

medidas de publicidad eficaces, con carácter imperativo, en el art. 43 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

También hubiera sido deseable hacerse cargo de vacíos o insuficiencias legislativas, en especial dar paso a la corrupción por la vía del abuso de las modificaciones y, especialmente de las “enmiendas” de planos reguladores.

En cuanto a las plusvalías, resultaría del todo aconsejable acelerar las actualizaciones de avalúos, especialmente cuando se produce un cambio de uso de suelo u otra modificación relevante del plan regulador respectivo. Someter el otorgamiento de todo nuevo permiso de construcción a ese reevalúo sería el mínimo exigible. También resulta deseable incorporar nuevas reglas que hagan tributar el mayor valor en la enajenación de dichos inmuebles, si en el tiempo intermedio ha operado un cambio de esta índole al que pueda atribuirse ese mayor valor.

Las propuestas de los numerales 4, 5 y 6 de esta sección son plenamente recomendables. Facilitar la comprensión de los planos no solo mejora la posibilidad de aplicarlos, sino también de hacerlo correctamente y sin arbitrariedades. Un período mínimo de duración efectiva es también necesario, de manera de evitar la incertidumbre de los ciudadanos respecto del valor de su terreno. Acerca de las inversiones de mitigación, es razonable generar un dispositivo eficaz para evitar el burdo subterfugio a la fragmentación de proyectos, y generar mayores medidas de publicidad que permitan una participación efectiva de la ciudadanía. En fin, no toda exigencia previa y establecida sobre parámetros objetivos mínimos es deseable, y en esta parte la recomendación adolece de un cierto grado de indefinición que, esperemos, llenarán los proyectos respectivos.

4. *Plazos indefinidos en la práctica*

Las recomendaciones relativas a silencio negativo son oportunas, tanto más cuanto pueden generar no solo un retraso en los proyectos, sino su aprobación tácita. La proposición de dar al plazo de vigencia de tres años del permiso de construcción un carácter perentorio es también razonable.

Sebastián Ríos Labbé
Prof. de Derecho Civil

DECLARACIÓN DE INTERESES Y PATRIMONIO (Capítulo II.b.; pp. 58-62)

1. *Introducción*

El principio de probidad administrativa supone y requiere que la Administración satisfaga con su actividad material y jurídica los intereses generales de la comunidad. Para asegurar la sumisión al interés común es necesario crear instrumentos de control que permitan a los ciudadanos medir el mérito, oportunidad y legalidad de las decisiones.

Una temática abordada por el Consejo Asesor es la declaración de intereses y patrimonio que deben efectuar algunos funcionarios públicos una vez que asumen su cargo.

Este instrumento, incorporado por la Ley 19.653, constituye la fórmula escogida por el legislador para dar a conocer frente al público las relaciones económicas y patrimoniales que pueden afectar la imparcialidad del funcionario al momento de la toma de decisiones¹. Con esto permite, además, transparentar el patrimonio que el funcionario tiene al momento de comenzar el ejercicio de un cargo público, de manera de contrastarlo con el que se declara al momento de la actualización.

A partir de este instrumento, el Consejo Asesor propone varias medidas que tienen a asegurar su eficacia mediante una regulación más exhaustiva de su contenido y actualización; extendiendo subjetivamente la declaración a los bienes e intereses de ciertos familiares del funcionario o autoridad pública; reforzando la fiscalización en el cumplimiento de esta obligación, su veracidad e integridad; aumentando las multas para el caso de incumplimiento; e incluyendo a otras autoridades políticas, administrativas y judiciales en la obligatoriedad de prestar la declaración.

Se trata, sin duda, de un avance significativo en la regulación existente, que pretende extender el control social en la toma de decisiones de los funcionarios o autoridades que, de distintas perspectivas, deben preocuparse de satisfacer los intereses generales que demanda la *cosa pública*. Además, el aumento de la fiscalización y multas para su incumplimiento refuerza ostensiblemente el carácter jurídico del contenido y veracidad de la obligación de declarar.

Sin embargo, el Consejo Asesor ha dejado de resolver una cuestión que viene discutiéndose hace bastante tiempo en el seno de la Contraloría General de la República (en adelante CGR) y en los Tribunales de Justicia, y que dice relación con el alcance de la obligación de declarar respecto de los funcionarios profesionales o técnicos que no asumen cargos de jefaturas. De esto último quiero hacerme cargo en las próximas páginas, tratando de demostrar que la interpretación seguida hasta el momento por el órgano contralor y algunos fallos de nuestros tribunales peca tanto por exceso como por defecto. Es excesiva por incluir en la obligación de declarar a ciertos funcionarios que no asumen poderes de decisión en el ámbito de la función pública; y por defecto, al dejar fuera de esta obligación a otros funcionarios que sí toman decisiones en la gestión económica y financiera de la Administración, o al menos, pueden influir en la toma de decisiones.

Para ello haré una breve y sumaria descripción de la regulación aplicable a la declaración de intereses y patrimonio, como también a la interpretación que se ha formulado por la CGR y los Tribunales de Justicia. Finalizaré con un análisis crítico de esa interpretación, y una propuesta que permita hacerse cargo de los mencionados problemas.

2. *Regulación de la declaración de intereses y patrimonio en el ordenamiento jurídico nacional. Su interpretación vigente*

La obligación de declarar intereses y patrimonio por parte de las autoridades y funcionarios públicos se encuentra consagrada en los artículos 57 en relación al 60 letra A,

¹ Vid., Barra, Nancy, *Probidad administrativa*, Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 216.

de la Ley 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado² (en adelante LBGAE). La conjugación de estas normas permite concluir que las personas que deben declarar intereses son las mismas que tienen la obligación de declarar su patrimonio.

Al respecto el inciso 1° del Art. 57 LBGAE no presenta mayores problemas en su comprensión; el legislador considera a ese grupo de personas como una categoría “sospechosa”, en razón a que la autoridad política que ostentan les permite influir en la toma de decisiones acerca de la inversión de los dineros y su gestión, la adquisición de bienes y servicios, la contratación de personal, y en general, en el uso discrecional³ de los recursos públicos. En efecto, la declaración de intereses de estas personas permite detectar eventuales enriquecimientos ilícitos o conflictos de interés, de manera que posibilita la evaluación de su imparcialidad en la toma de decisiones.

El problema interpretativo se ha producido por la expresión “jefe de departamento o su equivalente” que utiliza el inciso 2° del Art. 57. En este sentido, la CGR ha indicado que la obligación de declarar intereses y patrimonio corresponde a *todo funcionario* que ocupe cargos directivos, como también aquellos que, cualquiera sea la planta o escalafón en que su cargo esté ubicado y el estatuto que lo rijan, *tengan una remuneración igual o superior al de Jefe de Departamento*⁴. De esta forma, para definir el alcance de la obligación de declarar patrimonio e intereses se utiliza un criterio puramente remuneratorio, que prescinde de toda valoración acerca de la función o rol específico del funcionario en el servicio respectivo. Conforme lo anterior, para precisar si un cargo resulta equivalente al de jefe de departamento, debe compararse el monto de sus remuneraciones con el correspondiente a quienes sirvan una plaza directiva de jefe de departamento en el servicio en el que prestan sus funciones (con la que se debe homologar), de modo que el funcionario se encontrará obligado a realizar la mencionada declaración, en la medida que su remuneración sea igual o superior a la de tales jefaturas.

Este criterio también ha sido avalado por los Tribunales de Justicia que, a propósito de la interposición de recursos de protección, han dicho que “en orden a hacer extensiva la obligación de realizar declaración de intereses y patrimonio a aquellos profesionales

² Al respecto el Art. 57 inciso 1° y 2° de la Ley 18.575 dispone: “El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los Subsecretarios, los Intendentes y Gobernadores, los Secretarios Regionales Ministeriales, los Jefes Superiores de Servicio, los Embajadores, los Consejeros del Consejo Asesor de Defensa del Estado, el Contralor General de la República, los oficiales generales y oficiales superiores de las Fuerzas Armadas y niveles jerárquicos equivalentes de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Alcaldes, Concejales y Consejeros Regionales deberán presentar una declaración de intereses, dentro del plazo de treinta días contado desde la fecha de asunción del cargo.

Por su parte, el Art. 60 A del mismo cuerpo normativo establece que sin perjuicio de la declaración de interés, las personas indicadas en el artículo 57 deberán hacer una declaración del patrimonio, de lo que se sigue que los servidores de la administración obligados a efectuarla son los mismos que tienen el deber de realizar la declaración de intereses.

³ Utilizo la expresión “discrecional” en el uso más fuerte del mismo, esto es, como la potestad de decidir entre distintas alternativas para el cumplimiento de un determinado fin, todas legítimas de acuerdo al Derecho. *Vid.* Cordero, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Legalpublishing Thomson Reuters, Santiago, 2015, pp. 82 y ss.

⁴ Así se ha dicho, entre otros en dictámenes 47.522 y 68.671, ambos del año 2011.

funcionarios que se desempeñen hasta el nivel de jefe de departamento o su equivalente, dentro del plazo que allí se indica, y atendido a que el legislador no definió tal 'equivalencia', la Contraloría General de la República, en el ejercicio de las atribuciones que le son propias, ha realizado una interpretación plausible para determinar dicha equivalencia, utilizando el nivel remuneratorio como el factor a considerar, el que aparece como un parámetro objetivo y medible, y, que ha sido invariablemente aplicado a todos aquellos profesionales que se desempeñan en el sector público"⁵.

La interpretación hasta aquí sostenida por los órganos encargados de la interpretación de la ley administrativa es al menos dudosa si se revisa con precisión la historia legislativa de la Ley 19.653. En efecto, en el Segundo Trámite Constitucional del Senado (Primer Informe de la Comisión de Constitución del Senado de 10 de septiembre de 1997. Cuenta en Sesión 2, Legislatura 336. Boletín N° 1510-0) se pretendió incorporar una norma jurídica que hiciera referencia expresa al criterio remuneratorio para definir qué funcionarios debían prestar declaración de intereses y patrimonio⁶. Esta regla, sin embargo, fue modificada sustancialmente en el Segundo Informe de la Comisión Constitución del Senado de 2 de junio de 1998 (Cuenta en Sesión 3, Legislatura 338), donde nuevamente se vuelve a la regla vigente, que hace aplicable la declaración de intereses y patrimonio a quienes ostenten cargos directivos o profesional hasta el grado de jefe de departamento o equivalentes. Por lo mismo, no parece razonable que para interpretar el alcance de la obligación de declarar intereses se siga optando por un criterio que fue abandonado en el marco de la discusión parlamentaria.

3. *Análisis crítico de esta interpretación: ¿cuáles son los centros de imputación de decisión en la actividad Administrativa nacional?*

El Consejo Asesor perdió una buena oportunidad de poner las cosas en su lugar. La interpretación que actualmente se hace acerca de los funcionarios públicos que deben prestar declaración de intereses y patrimonio no es del todo consistente, y equivoca a mi entender la comprensión de quiénes actúan como centro de decisión en la Administración Pública. Dicho en otras palabras, si la declaración de patrimonio e intereses es un mecanismo que permite a la ciudadanía cotejar posibles conflictos de interés que pudieren presentarse durante el desempeño del cargo de un funcionario público, entonces lo relevante no parece ser el grado o remuneración del funcionario, sino las *funciones* que desempeña en el Servicio y la posibilidad de incidir en la toma de decisiones sobre el destino de los recursos. Siendo esto así, el criterio que debiese utilizarse para una adecuada

⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, de 31 de enero de 2013, Rol N° 737-2012, confirmada por la Corte Suprema, en sentencia de 2 de abril de 2013, Rol N° 1019-2013.

⁶ Al respecto se incorporó el Art. 59 del siguiente tenor: "Las autoridades de la Administración del Estado y los funcionarios directivos, profesionales y técnicos que se desempeñen en ella *basta el grado remuneratorio de jefe de departamento o su equivalente*, y las personas contratadas a honorarios a lo menos por ese nivel, que cumplan jornada de trabajo, deberán presentar al jefe de personal del respectivo organismo, o a quien haga sus veces, una declaración de intereses, dentro del plazo de treinta días contado desde la fecha de asunción del cargo. Esta obligación no afectará al personal que esté obligado a prestar dicha declaración en virtud de las normas legales específicas que rijan su desempeño". La cursiva es mía.

y completa eficacia de la declaración de intereses es la relevancia y capacidad del cargo público para *influir en la toma de decisiones* en el respectivo servicio.

En efecto, es un hecho incuestionable que la imputación de decisiones en el seno de la Administración no radica solo en las autoridades que tienen formalmente asignadas potestades discrecionales, sino además en un conjunto de funcionarios que se encuentran cercanos y muy próximos a esos centros de decisión⁷. Se trata de sujetos que, por lo general, junto con formalizar su vinculación con la Administración mediante un contrato a honorarios (y por tanto, no le es exigible legalmente la obligación de declarar intereses y patrimonio⁸) son de la confianza técnica y política del Jefe Superior del servicio. Estos sujetos también deberían ser compelidos por la ley a declarar sus intereses y patrimonio desde que, atendida la posición que ostentan en relación con el centro de imputación formal de la toma de decisiones, tienen la posibilidad de influir en el destino de los recursos públicos. No hacerlo es desconocer el cómo funciona en los hechos la Administración en nuestro país, al dejar de lado a quienes muchas veces parasitan del Estado para los fines políticos más espurios.

Establecer un criterio relacionado con la función más que con la remuneración del funcionario público permitiría excluir a todos aquellos sujetos que nada tienen que ver con la toma de decisiones o a la asignación de recursos, y donde la declaración de patrimonio e intereses se convierte en una carga desmesurada. Además, evitaría que a idéntica función, algunos funcionarios deban declarar y otros no, por la sola circunstancia de percibir una remuneración inferior. Si la función es idéntica y poder de decisión es el mismo no tiene sentido incluir a algunos y excluir a otros.

Para finalizar, un criterio que tienda a mirar la función más que a la remuneración permitiría incluir a muchos funcionarios públicos que día a día toman decisiones en el ámbito administrativo relacionado con la gestión de los recursos públicos, ya sea directamente o por medio de su inclusión en comisiones que resuelven propuestas públicas. De esta manera, sería posible contar con un control social y jurídico efectivo para una serie de sujetos que hasta la fecha han quedado al margen de la obligación de declarar intereses y patrimonio, pero que ostentan poderes formales y fácticos de decisión o al menos de influencia en los centros de decisión.

En síntesis, lo que el Consejo Asesor debió hacer, para definir adecuadamente el alcance de la obligación de declarar intereses y patrimonio, era sincerar los verdaderos centros de imputación en la toma de decisiones administrativas: todos aquellos funcionarios, cualquiera sea el grado remuneratorio y calidad que detenten, que ejerzan funciones que le permita decidir o influir en la asignación y distribución de recursos públicos.

Iván Hunter Ampuero
Prof. Derecho Procesal

⁷ Es el caso de los denominados “Jefes de Gabinete”, “asesores comunicacionales”, “asesores políticos”, “asesores territoriales”, “asesores expertos”, etcétera.

⁸ Las personas contratadas a honorarios no componen la planta de la organización administrativa respectiva, pues este tipo de vínculo se encuentra diseñado para labores esporádicas o accidentales (Art. 4 Estatuto Administrativo). Por tal razón, la declaración de intereses que eventualmente puedan realizar no resulta de un deber legal sino del tenor del pacto que establezcan con la Administración.