


FIDEICOMISO EN EL EXTRANJERO


DESCRIPCIÓN BOLETÍN 11001-06

REFERENCIA	Modifica el artículo 26 de la ley N°20.880, sobre probidad de la función pública y prevención de los conflictos de intereses, para extender el mandato de administración a la cartera de valores en el extranjero
INICIATIVA	Moción del senador Sr. Larraín
ORIGEN	Senado
COMISIÓN	De Gobierno, Descentralización y Regionalización
INGRESO	29 de noviembre de 2016
ARTICULADO	Artículo único, que modifica el artículo 26 de la ley 20.880

OPINIÓN EJECUTIVA DE LYD

Se propone obligar a constituir un fideicomiso ciego a las altas autoridades del país, cuando sean titulares de valores en el extranjero. El cambio, sin embargo no parece sustancial respecto de las normas vigentes; pero cabría examinar si el riesgo de conflicto de interés tiene la misma posibilidad de ocurrencia que respecto de los bienes situados dentro del territorio nacional 

CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

Se incluyen los valores invertidos en el extranjero entre los bienes que dan lugar, para ciertas autoridades, a la formación de un fideicomiso ciego o a la venta de dichos valores 

IV. COMENTARIOS DE MÉRITO EN GENERAL

No es reciente la preocupación por regular el denominado fideicomiso ciego.

intereses y patrimonio en forma pública, y encomendar la administración de sus bienes y obligaciones a terceros, cuando aquella ley así lo exija, en las condiciones y plazos que señale”.

Finalmente, a fines del año 2009 se despacha la reforma constitucional en el mismo espíritu de la indicación sustitutiva, pero se repone y aprueba la posibilidad de que la ley disponga, en situaciones calificadas, la enajenación de todo o parte de los bienes de la respectiva autoridad (ley N° 20.414 - Diario Oficial de 4 de enero de 2010, que agregó los incisos tercero y cuarto al artículo 8° de la Constitución Política)¹.

HISTORIA RECIENTE

En diciembre del año 2006 comenzó a tramitarse en el Congreso el proyecto de reforma constitucional en materia de transparencia, modernización del Estado y calidad de la política (boletín 4716-07). Esa iniciativa presidencial tuvo numerosos objetivos, uno de los cuales fue imponer en la Constitución una obligación de administración de los bienes de una autoridad por un tercero que no rinde cuentas sino hasta el final del ejercicio del mando por parte de la mencionada autoridad.

En marzo del año 2008, el Ejecutivo ingresó a la Cámara de Diputados una indicación sustitutiva que contenía la regulación en esta materia. La indicación sufrió diversas modificaciones hasta ser finalmente despachada al Senado con el siguiente texto: “El Presidente de la República y demás autoridades que una ley orgánica constitucional señale, deberán declarar sus

¹ Artículo 8°.- El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

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.

¿POR QUÉ SE ESTABLECIÓ EL FIDEICOMISO CIEGO?

Lo que se quiere evitar con su establecimiento son los conflictos de interés a que pudiera verse enfrentada una determinada autoridad que, al momento de tomar una decisión, intente beneficiarse personalmente en perjuicio de otros competidores o de toda la sociedad. Ya en su informe de 1994, la Comisión Nacional de Ética Pública señaló que “la total y absoluta desvinculación del titular respecto de la gestión de sus negocios, excluye la eventual colisión de intereses entre los asuntos públicos y los privados. De este modo, agrega, quien opte por esta alternativa podrá opinar, promover, intervenir y votar respecto de cualquier asunto, por cuanto en tales casos, no puede estimarse la existencia de conflictos de interés derivados de los bienes e intereses de quien se trate”².

Sin embargo, el mismo Informe añade que esta figura debe ser un mecanismo voluntario y alternativo a otras medidas como la declaración de intereses y patrimonio. En aquella época, al menos, quienes suscriben el Informe no consideran el fideicomiso como el único mecanismo que evite los conflictos de interés. Ello con razón pues si lo que se quiere evitar es el aprovechamiento personal en la toma de decisiones, una forma de hacerlo podría haber sido transparentar totalmente el manejo del patrimonio de forma que la opinión pública juzgue si alguna decisión de la autoridad favoreció su propio interés antes que el interés general.

La ley 20.880, que dio forma legal a la reforma constitucional, no pudo, obviamente, exceder el marco fijado por la Constitución desde la aludida reforma de la ley 20.414, y optó únicamente por la regulación del mandato especial de administración ciega y, alternativamente, por la enajenación obligatoria de activos como única forma de dar solución al problema. Con ello, sin embargo, pudieron afectarse derechos fundamentales, como la propiedad y el respeto y protección a la vida privada, con miras a alcanzar un determinado objetivo sin atención a que podría alcanzarse igual objetivo por medio de otras medidas menos invasivas y menos dañinas de los derechos individuales, ahora excluidas por la Constitución.

ANTECEDENTES SOBRE EL FIDEICOMISO CIEGO

Cuando se planteó formalmente la regulación legal de un fideicomiso ciego, a mediados del año 2008, se tuvieron en cuenta diversos antecedentes sobre la materia, tomados en parte de la experiencia internacional, que se estima puede ser adecuado tenerlos a la vista al momento de extender sus prescripciones más allá de la frontera nacional.

El Fideicomiso «Ciego» consiste en un arreglo legal a través del cual un agente (el Fideicomisario o Grantor) transfiere en forma temporal la administración total de sus activos, negocios y acciones a un tercero independiente

2 <http://www.proacceso.cl/files/Informe%20CNEP%201994.pdf> [1-12-2016]

(Administrador Fiduciario o Trustee), el que posee total autonomía, independencia y reserva para gestionar tales activos, sin informar ni consultar al Fideicomisario u otras partes interesadas de sus gestiones ni de los cambios en la composición de la cartera de activos dejada a su administración (Fideicomiso). Su principio básico es crear un muro entre una autoridad pública y su patrimonio, para evitar un conflicto de interés en las decisiones que debe adoptar en el ejercicio de su cargo.

Aparte de la enajenación de activos, éste es el mecanismo más frecuentemente utilizado en los Estados Unidos, el Reino Unido y Canadá. En estos países, la legislación contempla normas y exigencias específicas para estos arreglos, destinadas a asegurar que el Fideicomiso sea efectivamente «ciego», es decir, que el Fideicomisario no conozca ni tenga influencia alguna sobre la composición y evolución de la cartera puesta en Fideicomiso. Para ello, se debe demostrar primero que se trata de una cartera ampliamente diversificada de inversiones, títulos y acciones, de tal forma que su poder de mercado e influencia sobre la economía sea marginal, lo que debe además ser verificado por una instancia especializada, como condición para que se autorice tal fideicomiso. Por otra parte, se debe demostrar y certificar la absoluta independencia del Fiduciario respecto del Fideicomisario para actuar con total autonomía en la gestión de los recursos. Asimismo, las comunicaciones entre el Fideicomisario y el Fiduciario solo pueden efectuarse en forma escrita, debiendo ser previamente revisadas y autorizadas por una autoridad pública independiente, designada para tal efecto. Estas normas rigen para cualquier ciudadano que haya sido electo o designado para un cargo público, o que

aspiren a ello como candidatos o nominados inminentes.

Entre las alternativas posibles se contempla la transferencia de la administración total de los fondos a un Administrador Fiduciario (Fideicomiso Ciego), práctica sometida a rigurosa fiscalización para garantizar que sea efectivamente “ciego, sordo y mudo”, evitando cualquier influencia de parte del Fideicomisario sobre el Administrador Fiduciario, o que el primero pueda estar al tanto de la suerte de su Fideicomiso.

ESTADOS UNIDOS.

Los dos principales mecanismos contemplados por la legislación norteamericana para prevenir los conflictos de interés son la auto-inhibición (Disqualification), aplicable en los casos o asuntos en los en que el funcionario o un familiar, cercano o asociado, tenga un interés económico personal involucrado; y la transparencia (Disclosure), declarando detallada y públicamente la fuente, tipo y monto de todos los ingresos, bienes, intereses, acciones, bonos y recursos económicos y financieros que se posean, así como los intereses que podrían verse afectados.

La prevención de eventuales conflictos de interés entre la función pública y los intereses privados para los funcionarios del Gobierno Federal y del Congreso está regulada principalmente en la Ley de Ética Gubernamental de 1978 y

la Ley de Reforma Ética del año 1989, y sus modificaciones. En éstas se establece que con el propósito de asegurar la confianza en la integridad del Gobierno, demostrando que sus miembros son capaces de llevar a cabo sus tareas sin comprometer la confianza pública, las altas autoridades del Gobierno Federal, incluido el Presidente y los Secretarios de Estado, así como los miembros de Congreso y sus funcionarios de nivel superior, y los candidatos que aspiren a estos cargos, están obligados a declarar y divulgar detallada y públicamente la fuente, tipo y monto de todos sus ingresos, bienes, intereses, acciones, bonos y recursos económicos y financieros, así como mantener esta información permanentemente actualizada cada año hasta después de haber dejado su cargo. La ley señala que tales declaraciones están destinadas a prevenir e identificar potenciales conflictos de interés de los funcionarios o candidatos a cargos públicos.

La ley estipula que tales declaraciones —con la sola excepción de las correspondientes a funcionarios de los organismos encargados de tareas de Inteligencia— son de acceso público para cualquier persona que la requiera, con la sola obligación de solicitarla por escrito, identificándose y comprometiéndose a no usar tal información con fines ilícitos, los que se describen en la misma ley.

La ley de 1978 creó también la Oficina de Ética Gubernamental (Office of Government Ethics, u OGE), como entidad encargada de recoger, registrar y analizar estas declaraciones, como también de detectar, advertir y aconsejar a los individuos respecto de conflictos de interés en que podrían verse envueltos y las medidas preventivas o paliativas para evitarlos.

Asimismo, la Ley de Reforma Ética de 1989 (Ethics Reform Act of 1989), introdujo los “acuerdos éticos” (Ethics Agreements). Estos consisten en cualquier compromiso oral o escrito efectuado por un declarante (aspirante, propuesto o candidato para ocupar un cargo público) respecto a acciones específicas a adoptar destinadas a resolver o aliviar un conflicto de interés real o aparente que pueda surgir de ser nominado, tales como inhabilitarse en alguna materia; deshacerse de un instrumento financiero o paquete accionario; renunciar a una determinada posición en una organización, empresa, negocio o entidad; o establecer un fideicomiso «ciego» calificado o diversificado de acuerdo a las normas establecidas para tal efecto. Tales compromisos y su efectivo cumplimiento deben ser registrados y verificados por la Oficina de Ética Gubernamental (OGE), e informar al Senado.

Ante un potencial conflicto de interés, la OGE debe aconsejar al afectado respecto de medidas preventivas o paliativas que podría adoptar, las que pueden incluir la enajenación de bienes y activos o la creación de un Fideicomiso «Ciego» (Blind Trust), en el caso de que por el monto y significación de los intereses y activos involucrados y la naturaleza del cargo público de su propietario, se configure un riesgo evidente de conflicto de interés serio.

La ley establece que quien ocupe un cargo público puede eximirse de la obligación de declarar detalladamente sus bienes e intereses acogiéndose a un Fideicomiso Ciego Calificado (Qualified Blind Trust) o bien a un Fideicomiso Diversificado Calificado (Qualified Diversified Trust), si puede demostrar fehacientemente que se trata de una cartera ampliamente diversificada, lo que deberá ser verificado y aprobado a entera

satisfacción por el Director de la Oficina de Ética Gubernamental (OGE).

La ley no obliga a recurrir a un Fideicomiso. Éste se contempla solo como uno de los posibles mecanismos para evitar conflictos de interés.

De recurrir a un arreglo de «Blind Trust», esta práctica está detalladamente regulada por la Ley de Ética Gubernamental de 1978 y sus modificaciones. Todo arreglo de esta naturaleza debe ser previamente sometido a la aprobación de la Oficina de Ética Gubernamental (OGE), la que debe aprobar el contrato de Blind Trust, verificando que éste sea “calificado”. También a la OGE le corresponde aprobar al administrador fiduciario (Trustee) propuesto por el beneficiario o fideicomisario (Grantor), verificando el “certificado de independencia” presentado por el Trustee propuesto. Asimismo, la OGE debe fiscalizar el correcto funcionamiento del contrato de Blind Trust, incluidas las comunicaciones entre el Grantor y el Trustee, las que están severamente limitadas y deben ser por escrito y sometidas a la autorización previa del Director de la OGE. Las comunicaciones por vía oral entre el Grantor y el Trustee están absolutamente prohibidas.

El administrador fiduciario o Trustee puede ser una institución financiera, un abogado, un contador público certificado, un corredor de bolsa certificado, o un asesor financiero profesional, dedicado a gestionar inversiones en general de otros clientes. En cualquier caso, el Trustee debe firmar un certificado en que garantiza su independencia (así como la de sus empleados, dependientes u organismos involucrados en la administración o control del Fideicomiso o Trust respecto del Grantor y otras eventuales partes interesadas (cónyuge, hijos, etc.). Es decir, debe

dar fe de que, respecto del Grantor u otra parte interesada, no está ni ha estado asociado ni puede ser controlado o influenciado por éste en lo referente a la administración del Trust; que no es ni ha sido su empleado, dependiente ni socio; y que no tiene ninguna relación de parentesco con éste.

En resumen, el recurso al Fideicomiso Ciego Calificado es un dispositivo que puede ser utilizado por un funcionario público para mantener, administrar y gestionar los activos financieros personales, inversiones, propiedades y acciones de su propiedad o de su cónyuge o hijos, como un método para evitar conflictos de interés.

INGLATERRA

El comportamiento de los miembros del Gobierno está basado en los llamados “Siete Principios de la Vida Pública”: (1) desinterés personal, (2) integridad, (3) objetividad, (4) accountability (responsabilidad y rendición de cuentas), (5) apertura, (6) honestidad, y (7) liderar con el ejemplo, así como en el Código de Conducta Ministerial del cual forman parte.

Tal como en los Estados Unidos, las máximas autoridades del gobierno británico están obligadas a declarar detalladamente sus bienes e intereses al momento de asumir sus cargos, aunque dicha información no es de inmediato acceso público. Para ello, cada Ministro

debe informar personalmente y por escrito al Secretario Permanente del respectivo Ministerio o Departamento Ministerial (un alto oficial perteneciente al Servicio Civil, designado por el Primer Ministro para estos efectos) de todos sus bienes, activos e intereses que podrían dar origen a un eventual conflicto de interés, proporcionándole una lista escrita completa de su patrimonio, bienes, acciones e intereses, así como los de sus familiares, cercanos asociados y fiduciarios, y otros intereses privados relevantes, tales como vínculos con organizaciones externas y previos empleadores relevantes. El Secretario Permanente debe registrar y dejar constancia escrita tanto de la información proporcionada así como de las sugerencias formuladas al Ministro y las acciones comprometidas o emprendidas por éste destinadas a prevenir o evitar un eventual conflicto de intereses.

El Código de Ética para los Ministros (Code of Ethics and Procedural Guidance for Ministers), establece que “los Ministros (incluyendo al Primer Ministro) deben evitar escrupulosamente cualquier peligro de conflicto de intereses, real o aparente, entre su posición ministerial y su interés financiero privado. Con el fin de evitar tal peligro, deberán guiarse por el principio general de que ellos deberán enajenar o deshacerse de cualquier interés financiero que pudiese dar pie a un conflicto de intereses real o aparente, o bien, tomar medidas alternativas para prevenir su eventual ocurrencia”. En este último caso, el Código establece que si por cualquier razón el Ministro no es capaz o no está dispuesto a enajenar la propiedad de sus intereses relevantes, debería considerar medidas alternativas suficientes como para remover el riesgo potencial de un eventual conflicto de intereses, recurriendo para ello al consejo del

Secretario Permanente del respectivo Ministerio o Departamento Ministerial y, si fuera necesario, también a asesoría externa. Tal asesoría debería considerar dos tipos de riesgos; los relacionados con los intereses involucrados propiamente tales, y aquellos relacionados con el manejo de las decisiones en las que el Ministro podría participar o influenciar.

El Código establece que como una alternativa a la enajenación de los bienes y acciones, el Ministro puede colocar todas sus inversiones, y sus derivados, bajo un Fideicomiso Ciego (Blind Trust), en el cual el Ministro no es informado sobre los cambios en las inversiones o el estado de la cartera. El mismo Código especifica que tal fideicomiso solo será ciego si se trata de una cartera ampliamente distribuida y diversificada de inversiones, administrada por asesores externos. Una vez establecido el Fideicomiso Ciego, el Ministro no deberá participar ni ser consultado o aconsejado respecto de las decisiones sobre adquisición o enajenación de acciones o bienes del portafolio.

Asimismo, se señala que otra medida de protección que podría tomarse, en conjunto con otras, podría ser que el Ministro acepte la obligación de abstenerse de efectuar transacciones con sus acciones durante un período.

Por último, el Código establece que en la eventualidad de que no fuere posible encontrar una solución satisfactoria para evitar un conflicto entre su cargo público y sus intereses financieros privados, el Ministro debería dejar su cargo.

Por otra parte, el Código de Ética establece que los Ministros que fueran parte de firmas profesionales o negocios, al asumir sus cargos

deberán dejar de ejercer los mismos así como dejar de tomar parte en el manejo cotidiano de los negocios de la empresa. Asimismo, en el caso de formar parte de directorios de sociedades tanto públicas como privadas, deberán renunciar a tales puestos al momento de asumir sus cargos.

CANADÁ.

Este país cuenta con un sistema exclusivo para arreglos de fideicomiso ciego donde un fideicomisario independiente administra el acuerdo financiero, y el servidor civil no tiene conocimiento de las acciones adoptadas en lo que respecta a la venta y compra de las inversiones, con lo que se busca eliminar de forma eficaz el peligro de conflictos de interés. La administración del fideicomiso ciego puede resultar costosa. Pero el Gobierno canadiense ha concebido un sistema para el financiamiento público de la creación y administración de los fideicomisos ciegos cuando dichos arreglos se consideran convenientes. Sin embargo, el financiamiento público considera límites razonables.

EXTENSIÓN DEL FIDEICOMISO A TÍTULOS Y VALORES FUERA DE CHILE

Como se desprende de lo reseñado hasta aquí, la normativa para evitar conflictos de interés no es de fácil despacho. Las circunstancias, modalidades de operación y la mayor profundidad de los mercados financieros siempre podrán dar lugar situaciones no previstas por la normativa. Si bien los criterios recién expuestos, que resumen la situación en países más adelantados en esta materia, están indudablemente dirigidos a evitar los conflictos, también se observa que la pluralidad de normas y soluciones legales da a entender que cubrir todas las hipótesis que la realidad puede presentar resulta una misión bastante difícil. Llega un punto en que el criterio de las autoridades y la mayor transparencia posible a partir de la buena fe, resultan insustituibles.

En el caso de Chile, la ley vigente (N°20.880) circunscribe el fideicomiso ciego a “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 de deuda que sean emitidos por entidades constituidas en Chile, que se encuentren inscritas en los registros de valores que llevan las Superintendencias de Valores y Seguros y de Bancos e Instituciones Financieras, y cuyo valor total supere las veinticinco mil unidades de fomento” (artículo 26).

Es decir, la autoridad que hubiere optado por el fideicomiso ciego podría invertir en títulos emitidos por instituciones o empresas extranjeras, sin desatender la legislación vigente.

El proyecto en informe, por su parte, se limita escuetamente a incluir a las autoridades de alto nivel que sean titulares de valores en el extranjero, entre aquellas que deben constituir o bien un fideicomiso ciego o bien enajenar su patrimonio en cuanto exceda de 25 mil UF (unos \$650 millones). Bien entendida la norma propuesta, obligaría a incluir en el fideicomiso los títulos emitidos por entidades extranjeras, siempre que el monto total del patrimonio del funcionario o autoridad supere las 25 mil UF.

Se trataría, entonces, no solo de un cambio de la normativa vigente sino que al parecer no tendría antecedentes en la legislación extranjera.

En efecto, si de lo que se trata es de evitar conflictos de interés, entonces el peligro de generar un conflicto de este tipo entre la autoridad y sus atribuciones y responsabilidades en Chile, resulta notoriamente lejana por la propiedad de

acciones de empresas extranjeras, salvo, claro está, que la empresa opere en Chile.

Sin embargo, también es cierto que la globalización, por una parte, y la tendencia hoy día universal a abrir los mercados mediante tratados de libre comercio, podría eventualmente generar algún caso en que el Presidente de la República, algún ministro de Estado u otras autoridades relevantes pudieran verse sometidas a resolver una materia que podría incidir a favor o en contra de sus intereses en una empresa extranjera.

Desde este punto de vista la proposición podría tener sentido si, extendiéndose el campo de aplicación fuera de Chile, se aumentara también el límite de 25 mil UF para generar la obligación de constituir el fideicomiso o enajenar el exceso sobre un cierto límite ■■■

V. **TEXTO DEL** PROYECTO DE LEY

Artículo Único.

Intercálese en el artículo 26 de La Ley 20.880 en La frase "...que sean titulares de acciones de sociedades anónimas abiertas", Luego de La palabra "titulares", la expresión "valores en el extranjero,..." quedando el nuevo texto: "que sean titulares de valores en el extranjero, acciones de sociedades anónimas abiertas ..." ³.



3 El artículo 26 quedaría con la siguiente redacción:

Artículo 26.- El Presidente de la República, los ministros de Estado, los subsecretarios, los diputados y senadores, el Contralor General de la República, los intendentes, los gobernadores, los consejeros regionales, los alcaldes y los jefes superiores de las entidades fiscalizadoras, en los términos del decreto ley N°3.551, que sean titulares de valores en el extranjero, 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 de deuda que sean emitidos por entidades constituidas en Chile, que se encuentren inscritas en los registros de valores que llevan las Superintendencias de Valores y Seguros y de Bancos e Instituciones Financieras, y cuyo valor total supere las veinticinco mil unidades de fomento, deberán optar por una de las siguientes alternativas respecto de tales acciones y valores:

- a) Constituir un mandato especial conforme a las normas de este Título, o
- b) Vender las acciones y valores a que se refiere este Capítulo, al menos, en lo que exceda a dicho monto.

El producto de la enajenación efectuada conforme a la letra b) del inciso anterior no podrá destinarse a la adquisición de los valores a que se refiere dicho inciso.

Se deberá optar por una de las alternativas establecidas en este artículo dentro de los noventa días corridos posteriores a la asunción del cargo y, en su caso, dentro del mismo plazo contado desde la actualización de la respectiva declaración de intereses y patrimonio.

