

ANEXO
MINUTA DE RECOMENDACIONES

OBSERVACIÓN N° 1: Situación de las organizaciones sociales de menor tamaño que reciben fondos públicos, tales como una junta de vecinos. ¿Hasta qué punto les son exigibles las recomendaciones propuestas por la mesa?

RESPUESTA: Dentro del amplio universo de organizaciones sociales en nuestro país, encontramos una amplia variedad de tipos, objetos sociales y tamaños de estas organizaciones. Es con motivo de esta gran heterogeneidad que es menester diferenciar las obligaciones que son aplicables a aquellas organizaciones de gran tamaño que, cuentan con una estructura organizacional y las condiciones económicas para poder someterse a mayores estándares de control y transparencia, y aquellas de menor tamaño que, corresponden principalmente a organizaciones comunitarias funcionales, como juntas de vecinos o uniones comunales, o bien a organizaciones sociales que están en una etapa más incipiente de formación y desarrollo.

En relación con las recomendaciones para una mejor transparencia, se propuso: “2) *Reglamentar el contenido de la memoria y la información disponible de la organización en el referido Registro y, para en el caso de ser asignatarias de fondos públicos, será obligatorio publicar aquello en el Registro*”¹.

Profundizando en dicha recomendación, sugerimos que, al momento de reglamentar el contenido de la memoria y balance que debe ser remitido al Ministerio de Justicia, se establezca la posibilidad de declarar a través de reportes diferenciados dependiendo del tamaño e ingresos de la organización. De este modo, aquellas organizaciones de menor tamaño podrán reportar a través de un formulario o mecanismo simplificado. Dicho mecanismo podría consistir en un formulario en línea alojado en el sitio del Ministerio de Justicia, lo que permitiría:

- (i) tener la información inmediatamente en línea, permitiendo una fiscalización más rápida y eficiente, ya sea mediante el procesamiento y cruce de datos automatizado; y
- (ii) estandarizar la información, generando reportes uniformes y de más simple revisión.

Es importante recordar que esta obligación está solamente establecida para las fundaciones y corporaciones, de acuerdo con lo señalado en el Título XXXIII del Código Civil, no siendo aplicable a las organizaciones sociales indicadas en la Ley N° 19.318 sobre Juntas de Vecinos y demás Organizaciones Comunitarias. Por lo mismo, se recomienda evaluar hacerlas extensivas a todo tipo de entidades, incluyendo -a lo menos- a todas aquellas que reciban fondos públicos.

¹ Página 2 de la minuta, último párrafo.

Asimismo, la mesa propuso: “3) *Reducir los montos mínimos para someter la contabilidad, el balance y los EE.FF. a auditoría, establecidos en la resolución exenta 1830 de 2013 del Ministerio de Justicia*”².

Al respecto, recomendamos que dicha disminución sea aplicada de manera prudencial para no abarcar a aquellas organizaciones de menor tamaño que no cuenten con la capacidad económica para someterse a un proceso de auditoría y cuyos objetos no requieren necesariamente de mayores estándares de reporte financiero.

Por otra parte, se plantea la posibilidad de que la auditoría no tenga que ser realizada necesariamente por una firma auditora dado su alto costo, en especial respecto de estas entidades de menor tamaño. Por lo mismo, se sugiere estudiar la posibilidad de que dicha función pueda ser cumplida por un tercero independiente en base a la misma FECU Social, o incluso supliendo en cierta medida dicha obligación por el cumplimiento del reporte estandarizado al Ministerio de Justicia a que hacemos referencia precedentemente.

Estimamos que las recomendaciones referidas en los puntos 1) y 4), de aquel acápite, debiesen ser aplicables para todo tipo de organizaciones, independiente de su tamaño.

Sobre las recomendaciones para un mejor proceso de asignación, transferencia y rendición de fondos, cabe recordar que, las organizaciones comunitarias suelen obtener financiamiento para sus fines y proyectos a través de los Fondos de Desarrollo Vecinal (FONDEVE) establecidos en la Ley N° 19.318 sobre Juntas de Vecinos y demás Organizaciones Comunitarias, y en los respectivos reglamentos que cada concejo comunal dicta para normar la asignación de dichos fondos.

Al respecto, podemos señalar que, dada la diferencia entre los distintos municipios a lo largo del país, es difícil establecer un mecanismo único de asignación de los fondos FONDEVE. Sin embargo, es posible recomendar la definición de requisitos y procedimientos mínimos que permitan la asignación correcta de fondos, transparencia y rendición, sin entorpecer la posibilidad de acceso a estos mismos.

En cuanto a los procesos en general de asignación de transferencias sin contraprestación por parte del Estado, recomendamos que, para incentivar la postulación a los procesos de licitación por parte de las organizaciones sociales de menor tamaño, se establezca expresamente la excepción de cumplimiento de determinados requisitos para no entorpecer el acceso a dichos fondos. Sin embargo, para evitar la creación de organizaciones “*ad hoc*” para efectos de postular a los fondos, puede solicitarse un periodo mínimo de existencia para que no exista confusión entre aquellas organizaciones que efectivamente sean pequeñas y aquellas creadas recientemente pero que no cuentan aún con información financiera detallada.

² Página 3 de la minuta, cuarto párrafo.

El resto de las recomendaciones en este punto, debiesen ser aplicables para todo tipo de organizaciones, independiente de su tamaño.

Respecto a las recomendaciones para un mejor proceso de fiscalización, todas ellas debiesen ser aplicables para todo tipo de organizaciones, independiente de su tamaño.

Sumado a lo anterior, puede estudiarse la posibilidad de que la Declaración Jurada 1945 que debe enviarse anualmente al Servicio de Impuestos Internos por las organizaciones sociales, sea obligatoria para aquellas que reciban fondos públicos, no aplicándoles en consecuencia el monto mínimo de UF 12 mil anuales que hoy se exige para que dicha declaración jurada deba ser presentada. Esto no requeriría de una modificación legal, sino solo que el Servicio de Impuestos Internos dicte una resolución exenta en tal sentido.

Por último, en relación con las recomendaciones referidas al establecimiento de sanciones, sugerimos que, la definición de las multas permita considerar la capacidad económica y tamaño de la organización sancionada, además de criterios de general aplicación, como monto de los fondos públicos materia de la infracción y reiteración.

Dado que las organizaciones más pequeñas y carentes de experiencia pueden eventualmente incumplir sus obligaciones, sin mediar culpa o dolo en su actuar, la aplicación de multas pecuniarias de gran tamaño podría impactar considerablemente en sus operaciones, por lo que recomendamos que se establezcan multas que consideren la vasta diferencia entre las distintas entidades existentes.

Particularmente respecto del punto 1)³, se sugiere que, como requisito para optar a fondos públicos, se establezca como requisito la aprobación del directorio de la organización social para concursar y/u optar a dichos fondos. Esto fomentará un mayor involucramiento de los directores en el funcionamiento de la organización y fortalecer la obligación de responsabilidad solidaria de dichos actores.

Otra medida podría consistir en la suspensión de la organización social de poder optar a nuevos fondos públicos, pudiendo hacer extensiva la responsabilidad a aquellas instituciones que compartan los mismos directores o ejecutivos.

Todas estas medidas deberían aplicar para las organizaciones sin distinción de tamaño.

En resumen, reiteramos nuestra recomendación de que cualquier modificación a la legislación actual aplicable a las organizaciones sociales con el propósito de mejorar la probidad y transparencia en sus operaciones, tome en consideración el amplio espectro de organizaciones sociales en nuestro país. Cualquier procedimiento, obligación legal o sanción aplicable, debiese considerar el tamaño, complejidad de gobierno corporativo y capacidad

³ “Precisar responsabilidad de los miembros del directorio, así como de otros cargos en las organizaciones, en caso de asignación culpable o dolosa de fondos públicos, más allá de las personas involucradas”, página 5 de la minuta, último párrafo.

económica de los diferentes tipos de organizaciones para evitar que aquellas de menor tamaño se vean limitadas en su capacidad de funcionamiento y prefieran no constituirse o cesar en su funcionamiento ante el aumento de requisitos.

OBSERVACIÓN N° 2: Profundizar sobre el mecanismo de oposición a una adjudicación por trato directo⁴. ¿Cuál sería el procedimiento? ¿plazos? ¿ante el mismo servicio?

RESPUESTA: Para la aplicación de este mecanismo, se propone seguir el siguiente procedimiento⁵ que, por ser similar al que propone el proyecto de ley que moderniza el Sistema de Compras Públicas, facilitaría el trabajo de los funcionarios públicos que participan de los procedimientos de adjudicación y contratación, y de la Contraloría General de la República al momento de realizar una fiscalización.

El organismo del Estado que pretenda adjudicar recursos vía trato directo a una corporación o fundación, deberá publicar en el sitio web del Registro Único de Colaboradores del Estado⁶, los requisitos y condiciones que justifiquen la adjudicación por trato directo y la identidad del colaborador al que se adjudicará.

El reglamento establecerá la forma que se realizará dicha publicación, de acuerdo a lo siguiente:

- (I) En caso que la adjudicación supere las 1.000 UTM, previo a suscribir el contrato, el organismo adjudicador deberá publicar, en una sección especial, de fácil visibilidad en el Registro Único señalado, su intención de llevar a cabo este tipo de procedimiento, permitiendo que, dentro de un plazo de cinco días hábiles contado desde la fecha de la referida publicación, otros colaboradores puedan solicitar que se realice otro procedimiento de adjudicación, considerando las causales establecidas para cada procedimiento en esta ley y en el reglamento.

El procedimiento de oposición se desarrollará de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 19.880, ante el organismo público adjudicador. Mientras el procedimiento no se encuentre resuelto, no se podrá suscribir el contrato de adjudicación.

En caso de rechazarse la oposición, el colaborador que se opuso tendrá derecho a presentar los recursos establecidos en el Capítulo IV de la Ley N° 19.880, y los recursos jurisdiccionales que correspondan.

⁴ A propósito de la recomendación 4) del acápite II: “*El Servicio deberá publicar antes de adjudicar el trato directo, dando un plazo para que cualquier interesado pueda solicitar que, la transferencia se realice previo concurso público*”, página 4 de la minuta, séptimo párrafo.

⁵ Es similar al que se propone incorporar en la letra a) del art. 8 bis de la ley N° 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios en el proyecto de ley que moderniza el Sistema de Compras Públicas (Bol. 14.137-05).

⁶ En el entendido que va a crearse, de lo contrario, en la actual página web <https://www.registros19862.cl/>

- (II) Bajo el monto señalado en el numeral anterior, el organismo deberá publicar en la misma sección del Registro Único, la resolución fundada que autoriza el trato directo, y el texto del contrato, dentro de un plazo de veinticuatro horas desde la dictación de la resolución que aprueba el contrato, o la total tramitación del contrato, según sea el caso.

Ejemplo:



OBSERVACIÓN N° 3: Precisar la responsabilidad de los directores⁷ de las OSFL, así como de otros cargos directivos ¿qué modificaciones puntuales deberían realizarse al sistema actual?

RESPUESTA: Para determinar en qué casos serán responsables los directores de una organización, sus obligaciones deben estar previamente determinados, de forma clara y precisa.

En este sentido, debe precisarse que, conforme a la legislación comparada, los directores tienen dos niveles de responsabilidad. En el ejercicio de sus funciones, los directores remunerados responden hasta de la culpa leve y, los no remunerados hasta la culpa grave.

Bajo dichos estándares de responsabilidad, los principales deberes son:

⁷ De acuerdo a la recomendación 1) del acápite IV: "Precisar responsabilidad de los miembros del directorio, así como de otros cargos en las organizaciones, en caso de asignación culpable o dolosa de fondos públicos, más allá de las personas involucradas", página 5 de la minuta, último párrafo.

1º **Deber de cuidado:** dirigir la organización en cumplimiento de su objeto, debiendo al menos asistir a las sesiones de directorio, salvo causa justificada, e informarse activamente respecto de la marcha de los asuntos de la organización, el debido cumplimiento de su fin estatutario y adecuada inversión de los recursos.

2º **Deber de lealtad:** actuar de buena fe favoreciendo los intereses de la organización y evitando perjudicarla, debiendo informar con prontitud al directorio en caso de afectarle un potencial conflicto de intereses respecto de alguna situación y absteniéndose de influir o intervenir en tal caso.

Consideramos, por otro lado, acotar la responsabilidad de los directores a los daños y perjuicios efectivamente causados como consecuencia directa de su infracción de los deberes antes señalados, sin que sean responsables por decisiones adoptadas de buena fe, en cumplimiento de sus deberes de cuidado y lealtad, y bajo la creencia razonable que actuó en favor de los intereses de la organización.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario considerar que en ciertas industrias -particularmente en aquellas donde entidades reciben y administran fondos de terceros- la ley impone un estándar de responsabilidad y de cuidado más elevado a los indicados anteriormente, exigiendo que tanto directores como miembros de la administración de una entidad, cumplan con un deber fiduciario respecto de esta, es decir, la ley exige que éstos antepongan los intereses de la entidad por sobre sus intereses propios.

En ese sentido, la legislación establece (i) causales inhabilitantes particulares que impiden a una persona integrar el directorio de una entidad o formar parte de su administración, o que por el contrario, impiden que siga formando parte del directorio si se configurare una inhabilidad sobreviniente; (ii) obligaciones de designar directores autónomos⁸ o independientes, los que deben cumplir con requisitos especiales para ser considerados como tales por el regulador competente; (iii) obligaciones de la entidad de proveer información al regulador competente sobre la identidad y del proceso de elección de los miembros de su directorio que le permitan verificar el cumplimiento de los requisitos legales y regulatorios; (iv) obligaciones de los directores de divulgar todo conflicto de interés sobreviniente, y deber de abstención de las votaciones que involucren las materias que generan dicho conflicto de interés; (v) responsabilidad personal y solidaria ante daños y perjuicios causados a la organización por infracción al deber fiduciario, incluyendo dentro de dicha indemnización el daño emergente y lucro cesante; además de quedar sujetos a multas por parte del regulador competente, eventuales destituciones del cargo y acciones judiciales; y (vi) obligación de mantener políticas internas que eviten y soluciones potenciales conflictos de interés dentro del directorio y dentro de la entidad (sujetas a aprobación del regulador competente).

⁸ La condición de autonomía es definida por el Compendio de Normas del Sistema de Pensiones de la siguiente forma: “Según lo dispone el inciso segundo del artículo 156 bis del D.L. N° 3.500 de 1980, se considerará como director autónomo a quien no mantenga ninguna vinculación con la Administradora, con las demás sociedades del grupo empresarial del que aquélla forme parte, con su controlador, ni con los ejecutivos principales de cualquiera de ellos, que pueda generarle un potencial conflicto de interés o entorpecer su independencia de opinión.”.

Asimismo, la administración y directorios de estas entidades están constantemente bajo escrutinio de regulador competente, mediante procesos de fiscalización, consultas puntuales, entre otros.

En consideración a lo anterior, valdría la pena analizar la posibilidad de que, previo a la asignación de recursos públicos a una OSFL:

- (i) se establezca un regulador competente que fiscalice a tales entidades;
- (ii) se imponga un régimen de responsabilidad similar al mencionado anteriormente para los miembros del directorio y de la administración de una OSFL;
- (iii) se exija que el directorio tenga obligaciones de información continua respecto de su cometido, incluyendo la comunicación y divulgación de los conflictos de interés actuales o potenciales que puedan existir; y
- (iv) se establezca la obligación de mantener políticas y procedimientos internos propios de la entidad con el objetivo de prevenir y solucionar conflictos de interés.