo de Alta Dirección Pública

Cabe señalar que, actualmente, en el sitio web del Consejo para la Transparencia, están publicadas las declaraciones de patrimonio y de intereses de los miembros de su Consejo Consultivo, realizadas en forma voluntaria. Además, publican una declaración complementaria, en la que aparecen intereses en sociedades reguladas, clientes de los consejeros, relaciones de parentesco dentro de la institución y participación en sociedades de terceros.

Aunque positiva la inclusión de nuevas autoridades obligadas a realizar la declaración en el proyecto de ley, estimamos recomendable extender la misma obligación a asesores que desempeñan funciones mediante contratos a honorarios en diversos órganos públicos, y que en ciertos casos pueden tener influencia en decisiones relevantes. Igualmente cabría estudiar la posibilidad de incluir a autoridades locales con poder de decisión, como pueden serlo los Directores de Obras y Secretarios de las municipalidades.

En otras legislaciones -una minoría-, todos los servidores públicos están obligados a efectuar la declaración, independientemente de cuál sea su cargo o función; es el caso, por ejemplo, de Albania, Colombia y Estonia. Sin embargo, muy pocos países optan por requerir que todos los funcionarios públicos realicen las declaraciones, ya que en la experiencia comparada, tales sistemas frecuentemente enfrentan escasez de recursos humanos y financieros para la implementación de la ley, lo que deriva en un exceso de información que no es procesada ni utilizada.

En lugar de ello, la literatura especializada ha recomendado limitar la cobertura a funcionarios de mayor rango o que ocupen puestos que tengan más potencial de abuso de funciones o de enriquecimiento ilícito, como aquellos que administran fondos públicos o que tienen la autoridad para otorgar algún beneficio del gobierno. Estas funciones pueden incluir el otorgamiento de licencias, la aplicación de multas, la obtención de permisos de construcción, la modificación de regulaciones, entre otros. La ley no necesariamente debe obligar a efectuar la declaración a quienes ocupen ciertos y determinados cargos, sino que puede también establecer las personas obligadas en razón de sus funciones o de ejercer facultades de decisión y/o de administración, especialmente con respecto a contratos y bienes.

Formato de presentación y publicidad de las declaraciones

La ley vigente exige realizar las declaraciones de intereses y de patrimonio ante notario; estos documentos luego son entregados a la autoridad que establece la ley (la Contraloría General o Regional, según corresponda, en el caso de funcionarios de la Administración del Estado) y deben mantenerse para consulta. En todos los casos, las declaraciones pueden ser consultadas, al menos, en forma presencial. Sin embargo, en varios casos, no existe obligación de publicarlas en internet y pocas veces son digitalizadas. Cuando lo son, el documento es escaneado y el consultante no cuenta con los datos desagregados.

El proyecto de ley establece un formato estándar para todas las declaraciones de patrimonio de las autoridades y funcionarios de la Administración del Estado. Conforme al artículo 6º del proyecto, la declaración debe otorgarse en forma electrónica a través de una página instalada en el sitio web de la Contraloría General de la República, la que deberá permitir un acceso expedito y brindar las condiciones de seguridad e integridad de los datos ingresados. La centralización de las declaraciones en un formato único y en un mismo sitio web facilita la actividad del órgano fiscalizador; permite el acceso simple y la comparación de información en forma rápida y tiene una mantención menos costosa que un sistema descentralizado.

Esta forma de presentación no es aplicada en el proyecto a otros poderes y órganos del Estado. Sin perjuicio de ello, el proyecto establece la obligatoriedad de publicación en internet de las declaraciones de Senadores y Diputados (Artículo 15). Las autoridades del Poder Judicial, y de los demás organismos y entidades que tienen la obligación de efectuar la declaración, no están obligados a publicarla en internet.

En adición a que la declaración sea publicada a través del sitio web de la Contraloría, resultaría útil además que se pudiera acceder a la misma declaración a través del sitio web del órgano en el que trabaje el declarante. Ello no impediría otras formas de publicidad o transparencia, por ejemplo, a través de plataformas web de transparencia especiales.

Actualmente, en la doctrina y en el derecho comparado, la publicidad incondicional de las declaraciones es la tendencia dominante. El acceso total a la información contenida en estos documentos puede mejorar la percepción pública de las instituciones, ya que contribuye a que la ciudadanía forme su opinión estando debidamente informada, en lugar de basarse en sospechas o rumores. Asimismo, es necesario que la tarea de quien fiscaliza las declaraciones también sea susceptible de control. Desde el punto de vista de la aplicación de la ley en el derecho internacional, la publicidad de las declaraciones facilita la cooperación entre países, ya que la accesibilidad de la información permite rastrear las fuentes de enriquecimiento ilícito o el destino de bienes sustraídos, más allá de las fronteras del país.

Sin embargo, la publicidad de las declaraciones podría ser vista como atentatoria del derecho a la intimidad y a la vida privada de las autoridades y funcionarios, particularmente en lo concerniente a la revelación de datos personales. Una posible solución para esta colisión de derechos es hacer una distinción entre diferentes categorías de información contenidas en la declaración. Esta es la aproximación utilizada en Argentina, país en el que las declaraciones constan de dos partes: un anexo público, con respecto al cual el sistema garantiza el libre acceso, y un anexo

privado, el que contiene información más sensible o personal, por ejemplo, los números de cuentas bancarias, la dirección particular del domicilio o la copia de la declaración de impuestos. Este anexo privado es mantenido por la Oficina Anticorrupción y puede ser revisado por autoridades u órganos que fiscalicen o investiguen a los funcionarios.

Obligaciones y plazos con respecto a las declaraciones

En la ley vigente existen obligaciones básicas con respecto a las declaraciones:

- Efectuar y presentar la declaración: dentro de 30 días de asumir las funciones.
- Actualizar la declaración: dentro de 30 días desde que ocurra algún hecho relevante que la modifique, o desde el nombramiento en un nuevo cargo, o desde el momento de cesar en el cargo o concluir en las funciones, y debe actualizarse cada cuatro años.
- No incluir datos relevantes inexactos y no omitir datos relevantes.

El proyecto de ley mantiene estas obligaciones y la obligación de actualización cada cuatro años, pero aumenta el plazo para presentar la declaración, o modificaciones o actualizaciones, de 30 a 60 días, contados desde los mismos hechos que se señalan. Los diputados y senadores deben actualizarla además entre los sesenta y treinta días que anteceden a una elección parlamentaria y dentro de los sesenta días siguientes a la cesación en el cargo. El mensaje no contiene una justificación para esta ampliación de plazo, la que permite que una persona ejerza sus funciones públicas durante dos meses en la completa opacidad de sus conflictos de interés.

Cabe señalar que, considerando las mejores prácticas en el derecho comparado, los intereses y el patrimonio de la autoridad o funcionario deberían declararse antes de que la persona asuma sus funciones, o incluso durante el período de elecciones, y no después. Asimismo, la declaración debería actualizarse al menos anualmente, siendo un año un período prudente para observar variaciones en el patrimonio.

Actualmente, las normas sobre declaraciones de intereses y patrimonio no contemplan las mismas obligaciones entre distintas autoridades y funcionarios; por ejemplo, a los Senadores y Diputados no les es aplicable el Reglamento de la Declaración Patrimonial que rige a las autoridades y funcionarios de la Administración del Estado, por lo tanto, no están sujetos a las normas relativas a la no presentación o no actualización oportuna de la declaración y tampoco pueden ser sancionados por la inclusión inexacta de datos relevantes o la omisión inexcusable de los mismos.[6] El proyecto de ley, aunque mantiene la regulación separada para cada poder y órgano constitucional, contempla obligaciones uniformes para todos ellos.

Contenido de la declaración

El artículo 8º del proyecto de ley establece que las declaraciones de intereses y de patrimonio deben incluir lo siguiente:

[6] Infracción establecida en el art. 66 de la LBAE, el cual, conforme al art. 5 D de la LCN, no es aplicable a los parlamentarios.

A) Elementos de las declaraciones de intereses y/o de patrimonio ya regulados por la ley vigente

1. *Actividades profesionales y económicas:* Este punto corresponde a lo que actualmente enuncia el actual Reglamento para las Declaraciones de Intereses (Decreto 99) como contenido general de las mismas. Este Reglamento contiene normas sobre qué debe entenderse por actividades profesionales y económicas (artículos 3º a 5º) y otras prestaciones de servicios y colaboraciones que debe incluir la declaración (artículo 6º), todas cuestiones que el proyecto de ley no trata y, suponemos, quedará también para regulación por vía de Reglamento (el proyecto de ley no deroga el Reglamento). El proyecto de ley solamente detalla que deben declararse las actividades remuneradas, gremiales o de beneficencia.

Podría considerarse, además de lo ya contemplado en la legislación vigente, incorporar información sobre la historia laboral o un resumen curricular, con el fin de evitar conflictos de intereses con respecto a entidades en que la autoridad o funcionario haya trabajado con anterioridad. En España, los funcionarios deben presentar una declaración referente a las actividades profesionales, mercantiles o laborales de cualquier índole que hayan desempeñado durante los dos años anteriores a la ocupación del cargo.

2. *Bienes inmuebles*: La legislación vigente ya exige declarar la forma de propiedad de los inmuebles; esto es, si el declarante los posee en propiedad, copropiedad, comunidad, propiedad fiduciaria o cualquier otra forma (Artículo 6º del Reglamento de Declaración de Patrimonio).

El proyecto de ley agrega que deben declararse tanto los inmuebles situados en el país, como aquellos ubicados en el extranjero e introduce la obligación de declarar a su respecto lo siguiente:

- Avalúo fiscal
- Si están situados en el extranjero, el valor corriente en plaza de los mismos
- Fecha de adquisición
- Prohibiciones, hipotecas, embargos, litigios, usufructos, fideicomisos y demás gravámenes que les afecten, con mención de las respectivas inscripciones

3. *Vehículos motorizados y otros bienes muebles sujetos a registro público*: La legislación vigente ya exige declarar los vehículos motorizados de cualquier tipo, incluyendo su inscripción, que los declarantes tengan en propiedad, copropiedad, comunidad u otras formas de propiedad. (Artículo 6º Reglamento de Declaración de Patrimonio).

El proyecto introduce en la declaración, la obligación de indicar el avalúo fiscal y especifica que debe indicarse la inscripción en el Registro Nacional de Vehículos Motorizados. El proyecto también señala que el Reglamento determinará qué otros bienes muebles, sujetos a registro público, deberán incluirse en la declaración, e indicará los datos necesarios para su debida singularización.

4. *Derechos o acciones en comunidades y sociedades*: Con respecto a este punto, la ley vigente exige declarar lo siguiente:

- Derechos que posea el declarante en sociedades constituidas en Chile o en el extranjero,
- Sea en administración o en capital,
- Que el declarante tenga por sí o a través de sus personas relacionadas.

Con respecto a sociedades constituidas en Chile, el proyecto añade la indicación de los siguientes datos:

- nombre o razón social
- giro registrado ante el Servicio de Impuestos Internos
- porcentaje que corresponde al declarante en dichas entidades
- la cantidad de acciones
- fecha de adquisición de las acciones o derechos
- el valor corriente en plaza o, a falta de éste, el valor de libros de la participación que le corresponde.

En cuanto a entidades constituidas en el extranjero, el proyecto señala que deben indicarse los datos que permitan su adecuada singularización y valorización.

5. *Valores del inciso primero del Art. 3º de la Ley de Mercado de Valores*: conforme a la ley vigente, las declaraciones de patrimonio deben incluir la declaración de los valores que posea el declarante, esto es, cualesquiera títulos transferibles incluyendo acciones, opciones a la compra y venta de acciones, bonos, debentures, cuotas de fondos mutuos, planes de ahorro, efectos de comercio y, en general, todo título de crédito o inversión.

Conforme al proyecto de ley, deberán indicarse en la declaración tanto los valores que son de transacción bursátil –en Chile o en el extranjero- como aquellos que no lo son. Asimismo, la declaración deberá incluir aquellos valores emitidos o garantizados por el Estado, por las instituciones públicas centralizadas o descentralizadas, y por el Banco Central de Chile. Con respecto a todos los títulos de valores deberá indicarse la fecha de adquisición y su valor corriente en plaza.

B) Nuevos elementos incorporados por el proyecto de ley a las declaraciones

6. *Participación indirecta en la administración o control sobre sociedades*: el proyecto establece que deben declararse los derechos, acciones o valores, cuando los titulares de los mismos sean comunidades o sociedades en las cuales la autoridad o funcionario posea directamente, o por intermedio de otras personas naturales o jurídicas, un porcentaje del capital o derechos de la sociedad que le permita elegir o hacer elegir uno o más de sus administradores o directores, o que califique como controlador, o ejerza una influencia decisiva en la administración o gestión de la sociedad. Para estos efectos, solamente deberá informarse el porcentaje de participación indirecta que tenga la autoridad o el funcionario declarante en dichas entidades.

7. *Contratos de mandato de administración de activos*: La declaración deberá incluir aquellos mandatos de administración discrecional de cartera de valores regulados en el mismo proyecto de ley.

8. *Inversiones en el sistema financiero chileno o extranjero*. El proyecto señana que el Reglamento deberá contener la definición de estas inversiones

9. *Enunciación de créditos u otras obligaciones*: La declaración debe detallar las obligaciones de la autoridad o funcionario con cualquier banco, institución financiera o crediticia, y cuentas por cobrar, saldos de precio, en la medida que tengan un valor igual o superior a las 300 UTM.

Sin perjuicio de que el contenido de las declaraciones propuesto en el proyecto de ley es más amplio y detallado que el de la legislación actual, es necesario observar con cuidado la posibilidad de que puedan no ser declarados algunos movimientos patrimoniales relevantes, por ejemplo, cuentas bancarias o tarjetas de crédito emitidas en el extranjero, o mejoras sustanciales de un inmueble que incrementen significativamente su valor.

C) Bienes del cónyuge

La ley actualmente vigente establece que los bienes del cónyuge de las personas obligadas a presentar declaración patrimonial o de intereses, deben ser incluidos solamente en el caso de estar casados bajo el régimen de sociedad conyugal. En el caso de la mujer, no serán considerados los bienes que ésta administre de conformidad con los artículos 150, 166 y 167 del Código Civil.[7]

El proyecto de ley mantiene esta obligación en los mismos términos que la ley vigente. Cabe señalar que la Comisión Nacional de Ética Pública recomendó extender el contenido de la declaración no sólo al agente público y su cónyuge cuando esté casado en sociedad conyugal, sino también a otros regímenes matrimoniales, así como a terceros relacionados con él (especialmente parejas de hecho e hijos).

El problema del posible ocultamiento de los bienes en el patrimonio del cónyuge o en el de terceros no es de fácil solución. En otras legislaciones, ha ocurrido que los funcionarios continuamente cambian la titularidad de fondos y activos entre sus cercanos o a través de cuentas bancarias en el extranjero. Algunos países en África han comenzado a exigir declaraciones separadas de miembros de la familia; en Colombia, la declaración debe identificar información sobre el cónyuge o pareja del mismo sexo y los parientes por consanguinidad más inmediatos.

Otras alternativas para impedir el ocultamiento de bienes en patrimonio de terceros incluyen la revelación de información de todas aquellas personas que sean jurídicamente dependientes del funcionario, y exigir declarar los bienes con respecto a los cuales el funcionario no es dueño, pero actúa como tal.

Infracciones y sanciones con respecto a autoridades y funcionarios de la Administración del Estado

A) Ley vigente

Los artículos 65, 66 y 68 de la LBAE actualmente establecen sanciones para los siguientes supuestos:

a) No efectuar la declaración dentro de plazo

La sanción aplicable es multa de 10 a 30 UTM, impuesta administrativamente por el jefe superior del servicio; si es este último el infractor, la multa la impone el superior jerárquico o, en su defecto, el Ministro de Estado correspondiente. Desde que es notificado de la resolución de la sanción, el infractor tiene un plazo de 10

[7] Bienes producto del trabajo de la mujer casada, donaciones que reciba o capitulaciones matrimoniales que se administren separadamente.

días para presentar la declaración; si así lo hace, la multa es rebajada a la mitad. La persistencia en la omisión será tomada en consideración en la calificación del funcionario y hace aplicables las sanciones disciplinarias correspondientes.

b) No actualizar la declaración dentro de plazo

La sanción aplicable es multa de 5 a 15 UTM; en lo restante, rigen las mismas normas de la omisión de la declaración.

c) Inclusión a sabiendas de datos relevantes inexactos u omisión inexcusable de información

La sanción aplicable es multa de 10 a 30 UTM, y la infracción será tenida en cuenta para las calificaciones.

d) No advertir la omisión o renovación de la declaración

El jefe de personal, o quien, en razón de sus funciones debió haber advertido oportunamente la omisión de una declaración o de su renovación y no lo hizo, incurrirá en responsabilidad administrativa.

Las resoluciones que imponen multas por no efectuar o no actualizar la declaración son apelables ante la Corte de Apelaciones respectiva, la que resuelve en cuenta.

B) Proyecto de ley

El proyecto de ley establece sanciones para los siguientes supuestos (Artículos 10 a 14):

- No efectuar la declaración dentro de plazo
- No actualizar la declaración dentro de plazo
- Efectuar la declaración o su actualización de manera incompleta
- Omisión inexcusable o inclusión inexacta de información

En todos estos supuestos, la multa es de 10 a 30 UTM por cada mes que se mantenga la infracción, excepto en el caso de no actualizar la declaración después de ser destituído del cargo, en que la sanción es de 45 UTM por cada mes de retardo.

La forma de aplicar las sanciones es la siguiente:

1. La Contraloría General de la República puede apercibir al infractor para efectuar, actualizar o completar la declaración dentro de 10 días y, en caso de incumplimiento, puede proponer la aplicación de multa a beneficio fiscal de 10 a 30 UTM. El proyecto de ley no señala expresamente quién aplica la multa ni el resto de las sanciones señaladas más abajo; tampoco indica si la sanción propuesta por la Contraloría debe aplicarse obligatoriamente o no.
2. La multa es reiterada por cada mes de atraso
3. Si el incumplimiento se mantuviera por más de 4 meses, procede la suspensión sin goce de remuneraciones; tratándose de la declaración por cese en el cargo, el funcionario es sancionado con inhabilidad especial temporal de sesenta y un días a tres años, para ejercer cualquier cargo o empleo público, sea o no de elección popular.
4. De todo lo anterior queda constancia en la hoja de vida funcionaria

5. La resolución que imponga las sanciones es reclamable para ante la Corte de Apelaciones, la que resuelve previa vista de la causa y previo informe de la Contraloría General. La resolución de la Corte de Apelaciones no será susceptible de recurso alguno.
6. En el caso de alcaldes y concejales, la cuenta pública deberá incluir la mención de la sanción aplicada.

El Artículo 9º del proyecto de ley establece que las reparticiones del control interno tienen la obligación de verificar que los funcionarios efectúen la declaración oportunamente, aunque no establece una sanción específica para el incumplimiento de tal obligación y tampoco señala qué debe entenderse por "las reparticiones encargadas del control interno". El texto de este artículo es ambiguo y no da claridad suficiente con respecto a quién es responsable de supervisar que las declaraciones sean realizadas oportunamente, y cuáles serían las sanciones para el incumplimiento de este deber de fiscalizar.

Asimismo, el Artículo 10 no es claro en cuanto a si la autoridad que decide sobre la existencia de la infracción es la misma que tiene el poder para aplicar la sanción.

Infracciones y sanciones con respecto a declaraciones de otras autoridades

A) Congreso Nacional

Conforme a la ley vigente, la no presentación oportuna de la declaración es sancionada con multa de 10 a 30 UTM y la no actualización, con multa de 15 a 30 UTM. Conoce de la aplicación de estas sanciones la Comisión de Ética de la respectiva Corporación. El procedimiento puede iniciarse de oficio por la Comisión respectiva o por denuncia de cualquier interesado. El parlamentario tiene el plazo de 10 días hábiles para contestar los cargos. En caso de ser necesario, puede abrirse un período de 8 días para la prueba, la que es apreciada en conciencia. La Comisión deberá dictar la resolución final dentro de 10 días de evacuada la última diligencia. Notificada la resolución que impone la multa, el infractor tiene un plazo fatal de 10 días para presentar o corregir la declaración; si así lo hiciere, la multa podrá ser rebajada. En caso de reincidencia, la multa podrá elevarse al doble.

En el proyecto de ley, las conductas sancionadas son: no efectuar la declaración oportunamente, efectuarla de manera incompleta, no actualizarla dentro de plazo y la omisión inexcusable o inclusión inexacta de información requerida por la ley y su reglamento. En el caso de infracción, la Comisión de Ética y Transparencia Parlamentaria que corresponda apercibe al parlamentario para que lo efectúe dentro de 10 días. En caso de incumplimiento, la Comisión aplicará multa a beneficio fiscal, de 10 a 30 UTM, que serán descontados directamente de las remuneraciones o de la dieta. La multa es reiterada por cada mes adicional de retardo. El procedimiento desde su inicio hasta la resolución de la Comisión es idéntico al de la ley vigente.

B) Poder Judicial

La ley vigente no establece sanciones especiales con respecto a la declaración de intereses, y solamente señala que su omisión será sancionada conforme al Título XVI (normas generales sobre facultades disciplinarias). Con respecto a la declaración de patrimonio, la ley vigente sanciona su no presentación oportuna con

multa de 10 a 30 UTM. El incumplimiento de la obligación de actualizar la declaración de patrimonio es sancionado con multa de 5 a 15 UTM.

En el proyecto de ley, las conductas sancionadas son: no efectuar la declaración oportunamente, efectuarla de manera incompleta o no actualizarla dentro de plazo y la omisión inexcusable o inclusión inexacta de información requerida por la ley y su reglamento. En todos estos supuestos la multa es de 10 a 30 UTM. En cuanto a la forma de aplicar las sanciones, el proyecto, al igual que la ley vigente, hace aplicables por remisión las normas generales sobre facultades disciplinarias, aunque contempla el apercibimiento al infractor para que efectúe, complete, actualice o corrija su declaración dentro de 10 días; sólo en incumplimiento después de este plazo, es aplicada la multa, de 10 a 30 UTM (en todos los supuestos de infracción). La multa es reiterada por cada mes adicional de retardo.

C) Ministerio Público

El proyecto establece las conductas, sanciones y el procedimiento en forma idéntica a como lo hace con respecto al Poder Judicial. Las multas las aplica el Fiscal Nacional o el Fiscal Regional respectivo.

D) Otros

Con respecto al Tribunal Constitucional, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el Tribunal Calificador de Elecciones y los Tribunales Electorales Regionales, los conductas sancionadas son las mismas que en los casos anteriores, con las mismas multas y el apercibimiento de 10 días previo a aplicar la sanción.

El Artículo 25 del proyecto establece un procedimiento común de sanciones para todos ellos. En estos casos es el mismo tribunal el que determina la aplicación de sanciones. El procedimiento puede iniciarse de oficio por el Tribunal o por denuncia de uno de sus Ministros. El Ministro afectado tiene derecho a contestar los cargos dentro de 10 días hábiles. Si es necesario, puede abrirse un período de 8 días para la prueba, la que es apreciada en conciencia. El Tribunal deberá dictar la resolución final en el plazo de diez días de evacuada la última diligencia.

Control y fiscalización de las declaraciones

Ni la ley vigente ni el proyecto de ley establecen la función específica de controlar periódicamente las declaraciones, en su forma o en su contenido. El Artículo 12 del proyecto de ley solamente establece la facultad (no la obligación) de la Contraloría General de la República para fiscalizar la integridad y veracidad del contenido de las declaraciones.

Dentro de las mejores prácticas en la experiencia comparada, el contenido de las declaraciones es revisado por una autoridad u órgano calificado e imparcial. Teniendo en vista la prevención de conflictos de intereses, la revisión de las declaraciones puede ayudar a los fiscalizadores a identificar y advertir a los funcionarios sobre situaciones de riesgo potencial. Desde el punto de vista de la prevención del enriquecimiento ilícito, la revisión de las declaraciones puede permitir la detección de ingresos ilícitos una vez que ya ha ocurrido una infracción. La efectividad de las verificaciones también depende de la disponibilidad y confiabilidad de la información de fuentes externas, tales como los registros de propiedad, declaraciones de impuestos y otras bases de datos, para poder efectuar

revisiones "cruzadas" del contenido de las declaraciones de intereses y de patrimonio. Una alternativa o complemento a las revisiones cruzadas es la detección de discrepancias entre el patrimonio declarado por el funcionario y la observación de su estilo de vida (por ejemplo, el uso o posesión de inmuebles o vehículos, o la realización de viajes que sean difíciles de costear con la remuneración del funcionario, podrían dar indicios de actividades ilícitas).

Es relevante considerar la posibilidad de establecer en la ley una instancia obligatoria de capacitación a los funcionarios que deben realizar las declaraciones, con el fin de que cumplan con el deber de efectuarlas y que lo hagan correctamente, sin correr el riesgo de que por desconocimiento, estando de buena fe, omitan involuntariamente menciones en la declaración.

III. MANDATO DE ADMINISTRACIÓN DISCRECIONAL DE CARTERA DE VALORES

Concepto

El Artículo 27 del proyecto señala que el Mandato de Administración Discrecional de Cartera de Valores es "*un contrato en virtud del cual una autoridad, en la forma y los casos señalados en esta ley, y con el objeto de precaver posibles conflictos de intereses, encarga a uno o más terceros autorizados, la administración discrecional de valores que integren su patrimonio, quienes se hacen cargo separadamente de éstos, por cuenta y riesgo del primero*".

A este mandato le rigen supletoriamente las normas del mandato civil (Artículo 26). La autoridad obligada a constituir el mandato puede designar a uno o más mandatarios (Artículos 27 y 33 inciso primero). Este mandato comprende únicamente una cartera de valores y no otros posibles conflictos de intereses asociados, por ejemplo, los derivados de la participación en una sociedad cerrada.

En el derecho comparado, la determinación de los bienes que deben dejarse en fideicomiso está relacionada con el potencial conflicto de interés que afecte a la autoridad (por ejemplo, una residencia familiar en un sector agrícola podría llegar a constituir un conflicto de interés para una autoridad del sector agropecuario), y no con el tipo de bien en sí mismo; además, es la propia autoridad o funcionario quien identifica cuáles son los bienes que pudieran causar un conflicto de interés y posteriormente una entidad independiente se encarga de evaluar y validar esa identificación. Este mecanismo en el derecho comparado es visto como sólo complementario a las declaraciones de intereses y de patrimonio, y puede ser sólo voluntario, como sucede en Estados Unidos. Su aplicación puede resultar problemática, ya que su efectividad descansa en la no comunicación entre mandante y mandatario, con respecto a lo cual resulta sumamente difícil tener certeza.

Tipos de mandato

El proyecto identifica dos tipos de mandato, el "Mandato General" y el "Mandato Diversificado", y señala que se pueden establecer otras modalidades.

Mandato General

El Mandato General "*es aquel contrato en virtud del cual una autoridad encarga a uno o más terceros autorizados la administración amplia y discrecional de sus valores señalados [en la ley]. La finalidad del Mandato General es la administración libre de una cartera de inversiones sin entregar al Mandante ninguna información respecto del destino de los valores entregados en administración, ni el Mandante entregar ninguna instrucción respecto del destino de sus inversiones*." En este tipo de mandato, el mandante podrá instruir al mandatario la no enajenación de parte o todos los valores entregados en administración, pero no podrá disponer nuevas inversiones en aquellos valores que deban enajenarse, ni en aquellos que deberán entregarse en mandato (Art. 28 inciso tercero).

En la experiencia comparada, el fideicomiso ciego comienza solamente desde el momento en que la totalidad de los bienes que lo integran han sido enajenados y reemplazados por otros bienes, ya que de otra manera, la autoridad o el

funcionario conoce los activos originales y el fideicomiso no es "ciego", resultando en que la autoridad sigue siendo dueño de los mismos valores con respecto a los cuales pueden generarse los conflictos de intereses, pero los administra a través de mandatario. Esa mera delegación de su administración con prohibición de venta y pleno conocimiento, no ayuda en nada a morigerar el conflicto de interés

Mandato Diversificado

En el proyecto de ley el Mandato Diversificado (Artículo 28 inciso cuarto), es definido como *"aquel contrato en virtud del cual una autoridad encarga a uno o más terceros autorizados la presentación de un plan de liquidación de sus valores [señalados en la ley]. El Mandatario, en cumplimiento del encargo, deberá invertir el producto de dicha liquidación en un portafolio de activos lo suficientemente amplio con el objeto de evitar que las actividades de la autoridad puedan influenciar el valor del Mandato. (…) el plan de liquidación no podrá instruir al Mandatario la inversión del producido de dicha liquidación en aquellos valores que la autoridad se encuentra obligada a enajenar ni tampoco en aquellos valores que deberán entregarse en Mandato, en conformidad a las normas de esta ley".*

Otras formas de mandato

La Superintendencia de Valores y Seguros (en adelante, SVS) y la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (en adelante, SBIF), conjuntamente, por medio de normas de carácter general, podrán definir y regular otras formas de mandato de administración de cartera de terceros, que tengan por objeto precaver posibles conflictos de intereses. Deben cumplir con los siguientes criterios (Artículo 28 incisos quinto y sexto):

- Los valores son gestionados por cuenta y riesgo del mandante;
- El mandatario está facultado para decidir su inversión, enajenación y demás actividades conforme a lo dispuesto en el contrato y en la ley;
- Les son aplicables las disposiciones de prohibiciones de información y de recibir instrucciones;
- Les son aplicables las disposiciones sobre fiscalización y procedimiento de reclamación
- Las sanciones deben ajustarse a los parámetros de la ley.
- No les son aplicables las normas sobre oportunidades y causales de modificación

Autoridades obligadas y objeto del Mandato

A) Presidente de la República, Senadores y Diputados y Contralor General de la República

El artículo 29 establece que deberán constituir el mandato con respecto a lo siguiente:

"(…) sobre la totalidad de sus acciones de sociedades anónimas abiertas, opciones a la compra y venta de tales acciones, bonos, debentures y demás títulos de oferta pública representativos de capital o deuda que sean emitidos por entidades constituidas en Chile y que se encuentren inscritas en los Registros de Valores que llevan la Superintendencia de Valores y Seguros y la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. Asimismo, las sociedades o entidades que conforman el Grupo Empresarial en que la autoridad tenga la calidad de Controlador, o Miembro del Controlador en los términos del Título XV de la ley Nº 18.045, también deberán

constituir Mandato respecto de los valores señalados en el inciso anterior". (sic) (no hay inciso anterior)

B) Ministros de Estado, Subsecretarios, Intendentes y Alcaldes

Conforme al inciso segundo del mismo Artículo, deberán constituir mandato con respecto a los mismos bienes que el Presidente de la República, Senadores y Diputados y el Contralor General de la República, en cualquiera de los dos supuestos siguientes:

a) *cuando su patrimonio se vincule con las entidades del sector privado sujetas, directamente y de acuerdo a la ley, a la fiscalización o control del o los organismos sujetos a su dependencia o supervigilancia; o,*
b) *se vinculen directamente con el ámbito de sus competencias*

Estimamos que pudiera no ser necesario obligar a constituir el mandato a personas con autoridad en ámbitos delimitados (en oposición a la generalidad de los asuntos públicos, como es el caso del Presidente de la República), siendo suficiente para evitar el conflicto de intereses en relación con su cartera o ámbito de poder, la enajenación forzada de los bienes respectivos.

Personas que pueden ser designadas como mandatarios

Sólo podrán desempeñarse como mandatarios las personas jurídicas que, señaladas en la ley e inscritas previamente en los Registros que para estos efectos mantengan la SVS y la SBIF. (Artículos 39 y 40). Las entidades extranjeras podrán desempeñarse como mandatarios siempre que cumplan con los estándares dispuestos por la OECD, lo que será verificado por la Superintendencia respectiva. El artículo 40 señala que "dichos mandatarios" deberán constituir una caución o garantía irrevocable y pagadera a la vista, equivalente al 10% del valor del patrimonio entregado en administración, con un tope de 1.000 UTM; no queda claro si esta caución es aplicable sólo a las entidades extranjeras, o a todas las que puedan desempeñarse como mandatarios.

Órganos de control

Conforme al artículo 58, corresponderá a la SVS y a la SBIF velar porque los mandatarios cumplan las normas de la ley. En lo concerniente a las autoridades que deben constituir el mandato, la Contraloría General de la Repúbica deberá velar por el cumplimiento de las disposiciones de la ley. En el caso de los senadores y diputados, dicha función corresponderá a las respectivas comisiones de Ética y Transparencia (las sanciones aplicables son descritas más abajo).

Independencia del mandatario

No podrán ser mandatarios las personas jurídicas con las cuales el mandante tenga o haya tenido participación accionaria o patrimonial directa o indirecta, en los términos del Art. 100 de la Ley 18.045, durante el año anterior a su designación, ni aquellas personas jurídicas cuyos directores o administradores tengan relación de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad con la autoridad, o su cónyuge (Art. 41). Cumpliendo con tales requisitos, el mandatario tiene la

calidad de independiente, la que debe mantenerse durante la vigencia del mandato (Art. 42).

Constitución y plazo

El período para constituir un mandato para el Presidente de la República y los Senadores y Diputados es entre su proclamación y la fecha en que legalmente les corresponda asumir el cargo. Las demás autoridades deberán hacerlo dentro de los sesenta días siguientes a su designación. Si durante el ejercicio del cargo, existen nuevos valores sujetos a un mandato, tendrán un periodo de 30 días para ampliarlo o constituirlo. (Artículo 30). En el caso de no constitución o actualización del mandato dentro de plazo, la autoridad tiene 10 días desde que es notificada del incumplimiento para subsanar la situación. Si ello no ocurre, le es aplicable la sanción de multa de hasta 300 UTM, la que va duplicándose por cada mes de atraso. Esta infracción podrá constituir infracción grave a la probidad administrativa. En el caso de incumplimiento del Presidente de la República y los Ministros de Estado, los antecedentes pasan a la Cámara de Diputados (Art. 61).

El mandato se constituye por escritura pública; dentro de 5 días hábiles desde la fecha de otorgamiento, deberá entregarse copia autorizada a la SVS o a la SBIF según corresponda, y a la Contraloría General de la República. El Contralor General de la República deberá entregar copia de su propio mandato a la Cámara de Diputados. Una copia será publicada en el sitio web que determine el Reglamento.

Al momento de la constitución, o previamente, ambas partes deberán emitir una declaración jurada por separado, indicando el conocimiento de las inhabilidades e incompatibilidades de la ley y la ausencia de relaciones de vinculación, parentesco o dependencia que impidan la celebración válida del contrato. (Art. 41 inciso 2º).

En la misma constitución del mandato las partes pactan la remuneración del mandatario, y los gastos son abonados con cargo a los recursos que administra, a medida que vayan devengándose (Art. 50 y 51).

El mandato deberá incluir las instrucciones generales de administración, y en lo referido al riesgo y diversificación, ellas no podrán referirse a efectuar inversiones en sectores específicos o empresas en particular.

Modificaciones al Mandato

Durante la vigencia del mandato, el mandante podrá introducirle modificaciones una vez al año, informando a la Contraloría dentro de los dos días hábiles siguientes a aquél en que se instruyó la modificación. El mandante podrá instruir el cambio de sus inversiones cada vez que existan manifiestos cambios en los mercados, por lo que mantener las instrucciones otorgadas pudiese resultar gravoso para el patrimonio del mandante. En este caso, el mandante deberá informar a la Superintendencia respectiva para que, dentro de los diez días hábiles siguientes, emita su pronunciamiento sobre la procedencia de la modificación e instruya al mandatario a efectuarla. Las modificaciones sólo pueden referirse a las instrucciones generales otorgadas en el acto de constitución, en especial en lo referido al riesgo y diversificación de las inversiones. (Artículos 34 y 35).

Hacemos notar que la posibilidad de que el mandante instruya el cambio de sus inversiones cada vez que existan manifiestos cambios en los mercados (situación que no es definida en la ley) resulta contraria al propósito del mecanismo de

mandato de administración de cartera de valores, por cuanto implica que el mandante continúa en conocimiento y con poder sobre la administración de sus bienes.

Prohibiciones de comunicación y obligaciones de reserva

Con respecto a la modalidad de mandato general, el mandante debe abstenerse de ejecutar cualquier tipo de acción, directa o indirecta, dirigida a establecer algún tipo de comunicación con el mandatario destinada a instruirlo sobre la forma de administrar el patrimonio o una parte de él. La infracción a la prohibición de tener conocimiento del fideicomiso ciego por parte de la autoridad pública es sancionada con multa a beneficio fiscal de hasta 1.000 UTM; en caso de reincidencia, la multa es elevada al doble. La infracción podrá ser considerada como una infracción grave al principio de probidad administrativa.

La prohibición de comunicación también es aplicable al mandatario, con la salvedad de comunicaciones previamente aprobadas por la SVS o la SBIF que versen sobre resultados globales del mandato, giros a beneficio del mandante, pretensiones judiciales, pérdida de la calidad de independiente, declaración y pago de impuestos y modificación de las instrucciones del mandato, conforme a la ley. El mandatario tiene prohibido divulgar cualquier información que pueda llevar al público general o al mandante a saber el estado de las inversiones de este último. Las infracciones a las prohibiciones de divulgación, comunicación e independencia del mandatario son sancionadas con multa de hasta 1.000 UTM y cancelación por un año de la inscripción en el registro para operar como mandatario. En el caso de reincidencia, la multa es elevada al doble y la inscripción en el registro es cancelada.

Es necesario tener presente que, existen grandes dificultades para probar la comunicación entre mandante y mandatario.

Normas aplicables al mandato para efectos tributarios

Conforme al Art. 46, al mandato le rigen las siguientes normas:

- El patrimonio que administre el mandatario corresponderá a uno separado del mandante.
- El patrimonio del mandante sigue las reglas generales de la Ley de Impuesto a la Renta, en particular las de tributación aplicable a las sociedades de personas, considerándose al mandante como socio de la sociedad con respecto al patrimonio separado.
- El responsable de la declaración y pago de los impuestos correspondientes a la parte del patrimonio dada en administración es el mandatario.
- Sin perjuicio de lo anterior, el mandatario debe entregar al mandante la información y fondos necesarios para la declaración y pago de los impuestos de este último, en términos que no sean vulneradas las prohibiciones de divulgación (Art. 45) y de comunicación (Art. 49) que afectan al mandatario.
- La remuneración del mandatario constituye gasto necesario para producir la renta.

Es necesario observar el Artículo 46 del proyecto con detenimiento, para asegurar que la separación de patrimonios no resulte en menores obligaciones tributarias para el mandante.

Representación en juicio

Conforme al Art. 38 del proyecto, las personas que tengan pretensiones judiciales contra el mandante e intenten hacerlas efectivas sobre la parte del patrimonio constituida en mandato, deberán notificar sus acciones personalmente al mandatario. Éste cuenta con la facultad de representación en juicio con respecto al patrimonio que administra. Sin perjuicio de ello, debe informar al mandante y a la SVS del hecho de haber sido notificado y de la cuantía de la acción judicial.

Notamos falta de claridad en esta norma, ya que las acciones judiciales ejercidas en contra de alguna persona, en general no son interpuestas con relación a una parte del patrimonio para hacer efectiva la pretensión; por lo tanto, para la generalidad de los casos, el proyecto de ley no indica a quién debe notificarse ni quién comparecerá en el juicio.

IV. ENAJENACIÓN FORZOSA

El Artículo 57 del proyecto de ley (único del Capítulo 2º del Título III) trata sobre las enajenaciones que ciertas autoridades estarán obligadas a efectuar. A éstas se les aplica lo dispuesto en los artículos 2.108 y siguientes del Código Civil (normas sobre disolución de la sociedad, las que a su vez remiten a la partición de bienes).

Autoridades obligadas a enajenar ciertos bienes sensibles

A) Presidente de la República, Senadores, Diputados y Contralor General de la República

Conforme al inciso primero, están obligados a enajenar o renunciar a su participación en la propiedad de:

1. *Empresas proveedoras de bienes o servicios al Estado o a sus organismos, cuyos contratos vigentes superen, individualmente o considerados en su conjunto, las 100.000 Unidades de Fomento, siempre y cuando, la participación de la autoridad supere el 5% del capital de la misma. La Contraloría General de la República determinará, dentro del mes de enero de cada año, las empresas que se encuentren en esa situación, conforme a las transacciones efectuadas en el año calendario precedente.*

2. *Empresas que presten servicios sujetos a tarifas reguladas o que exploten, a cualquier título, concesiones de radiodifusión televisiva de libre recepción. También deberán enajenar o renunciar a su participación en la propiedad de las empresas que exploten, a cualquier título, otras concesiones, cuando en virtud de ellas la empresa que las explote se encuentre en una posición dominante en el mercado, según así lo establezca el reglamento"*.

Siguiendo las mejores prácticas en otras legislaciones, lo recomendable es que la autoridad enajene su participación en todas las empresas que provean bienes o servicios al Estado, independientemente del monto de los contratos. Por ejemplo, en Canadá, el Código de Conflictos de Intereses de la Cámara Baja establece la prohibición a sus miembros de tener propiedad en una sociedad o corporación privada que mantenga contratos o subcontratos con el gobierno, excepto en el caso en que el Comisionado de Conflictos de Intereses y Ética opine que tales vínculos no afectan el cumplimiento de las obligaciones del cargo.

B) Ministros de Estado

Conforme al inciso segundo, deben enajenar o renunciar a su participación en la propiedad de:

1. *Empresas proveedoras de bienes o servicios al Estado o a sus organismos, cuyos contratos vigentes superen, individualmente o considerados en su conjunto, las 100.000 Unidades de Fomento, siempre y cuando, la participación de la autoridad supere el 5% del capital de la misma. La Contraloría General de la República determinará, dentro del mes de enero de cada año, las empresas que se encuentren en esa situación, conforme a las transacciones efectuadas en el año calendario precedente.*

2. *Empresas que presten servicios sujetos a tarifas reguladas, cuando éstas se encuentren vinculadas directamente con el ámbito de su competencia.*

C) Subsecretarios e Intendentes

Conforme al inciso 3º, deben enajenar o renunciar a su *participación en la propiedad de empresas que presten servicios sujetos a tarifas reguladas, cuando éstas se encuentren vinculadas directamente con el ámbito de su competencia*.

D) Superintendentes y Jefes de Servicio de los servicios descentralizados

Conforme al inciso 4º deben enajenar o renunciar a *su participación en la propiedad de todas aquellas entidades sujetas, directamente y de acuerdo a la ley, a su fiscalización.*

E) Alcaldes

Conforme al inciso 5º deben enajenar o renunciar a su *participación en la propiedad de aquellas entidades que tengan contratos vigentes con la municipalidad cuyo objeto tenga relación con funciones de aseo y ornato de la comuna respectiva, o exploten, a cualquier título, concesiones municipales de cualquier tipo dentro de su comuna*.

Recomendamos introducir en este inciso una coma entre *"municipalidad"* y *"cuyo"*, ya que en la redacción del proyecto se entiende que sólo se refiere a aseo y ornato.

F) Obligación de enajenación aplicable a todos los anteriores

Conforme al inciso 6º, deberán enajenarse o renunciarse a las *participaciones antes señaladas cuando los titulares de éstas sean comunidades o sociedades que conformen el Grupo Empresarial en que la autoridad tenga la calidad de Controlador o Miembro del Controlador en los términos del Título XV de la ley Nº 18.045*.

G) Consejeros del Banco Central

El Artículo 65 modifica la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central, introduce nuevo artículo 14 ter, en cuyos incisos 4º, 5º y 6º, incluye la obligación de enajenación de ciertos bienes por parte de los consejeros del Banco Central. Estos son (incisos 4º y 5º):

La totalidad de la participación que posean en la propiedad de empresas proveedoras de bienes o servicios al Banco, cuyos contratos vigentes superen, individualmente o considerados en su conjunto, las 100.000 Unidades de Fomento, siempre que la participación del Consejero exceda el 5% del capital de dicha empresa; como también, en entidades que se encuentren sujetas a la exigencia de autorización, licencia, permiso o informe previo del Banco, que incida en el desarrollo de su objeto estatutario.

La participación en los valores antes señalados que pertenezcan a sociedades o entidades que conformen el Grupo Empresarial en que el Consejero tenga la calidad de Controlador o Miembro del Controlador en los términos del Título XV de la ley Nº 18.045.

Plazo para la enajenación

En todos los casos, las autoridades cuentan con un plazo de 120 días contados desde la fecha de su nombramiento o desde que legalmente le corresponda asumir en el cargo o bien, dentro de los 120 días siguientes a la fecha en la que la autoridad o la empresa en que participe pase a tener alguna de dichas calidades.

El plazo de 120 días pudiera ser excesivo, siendo parte de las mejores prácticas en derecho comparado, al igual que con respecto al plazo para efectuar la declaración de intereses y de bienes, efectuar la enajenación antes de que la autoridad entre en funciones.

Sanciones

El incumplimiento de la obligación de enajenar los bienes es sancionado con multa a beneficio fiscal de hasta 1.000 Unidades Tributarias Mensuales, en atención a la naturaleza y gravedad de la infracción. En caso de reincidencia, la multa aumenta al doble**.** Adicionalmente, la infracción podrá ser considerada además, como una vulneración grave al principio de probidad administrativa, correspondiendo al Contralor General de la República ordenar la instrucción de los sumarios administrativos que correspondan; en el caso del Presidente de la República y los Ministros de Estado, la situación de incumplimiento reiterado será informada a la Cámara de Diputados, para los fines que sean pertinentes. La misma Cámara queda encargada de verificar el cumplimiento por parte del Contralor General.

El producto de las ventas no podrá ser invertido por la autoridad en bienes que estén sujetos a la obligación de enajenar o a la obligación de constituir el mandato de administración de cartera de valores (Artículo 28, incisos 3º y 4º).