

Conveniencia y alcances para su implementación:

EL FIDEICOMISO CIEGO Y LOS CONFLICTOS DE INTERÉS



Introducción

Se conoce que el crecimiento económico del cual el país ha gozado en los últimos años no ha venido acompañado de políticas integrales de desarrollo. Dentro de los muchos aspectos que deben mejorarse en este último ámbito se encuentra la falta de institucionalidad, así como combatir las prácticas corruptas que aquejan a la sociedad como un todo y al sector público en particular. En este contexto, resulta importante contar con mecanismos de control efectivos a fin de que los que están encargados de resguardar los intereses públicos no terminen obteniendo una ventaja económica de las negociaciones realizadas.

Uno de los mecanismos que puede contribuir a lo anterior es el fideicomiso “ciego” (*blind trust*). Antes de explicar en qué consiste este mecanismo, es importante conocer cuál es el problema que busca resolver (como cualquier otro vehículo legal). Así, busca resolver el problema de conflicto de interés de aquel que ha sido designado o elegido funcionario público. Entiendo por conflicto de interés aquella situación en el que un sujeto, debido a intereses propios o de terceros vinculados (familiares, sociedades a las que controla, entre otros), podría no actuar en resguardo de los intereses de aquella institución (en sentido amplio) a la que representa, estando obligado legal o contractualmente a hacerlo.

En el caso concreto, se presentaría un conflicto entre los intereses públicos a los que está llamado a resguardar el funcionario y los intereses privados del funcionario (ya sean propios o de terceros). A la fecha, nuestra legislación cuenta con regulación para ello. Por ejemplo, la parte final del artículo 126 de la Constitución Política del Perú establece que “[l]os ministros no pueden ser gestores de intereses propios o de terceros ni ejercer actividad lucrativa, ni intervenir en la dirección o gestión de empresas ni asociaciones privadas.” Por su parte, la Ley N° 27588, Ley que establece prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos, y el Decreto Supremo N° 19-2002-PCM, que contiene el reglamento de dicha ley, establecen disposiciones con el objetivo de mitigar dichos conflictos de interés en el ejercicio de la función pública e, incluso, después de haber culminado esta (hasta un año posterior al cese).

La existencia de conflictos de interés es una realidad que se presenta en el marco de relaciones entre privados y/o públicos. En el caso del resguardo de los intereses públicos –ámbito por excelencia del fideicomiso “ciego”–, dicha situación puede verse agravada, como en

nuestra realidad, en aquellos casos en los que no existen incentivos adecuados para el desarrollo de una carrera como funcionario público (líneas de carrera claras, remuneraciones de mercado, entre otros) ocasionando que dichos funcionarios provengan del sector privado en el que han venido desarrollando sus actividades comerciales (generalmente en situaciones de cambio de gobierno y/o políticas). Si bien esto por sí mismo no es un problema, el hecho de que los funcionarios públicos se vayan moviendo entre los sectores privado y público tiende a incrementar dicho riesgo de conflicto de interés.

Figura del fideicomiso ciego

Para la constitución de un fideicomiso “ciego”, en nuestra legislación debe recurrirse a la figura general del fideicomiso. El fideicomiso es un contrato mediante el cual un sujeto denominado fideicomitente transfiere en dominio fiduciario determinados activos a efectos de que dichos activos sean administrados por un tercero denominado fiduciario. Dicha administración (que puede tener variedad de finalidades, incluyendo la de garantía) se hace a favor de un beneficiario al que se le llama fideicomisario, el cual podría ser incluso el propio fideicomitente. Uno de los aspectos más importantes es que a través de este vehículo legal se genera un patrimonio autónomo, que no pertenece a ninguno de los sujetos involucrados (fideicomitente, fiduciario y/o fideicomisario) por lo que las afectaciones que pueda sufrir el patrimonio de aquellos no afectan al patrimonio autónomo constituido.

Según la estructura anterior, el fideicomiso “ciego” es aquel que cumple una función especial (recuérdese que la gran importancia de la figura del *trust* o fideicomiso –según la tradición jurídica a la que pertenecemos– se caracteriza principalmente por la variedad de funciones a la que puede servir). Así, el fideicomiso “ciego” es aquel constituido, por mandato de la ley, por un funcionario público a efectos de transferir fiduciariamente su patrimonio a una entidad encargada de administrarlo. Dicha administración se realiza a favor del mismo funcionario público por lo que este ostenta la calidad de fideicomitente y fideicomisario.

Se le denomina ciego ya que, a efectos de mitigar los conflictos de interés, la injerencia del fideicomitente (constituyente) debería ser nula, así como también la información que este reciba de parte de la entidad fiduciaria (básicamente orientada a que se puedan declarar adecuadamente ante la administración tributaria).

En estos casos, el poder discrecional con el que cuenta el fiduciario es bastante amplio ya que ninguna decisión de administración y/o inversión debería ser consultada con el fideicomitente (constituyente). De esta manera, se garantiza que el funcionario no solo esté efectivamente concentrado en sus actividades públicas, sino que también su especial posición no le genere ventajas en el desarrollo de los negocios que venía realizando habitualmente.

Por otro lado, la administración de dichos bienes incluye a todos los bienes que se deriven de ellos, tales como ganancias, dividendos, acciones y/o productos de ventas o disposiciones. En buena cuenta, una vez determinado el conjunto de activos que serán parte del fideicomiso “ciego”, el fiduciario será el encargado de administrar dichos bienes, así como los que se generen a partir de ellos.

Adicionalmente, en el contexto anterior, se busca evitar que el funcionario público esté en las dos partes de una transacción de modo tal que el manejo de los intereses derivados de dicha situación pueda generar un perjuicio a la entidad pública a la cual representa (independientemente de que sea por designación o por elección).

Así, pues, este mecanismo es mucho más efectivo que las bien conocidas “murallas chinas”, las cuales en muchos casos terminan no siendo efectivas en la mitigación y/o eliminación de conflictos de interés. En el caso del fideicomiso “ciego”, al contar, entre otros aspectos, con: (i) un patrimonio separado; (ii) un administrador independiente; y (iii) nula injerencia del funcionario público, se puede lograr una mejor protección y desarrollo de los intereses públicos.

Respecto a la regulación, si bien a la fecha existen vehículos jurídicos (principalmente los fideicomisos bancarios) con los que se pudiera implementar este mecanismo a efectos de mitigar los conflictos de interés, a fin de que el mecanismo funcione de una mejor manera sería necesario que se implemente la figura de manera expresa y que se pueda regular adecuadamente las particularidades de este vehículo legal.

Algunos aspectos por definir

Luego de haber repasado brevemente cuál es el problema que pretende resolver el fideicomiso “ciego”, en qué consiste y la no existencia de regulación específica existente, paso a indicar algunas cuestiones que deberían revisarse a efectos de que este mecanismo pueda funcionar:

- a. Un primer punto es determinar el ámbito objetivo de aplicación. ¿Cuáles deberían ser los funcionarios públicos que deban implementar este mecanismo para la administración de los bienes? ¿Deben ser todos o solo algunos? ¿De qué rango? Al respecto, se debería establecer dicha regulación respecto de aquellos funcionarios que por su especial posición puedan tener un efecto macro en la afectación de los intereses públicos (presidentes, gobernadores, congresistas, entre otros).
- b. Respecto del ámbito objetivo de aplicación, debe revisarse si su constitución está sometida a un importe mínimo de activos (e.g., no parece razonable constituir este vehículo si es que el importe de los activos es mínimo) y/o a clases de activos determinados (e.g., no parece razonable que se recurra a esta figura por la casa familiar así esta pueda valer un importe considerable). Ahora, más allá de la constitución del fideicomiso “ciego”, debe encontrarse un mecanismo de control y/o supervisión adecuado de manera que se cumpla con el mismo pero que a la vez no sea tan estricto que termine desincentivando la participación de las

personas en política. A la fecha, haciendo un símil con cierta parte de la regulación existente, los encargados de dicha supervisión serían la Contraloría General de la República y la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV). Con el objetivo de no recargar las funciones de dichas entidades y para encontrar un verdadero control efectivo, se debería implementar mecanismos especializados dentro de dichas entidades y/o mecanismos alternativos, siempre con el objetivo de que los intereses públicos se vean realmente resguardados.

- c. Otro punto es verificar si a nivel tributario debería existir algún tratamiento especial para este tipo de vehículo de manera tal que el funcionario público no se vea afectado tributariamente, soportando la carga tributaria regular como si no hubiera tenido que constituir dicho tipo de vehículo legal. De ser el caso, será importante tener en claro el tratamiento que se reciba en el marco de transferencias y/o generación de ingresos.
- d. Si bien el manejo del administrador debe ser discrecional, nada impide que a efectos de que el fideicomitente pueda tener cierta certeza del manejo de sus activos, se pueda establecer reglas y/o políticas específicas para la administración y/o inversión de sus activos así como otros mecanismos (e.g., comités y/u opiniones de terceros) a fin de que las decisiones que se tomen una vez que el fideicomiso “ciego” haya sido constituido, pueda encuadrarse dentro de un marco de adecuado para el funcionario público.
- e. A nivel corporativo, se deberá también establecer consecuencias claras respecto de regulación estándar de participación en negocios, tales como cláusulas de cambios de control o limitaciones a la disposición de activos (directa o indirectamente), en los casos en los que dichas transferencias fiduciarias se realicen en el marco del cumplimiento de la regulación aplicable.
- f. Adicionalmente para que este mecanismo funcione, más allá de la regulación que se pueda dictar, es necesario que su constitución (estructuración) pueda ser fácil y sus costos asociados sean bajos. Caso contrario, se tendrá un vehículo legal plasmado en un papel, pero con nula incidencia práctica.
- g. Siempre deberán existir mecanismos que eviten o contrarresten las acciones de los funcionarios que tengan por objetivo que busquen, o efectivamente concreten, disposiciones a favor de terceros con ánimo de sustraerse a la aplicación de dichas normas. Asimismo, un punto adicional es determinar cuáles deberían ser las consecuencias de “defraudar” la regulación, así como del incumplimiento que se pudiera generar, las cuales podrían ir desde multas, obligaciones de devolver las ganancias y/o destitución.
- h. Otro punto importante es poder determinar los plazos para la constitución de este vehículo, así como para la desafectación de dichos activos.

A modo de conclusión

En suma, considero que la implementación de dicho vehículo legal en nuestra práctica legal (y política) resulta no solamente útil, sino también necesaria para poder mitigar los conflictos de interés que se puedan presentar. Se conocen los acontecimientos recientes en nuestra realidad política donde los intereses en conflicto no fueron bien manejados. A nivel internacional, son conocidos los fideicomisos ciegos de los presidentes Sebastián Piñera en Chile y Mauricio Macri en Argentina, aunque ellos también hayan sido sometidos al escrutinio público y se hayan formulado reservas. De esta manera, la pregunta que surge es si existirá voluntad política para que este mecanismo que busca precisamente controlar a los políticos, pueda ser implementado en un breve plazo o tengamos que esperar más tiempo. 🐦