



Contraloría General de la República

División de Coordinación e Información Jurídica

Dictamen	039453N10			
Estado	Reactivado	Nuevo	NO	Carácter NNN
NumDict	39453	Fecha emisión	15-07-2010	
Orígenes	CGR, DJU			

Referencias

-

Decretos y/o Resoluciones

-

Abogados

[mfr](#) [rnr](#)

Destinatarios

[Ministro Secretario General de la Presidencia de la República](#)

Texto

Sobre denuncia acerca de eventual conflicto de intereses que afectaría al Presidente de la República para efectuar nombramientos de las autoridades del Consejo Nacional de Televisión y de Televisión Nacional.

Acción

Aplica dictámenes 73040/2009, 22527/2010, 15183/2007, 14160/2009, 13940/2010

Fuentes Legales

pol art/24, dto 100/2005 sepre, ley 18575 art/1 inc/1
 dfl 1/19653/2000 sepre, pol art/8 inc/1, pol art/8 inc/3
 pol art/8 inc/4, ley 20414, ley 18575 art/52, ley 18575 art/53
 ley 18575 art/62 num/6, ley 20050, pol art/19 num/21
 pol art/19 num/23, pol art/19 num/24
 ley 18575 art/56 inc/1, ley 18575 art/56 inc/2, pol art/32 num/10
 pol art/19 num/17, ley 18575 art/54, pol art/19 num/12
 ley 18838 art/1 inc/1, ley 18838 art/2, ley 19132 art/1
 ley 19132 art/4, pol art/6, pol art/7, ley 18575 art/2
 pol art/53 num/1, pol art/52 num/2 lt/a, pol art/29

Descriptor

[tvn](#), [conflicto de intereses](#), [probidad administrativa](#), [nombramientos](#), [función pública](#)

Texto completo

N° 39.453 Fecha: 15-VII-2010

Se han dirigido a esta Contraloría General los diputados señores Ramón Farías Ponce, Lautaro Carmona Soto y Patricio Vallespín López, denunciando un posible conflicto de intereses que se

estaría produciendo entre el interés privado del Presidente de la República en su calidad de accionista de las empresas controladoras de la Red de Televisión Chilevisión S.A. y los nombramientos de las autoridades del Consejo Nacional de Televisión y de Televisión Nacional de Chile que le compete efectuar.

Requerido su informe, el Ministro Secretario General de la Presidencia señala, en síntesis, que las normas en que se manifiesta el principio de probidad tienen por objeto precaver la ocurrencia de un conflicto de interés concreto y preciso, y no problemas de imparcialidad que eventualmente pudieren presentarse al ejercer una función pública, razón por la cual, a su juicio, no resultaría procedente que el Jefe del Estado se abstenga de efectuar los nombramientos que le competen en los organismos antes individualizados, pues con ello sólo está ejerciendo las potestades que le confiere el ordenamiento jurídico.

Se ha tenido a la vista también el informe evacuado por el Superintendente de Valores y Seguros, a solicitud de este Organismo.

Sobre la materia y como cuestión previa, cabe señalar que de los antecedentes que obran en poder de esta Entidad Fiscalizadora se ha podido establecer que el actual Presidente de la República, como persona natural, es accionista mayoritario de Bancard Inversiones Limitada, empresa que a su vez es accionista mayoritario de Red de Televisión Chilevisión S.A.

Precisado lo anterior, es dable recordar que acorde con el artículo 24 de la Constitución Política de la República, el gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado, mientras que el inciso primero del artículo 1° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 1/19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, indica que tal autoridad superior ejerce el gobierno y la administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes.

Enseguida, es del caso manifestar que el inciso primero del artículo 8° de la Carta Fundamental prescribe que "El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones".

Agregan sus incisos tercero y cuarto, incorporados por la Ley de Reforma Constitucional N° 20.414, publicada en el Diario Oficial el 4 de enero pasado, que "El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale, deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública.

Dicha ley determinará los casos y las condiciones en que esas autoridades delegarán a terceros la administración de aquellos bienes y obligaciones que supongan conflicto de interés en el ejercicio de su función pública. Asimismo, podrá considerar otras medidas apropiadas para resolverlos y, en situaciones calificadas, disponer la enajenación de todo o parte de esos bienes".

Cabe hacer notar que la ley recién aludida no ha sido aún dictada.

Por su parte, en el ámbito de la Administración del Estado, el artículo 52, inciso primero, de la referida ley N° 18.575, previene que sus autoridades "cualquiera sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración Pública, sean de planta o a contrata, deberán dar estricto cumplimiento al principio de probidad administrativa".

Asimismo, conviene retener para efectos del presente oficio que acorde con el inciso segundo del aludido artículo 52, el principio de probidad administrativa "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", debiendo añadirse que de acuerdo a ese mismo

precepto, su inobservancia acarrea las responsabilidades que determinen la Constitución y las leyes, las que pueden hacerse efectivas por las entidades y de acuerdo con los procedimientos constitucionales o legales que correspondan en cada caso.

El artículo 53 de la citada ley N° 18.575, precisa que el interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. Agrega que dicho interés se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionen; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley.

A su vez, el artículo 62 del mismo cuerpo legal expresa que contravienen especialmente el principio de probidad administrativa, las conductas que enumera, y entre ellas, en el N° 6, la de intervenir, en razón de las funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive, como asimismo, participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad. Añade que las autoridades y funcionarios deberán abstenerse de participar en estos asuntos, debiendo poner en conocimiento de su superior jerárquico la implicancia que les afecta.

Ahora bien, como puede apreciarse, del análisis armónico de las disposiciones citadas se desprende que la actividad administrativa que le ha sido encomendada al Presidente de la República constituye una función pública, que -naturalmente- debe ejercer con estricta sujeción al principio de probidad.

En efecto, tal como lo ha señalado esta Contraloría General, entre otros, en sus dictámenes N°s. 73.040, de 2009, y 22.527, de 2010, al discutirse las mociones parlamentarias que originaron el artículo 8° de la Carta Fundamental a través de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, específicamente en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se dejó expresa constancia que desempeña "funciones públicas" cualquier persona que cumple una actividad pública en procura del interés general, por lo que tales expresiones no se reducen únicamente a quienes revisten la calidad de empleados públicos sometidos al Estatuto Administrativo.

De igual modo se advierte -tal como se precisara por la jurisprudencia administrativa de esta Entidad de Control, contenida, entre otros, en el referido dictamen N° 73.040, de 2009-, que el ejercicio de la función pública no reconoce personas ni individuos que queden al margen de este capital principio, de lo que se sigue que en el desempeño de su función el Presidente de la República debe -por cierto- respetar cabalmente las normas constitucionales y legales que regulan el principio de probidad, observando una conducta intachable y un desempeño honesto y leal de su cargo, las que le imponen, en todas sus actuaciones, hacer primar el interés general por sobre los intereses particulares.

Enseguida, se aprecia también de esas disposiciones, que los conflictos de interés derivados de la situación patrimonial del interesado, en tanto no sean objetivados por la ley orgánica constitucional prevista en el inciso cuarto del artículo 8° de la Carta Fundamental, deben ser examinados a la luz de las normas que recogen y regulan el principio de probidad, lo que significa que deben analizarse específicamente en cada situación.

En este sentido, debe recordarse también que los N°s. 21, 23 y 24, del artículo 19 de la Ley Suprema, aseguran a todas las personas -incluida la que ejerce la Presidencia de la República y las demás autoridades y funcionarios- el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, la libertad para adquirir toda clase de bienes y el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales, respectivamente.

De esta manera, las autoridades y funcionarios tienen derecho a adquirir y conservar sus bienes y a ejercer cualquier actividad económica, en la medida que ello no se encuentre limitado por la normativa pertinente.

Una posibilidad de establecer restricciones o limitaciones a las garantías aludidas, es la prevista en el antes citado artículo 8°, inciso cuarto, de la Constitución Política, el cual encomienda a una ley orgánica constitucional determinar los casos y las condiciones en que las autoridades a que se refiere delegarán a terceros la administración de aquellos bienes y obligaciones que supongan conflicto de interés en el ejercicio de su función pública; la que también podrá considerar otras medidas apropiadas para resolverlos y, en situaciones calificadas, disponer la enajenación de todo o parte de esos bienes, ley que, sin embargo, y como ya se indicó, aún no ha sido dictada.

Como puede apreciarse, el constituyente ha radicado exclusivamente en el Poder Legislativo, mediante el ejercicio de sus potestades privativas, la facultad de determinar aquellos bienes de propiedad de las autoridades que señala, y que las mismas deberán enajenar o entregar en administración a terceros por suponer un conflicto de interés.

Como lógica consecuencia, esta Entidad de Control carece de atribuciones para efectuar tal calificación o para disponer medidas de esa naturaleza, toda vez que la potestad dictaminante, y por ende interpretativa de las leyes que rigen a la Administración del Estado y que compete a este Organismo de Control, no es el adecuado sustituto al ejercicio cabal, oportuno e íntegro de un deber que corresponde exclusivamente al órgano legislativo.

En lo que se refiere a las actividades, por su parte, los incisos primero y segundo del artículo 56 de la mencionada ley N° 18.575, previenen, en lo que interesa a este pronunciamiento, que todos los funcionarios tendrán derecho a ejercer libremente cualquier profesión, industria, comercio u oficio conciliable con su posición en la Administración del Estado, siempre que con ello no se perturbe el fiel y oportuno cumplimiento de sus deberes funcionarios, sin perjuicio de las prohibiciones o limitaciones establecidas por ley. Agregan que estas actividades deberán desarrollarse siempre fuera de la jornada de trabajo y con recursos privados, y que son incompatibles con la función pública las actividades particulares de las autoridades o funcionarios que se refieran a "materias específicas o casos concretos que deban ser analizados, informados o resueltos por ellos o por el organismo o servicio público a que pertenezcan".

Por ende, la ley reconoce a los funcionarios el derecho a realizar otras actividades libremente, pero sólo en tanto este ejercicio sea conciliable con la posición que ocupan en la Administración del Estado y se cumplan las demás regulaciones que establece, a lo que es dable agregar que la reiterada jurisprudencia administrativa de este Organismo de Control, contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 15.183, de 2007, 14.160, de 2009, y 13.940, de 2010, ha expresado que el principio de probidad administrativa impone a los funcionarios públicos el deber de evitar que sus prerrogativas o esferas de influencia se proyecten en su actividad particular, aun cuando la posibilidad de que se produzca un conflicto sea sólo potencial.

Precisado el marco normativo que rige al principio de probidad y establecida la aplicación del mismo al Presidente de la República, cabe referirse a la preceptiva que regula los nombramientos que le corresponde efectuar a dicha autoridad y si el ejercicio de esta atribución se ve afectado por la circunstancia que plantean los denunciantes.

Sobre este particular, debe recordarse nuevamente que el artículo 24 de la Constitución Política de la República, establece que el gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado.

Asimismo, es necesario consignar que el artículo 32, N° 10, de la Carta Fundamental, prevé como una de las atribuciones especiales del Presidente de la República, la de nombrar y remover a los funcionarios que la ley denomina como de su exclusiva confianza y proveer los

demás empleos civiles en conformidad a la ley.

De igual forma, el artículo 19, N° 17, de la Constitución Política de la República, asegura a todas las personas la admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes.

También debe tenerse presente que el artículo 54 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado previene que sin perjuicio de las inhabilidades especiales que establezca la ley, no podrán ingresar a cargos en la Administración del Estado, las personas que se encuentren en las situaciones que específicamente señala.

Por su parte, cabe consignar que en cumplimiento del artículo 19, N° 12, de la Carta Fundamental, la ley N° 18.838 creó el Consejo Nacional de Televisión, cuyo artículo 1°, inciso primero, previene, en lo que interesa, que dicho órgano es un servicio público autónomo, funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y de patrimonio propio. El artículo 2° del mismo texto legal, en tanto, establece que el aludido organismo está integrado por once miembros, de los cuales uno de ellos es de libre designación del Jefe del Estado y los diez restantes son nombrados por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado.

A su turno, la ley N° 19.132 -que crea la Empresa Televisión Nacional de Chile-, dispone en su artículo 1°, en lo pertinente, que ésta es una persona jurídica de derecho público y constituye una empresa autónoma del Estado, dotada de patrimonio propio. A su vez, su artículo 4° señala que la administración de la corporación la ejerce un directorio compuesto de siete miembros, de los cuales uno de ellos es de libre designación del Jefe del Estado y los seis restantes son designados por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado.

Pues bien, conforme a las reglas constitucionales y legales reseñadas, el ordenamiento jurídico impone al Jefe del Estado el deber de disponer determinados nombramientos.

Por consiguiente, debe tenerse especialmente presente que al efectuar tales designaciones, el Presidente de la República actúa en cumplimiento de una función que le encomiendan la Constitución Política de la República y las leyes, dando aplicación, por tanto, al principio de juridicidad, contenido en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, y 2° de la aludida ley N° 18.575, y procurando, en su calidad de Jefe del Estado, la debida continuidad de los servicios públicos, tal como lo exigen los artículos 3° y 28 de este último texto legal, tarea que no podría dejar de ejercer sin vulnerar los deberes que le impone su cargo.

Ahora bien, y en armonía con lo ya manifestado en este pronunciamiento, en tanto el ordenamiento jurídico ha radicado en el Jefe del Estado la obligación de efectuar tales nombramientos, confiriéndole la facultad de proveer esos cargos con personas que cuentan con su confianza para desempeñarlos, en el parecer de esta Contraloría General los actos de la especie no pueden, en cuanto se trata de la sola designación de personas para ejercer funciones públicas, verse afectados a priori sobre la base de un posible conflicto de interés.

Lo anterior por cuanto efectuar nombramientos como los que son materia del requerimiento que se analiza, no implica, de suyo, en los términos de la ley, dar primacía al interés particular por sobre el interés general, a lo que se debe agregar que el ejercicio de esa atribución se refiere a cargos de libre designación o proposición del Jefe del Estado.

Ello sin perjuicio, por cierto, de que si en un caso concreto -y conforme a los antecedentes que lo acrediten- se hace primar el interés particular por sobre el interés general, naturalmente se estará en presencia de una infracción al principio de probidad administrativa, cuestión que si bien puede ser investigada por este Organismo de Control, la determinación de las responsabilidades derivadas de tal transgresión, en cuanto impliquen al Presidente de la República, corresponde que sea definida por los organismos constitucionales competentes y conforme con los procedimientos establecidos al efecto, según lo disponen los artículos 52, N° 2), letra a), y 53, N° 1), de la Constitución Política.

De idéntico modo, todo lo dicho no excluye que el designado, a su vez, deba ejercer las funciones públicas para las que es nombrado con apego al principio de probidad administrativa, al que debe adecuarse estrictamente conforme al ordenamiento jurídico, según se ha señalado, circunstancia que desde luego conlleva el ejercicio concreto de las facultades de fiscalización que a esta Entidad Superior de Control corresponden, sea a través de actuaciones de oficio o atendiendo las denuncias que se refieran a eventuales transgresiones a este fundamental principio.

Desde otra perspectiva, sostener un criterio distinto al manifestado en el presente oficio, implicaría que el Presidente de la República debiera abstenerse de efectuar el nombramiento de una serie de autoridades -no obstante que la Constitución o la ley exigen su intervención-, para así precaver eventuales conflictos de intereses en relación con procedimientos administrativos o juicios en que pudiere ser parte una empresa en la que tuviere alguna participación.

Tal interpretación produciría como consecuencia la imposibilidad del cumplimiento de dicha función de nombramiento, ya que nuestro ordenamiento jurídico sólo prevé la figura de la subrogación del Jefe del Estado en las situaciones expresamente previstas en el artículo 29 de la Carta Fundamental, dentro de las cuales no se contemplan las relativas a designaciones.

Como es fácil apreciar, esa situación atentaría severamente contra los principios de eficiencia y continuidad del servicio público.

Dicho de otro modo, tal criterio, por un lado, importaría que el Presidente de la República para dar cumplimiento a la normativa en materia de probidad debería dejar de aplicar la preceptiva constitucional y legal que le impone el deber de efectuar los nombramientos, en tanto que, por el otro, si procediera de esa manera, ello le haría incurrir en responsabilidad por haberla dejado sin ejecución, al no atender las necesidades públicas comprometidas en tales designaciones.

Semejante disyuntiva no resulta conciliable con la aplicación armónica que se debe dar a todos los preceptos constitucionales involucrados en esta cuestión, criterio interpretativo recogido no sólo en la jurisprudencia de este Organismo Contralor, sino que también en la de los Tribunales Superiores de Justicia y en la del Tribunal Constitucional.

Ahora bien, examinadas las disposiciones aplicables en la materia, de acuerdo a los antecedentes tenidos a la vista y de conformidad con lo precedentemente expuesto, es dable concluir que esta Entidad de Control no advierte impedimento para que el Presidente de la República cumpla con la función de efectuar los señalados nombramientos y proposiciones, por cuanto la sola circunstancia de que el Jefe del Estado, como persona natural, sea accionista en los términos antes indicados no lo inhabilita al efecto, lo cual es sin perjuicio de que en su ejercicio específico deba cumplir todas las normas que la rigen, aspectos que, en las materias que conciernen a la competencia de esta Contraloría General, serán debidamente examinados en el control preventivo de juridicidad de los actos administrativos que a tal fin se dicten y en la fiscalización que, en resguardo del ya señalado principio, le corresponda efectuar a este Órgano Contralor.

Ramiro Mendoza Zúñiga

Contralor General de la República