



**CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO DE ECUADOR**



**ORGANIZACIÓN LATINOAMERICANA Y DEL CARIBE DE ENTIDADES  
FISCALIZADORAS SUPERIORES**



**CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE**

## **XVI ASAMBLEA GENERAL DE LA OLACEFS**

### **Tema I**

### **“FIDEICOMISOS: RENDICION DE CUENTAS Y FISCALIZACION”**

**COLABORACIÓN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA  
REPÚBLICA DE CHILE**

**QUITO - ECUADOR**

**6 al 10 de Noviembre de 2006**

Colaboración preparada por los profesionales de la Contraloría General de la República de Chile, Dra. Dora Recart Bustos. Contralora Regional del Libertador Gral. Bernardo O'Higgins, e Ing. Héctor Castro Zembo, funcionario de esa misma dependencia.

## 1.- INTRODUCCION:

En Chile no existe la figura del fideicomiso público en los términos definidos en otros ordenamientos jurídicos, como México y Argentina. Seguramente su existencia en esos países, está relacionada con su calidad de repúblicas federales.

En una república unitaria administrativamente regionalizada como la de Chile, esas mismas operaciones se realizan a través de programas administrados por las propias unidades ministeriales, dándoles una organización de representación regional con dependencia técnica jerarquizada del Ministerio respectivo, con fiscalización local radicada en las Secretarías Regionales Ministeriales, independientemente del control que ejerce la Contraloría General de la República. Estos programas se norman a nivel de ley, reglamento e instrucciones administrativas.

En consecuencia, esos fondos quedan bajo la fiscalización de Contraloría al enterarse en una cuenta de la Tesorería General de la República.

## 2.- FIDEICOMISO Y TRANSPARENCIA.-

### 2.1.- El Fideicomiso en Chile:

Sabido es que en Derecho Privado se puede hacer todo lo que la ley no prohíba expresamente y en Derecho Público, no es posible hacer nada que la ley no autorice específicamente. En Chile la ley no autoriza la constitución de fideicomisos en manos de privados con fondos públicos, esto es, en los que el fiduciante sea el Estado.

Ello no impide que bajo figuras sí existentes se pueden poner fondos públicos en manos de privados, tal como sucede con ciertos programas de educación (Por Ej: “Chile Califica”) y de fomento agrícola e industrial (Programas de “Transferencia Tecnológica”), en los que mediante licitaciones públicas, se efectúan contratos con entidades privadas constituídas a tal efecto que actúan como subsidiarias en tareas propiamente estatales que así son externalizadas.

Estas figuras complican bastante el panorama de control, pero no sacan completamente estos dineros del ámbito de fiscalización de la

Contraloría, pues la ley de Administración Financiera del Estado y la ley Orgánica Constitucional de Contraloría General de la Republica, entregan las herramientas necesarias para ese trabajo.

## 2.2.- Buscando más transparencia:

En Chile, lo que sí se ha discutido profusamente a propósito de las elecciones presidenciales y la asunción de cargos electos, es la creación de una variante llamada “fideicomiso ciego” para limitar eventuales conflictos de interés de gobernantes-empresarios, con la finalidad de ir reduciendo los espacios para las relaciones indebidas entre dinero y política. Hasta la fecha no se ha materializado. Una de las discusiones pendientes son las inhabilidades e incompatibilidades de quienes ejercen en general cargos públicos. Sólo los parlamentarios están impedidos por ley para ser directores o ejecutivos de compañías; pero existe tal consenso en torno a que la prohibición debiera extenderse a todas las autoridades, que no estaría de más poner por escrito esta regla.

Respecto a las declaraciones de bienes habría mucho por hacer. Congresales y algunos ministros las efectúan, pero en términos tan vagos que su aporte a la transparencia es casi nulo. Aparte de hacerlas extensivas a todos los funcionarios públicos, es necesario exigir rigurosidad e incluir información de familiares directos. Adicionalmente, los representantes ciudadanos deberían quedar inhabilitados por ley para resolver sobre materias en las que declaren intereses. Hoy en Chile eso queda a criterio del diputado o senador respectivo.

La Ley de Transparencia y Límite de Control de Gasto Electoral, regula las donaciones políticas, establece aportes fiscales a los candidatos y acota lo que se puede desembolsar para promover candidaturas. Su gran objetivo era democratizar y transparentar el financiamiento de la política, tal como lo han hecho casi todos los países donde se exige información.

En Chile, ya pasado el examen, habría que responder que los actores lo aprobaron, aunque con reparos. Se establecieron tres canales de donación: público, anónimo y reservado, concentrando este último el 56% del total recepcionado durante la pasada elección municipal.

El problema de desconocer el nombre de los donantes estriba en que resulta imposible constatar si una autoridad adopta decisiones administrativas o políticas con miras a beneficiar a alguno de sus financistas. Esto permite que se repitan situaciones como la denunciada por parlamentarios en 2002, cuando en plena discusión de la ley corta de pesca dijeron que las empresas estaban enviando a sus "lobbistas" al Congreso, para certificar cómo votaban los parlamentarios que en algún momento financiaron. Sólo al Servicio Electoral se le informa quiénes son estos donantes reservados, fundamentalmente para que verifique que ninguno sea una empresa que tenga contratos con el Estado o esté postulando a licitaciones. Este resguardo apunta a evitar que el aparato público se utilice para triangular platas para las campañas.

### 2.3.- Fideicomiso ciego

Un fideicomiso, es una figura mediante la cual una persona (fiduciante), transfiere la administración de sus bienes a un tercero (fiduciario). El adjetivo "ciego" se agrega cuando se prohíbe todo contacto entre ambas partes.

Supongamos, a modo de ejemplo, que el Presidente establece un fideicomiso ciego y que el fiduciario invierte parte de su patrimonio en empresas del sector energía. Como el Presidente no está al tanto de dónde se han invertido sus ahorros, cuando llegue el momento de fijar las tarifas eléctricas, no habrá conflicto de interés, pues no sabrá cómo el cambio de tarifas afecta su patrimonio.

Para que funcione el fideicomiso ciego es importante que efectivamente no haya contacto entre fiduciante y fiduciario. Las siguientes medidas harían menos atractiva dicha comunicación. Primero, penas drásticas para fiduciario y fiduciante, en caso de verificarse cualquier comunicación. Segundo, un comité independiente que vise la selección de fiduciarios, evitando que éstos hayan tenido relaciones comerciales con el fiduciante. Tercero, que la cartera de inversiones del fideicomiso no se concentre en ningún sector específico, de modo que los potenciales beneficios derivados de comunicar al fiduciario anticipadamente una decisión de la autoridad sean bajos.

Si una autoridad está dispuesta a invertir todo su patrimonio en papeles del Banco Central, o en índices accionarios, no parece necesario obligarla a establecer un fideicomiso ciego. En tal caso la autoridad está apostando al país, no a un sector o empresa particular, por lo cual las posibilidades de conflictos de

interés son remotas. En cambio, si la autoridad desea tener inversiones más audaces, un fideicomiso posiblemente sea una buena opción. Aunque, en este caso la "audacia" de la inversión estará limitada por el requerimiento de diversificación.

No es casual que el tema del fideicomiso estuviera ausente de la agenda del gobierno para transparentar la relación entre el dinero y la política; había otros temas pendientes que eran más importantes. En particular, la declaración patrimonial es un prerequisite para poder legislar sobre el fideicomiso. El gobierno concentró sus esfuerzos en aprobar la declaración patrimonial, legislar sobre el lobby y mejorar la ley de gasto electoral.

### 3.- PROBIIDAD Y TRANSPARENCIA EN CHILE:

Los principales temas regulados por la Ley son:

- En materia de transparencia:
  - El establecimiento del derecho de los ciudadanos a obtener información de la administración.
  - La declaración de intereses de las autoridades y determinados funcionarios
- En materia de probidad:
  - La regulación de las inhabilidades para el ingreso a la Administración del Estado:
  - El establecimiento de incompatibilidades en el ejercicio de la función pública:
  - La descripción de conductas especialmente graves en la Administración.

#### **3.1.- Transparencia.-**

Este principio es novedoso en nuestra legislación y constituye un desafío para la cultura organizacional tradicional de las organizaciones públicas chilenas. Es considerado sin embargo fundamental en la gran mayoría de los países para una sana administración, para garantizar la adecuada toma de decisiones, y para promover la participación de la ciudadanía en la gestión pública, resultando un importante elemento de legitimidad de la actividad estatal que el Gobierno quiere promover.

Por tanto, los ciudadanos podrán exigir la entrega de información del Estado en la medida que conste en los documentos constitutivos de dichos actos administrativos, así como respecto de los documentos que les sirvan de sustento o de complemento directo y esencial a los anteriores.

Para ejercitar el derecho de acceso a la información resulta necesario en todo caso seguir los procedimientos señalados en la ley, y que son los siguientes:

- La información acerca de los actos administrativos debe estar a disposición del público de modo permanente, y más aún, ser promovida por el propio Estado.
- Dicha información debe recaer sobre los actos administrativos y los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo y esencial.
- Por otro lado, son de acceso público aquellos documentos que sirven de complemento directo y esencial al acto administrativo. En el caso de bases de datos, es necesario compatibilizar el derecho de acceso a la información con las disposiciones especiales de la Ley N° 19.628 sobre Protección a la Intimidad, que establece procedimientos y limitaciones para dar a conocer el contenido de las mismas.
- Cualquier persona interesada, cuando no encuentre a su disposición la documentación que requiera, puede solicitarla por escrito al Jefe de Servicio, y en tal caso el directivo deberá pronunciarse formalmente entregando dicha información o negándose a ello, y señalando en este caso las razones.
- El Jefe de Servicio puede negarse a proporcionarla solo en los casos señalados en la ley, y que son los siguientes:
  - La reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias;
  - El que la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido;
  - La oposición, deducida en tiempo y forma, por los terceros a quienes se refiere o afecta la información contenida en los documentos requeridos;
  - El que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el jefe superior del órgano requerido; y,
  - El que la publicidad afecte la seguridad de la nación o el interés nacional.

- Ante la denegatoria, el interesado puede recurrir ante el Juez de Letras en lo civil del domicilio del órgano de la administración requerido, para que éste resuelva dicho conflicto.

### 3.2.- Probidad.-

El principio de probidad administrativa consiste en la observancia de una conducta funcionaria intachable, y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular. La Ley de Probidad viene a darle un tratamiento orgánico y sistemático a este principio, regulando ciertas inhabilidades, estableciendo algunas incompatibilidades para el desempeño en la función pública, y clarificando la prohibición de conductas especialmente contrarias al principio de probidad.

### 3.3.- Conductas contrarias a la Probidad

Si bien no es posible fijar un catálogo completo de conductas contrarias a la probidad, la Ley establece expresamente algunas conductas consideradas especialmente graves en su transgresión al principio de la probidad administrativa, a saber:

- El uso indebido de información reservada o privilegiada
- Tráfico de Influencias
- Emplear bienes de la institución en provecho propio o de terceros
- Ocupar tiempo de la jornada o utilizar personal en beneficio propio o para fines ajenos a los institucionales
- Solicitar o aceptar donativos, ventajas o privilegios, salvo
- las excepciones señaladas
- Intervenir en asuntos en que se tenga interés personal
- Omitir o eludir la propuesta pública
- Contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad,
- con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los
- derechos ciudadanos



### 3.4.-Recursos Financieros.-

Los recursos financieros con que cuentan los entes del Estado deben destinarse exclusivamente al logro de sus objetivos propios fijados en el ordenamiento jurídico vigente, y administrarse de conformidad con las disposiciones de la Ley de Administración Financiera del Estado, contenida en el decreto ley N° 1.263, de 1975.

Así entonces, es ilícito usar esos recursos para realizar o financiar actividades de carácter político-contingente, tales como hacer proselitismo o propaganda política en cualquier forma o medios de difusión, apoyar candidaturas electorales, promover o intervenir en campañas o efectuar reuniones o proclamaciones para tales fines, hacer contrataciones a honorarios para esos objetivos o que en la práctica se relacionen con ellos, entre otras de similar índole.

### 4.- LA OTRA CARA DE LOS FIDEICOMISOS.-

Se ha visto que en Chile la creación de fideicomisos (fideicomiso ciego), se ha planteado como una solución para asegurar la transparencia y la probidad en los actos de las personas que ejercen la función pública y para reglamentar el traspaso de fondos privados a la actividad pública.

Por definición, un fideicomiso es el conjunto de bienes que el fideicomitente (o fiduciante) encomienda a otra persona (fiduciario), para que los administre a favor de un beneficiario (fideicomisario), o para la realización de algún proyecto de interés público.

Sin embargo, en los últimos años ha parecido ser una figura creada por algunos gobiernos de América Latina para ocultar el monto y manejo de bienes públicos y evitar así que la ciudadanía supervise y sancione posibles malos manejos, como también para disponer libremente de recursos públicos, posiblemente administrados al margen de la ley. A manera de ejemplo, el gobierno federal de México, hoy maneja 705 de estos instrumentos que suman 269 mil millones de pesos.

Los fideicomisos son el centro del debate de la opinión pública a partir del escándalo provocado por el uso de esta figura en la Lotería Nacional "Transforma México" y su vinculación con la fundación Vamos México que hoy, curiosamente, es uno de los 24 instrumentos de clasificación confidencial, no obstante que manejan cuantiosos recursos públicos.

También está clasificado como "top secret" el fondo de estabilización de los ingresos petroleros que dispone de 11 mil 607 millones de pesos (mexicanos) y que fue creado para reducir el impacto en las finanzas públicas en caso de que los ingresos petroleros experimenten una baja.

Otro de los fideicomisos es el fondo para la infraestructura de los estados que dispone de seis mil 963 millones de pesos y que fue creado para apoyar el desarrollo de infraestructura en los estados y la capital de la República con excedentes del Presupuesto de Egresos de la Federación.

## 5.- AUDITORIA DE FIDEICOMISOS

El fideicomiso público se ha perfilado en la última década como una solución para canalizar recursos públicos federales a programas de beneficio social, que tienen cobertura en los estratos sociales menos favorecidos.

El Decreto de Presupuesto crea o señala los programas a los que se asignan recursos con los que se integran fondos que son entregados a las instituciones fiduciarias, encargadas de destinarlos a los fines previstos en los programas.

Una de las ventajas más significativas que ofrecen estos fideicomisos es que no requieren de estructuras orgánicas, sino únicamente de los servicios de una institución de crédito que administre recursos y los destine a los objetivos del programa. Son coordinados por las entidades que tienen a su cargo los programas a los que se destinan recursos públicos federales, para influir en el impulso de áreas productivas y de desarrollo económico y social.

La necesidad de revisar los fideicomisos utilizados en el ámbito público, obedece a:

- Los considerables montos de recursos públicos que así se manejan.
- Los fideicomisos tienen que ver con la mayoría de las dependencias y entidades públicas.
- Cuentan con reglas de operación muy diversas.
- La gran diversidad de instituciones fiduciarias existentes.

Lo cierto es que, dado que estos fideicomisos no tienen el mismo régimen de control y vigilancia que tienen las dependencias y entidades públicas, su vigilancia y fiscalización se ha complicado. Esto obedece fundamentalmente a que las instituciones fiduciarias que están a cargo de los sistemas bancarios de esas naciones, se encuentran sujetas al secreto fiduciario previsto por las leyes que norman el funcionamiento de las Instituciones de Crédito. Por este motivo la actuación de las entidades fiscalizadoras ha tenido los límites que dicho secreto impone.

Las leyes de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental han establecido como principio la publicidad de la información presupuestaria, lo que aunado a la exigencia de rendir cuentas sobre el manejo de los recursos, suscita el debate acerca de los límites del secreto fiduciario o bancario frente al derecho a la información pública.

Es innegable que los recursos públicos federales aportados a los fideicomisos señalados e incluso a fideicomisos que constituyen particulares o las entidades federativas, deben ser fiscalizados sin menoscabo del respeto irrestricto al secreto fiduciario, mientras este último no sea modificado en la ley de estas naciones para hacerlo funcional con la necesidad de transparencia y rendición de cuentas de las entidades públicas. De ahí que resulte necesario intensificar las acciones de coordinación que permitan el adecuado control, fiscalización y la comprobación del manejo transparente de los recursos públicos aportados a esos fideicomisos, así como propiciar que las autoridades fiscalizadoras no encuentren obstáculos para fiscalizar los recursos federales que se canalicen a través de fideicomisos públicos o privados.

En este sentido, en el caso de fideicomisos que reciben recursos públicos, es necesario precisar en qué términos y quiénes están obligados a proporcionar la información de que dispongan en el ámbito de sus competencias y que les soliciten los Organismos de Control.

En efecto, se requiere de disposiciones administrativas que precisen la coordinación que debe existir entre los distintos actores que intervienen en la operación de los fideicomisos que manejan o aplican recursos públicos federales, para que éstos puedan ser objeto de control y fiscalización por parte de las autoridades competentes, a fin de transparentar su manejo y rendir cuentas claras a la sociedad.

En este contexto, los referidos lineamientos deben disponer entre lo más destacado, lo siguiente:

- En los fideicomisos públicos, el fiduciario, por instrucciones expresas del fiduciante debe proporcionar la información relativa al manejo y destino de recursos públicos, como también los antecedentes y documentos necesarios para fiscalizar la utilización de los fondos públicos.
  - Los titulares de las unidades administrativas de las dependencias y entidades que coordinen los fideicomisos, deberán atender debidamente los requerimientos de información.
  - Por su parte, los comités técnicos de los fideicomisos deberán rendir los informes que les sean requeridos a través del presidente de dicho cuerpo colegiado, de su secretario ejecutivo, o su equivalente.
  - En el caso de fideicomisos constituidos por particulares o entidades federativas que por cualquier concepto reciban recursos públicos federales, tanto los beneficiarios de esos recursos, como las dependencias que los aportan, están obligados a transparentar y a rendir cuentas sobre su manejo y destino. Para ello, en los contratos respectivos deberá preverse dicha circunstancia e instruir a la institución fiduciaria a fin de que proporcione la información correspondiente.
  - Los fideicomisos, mandatos o contratos análogos a los que se aporten recursos públicos federales, se considerarán públicos para efectos de transparencia, incluso cuando se aporten a fideicomisos constituidos por particulares o entidades federativas.
-