

Modifica la ley N° 20.880 Sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses, en materia del mandato especial de administración que se exige a los candidatos a determinados cargos de elección de elección popular, para impedir inversiones en los denominados paraísos fiscales
Boletín N° 11325-07

1. Fundamentos.- El *principio de probidad* impone el deber de los funcionarios del Estado de actuar de conformidad a los intereses públicos y fines a los cuales debe servir, pues, según la propia definición legal, 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. Como explica la doctrina el principio de probidad se refiere a la “rectitud, honradez o abnegación en el desempeño de las funciones públicas”¹, luego agrega “por consiguiente la norma se extiende más allá de la administración pública, abarcando a todos quienes por algún concepto o motivo jurídicamente regulado, se hallen investidos de la capacidad de imputar al estado la actuación u omisión en que intervinieron”², en otras palabras la norma constitucional exige el mas estricto y severo cumplimiento del principio por parte del funcionario, pues “sirve al interprete en su misión de declarar el verdadero sentido y alcance de la preceptiva subordinada”³. Es un hecho conocido que la probidad administrativa constituye desde hace muchísimos años, uno de los principios básicos sobre los cuales ha sido construida la función pública en el Derecho Administrativo Chileno⁴. Todos estos principios han sido recogidos recientemente en la ley núm. 20.880 sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses. Precedente de este cambio legislativo, son las importantes modificaciones en la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado, al incorporar el *principio de probidad*, así como también, sucesivas reformas al Código Penal desde 1999 incluso en trámite a la fecha (cohecho, soborno, tráfico de influencias, corrupción de particulares, administración fraudulenta, etc.). Por otro lado, se han efectuado una serie de reformas a mecanismos administrativos de carácter preventivo.

En nuestro sistema, se regula el denominado *principio de abstención*, que como señala la doctrina, consiste en “una regla que materializa un medio para lograr la imparcialidad, y que dice relación con el deber de

¹ cfr. Cea, José Luis, “*Derecho Constitucional Chileno*”, t. I, pág. 266, segunda edición, ediciones Universidad católica de Chile, 2008.

² Ídem.

³ cfr. Hernández, Domingo, “*Notas sobre algunos aspectos de la reforma a las bases de la institucionalidad en la reforma de la Constitución de 2005. Regionalización, probidad y publicidad de los actos*”, pág. 31, en “*La Constitución reformada*”, varios autores, Humberto Nogueira (coord.), Librotecnia, 2005).

⁴ Cordero, Luis. *Lecciones de derecho administrativo*. 2ª ed. Santiago: Legal Publishing Chile, 2015: p. 119

los funcionarios y autoridades de la Administración de abstenerse de invertir en el procedimiento en la medida que se dé en ellos alguna de las circunstancias que se señalan en el artículo 12 LBPA. De todas formas, siempre que se abstengan de conocer un asunto, deberán comunicar dicha situación al superior inmediato quien resolverá lo procedente”⁵. Conforme a la regla, las situaciones enumeradas en la Ley que dan lugar a abstención son: a) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro cuya resolución pudiera influir en la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado; b) Tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato; c) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas anteriormente; d) Haber tenido intervención como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate; e) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

Las reglas de la ley, según los tratadistas, “están destinadas a evitar la colisión o conflictos de intereses, las cuales cumplen tres funciones: Garantizar al ciudadano que en la decisión que le afecta no intervendrá ni será adoptada por un funcionario implicado; Cuidar a la Administración Pública de colisiones de intereses que puedan afectar a ella misma en la consecución de sus propias finalidades públicas y; Precaver por parte del propio funcionario que adopta la decisión de tales conflictos, que en definitiva pueden acarrear su propia responsabilidad. Ahora bien, como estas circunstancias señaladas anteriormente dicen relación con la imparcialidad del funcionario en cuestión más que con la legitimidad misma del acto, la ley establece que *la actuación de autoridades y los funcionarios de la Administración en los que concurran motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en el que hayan intervenido*”⁶. Es en este contexto, que resulta necesario eliminar todas aquellas circunstancias que puedan significar algún tipo de reproche desde el punto de vista de la imparcialidad y transparencia en el ejercicio de la función pública como corolario del respeto del principio de probidad, y de otra naturaleza pero vinculados a la actividad pública. Es por eso que resulta necesario colmar todas aquellas lagunas normativas que puedan significar algún tipo de reproche desde el punto de vista de los conflictos de interés mediante normas que expresamente obliguen a inhabilitar a la autoridad o funcionario.

En este sentido un aspecto relevante vinculado al *principio de probidad* y los conflictos de interés en relación a intereses financieros, sean directos o indirectos, en que el afectado se encuentre vinculado directamente o a través del círculo de personas relacionadas, lo que en

⁵ Bermudez, Jorge. Derecho Administrativo General. Santiago, Chile, Thomson Reuters. 2014: p. 187 y ss.

⁶ ídem.

términos de la ley núm. 20.880 en principio puede ser subsumido en las hipótesis de fideicomiso. El punto es que nada se dice en materia de **intereses financieros en el extranjero**, y más específicamente en los denominados paraísos fiscales, es decir, cuando la sociedad o fondo de inversiones tiene domicilio en estos territorios.

En efecto, no sin razón, recientemente se ha sostenido que pese a diversas iniciativas en la materia “los paraísos fiscales nunca gozaron de mejor salud que en la actualidad”⁷. La OCDE clasifica como legislaciones deficientes a 38 jurisdicciones, más no los define como paraísos fiscales⁸, ya que han existido acuerdos que permiten cierto intercambio de información financiera que impide que las jurisdicciones sean clasificadas de tal manera. Por otra parte “En junio de 2015 la Unión Europea ha elaborado una lista de 30 países considerados no cooperativos en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal, en base a que aparecieran en una lista en más de 10 países de la Unión Europea con la calificación de paraísos fiscales”⁹. Para Gutiérrez de Pablo¹⁰ no existe una definición exacta de paraíso fiscal, en razón de ser un fenómeno dinámico que depende de estándar con el que sea medido; Sin embargo se puede hacer una aproximación al definir en primera instancia básica como “jurisdicción en la que o bien no se pagan impuestos o se pagan muy pocos impuestos”. Inicialmente los paraísos fiscales era lugares de puerto donde se amasaban fortunas en la búsqueda de eludir el control tributario de los países de origen, pero estas jurisdicciones se han transformado en “compromisos activos en la circulación de los flujos financieros del tráfico internacional, configurándose como centros de actividad económica fundamentalmente financiera y reconvirtiéndose en centros “offshore””¹¹. Finalmente podemos establecer, en un acercamiento que los paraísos fiscales son: “jurisdicciones, que aplican este tipo de políticas tributarias, con la intención de atraer inversiones extranjeras para fortalecer su economía. La mayor parte son pequeños países que cuentan con pocos recursos naturales o industriales y encuentran en esta actividad, normalmente financiera, una nueva industria alternativa”¹².

⁷ Zucman, Gabriel. *La riqueza escondida de las naciones*. Siglo XXI, editores, 2015: p. 12

⁸ BCN. “Panama Papers” y el peligro de los Paraísos Fiscales. Abril 2016. [en línea] disponible en: <http://www.bcn.cl/BuscadorIntegral/buscar?texto=paraisos+fiscales&contenido=ALL>

⁹ Gutiérrez de Pablo, Gonzalo. Análisis Jurídico de los Paraísos Fiscales y Medidas Para Evitar sus Efectos. Tesis Doctoral. España, Universidad de Málaga, Facultad de Derecho, 2015.

¹⁰ Gutiérrez de Pablo, Gonzalo. Análisis Jurídico de los Paraísos Fiscales y Medidas Para Evitar sus Efectos. Tesis Doctoral. España, Universidad de Málaga, Facultad de Derecho, 2015. Pag 47.

¹¹ Ídem

¹² Ídem

Estas materias no son ajenas a la órbita comparada, así, la legislación española¹³ a través de Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, reconoce como paraísos fiscales, a una serie de países o jurisdicciones que no cuentan con tratados o convenios de intercambio de información satisfactoria para España, es decir, aquellos países o jurisdicciones con los que no se tiene un trato de intercambio de información que permita un control fiscal se considera un paraíso fiscal. El Real Decreto citado en una primera instancia consideraba un listado inicial es de 48 jurisdicciones; actualmente se han suprimido de aquella lista inicial un número de 15 jurisdicciones, donde se ha hecho expresa la voluntad de suprimirlos de la lista en razón de la celebración de convenios en materia tributaria. A 2017 la legislación española solo considera solo 33 jurisdicciones como paraísos tributarios, entre las que se indican a Andorra; Anguila; Antigua y Barbuda; Curazao; Aruba; Bahamas; Baréin; Belice; Bermudas; Chipre; Dominica; Gibraltar; Granada; Guernsey; Islas Cook; Isla de Man; Islas Caimán; Islas Marshall; Islas Turcas y Caicos; Islas Vírgenes Británicas; Islas Vírgenes de los Estados Unidos; Jersey; Liberia; Liechtenstein; Maldivas; Malta; Mauricio; Mónaco; Montserrat; Samoa; San Cristóbal y Nieves; San Marino; San Vicente y las Granadinas; Santa Lucía; Seychelles; Vanuatu.

2. Ideas matrices. El presente proyecto tiene por objeto incorporar en nuestro sistema jurídico, hipótesis expresas de conflictos de intereses calificados, referidos a intereses financieros, sean directos o indirectos, en que el afectado se encuentre vinculado directamente o a través del círculo de personas relacionadas que establece la propuesta legislativa.

En definitiva, se trata de un catálogo expreso de prohibiciones de ciertas operaciones en las cuales el funcionario *debe desprenderse, con la finalidad de participar en la vida pública*. Es por eso, que se consagra una regla expresa que busca impedir que ciertas autoridades con intereses mediante personas jurídicas o personas relacionadas tenga intereses en los denominados *paraísos fiscales* según el catálogo de países y territorios que se indican. De esta manera, se propone configurar hipótesis concretas en la que el funcionario se encuentra inhabilitado para inscribir sus candidaturas por el sólo ministerio de la ley, y que pueden significar una grave afectación del principio de probidad en su dimensión de conflictos de intereses en el ejercicio de las más altas magistraturas de nuestro sistema político e institucional

Es sobre la base de estos antecedentes y fundamentos que venimos en proponer el siguiente:

¹³ Real Decreto 1080. España, 5 de julio de 1991.

Ley 31 de Presupuestos Generales del Estado para 1991. de 27 de diciembre de 1990.

Proyecto de ley

Art. Único.- Incorpórese las siguientes modificaciones en la ley N° 20.880 sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses:

1) Para agregar el siguiente incisos terceros, cuarto y quinto nuevos en el artículo 23°:

"No podrán inscribir la candidatura a que se refiere el inciso precedente el que tenga intereses en personas jurídicas domiciliadas en países o territorios que se consideren paraísos fiscales.

La misma regla se aplicará a las personas jurídicas extranjero en que participen en calidad de socio, administrador o accionista la cónyuge o conviviente civil, hijos, adoptados o parientes, hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive."

Para los efectos de esta disposición se consideran paraísos fiscales los siguiente países y territorios: Andorra; Anguila; Antigua y Barbuda; Curazao; Aruba; Bahamas; Baréin; Belice; Bermudas; Chipre; Dominica; Gibraltar; Granada; Guernsey; Islas Cook; Isla de Man; Islas Caimán; Islas Marshall; Islas Turcas y Caicos; Islas Vírgenes Británicas; Islas Vírgenes de los Estados Unidos; Jersey; Liberia; Liechtenstein; Maldivas; Malta; Mauricio; Mónaco; Montserrat; Samoa; San Cristóbal y Nieves; San Marino; San Vicente y las Granadinas; Santa Lucía; Seychelles; Vanuatu.

2) Para sustituir en el inciso segundo del art. 23 la frase "podrán de forma voluntaria" por la expresión "deberán"

Texto Vigente	Proyecto de ley
Artículo 23.- Las autoridades señaladas en este Título tendrán la obligación de constituir un	Para agregar el siguiente inciso final nuevo en el

mandato especial de administración de cartera de valores, en adelante el "mandato", y de enajenar ciertos bienes, en los casos y en la forma que establece esta ley.

Los candidatos a Presidente de la República, diputados o senadores, consejeros regionales y alcaldes **podrán de forma voluntaria** someterse a las normas de este Título al momento de inscribir la correspondiente candidatura en el Servicio Electoral.

artículo 23°:

Artículo 23.- Las autoridades señaladas en este Título tendrán la obligación de constituir un mandato especial de administración de cartera de valores, en adelante el "mandato", y de enajenar ciertos bienes, en los casos y en la forma que establece esta ley.

Los candidatos a Presidente de la República, diputados o senadores, consejeros regionales y alcaldes **deberán** someterse a las normas de este Título al momento de inscribir la correspondiente candidatura en el Servicio Electoral.

"No podrán inscribir la candidatura a que se refiere el inciso precedente el que tenga intereses en personas jurídicas domiciliadas en países o territorios que se consideren paraísos fiscales.

La misma regla se aplicará a las personas jurídicas extranjero en que participen en calidad de socio, administrador o accionista la cónyuge o conviviente civil, hijos, adoptados o parientes, hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive."

Para los efectos de esta disposición se consideran paraísos fiscales los siguiente países y territorios: Andorra; Anguila; Antigua y Barbuda; Curazao; Aruba; Bahamas; Baréin; Belice; Bermudas; Chipre;

	Dominica; Gibraltar; Granada; Guernsey; Islas Cook; Isla de Man; Islas Caimán; Islas Marshall; Islas Turcas y Caicos; Islas Vírgenes Británicas; Islas Vírgenes de los Estados Unidos; Jersey; Liberia; Liechtenstein; Maldivas; Malta; Mauricio; Mónaco; Montserrat; Samoa; San Cristóbal y Nieves; San Marino; San Vicente y las Granadinas; Santa Lucía; Seychelles; Vanuatu.
--	--

DANIEL MELO
DIPUTADO DE LA REPÚBLICA