



VNiVERSiDAD D SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

FIDEICOMISO PÚBLICO

DIRECTORES: OLIVIER MORETEAU y RICARDO RIVERO ORTEGA

AUTORA: SUSY INES BELLO KNOLL

2011

Índice

<i>Introducción</i>	7
PRIMERA PARTE: EL FIDEICOMISO	19
Capítulo 1. Antecedentes históricos y panorámica general	19
1.1. Normativa sobre fiducia en el derecho romano	20
1.1.1. <i>Fideicommissum</i>	21
1.1.2. La fiducia	29
1.1.3. <i>Pactum fiduciae</i>	34
1.2. Análisis de la figura del <i>Trust</i>	37
1.2.1. El <i>trust</i> en el derecho anglosajón.....	37
1.2.2. El <i>trust</i> angloamericano	49
1.2.3. Legislaciones civiles continentales frente al <i>trust</i>	53
1.2.4. Convenio de La Haya de 1985 sobre ley aplicable al <i>trust</i>	67
1.2.5. El fideicomiso en la legislación latinoamericana	70
1.3. El fideicomiso en el Derecho Español	73
Capítulo 2. Concepto de Fideicomiso y caracteres	89
2.1. Noción general	89
2.2. Elementos esenciales	92
2.2.1. Sujetos.....	93
2.2.1.1. El Fiduciante	97
2.2.1.2. El Fiduciario	99

2.2.1.2.1. Obligaciones del fiduciario	105
2.2.1.2.2. Derechos del fiduciario	112
2.2.1.3. Beneficiarios	113
2.2.2. Objeto y patrimonio fideicomitido.....	116
2.2.3. Fin.....	122
2.2.4. Forma	124
2.3. Finalización del fideicomiso	126
<i>Capítulo 3. Figuras jurídicas similares al fideicomiso</i>	131
3.1. El contrato	131
3.2. La fundación	134
3.3. El mandato	139
3.4. Estipulación a favor de un tercero	142
3.5. El negocio simulado	144
3.6. El negocio fiduciario	147
<i>Capítulo 4. Distintos tipos de Fideicomisos</i>	155
4.1. Fideicomiso de administración	155
4.2. Fideicomisos en garantía o de garantía	160
4.3. Fideicomiso financiero.....	167

SEGUNDA PARTE: EL FIDEICOMISO PÚBLICO	177
<i>Capítulo 5. El Estado y el fideicomiso: aparición de la figura y experiencias en el mundo.....</i>	177
5.1. Antecedentes	177
5.2. Algunas experiencias en el mundo de aplicación de la figura del fideicomiso público	180
5.2.1. México	185
5.2.2. Colombia	194
5.2.3. Argentina	200
5.2.4. Uruguay	216
<i>Capítulo 6. Naturaleza jurídica.</i>	225
6.1. Definición y naturaleza jurídica.....	225
6.2. Elementos esenciales	244
6.2.1. Elementos Personales.....	244
6.2.1.1. El Estado como fiduciante o fideicomitente	245
6.2.1.2. El fiduciario	250
6.2.1.3. Los beneficiarios.....	259
6.2.2. Elementos Reales.....	263
6.2.3. El fin perseguido.....	273
<i>Capítulo 7. Diferenciación del fideicomiso público con figuras afines del Derecho Público</i>	283
7.1. Delegaciones.....	283

7.2. La gestión interesada.....	291
7.3. Las personificaciones	299
7.4. El contrato administrativo	308
 <i>Capítulo 8. Régimen jurídico</i>	 317
8.1. La constitución de fideicomisos públicos como manifestación de la potestad organizatoria	324
8.2. Organización instrumental privada a través del fideicomiso público	337
8.3. Aspectos estatutarios	347
8.4. El encargo fiduciario en el fideicomiso público.....	365
8.5. Obligación de cumplimiento de normas de procedimiento administrativo	376
 <i>Capítulo 9. Funcionamiento y Controles de los fideicomisos públicos</i> ..	 385
9.1. Revisión del funcionamiento de los fideicomisos públicos	385
9.2. Ventajas y riesgos de la utilización de esta figura	395
9.3. Necesidad de control específico	400
 <i>Conclusiones</i>	 421

Bibliografía	433
Libros.....	433
Monografías.....	442
Ponencias y reportes.....	443
Artículos de Revistas jurídicas.....	445
Prensa.....	466

Introducción

*La luna ignora que es tranquila y clara
Y ni siquiera sabe que es la luna;
La arena que es la arena. No habrá una
Cosa que sepa que su forma es rara.*

Jorge Luis Borges¹

Podemos decir que el fideicomiso es una de las formas más raras del Derecho de todos los tiempos y que a pesar de ello goza de enorme éxito tanto en los países anglosajones a través del *trust* como en los países de tradición civilista² a través de las distintas formas de fiducia y bajo su nombre propio en América Latina.

Esta figura: el fideicomiso, será el objeto de nuestro estudio en este trabajo. Nos proponemos ahondar en él como instrumento del Derecho Público. Esa rareza que hemos enunciado nos mueve al análisis particular para encontrar su esencia y utilidad en el ámbito estatal; ya que profusamente ha sido aplicada con éxito en el sector privado y comienza a expandirse la idea de su necesidad en la Administración Pública. Sin embargo, advertimos que LUPOLI decía que "un jurista del sistema civilístico que quiera entender los *trusts* debe intentar sumergirse en ellos más de lo que es normalmente necesario de acuerdo a los criterios actuales del derecho comparado. Debe también realizar esfuerzos inusuales para evitar hacer inmediatas y casi instintivas comparaciones con

¹ BORGES, Jorge Luis Borges, de la poesía "De que nada se sabe", *La rosa profunda*, Emecé Editores, Buenos Aires, 1975.

² DUNAND, Jean-Philippe, Universidad de Neuchâtel y Lausana, "La fiducia o las fiducias en Derecho suizo: una protección desigual y lagunosa de los patrimonios fiduciarios" en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), "El trust en el Derecho Civil", con la colaboración de la Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d'Innovació, Universitat i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 245.

instituciones del sistema legal con el cual está familiarizado"³. No nos conmueve saber que deberá ser grande el esfuerzo para poder contribuir en este aspecto a la ciencia conciliadora del Derecho Comparado y particularmente en un área tan sensible de la organización social de una comunidad como es el Derecho Administrativo. Ello supone que deberemos necesariamente utilizar la metodología de análisis especializado de los ordenamientos jurídicos donde se ha desarrollado así como la doctrina y jurisprudencia vinculadas.

Nos ha parecido oportuno y desafiante estudiar una figura desconocida en el Derecho Español para el ámbito público, y conscientemente ignorada en el ámbito privado, tan sobrecargada de rémoras históricas que la hacen aparecer como un mecanismo de fraude sucesorio, de inmovilización de patrimonios o perjuicio a terceros. Entendemos que hay que atreverse, como lo hemos hecho, con valentía, a mirar la realidad desde ángulos impensados y hasta inverosímiles, porque resulta la única manera de crecer y de probar que en el Derecho queda espacio para gestar nuevos sueños. La hipótesis inicial de que es posible en el Derecho Español reflexionar sobre esta figura sin más límite que la Constitución, que da la pauta del Estado de Derecho querido por la sociedad hispana, nos ha llevado a confirmar ese planteo tal como surge a lo largo del trabajo. Llama la atención que Latinoamérica haya desarrollado tanto la institución en el esquema público sin que España haya tenido demasiado que ver en ello cuando en realidad la mayoría de la legislación vigente en esos países se ha nutrido de la raíz de las normas forjadas con tesón en los siglos de lucha interior en la península por el reinado de la Justicia y la Libertad. El atrevimiento de que el Derecho Público de las jóvenes naciones americanas llame a la reflexión en España dentro del marco de este instrumento nos ha subyugado. Como Julián MARÍAS creemos "que España consiste en un riquísimo repertorio de posibilidades, apoyadas en uno de los pasados más

³ AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, *"El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de "De Luca" y "Eurnekian"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131.

interesantes y creadores de la historia”⁴, por lo que estamos convencidos de que nuestras consideraciones no serán despreciadas aunque más no sea para dar nacimiento a nuevos pensamientos. Para ello hemos analizado distintas normativas latinoamericanas que son las más ricas en regulaciones del fideicomiso público pero, además, en implementación del mismo para distintos propósitos particularmente en cuestiones financieras y de infraestructura. No hay desarrollo de normativa específica de fideicomiso público en Europa en general, aunque existe en referencia al fideicomiso privado o a la fiducia, como se verá, en varios países de la Unión. Los países anglosajones, con el particular perfil práctico que han desarrollado en sus jurisdicciones, presentan fundamentalmente estructuras privadas fiduciarias y aisladamente públicas, pero sin embargo nos han ayudado a comprender la dinámica de la implementación de la herramienta jurídica en ambos sectores.

Comenzaremos con el estudio del fideicomiso en general, si bien nuestro objeto de estudio será específicamente el *fideicomiso público*, como hemos enunciado. Para llegar a él debemos hacerlo por el atajo de la figura del Derecho Privado que ha nutrido al instituto que se yergue en el Derecho Público, con presencia incipiente y apenas definida pero con voluntad de mostrar su utilidad y sus diferencias frente a otros institutos más antiguos y probados en el mundo de la Administración Pública. Muchas han sido las figuras que desde el Derecho Privado se construyeron en el Derecho Público casi como propias o por lo menos con características diferenciales que hacen poco reconocible la base original.

El desarrollo de la materia fiduciaria particularmente en el Derecho Mercantil ha sido abundante, como también profuso en el Derecho Sucesorio, por lo que haremos una tarea de síntesis clara para que la introducción a esta figura no resulte distractiva del objeto del trabajo, pero si efectiva a los fines de su comprensión.

⁴ MARIAS, Julián, “*Tratado sobre la convivencia. Concordancia sin acuerdo*”, Ediciones Martínez Roca, Barcelona, 2000, pág. 55.

Especialmente, el análisis de la jurisprudencia de distintos países con relación a estas materias civiles y mercantiles apoyará el esfuerzo de comprensión de la figura base en esta primera parte y ayudará a resolver algunos planteos prácticos. A esta altura ya es indispensable advertir que la teoría iusprivatista no se puede aplicar directamente y sin poner un previo tamiz a la figura utilizada en el ámbito público, pero servirá de guía para su desarrollo como así para marcar las diferencias que impone como instrumento de política pública.

Haremos las precisiones necesarias para la diferenciación conceptual de los términos *trust*, fiducia y fideicomiso para concluir que la esencia funcional de todos ellos es similar, lo que nos habilitará a usar estos términos de manera indistinta a los fines del presente trabajo con independencia de las estrictas puntualizaciones que fueren necesarias en cada caso en particular. Por ejemplo, en Québec y Francia se utiliza la expresión *fiducie* en lugar de *trust* que se usa en los países anglosajones y en los países latinoamericanos se utiliza la palabra *fideicomiso* que para los españoles puede ser equívoca, visto que la relacionan con el derecho sucesorio. Todos estos términos designan un instituto con idéntica estructura e iguales funciones⁵. Recordemos aquí que ya se ha dicho que "la traducción de *trust* por fideicomiso es generalmente aproximativa, ya que en muchas situaciones esos conceptos responden a realidades jurídicas del idioma del que se traduce, que no existen en el sistema jurídico del idioma al que se traduce (...) en síntesis: no nos parece igualmente lícito traducir *data bank* por «banco de datos» que *trusts* por «fideicomisos», por lo menos hasta que el entorno jurídico de España y América Latina haya modificado radicalmente la institución del fideicomiso"⁶. Los caracteres de esta figura debieron ser analizados en esta primera etapa, como hemos anticipado, desde el ámbito del derecho privado donde ha tenido su nacimiento y también

⁵ ARROYO I AMAYUELAS, Esther, "¿Y si universalizamos el *trust*, también en Cataluña?", en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), "El *trust* en el Derecho Civil", con la colaboración de la Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d'Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 461.

⁶ Citando a D. J. DEFERRARI, AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, "El *private trust* angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de "De Luca" y "Eurnekian", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131.

fue necesaria la comparación del fideicomiso con otros institutos similares para acercar claridad a la comprensión de este fenómeno tanto en el área privada como en la pública.

Uno de los desafíos que enfrentan quienes se atreven a asumir la gestión de la cosa pública es la elección de los instrumentos eficaces para lograr los altos niveles de satisfacción del interés general a los que todos los administradores estatales están llamados. El fideicomiso, con su insólita estructura, resulta ser una herramienta de gestión adecuada y dinámica en el marco de la organización de la Administración Pública, para algunas situaciones especiales donde ninguna figura como ella puede otorgar una solución adecuada. Debe valorarse su entidad en un sentido dinámico y como el medio flexible para la instrumentación de una amplia gama de posibilidades de organización y gestión⁷.

La intención de este trabajo es brindar un panorama histórico, teórico y práctico del fideicomiso en el área tanto privada como pública y poner el acento en el análisis de esta última. Dividiremos la tarea en dos grandes espacios. En uno se describirá el instituto en el ámbito privado, como se ha dicho, y en el otro dentro del ámbito público. En la primera parte de esta labor se ha utilizado la técnica de investigación jurídica descriptiva⁸ respetando la secuencia histórica con un foco sobre los elementos relevantes diferenciadores y evolutivos de los distintos regímenes jurídicos detallados. En la segunda parte la metodología de la investigación ha sido realista al partir del análisis de la normativa vigente en distintas jurisdicciones y de su aplicación, así como, la existencia de la figura del fideicomiso público de hecho, sin que exista ley alguna que lo autorice expresamente o que delimite las bases de su régimen jurídico o de su aplicación. Hemos tenido en cuenta en esta segunda parte que no basta la presencia de la Administración en cualquier instancia de la generación u

⁷ JUNYENT BAS, Francisco, y, MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *“Bases para una reforma del régimen del fideicomiso a propósito de la necesidad de su inscripción”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 782-790.

⁸ BOHOSLAVSKY, Juan Pablo, *“Créditos abusivos”*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2009, pág. 42.

operación de un artificio instrumental independiente de ella, como el fideicomiso, para que se produzca la aplicación directa y sin más del Derecho Administrativo, aunque la Administración actúe en el ejercicio de sus funciones substanciales, y reclamando además la aplicación del Derecho Público que es el que resulta específico de ella. Entendemos que cuando se trata de la actuación de entes distintos de la Administración, pero creados por ella para un fin determinado bajo normas que tienen su génesis en el sector privado, se les aplica el Derecho Privado porque es el que regula las relaciones entre los particulares, aunque la Administración pública no será nunca jamás uno de esos sujetos⁹. Este fenómeno es indiscutido cuando además dichas entidades se desprenden jurídicamente de la Administración y habremos de suponer que lo mismo sucedería con el fideicomiso. Ya debemos reconocer que es sumamente difícil establecer un criterio general que determine el régimen jurídico aplicable en estos casos, especialmente si no se encuentran involucradas potestades públicas y sólo se perciben a priori datos concretos de la realidad que podrían hacer suponer cuestiones públicas. Aquí entendemos que el poder público no sólo debe limitarse a aplicar las normas jurídicas de derecho público o privado para las que entiende se encuentra habilitado, sino que debe además analizar los efectos de la aplicación de algunas de estas reglas que podrían resultar ilícitas¹⁰, excesivas o inapropiadas en ciertas circunstancias y que llevarían a la distorsión de la base legítima del fideicomiso como instituto jurídico. Las conclusiones nos llevarán a desarrollar un esquema específico del fideicomiso público utilizado por la Administración, fundado en nociones iusprivatistas que se reconvierten para crear una categoría distinta del fideicomiso sólo aplicable en el espacio público.

Se advierte que a través del tiempo se han rechazado nuevas figuras que originadas en el Derecho Privado luego se aplican al Derecho Público por la simple razón de que lo que no se conoce genera una natural desconfianza. De

⁹ REBOLLO PUIG, Manuel, *“Derecho de la Administración Pública y Derecho Administrativo”*, Revista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, número 2, 2000, pág. 249.

¹⁰ NIETO, Alejandro, Catedrático de Derecho Administrativo, *“La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 76, 1976, pág.18.

allí que su rechazo prematuro no es más que lógico por ello mismo y trataremos aquí de vencerlo. “Hay que estar persuadido de que no se tiene nunca toda la razón, de que los demás tienen alguna, y hay que dársela; pero no hay que darles la que no tienen”¹¹. Siempre existió el paradigma de la contraposición de intereses para la construcción de las instituciones jurídicas, tanto en el Derecho Público como en el Derecho Privado. Precisamente de esta contraposición ha resultado una jerarquización rigurosa que conlleva una dificultad de entendimiento y adaptación de instituciones jurídicas cuando ellas han nacido en el seno de un Derecho, como sucede en este caso el Derecho Privado, para luego se desplazarse hacia otro, como en este caso hacia el Derecho Administrativo¹². Esta estricta categorización no ha contribuido a validar conceptos en otras cuestiones y menos en el tema que nos ocupa. Por ello, en la primera parte nos remontaremos a sus orígenes romanos y luego recalaremos en el *trust* anglosajón para analizar las influencias de estos antecedentes en las legislaciones continentales y latinoamericanas. Sabemos que el derecho romano tiene una historia de desarrollo de más de doce siglos¹³, por lo que ese largo proceso de evolución nos permitirá fijar las bases para el análisis de esta figura jurídica que, en Roma, tomaba la forma de un fenómeno social basado en la lealtad de la palabra empeñada¹⁴. Así fue receptada por los distintos sistemas legales y, en particular, en Inglaterra con el aporte sustancial de la *Court of Chancery of England* que desarrolló la figura durante cinco centurias (1386-1882)¹⁵, por lo que resulta importante su estudio considerando que el *trust* forma parte de la vida común de un ciudadano inglés

¹¹ MARIAS, Julián, “*Tratado sobre la convivencia. Concordancia sin acuerdo*”, Ediciones Martínez Roca, Barcelona, 2000, pág. 98.

¹² MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “*Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica*”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 231.

¹³ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “*Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*”, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 2.

¹⁴ CAMARA LAPUENTE, Sergio, “*Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español*”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LXXV, septiembre-octubre 1999, número 654, pág. 1767.

¹⁵ Material del Curso de la Prof. Lucy S. McGough, The American Law Of Trusts, Paul M. Hebert Law Center, Louisiana State University, LSU, cursado en abril-mayo 2005.

en la actualidad, en sus distintos campos de aplicación como la planificación del patrimonio familiar, la beneficencia, el estímulo de las ciencias y las artes, el apoyo de las decisiones de las cortes y los negocios, entre otros¹⁶. La figura del fideicomiso ha acompañado al hombre jurídico siempre como elemento de solución de cuestiones cotidianas, tanto simples como complejas; y así lo veremos.

Como hemos dicho, nos valdremos del estudio comparativo de diversas legislaciones, pero fundamentalmente de institutos similares al fideicomiso; y a pesar de que estamos convencidos de que cuando se comparan distintas figuras jurídicas se rechaza inmediatamente su equiparación¹⁷, superaremos esta circunstancia para destacar los rasgos esenciales del instituto, que nos habrá de conducir a describir su contenido sustancial y así arribar a su concepción propia en el sector público, que es el central objeto de estudio en este trabajo. Además, con la conceptualización y deslinde del instituto en la primera parte podremos determinar los distintos tipos, clases o modalidades de fideicomisos que se deducen de sus distintas aplicaciones en la práctica comercial y por ende aplicables en algunos casos en el ámbito de la Administración Pública y su actuación en el mercado.

En la segunda parte, centraremos nuestra referencia al fideicomiso en su desarrollo en el ámbito público, que es el corazón de nuestra investigación. En esta sección es donde más profunda se ha hecho la reflexión para que el aporte científico sea válido. Nos hemos encontrado aquí con encrucijadas interesantes, donde los caminos concurrentes nos han obligado a tomar uno y defenderlo como el más apto para una propuesta armónica. El esfuerzo se ha

¹⁶ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, *“Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina”*, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 23.

¹⁷ SERRANO DE NICOLAS, Angel, *“Trust y derecho de sucesiones”* en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, con la colaboración de la Generalitat de Catalunya, Departamente de Justicia; Departamente d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 74.

centrado en tutelar la correcta aplicación de la figura de modo de contribuir a garantizar la confianza en las herramientas públicas¹⁸.

En los países de tradición civilista donde se ha desarrollado la figura del fideicomiso público, se ha adoptado básicamente un instituto alejado del concepto del *trust* y de la fiducia que conserva algunas de sus características y esencias pero más cercanas conceptualmente al fideicomiso de derecho privado de los países latinoamericanos. En esta segunda parte determinaremos su naturaleza jurídica, las reglas específicas que deben regirlo y su diferencia con otras figuras afines del ámbito público, para determinar la propia utilidad del fideicomiso en el seno de la Administración. Esta utilidad no será despreciable, como veremos, y como todos sabemos no será tampoco la primera vez que se produce un trasvasamiento desde el Derecho Privado para que el nacimiento de reglas públicas que hagan más ágil y eficiente la gestión del Estado en favor de los ciudadanos. Para determinar el régimen jurídico del fideicomiso público se hace necesario su estudio del mismo como manifestación de la potestad organizatoria y en ese contexto como un instrumento privado apto para su fin específico de bien común. Aquí no entraremos en el debate profundo de la opción institucional, que no es sólo organizativa, pero tendremos en mira que la potestad organizativa no sólo se ejerce creando órganos, sino que apostaremos a un criterio más amplio que incluya una perspectiva superadora. En suma, un instrumento para lograr el interés general que se suma a muchos otros ya experimentados en la gestión de la cosa pública. Por último, luego de las experiencias habidas en el mundo, se abordará un capítulo referido al funcionamiento y control del fideicomiso público donde primeramente se establecerá la necesidad de la fiscalización, la obligación del cumplimiento de las normas de procedimiento administrativo y la sujeción a controles específicos. Luego de analizar las ventajas y desventajas de esta figura en el ámbito estatal y determinar la necesidad de su constitución, en algunos casos nos detendremos para darle a este trabajo un espacio de reflexión, dejando otros temas para las próximas investigaciones que nos

¹⁸ CHIMINAZZO, Tullio, *“Etica ed Economia: L’utopia deviene realtà”*, Editorial FrancoAngeli, Milano, Italia, 2002, pág. 113.

esperan. Recordamos que Miguel de Unamuno nos decía “mira que es largo el camino y corto, muy corto, el tiempo, parar en cada posada, no podemos”¹⁹. Advertiremos que el análisis de algunas cuestiones tendrá el mérito innegable de ayudar a tomar conciencia de la necesidad de producir una teoría clara sobre el fideicomiso público, que pueda contribuir a mejorar la normativa existente en distintas jurisdicciones y a los legisladores de aquellas latitudes que no se han atrevido a incorporar el fideicomiso a su plexo legal, pueden así advertir su utilidad desde la experiencia recogida en la aldea global, especialmente en los momentos de crisis económicas y financieras como los que hoy atraviesa Europa y España en particular²⁰. La Exposición de Motivos de la ley de fideicomiso francesa del 19 de febrero de 2007 manifiesta la necesidad de responder al hecho de la generalización de este instrumento jurídico, que desde China a Uruguay, pasando por Japón, Filipinas y quince países latinoamericanos²¹ han regulado por ley o incorporado por vía jurisprudencial²². Llegaremos así a las conclusiones que intentan ser un aporte válido especialmente para los países donde el instituto del fideicomiso no se conoce, no se aplica o es ignorado como en el caso de España. Nos hacemos responsables de los errores que podamos haber cometido en el afán de encontrar una respuesta a cada pregunta y en el atrevimiento quizás temerario de ensayar definiciones y teorías sobre las distintas cuestiones analizadas. “El mar es muy grande y el bote es pequeño y difícil de ver” le hacía decir Hemingway²³ al viejo mientras éste notaba lo agradable que era tener a alguien con quien hablar en vez de hablar sólo consigo mismo y con el mar. Para nosotros éste ha sido un largo camino de conversaciones con los

¹⁹ De Unamuno, Miguel, “*Poesías escogidas*”, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, Segunda Edición, 1972.

²⁰ LISOPRAWISKI, Silvio, y DEL SEL, Juan María, “*Responsabilidad del Developer en el fideicomiso inmobiliario*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-A, pág. 652-667.

²¹ Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Uruguay, Perú y Venezuela.

²² KIPER, Claudio M, y, LISOPRAWISKI, Silvio, “*La ley francesa de fideicomiso*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 984.

²³ Hemingway, Ernest, “*El viejo y el mar*”, Traducción de Lino Novas Calvo autorizada por el autor, Colección Literaria Universl, Editores Mexicanoa Unidos S.A., México 1976, pág.121.

directores del trabajo, mi entorno académico y conmigo misma que pretende arribar a una sincera contribución científica que siembre una semilla de reflexión, otorgue una nueva mirada o un nuevo significado²⁴ para la comunidad jurídica acerca de un instrumento que sintetiza un binomio público y privado tal como algunos conceptos novedosos en el Derecho Europeo, como las colaboraciones público-privadas (CPP)²⁵, aún poco desarrolladas pero que despiertan expectativas y entusiasmos a veces desmedidos²⁶.

Sólo nos queda apelar a la Doctora de la Iglesia, SANTA TERESA, para que la lectura de este trabajo no os turbe u os espante y que con paciencia alcancéis anemamente el final del texto²⁷.

²⁴ CHIMINAZZO, Tullio, *“Ética ed Economía: L’utopia deviene realtà”*, Editorial FrancoAngeli, Milano, Italia, 2002, pág. 119.

²⁵ JUAN LOZANO, Ana María, y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús, *“La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos. Una aproximación desde los principios jurídicos-financieros”*, Prólogo de Ignacio Bayón Mariné, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2006, pág. 10.

²⁶ LISOPRAWSKI, Silvio, y MARTORELL, Ernesto Eduardo, *“El fideicomiso financiero –a la argentina- ante el “chubasco” nacional e internacional (validez del famoso cuento de “El Rey desnudo)”*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, miércoles 27 de mayo de 2009, pág. 6.

²⁷ SANTA TERESA, *“Obras completas”*, preparada por Alvarez, Tomás, Séptima Edición, Editorial Monte Carmelo, Burgos, 1994, pág. 1994 donde se recuerda que esta letrilla denominada *“Nada te turbe”* la llevaba la Santa consigo en su breviario al morir en Alba de Tormes en el año 1582, doce años después de su llegada a Salamanca para la fundación del monasterio de San José el 31 de octubre de 1570 (pág. 950 de la obra citada). Existe una extensa glosa poética de esta letrilla y no hay indicios de que también esa glosa encontrada sea de la Santa.

PRIMERA PARTE: EL FIDEICOMISO

Capítulo 1. Antecedentes históricos y panorámica general

Realizaremos aquí un somero análisis del fideicomiso, a través del tiempo, en el pensamiento jurídico y en las distintas legislaciones. Cada paso nos irá ampliando la visión de esta figura jurídica que ha sido utilizada y abandonada con frecuencia en la historia del Derecho por distintos pueblos, como hemos podido apreciar en la investigación.

Consideramos que el análisis de la utilización de la figura en la práctica, de las discusiones doctrinarias y principalmente del intercambio de opiniones que se produce cuando se realiza el procedimiento necesario para la aprobación de nuevas legislaciones o sus modificaciones ayudan a entender las aristas de las instituciones jurídicas empleadas en cada circunstancia histórica y la razón que les anima. Recurriremos en muchos casos a estas útiles herramientas para ahondar en cada uno de los puntos a tratar.

Entendemos necesario este recorrido en el tiempo y en el espacio como un mecanismo vital para obtener conclusiones razonables. Como se observará, diversas son las denominaciones adoptadas, distintas las definiciones y los usos de la figura del fideicomiso por lo que se hace indispensable bucear en las aguas profundas de este incógnito mar. Sin duda a través de los fundamentos históricos se comprenderá su esencia²⁸, que se proyectará en su aplicación efectiva.

²⁸ BARBIERI, Javier, *“El fideicomiso desde sus orígenes hasta el derecho actual”*, Revista Impuestos, Buenos Aires, Tomo 2000-A, pág. 1350.

Hemos apreciado a lo largo de este estudio que se trata de una institución controvertida, mas no abandonada sino recreada en distintas circunstancias para traer soluciones y certezas a problemas de implementación de negocios jurídicos²⁹.

1.1. Normativa sobre fiducia en el derecho romano

Pareciera que la figura ha surgido por primera vez en Roma en el período arcaico de la monarquía absoluta que concluye con la publicación de las XII Tablas alrededor del año 450 antes de Cristo y se continuó usando en la República hasta la fundación del Imperio con Augusto en el año 27 antes de Cristo con franca evolución hasta la muerte de Justiniano en el año 565 después de Cristo³⁰. En la época post clásica no tiene ya aplicación; y los compiladores sustituyen sistemáticamente este contrato por la prenda o hipoteca o por el depósito o el comodato como veremos más adelante³¹.

En el derecho romano se reconocían dos formas básicas relacionadas con el tema: el fideicomiso y la fiducia. El primero era de fuente testamentaria³² y el segundo era de fuente contractual, pudiendo tratarse en este caso de una fiducia *cum amico* o de una fiducia *cum creditore*³³. La fiducia *cum amico* es más antigua que la fiducia *cum creditore*³⁴. La primera también se denominaba

²⁹ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, “*Doctrina General del Fideicomiso*”, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 103.

³⁰ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “*Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*”, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 4.

³¹ GARCÍA GARRIDO, Manuel J., “*Derecho Privado Romano*”, Segunda edición, revisada, DYKINSON S.A., Madrid, 1984, pág. 361.

³² Ver 1.1.1.2.

³³ RAISBERG, Claudia, “*El fideicomiso en garantía frente al concurso*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-C, pág. 1242-1245.

³⁴ LÓPEZ PARDIÑAS, Manuel, en MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (dirección y coordinación), “*Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*”, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001. “*Trust y Derecho Civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad*”, pág. 1548.

fiducia pura o fiducia-gestión y la segunda fiducia-garantía³⁵. Nos detendremos ahora en la profundización de estas formas básicas.

1.1.1. *Fideicommissum*

El *fideicommissum* es un encargo que se hace a una persona en virtud de la confianza o fe que se tiene en ella y que en ese acto se deposita; es, luego, un encargo de fe. En suma, una petición de confianza que el testador encomendaba para después de su muerte a la fidelidad del heredero (*fidei alicuius committere*)³⁶. *Fides* alude a "compromiso solemne", "garantía dada", "juramento"; bona *fides* significa "bajo buena garantía". De la misma raíz es el verbo *fido*, *-is*, *-sus*, *-sum*, *-dere*, que significa "confiar", "tener confianza de, o en"; del cual deriva fiducia: "confianza". *Commissum* es sustantivo neutro, que puede traducirse por "empresa", "encargo", "encomienda", y también "cosa confiada" o "secreto". Deriva en forma directa del verbo *committo*, *-mittis*, *-misi*, *-issum*, *-mittere*, que significa "emprender", "encargar", o bien "dar encargo", "entregar". A su vez *committo* es un derivado del verbo mando, *-as*, *-aui*, *-atum*, *-are*. *Mandare*, literalmente, significa "poner en mano" (*in manus dare*); también, "confiar", "recomendar", "encomendar", "dar mandato a alguien", "encargar a alguien de anunciar" y "hacer saber algo". Significa, en suma, "a la conciencia fiel"³⁷. El *fideicommissum* nació como un encargo de liberalidad *mortis causa* sin sanción jurídica y tuvo su origen en las múltiples incapacidades de heredar que consagraba el derecho romano³⁸ como ser

³⁵ DUNAND, Jean-Philippe, Universidad de Neuchatel y Lausana, "La fiducia o las fiducias en Derecho suizo: una protección desigual y lagunosa de los patrimonios fiduciarios" en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), "El trust en el Derecho Civil", con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d'Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 230.

³⁶ FUENTESECA, Pablo, Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, "Derecho Privado Romano", Imprenta E.Sánchez, 1978, pág. 521.

³⁷ LENARDON, Fernando Roberto, "Fideicomiso gubernamental", Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 25.

³⁸ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, "Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina", Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 11.

esclavo, soltero o casado sin hijos³⁹. En el legado el pedido era formal y debía ser hecho con palabras imperativas; mientras que en el fideicomiso era informal e involucraba palabras rogativas: "Te ruego, confío en que, te pido"⁴⁰. Se denominaba *fideicommissum hereditatis*⁴¹, o *universitatis* y tenía por objeto una herencia entera o una cuotaparte de ella⁴². Se encomendaba mediante un simple ruego con palabras precativas⁴³ a la persona que debía recoger los bienes hereditarios para que diera a éstos un destino determinado o ejecutase cualquier otra disposición indicada por el causante. El fideicomiso en ningún caso operaba la transmisión de la propiedad de la cosa dada⁴⁴. Entonces, la debilidad jurídica del instituto, proveniente de la falta de acción para exigir su cumplimiento, era superada por las ventajas que concedía su utilización, que principalmente eran dos: 1) la carencia de toda formalidad legal y 2) la posibilidad de recurrir a este medio para alcanzar fines que de otro modo no se

³⁹ LEMOS POSSO, César Augusto, y MESA SARMIENTO, José Ferney, "Sobre la fiducia", Tesis de Grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Santafé de Bogotá, D.C., República de Colombia, 1991, pág. 1.

⁴⁰ AMÉNDOLA, Manuel Alejandro, "Fideicomiso testamentario: cuestiones controvertidas", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-A, pág. 952-958.

⁴¹ Según Ulpiano: *Fideicommissariis hereditatibus: Sciendum itaque est omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur praestare id de quo rogatus erat: quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fideicommittebant eorum, qui capere ex testamento poterant: et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur. Postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, ve quia per ipsius salutem rogatus qui diceretur, aut ob insignem quorurundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere* (Ha de saberse que en los primeros tiempos eran nulos todos los fideicomisos, porque nadie estaba obligado contra su voluntad a cumplir aquello que se le había rogado; pues los que dejaban herencia o legados a quienes no podían –legalmente- dejárselos, se los confiaba a la lealtad de los que podían recibir por testamento; y por eso se llamaban fideicomisos, porque no llevaban en sí vinculo alguno de derecho, sino únicamente la honradez de aquellos que eran rogados. Después, el divino Augusto fue el primero que movido alguna que otra vez por consideración a las personas, o porque alguien se dijese rogado por la salud del mismo (Augusto), o movido por la gran perfidia de algunos, mandó a los cónsules que interpusiesen su autoridad) conforme indica ROSENFELD, L. Carlos, "Antecedentes históricos del Fideicomiso", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1998-E, pág. 1194.

⁴² ROSENFELD, L. Carlos, "Antecedentes históricos del Fideicomiso", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1998-E, pág. 1191.

⁴³ FUENTESECA, Pablo, Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, "Derecho Privado Romano", Imprenta E.Sánchez, 1978, pág. 521.

⁴⁴ ROSENFELD, L. Carlos, "Antecedentes históricos del Fideicomiso", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1998-E, pág. 1192.

podían obtener⁴⁵. Podían ser beneficiarios de un fideicomiso los *peregrini*, hasta que una *oratio* de Adriano lo prohibió y se confiscaron los fideicomisos dejados a extranjeros y a las *personae incertae*⁴⁶. Hasta allí podían ser beneficiadas las *personae incertae*, como veremos luego, que eran beneficiadas en la aplicación del fideicomiso público. El auge de la figura se debió a la posibilidad de burlar por medio de ella las leyes limitadoras de la capacidad para adquirir por testamento o legado como era el caso de la prohibición de la *Lex Voconia*⁴⁷, que impedía a la mujer recibir herencias de personas de la primera clase del censo, o la prohibición de manumitir e instituir heredero al esclavo menor de 30 años^{48/49}.

Para ULPIANO: *Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precativè relinquitur, nec ex rigore iuris civiles proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis* (Fideicomiso es lo dejado, no con las palabras que determina el *ius civile*, sino rogando, y no tiene su origen en el rigor del *ius civile*, sino que es dado por la voluntad del que lo deja)⁵⁰.

El *fideicommissum* era utilizado para actos *mortis causa*; en cambio la fiducia para actos entre vivos. El causante realizaba un determinado acto jurídico, sin estar previsto ello en su testamento para eludir las múltiples incapacidades hereditarias que contenía el derecho romano, como hemos indicado. Este acto se denominaba *codicilo* y era un instrumento desprovisto de formalidades que podía redactarse al margen del testamento y que tenía por objeto añadirle

⁴⁵ Mencionando a ERNOUT et MEILLET, Dictionnaire Etymologique de la langue latine (Histoires des mots), Ed. Klincksieck, Paris, BARBIERI, Javier, "El fideicomiso desde sus orígenes hasta el derecho actual", Revista Impuestos, Buenos Aires, Tomo 2000-A, pág. 1350.

⁴⁶ FUENTESECA, Pablo, Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, "Derecho Privado Romano", Imprenta E.Sánchez, 1978, pág. 523.

⁴⁷ GAYO, II, 226.

⁴⁸ GAYO, II, 276.

⁴⁹ FUENTESECA, Pablo, Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, "Derecho Privado Romano", Imprenta E.Sánchez, 1978, pág. 522 y 523.

⁵⁰ ROSENFELD, L. Carlos, "Antecedentes históricos del Fideicomiso", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1998-E, pág. 1191.

ciertas disposiciones particulares⁵¹. Se podía hallar contenido en cualquier palabra incluso en griego y hasta podía ser constituido, en cualquiera de sus formas, mediante un simple gesto o indicación⁵². Por ese acto jurídico el causante disponía la entrega de un bien a un tercero, para que éste lo entregara al verdadero destinatario. Este acto estaba fuera de la tutela legal, depositándose toda la confianza en la buena fe de la persona designada para cumplir el encargo. A este tipo de disposición se la denominaba *fideicommissum*, al encargado de confianza *fiduciarius* y al beneficiario *fideicommissarius*⁵³. En la época de Augusto el *fideicommissum* no era exigible, porque no nacía de una *obligatio* y por ello no poseía la pertinente *actio*; y precisamente por eso el propio Augusto encomienda a los cónsules intervenir en los litigios relativos a estas figuras para obligar a que se cumplan las promesas⁵⁴ y entonces el incumplimiento del *pactum fiduciae* se sancionaba como un acto doloso de infidelidad mediante la *actio fiduciae*, cuya condena se refería a todo lo que la *bona fide* comercial exigía e incluso esta condena tenía efecto público infamante y se trataba no de una acción contractual, sino análoga a las *actiones penales in factum*⁵⁵.

Se conocieron distintas formas de *fideicommissum*, como la pura o simple, la condicional, la particular, la universal y la gradual; aunque se entiende que estas categorías fueron establecidas por los intérpretes del derecho romano, ya

⁵¹ ROSENFELD, L. Carlos, “Antecedentes históricos del Fideicomiso”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1998-E, pág. 1192.

⁵² FUENTESECA, Pablo, Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, “Derecho Privado Romano”, Imprenta E.Sánchez, 1978, pág. 521.

⁵³ CAMERINI, Marcelo A., “El fideicomiso civil y el fideicomiso financiero”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 998.

⁵⁴ FUENTESECA, Pablo, Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, “Derecho Privado Romano”, Imprenta E.Sánchez, 1978, pág. 522. En igual sentido LÓPEZ PARDIÑAS, Manuel, en MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (dirección y coordinación), “Homenaje a Don Antonio Hernández Gil”, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001. “Trust y Derecho Civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad”, pág. 1548.

⁵⁵ FUENTESECA, Cristina, “El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Prólogo de Manuel Albaladejo García, Primera Edición, José María Bosch, Barcelona, 1997, pág. 229.

que la única distinción que se encuentra en los textos romanos originales es entre *fideicommissaria haereditas*, que se refería a todo o parte de la herencia y *fideicommissum singulae rei*, que era aquel en que se dejaban cosas determinadas⁵⁶. Cuando el encargo o ruego del testador consiste en pedir al heredero que manumitiera a un esclavo, nos encontramos ante el *fideicommissum libertatis*. Así el heredero queda obligado a otorgar la libertad, aunque el esclavo no puede exigir su propia libertad con arreglo al *ius civile*, porque carece de capacidad, pero sí puede hacerlo mediante *cognitio extraordinem* pidiendo al pretor que coaccione al heredero al cumplimiento del fideicomiso. El heredero gravado con el fideicomiso no debe enajenar dicho esclavo, pero si lo hiciera, transmite la obligación de manumitir al adquirente⁵⁷.

En el último grado de evolución del derecho romano aparecen las sustituciones fideicomisarias⁵⁸, como la disposición por la cual el autor de la sucesión encarga a su sucesor conservar durante toda su vida los bienes, para transmitirlos al morir a una segunda persona que designa y tuvo su origen en el denominado *fideicommissum* gradual, que se limitó en la época de Justiniano hasta el cuarto grado de sucesión⁵⁹. La sustitución traducía el deseo del testador de disponer no solamente su propia sucesión, sino también la de sus sucesores, a veces en una forma indefinida, de generación en generación⁶⁰. La sustitución tiene lugar cuando el causante coloca en situación de preferencia a

⁵⁶ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “*Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*”, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 13.

⁵⁷ FUENTESECA, Pablo, Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, “*Derecho Privado Romano*”, Imprenta E.Sánchez, 1978, pág. 521 citando el Digesto 30,1: *per omnia exaequata sunt legata fideicommissis* pág. 530.

⁵⁸ Aceptan en su legislación la sustitución fideicomisaria Austria, Suiza, España, Alemania, Francia, Italia, Holanda y Portugal. En el derecho americano Brasil, Chile, Argentina, Venezuela y Ecuador.

⁵⁹ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “*Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*”, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 13.

⁶⁰ HERNÁNDEZ, Lidia Beatriz, y, GARCÍA de GHIGLINO, Silvia, “*La sustitución fideicomisaria y el fideicomiso testamentario (El Código Civil y la ley 24.441)*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1997-A, pág. 953-963.

un heredero por sobre otro que legalmente debía ser llamado primero⁶¹. Así el fideicomiso testamentario era un medio para realizar un fin ulterior en el cual la transmisión se hace poniendo en cabeza del fiduciario la obligación de cumplir una prestación en beneficio de alguien, previéndose a su término la obligación del fiduciario de transmitir el dominio de los bienes, mientras que la sustitución fideicomisaria era un fideicomiso vinculado con el destino de los bienes al acaecer la muerte del fiduciario gravado, y lo típico es que impone al fiduciario un sucesor⁶². A las sustituciones fideicomisarias se las denominó fideicomiso de familia, porque se debía conservar la herencia en favor de un miembro de la familia. Cuando el encargo hecho al heredero fiduciario es que éste restituya lo que quede de la herencia, nos hallamos ante el fideicomiso de residuo⁶³.

El *legatum*, era distinto que el *fideicommissum*, porque se constituía con expresiones imperativas y dotadas de eficacia civil (*civilia verba*). La diferencia teórica entre ambas figuras subsistió en la época clásica, aunque la pérdida de formalismo de los legados los llevó a un acercamiento a los fideicomisos⁶⁴. El legado era una disposición formal del testador, ordenada en testamento o codicilo mediante el que se le atribuye a una persona, a cargo del patrimonio hereditario o del propio heredero, un determinado bien, con lo que resultaba ser una sucesión a título singular⁶⁵.

Como ya indicamos hacia el final de la República Romana y comienzos del Imperio se acrecentaron los actos de mala fe y deslealtad de los fiduciarios; y

⁶¹ AMÉNDOLA, Manuel Alejandro, “Fideicomiso testamentario: cuestiones controvertidas”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-A, pág. 952-958.

⁶² AMÉNDOLA, Manuel Alejandro, “Fideicomiso testamentario: cuestiones controvertidas”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-A, pág. 952-958.

⁶³ FUENTESECA, Pablo, Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, “Derecho Privado Romano”, Imprenta E.Sánchez, 1978, pág. 529.

⁶⁴ FUENTESECA, Pablo, Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, “Derecho Privado Romano”, Imprenta E.Sánchez, 1978, pág. 521.

⁶⁵ TAMAYO ERRASQUIN, José Angel, “*Libertis Libertabusque. El fideicomiso de alimentos en beneficio de libertos en Digesta y Responsa de Q. Cervidius Scaevola*”, Universidad del País Vasco, Argitalpen Zerbitzua Servicio Editorial, Vitoria, Gasteiz, 2007, pág. 103.

por ello el emperador Augusto sometió el fideicomiso al control jurisdiccional de los cónsules a través de un recurso administrativo^{66/67} por la inexistencia de *actio*, y más tarde a unos pretores especiales (*praetor fideicomissarius*⁶⁸) sólo para las causas fideicomisarias. Posteriormente la materia vinculada a los fideicomisos se ventilaba ante el prefecto del pretorio y en las provincias ante el gobernador provincial (*praeses provinciae*)⁶⁹.

El senado-consulta Trebeliano⁷⁰ del 56 d. C. de época de Nerón estableció la posibilidad del traspaso en bloque del patrimonio de parte del heredero fiduciario al fideicomisario en un acto único de transmisión, por efecto del cual las acciones pasan como útiles al fideicomisario convirtiéndose en acreedor y deudor en sustitución del heredero, y además estableció la eximición de responsabilidad del fiduciario por las deudas de los bienes fideicomitidos. Por medio del senado-consulta Pegasiano⁷¹ de la época de Vespasiano (69 d.C.) mediante la extensión al fideicomiso de la ley Falcidia se acordó como retribución al fiduciario-heredero el cuarto de la herencia^{72/73}. Este senado

⁶⁶ CAMERINI, Marcelo A., “*El fideicomiso civil y el fideicomiso financiero*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 998.

⁶⁷ En el ámbito de una *cognitio* extraordinaria, al margen del *ordo indiciorum*, se daba la *persecutio fideicommissi*, según FUENTESECA, Pablo, Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, “*Derecho Privado Romano*”, Imprenta E.Sánchez, 1978, pág. 523.

⁶⁸ En la época de Claudio se crearon estos dos pretores especiales, siempre extraordinem según ROSENFELD, L. Carlos, “*Antecedentes históricos del Fideicomiso*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1998-E, pág. 1191. En igual sentido, LEMOS POSSO, César Augusto, y MESA SARMIENTO, José Ferney, “*Sobre la fiducia*”, Tesis de Grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Santafé de Bogotá, D.C., República de Colombia, 1991, pág. 1.

⁶⁹ FUENTESECA, Pablo, Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, “*Derecho Privado Romano*”, Imprenta E.Sánchez, 1978, pág. 523.

⁷⁰ El senadoconsulta Trebeliano actuó en la época de Nerón y ha dictado estas disposiciones entre los años 56 ó 57 d.C. conforme indica ROSENFELD, L. Carlos, “*Antecedentes históricos del Fideicomiso*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1998-E, pág. 1191.

⁷¹ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “*Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*”, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 12.

⁷² D'ORS, A., “*Sobre el fideicomiso bancario*”, La Ley, Buenos Aires, t. 1982-A, pág. 961 indicado por BARBIERI, Javier, “*El fideicomiso desde sus orígenes hasta el derecho actual*”, Revista Impuestos, Buenos Aires, Tomo 2000-A, pág. 1350.

⁷³ FUENTESECA, Pablo, Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, “*Derecho Privado*

consulta, junto con el senado –consulta Trebeliano antes mencionado, permitieron abrir una brecha en el modo rigorista y formal romano para darle al fideicomiso mayor informalidad (siglo I d. C.)⁷⁴. Recordemos aquí que el fideicomiso era un instituto plenamente libre de formas pero, como sucedió con otras figuras, una vez acogida en el seno del ordenamiento por concesión de Augusto, en tiempos de la República, sufrió el acoso por parte de la jurisprudencia a través del tratamiento *extra ordinem* para que se sujetara a determinadas formalidades como el resto de los institutos⁷⁵.

Justiniano⁷⁶ dictó dos constituciones en los años 529 y 531 que fusionaron el fideicomiso con el instituto del legado, estableciendo expresamente que las disposiciones de ambos institutos se aplicaran indistintamente, con la salvedad de que si existieran preceptos contradictorios, debían prevalecer las normas del fideicomiso por ser consideradas más humanas y moderadas que las del legado⁷⁷. Esto explica, para algunos autores, que los tratadistas estudiosos del Derecho Romano, partiendo del *Corpus Iuris Civilis* sólo se refieran a la

Romano”, Imprenta E.Sánchez, 1978, pág. 525 indicando que se trata de la *quarta Pegasiana* que concede al heredero gravado con un fideicomiso la facultad de retener una cuarta parte del patrimonio hereditario que no es más que la extensión del sentido de la *quarta Falcidia* de los legados a los fideicomisos.

⁷⁴ TAMAYO ERRASQUIN, José Angel, “*Libertis Libertabusque. El fideicomiso de alimentos en beneficio de libertos en Digesta y Responsa de Q. Cervidius Scaevola*”, Universidad del País Vasco, Argitalpen Zerbitzua Servicio Editorial, Vitoria, Gasteiz, 2007, pág. 99.

⁷⁵ TAMAYO ERRASQUIN, José Angel, “*Libertis Libertabusque. El fideicomiso de alimentos en beneficio de libertos en Digesta y Responsa de Q. Cervidius Scaevola*”, Universidad del País Vasco, Argitalpen Zerbitzua Servicio Editorial, Vitoria, Gasteiz, 2007, pág. 98.

⁷⁶ El Derecho justinianeo que establece los siguientes principios: a) las acciones hereditarias se transfieren al fideicomisario de acuerdo con las normas del senadoconsulta Trebeliano y en consecuencia se suprimen las estipulaciones. b) El heredero fiduciario tiene siempre derecho a la cuarta llamada Falcidia, Trebeliana o Pegasiana. c) El fiduciario puede ser obligado judicialmente a aceptar el fideicomiso según ROSENFELD, L. Carlos, “*Antecedentes históricos del Fideicomiso*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1998-E, pág. 1191.

⁷⁷ ROSENFELD, L. Carlos, “*Antecedentes históricos del Fideicomiso*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1998-E, pág. 1191. En igual sentido FUENTESECA, Pablo, Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, “*Derecho Privado Romano*”, Imprenta E.Sánchez, 1978, pág. 521 citando el Digesto 30,1: *per omnia exaequata sunt legata fideicommissis*.

aplicación en el ámbito sucesorio del fideicomiso y no a los pactos *cum creditore* y *cum amico* que fueron ignorados en ese Cuerpo⁷⁸.

Como para buena parte de los institutos del derecho que hoy conocemos, Roma ha sido la cuna donde se conocieron los primeros arrullos del instituto del fideicomiso y allí ha dejado huellas ciertas de su uso efectivo que ha llegado hasta nuestros días, para servirnos de ejemplo y guía en el estudio jurídico del tema. Debemos recordar aquí el papel central de la doctrina y la literatura jurídica en la Baja Edad Media y en la Edad Moderna, independientemente de la legislación vigente en ese tiempo, que han dado a conocer los detalles de numerosas instituciones romanas del derecho privado interpretándolas y adaptándolas a las realidades sociales y económicas de cada momento dando lugar a su reconstrucción fructuosa⁷⁹ como se verá en este capítulo.

1.1.2. La fiducia

La fiducia romana clásica era un negocio jurídico basado en la "*fides bona*" negocial⁸⁰. La etimología de la palabra "fiducia" es el vocablo latino *fides* que significa "fe" o "confianza", que luego resultara el fundamento último de esta figura. Recordemos que la confianza resulta el elemento característico de negocios como el depósito, el mandato y la prenda con desplazamiento⁸¹, todos éstos negocios jurídicos conocidos en el uso cotidiano de las gentes. El incumplimiento daba lugar a una acción, la *actio fiduciae*. Para los romanos obligación y acción son conceptos y realidades inseparables y esta acción

⁷⁸ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, "*Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*", Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 6.

⁷⁹ CUENA BOY, Francisco, "*El fideicomiso de residuo en el Derecho Romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles*", Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2004, pág. 67.

⁸⁰ DE ARESPACOCCHAGA, Joaquín, "*El "trust", la fiducia y figuras afines*", Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 17.

⁸¹ LISOPRAWSKI, Silvio, "*Fideicomiso: ni ángel ni demonio*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-E, pág. 1038 y ss.

entraba en la clasificación cuatripartita de Gayo como dentro de las acciones personales (*in personam*) de buena fe⁸² (*actiones bonae fidei*) que nacen particularmente en el comercio internacional para proteger los contratos del derecho de gentes que son los tutelados por el Pretor peregrino. Se trata de una acción de carácter infamante en cuya fórmula se ordena al juez que compruebe si el demandado ha observado en la conservación y restitución de la cosa, una conducta conforme a lo que “*entre personas honestas conviene justamente observar y sin defraudación*”. El fiduciario probablemente podría servirse de la *actio fiducie contraria* para el reembolso de los gastos o impensas realizadas en la cosa de acuerdo a la Sentencia 2.13.7. de Paulo de principios del siglo III⁸³.

En síntesis, en la fiducia romana, el “*dominus*” confiaba, es decir, entregaba en confianza, a otro sujeto distinto, un “*usus*” de un bien con un fin de garantía o de protección.

Se trataba de un acto entre vivos, por el cual la persona que transmitía a otra, por *mancipatio*⁸⁴ o por *in jure cessio*⁸⁵, la propiedad de una cosa, agregaba al acto un convenio o pacto especial por el cual el *mancipiolaccipiens* se comprometía a volver a transmitir al *mancipio dans* la cosa o a emplearla en cierto destino cuando se produjera determinada

⁸² Según Gayo, 4.62 “Los juicios de buena fe son éstos:...el de fiducia...” conforme GARCÍA GARRIDO, Manuel J., “*Derecho Privado Romano*”, Segunda edición, revisada, DYKINSON S.A., Madrid, 1984, pág. 353.

⁸³ GARCÍA GARRIDO, Manuel J., “*Derecho Privado Romano*”, Segunda edición, revisada, DYKINSON S.A., Madrid, 1984, pág. 360.

⁸⁴ La *mancipatio* era usada como imaginaria *venditio* y, durante el rito negocial *per aes et libram* las partes pactaban expresamente que el acreedor (*mancipio accipiens*) volvería a transferir la cosa al deudor (*mancipio dans*) ni bien el mismo hubiese extinguido la deuda. Sólo después se comenzó a hablar por los juristas de un *pactum fiduciae* inserto en el rito negocial *per aes et libram* y, por lo tanto, el complejo negocio, constituido por la *mancipatio* y el *pactum*, fue llamado *mancipatio fiduciae causa* según FACCO, Javier Humberto, “*El fideicomiso y su modalidad contractual de garantía*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-A, pág. 609-639.

⁸⁵ La *iure in cessio* era aplicable a la *res Mancipi* pero su uso era menos frecuente que la mancipación por exigir la presencia de un magistrado según RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “*Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*”, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 4 citando a PETIT, Eugéne, “*Tratado elemental de Derecho Romano*”, Ed. Porrúa S.A., México, 1995.

circunstancia prevista por las partes. En el pacto se concretaba el contenido del contrato y el momento y circunstancia de la obligación del fiduciario⁸⁶. A diferencia del *fideicommissum* que consistía en una transmisión por causa de muerte, el *pactum fiduciae* implicó un acuerdo con la obligación para el adquirente de retransmitir los bienes en determinadas circunstancias⁸⁷. De acuerdo con este *pactum*, en caso de fiducia *cum creditore*, se confiaba la cosa al *fiduciarius* para que se beneficiara de ésta, utilizándola e incluso arrendándola y la devolviese al fiduciante si éste pagaba la deuda o bien la vendiese en caso contrario⁸⁸.

Existían en general tres sujetos en la relación fiduciaria, aun cuando, en ciertas ocasiones, uno de ellos podía desempeñar un doble papel⁸⁹: el de *dominus*, receptor de la cosa y beneficiario. La fiducia era un modo de *mancipatio*, por lo que sólo podía utilizarse para transmitir un grupo muy determinado de cosas como los fundos itálicos, los esclavos y los animales de tiro y carga, es decir las llamadas *res mancipi*. Por lo que al desaparecer esta limitación específica de las cosas objeto de *mancipatio*, la fiducia carecía de objeto y quedó definitivamente abolida por Justiniano.

En la fiducia se producen entonces, en suma, dos negocios jurídicos distintos dentro de uno. Por un lado la obligación personal de confianza y, por otro lado, la transmisión real del bien. Así la fiducia, con estas características básicas, como negocio complejo, llega hasta nuestros días⁹⁰ con cambios en algunos

⁸⁶ GARCÍA GARRIDO, Manuel J., *"Derecho Privado Romano"*, Segunda edición, revisada, DYKINSON S.A., Madrid, 1984, pág. 359.

⁸⁷ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, *"Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina"*, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 7.

⁸⁸ FUENTESECA, Cristina, *"El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo"*, Prólogo de Manuel Albaladejo García, Primera Edición, José María Bosch, Barcelona, 1997, pág. 229.

⁸⁹ Mencionando el artículo 2662 Código Civil argentino, ROSENFELD, L. Carlos, *"Antecedentes históricos del Fideicomiso"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1998-E, pág. 1191.

⁹⁰ DE ARESPOCHAGA, Joaquín, *"El "trust", la fiducia y figuras afines"*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 18.

casos sutiles y en otros muy profundos que la hacen irreconocibles frente a esta génesis romana.

GAYO, en el apartado en 2.60., trata de la fiducia a propósito de la *usureceptio* o adquisición de la propiedad del fiduciante que recupera la posesión y la mantiene durante un año al decir: “Como la transmisión de garantías puede ser con un acreedor, en derecho de prenda, o con un amigo para que nuestras cosas estén seguras en su poder, en el caso que se haya acordado la transmisión de garantía con un amigo, evidentemente, la recepción por el uso compete siempre; si en cambio, ha sido con el acreedor, compete siempre que se haya pagado el dinero; cuando no se ha pagado, compete únicamente si el deudor no la recibió del acreedor en arrendamiento ni se la pidió para poseerla en precario; sólo entonces compete la usucapión lucrativa”. También el mismo autor la mencionaba al excluir el hurto en la *usureceptio* y al citar la *actio fiducie* entre las acciones infamantes en la relación de los juicios de buena fe. Los contratos de fiducia aparecen en una tablilla pompeyana del año 61 d.C. y en la llamada *Fórmula Bética* probablemente del siglo II d.C.⁹¹

La fiducia en Roma presentaba, como ya se ha anticipado, dos modos distintos conforme el fin para el cual se constituía, a saber:

a) Fiducia *cum amico*

Esta fiducia se trataba de la gestión de cosa ajena con las características del mandato⁹². Se trata de la manifestación original de la fiducia y su objeto era poner a resguardo bienes de propiedad de quien los entregara en fiducia. Se celebraba a título no oneroso, en interés del fiduciante y no del fiduciario y se utilizaba generalmente cuando alguien tenía que ausentarse por largo tiempo,

⁹¹ GARCÍA GARRIDO, Manuel J., “*Derecho Privado Romano*”, Segunda edición, revisada, DYKINSON S.A., Madrid, 1984, pág. 359.

⁹² VIRGOS SORIANO, Miguel, “*El Trust y el derecho español*”, Primera Edición, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, 2006, pág. 53.

sea para acudir a las guerras o permanecer en las colonias del imperio⁹³, y en vez de dejar los bienes en mano de un amigo a través de un contrato que le confiriere sólo la tenencia de los bienes, optaba por transferir los mismos en fiducia para que el amigo gozara de amplias facultades para administrarlos, celebrar contratos con relación a los mismos y defenderlos ante el ataque de terceros⁹⁴. Así tenemos que en la fiducia *cum amico* existe en general una finalidad de guarda⁹⁵. El *pater familiae* encomendaba a un amigo, el *emptor familiae*, no sólo su patrimonio sino su familia entera⁹⁶.

b) Fiducia *cum creditore*⁹⁷

Esta fiducia tenía mayor complejidad que la anterior. Fue un negocio a título o con causa onerosa y el único derecho real de garantía en la época clásica antes de la aparición de la prenda y la hipoteca⁹⁸. Se suponía, en fin, el ofrecimiento de una garantía al acreedor⁹⁹. Se trataba de la constitución de un derecho real de garantía a favor del fiduciario¹⁰⁰ a través del siguiente procedimiento: se entregaba en confianza un bien de modo que si el deudor

⁹³ LEMOS POSSO, César Augusto, y MESA SARMIENTO, José Ferney, “Sobre la fiducia”, Tesis de Grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Santafe de Bogotá, D.C., República de Colombia, 1991, pág. 2.

⁹⁴ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina”, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 10.

⁹⁵ FACCO, Javier Humberto, “El fideicomiso y su modalidad contractual de garantía”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-A, pág. 609-639.

⁹⁶ LÓPEZ PARDIÑAS, Manuel, en MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (dirección y coordinación), “Homenaje a Don Antonio Hernández Gil”, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001. “Trust y Derecho Civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad”, pág. 1545.

⁹⁷ También denominada “fiducia cum creditore contracta” por ROSENFELD, L. Carlos, “Antecedentes históricos del Fideicomiso”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1998-E, pág. 1191.

⁹⁸ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina”, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 8.

⁹⁹ DE ARESPACOCCHAGA, Joaquín, “El “trust”, la fiducia y figuras afines”, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 17.

¹⁰⁰ VIRGOS SORIANO, Miguel, “El Trust y el derecho español”, Primera Edición, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, 2006, pág. 53.

pagaba se le restituía el mismo y, en caso contrario, se producía la venta del bien por parte del fiduciario para que el acreedor se cobrara con el producido de esa venta. En un primer momento el deudor careció de acción alguna pero con el transcurso del tiempo se tuvo en cuenta la protección del deudor y se le concedió una acción enderezada a cobrar la diferencia, si lo obtenido con la venta excedía el valor de lo adeudado; pero nunca se le concedió una acción real lo que debilitaba su posición ante el fiduciario¹⁰¹.

Más tarde se creyó que la fiducia *cum creditote* había sido sustituida por el “*pignus*”; pero algunos autores han indicado que los glosadores fueron reemplazando en los textos la palabra “*fiducia*” por la palabra “*pignus*” y que esto provocó una irremediable confusión en el estudio de la figura clásica de la fiducia *cum creditote*; por no haber sido adecuada la sustitución de la palabra en la glosa. Pero, en verdad, poco a poco, la prenda y la hipoteca terminaron desplazando a la fiducia *cum creditore*; así como el depósito y el comodato a la fiducia *cum amico*¹⁰².

1.1.3. *Pactum fiduciae*

Se denomina así a la relación obligacional que complementa la transferencia del dominio del bien¹⁰³, donde el deber del fiduciario es hacer sólo un uso limitado del bien adquirido para restituirlo luego al transmitente o a un tercero por aquél indicado¹⁰⁴. La transmisión de los bienes objeto del encargo es por acto entre vivos, sea por *mancipatio* o por la *in jure cessio*, donde quien recibe la propiedad se obliga frente al *tradens* a retransmitir el bien después de

¹⁰¹ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “*Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*”, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 10.

¹⁰² BARBIERI, Javier, “*El fideicomiso desde sus orígenes hasta el derecho actual*”, Revista Impuestos, Buenos Aires, Tomo 2000-A, pág. 1350.

¹⁰³ DE ARESPOCHAGA, Joaquín, “*El “trust”, la fiducia y figuras afines*”, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 21.

¹⁰⁴ LENARDON, Fernando Roberto, “*Fideicomiso gubernamental*”, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 37.

cumplir el encargo, ya sea al propio *tradens* o a otra persona¹⁰⁵. El *pacto fiduciae* o *pactu conventum* determinaba las condiciones en que debía realizarse la devolución por parte del fiduciario al fiduciante y por lo tanto era el que indicaba si se estaba en presencia de una fiducia *cum creditore* o de una fiducia *cum amico*¹⁰⁶. Así el *pactum* actuaba como causa encubierta del acto de disposición abstracto¹⁰⁷.

La transmisión de la propiedad que tenía por objeto garantizar el pago de deudas (fiducia *cum creditore*), o de custodia o depósito del bien (fiducia *cum amico*) era lo que diferenciaba este instituto de cualquier otro contrato, como la prenda (*pignus*), el comodato y el depósito que aparecieron con posterioridad, como ya hemos indicado¹⁰⁸. La fiducia desde su origen muestra su doble naturaleza civil y comercial, lo que permite que sea utilizada profusamente en el ámbito negocial¹⁰⁹.

La *causae fiduciae* es la causa transmisiva de la propiedad en el negocio fiduciario. En su formulación en la época clásica de la jurisprudencia romana la confianza era el motivo de alguien que impulsaba un acto jurídico transmisor de la propiedad como medio para obtener una finalidad y que si llevaba adjunto un *pactum fiduciae* generaba la *actio fiduciae* para reclamar la cosa¹¹⁰. Hoy, como

¹⁰⁵ LEMOS POSSO, César Augusto, y MESA SARMIENTO, José Ferney, “Sobre la fiducia”, Tesis de Grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Santafé de Bogotá, D.C., República de Colombia, 1991, pág. 2.

¹⁰⁶ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina”, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 7 y nota 11.

¹⁰⁷ FUENTESECA, Cristina, “El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Prólogo de Manuel Albaladejo García, Primera Edición, José María Bosch, Barcelona, 1997, pág. 91.

¹⁰⁸ BARBIERI, Javier, “El fideicomiso desde sus orígenes hasta el derecho actual”, Revista Impuestos, Buenos Aires, Tomo 2000-A, pág. 1350.

¹⁰⁹ RAISBERG, Claudia, “El fideicomiso en garantía frente al concurso”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-C, pág. 1242-1245.

¹¹⁰ BADOSA COLL, Ferran, Universidad de Barcelona, “Sobre los patrimonios fiduciarios en Cataluña” en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “El trust en el Derecho Civil”, con la colaboración de la Generalitat de Catalunya, Departamente de Justicia; Departamente d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 417.

en los patrimonios fiduciarios no hay adquirentes, la causa no es un concepto que se necesite considerar para la creación de un fideicomiso porque el único concepto controlador pareciera ser la finalidad¹¹¹. La causa del contrato de fideicomiso (*causae fiduciae*), entendida en su acepción objetiva como la función económico-social que el mismo desempeña, puede ser muy variada (inversión, gestión, custodia, garantía), y de allí que es dable afirmar la atipicidad en este género de negocios¹¹². La denominada atipicidad de la *causae fiduciae* es el rasgo característico de los negocios fiduciarios, toda vez que en ellos se verifica una relación de excedencia entre el medio jurídico empleado (contrato de fideicomiso) y el fin práctico perseguido (causa fin objetiva)¹¹³. La *causae fiduciae* en Roma no transmitía la propiedad, porque para ello se requería *causa emptio* y el pago de un precio que en la *fiduciae causa* es un precio simbólico: una moneda: *nummo uno*. La fiducia se constituía mediante una *imaginaria venditio*, es decir, una venta simulada que únicamente traspasaba la cosa bajo el poder o *potestas (in mancipio)* del *accipiens*, el cual no podía usucapirla¹¹⁴. Algunos autores indican que no existe como causa específica esta *causa fiduciae*, porque la fiducia o confianza es un componente ético, pero no es causa en sentido jurídico¹¹⁵.

Respecto al fiduciario, BONFANTE indicaba que "...en sustancia él no podía gozar o usufructuar la cosa, que llamábase también fiduciar, sino conforme al pacto. La *actio fiduciae* establecida para obtener la restitución del objeto

¹¹¹ BADOSA COLL, Ferran, Universidad de Barcelona, "Sobre los patrimonios fiduciarios en Cataluña" en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), "El trust en el Derecho Civil", con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d'Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 438.

¹¹² FACCO, Javier Humberto, "El fideicomiso y su modalidad contractual de garantía", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-A, pág. 609-639.

¹¹³ FACCO, Javier Humberto, "El fideicomiso y su modalidad contractual de garantía", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-A, pág. 609-639.

¹¹⁴ FUENTESECA, Cristina, "El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", Prólogo de Manuel Albaladejo García, Primera Edición, José María Bosch, Barcelona, 1997, pág. 67.

¹¹⁵ FUENTESECA, Cristina, "El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", Prólogo de Manuel Albaladejo García, Primera Edición, José María Bosch, Barcelona, 1997, pág. 69.

fue extendida poco a poco para garantizar toda violación de lo pactado y todo ilícito de la cosa. El fiduciario debía tratarla precisamente como fiducia, restituir los frutos, si la cosa era fructífera y si él la poseía y emplear con ella la diligencia debida..."¹¹⁶.

1.2. Análisis de la figura del *Trust*

1.2.1. El *trust* en el derecho anglosajón

"El *trust* ha sido considerado por muchos como uno de los aportes más formidables del derecho inglés a la cultura jurídica universal a pesar de la dificultades de asimilación para los juristas de formación latina"¹¹⁷. Nos referimos aquí al derecho inglés que es sólo aplicable en Inglaterra y en el país de Gales pero no en los países de lengua inglesa ni en el *Commonwealth*¹¹⁸, porque si bien su derecho se acerca al derecho inglés difiere en algunas instituciones. Sabemos que precisamente el derecho inglés es al sistema jurídico de esos países lo que el derecho romano ha sido para los países de derecho continental¹¹⁹. Existe una raíz común en el negocio fiduciario romano y el *trust*. Ambas figuras se fundamentan en la confianza¹²⁰, en la fe hacia otro. *Trust* es un término inglés que significa "confianza"¹²¹. Sin embargo en el *trust*

¹¹⁶ ROSENFELD, L. Carlos, "Antecedentes históricos del Fideicomiso", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1998-E, pág. 1191.

¹¹⁷ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, "Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina", Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 23.

¹¹⁸ NAVAU MARTINEZ-VAL, María Pilar, "El *trust* anglosajón y la armonización de la fiscalidad del ahorro", Noticias de la Unión Europea Número 208, Mayo de 2002, Año XVIII, pág. 54, indica que se omiten países del *Common Law* como los Estados Unidos, Canadá y Australia así como las peculiaridades del *trust* escocés e irlandés.

¹¹⁹ *Common Law* en contraste con el *Civil Law*, conforme RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, "Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina", Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 14.

¹²⁰ DE ARESPOCHAGA, Joaquín, "El *trust*", la fiducia y figuras afines", Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 21.

¹²¹ BARBIERI, Javier, "El fideicomiso desde sus orígenes hasta el derecho actual", Revista Impuestos, Buenos Aires, Tomo 2000-A, pág. 1350.

se incorpora el fraccionamiento de la propiedad del bien. Por un lado el “*dominium legitimum*”, que hace del fiduciario un propietario formal, y el “*dominium naturale*”, que conserva el fiduciante o constituyente. Este desdoblamiento no sucedía en el negocio fiduciario romano donde la propiedad plena se transmitía al fiduciario por lo que el transmitente quedaba sólo con un derecho personal. Tampoco en la fiducia romana se creaba un patrimonio separado y de afectación como sucede en el *trust*¹²². Este patrimonio diferenciado no da origen a una persona jurídica distinta de las partes¹²³ con personalidad propia. El derecho adquirido por el fiduciario queda sometido en todo momento a una especie de condición resolutoria fundándose en la concepción germánica¹²⁴ del negocio fiduciario¹²⁵ que fuere tomado de aquel antiguo concepto romano y que funda su esencia en la abstracción¹²⁶. La idea de una doble propiedad, la del *trustee*, según el *Common Law*, y la del beneficiario, el *cestui que trust*, según la *Equity*, descoloca al jurista continental y le genera confusión¹²⁷.

Esta separación de la propiedad se basa en la dualidad del derecho anglosajón que distingue históricamente entre *Common Law* y *Equity*. La propiedad formal entra en el marco del *Common Law* y la propiedad material en la *Equity*. Por ello, la titularidad del fiduciario se defiende en los Tribunales del *Common Law* y el derecho de propiedad de los beneficiarios en los Tribunales de Equidad¹²⁸

¹²² DE ARESPACOCCHAGA, Joaquín, “*El "trust", la fiducia y figuras afines*”, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 22.

¹²³ DE ARESPACOCCHAGA, Joaquín, “*El "trust", la fiducia y figuras afines*”, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 33.

¹²⁴ El *Salmann* conforme MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “*El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 15.

¹²⁵ DE ARESPACOCCHAGA, Joaquín, “*El "trust", la fiducia y figuras afines*”, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág.31.

¹²⁶ Ver 1.1.3.

¹²⁷ AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, “*El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de "De Luca" y "Eurnekian"*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131 citando a GOLDSCHMIDT.

¹²⁸ DE ARESPACOCCHAGA, Joaquín, “*El "trust", la fiducia y figuras afines*”, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 30.

o de *Equity*. Se distingue entre un dominio de equidad en cabeza del fiduciante y otro dominio legal del fiduciario (*trustee*), que es temporario, hasta que se cumple su cometido¹²⁹. Recordemos en este punto que el derecho inglés durante largo tiempo reconoció una doble jurisdicción. Así, el *Common Law* o derecho común tiene como antecedente la costumbre, que se define como la forma de vida ordinaria del pueblo inglés. Esta aplicación de la costumbre a la resolución de casos fue dando forma a una importante jurisprudencia recopilada en anuarios (*year books*) y en sentencias (*reports*)¹³⁰. Recordemos que el *Common Law* se opone al Derecho Civil; porque aquel está basado en la jurisprudencia; mientras que el segundo es derecho codificado y procede del poder legislativo¹³¹. En el siglo XIV se empiezan a suscitar diferencias en las colonias en las resoluciones de conflictos en otros territorios por lo que, como sucedió oportunamente en Roma, se hace necesario la aplicación de normas distintas a los conquistados. Es así que a fines del reinado de Enrique V (1413-1422) se crea el Tribunal de la Cancillería o *Equity Jurisdiction*, para resolver los problemas legales que no podían ya ser resueltos simplemente por el *Common Law*. El mayor desarrollo de este Tribunal se produjo durante el reinado de Enrique VIII donde se distinguió entre acciones legales (*Action in Law*) y procedimientos de equidad (*Proceeding in Equity*)¹³². El Tribunal o *Court of Chancery* era presidido por el Canciller (*Lord Chancellor*) y éste era el encargado de resolver los conflictos conforme principios de equidad, justicia y moral¹³³. El *Equity Law* fue un cuerpo legal distinto del *Common Law* aplicado desde el siglo XIV hasta los últimos años del siglo XIX por la *Court of Chancery*

¹²⁹ RAISBERG, Claudia, “*El fideicomiso en garantía frente al concurso*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-C, pág. 1242-1245.

¹³⁰ CAMERINI, Marcelo A., “*El fideicomiso civil y el fideicomiso financiero*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 998.

¹³¹ EGEA IBÁÑEZ, Ricardo en MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (dirección y coordinación), “*Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*”, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001. “*Trust y Derecho Civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad*”, pág. 1170.

¹³² RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “*Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*”, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 16.

¹³³ CAMERINI, Marcelo A., “*El fideicomiso civil y el fideicomiso financiero*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 998.

que desapareció en el año 1873 con la *Supreme Court of Judicature Act* de ese año, subsistiendo el *Equity Law* que pasó a ser aplicado por los tribunales del *Common Law*¹³⁴. El *Lord Chancellor* era un alto funcionario real con condición eclesiástica, por lo que no sólo conocía el *Common Law* sino también el Derecho Canónico¹³⁵. Este Derecho de Equidad también dio origen a jurisprudencia y se dice que: "La *Equity Jurisdiction* surgió entonces como una emanación de la reserva de jurisdicción que competía al Soberano, que se ponía en movimiento para evitar esas situaciones carentes de equidad que se podrían originar con la aplicación estricta del derecho común"¹³⁶. Existe para nosotros en este caso la aplicación de la certeza del antiguo adagio que reza "*ubi ius legalis déficit aequitas supplet*" que indica que donde el derecho positivo resulte insuficiente, la equidad lo suple. En nuestro sistema, la Justicia se encarga en cada cuestión particular de resolver en derecho que no es más, a nuestro criterio, que la coronación de la equidad. Asimismo el Poder Judicial se encarga del control de constitucionalidad que resulta ser la protección casuística que expresa la superioridad manifiesta de los derechos fundamentales frente a la legislación general¹³⁷.

En la época de las Cruzadas se encuentra por primera vez la aplicación práctica de la figura del *trust* cuando los cruzados decidían dejar sus bienes en custodia de un amigo de confianza, tal como lo habían hecho los romanos cuando partían en campaña con las legiones, aunque hay quienes indican que

¹³⁴ CARRASCOSA GONZÁLEZ, Jesús, Universidad de Murcia, "*El trust anglosajón y el Derecho Internacional Privado Español*", en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), "*El trust en el Derecho Civil*", con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d'Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 367.

¹³⁵ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, "*El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*", Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 31.

¹³⁶ Citando a CARREGAL, Mario Alberto, "*El fideicomiso*", Ed. Universidad, año 1982, pág. 13, CAMERINI, Marcelo A., "*El fideicomiso civil y el fideicomiso financiero*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 998.

¹³⁷ ALEXY, Robert, "*Ponderación, control de constitucionalidad y representación*", La Ley, 9 de octubre de 2008, Buenos Aires, Argentina referenciando a versión castellana de "Teoría de los derechos fundamentales", traducida por Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

las primeras manifestaciones están ligadas a las innumerables cargas sobre la tierra que imponía el Soberano¹³⁸. En la Edad Media, para evitar el Estatuto de Manos Muertas o "*Mortmain Statute*" dictado en el año 1217 que prohibía a las órdenes religiosas ser titulares de inmuebles, se produce la adquisición de propiedades por parte de ellas a través de terceros en los que se confía. Asimismo dado el sistema de tenencia de la tierra vigente, la transmisión de la propiedad a terceros permitía evitar algunas cargas públicas sobre la propiedad que debían abonar los *tenants* que eran aquellos sujetos que detentaban las tierras de algún señor feudal bajo el sistema de *tenure*. Antes de la denominada Guerra de las Dos Rosas quienes participaron en ella habían transmitido su propiedad a un tercero que se comprometía a dar en uso (*use*) la tierra para provecho del otorgante y su familia o herederos evitando que los vencedores al condenar a traición a los vencidos confiscaran sus tierras¹³⁹. En ese contexto nacen los denominados "*uses*" que se reglamentan luego en el "*Statue of Uses*" de Enrique VIII en el año 1535¹⁴⁰ con destino a reprimir los fraudes fiscales¹⁴¹ y evitar que se defraude a terceros tanto acreedores como compradores¹⁴². El sistema de los *uses*, antecedente directo del *trust*, está basado en la constitución de una propiedad fiduciaria a través de una interposición de personas y podemos decir que con las transformaciones sufridas por ellos a lo largo del tiempo sería comparable al actual *trust*. Así el *use* se transforma en *trust* cuando la obligación meramente natural se convierte

¹³⁸ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, "*Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*", Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 16.

¹³⁹ LEMOS POSSO, César Augusto, y MESA SARMIENTO, José Ferney, "*Sobre la fiducia*", Tesis de Grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Santafe de Bogotá, D.C., República de Colombia, 1991, pág. 3.

¹⁴⁰ DE ARESPACOCCHAGA, Joaquín, "*El "trust", la fiducia y figuras afines*", Marcial Pons, Madrid, 2000, pág.31.

¹⁴¹ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, "*El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*", Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 31.

¹⁴² LEMOS POSSO, César Augusto, y MESA SARMIENTO, José Ferney, "*Sobre la fiducia*", Tesis de Grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Santafe de Bogotá, D.C., República de Colombia, 1991, pág. 5.

en obligación jurídica¹⁴³. El origen de los *uses* y del *trust* se discute entre los autores y se menciona en sus fuentes¹⁴⁴:

a) al derecho romano: avala esta teoría la presencia romana en Gran Bretaña durante cinco siglos.

b) al derecho germánico: la figura del *salmannus* o *treuhand* (mano fiel) que consistía en la transferencia de la propiedad a los fines de cumplir los deseos *post mortem* o de una persona viva, fue introducida durante las conquistas normandas del siglo XI.

c) al derecho islámico: se dice que el *waqf*, donación realizada para el uso de unos beneficiarios y bajo la administración de un fiduciario, fue introducido por los monjes franciscanos que regresaron de las cruzadas en el siglo XIII.

El *use* consistía en la transmisión de dominio de un inmueble a una persona de confianza (*feoffee to use*) del transmitente para que lo destinara en beneficio de un tercero (*cestui qui use*). La transmisión se producía por disposición de última voluntad o por acto entre vivos. Para el *Common Law*, el único y verdadero propietario era el *feoffee to use* y sus tribunales no reconocían derecho alguno al *cestui que use*. Por ello, se hizo necesaria la intervención de la *Equity Jurisdiction* por el incumplimiento por parte de los *feoffees* del encargo y la traición a la confianza en ellos depositada¹⁴⁵, porque el dictado de leyes para evitar las transmisiones en fraude a los acreedores (año 1376) y la transmisión llevada a cabo por el despojante (año 1377)¹⁴⁶ no había resultado suficiente. Alrededor del año 1534 se dispuso que toda enajenación futura comprendería ambos tipos de propiedad: la legal (*common law*) y la equitativa (*equity*). Esto

¹⁴³ LÓPEZ PARDIÑAS, Manuel, en MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (dirección y coordinación), *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001. *Trust y Derecho Civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad*, pág. 1550.

¹⁴⁴ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 18.

¹⁴⁵ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, *El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 31.

¹⁴⁶ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 21.

llevaba a terminar con los *uses* pero, sin embargo, la costumbre de utilización de esta figura y el hecho de que la Cancillería siguiera considerando legal a algunos de los *uses* gestó el nacimiento del *trust*. La propiedad legal corresponde al *feoffee to use*, que pasa a denominarse *trustee*, y la propiedad de equidad pertenece al beneficiario, que pasa a denominarse *cestui que trust*¹⁴⁷. En el año 1893, se dictó "*The Trust Act*", que no fue más que una recopilación de las decisiones de los tribunales en esta materia¹⁴⁸. Numerosas normas se han dictado luego y la última que podemos mencionar es "*The Trust Act*" del año 2000 que entró en vigencia en Inglaterra el 1 de febrero de 2001¹⁴⁹.

Sabemos que el derecho anglosajón tiende a eludir la definición del *trust* y se centra en su estructura y funciones. Hay quienes afirman que el *trust* no puede definirse, sino sólo describirse, y a lo sumo, se pueden señalar sus características o elementos propios¹⁵⁰. Sin embargo la Administración tributaria británica en la *United Kingdom Board of Inland Revenue* ha aportado un concepto claro y preciso diciendo que "un *trust* es una obligación jurídica por la que un *trustee* (o *trustees*) asume el deber de administrar una renta o capital de determinada manera, generalmente en beneficio de otra persona o grupo de personas (los beneficiarios). La persona que aportó los activos originales para el *trust* (el *settlor*) puede ser también *trustee* o beneficiario"¹⁵¹. Esta es sólo una definición entre todas las existentes, ya que no existe una definición unívoca de

¹⁴⁷ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, "*El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*", Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 30.

¹⁴⁸ CAMERINI, Marcelo A., "*El fideicomiso civil y el fideicomiso financiero*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 998.

¹⁴⁹ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, "*Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*", Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 23.

¹⁵⁰ AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, "*El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de "De Luca" y "Eurnekian"*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131.

¹⁵¹ NAVAU MARTINEZ-VAL, María Pilar, "*El trust anglosajón y la armonización de la fiscalidad del ahorro*", Noticias de la Unión Europea Número 208, Mayo de 2002, Año XVIII, pág. 55.

la figura en el derecho anglosajón¹⁵². Desde el punto de vista descriptivo resulta válido lo expresado por LEWIN: "El término *'trust'* se refiere al deber o sumatoria acumulativa de obligaciones que recaen sobre una persona descrita como *trustee*. Las responsabilidades se relacionan con la propiedad de la cual es tenedor, o que está bajo su control. Dicha propiedad será la que estará obligado por un tribunal en su jurisdicción de equidad a administrar en la forma legalmente dispuesta por el instrumento de *trust* o, a falta de prescripción específica oral o escrita o en la medida en que dicha disposición sea inválida o defectuosa, de acuerdo a principios de equidad. Consecuentemente la administración se hará de tal manera que los beneficios y ventajas resultantes corresponderán no al *trustee*, sino a las personas denominadas *cestuis que trust* o *beneficiaries*, si los hubiera; sino, a la consecución de un propósito que la ley reconocerá y hará cumplir. Un *trustee* puede ser *beneficiary*, en cuyo caso las ventajas se devengarán en su favor en la medida de su interés beneficiario"¹⁵³. Básicamente, el *trust* es un negocio jurídico complejo por el cual una persona (denominada *settlor*) transfiere la titularidad nominal de un bien a otra persona (denominada *trustee*) y la titularidad real a una tercera persona (denominada *the beneficial owner*)¹⁵⁴. Se produce así una disociación entre la titularidad jurídica y el beneficio económico¹⁵⁵. Desafortunadamente para quienes somos ajenos a la tradición angloamericana, los conceptos de *"estate"*, *"interest"* y *"property"* entrañan una complejidad tal que llevó al magistrado del *Privy Council Viscount Radcliffe* a reconocer que la terminología del sistema legal no brinda suficientes palabras para representar las distintas

¹⁵² MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, *"El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law"*, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 33.

¹⁵³ AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, *"El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de "De Luca" y "Eurnekian"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131.

¹⁵⁴ DE ARESPOCHAGA, Joaquín, *"El "trust", la fiducia y figuras afines"*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág.32.

¹⁵⁵ DUNAND, Jean-Philippe, Universidad de Neuchatel y Lausana, *"La fiducia o las fiducias en Derecho suizo: una protección desigual y lagunosa de los patrimonios fiduciarios"* en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *"El trust en el Derecho Civil"*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departamento de Justicia; Departamento d'Innovació, Universitat i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 245.

variantes de los términos citados para que sean comprendidos por usuarios de otros sistemas jurídicos¹⁵⁶. Esta figura no sólo otorga al beneficiario los medios jurídicos apropiados para obtener del *trustee* el cumplimiento de su obligación de administrar el patrimonio en interés del beneficiario, sino que la posición jurídica del beneficiario posee efectos frente a terceros, por lo que el beneficiario resulta titular de un auténtico derecho real sobre los bienes¹⁵⁷.

El *settlor*, también denominado *founder*, *grantor*, *trustor* o *creator*¹⁵⁸, es el sujeto que constituye el *trust* mediante una declaración individual de voluntad y transmite su derecho de propiedad a un tercero, para que lo administre o disponga con un fin determinado, en beneficio de un sujeto. Ese beneficiario puede ser el mismo *settlor* o un tercero. Una vez constituido el *trust*, el *settlor* tiende a desaparecer, salvo que al constituir el *trust* se haya reservado el ejercicio de algunos derechos. El *trustee* es el receptor del bien que se transfiere y quien debe administrarlo o enajenarlo conforme las mandas establecidas en la constitución por el *settlor*. El *beneficial owner* es el sujeto a favor de quien se creó el *trust*. Los beneficiarios pueden ser personas de existencia física o jurídica, también pueden ser beneficiarios incapaces o bien quienes no son sujetos de derecho (por ejemplo, la preservación del Patrimonio Cultural de Salamanca). El beneficiario tiene el derecho a exigirle al *trustee* el cumplimiento de sus obligaciones¹⁵⁹.

Enunciaremos las clasificaciones más comunes y las más mencionadas por los

¹⁵⁶ "the terminology of our legal system has not produced a sufficient variety of words to represent the various meanings which can be conveyed by the words "interest" and "property" según AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, "El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de "De Luca" y "Eurnekian", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131 en Jordan C. J. in McCaughey's Case (1945) 46 SR (NSW) 192.

¹⁵⁷ NAVAU MARTINEZ-VAL, María Pilar, "El trust anglosajón y la armonización de la fiscalidad del ahorro", Noticias de la Unión Europea Número 208, Mayo de 2002, Año XVIII, pág. 55.

¹⁵⁸ AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, "El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de "De Luca" y "Eurnekian", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131.

¹⁵⁹ CAMERINI, Marcelo A., "El fideicomiso civil y el fideicomiso financiero", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 998.

autores, a saber:

El *trust* puede ser voluntario o por ministerio de la ley de acuerdo a su forma de constitución. El voluntario a su vez puede ser expreso (*express trust*) cuando es constituido por el *settlor* en forma manifiesta o implícito, si no hay manifestación formal (*implied trust*) y sólo se infiere de la voluntad del *settlor* o de las partes¹⁶⁰. Los *trust* implícitos más comunes son los llamados *resulting trusts* y los *constructive trusts*¹⁶¹. El primero llamado también resultante es aquel que se impone a quien tiene unos bienes destinados a formar un *trust* que no puede existir como tal y se impone a quien teniendo una posición fiduciaria obtiene ventajas personales de la misma. Además pueden ser simples o especiales. En el primero se hacen pasar los bienes del *settlor* al *cestui que trust* y el *trustee* sólo cumple una función de intermediario y en el especial hay obligaciones definidas y complejas para el *trustee*. A estos *trusts* algunos autores los dividen en *instrumentals* y *discretionary*. Asimismo hay privados y públicos. Los *private trusts*, en interés de una o varias personas, se encuentran comprendidos en el género denominado *express trust*, en el cual un *settlor* realiza voluntariamente el encargo fiduciario a un *trustee* o *cestui* y le transmite los bienes que quedarán sujetos al *trust*. Recordamos que el *express trust* no resulta un contrato sino un acto unilateral del *settlor*¹⁶². A los públicos de los conoce como de caridad o beneficencia (*charitable*) y son exigibles por el agente del Ministerio Público¹⁶³.

En la mayoría de las legislaciones anglosajonas se encuentra incorporado el *trust* en el derecho interno con características peculiares en cada uno de ellos, pero se pueden encontrar tres tipos distintos de *trust*, a saber:

¹⁶⁰ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina”, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 39.

¹⁶¹ NAVAU MARTINEZ-VAL, María Pilar, “El *trust* anglosajón y la armonización de la fiscalidad del ahorro”, Noticias de la Unión Europea Número 208, Mayo de 2002, Año XVIII, pág. 54.

¹⁶² AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, “El *private trust* angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de “De Luca” y “Eurnekian”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131.

¹⁶³ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina”, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 35 a 39.

a) el denominado *trust discretionary*, entre los *trusts explícitos*, donde el fiduciario tiene libertad de actuación con la única limitación del mandato que se estatuye en la constitución del *trust* y que se funda en el fin que el *trust* persigue.

b) el “*interest in possession trust*” o en participación, entre los *trusts explícitos*, donde los beneficiarios tienen el derecho a participar de los rendimientos y el fiduciario debe cumplir con entregarlos conforme el mandato. También se denominan *trust de participación*.

c) el “*accumulation and maintenance trust*”, también entre los *trusts explícitos*, que en la primera etapa generalmente funcionan como el *trust* discrecional y luego de cumplida determinada condición se convierten en *trust* de participación. Se conocen como *trust de gestión*.

Las características de cualquier tipo de *trust* del *Common Law* son algunas de las siguientes¹⁶⁴:

- a) tiene una finalidad lícita preestablecida.
- b) no es un contrato.
- c) no es una persona jurídica.
- d) el *trustee* es el propietario de los bienes fideicomitados.
- e) los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado de los bienes del *trustee*.
- f) hay una disociación subjetiva entre la gestión y el beneficiario¹⁶⁵.

¹⁶⁴ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “*El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 35.

¹⁶⁵ GORTÁZAR LORENTE, Carlos, “*Trust y empresa familiar*”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 518.

Sin embargo se suele decir que sólo hay “tres certezas” para entender constituido un *trust* luego de la sentencia de *Knight vs. Knight* del año 1840: i) voluntad de vincular bienes; ii) su efectiva vinculación; y, iii) la elección de la finalidad o los beneficiarios¹⁶⁶. En los llamados *management trust*, que tienen características públicas, los beneficiarios suelen ser personas indeterminadas o a determinar de acuerdo a un fin específico de utilidad pública en el marco del Derecho Público¹⁶⁷.

Indican AYUSO y LEMMA que el *Privy Council* inglés tuvo la oportunidad de comparar el *trust* de raíz anglosajona con el fideicomiso de raigambre romana con motivo de una apelación en la causa "*Sitti Kadija v. De Saram*" (año 1947) originada en Sri Lanka, país en el que ambas figuras convivieron hasta el año 1972. En dicha decisión el Tribunal adhirió a los criterios básicos de distinción propuestos por LEE, a saber: (a) la separación entre *legal* y *equitable estates* es de la esencia del *trust* pero ajena al fideicomiso, es decir entre propiedad formal y de equidad, (b) en el *trust* los *interests* sobre dichos *estates* son concurrentes y coexistentes, mientras que en el fideicomiso la propiedad en cabeza del beneficiario sólo nace cuando cesa la del fiduciario, (c) el *beneficiary* del *trust* ostenta un *ius neque "in re" neque ad rem* que se ve paralizado ante adquirentes de buena fe de bienes del *trust*, mientras que el beneficiario de un fideicomiso, una vez adquirida la propiedad, puede oponerla universalmente y nada puede hacer el fiduciario para restarle efectividad o gravarla¹⁶⁸.

¹⁶⁶ ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “¿Y si universalizamos el *trust*, también en Cataluña?”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 474.

¹⁶⁷ NAVAU MARTINEZ-VAL, María Pilar, “*El trust anglosajón y la armonización de la fiscalidad del ahorro*”, Noticias de la Unión Europea Número 208, Mayo de 2002, Año XVIII, pág. 54.

¹⁶⁸ AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, “*El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de "De Luca" y "Eurnekian"*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131.

1.2.2. El *trust* angloamericano

El *trust* angloamericano tiene claras diferencias respecto del *trust* inglés, aunque la estructura es similar. Asimismo las distintas jurisdicciones dentro de los Estados Unidos mantienen diferencias significativas con Inglaterra y las actuales y ex-colonias que integran el *Commonwealth*¹⁶⁹. Este instituto es el que más se parece al *trust* inglés entre todas las figuras que lo han adaptado en el resto del mundo siguiendo su modelo¹⁷⁰. Los regímenes de derecho continental se diferencian en relación al derecho de propiedad con el sistema legal anglo-americano porque en él la esencia de las cuestiones en torno a la propiedad no se centran en si una parte es propietaria en un sentido integral y teórico, sino más bien en cuál de las partes puede mostrar un título mejor ante un tribunal. En el sistema angloamericano, por principio, el *trustee* no detenta un dominio imperfecto por transitorio o resoluble, como detenta el fiduciario en los ordenamientos latinoamericanos. El mecanismo del *trust* es una división entre el control de la propiedad, representada por el título legal del *trustee*, y el derecho último del beneficiario a sus frutos. Estos derechos, además, pueden ser divididos en el tiempo y sujetos a varias condiciones lo que resulta imposible en los sistemas continentales¹⁷¹. Conforme la Suprema Corte del Estado de Indiana en "*Keplinger v. Keplinger et al.*" el *trust* consiste en un derecho de propiedad que ostenta una parte -el *trustee*- para el uso de otra -el *beneficiary*-, a quien aprovecha. Las facultades de naturaleza real son esgrimidas por el *trustee* que no sólo tiene el dominio, sino que también tiene "los derechos de *usus* y *fructus* y *abusus* y sólo está sujeto a la obligación de

¹⁶⁹ AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, "*El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de "De Luca" y "Eurnekian"*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131.

¹⁷⁰ SERRANO DE NICOLAS, Angel, "*Trust y derecho de sucesiones*" en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), "*El trust en el Derecho Civil*", con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departamente de Justicia; Departamente d'Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 61.

¹⁷¹ AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, "*El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de "De Luca" y "Eurnekian"*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131.

usar dichos derechos para beneficio de otro”¹⁷².

Con la voluntad de evitar el fraude, se han limitado los *trusts* donde el constituyente y el beneficiario sean la misma persona aunque en general este tipo de *trusts* se admiten en las denominadas jurisdicciones *off shore* como son la Isla de Man, las Islas Cooke, las Islas Cayman, Mauricio, Seychelles, Bahamas, Barbados, Belize, Bermudas y Jersey y sólo en algunos estados de los Estados Unidos de América como Missouri, Alaska, Delaware, Nevada y Rhode Island¹⁷³. En las jurisdicciones angloamericanas la voluntad del *settlor*, excepto en los *charitable trusts* suele tener una restricción adicional derivada de la *Rule Against Perpetuities* (regla contra las perpetuidades), que puede limitar las transferencias a las generaciones vivas al tiempo de la constitución del *trust* y a las que aún no habían nacido en ese entonces, por el término máximo de determinado tiempo a partir del deceso de las personas vivas en aquel momento¹⁷⁴.

El *American Law Institute* en sus sistematizaciones de jurisprudencia (denominadas *restatements*) define al *trust* como “una relación fiduciaria con respecto a bienes que vincula a la persona que ostenta el título a obligaciones de equidad para administrarlos en beneficio de otra y que surge como resultado de una manifestación de voluntad”¹⁷⁵. Se advierte aquí que no es necesaria la voluntad del constituyente para su constitución y que la relación fiduciaria se produce en todos los casos en los cuales dos partes se vinculan bajo un

¹⁷² AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, “*El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de “De Luca” y “Eurnekian”*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131.

¹⁷³ ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “*Los patrimonios fiduciarios y el trust*”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LXXXII, enero-febrero 2006, número 693, pág. 43.

¹⁷⁴ AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, “*El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de “De Luca” y “Eurnekian”*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131.

¹⁷⁵ American Law Instituto, *Restatement on Trust*, 1959, citado por DE ARESPOCHAGA, Joaquín, “*El “trust”, la fiducia y figuras afines*”, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág.32.

esquema de poder que implica dependencia o especial confianza de una en otra¹⁷⁶.

Para la doctrina angloamericana existen cinco elementos que caracterizan el *trust*:

- a) el *trustee*.
- b) la separación patrimonial de los bienes del constituyente.
- c) el derecho real del que goza el beneficiario.
- d) las instrucciones del constituyente.
- e) la inexistencia de instrucciones dadas por los beneficiarios¹⁷⁷.

Aquí se otorga supremacía a la voluntad del *settlor* en que ésta no sea contraria a la ley o el orden público. Así los tribunales respetan la libertad privada para constituirlos y estructurarlos (*freedom of trust*)¹⁷⁸.

En los Estados Unidos de América el *settlor* puede nombrarse *trustee* declarando que a partir de determinado momento destina un bien para beneficio de un tercero. Esto no puede implementarse por ejemplo en otras jurisdicciones como en Colombia, país que tomó la figura del *trust* americano para regular el fideicomiso¹⁷⁹.

La figura ha sido utilizada, en los últimos años, fundamentalmente, en la inversión en activos, por lo que se ha puesto acento en la operatoria y en la regulación del funcionamiento para dar seguridad a los inversores. Por ello la

¹⁷⁶ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, "Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina", Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 24.

¹⁷⁷ VIRGOS SORIANO, Miguel, "El Trust y el derecho español", Primera Edición, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, 2006, pág. 17 y ss.

¹⁷⁸ AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, "El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de "De Luca" y "Eurnekian", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131.

¹⁷⁹ LEMOS POSSO, César Augusto, y MESA SARMIENTO, José Ferney, "Sobre la fiducia", Tesis de Grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Santafe de Bogotá, D.C., República de Colombia, 1991, pág. 6.

legislación ha sufrido profundos cambios durante la década de 1990 en la gran mayoría de las jurisdicciones de la familia angloamericana con el propósito de flexibilizar la administración de las inversiones y adaptarla a los mercados financieros globales. Así encontramos el *Restatement of Trusts (Third)* y la *Uniform Prudent Investor Act*, de los años 1992 y 1994 respectivamente en los Estados Unidos, y la *Trustee Act 2000*, adoptada en el Reino Unido en ese año. Al *trustee* profesional, en estas normas, se le otorgan facultades suficientes para que lleve adelante un proceso continuado de inversión. La sección 227 del *Restatement of Trusts (Third)* estadounidense incorporó directamente el estándar del *prudent investor* (inversor prudente), al disponer que el *trustee* está obligado a "invertir y administrar el patrimonio fiduciario como lo haría un *prudent investor*, a la luz de los fines, disposiciones, requerimientos de distribución y demás circunstancias del *trust*", mientras que la *Trustee Act 2000* concedió a los *trustees* regidos por la ley inglesa vasta discreción para escoger el tipo de inversión. En el año 1979 la *Chancery Division* ratificó y clarificó en el caso "*Bartlett and Others v. Barclays Bank Trust Co. Ltd.*" la doctrina sentada en "*Re Lucking's Will Trusts*" donde además de confirmar que el *trustee* debe conducir las actividades del *trust* con el mismo cuidado que un prudente hombre común de negocios pone en sus propios asuntos, aclaró que esta obligación de actuar prudentemente se intensifica en el caso de organizaciones especializadas en el manejo de *trusts* y además precisando que actuar prudentemente no significa para los *trustees* evitar todo riesgo, sino abstenerse de realizar especulaciones temerarias con los activos del *trust*¹⁸⁰. Así los *trustees* individuales han ido siendo desplazados por los corporativos y las normas subsidiarias sobre inversión del capital de los *trusts* se ajustan a los *standards* de gestión de cartera financiera¹⁸¹. Para los inversores el administrador fiduciario corporativo ofrece salvaguarda reputacional e informativa que para ellos es esencial en este tipo de

¹⁸⁰ AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, "La transferencia y tenencia de acciones en *trust*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-B, pág. 1170-1190.

¹⁸¹ AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, "El *private trust* angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de "De Luca" y "Eurnekian", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131.

actividades¹⁸².

1.2.3. Legislaciones civiles continentales frente al *trust*

Para la Unión Europea el reconocimiento del *trust* anglosajón se manifiesta en el año 1973 con la incorporación de Gran Bretaña e Irlanda. Allí se ponen al descubierto puntos de fricción y hasta de confrontación del instituto con las legislaciones nacionales, ya que el resto de países había ignorado tradicionalmente la figura o, peor aún, la había declarado incompatible con sus principios generales. En ese momento, las opciones eran que el resto de los países de la Unión cerraran sus sistemas jurídicos a esta institución o bien la reconocieran regulando figuras más o menos equivalentes¹⁸³. Varios países pertenecientes a la órbita del Derecho Civil han llevado adelante una regulación legislativa del instituto tratando de evitar la inclusión de aquellos de sus elementos que no armonizaran con sus sistemas lo que demuestra que la fiducia puede ser introducida en sistemas de Derecho Civil puro¹⁸⁴ con los cambios suficientes para no violentar el orden público nacional. La exportación del *trust* anglosajón a los países de Derecho continental se halla íntimamente unida a la existencia de una economía globalizada y a la constante y progresiva internacionalización de los negocios particularmente financieros¹⁸⁵. Recordemos que en la Edad Media en la organización político-social de los pueblos europeos, entre los que no cabe duda que se encuentra el español, se confundía el concepto de propiedad con el concepto de soberanía y como esto

¹⁸² APREDA, Rodolfo, “*Acciones preferidas convertibles de uno y dos niveles*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-B, pág. 1152.

¹⁸³ NAVAU MARTINEZ-VAL, María Pilar, “*El trust anglosajón y la armonización de la fiscalidad del ahorro*”, Noticias de la Unión Europea Número 208, Mayo de 2002, Año XVIII, pág. 56.

¹⁸⁴ ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 33.

¹⁸⁵ NAVAU MARTINEZ-VAL, María Pilar, “*El trust anglosajón y la armonización de la fiscalidad del ahorro*”, Noticias de la Unión Europea Número 208, Mayo de 2002, Año XVIII, pág. 54.

sucedía especialmente en el momento de administrar justicia¹⁸⁶, también hoy como ayer, el desdoblamiento de la propiedad sería el mayor obstáculo para la regulación del fideicomiso en estos sistemas jurídicos que se fundan en el concepto unitario de propiedad aunque no desconocen el *duplex dominium* o *dual ownership* o dominio dividido que se encuentra presente hasta nuestros días en instituciones como la enfiteusis o el derecho de superficie¹⁸⁷. Además de este escollo del concepto unitario de propiedad podemos mencionar otros como la inadmisibilidad en estas jurisdicciones de la causa *fiduciae* como causa transmisiva de la propiedad en un sistema causalista, el sistema de *numerus clausus* o *Typenzwang*¹⁸⁸, en materia de creación de derechos reales, el principio de responsabilidad patrimonial universal como garantía de los acreedores¹⁸⁹ y el sistema registral de estos países¹⁹⁰. El sistema de *numerus clausus* tiene vigencia en Alemania, Austria, Argentina, Japón, Finlandia, Holanda, Portugal, Suiza y Suecia, pero en Francia, Italia y España se discute cuál es el sistema adoptado por la ley por no haber disposición expresa en relación al punto¹⁹¹. En España ALBADALEJO reconoce el *numerus apertus* de derechos reales, aunque no así otros civilistas¹⁹².

La fiducia como negocio complejo sólo es recogida legislativamente por Alemania. Los doctrinarios alemanes del siglo XIX retomaron la figura que los

¹⁸⁶ LA CHINA, Sergio, y otros, “*La casación Foral y Regional*”, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 1993, Editorial Dykinson, Madrid, pág. 16.

¹⁸⁷ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “*El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 91.

¹⁸⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis, “*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*”, Volumen Primero, Cuarta Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pág. 109.

¹⁸⁹ Artículo 1911 del Código Civil español.

¹⁹⁰ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “*El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 17.

¹⁹¹ DÍEZ-PICAZO, Luis, “*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*”, Volumen Primero, Cuarta Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pág. 110.

¹⁹² FUENTESECA, Cristina, “*El negocio fiduciario en la jurisprudencia del TribunaSupremo*”, Prólogo de Manuel Albaladejo García, Primera Edición, José María Bosch, Barcelona, 1997, pág. 225.

pandectistas¹⁹³ introdujeron en el derecho civil moderno y aceptaron la abstracción de transferencia del dominio sin expresión de causa y alejada de los moldes causalistas¹⁹⁴ con asunción conjunta de una obligación personal y la concepción del negocio fiduciario con una parte externa y visible (en cuya virtud se transmite el derecho) y otra interna, no difundida, que se caracteriza por el acuerdo de usar el derecho transmitido sólo dentro de la intención que indujo a transferirlo y donde la *causa fiduciae* justifica plenamente la transmisión¹⁹⁵ (importando la causa del negocio disimulado no la del negocio simulado¹⁹⁶). No cabe duda de que el sistema español es causal por lo que no cabe el negocio abstracto porque la validez del negocio depende de la causa entonces nunca el negocio fiduciario puede ser configurado como negocio abstracto en este entorno. ALBALADEJO, DIEZ PICAZO, y DE LOS MOZOS niegan la posibilidad de negocios abstractos en España y GARRIGUES reconoce sólo la posibilidad de una abstracción procesal¹⁹⁷. FEDERICO DE CASTRO, con el ánimo de criticar la visión de los pandectistas alemanes, recoge la posición de aquellos autores que conciben el negocio fiduciario de modo unitario con una causa propia y dice que los efectos del negocio fiduciario dependerán de los pactos internos¹⁹⁸. La pandectística cuestionó la unidad del patrimonio con base en su relación con una persona e introdujo la idea de que el patrimonio

¹⁹³ El Derecho de Pandectas fue el inmediato antecedente científico del BGB según CUENA BOY, Francisco, *“El fideicomiso de residuo en el Derecho Romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles”*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2004, pág. 133.

¹⁹⁴ DE ARESPACOHAGA, Joaquín, *“El “trust”, la fiducia y figuras afines”*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 19.

¹⁹⁵ FUENTESECA, Cristina, *“El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Prólogo de Manuel Albaladejo García, Primera Edición, José María Bosch, Barcelona, 1997, pág. 63.

¹⁹⁶ FUENTESECA, Cristina, *“El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Prólogo de Manuel Albaladejo García, Primera Edición, José María Bosch, Barcelona, 1997, pág. 65.

¹⁹⁷ FUENTESECA, Cristina, *“El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Prólogo de Manuel Albaladejo García, Primera Edición, José María Bosch, Barcelona, 1997, pág. 65.

¹⁹⁸ FUENTESECA, Cristina, *“El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Prólogo de Manuel Albaladejo García, Primera Edición, José María Bosch, Barcelona, 1997 pág. 73 y 74.

podía también pertenecer a una finalidad (*Zweckvermögen*)¹⁹⁹. El derecho alemán sigue manteniendo un concepto de propiedad única e indivisible pero existen algunos institutos que se asemejan al *trust*, como el patrimonio especial o *Sondervermögen*²⁰⁰, que es un patrimonio destinado a una causa particular que se separa del patrimonio del individuo²⁰¹; o, como la fiducia o *Treuhand* (mano fiel), que no está expresamente regulada en el Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch-BGB*) pero que permite otorgar a una persona determinados poderes para ser utilizados en determinadas circunstancias y así si la *Treuhand* sirve a los intereses del fiduciante, se denomina *fremdnützige Treuhand* o fiducia en provecho ajeno; y si sirve a los intereses del fiduciario, recibe el nombre de *eigennützige Treuhand* o fiducia en provecho propio. La *Treuhand* se diferencia del *trust* en que posee carácter meramente contractual y se funda en la inexistencia de un derecho real a favor del beneficiario, para perseguir el patrimonio enajenado por el fiduciante en caso de abuso de sus derechos²⁰². Cada vez más, conforme la opinión de los autores alemanes, se ha planteado la necesidad de incorporar esta figura en el contexto de las finanzas y las inversiones²⁰³. En este sentido podemos hablar de un ámbito jurídico germánico de tratamiento de la fiducia integrado por los derechos

¹⁹⁹ ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “Los patrimonios fiduciarios y el *trust*”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LXXXII, enero-febrero 2006, número 693, pág. 16.

²⁰⁰ Se refiere a la teoría del *Zweckvermögen* o patrimonio de finalidad desarrollada en el siglo XIX en que el patrimonio se considera independiente de su titular. Esta teoría ha sido rechazada por la mayoría de los doctrinarios alemanes.

²⁰¹ ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “El *trust* en el Derecho Civil”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 40.

²⁰² NAVAU MARTINEZ-VAL, María Pilar, “El *trust* anglosajón y la armonización de la fiscalidad del ahorro”, Noticias de la Unión Europea Número 208, Mayo de 2002, Año XVIII, pág. 57.

²⁰³ LEHMANN, Matthias, “El *trust* y el Derecho alemán: ¿historia de amor o choque de culturas?”, Universität Bayreuth en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “El *trust* en el Derecho Civil”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 48.

alemán, austríaco y suizo a pesar de la existencia de algunas diferencias entre ellos en la efectiva regulación nacional²⁰⁴.

España no sólo no ha recogido la institución en su derecho interno sino, que no reconoce el *trust* constituido en el extranjero²⁰⁵ y no ha suscripto la Convención de La Haya de 1985 sobre ley aplicable al *trust*^{206/207}.

Especial es el caso de Italia donde parte de la doctrina jurídica afirma que el Convenio de La Haya sobre ley aplicable al *trust*, a partir de su ratificación, es una norma que habilita la constitución, en ese país, de patrimonios separados bajo la forma de *trust* regidos por una ley extranjera en virtud del artículo 11 de ese Convenio que obliga a reconocer los bienes de un *trust* como un patrimonio separado del patrimonio personal del *trustee*²⁰⁸. Recordemos que el instituto fiduciario no está regulado en la normativa italiana de carácter general o especial aunque allí no se desconoce la fiducia testamentaria²⁰⁹. A los *trust* constituidos en el marco de la doctrina que autoriza su constitución en virtud de la Convención se los denomina *trusts interni*²¹⁰ y el único elemento de

²⁰⁴ CUENA BOY, Francisco, *“El fideicomiso de residuo en el Derecho Romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles”*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2004, pág. 146.

²⁰⁵ DE ARESPACOCCHAGA, Joaquín, *“El “trust”, la fiducia y figuras afines”*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 47.

²⁰⁶ Ver 1.1.4.

²⁰⁷ Este hecho dificulta la tarea del jurista español conforme se manifiesta en MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, *“El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law”*, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 17.

²⁰⁸ El primero en enunciar esta teoría fue LUPOLI, Maurizio, en *“Il Trust nell’ordinamento giuridico italiano dopo la convenzione dell’Aja del 10 de luglio 1985”*, Vita Notariale, 1992, págs. 966-983, conforme BRAUN, Alexandra, St John’s College, Oxford, *“El trust en Italia: aplicaciones en el ámbito del Derecho de la persona y de la familia”*, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departamente de Justicia; Departamente d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 134.

²⁰⁹ JANNUZZI, Angelo, *“Le società fiduciarie”*, Milano-Dott. A. Giuffré Editore, 1988, pág. 9.

²¹⁰ VIRGOS SORIANO, Miguel, *“El Trust y el derecho español”*, Primera Edición, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, 2006, pág. 64.

extranjería que poseen es la ley aplicable sin que esto atente, para algunos autores, contra los principios de orden público²¹¹. Tanto sus elementos objetivos como subjetivos son netamente italianos y puede ser constituido en el país por ciudadanos italianos²¹². El fundamento de su constitución se basa en la autonomía de la voluntad²¹³. Las posiciones contrarias a la doctrina enunciada evidencian la incompatibilidad de ésta con los principios de *numerus clausus* de los derechos reales y de responsabilidad patrimonial universal así como la segregación patrimonial²¹⁴. Sin embargo, con la inclusión del artículo 2645 *ter* en el Libro VI del *Codice Civile*, se ha regulado por primera vez el acto negocial de destino con efecto de separación patrimonial²¹⁵. Esto coloca a Italia en la vanguardia de los sistemas jurídicos de Derecho continental que están dispuestos a abrirse a esta institución del *trust* aunque desde el punto de vista de la normativa fiscal hay falta de adaptación de los distintos sistemas y siempre se produce una doble imposición o una falta de imposición generándose una desventaja competitiva desde el punto de vista tributario²¹⁶. En materia tributaria internacional se utiliza, en general, el criterio del *place of effective management* (lugar de administración efectiva) del *trust* para la determinación de su residencia fiscal, a efectos de la aplicación de ciertos

²¹¹ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “*El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 17 y 25.

²¹² BRAUN, Alexandra, St John’s College, Oxford, “*El trust en Italia: aplicaciones en el ámbito del Derecho de la persona y de la familia*”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 134.

²¹³ JANNUZZI, Angelo, “*Le società fiduciarie*”, Milano-Dott. A. Giuffrè Editore, 1988, pág. 12.

²¹⁴ BRAUN, Alexandra, St John’s College, Oxford, “*El trust en Italia: aplicaciones en el ámbito del Derecho de la persona y de la familia*”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 138.

²¹⁵ BIANCA, Mirzia, Universidad de Roma, “*Acto negocial de destino y separación de patrimonios*”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 158.

²¹⁶ NAVAU MARTINEZ-VAL, María Pilar, “*El trust anglosajón y la armonización de la fiscalidad del ahorro*”, Noticias de la Unión Europea Número 208, Mayo de 2002, Año XVIII, pág. 70.

convenios de doble imposición²¹⁷ lo que perjudica a los países donde no hay institución de fiduciarios que administren patrimonios fideicomitidos.

Suiza y Holanda^{218/219} no han recogido expresamente la figura en su derecho interno, pero reconocen los *trusts* constituidos en el extranjero²²⁰. El *trust* del *Common Law* no era desconocido ni para la doctrina ni para la práctica comercial de estos países y menos cuando se ratifica la Convención de La Haya de 1985 en los Países Bajos. Ya en el siglo XIX eran frecuentes las cesiones fiduciarias. En el año 1929 fueron admitidas por primera vez las cesiones fiduciarias por la jurisprudencia a pesar de que el derecho neerlandés sigue el principio de unidad del patrimonio^{221/222}. En el caso de Suiza, ya su jurisprudencia reconoció la fiducia de garantía en el año 1893 y la fiducia de gestión en el año 1905. Allí la opinión común la define como una combinación de actos jurídicos que pertenece tanto al Derecho de Obligaciones, siendo un contrato, como al Derecho de Bienes, siendo un acto de disposición²²³.

²¹⁷ AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, “*El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de “De Luca” y “Eurnekian”*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131.

²¹⁸ Holanda suscribió el Convenio de La Haya de 1985 en dicho año.

²¹⁹ A pesar de la ideología liberar del Código Civil Holandés según CUENA BOY, Francisco, “*El fideicomiso de residuo en el Derecho Romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles*”, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2004, pág. 183.

²²⁰ DE ARESPOCHAGA, Joaquín, “*El “trust”, la fiducia y figuras afines*”, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág.47.

²²¹ MILO, John Michael, Universidad de Utrecht, “*La recepción del trust en los Países Bajos*” en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 205.

²²² El *Hoge Raad* en cuatro casos decididos el 18 de noviembre de 1998, en litigios vinculados con cuestiones fiscales, ha reconocido a los trusts extranjeros constituidos por ciudadanos holandeses, como patrimonios separados tal como indica MILO, John Michael, Universidad de Utrecht, “*La recepción del trust en los Países Bajos*” en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 223.

²²³ DUNAND, Jean-Philippe, Universidad de Neuchatel y Lausana, “*La fiducia o las fiducias en Derecho suizo: una protección desigual y lagunosa de los patrimonios fiduciarios*” en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i

Utilizando el método analógico en la causa "*Harrison v. Schweizerische Kreditanstalt*"²²⁴ (año 1970) el Tribunal Federal suizo, después de reconocer expresamente que la dualidad de propiedades sobre un mismo bien no cabe en el derecho suizo, determinó que el *trust* del caso integraba elementos de la transferencia fiduciaria, la representación, la donación, el contrato en beneficio de terceros, el usufructo, por lo que establecido lo cual y por tratarse de una relación compleja pero contractual resultó aplicable al fondo del asunto la ley del lugar donde debía cumplirse la prestación más característica aunque debió luego el Tribunal abandonar su doctrina en virtud de la imposibilidad de llegar a una conclusión clara respecto de la aplicación de normativa fragmentada que desnaturalizaba la institución del *trust* sometida a su consideración²²⁵.

Lichstenstein no sólo reconoce los *trusts* constituidos en el extranjero, sino que lo ha incorporado al derecho interno²²⁶ siguiendo el modelo inglés²²⁷.

Francia²²⁸ reconoce el *trust* aunque limitado en su utilización a determinados modos y fines. La jurisprudencia francesa cuando ha tenido que pronunciarse acerca de *trusts* constituidos en el extranjero sobre bienes situados en Francia o por franceses sobre bienes situados en el extranjero ha indicado que el

Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 231.

²²⁴ Conforme EGEA IBÁÑEZ, Ricardo en MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (dirección y coordinación), "*Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*", Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001. "*Trust y Derecho Civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad*", en pág. 1174: Harrison era un ciudadano norteamericano que transfirió su capital a Suiza al Credit Suisse como fiduciario para que éste pueda pagar una renta a su primer esposa y a los hijos del primer matrimonio. Fallecido Harrison en Estados Unidos hay otro testamento que deja a su segunda esposa como legataria universal. Ella alega la invalidez del *trust* porque dentro del derecho suizo no cabe el concepto de doble propiedad. El Tribunal declaró que el *trust* es un contrato mixto que puede incluirse en el derecho de las obligaciones.

²²⁵ AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, "*El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de "De Luca" y "Eurnekian"*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131.

²²⁶ Ley del año 1926 y Artículos 932, 614 y 615 de la Ley de Personas y Asociaciones.

²²⁷ NAVAU MARTINEZ-VAL, María Pilar, "*El trust anglosajón y la armonización de la fiscalidad del ahorro*", Noticias de la Unión Europea Número 208, Mayo de 2002, Año XVIII, pág. 56.

²²⁸ Francia suscribió el Convenio de La Haya de 1985 en dicho año.

instituto no es contrario a los principios del orden público francés²²⁹. Las sociedades francesas han recurrido al *trust* antes de que existiera una norma que lo regulara. Valga aquí el ejemplo de Peugeot que en el año 1987 recurrió al instituto para transferir deudas mediante títulos que permitieron el reembolso²³⁰. El legislador francés se ha inspirado en el instituto anglosajón pero ha partido de la fiducia romano-germánica²³¹ y ha promulgado la Ley 2007-211, de 19 de febrero de 2007, definiendo la fiducia como un negocio mediante el cual el constituyente transfiere bienes a un fiduciario que los conserva separadamente de su patrimonio propio y actúa con una finalidad concreta a favor de otra persona, llamada beneficiario (Artículo 2011 del Código Civil francés)²³². La nueva norma francesa permite así la inserción del principio de patrimonio de afectación estableciendo una brecha en el principio del patrimonio universal. El ordenamiento francés había tenido varios intentos de introducción de criterios legales de patrimonios de afectación como los proyectos de empresa unipersonal de responsabilidad limitada²³³, el proyecto de ley de fiducia del año 1991 que, luego de debatido, fue retirado y presentado nuevamente en 1992 por el Consejo de Ministros a la legislatura con el número 2583²³⁴; y luego otro del año 2005²³⁵ presentado por el senador Philippe Marini

²²⁹ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, *“El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law”*, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 239.

²³⁰ BARRIÈRE, Francois, Université Pantheon-Assas (París II), *“El equivalente francés del trust o la fiducia como instrumento comercial”* en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, con la colaboración de la Generalitat de Catalunya, Departamente de Justicia; Departamente d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 106.

²³¹ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, *“El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law”*, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 25.

²³² BARRIÈRE, Francois, Université Pantheon-Assas (París II), *“El equivalente francés del trust o la fiducia como instrumento comercial”* en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, con la colaboración de la Generalitat de Catalunya, Departamente de Justicia; Departamente d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 125.

²³³ Ley 85.697, de 11 de julio de 1985 completada por el Decreto 86.909, de 30 de julio de 1986.

²³⁴ KIPER, Claudio M, y, LISOPRAWSKI, Silvio, *“La ley francesa de fideicomiso”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 982.

el 8 de febrero de ese año²³⁶. La ley N° 2007-211 del 19 de Febrero de 2007, regula el fideicomiso como fiducia impura al Libro III° del *Code Civil*, el Título XIV "*De la fiducia*" e introduce veinte artículos nuevos — artículos 2011 a 2031— en el cuerpo legal civil de la "*República*", destinados al fideicomiso y otros artículos de naturaleza fiscal. Ha optado por la inclusión directa en el Código Civil a diferencia de otros países como Argentina que han optado por una legislación complementaria al Código de fondo²³⁷. Recordemos aquí que el Código de Napoleón quiso hacer desaparecer la fiducia por la aversión que la Revolución tenía contra las sustituciones de fideicomisarios como medio de congelamiento de la riqueza en líneas sucesorias²³⁸. La ley francesa adopta el patrimonio de afectación como forma de aislamiento de los bienes fideicomitidos y sólo admite la actuación de fiduciarios profesionales²³⁹, establecimientos de crédito y empresas de inversiones y seguros. La deslocalización de las inversiones y la huida hacia el Derecho anglosajón de las grandes operaciones económicas aconsejaban la inclusión de la fiducia en el Derecho francés tal como se hizo. Recordemos que allí "estaba en juego el modelo que va a servir de base para unificación del Derecho privado de la Unión Europea" ya que el 15 de noviembre de 2001 el Parlamento Europeo adoptó una Resolución que preveía una armonización de los derechos europeos en distintos ámbitos, entre los cuales se incluía el trust; y el 2 de mayo de 2003 la Comisión Europea publicó un documento titulado "*Best practice guidelines for divestiture commitments in merger cases*"; en el que se

²³⁵ ARROYO I AMAYUELAS, Esther, "*Los patrimonios fiduciarios y el trust*", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LXXXII, enero-febrero 2006, número 693, pág. 22.

²³⁶ KIPER, Claudio M, y, LISOPRAWISKI, Silvio, "*La ley francesa de fideicomiso*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 982.

²³⁷ KIPER, Claudio M, y, LISOPRAWISKI, Silvio, "*La ley francesa de fideicomiso*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 982.

²³⁸ LISOPRAWISKI, Silvio, "*Fideicomiso ni ángel ni demonio*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-E, pág. 1038 y ss. En igual sentido en KIPER, Claudio M, y, LISOPRAWISKI, Silvio, "*La ley francesa de fideicomiso*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 982.

²³⁹ CARREGAL, Mario A., "*El fideicomiso: su aplicación desde la sanción de la ley 24.441*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-B, pág. 1165-1170.

incluyó un contrato modelo de trust²⁴⁰.

Luxemburgo reguló el *contrat fiduciaire* con el *Règlement grand-ducal* del 19 de julio de 1983; basado en la fiducia romano-germánica constituyendo un patrimonio de afectación que se separa de los patrimonios del fiduciante y del fiduciario y reservó la condición de fiduciarios a las entidades de crédito. El Gran Ducado de Luxemburgo puede considerarse precursor en Europa de la regulación del contrato fiduciario²⁴¹. Luego por ley del 27 de julio de 2003, que ratifica el Convenio de La Haya, ha actualizado detalles de la figura y amplió la lista de los sujetos que pueden intervenir en carácter de fiduciarios pero siempre dentro del sector financiero²⁴². El artículo 5 de la ley de julio de 2003 define la fiducia luxemburguesa como un contrato mediante el cual una persona (el fiduciante), conviene con otra (el fiduciario), que éste sea propietario de los bienes transmitidos pero con el deber de someterse a las obligaciones estipuladas entre partes²⁴³. Aquí la fiducia, entonces, resulta un contrato.

Otros países de tradición no angloamericana como Japón²⁴⁴ (Código Civil japonés y leyes de 1922 y 1923²⁴⁵), Etiopía²⁴⁶ (1960) o Israel (1979) o Rusia²⁴⁷ han adoptado normas sobre la fiducia o el *trust*²⁴⁸.

²⁴⁰ KIPER, Claudio M, y, LISOPRAWSKI, Silvio, “*La ley francesa de fideicomiso*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 984.

²⁴¹ BORISSOVA, Universidad de Luxemburgo, “*La fiducia en el Gran Ducado de Luxemburgo: presentación de una técnica contractual*”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 188.

²⁴² MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “*El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 26 y 247.

²⁴³ BORISSOVA, Universidad de Luxemburgo, “*La fiducia en el Gran Ducado de Luxemburgo: presentación de una técnica contractual*”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 189.

²⁴⁴ Ley sobre *trust* de 21 de abril de 1922 y sobre *trusts* comerciales de 1923.

²⁴⁵ LISOPRAWSKI, Silvio, “*Fideicomiso ni ángel ni demonio*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-E, pág. 1038 y ss.

Reconocemos que para los países de tradición romana donde existe el *numerus clausus*²⁴⁹ como principio para los derechos reales es difícil la inclusión de un instituto con las características de desdoblamiento real que tiene el fideicomiso²⁵⁰, pero en varios de estos países se ha realizado el esfuerzo legislativo y la figura ha sido incorporada a su plexo normativo. Se puede asegurar que en las propuestas de alumbrar un auténtico derecho privado europeo se ha considerado útil la inclusión de la figura²⁵¹. La Resolución de 25 de noviembre de 2001 del Parlamento Europeo amplía el ámbito de armonización del Derecho Privado europeo incluyendo el *trust*²⁵².

Por otra parte, en estos sistemas es inadmisibles un patrimonio autónomo como sujeto de derecho como lo reconoce la legislación de Québec, en Canadá, o Ecuador, a pesar de que los patrimonios separados no sean una novedad en

²⁴⁶ Artículos 516-544 del Código Civil Etíope. El patrimonio se configura como un sujeto con personalidad conforme ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “*Los patrimonios fiduciarios y el trust*”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LXXXII, enero-febrero 2006, número 693, pág. 26.

²⁴⁷ Edicto sobre propiedad fiduciaria de 24 de diciembre de 1993 y reglamento de 1 de febrero de 1994.

²⁴⁸ BARRIÈRE, Francois, Université Pantheon-Assas (París II), “*El equivalente francés del trust o la fiducia como instrumento comercial*” en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 104.

²⁴⁹ En este sistema de *numerus clausus*, todo derecho real existe porque así lo dispone una norma específica y por lo tanto no hay más derechos reales que los que dicha norma reconoce; de modo que no es posible que los particulares constituyan más derechos reales que aquellos que la ley establece y tipifica de una manera determinada. Este sistema se funda en la idea de que no puede dejarse al arbitrio de los particulares la creación de derechos reales porque esto afectaría el tráfico en general y en esa medida el orden público.

²⁵⁰ DE ARESPACOCCHAGA, Joaquín, “*El "trust", la fiducia y figuras afines*”, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág.49.

²⁵¹ CAMARA LAPUENTE, Sergio, “*Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español*”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LXXV, septiembre-octubre 1999, número 654, pág. 1761.

²⁵² NASARRE AZNAR, Sergio y GARRIDO MELERO, Martín (coordinadores), “*Los patrimonios fiduciarios y el "trust"*”, III Congreso de Derecho Civil Catalán, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág 158 en la contribución de M. Carmen GOMEZ BUENDIA, “*La fiducia en el derecho romano y su posterior evolución*”

sus ordenamientos y tradiciones jurídicas, como tampoco lo son en España. Los países que han aceptado el instituto conciben al fiduciario como un sujeto de derecho titular del dominio de los bienes en propiedad fiduciaria, con sujeción a un plazo o condición, sin confundir los bienes propios del fiduciario con los bienes del patrimonio fideicomitado²⁵³ porque la separación patrimonial es una consecuencia directa de la afectación de los bienes a un fin²⁵⁴.

Un grupo de trabajo europeo creado a los fines de realizar una propuesta de derecho sustantivo ha presentado los *Principles of European Trust Law* en el año 1999 con la intención de ampliar el conocimiento del instituto y promover la utilización del mismo en las relaciones comerciales en el ámbito europeo e internacional²⁵⁵.

No podemos dejar de mencionar las jurisdicciones de tradición jurídica mixta como Escocia, Sudáfrica, Québec, en Canadá, y Louisiana, en los Estados Unidos de América²⁵⁶, porque a pesar de pertenecer, en general, a tradiciones del Derecho Civil continental utilizan reglas procedentes de los sistemas legales angloamericanos y romano-germánico²⁵⁷ conjuntamente y en armonía. En Escocia el instituto se ha desarrollado fuera de la tradición del *Common Law* sin desdoblamiento de la propiedad, pero supone la creación de un patrimonio separado del patrimonio del *trustee*. Tiene su origen en el *fideicommissum* romano; y ya se encontraba consolidado antes del siglo XIX, cuando Escocia

²⁵³ CAMERINI, Marcelo A., “El fideicomiso civil y el fideicomiso financiero”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 998.

²⁵⁴ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 18.

²⁵⁵ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 16.

²⁵⁶ Artículos 1721 a 2252 del Código Civil de 1825 (Louisiana Trust Code de 1964).

²⁵⁷ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 23 y 204.

es anexada a la Corona Inglesa²⁵⁸. En Sudáfrica se desarrolló el *trust* paralelamente con el *bewind*, instituto ya citado, perteneciente a la tradición jurídica holandesa ya citado, donde el *bewindhebber* no adquiere la propiedad de los bienes sino sólo su administración y se forma un patrimonio separado del suyo que no puede ser agredido por sus acreedores personales. La figura del *trust* se diferencia del *bewind*, pero ambas siguen subsistentes y se consolidan cuando se promulga el *Trust Property Control Act 57* del año 1988 que fija un estricto control del instituto considerándolo un patrimonio en beneficio ajeno²⁵⁹. Quebec, a pesar de su cesión a Gran Bretaña en el año 1763, conservó la tradición del derecho francés que fusionó con la influencia inglesa del *Common Law*, introduciendo ya en el año 1888 en el Código Civil francés el *Acte concernant la fiducie de 1879* y consolidando la figura en la reforma del año 1991. En el año 1994 Quebec ha optado definitivamente por el concepto de un patrimonio de afectación introduciendo su concepto en el artículo 1261 del Código²⁶⁰, carente de titular y de personalidad jurídica²⁶¹ que es administrado por el fiduciario dejando de lado la teoría de la doble titularidad (*dual ownership*) y la teoría clásica de AUBRY Y RAU (conforme la cual no hay patrimonio sin titular²⁶²), como también lo hicieron los países latinoamericanos, Escocia y Sudáfrica. El modelo de Quebec ha sido también el modelo

²⁵⁸ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “*El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 22 y 203.

²⁵⁹ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “*El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 23 y 209.

²⁶⁰ Artículo 1261: “el patrimonio fiduciario, formado por los bienes transmitidos en fiducie, constituye un patrimonio de afectación autónomo y distinto del patrimonio personal del constituyente, o del beneficiario, sobre el que ninguno de ellos tiene derechos reales” (trad. a) según MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “*El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 213. Original: « *le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel*”.

²⁶¹ ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “*Los patrimonios fiduciarios y el trust*”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LXXXII, enero-febrero 2006, número 693, pág. 26.

²⁶² MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “*El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 25 y 211.

inspirador del derecho privado catalán²⁶³.

1.2.4. Convenio de La Haya de 1985 sobre ley aplicable al *trust*

Este Convenio, denominado de igual modo Convención, nació del trabajo conjunto de juristas de distintos países con la intención de buscar un acuerdo con relación a la solución de los conflictos producidos en el ámbito del Derecho Internacional Privado²⁶⁴ alrededor de la figura del *trust*. Ya el concepto de *trust* aparecía en el Convenio de Bruselas del 27 de septiembre de 1968, en el Convenio de Lugano del 18 de septiembre de 1988, en el Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales de Roma del 19 de junio de 1980, aunque el *trust* no tenga real equivalencia en las instituciones del Derecho Civil²⁶⁵. Para algunos autores ha sido un puente de comunicación entre las tradiciones del Derecho Civil y del *Common Law* como era uno de sus objetivos. El Convenio fue abierto al período de firmas el 1 de julio de 1985²⁶⁶ y fue suscripto por Australia, Canadá, los Estados Unidos de América, Francia, Holanda, Italia, Luxemburgo y el Reino Unido, entrando en vigor el 1º de enero de 1992.

El artículo 2 de la Convención indica textualmente que: “a los efectos del presente Convenio, el término “*trust*” se refiere a las relaciones jurídicas creadas -por acto *inter vivos* o *mortis causa*- por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un *trustee* en interés de un

²⁶³ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “*El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 26.

²⁶⁴ DE ARESPACOCCHAGA, Joaquín, “*El “trust”, la fiducia y figuras afines*”, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 42.

²⁶⁵ EGEA IBÁÑEZ, Ricardo en MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (dirección y coordinación), “*Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*”, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001. “*Trust y Derecho Civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad*”, pág. 1170.

²⁶⁶ NAVAU MARTINEZ-VAL, María Pilar, “*El trust anglosajón y la armonización de la fiscalidad del ahorro*”, Noticias de la Unión Europea Número 208, Mayo de 2002, Año XVIII, pág. 57.

beneficiario o con un fin determinado”²⁶⁷. Esta descripción, que no es un concepto, se ha alejado de la noción anglosajona para acercarse a figuras del Derecho Civil internacional que se le parecen estructuralmente²⁶⁸.

En este mismo artículo 2, La Convención enuncia con detalle “las características siguientes:

a) los bienes del *trust* constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del *trustee*;

b) el título sobre los bienes del *trust* se establece en nombre del *trustee* o de otra persona por cuenta del *trustee*;

c) el *trustee* tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del *trust* y las obligaciones particulares que la ley le imponga.

El hecho de que el constituyente conserve ciertas prerrogativas o que el *trustee* posea ciertos derechos como beneficiario no es incompatible necesariamente con la existencia de un *trust*”²⁶⁹.

Las normas de conflicto que introduce el Convenio aparecen en sus artículos 6 y 7. El artículo 6 establece que la ley aplicable al *trust* será la ley elegida por el constituyente indicando que la ley aplicable en virtud de este principio no surtirá efecto, si en el ordenamiento elegido por el constituyente se desconoce la institución del *trust*. Por otra parte el artículo 7 establece como criterio de

²⁶⁷ www.hcch.net Traducción preparada por los Profesores Borrás y González Campos - "Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1951-2007), coordinación y estudio preliminar de Alegría Borrás y Julio D. González Campos, 2ª edición, Madrid (Editorial Marcial Pons), 2008" - y revisada en colaboración con la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

²⁶⁸ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “*El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 37.

²⁶⁹ Artículo 2 in fine.

conexión subsidiario el principio de proximidad según el cual será aplicable al *trust* la ley con la que el *trust* esté más estrechamente vinculado según los criterios comprendidos en el mismo artículo²⁷⁰.

España no es parte de este Convenio, pero ello no significa que rechace la figura del *trust* o que se interprete que la misma es contraria al orden público español²⁷¹, aunque podemos adelantar que la institución no es mirada con simpatía²⁷². La República Argentina, país latinoamericano con ley de fideicomiso desde el año 1996, tampoco es parte de este convenio²⁷³.

Canadá ratificó el Convenio el 1 de enero de 1993 permitiendo, a las provincias que lo quisieran, que lo adoptaran como ley interna. Quebec, cuyo régimen ya hemos enunciado con más detalle²⁷⁴, no ha adherido a la Convención y ha mantenido el concepto de fiducia consolidado en el año 1994 en su Código Civil de Quebec que fuera inspiración para los proyectos de legislación catalana²⁷⁵ como ya hemos indicado.

El Convenio ha entrado en vigor en Italia en enero de 1992 y ha sido ratificado por los Países Bajos en febrero de 1996, por Luxemburgo en enero de 2004, por San Marino en septiembre de 2004, por Liechtenstein en el año 2006, por Suiza por ley del 20 de diciembre de 2006, entró en vigencia a partir de julio de 2007 y modificó además la *Loi fédérale sur le droit International privé*. Además ha sido ratificado por Australia, por Hong Kong, por Malta, por Canadá, por el Reino Unido, y por Francia, tal como se ha expresado.

²⁷⁰ NAVAU MARTINEZ-VAL, María Pilar, “*El trust anglosajón y la armonización de la fiscalidad del ahorro*”, Noticias de la Unión Europea Número 208, Mayo de 2002, Año XVIII, pág. 58.

²⁷¹ VIRGOS SORIANO, Miguel, “*El Trust y el derecho español*”, Primera Edición, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, 2006, pág. 92.

²⁷² Ver 1.1.6.

²⁷³ GÓMEZ DE LA LASTRA, Manuel C, “*El Estado fiduciante*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-E, pág. 1311.

²⁷⁴ Ver 1.1.4.

²⁷⁵ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “*El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 219.

1.2.5. El fideicomiso en la legislación latinoamericana

Especialmente en América Latina, a partir de la introducción de la figura del fideicomiso en el plexo normativo privado, se ha producido la evolución continua del instituto²⁷⁶. Andrés Bello, apartándose de la tradición francesa que había desterrado la fiducia de ese derecho y con profundo conocimiento del derecho romano y del derecho inglés, introdujo en el Código Civil Chileno la institución de la propiedad fiduciaria, como una forma de limitación del dominio, y de allí la figura llegó a Colombia comenzando su camino de introducción en los distintos países de América Latina²⁷⁷. Algunos autores hablan, en este caso, de fideicomisos de segunda generación que se apartan de la figura del negocio fiduciario y del mandato²⁷⁸ asemejándose al *trust*.

Los iniciadores del desarrollo del instituto del fideicomiso fueron los colombianos y los mexicanos, quizás porque estaban en el área de influencia de las inversiones con origen en los Estados Unidos de América²⁷⁹, donde la figura es utilizada especialmente para fines de inversión, bajo la denominación de *trust*. El fideicomiso latinoamericano tiene una estructura legal diferente al *trust* anglosajón o al fideicomiso romano, pero contiene algunos elementos de ambos introduciendo novedades que lo hacen viable en el marco legal de estos países. Su origen se puede establecer en el Proyecto de reglamentación del

²⁷⁶ BARBOZA PEÑALVA, Claudio, “*Primeras reflexiones sobre el fideicomiso público*”, Ley 17.703 de la República Oriental del Uruguay de octubre de 2003, publicado en www.docstoc.com/docs/3184316 el 22 de diciembre de 2008.

²⁷⁷ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “*Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*”, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 42.

²⁷⁸ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “*El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 22.

²⁷⁹ CAMERINI, Marcelo A., “*El fideicomiso civil y el fideicomiso financiero*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 998. En igual sentido, citando a Venezuela, Panamá y Argentina, ²⁷⁹ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “*El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 22.

jurista panameño Ricardo ALFARO del año 1920²⁸⁰, quien sobre el concepto del mandato diseñó un instituto que denominó “fideicomiso” y que fuera debatido en la Conferencia Científica Panamericana, desarrollada en Lima, Perú, en el año 1924. Este autor ha sido criticado en razón de haber concebido al fideicomiso como un mandato irrevocable transmisor de bienes pero la realidad es que fue el inspirador de todo el movimiento posterior con relación a la figura en América Latina²⁸¹. La inclusión normativa del instituto fue muy resistida ya que suponía un cambio de paradigma con relación a los derechos reales y personales reconocidos por la ley²⁸² en las legislaciones latinoamericanas que tienen una tradición jurídica romano-germánica.

Así, Colombia (1923), México (1924), Panamá (1925), Chile^{283/284} (1925), Bolivia (1928 pero en suspenso hasta 1955²⁸⁵), Puerto Rico (1928), Perú (1931), Costa Rica (1936), Ecuador (1948), Venezuela²⁸⁶ (1940), Nicaragua (1940), Guatemala (1946), Honduras (1950), Argentina (1995) y Uruguay (2003), cuentan con la figura del fideicomiso en su legislación nacional desde

²⁸⁰ LENARDON, Fernando Roberto, *“Fideicomiso gubernamental”*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 30.

²⁸¹ FACCO, Javier Humberto, *“El fideicomiso y su modalidad contractual de garantía”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-A, pág. 609-639.

²⁸² CAMERINI, Marcelo A., *“El fideicomiso civil y el fideicomiso financiero”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 998.

²⁸³ Dice el artículo 733 del Código Civil de Chile: "Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición. La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso. Este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria. La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso se llama restitución".

²⁸⁴ Recordamos aquí que el Código civil chileno es obra personal del gran romanista venezolano afincado en Chile, Andrés Bello y que se adscribe a la tradición jurídica castellana de la cual ha sido considerado en ocasiones como el mejor fruto junto con las Partidas, según CUENA BOY, Francisco, *“El fideicomiso de residuo en el Derecho Romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles”*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2004, pág. 196.

²⁸⁵ LENARDON, Fernando Roberto, *“Fideicomiso gubernamental”*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 30.

²⁸⁶ La Ley de fideicomiso de Venezuela en su artículo 1° dice: "El fideicomiso es una relación jurídica por la cual una persona llamada fideicomitente transfiere uno o más bienes a otra persona llamada fiduciario, quien se obliga a utilizarlo a favor de aquél o de un tercero llamada beneficiario".

los años indicados en cada caso. Las primeras legislaciones de los años 20 estaban más próximas a la figura del mandato o al depósito que al *trust* angloamericano pero las legislaciones venezolana del año 1956, colombiana del año 1971, boliviana del año 1977, panameña del año 1984, ecuatoriana del año 1998, peruana del año 1993 y las citadas de Uruguay y Argentina abandonaron los perjuicios de las anteriores y acercaron más la figura al *trust* adaptándolo a sus propios sistemas legales²⁸⁷. Sólo en Ecuador el fideicomiso goza de personalidad jurídica. Los Códigos civiles de Chile, Argentina y Brasil comparten una peculiaridad dogmática ausente en las legislaciones europeas cual es, la expresa regulación de la propiedad fiduciaria como dominio fiduciario o propiedad resoluble²⁸⁸.

Argentina es el tercer país de Latinoamérica, detrás de México y Brasil, en cantidad de fideicomisos constituidos²⁸⁹.

Nos referiremos a la normativa específica de Argentina, Colombia, México y Uruguay en la segunda parte de este trabajo cuando hagamos referencia a los países que sobre su normativa privada de fideicomisos ha habilitado la figura del fideicomiso público²⁹⁰.

²⁸⁷ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, "El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law", Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 200.

²⁸⁸ CUENA BOY, Francisco, "*El fideicomiso de residuo en el Derecho Romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles*", Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2004, pág. 210.

²⁸⁹ ALLENDE, Lisandro A., y BORDA, Guillermo J., "*Apuntes sobre la práctica del fideicomiso*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-D, pág. 1267.

²⁹⁰ Ver 8.3.

1.3. El fideicomiso en el Derecho Español

El análisis de la figura del *trust* o el fideicomiso en España se lleva a cabo con relación a los negocios fiduciarios²⁹¹ donde los autores se concentran en la obligación que se asume de aplicar la propiedad de un bien en beneficio de otra persona²⁹². Son pocos los que, como LÓPEZ PARDIÑAS, que cuando enfrentan el tema construyen una fórmula contractual con base en el fideicomiso sucesorio, muy conocido en el derecho de sucesiones español, pero del que se alejan para lograr una figura útil en el mundo de los negocios jurídicos intervivos y descartan el negocio fiduciario que se encuentra casi exclusivamente acotado a la función de garantía²⁹³.

El fideicomiso es un instituto desconocido en el Derecho material español²⁹⁴ y no se encuentra ninguna referencia a este negocio fiduciario ni en el Código Civil español ni en el Código de Comercio español²⁹⁵. DE CASTRO con “precisión y realismo desmitificador ha dicho que carece de antecedentes en el

²⁹¹ VIRGOS SORIANO, Miguel, *“El Trust y el derecho español”*, Primera Edición, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, 2006, pág. 48 indica que la Sentencia del Tribunal Supremo del 2 de diciembre de 1996 dice que el negocio fiduciario “consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, el llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero, cuando se hubiera cumplido la finalidad”.

²⁹² VIRGOS SORIANO, Miguel, *“El Trust y el derecho español”*, Primera Edición, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, 2006, pág. 22.

²⁹³ LÓPEZ PARDIÑAS, Manuel, en MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (dirección y coordinación), *“Homenaje a Don Antonio Hernández Gil”*, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001. *“Trust y Derecho Civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad”*, pág. 1545.

²⁹⁴ VIRGOS SORIANO, Miguel, *“El Trust y el derecho español”*, Primera Edición, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, 2006, pág. 11. En igual sentido CARRASCOSA GONZÁLEZ, Jesús, Universidad de Murcia, *“El trust anglosajón y el Derecho Internacional Privado Español”*, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 369.

²⁹⁵ DE ARESPOCHAGA, Joaquín, *“El “trust”, la fiducia y figuras afines”*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 22.

Derecho común y es una figura sin los títulos de nobleza de la elaboración medieval²⁹⁶. Si bien hay figuras que se le parecen, se afirma que el fideicomiso no tiene un equivalente exacto²⁹⁷, por lo que hay quienes aseguran que es una figura directamente ignorada en el Derecho positivo español²⁹⁸, aunque otros consideran que la ignorancia jurídica del instituto es injustificable indicando que “todos somos culpables de ello²⁹⁹”. El *trust*³⁰⁰, sin embargo, no es un instituto desconocido en el sistema español de Derecho Internacional Privado y en el sector de la competencia judicial internacional y del reconocimiento de resoluciones extranjeras, donde se lo admite expresamente y se dan reglas para su tratamiento, como en el caso del Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y comercial³⁰¹ en sus artículos 5.6³⁰², 23.4³⁰³, 60.3³⁰⁴ y en el

²⁹⁶ CAMARA LAPUENTE, Sergio, “Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LXXV, septiembre-octubre 1999, número 654, pág. 1768.

²⁹⁷ VIRGOS SORIANO, Miguel, “El Trust y el derecho español”, Primera Edición, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, 2006, pág. 35.

²⁹⁸ DE ARESACOCHAGA, Joaquín, “El “trust”, la fiducia y figuras afines”, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 118.

²⁹⁹ BOSCH CARRERA, Antoni, “¿Por qué el trust en Catalunya?”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “El trust en el Derecho Civil”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 496.

³⁰⁰ CAMARA LAPUENTE, Sergio, “Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LXXV, septiembre-octubre 1999, número 654, pág. 1757 indica que el trust es una institución no regulada en el Derecho positivo español ni acogida jurisprudencialmente.

³⁰¹ Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. (D.O.U.E. serie L, núm. 12, de 16 de enero).

³⁰² Sección 2. Competencias especiales. Artículo 5. Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro:... 6) En su condición de fundador, trustee o beneficiario de un trust constituido ya en aplicación de la ley, ya por escrito o por un acuerdo verbal confirmado por escrito, ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio estuviere domiciliado el trust.

³⁰³ Sección 7. Prórroga de la competencia. Artículo 23... 4) El tribunal o los tribunales de un Estado miembro a los que el documento constitutivo de un trust hubiere atribuido competencia serán exclusivamente competentes para conocer de una acción contra el fundador, el trustee o el beneficiario de un trust si se tratare de relaciones entre estas personas o de sus derechos u obligaciones en el marco del trust.

caso del Convenio de Lugano del año 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones extranjeras en materia civil y mercantil³⁰⁵. No existen en el Derecho Internacional Privado español normas de conflicto específicas para determinar la ley aplicable al *trust* anglosajón o al fideicomiso, y así se recurre a ciertas normas de conflicto español que señalan la ley aplicable a instituciones jurídicas que desarrollan funciones similares a las que despliega el instituto³⁰⁶.

Puede afirmarse que el principio general de autonomía de la voluntad que consagran los artículos 1091³⁰⁷ y 1255³⁰⁸ del Código Civil español permitirían un acuerdo de partes³⁰⁹ con las características de la figura del fideicomiso o del *trust*, ya que este instituto no se encuentra prohibido. El límite de validez del acuerdo celebrado bajo esa normativa siempre será que el mismo no sea constituido en fraude de ley y que el fin que se persiga no sea contrario a ésta, a la moral o al orden público³¹⁰. Hay autores que afirman que el reconocimiento y regulación del instituto en España no afectaría ningún principio de orden

³⁰⁴ Artículo 60... 3. Para determinar si un trust está domiciliado en el Estado contratante cuyos tribunales conocen del asunto, el tribunal aplicará las reglas de su Derecho internacional privado.

³⁰⁵ VIRGOS SORIANO, Miguel, *“El Trust y el derecho español”*, Primera Edición, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, 2006, pág. 88.

³⁰⁶ CARRASCOSA GONZÁLEZ, Jesús, Universidad de Murcia, *“El trust anglosajón y el Derecho Internacional Privado Español”*, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 372.

³⁰⁷ Artículo 1091 del Código Civil Español: Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.

³⁰⁸ Artículo 1255 del Código Civil Español: Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.

³⁰⁹ DE ARESPACOHAGA, Joaquín, *“El “trust”, la fiducia y figuras afines”*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 22.

³¹⁰ Artículo 1255 del Código Civil Español: Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público. Artículo 1091 del Código Civil Español: Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos. DE ARESPACOHAGA, Joaquín, *“El “trust”, la fiducia y figuras afines”*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 25.

público, pudiéndose constatar la existencia en el derecho español y catalán de elementos de esta figura en los patrimonios autónomos y separados reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia que no suponen infracción al artículo 1911 del Código Civil español³¹¹ considerado aisladamente³¹². En este caso la propiedad se transmitiría en plenitud, ya sea para su administración o en garantía, y el nexo subsistente, luego de esta transferencia, será obligacional. Por ello, en el marco del Derecho español, se tratará siempre de un negocio simulado en tanto la verdadera pretensión sea la transmisión fiduciaria porque la voluntad oculta de las partes es que la transferencia del dominio no sea plena y exista un desdoblamiento no autorizado en la legislación española. Además, salvo la excepción de la Ley 466 de la Compilación de Navarra, en el derecho español no se podría transmitir al fiduciario la propiedad de los bienes sin causa³¹³. PEREZ DE ONTIVEROS, que analiza la cuestión en Navarra, indica que la titularidad no se puede basar en un negocio simulado, sino en el pacto fiduciario que subyace. En opinión de esa autora la Ley 466 citada reconoce al acreedor un poder sobre una cosa concreta, al regular una garantía real atípica³¹⁴. Recordemos que el artículo 348 del Código Civil español consagra la propiedad como un concepto único³¹⁵, mientras que en el fideicomiso aparece un doble concepto³¹⁶. Recurriendo al sistema de Derecho Internacional Privado español, conforme el artículo 10.1.

³¹¹ Artículo 1911 del Código Civil Español: Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.

³¹² ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “*Los patrimonios fiduciarios y el trust*”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LXXXII, enero-febrero 2006, número 693, pág. 12 y 55.

³¹³ VIRGOS SORIANO, Miguel, “*El Trust y el derecho español*”, Primera Edición, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, 2006, pág. 51.

³¹⁴ FUENTESECA, Cristina, “*El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*”, Prólogo de Manuel Albaladejo García, Primera Edición, José María Bosch, Barcelona, 1997, pág. 89.

³¹⁵ Artículo 348 del Código Civil Español: La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.

³¹⁶ EGEA IBÁÑEZ, Ricardo en MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (dirección y coordinación), “*Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*”, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001. “*Trust y Derecho Civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad*”, pág. 1171.

del Código Civil³¹⁷, se debe aplicar a la transmisión de los bienes la *lex rei sitae* por lo que el fideicomiso debe estar admitido en el lugar donde se transfieran los bienes para que esa transmisión sea válida³¹⁸.

La doctrina mayoritaria en España acepta el negocio fiduciario³¹⁹ y la teoría del doble efecto, así como la jurisprudencia civil y la contenciosa en materia tributaria, pero no así el *trust*³²⁰. En materia tributaria la Dirección General de los Tributos en Resolución del 10 de julio de 1992 indica que el *trust* no es sujeto de imposición en España³²¹, pero el legislador fiscal en el artículo 33 de la Ley General Tributaria del año 1963, hoy artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, consideró la posibilidad de atribuir la condición de sujetos pasivos de impuestos a entidades carentes de personalidad que constituyan un patrimonio separado³²². Por otro lado, en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, Ley 29/1987, de 18 de diciembre y su Reglamento, Real Decreto

³¹⁷ Artículo 10. 1. del Código Civil Español: La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen. La misma ley será aplicable a los bienes muebles. A los efectos de la constitución o cesión de derechos sobre bienes en tránsito, éstos se considerarán situados en el lugar de su expedición, salvo que el remitente y el destinatario hayan convenido, expresa y tácitamente, que se consideren situados en el lugar de su destino.

³¹⁸ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, *“El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law”*, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 77.

³¹⁹ Así parecen adherirse a la teoría del doble efecto y, en consecuencia, mantienen la causa fiduciae como transmisora de la propiedad: NAVARRO MARTORELL, GARRIGUES DIAZ-CAÑABETE, CÁRCABA FERNÁNDEZ. Los que siguen a DE CASTRO señalan un fin de mandato o de garantía al igual que CÁMARA LAPUENTE. Niegan su existencia AGONZÁLEZ MENESES Y O’CALLAGHAN siguiendo a ALBADALADEJO. Todo según , Cristina, *“El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Prólogo de Manuel Albaladejo García, Primera Edición, José María Bosch, Barcelona, 1997, pág. 69.

³²⁰ STSJ de Canarias de 2 de noviembre de 1993, STS de 20 de febrero de 1991, 20 de enero de 1995 y 3 de abril de 1995 citadas por DE ARESPACOHAGA, Joaquín, *“El “trust”, la fiducia y figuras afines”*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 27.

³²¹ ARESPACOHAGA, Joaquín de, *“El “trust”, la fiducia y figuras afines”*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 82.

³²² SEMPERE ALIAGA, Jesús A., *“Aspectos fiscales del trust y de los patrimonios fiduciarios”*, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 394.

1629/1991 de 8 de noviembre³²³, se dispone en el artículo 54 que “en los fideicomisos, cuando dentro de los plazos en que deba practicarse la liquidación no sea conocido el heredero fiduciario, pagará el fiduciario” y se determina el modo de cálculo lo que produce dudas interpretativas por la referencia al derecho foral o especial como, por ejemplo, en la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, *Codi de Successions per causa de mort en el Dret Civil de Catalunya* que regula las fiducias y fideicomisos en ese ámbito³²⁴. Recordemos que en el derecho español el fideicomiso tiene un aplicación estricta donde se limitan las facultades del fiduciario conforme el artículo 783 del Código Civil español, referido a las sustituciones fideicomisarias^{325/326}.

Cataluña es la única Comunidad Autónoma que ha realizado algunos intentos de regulación de la figura con algún éxito³²⁷, con fundamento en el modelo de fideicomiso de Québec a partir del año 2002³²⁸. La fiducia es subjetiva en el

³²³ Este Decreto fue modificado por el REAL DECRETO 206/2002, de 22 de febrero, por el que se modifica el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, aprobado mediante Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, pero no en este punto sino adicionando un nuevo artículo 85 bis al Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, aprobado mediante Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre y modificando sólo el apartado 1 del artículo 87.

³²⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Josep Lluís, “Aspectos prácticos de la tributación del trust en Cataluña”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “El trust en el Derecho Civil”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 504.

³²⁵ EGEA IBÁÑEZ, Ricardo en MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (dirección y coordinación), “Homenaje a Don Antonio Hernández Gil”, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001. “Trust y Derecho Civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad”, pág. 1172.

³²⁶ Artículo 783 del Código Civil Español: Para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos. El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa.

³²⁷ ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “El trust en el Derecho Civil”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 31.

³²⁸ ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “¿Y si universalizamos el trust, también en Cataluña?”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “El trust en el Derecho Civil”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 458.

Derecho catalán e instrumental, porque el gestor en quien se confía es quien mantiene la separación de patrimonio, ya que allí no existen prohibiciones o limitaciones para la creación de patrimonios separados³²⁹. Tanto el legislador catalán como el navarro consideran la *causae fiduciae* válida para la transmisión de la propiedad de un bien o un derecho afectada al cumplimiento de una determinada finalidad sucesoria o de garantía³³⁰. En Cataluña el derecho civil sucesorio regula numerosas disposiciones fiduciarias tanto desde el punto de vista personal, como los encargos de gestión como también desde el punto de vista patrimonial, como la atribución de la propiedad al fiduciario y en el caso de la fiducia *inter vivos* se encuentra un precedente en la agnición de buena fe del artículo 565.16.d.³³¹ del Código Civil de Cataluña, donde el fiduciario tiene una propiedad interina y temporal de la cosa en interés ajeno³³². Recordemos aquí que el derecho foral o especial de las Comunidades Autónomas históricas³³³ (Cataluña, País Vasco y Galicia) se enraíza en la

³²⁹ BADOSA COLL, Ferran, Universidad de Barcelona, “*Sobre los patrimonios fiduciarios en Cataluña*” en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 414.

³³⁰ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “*El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 83.

³³¹ Artículo 565-16. Las excepciones al devengo del laudemio. El laudemio no se devenga nunca en los siguientes casos: ...d) En la agnición de buena fe, entendida como la declaración que, dentro del año de la firma del contrato, hacen los compradores de haber efectuado la adquisición en interés y con dinero de las personas que designan. Recordamos aquí que en [Derecho Civil](#) el [laudemio](#) o luismo, es un derecho que se paga al señor del dominio directo cuando se [enajenan](#) las tierras y posesiones dadas a censo perpetuo o [enfiteusis](#).

³³² ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “*¿Y si universalizamos el trust, también en Cataluña?*”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 467.

³³³ La Constitución reserva al Estado, en exclusividad, la competencia legislativa en materia civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales allí donde existan artículo (149.1.8.), según Antonio María LORCA NAVARRETE, “La casación foral vasca según la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia Vasco”, en LA CHINA, Sergio, y otros, “*La casación Foral y Regional*”, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 1993, Editorial Dykinson, Madrid, pág. 67.

historia del pueblo español³³⁴, que muestra la existencia de regímenes jurídicos forales o territoriales con algunas instituciones peculiares, entre las que se encuentra el fideicomiso, que son una realidad conservada por su arraigo innegable³³⁵ en las Comunidades. La Ley Orgánica del Poder Judicial establece el recurso de casación contra aquellas sentencias de orden civil en que se invoque como infringido el Derecho Civil especial de cada una de estas Autonomías basado en derecho consuetudinario³³⁶. Efectivamente han existido sentencias referidas a la figura que se estudia: así, en materia de fideicomiso se han resuelto recursos de casación por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 22 de noviembre de 1990³³⁷ y el 28 de octubre de 1991³³⁸. Particularmente los juristas catalanes opinan que la competencia permite legislar sobre toda la materia civil excepto la atribuida al Estado si bien contra esa opinión existen quienes interpretan restrictivamente la competencia autonómica considerando que las Comunidades Autónomas sólo pueden legislar a costa de sus propios preceptos y sin menoscabo del Código Civil Español³³⁹.

³³⁴ Presentación de Juan SAN MARTIN OTIZ DE ZARATE, Arerteko-Defensor del Pueblo Vasco en LA CHINA, Sergio, y otros, *“La casación Foral y Regional”*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 1993, Editorial Dykinson, Madrid, pág. 9.

³³⁵ MORON PALOMINO, Manuel, *“Consideraciones en torno al recurso de casación en materia foral”*, en LA CHINA, Sergio, y otros, *“La casación Foral y Regional”*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 1993, Editorial Dykinson, Madrid, pág. 114.

³³⁶ Citando el discurso de Cora RODRIGUEZ, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, del 23 de mayo de 1989, NUÑEZ VIDE, José Luis, *“Competencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en materia de Derecho Civil Foral”*, en LA CHINA, Sergio, y otros, *“La casación Foral y Regional”*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 1993, Editorial Dykinson, Madrid, pág. 21.

³³⁷ El recurrente en este caso invoca la doctrina y jurisprudencia tradicional de Cataluña.

³³⁸ PUIG FERRIOL, Luis, *“Los recursos de casación civil y la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (1989-1992)”* en LA CHINA, Sergio, y otros, *“La casación Foral y Regional”*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 1993, Editorial Dykinson, Madrid, pág. 41 y ss.

³³⁹ ARROYO I AMAYUELAS, Esther, *“¿Y si universalizamos el trust, también en Cataluña?”*, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 466.

La figura más cercana al patrimonio fiduciario es la fiducia continuada del Derecho navarro reglada en el apartado 2 de la Ley 293 del Fuero Nuevo que dice: “La titularidad de los bienes corresponde siempre a la herencia de confianza del causante, y los sucesivos cambios de fiduciarios no implicarán transmisión alguna de los mismos bienes”³⁴⁰. Luego también existen otras figuras como la herencia de confianza del artículo 150³⁴¹ y siguientes de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, *Codi de Successions per causa de mort en el Dret Civil de Catalunya*, que supone el reconocimiento legal de la fiducia y que extiende la titularidad fiduciaria al encargo en general³⁴²; y, la fiducia aragonesa del Título IV³⁴³ de la Ley 1/1999^{344/345}, que para algunos autores es la “estrella

³⁴⁰ PAU PADRÓN, Antonio, “*El patrimonio fiduciario desde la perspectiva registral*”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 349.

³⁴¹ SECCIÓN II. LOS HEREDEROS Y LEGATARIOS DE CONFIANZA. Artículo 150: El testador podrá instituir o designar herederos o legatarios de confianza a personas individuales para que den a los bienes el destino que les haya encomendado confidencialmente, de palabra o por escrito. Estas personas podrán ser facultadas por el testador para que, en caso de fallecer alguna de ellas antes de la total revelación o del cumplimiento de la confianza, elijan a quien la sustituya, sin que ello implique nueva institución o designación, sino una mera subrogación en el cargo. Salvo una disposición testamentaria en contrario, los herederos o legatarios de confianza actuarán por mayoría, pero, de quedar uno solo, este podrá actuar por sí mismo.

³⁴² BADOSA COLL, Ferran, Universidad de Barcelona, “*Sobre los patrimonios fiduciarios en Cataluña*” en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 421.

³⁴³ TÍTULO IV. De la fiducia sucesoria. CAPÍTULO I. Disposiciones generales. Artículo 124. *Comitente*. Todo aragonés capaz para testar puede nombrar uno o varios fiduciarios para que ordenen su sucesión actuando individual, conjunta o sucesivamente. Nombrados varios sin señalar cómo deben actuar, se entenderá que el llamamiento es conjunto.

³⁴⁴ LEY 1/1999, de 24 de febrero, de las Cortes de Aragón, de Sucesiones por causa de muerte. (B.O.A. número 26 de 04/03/1999). La Disposición Final Primera de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad, modifica los artículos 139, 202.2.2º y 221 de la Ley de sucesiones por causa de muerte.

³⁴⁵ SEMPERE ALIAGA, Jesús A., “*Aspectos fiscales del trust y de los patrimonios fiduciarios*”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 394.

del derecho sucesorio aragonés”, que resulta eficaz para ordenar la continuación de los patrimonios empresariales³⁴⁶.

También el patrimonio protegido de las personas con discapacidad, de la ley 41/2003, tiene semejanzas con el patrimonio fiduciario en cuanto es un patrimonio de destino y tiene un beneficiario sin ser un patrimonio autónomo separado del patrimonio universal del sujeto³⁴⁷. Esta norma no es más que una aplicación española del “*trust for disable persons*” utilizado en el Reino Unido³⁴⁸. En la legislación española se han utilizado indistintamente expresiones como “patrimonio separado” en el artículo 33 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria³⁴⁹; “masa patrimonial sin titular” de los artículos 6.1.4.³⁵⁰ y 7.5.³⁵¹ de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento

³⁴⁶ NASARRE AZNAR, Sergio y GARRIDO MELERO, Martín (coordinadores), “*Los patrimonios fiduciarios y el “trust”*”, III Congreso de Derecho Civil Catalán, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 158 en la contribución de Adolfo CALATAYUD SIERRA, “*La nueva regulación de la fiducia aragonesa y la empresa*”.

³⁴⁷ Ley 41 del año 2003 conforme PAU PADRÓN, Antonio, “*El patrimonio fiduciario desde la perspectiva registral*”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 352.

³⁴⁸ ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “*Los patrimonios fiduciarios y el trust*”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LXXXII, enero-febrero 2006, número 693, pág. 36.

³⁴⁹ BOE número 313, de 31 de diciembre de 1963 según ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “*Los patrimonios fiduciarios y el trust*”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LXXXII, enero-febrero 2006, número 693, pág. 27.

³⁵⁰ Capítulo Primero. De la Capacidad para ser parte, la capacidad procesal y la legitimación. Artículo 6. *Capacidad para ser parte*. 1. Podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles:

1º Las personas físicas.

2º El concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables.

3º Las personas jurídicas.

4º Las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración.

³⁵¹ Artículo 7. *Comparecencia en juicio y representación*.

1. Sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

2. Las personas físicas que no se hallen en el caso del apartado anterior habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley.

3. Por los concebidos y no nacidos comparecerán las personas que legítimamente los representarían si ya hubieran nacido.

4. Por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente las representen.

5. Las masas patrimoniales o patrimonios separados a que se refiere el número 4º del apartado 1 del artículo anterior comparecerán en juicio por medio de quienes, conforme a la ley, las administren.

Civil, “patrimonio de destino o patrimonio de finalidad”, como el citado de las personas con discapacidad o los fondos especiales de las fundaciones³⁵². También con relación a la herencia yacente, los artículos 107 párrafo segundo³⁵³ y 156³⁵⁴ del Reglamento del Registro Civil³⁵⁵ se refieren al “patrimonio en representación”³⁵⁶. La sociedad de responsabilidad limitada unipersonal³⁵⁷ es otro claro ejemplo de la utilización de esta técnica en la normativa española. En estos patrimonios las características son: a) la autonomía patrimonial de ciertos bienes vinculados a un destino; b) el régimen de administración especial que soportan; c) la prohibición de la vinculación indefinida de los bienes³⁵⁸.

El tiempo va demostrando que es necesario pensar en la regulación de la figura en España, porque desde hace mucho tiempo que los esquemas fiduciarios existen en su derecho y la falta de ese instituto ha supuesto pérdida de competitividad con relación a otros países de la Unión Europea en ciertos ámbitos como el financiero³⁵⁹. Así la doctrina española ha subrayado la

6. Las entidades sin personalidad a que se refiere el número 5º del apartado 1 del artículo anterior comparecerán en juicio por medio de las personas a quienes la ley, en cada caso, atribuya la representación en juicio de dichas entidades.

³⁵² Artículo 40.1 de la Ley 5/2001 según ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “*Los patrimonios fiduciarios y el trust*”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LXXXII, enero-febrero 2006, número 693, pág. 28.

³⁵³ Artículo 107: Los Libros de Inscripciones tendrán un índice de folios registrales, ordenado por apellidos de los inscritos, y los de Matrimonios, por apellidos de ambos cónyuges, y en él se expresará también el nombre propio y la página. El índice de la Sección Cuarta se llevará por tutelados o titulares del patrimonio sujeto a la representación, antes de producirse ésta...

³⁵⁴ Artículo 156: Al margen de la inscripción de nacimiento de los sujetos a tutela o curatela, o titulares del patrimonio sometido a representación, se pondrá nota de referencia a la de tutela, curatela o representación.

³⁵⁵ Decreto de 14 de noviembre de 1.958, BOE del 11 de diciembre. (Actualización en el BOE de 19 de septiembre de 1.986).

³⁵⁶ ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “*Los patrimonios fiduciarios y el trust*”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LXXXII, enero-febrero 2006, número 693, pág. 28.

³⁵⁷ Artículo 125 Ley 2/1995.

³⁵⁸ ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “*Los patrimonios fiduciarios y el trust*”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LXXXII, enero-febrero 2006, número 693, pág. 29.

³⁵⁹ BOSCH CARRERA, Antoni, “*¿Por qué el trust en Catalunya?*”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de

conveniencia de esta regulación y ha avanzado en la tarea de detectar y reconocer las “parafiducias” en las leyes civiles españolas que actualmente están llenas de criptofiducias elegidas para dar solución a cuestiones particulares como las aquí citadas³⁶⁰. Valga recordar la existencia de fondos de titulización hipotecaria formados por un conjunto de títulos, cada uno de los cuales representa un porcentaje del crédito hipotecario originario cedido, que se acerca a un fideicomiso financiero de los que analizaremos en el presente trabajo en el Capítulo 4. En los fondos de titulización hipotecaria el fondo forma un patrimonio separado y cerrado diferente al emisor de los títulos como carente de personalidad, donde resulta administradora una entidad financiera especializada denominada sociedad gestora de fondos de titulización hipotecaria³⁶¹.

Sólo sería posible la inclusión de la figura del fideicomiso en España a través de una reforma legislativa³⁶², necesaria por la frecuente aparición en los Tribunales de causas referidas a los *trusts*; por el compromiso internacional vinculado con la Convención de La Haya de 1 de julio de 1985; por el derecho de la Unión Europea que se encamina hacia la introducción del instituto en los países de derecho continental³⁶³ y por las frecuentes consultas de ciudadanos

Catalunya, Departamente de Justicia; Departamente d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 497.

³⁶⁰ NASARRE AZNAR, Sergio, “*Reflexiones sobre la conveniencia de una regulación catalana de la fiducia y su modelo. Comentario a la mesa redonda*”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departamente de Justicia; Departamente d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 540.

³⁶¹ Artículo 15 de la Ley 1/1981 de regulación del mercado hipotecario, según redacción artículo 5 de la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria, artículo 1 del Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo y artículo 3 de la Ley 35/2003. Todo conforme ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “*Los patrimonios fiduciarios y el trust*”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LXXXII, enero-febrero 2006, número 693, pág. 32.

³⁶² VIRGOS SORIANO, Miguel, “*El Trust y el derecho español*”, Primera Edición, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, 2006, pág. 37.

³⁶³ BOSCH CARRERA, Antoni, “*¿Por qué el trust en Catalunya?*”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departamente de Justicia; Departamente d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 499.

extranjeros residentes en España a los profesionales del derecho sobre los usos de esta figura en cuestiones y negocios personales³⁶⁴. Coincidimos con aquellos autores que indican que el camino apropiado sería primero la adhesión al Convenio de La Haya de 1985; y, luego, una regulación especial sobre la figura³⁶⁵. Una de las razones de la necesidad de la nueva normativa es que el concepto de propiedad en España se encuentra dentro de un sistema específico de derechos reales, que no admite nuevos derechos de este tipo por creación de los particulares a través de una convención, según afirma la doctrina. Seguramente se puede profundizar el análisis de una figura que suponga la creación de un patrimonio de afectación sin propietario tal como lo prevé el Código de Quebec (que ha inspirado a Cataluña³⁶⁶), tal como se enunciara en este trabajo porque si la utilidad sobresaliente de la figura es la gestión del patrimonio ello no obliga a que el fiduciario sea propietario porque si lo fuera su propiedad sería *sui generis* lo que no resulta ni conveniente ni necesario³⁶⁷. Hay autores que indican que desde la perspectiva registral no habría inconveniente en la inscripción de un patrimonio autónomo y de destino sin titular dominial y sólo con facultades de actuación porque no existe ningún principio registral español que lo impida y, en este sentido, en la práctica, ya se han realizado inscripciones de facultades fiduciarias similares como en el caso de los terrenos sujetos al sistema urbanístico de compensación que, técnicamente, no son transmitidos en propiedad a la Junta de

³⁶⁴ GORTÁZAR LORENTE, Carlos, “Trust y empresa familiar”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “El trust en el Derecho Civil”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 523.

³⁶⁵ ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “Los patrimonios fiduciarios y el trust”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LXXXII, enero-febrero 2006, número 693, pág. 56.

³⁶⁶ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 249.

³⁶⁷ ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “¿Y si universalizamos el trust, también en Cataluña?”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “El trust en el Derecho Civil”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 476.

Compensación³⁶⁸. Otros indican que existen impedimentos para la inscripción registral con base en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria³⁶⁹. DÍEZ-PICAZO indica que en materia registral no es necesario determinar el carácter cerrado o abierto de los derechos reales, sino más bien declarar únicamente qué derechos y situaciones se inscriben en el Registro de la Propiedad así sean éstos los derechos reales que se mencionan en la ley - denominados reales típicos-, como otros derechos de la misma naturaleza - llamados derechos reales atípicos- tanto como los pactos y contratos de trascendencia real que carecen de nombre propio y se mencionan como negocios reales innominados, si bien admite que la tipificación de los derechos reales favorece la claridad, facilita y hace eficaz el sistema de registro³⁷⁰.

Otra cuestión a considerar es la del patrimonio como prenda común de los acreedores y en ese sentido también se conocen excepciones a este principio como el artículo 1807 del Código Civil Español³⁷¹, que permite pactar la inembargabilidad de la pensión vitalicia, o el artículo 140³⁷² de la Ley

³⁶⁸ PAU PADRÓN, Antonio, *“El patrimonio fiduciario desde la perspectiva registral”*, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 343.

³⁶⁹ EGEA IBÁÑEZ, Ricardo en MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (dirección y coordinación), *“Homenaje a Don Antonio Hernández Gil”*, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001. *“Trust y Derecho Civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad”*, pág. 1174.

³⁷⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis, *“Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”*, Volumen Primero, Cuarta Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pág. 113 a 115.

³⁷¹ Artículo 1807 del Código Civil Español: El que constituye a título gratuito una renta sobre sus bienes, puede disponer, al tiempo del otorgamiento, que no estará sujeta dicha renta a embargo por obligaciones del pensionista.

³⁷² Artículo 140. No obstante lo dispuesto en el artículo 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor. Cuando la hipoteca así constituida afectase a dos o más fincas y el valor de alguna de ellas no cubriese la parte de crédito de que responda, podrá el acreedor repetir por la diferencia exclusivamente contra las demás fincas hipotecadas, en la forma y con las limitaciones establecidas en el artículo 121.

Hipotecaria³⁷³, que autoriza a acordar la exclusión de la agresión del acreedor sobre bienes distintos de los hipotecados³⁷⁴.

Recuérdese aquí que dentro de los países de origen germánico se venía acentuando desde mediados del siglo XVIII un fuerte movimiento a favor de la Codificación. Había en Alemania dos grandes corrientes de opinión perfectamente definidas y que se complementaban: la del Derecho Natural y la de la necesidad de codificar las leyes suprimiendo su indeterminación y su diversidad. La primera respondía a una concepción filosófica que suscribía el pensamiento de que el Derecho era una concepción de la razón libre. La segunda, o sea la partidaria de la codificación, tenía origen político, y THIBAUT fue su representante más conspicuo. Contra esta tendencia reaccionó SAVIGNY, quien era el astro más brillante de la ciencia jurídica alemana, como dijera IHERING³⁷⁵, y atribuyó a los factores históricos una influencia constante y necesaria para una evolución saludable, que va imprimiendo a las instituciones modalidades cambiantes adaptables a cada época y a cada momento de la vida del Derecho³⁷⁶. THIBAUT decía que “toda legislación puede y debe satisfacer dos exigencias: debe ser perfecta formal y materialmente, vale decir debe presentar sus preceptos de una manera clara, inequívoca y exhaustiva y ordenar las instituciones civiles sabia y adecuadamente, en plena conformidad con las necesidades de los súbditos” y asimismo indicaba que como fuente principal del derecho alemán “queda el Código romano, vale decir, la obra elaborada por una Nación extranjera y muy desemejante de nosotros, en el momento de su más profunda decadencia, los

³⁷³ LEY HIPOTECARIA, texto refundido según DECRETO de 8 de febrero de 1946, modificada por las leyes 7/1998, 1/2000, 24/2001, 53/2002, 7/2003, 22/2003, 62/2003 y por ley orgánica 15/2003.

³⁷⁴ ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “Los patrimonios fiduciarios y el trust”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LXXXII, enero-febrero 2006, número 693, pág. 52.

³⁷⁵ IHERING, *Friedrich Karl con Savigny*, en *Jähebücher für die Dogmatik*, V, 1861, pág. 356 citado en Extractos del Boletín Mensual Números 97/98 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Número XX, “La codificación civil en Alemania, opiniones de Thibaut y Savigny vertidas al castellano por el Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales con prólogo de Norberto Gorostiaga”, 1940, pág. 17.

³⁷⁶ Extractos del Boletín Mensual Números 97/98 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, “La codificación civil en Alemania, opiniones de Thibaut y Savigny vertidas al castellano por el Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales con prólogo de Norberto Gorostiaga”, 1940, pág. 19.

signos de la cual aparecen manifiestos en cada página”³⁷⁷. SAVIGNY, en cambio, en la polémica con THIBAUT³⁷⁸ sobre la codificación, decía que lo que hizo grande a Roma fue la habilidad de mantener una justa armonía entre las fuerzas conservadoras y las progresistas del Derecho³⁷⁹, y eso precisamente es lo que entendemos le corresponde hacer hoy al Derecho español con relación a la figura del fideicomiso.

³⁷⁷ Traducción del alemán de VON THIBAUT, *Civilistische Abhandlungen*, Estudio Número XIX, Heidelberg, 1814, en Extractos del Boletín Mensual Números 97/98 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, “*La codificación civil en Alemania, opiniones de Thibaut y Savigny vertidas al castellano por el Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales con prólogo de Norberto Gorostiaga*”, 1940, pág. 23.

³⁷⁸ Antonio Federico Justo Thibaut había nacido en 1772 en Hameln, provincia de Hannover, Alemania, siete años antes que Savigny, y pertenecía al grupo de autores que formaban la escuela del Derecho Natural contra cuyas enseñanzas reaccionó vigorosamente la escuela histórica de la cual uno de los representantes más destacados fue Savigny. En 1803 publicó la primera edición de su obra fundamental sobre el sistema del derecho de las Pandectas. Siguió el sistema filosófico-jurídico de Kant con especial insistencia.

³⁷⁹ MORON PALOMINO, Manuel, “*Consideraciones en torno al recurso de casación en materia foral*”, en LA CHINA, Sergio, y otros, “*La casación Foral y Regional*”, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 1993, Editorial Dykinson, Madrid, pág. 118.

Capítulo 2. Concepto de Fideicomiso y caracteres

2.1. Noción general

“La reluctancia manifestada por los juristas clásicos hacia las definiciones hace difícil encontrar, tanto en el Digesto Justiniano, como en las Instituciones de Gayo, una que encaje, más o menos certeramente con el fideicomiso”³⁸⁰. En general, con sutiles diferencias conforme las distintas legislaciones del mundo y lo expresado hasta aquí en este trabajo, hay fideicomiso cuando una persona, denominada fiduciante transmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra, denominada fiduciario (*trustee* en el *trust* como se ha indicado), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato como beneficiario, y a transmitirlo, al cumplimiento de un plazo o condición, al propio fiduciante o al beneficiario (o beneficiarios). Se trata, en fin, de un instrumento jurídico que permite separar la gestión y el disfrute del patrimonio³⁸¹. No todas las legislaciones proceden a definir el fideicomiso, sino más bien a describir el negocio jurídico del mismo. Por ejemplo, son sólo descriptivas del negocio jurídico: a) la Ley 3284, Código de Comercio de Costa Rica, CAPÍTULO XII Del fideicomiso: “Artículo 633.—Por medio del fideicomiso el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos; el fiduciario queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo”; b) la Ley de Fideicomiso argentina No. 24.441: “Artículo 1º—Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario),

³⁸⁰ TAMAYO ERRASQUIN, José Angel, “*Libertis Libertabusque. El fideicomiso de alimentos en beneficio de libertos en Digesta y Responsa de Q. Cervidius Scaevola*”, Universidad del País Vasco, Argitalpen Zerbitzua Servicio Editorial, Vitoria, Gasteiz, 2007, pág. 83.

³⁸¹ ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “*¿Y si universalizamos el trust, también en Cataluña?*”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 462.

quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”. Sin embargo, la ley peruana determina expresamente el concepto de fideicomiso: Ley 26.702. “Artículo 241.—Concepto de fideicomiso. El fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicomitado, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario”.

NAVARRO MARTORELL lo define como el contrato por el cual una persona (fiduciario) recibe de otra (fiduciante), que confía en ella, una titularidad de derecho a nombre propio, comprometiéndose a usarla sólo en lo preciso para el fin restringido acordado, en interés suyo, y del transmitente o un tercero³⁸².

El fideicomiso, entonces, es el negocio mediante el cual una persona trasmite la propiedad fiduciaria de ciertos bienes con el objeto de que sean destinados a cumplir un fin determinado.

Aquí se destacan dos aspectos claramente definidos, como ya hemos indicado. Uno, la transferencia de la propiedad fiduciaria del bien; otro, un mandato de confianza. Podríamos decir también que se advierten dos distintas relaciones jurídicas: una de contenido real, que comprende la transmisión de bienes o derechos; y otra de contenido personal, que comprende la obligación de cumplir el encargo que es la finalidad del fideicomiso. Sólo por las mencionadas características, como veremos, no se puede calificar al fideicomiso simplemente como contrato³⁸³, aunque se ha dicho que los jueces

³⁸² NAVARRO MARTORELL, Mariano, *“La propiedad fiduciaria”*, Editorial Bosch, Barcelona, 1950 citado por LENARDON, Fernando Roberto, *“Fideicomiso gubernamental”*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 25.

³⁸³ VIRGOS SORIANO, Miguel, *“El Trust y el derecho español”*, Primera Edición, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, 2006, pág. 102.

españoles seguramente aplicarían las normas civiles relativas a las obligaciones contractuales³⁸⁴.

Cuando hablamos de propiedad fiduciaria, podemos decir que es la propiedad que temporariamente ejerce una persona física o jurídica, llamada fiduciario, y que le ha sido transmitida por otra persona física o jurídica denominada fiduciante. Sería admisible, a nuestro criterio, asimilarla a lo que algunos teóricos denominan propiedades *ad tempus*³⁸⁵, en el marco propio de las concesiones públicas³⁸⁶. En comparación con el dominio pleno, al dominio fiduciario sólo le falta la perpetuidad conservando los otros dos caracteres del dominio pleno: los de ser exclusivo y absoluto. Esto es lo que permite caracterizar al dominio fiduciario como derecho real de dominio, pero imperfecto³⁸⁷.

La base de esta relación, en principio contractual, entre fiduciante y fiduciario nace de la “confianza” que ambos se tienen y constituye la esencia del vínculo que se crea entre ellos. Conforme el artículo 2 del Convenio de La Haya de 1985, ya mencionado³⁸⁸, el *Trust* se refiere a relaciones creadas por una persona (el constituyente) que coloca bienes bajo el control de otra (*trustee*) en interés de un beneficiario³⁸⁹.

³⁸⁴ VIRGOS SORIANO, Miguel, “*El Trust y el derecho español*”, Primera Edición, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, 2006, pág. 103.

³⁸⁵ Conforme JANNUZZI, Angelo, “*Le società fiduciarie*”, Milano-Dott. A. Giuffré Editore, 1988, pág. 15 el principio de perpetuidad del derecho de propiedad en Italia con su característica de absoluto y exclusivo se pone en duda por la doctrina precisamente por la propiedad *ad tempus* que se base expresamente en algunas disposiciones legales.

³⁸⁶ VERA-JURADO, Diego José, “*El régimen jurídico del patrimonio de destino en la concesión administrativa de servicio público*”, RAP, número 109, enero/abril 1986, pág. 224.

³⁸⁷ SCOCCO, Mónica, “*Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-D, pág. 1417-1425.

³⁸⁸ Ver punto 1.1.5.

³⁸⁹ VIRGOS SORIANO, Miguel, “*El Trust y el derecho español*”, Primera Edición, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, 2006, pág. 15.

El carácter a título de confianza de la transmisión de los bienes fideicomitidos no debe confundirse con el carácter que pueda tener el acuerdo mismo de fideicomiso. La transmisión fiduciaria no se realiza a título oneroso ni gratuito, porque el fiduciante no recibe por la transmisión de los bienes contraprestación alguna. La transferencia fiduciaria no es onerosa porque el fiduciario no le da nada a cambio del bien al fiduciante y tampoco es gratuita, porque éste no le obsequia la propiedad al fiduciario, quien la recibe sólo para ejecutar el encargo³⁹⁰. El carácter a título de confianza de la transmisión de los bienes es la nota diferencial. Para el fiduciario el negocio seguramente será oneroso, porque pretenderá una retribución por su gestión. Tanto su remuneración como el reintegro de gastos pueden provenir del patrimonio fiduciario, como estar a cargo del fiduciante o deducirse de lo que corresponda al beneficiario o al fideicomisario^{391/392}. En efecto, el fideicomiso será oneroso o gratuito en función de que el fiduciario reciba o no una retribución por su gestión. En el fideicomiso, debe recordarse, las partes gozan de amplia libertad para regular su actuación³⁹³.

El fideicomiso puede verse como un modo de organizar el patrimonio³⁹⁴ y este concepto es esencial para el momento de análisis del fideicomiso público.

2.2. Elementos esenciales

Procederemos a la descomposición analítica de la figura para facilitar la comprensión de los comentarios referidos a ella y tomamos el contenido

³⁹⁰ SOLER, Osvaldo H., y CARRICA, Enrique D., *“El fideicomiso y el fraude”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2000-B, pág. 1193-1198.

³⁹¹ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., *“Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E, pág. 1226.

³⁹² Denominamos fideicomisario al destinatario final de los bienes fideicomitidos. Ver punto 2.2.1.3.

³⁹³ ROSENFELD, L. Carlos, *“Antecedentes históricos del Fideicomiso”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1998-E, pág. 1193.

³⁹⁴ VIRGOS SORIANO, Miguel, *“El Trust y el derecho español”*, Primera Edición, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, 2006, pág. 61.

mínimo obligatorio de la esencia del negocio jurídico, sin el cual éste no existiría³⁹⁵.

El fideicomiso no será tal si no se conforma de los siguientes elementos:

2.2.1. Sujetos

Es importante identificar con claridad los tres sujetos que intervienen:

1) el fiduciante, fideicomitente, constituyente o *settlor*³⁹⁶, que es quien transmite el bien en fideicomiso y que podrá coincidir con la persona del beneficiario y/o fideicomisario en algunas legislaciones;

2) el fiduciario o *trustee* que es quien debe cumplir con las obligaciones que impone el contrato y que, está sujeto a un estricto control de gestión porque, en general, no se permite que el contrato dispense al fiduciario de rendir cuentas;

3) el beneficiario o *beneficial owner*, que es el sujeto que recibe, precisamente, los beneficios que emanan de la gestión del fiduciario sobre los bienes fideicomitados.

En algunas legislaciones se diferencia un cuarto sujeto, el fideicomisario. Este sujeto no aparece en todas las regulaciones referidas al fideicomiso y será en definitiva quien reciba para sí los bienes en última instancia, una vez concluido el fideicomiso, es decir, una suerte de beneficiario final. En el *trust* se denomina "*beneficiario de capital*"³⁹⁷. El fideicomisario tiene únicamente una simple

³⁹⁵ ARROYO I AMAYUELAS, Esther, "¿Y si universalizamos el trust, también en Cataluña?", en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), "El trust en el Derecho Civil", con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d'Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 474.

³⁹⁶ Usaremos indistintamente a lo largo del trabajo estas nominaciones para referirnos a este sujeto.

³⁹⁷ DE ARESPOCHAGA, Joaquín, "El "trust", la fiducia y figuras afines", Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 63.

expectativa de adquisición, por lo que su derecho es necesariamente de naturaleza condicional³⁹⁸, pero como es la persona a favor de quien debe llevarse a cabo la restitución, es indispensable que exista, él o su sustituto, al tiempo de la restitución, aunque no haya sido determinado en la constitución del fideicomiso³⁹⁹.

Entre los sujetos que integran un contrato de fideicomiso, se pueden clasificar los mismos como⁴⁰⁰:

a) Partes necesarias:

a.1. El fiduciante: que es quien transmite los bienes.

a.2. El fiduciario: es quien recibe y adquiere los bienes en propiedad fiduciaria.

b) Terceros interesados:

b.1. El beneficiario: es quien recibe los beneficios del fideicomiso.

b.2. El fideicomisario: es el destinatario final de los bienes fideicomitados.

Los sujetos indicados en b) no son partes del contrato. Sólo el fiduciante y el fiduciario son partes del contrato. Estos terceros interesados: el "beneficiario", que es quien percibe los beneficios que produzca el ejercicio de la propiedad fiduciaria por el fiduciario, y el "fideicomisario", como el destinatario final de los bienes fideicomitados, se rigen por lo que denominamos estipulaciones a favor de terceros del Código Civil⁴⁰¹, como por ejemplo el artículo 1257 del Código

³⁹⁸ CUENA BOY, Francisco, *"El fideicomiso de residuo en el Derecho Romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles"*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2004, pág. 199.

³⁹⁹ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, *"Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina"*, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 47.

⁴⁰⁰ ARIAS, Mirta V., LASORELLA, Delia N. y ERRAMOUSPE, Martín, *"Fideicomiso público. Control y contabilización"*, Contaduría General del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, Argentina, 2004.

⁴⁰¹ SOLER, Osvaldo H., y, CARRICA, Enrique D., *"El fideicomiso y el fraude"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2000-B, pág. 1193-1198.

Frecuentemente en la institución del *trust* del derecho anglosajón suele nombrarse, en su constitución, un *protector, enforcer* o tutor⁴⁰³ que es el sujeto que se encarga del control de la actuación del *trustee* y el cumplimiento de la manda del *settlor*⁴⁰⁴. La figura del *protector* ha sido más utilizada en Inglaterra y en las jurisdicciones denominadas *offshore*; y más recientemente ha sido receptada en los Estados Unidos de América. En Australia suele denominárselo como "*appointor*" y en otras ocasiones como "*guardian*"⁴⁰⁵. A veces el tutor puede ser el mismo fiduciante. Los tutores pueden ser una o más personas designadas por el *settlor* para verificar que el *trustee* cumpla con la finalidad del *trust* y la voluntad del *settlor*, pudiendo llegar a facultárselos a destituir al *trustee* y nombrarle reemplazante. El tutor no implica una reserva indirecta del fiduciante respecto de la propiedad de los bienes que integran el fideicomiso, como aclaran AYUSO y LEMMA. El tutor, a su vez, puede ser fuente de consulta en la interpretación del fideicomiso y constituir un puente entre la voluntad del *settlor* y su ejecución por el *trustee*. Mas aun cuando el *trust* tiene un propósito (*purpose trust*) y no se han determinado *beneficiaries*,

⁴⁰² Artículo 1257 del Código Civil Español: Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley. Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada.

⁴⁰³ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, "*El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*", Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 72.

⁴⁰⁴ DE ARESPACOCCHAGA, Joaquín, "*El "trust", la fiducia y figuras afines*", Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 64.

⁴⁰⁵ AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, "*El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de "De Luca" y "Eurnekian"*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131 quienes indican que la sección 86 British Virgin Islands Trustee Ordinance, modificada por la Trustee (Amendment) Act 1993, establece que el protector puede tener siete tipos de facultades: "(a) determine the law of which jurisdiction shall be the proper law of the trust; (b) change the forum of the administration of the trust; (c) remove trustees; (d) appoint new or additional trustees; (e) exclude any beneficiary as a beneficiary of the trust; (f) include any person as a beneficiary of the trust in substitution for or in addition to any existing beneficiary of the trust; and (g) withhold consent from specified actions of the trustees either conditionally or unconditionally."

el rol del *protector* lo ejerce un *enforcer* (*ejecutor*) de la voluntad del *settlor*⁴⁰⁶.

En los *trusts* dedicados exclusivamente a inversiones financieras el *trustee* puede nombrar también *nominees* y *custodians* que son sujetos que tienen un rol de menor importancia que el del administrador de inversiones. El término *nominee* define a una persona en la cual se inviste formalmente el título sobre cierta propiedad, quedando obligado a manejarla del modo que le instruya el *trustee*. Por su lado, *custodian* designa a la persona a quien se le encarga la custodia y el resguardo de un activo o de documentación relativa al mismo⁴⁰⁷.

A diferencia del *trust* del derecho inglés, que exige tres personas: el constituyente (*settlor*), el fiduciario (*trustee*) y el beneficiario (*cestui que trust*); el fideicomiso sólo tiene dos personas necesarias, el fiduciante y el fiduciario y, con relación al beneficiario, sus derechos son establecidos con base en los principios relativos a los contratos en favor de terceros⁴⁰⁸ como ya lo hemos expresado.

Todos estos sujetos pueden ser personas físicas o jurídicas, pero en el caso de estas últimas su objeto debe prever la posibilidad de ser fiduciante o fiduciario en su caso⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, “*El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de “De Luca” y “Eurnekian”*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131.

⁴⁰⁷ AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, “*La transferencia y tenencia de acciones en trust*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-B, pág. 1170-1190.

⁴⁰⁸ HERNÁNDEZ, Lidia Beatriz, y, GARCÍA de GHIGLINO, Silvia, “*La sustitución fideicomisaria y el fideicomiso testamentario (El Código Civil y la ley 24.441)*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1997-A, pág. 953-963.

⁴⁰⁹ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “*El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 45.

2.2.1.1. El Fiduciante

Si el fiduciante, fideicomitente, constituyente o *settlor* es una persona física, la ésta debe tener capacidad suficiente para obrar. Si se tratara de una persona jurídica, su estatuto debe permitirle la constitución de un fideicomiso. La figura del fiduciante es necesaria, pero no imprescindible⁴¹⁰; y vale como ejemplo la decisión del Tribunal de Pisa, Italia, del 22 de diciembre de 2001, que admitió la inscripción del acto en virtud del cual una ciudadana italiana, residente en Italia, se autodeclara *trustee* de un inmueble sito en Italia, en beneficio de su hermano discapacitado, eligiendo como ley reguladora del *trust* la ley inglesa. El Tribunal indicó que el *trustee* no es imprescindible, eliminando la reserva de la *Agenzia del Territorio* que se oponía a la inscripción⁴¹¹.

El fiduciante es el sujeto que transmite la propiedad fiduciaria de los bienes y, por ello, deberá tener capacidad para disponer de ellos y realizar todos los actos formales necesarios para la validez de su transmisión, si éstos así se requirieran. Asimismo el fiduciante es quien instruye al fiduciario sobre el cometido que deberá cumplir⁴¹². Por lo expuesto, su función, si existe, es totalmente transitoria, porque al realizar la transferencia patrimonial y destinarla a una finalidad determinada desaparece su razón de ser; por lo que la transferencia del bien es definitiva e irrevocable⁴¹³.

⁴¹⁰ Así resulta en los *resulting trust* y los *constructive trust*. En los primeros se considera una voluntad presunta del constituyente; y los segundos, son remedios en *Equity*, dirigidos a rectificar actos ilícitos o perjudiciales para los legítimos titulares de los derechos. También pueden darse casos en el *express trust* donde falta el fiduciante como sujeto diferenciado del fiduciario.

⁴¹¹ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “*El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 53.

⁴¹² GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “*Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E, pág. 1226.

⁴¹³ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “*Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*”, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 27.

El más importante de los derechos del fiduciante es controlar la actuación del fiduciario y el cumplimiento de las obligaciones a su cargo⁴¹⁴. La ley china lo considera como un sujeto del negocio y le atribuye un amplio poder de intervención incluso durante la ejecución del encargo fiduciario, tiempo en que debe ser permanentemente informado⁴¹⁵ pero sin embargo esto no ocurre en la mayoría de las legislaciones.

La ley francesa, conforme el artículo 2014 del Código Civil francés, sólo legitima para constituir fideicomisos a las personas jurídicas sujetas de pleno derecho o voluntariamente al impuesto de sociedades⁴¹⁶.

Entre los derechos del fiduciante se encuentran⁴¹⁷:

- a) determinar los bienes fideicomitados y su modo de incorporación.
- b) determinar la finalidad del fideicomiso.
- c) designar el fiduciario, el beneficiario y el fideicomisario.
- d) ejercer acciones en sustitución del fiduciario.
- e) revocar el fideicomiso.

Entre las obligaciones del fiduciante encontramos las siguientes:

- a) transmitir los bienes al fiduciario.

⁴¹⁴ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., *"Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E, pág. 1226.

⁴¹⁵ ZHANG, Lihong, East China University of Political Science and Law, *"La experiencia jurídica del trust en la República Popular China"*, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *"El trust en el Derecho Civil"*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d'Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 280.

⁴¹⁶ BARRIÈRE, Francois, Université Pantheon-Assas (Paris II), *"El equivalente francés del trust o la fiducia como instrumento comercial"* en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *"El trust en el Derecho Civil"*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d'Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 126.

⁴¹⁷ LENARDON, Fernando Roberto, *"Fideicomiso gubernamental"*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 41.

b) realizar los actos necesarios para inscribir los bienes a nombre del fiduciario si así se requiriera.

c) reembolsar los gastos al fiduciario si éste fuera su compromiso en el instrumento constitutivo.

2.2.1.2. El Fiduciario

Sin duda alguna el fiduciario en el fideicomiso (el *trustee* en el *trust*) es el sujeto más importante de la figura, porque a su alrededor gira todo el esquema legal del instituto. Es el único sujeto imprescindible⁴¹⁸ y el personaje central de la figura⁴¹⁹. Por ello entendemos que la aceptación de su encargo debe ser expresa⁴²⁰, ya que la aceptación tiene carácter constitutivo⁴²¹; y entonces el fiduciario tendría un derecho previo antes de configurarse como fiduciario que es aquel de aceptar o rechazar el nombramiento en ese carácter, ya que ello supone el perfeccionamiento o no del contrato⁴²². La aceptación de la fiducia es esencial para que ésta resulte plenamente constituida⁴²³. En la simple fiducia el

⁴¹⁸ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, *“El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law”*, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 57.

⁴¹⁹ MOREAU, Rémi, *“Protección de los espacios naturales y fiducia de utilidad social: la experiencia quebequesa”*, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 261.

⁴²⁰ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., *“Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E, pág. 1226.

⁴²¹ AMÉNDOLA, Manuel Alejandro, *“Fideicomiso testamentario: cuestiones controvertidas”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-A, pág. 952-958.

⁴²² LENARDON, Fernando Roberto, *“Fideicomiso gubernamental”*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 45.

⁴²³ Así lo determina, por ejemplo, el artículo 1265 del Code civil du Québec, conforme MOREAU, Rémi, *“Protección de los espacios naturales y fiducia de utilidad social: la experiencia quebequesa”*, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 261.

fiduciario no tiene la misma importancia, porque su investidura no es legal⁴²⁴. No será habitual entonces que el fiduciante o fideicomitente no proceda al nombramiento del fiduciario en un fideicomiso, pero, si así sucediera, hay legislaciones que lo contemplan y delegan en la jurisdicción el nombramiento del mismo⁴²⁵.

La crítica de los autores se presenta cuando se analiza que el fiduciario, sujeto de derecho con patrimonio propio, es a la vez titular de un patrimonio independiente al que no se le aplican las mismas reglas relativas a los sujetos titulares, ya que no se trata de una persona (ni natural ni jurídica) sino en todo caso de un contrato⁴²⁶. En el derecho anglosajón le corresponde al fiduciario la propiedad con un título no pleno, porque su derecho se encuentra sujeto a los límites de actuar en beneficio ajeno⁴²⁷.

El fiduciario es el sujeto titular del dominio fiduciario⁴²⁸ y quien deberá ejercerlo en beneficio del beneficiario hasta tanto se cumpla el plazo o condición, momento en que deberá transmitir el dominio a quien se designe para recibirlo al finalizar el fideicomiso, y es quien contrata con los terceros pero no participa

⁴²⁴ DE ARESPOCHAGA, Joaquín, *“El “trust”, la fiducia y figuras afines”*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 66.

⁴²⁵ Ley 3284, Código de Comercio de Costa Rica, CAPÍTULO XII Del fideicomiso: “Art. 638.—Si por cualquier causa faltare el fiduciario, el nombramiento del sustituto será hecho por el fideicomitente y en defecto de este, por el Juez civil de su jurisdicción a solicitud de parte interesada, siguiendo los trámites correspondientes a los actos de jurisdicción voluntaria”.

⁴²⁶ ALLENDE, Lisandro A., y BORDA, Guillermo J., *“Apuntes sobre la práctica del fideicomiso”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-D, pág. 1267.

⁴²⁷ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, *“El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law”*, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 57.

⁴²⁸ En el caso de que los bienes sean registrables, el registro se hará a nombre del fiduciario como indica, por ejemplo a) la Ley 3284, Código de Comercio de Costa Rica, CAPÍTULO XII Del fideicomiso: “Art. 636.—El fideicomiso de bienes sujetos a inscripción deberá ser inscrito en el registro respectivo. En virtud de la inscripción el bien quedará inscrito en nombre del fiduciario en su calidad de tal”; b) la ley argentina 24.441: “Art. 13.—Cuando se trate de bienes registrables, los registros correspondientes deberán tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario”.

de las utilidades ni responde por las pérdidas⁴²⁹. El fiduciario es el llamado a cumplir el encargo específico para el que se instituyó el fideicomiso; y por ello tiene sobre los bienes fideicomitados los derechos propios del *Dominus*, con las limitaciones propias de la temporalidad característica de esta especie de dominio imperfecto, las limitaciones resultantes de la manda recibida del fiduciante y las derivadas de la naturaleza de los bienes que constituyen el patrimonio fideicomitado⁴³⁰.

El fiduciario podrá ser cualquier persona con capacidad suficiente para cumplir con lo indicado en el fideicomiso⁴³¹. Puede ser fiduciario entonces cualquier persona física o jurídica, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones y en el caso de personas jurídicas, su instrumento constitutivo debe expresamente capacitarlas para recibir por contrato o por testamento la propiedad fiduciaria⁴³². Las leyes de México, Panamá y Liechtenstein requieren para ser fiduciario, autorización especial al efecto; en Venezuela sólo pueden serlo “las instituciones bancarias y las empresas de seguros constituidas en el país, a las cuales conceda autorización el Ejecutivo Nacional, por Resolución del Ministerio de Hacienda o de Fomento, respectivamente”⁴³³; en Colombia “los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia bancaria”⁴³⁴; en México sólo las

⁴²⁹ GOTLIEB, Verónica; VEZZONI, Malvina, y COPPOLETTA, Sebastián C., “*El acreedor laboral frente al fideicomiso*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-F, pág. 917 y ss.

⁴³⁰ SCOCCO, Mónica, “*Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-D, pág. 1417-1425.

⁴³¹ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “*Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E, pág. 1226.

⁴³² Ley 3284, Código de Comercio de Costa Rica, CAPÍTULO XII Del fideicomiso, Artículo 637.

⁴³³ Artículo 12 de la Ley Venezolana conforme MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “*El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 203.

⁴³⁴ Artículo 1226.3 de la Ley Colombiana conforme MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “*El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 203.

instituciones financieras pueden serlo⁴³⁵; en Perú están autorizadas sólo algunos tipos de empresas⁴³⁶; en Luxemburgo pueden actuar como fiduciarios los bancos, sociedades de inversión de capital variable o fijo, empresas de titulización, sociedades administradoras de fondos de inversión, de fondos de pensiones, compañías aseguradoras y organismos públicos que operen en el ámbito financiero, que son objeto de control por una autoridad de regulación⁴³⁷; y, en Francia, no pueden ser fiduciarios más que los bancos y otras entidades financieras⁴³⁸.

Nada impide que pueda actuar más de un fiduciario y así lo puede autorizar o prohibir el propio fideicomiso. Se deberá cuidar de que no existan inconvenientes o impedimentos operativos para ello⁴³⁹ y determinar la solución en cada conflicto que se pueda suscitar entre cofiduciarios. Algunas legislaciones en particular han dado solución a este conflicto a través de

⁴³⁵ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., *"Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E, pág. 1226.

⁴³⁶ Ley 26.702: "Art. 242.—Empresas autorizadas a desempeñarse como fiduciarios. Están autorizadas para desempeñarse como fiduciarias, COFIDE, las empresas de operaciones múltiples a que se refiere el inciso A del artículo 16 y las empresas de servicios fiduciarios que señala el inciso b-5 del artículo mencionado, así como las empresas del numeral 1º del artículo 318".

⁴³⁷ BORISSOVA, Universidad de Luxemburgo, *"La fiducia en el Gran Ducado de Luxemburgo: presentación de una técnica contractual"*, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *"El trust en el Derecho Civil"*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d'Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 192.

⁴³⁸ BARRIÈRE, Francois, Université Pantheon-Assas (Paris II), *"El equivalente francés del trust o la fiducia como instrumento comercial"* en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *"El trust en el Derecho Civil"*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d'Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 126. En igual sentido ARROYO I AMAYUELAS, Esther, *"¿Y si universalizamos el trust, también en Cataluña?"*, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *"El trust en el Derecho Civil"*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d'Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 473 citando el artículo 2015 del Código Civil. En igual sentido KIPER, Claudio M, y LISOPRAWSKI, Silvio, *"La ley francesa de fideicomiso"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 982.

⁴³⁹ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., *"Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E, pág. 1226.

mecanismos judiciales, como sucede en Costa Rica⁴⁴⁰. No es recomendable, según nuestro criterio, la existencia de cofiduciarios por los innumerables problemas prácticos que ello puede ocasionar⁴⁴¹. El Tribunal Federal suizo en el año 1952 estimó que en el caso de la pluralidad de fiduciarios, los derechos del fiduciario premuerto no forman parte de su sucesión sino que acrecían a los cofiduciarios restantes⁴⁴². El fiduciario no podrá delegar sus funciones, pero sí designar, bajo su responsabilidad, a los auxiliares y apoderados que demande la ejecución de determinados actos del fideicomiso que lo justifiquen por su especificidad o complejidad⁴⁴³. La responsabilidad del fiduciario ante los beneficiarios no se extingue por la delegación⁴⁴⁴. Sin embargo con cierta frecuencia, en los países anglosajones, suele incluirse la "*Lucking clause*", llamada así recordando el precedente jurisprudencial inglés, por la cual el *trustee* es autorizado a delegar en terceros el *management* de las compañías controladas y a abstenerse de intervenir salvo que lleguen a su conocimiento

⁴⁴⁰ Ley 3284, Código de Comercio de Costa Rica, CAPÍTULO XII Del fideicomiso: "Art. 639.—El fideicomitente puede designar varios fiduciarios para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso y establecer el orden y las condiciones en que deben sustituirse. Art. 640.—Salvo lo que en contrario se establezca en el acto constitutivo, cuando se designen dos fiduciarios, estos deberán obrar conjuntamente. La falta de acuerdo entre ellos será resuelta por el juez competente, siguiendo los trámites establecidos para los actos de jurisdicción voluntaria. Si se designaren tres o más, sus decisiones las tomarán por mayoría. El empate lo decidirá el nombrado en primer lugar. Art. 641.—Cuando sean varios los fiduciarios, el que disienta de la mayoría o no haya participado en la resolución, sólo será responsable de la ejecución llevada a cabo por sus cofiduciarios, en los siguientes casos: a) Si delega, indebidamente sus funciones; b) Si aprueba, consiente o encubre una infracción al fideicomiso; y c) Si con culpa o negligencia graves, omite ejercer una vigilancia razonable sobre los actos de los demás".

⁴⁴¹ LENARDON, Fernando Roberto, "*Fideicomiso gubernamental*", Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 45.

⁴⁴² DUNAND, Jean-Philippe, Universidad de Neuchatel y Lausana, "*La fiducia o las fiducias en Derecho suizo: una protección desigual y lagunosa de los patrimonios fiduciarios*" en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), "*El trust en el Derecho Civil*", con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departamente de Justicia; Departamente d'Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 238.

⁴⁴³ Ley 3284, Código de Comercio de Costa Rica, CAPÍTULO XII Del fideicomiso, Art. 643.

⁴⁴⁴ GIOVENCO, Arturo C., "*La delegación de funciones en el fideicomiso financiero. Límites, condiciones y deberes de control*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, LA LEY, Tomo 2009-D, pág. 1281.

irregularidades⁴⁴⁵.

En la normativa comparada no se acepta en general que el fiduciario reúna además la calidad de beneficiario, porque se produciría una desnaturalización del negocio fiduciario. Así en los Estados Unidos de América se considera que el único fiduciario de un *trust* no puede ser el único beneficiario del negocio, porque se trataría de una especie de obligación consigo mismo. El Código Civil de Québec, en el artículo 1275 prohíbe al fiduciario ser beneficiario exclusivo. La Ley Peruana, en relación con el fideicomiso en garantía, prohíbe que el acreedor sea fiduciario^{446/447}.

Las legislaciones latinoamericanas, en su gran mayoría, distinguen entre fiduciarios profesionales y comunes. A los primeros se les exige determinados requisitos patrimoniales y administrativos, y es obligatoria su intervención en fideicomisos bancarios o financieros; y los segundos, los fiduciarios comunes, pueden atender los restantes negocios fiduciarios⁴⁴⁸.

La naturaleza de la función del fiduciario es discutida. Coincidimos en que existen similitudes que podrían llevar a la aplicación de la teoría del órgano; pero el fiduciario no es un órgano del fideicomiso, ni siquiera en el caso de que actúe colegiadamente, como lo autorizan la mayoría de las legislaciones⁴⁴⁹.

⁴⁴⁵ AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, “*El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de “De Luca” y “Eurnekian”*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131.

⁴⁴⁶ Ley 26.702: Art. 274.—Fideicomiso en garantía. La empresa que otorgue créditos con una garantía fiduciaria constituida con una tercera empresa fiduciaria se resarcirá del crédito incumplido con el resultado que se obtenga de la ejecución del patrimonio fideicomitado, en la forma prevista en el contrato o con el propio patrimonio fideicomitado cuando éste se encuentre integrado por dinero, dando cuenta, en este último caso a la superintendencia. Son excluyentes la calidad de fiduciario y acreedor.

⁴⁴⁷ El análisis de la legislación comparada surge de VAZQUEZ, Gabriela A., “*El fideicomiso de garantías: certezas y vacilaciones*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-A, pág. 1178.

⁴⁴⁸ CAMERINI, Marcelo A., “*El fideicomiso civil y el fideicomiso financiero*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 998.

⁴⁴⁹ JUNYENT BAS, Francisco, y, MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “*Bases para una reforma del régimen del fideicomiso a propósito de la necesidad de su inscripción*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 782-790.

2.2.1.2.1. Obligaciones del fiduciario

En fin, el fiduciario es la persona en quien se confía conforme la esencia del instituto y, por ello, como decía Joaquín GARRIGUES, tiene “una extraordinaria capacidad de abuso”, por lo que deben establecerse claramente sus obligaciones y responsabilidades⁴⁵⁰.

Algunas de las obligaciones del fiduciario son:

a) cumplir con lo indicado en el fideicomiso con relación a la función asignada ajustándose estrictamente a la ley y hacerlo de buena fe, es decir con ausencia de toda intención defraudatoria⁴⁵¹.

b) actuar con prudencia en la conservación y rendimiento del patrimonio fideicomitado. Para algunos autores y legislaciones debe obrar con la diligencia de un buen padre de familia^{452/453} y para otros debe comportarse conforme la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios en quien se ha depositado la plena confianza⁴⁵⁴: pero en todos los casos debe hacerlo con un criterio de buena fe sin extraer provecho de su función y evitando conflictos de

⁴⁵⁰ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina”, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, Prólogo de Gilberto PEÑA CASTRILLÓN, pág. XXXIV.

⁴⁵¹ CUENA BOY, Francisco, “El fideicomiso de residuo en el Derecho Romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles”, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2004, pág. 28.

⁴⁵² MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 59.

⁴⁵³ Ley 3284, Código de Comercio de Costa Rica, CAPÍTULO XII Del fideicomiso: “Art. 645.—El fiduciario deberá emplear en el desempeño de su gestión el cuidado de un buen padre de familia...”

⁴⁵⁴ CARREGAL, Mario A., “Fideicomiso: Le malade imaginaire”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2009-F, pág. 959-967.

intereses⁴⁵⁵. En Roma se requería *Diligentia* para todas las obligaciones derivadas de negocios de gestión y la jurisprudencia clásica denominaba culpa a la falta de diligencia debida⁴⁵⁶. Además del criterio de la *bona fides*, sobre el que la figura del fideicomiso tiene su base y fundamento, se aplica el criterio de razonabilidad del *arbitrium boni viri*, es decir, la discreción que se considera propia de un buen varón⁴⁵⁷. Si bien ambos criterios tienen estrecha relación y el segundo es postulado por el primero, ambos se reconducen en la conducta honesta y leal presupuesta por el fideicomiso⁴⁵⁸, instituto que como ya apuntamos se funda en la confianza. Algunas legislaciones establecen estrictas pautas de conducta, como la ley Colombiana en el artículo 1234 del Código Comercial⁴⁵⁹ o el Código Civil de Québec en sus artículos 1278 a 1292⁴⁶⁰. El derecho chino indica que el fiduciario debe actuar con honestidad, fidelidad, prudencia y eficiencia⁴⁶¹.

⁴⁵⁵ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, *“El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law”*, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 59.

⁴⁵⁶ GARCÍA GARRIDO, Manuel J., *“Derecho Privado Romano”*, Segunda edición, revisada, DYKINSON S.A., Madrid, 1984, pág. 355.

⁴⁵⁷ CUENA BOY, Francisco, *“El fideicomiso de residuo en el Derecho Romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles”*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2004, pág. 20.

⁴⁵⁸ Citando a Desanti, CUENA BOY, Francisco, *“El fideicomiso de residuo en el Derecho Romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles”*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2004, pág. 224.

⁴⁵⁹ “Título XI. De la fiducia. Art. 1234.—Otros deberes indelegables del fiduciario. Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes: 1. Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia...”

⁴⁶⁰ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., *“Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E, pág. 1226.

⁴⁶¹ Artículo 25 de la ley china de trust que dice: “...2. *the trustee shall fulfill his duties and perform the obligation of being honest, trustworthy and cautious, and managing effectively*” según ZHANG, Lihong, East China University of Political Science and Law, *“La experiencia jurídica del trust en la República Popular China”*, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 281.

c) asumir transitoriamente la titularidad de los bienes fideicomitidos. Deberá mantenerlos separados de sus propios bienes y de otros bienes que puede detentar como fiduciario en otros fideicomisos.

d) guardar confidencialidad sobre los términos del fideicomiso.

e) actuar a favor de los beneficiarios que por otra parte será la misión inserta en el fideicomiso. La totalidad de las facultades de los *trustees* sólo pueden ser ejercidas en interés de los beneficiarios y de acuerdo a los términos del instrumento constitutivo del fideicomiso. Algunos consideran que el único deber del fiduciario es actuar en interés de los beneficiarios. Es justamente en ese marco que su obligación es siempre proceder de buena fe en interés de los beneficiarios y no conducirse contra dichos intereses por razones impropias⁴⁶².

f) rendir cuentas y en este sentido es propio que lleve una contabilidad de las operaciones⁴⁶³. Esta obligación de rendir cuentas de su gestión debe cumplirse por lo menos una vez al año⁴⁶⁴. La periodicidad para dicha rendición de cuentas se establecerá en el fideicomiso y caso contrario se debe fundar la exigencia en la razonabilidad negocial.

g) contratar seguros para la protección de los bienes fideicomitidos, cuando fuere razonable hacerlo y particularmente de responsabilidad civil a favor del patrimonio fideicomitado para resguardarlo de la responsabilidad que derive de los eventuales daños que puedan ocasionar las cosas que lo componen⁴⁶⁵. Si

⁴⁶² AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, *“El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de “De Luca” y “Eurnekian”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131 citando a la Corte Real de Jersey in re “In the matter of the Esteem Settlement (Abacus (C.I.) Limited as Trustee - Grupo Torras S.A. and Culmer v. Al Sabah and four others”, 13/6/2003.

⁴⁶³ KENNY, Mario Oscar, *“El fideicomiso en general y el financiero”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2009-E, pág. 1177..

⁴⁶⁴ DE HOZ, Marcelo, *“Contrato de fideicomiso. Alternativa para emprendimientos urbanísticos y productivos”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-A, pág. 813-819.

⁴⁶⁵ PACHECOY, Ramiro S., *“Responsabilidad objetiva del fiduciario en la Ley 24.441”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 1301.

el fiduciario no contrató seguros, porque no fue razonable hacerlo, pero ocurre un daño por el riesgo o vicio de cosas fideicomitidas, coincidimos con CARREGAL con relación a que responderá en primer lugar el fideicomiso plenamente y si los bienes que lo componen no fuesen suficientes, sólo entonces, deberá responder el fiduciario con sus bienes personales, pero hasta el valor de la cosa cuyo riesgo o vicio produjo el daño⁴⁶⁶.

h) defender el patrimonio fideicomitado ejerciendo todas las acciones a ese fin tanto contra terceros como contra el beneficiario⁴⁶⁷. Para ello debe asegurar la custodia de la documentación necesaria para el ejercicio de los derechos del patrimonio fiduciario⁴⁶⁸.

i) cumplir con las obligaciones fiscales correspondientes al fideicomiso y a los bienes fideicomitados⁴⁶⁹.

j) preservar el patrimonio fideicomitado de acuerdo a su finalidad y dar aviso inmediato de cualquier desmejora, depreciación, usurpación, daño o riesgo que pueda afectar al patrimonio fideicomitado, al fideicomisario y al beneficiario⁴⁷⁰, hasta el momento de la transmisión efectiva del mismo.

k) buscar tener conocimiento sobre el estado de solvencia del fiduciante por las implicancias que podría tener la aceptación de bienes en fideicomiso de una

⁴⁶⁶ Mencionando a CARREGAL, Mario en PACHECOY, Ramiro S., *“Responsabilidad objetiva del fiduciario en la Ley 24.441”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 1301.

⁴⁶⁷ LENARDON, Fernando Roberto, *“Fideicomiso gubernamental”*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 48.

⁴⁶⁸ GIOVENCO, Arturo C., *“La delegación de funciones en el fideicomiso financiero. Límites, condiciones y deberes de control”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, LA LEY, Tomo 2009-D, pág. 1281.

⁴⁶⁹ LENARDON, Fernando Roberto, *“Fideicomiso gubernamental”*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 88.

⁴⁷⁰ ROSENFELD, L. Carlos, *“Antecedentes históricos del Fideicomiso”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1998-E, pág. 1192.

persona insolvente^{471/472}.

Además de cesar el fiduciario en sus funciones por el cumplimiento de la tarea asignada podrá ser removido por incumplimiento de sus obligaciones. Sin embargo, el incumplimiento del fiduciario no produce la revocación del dominio a favor del fiduciante, sino que habilita su remoción judicial a instancias del fiduciante o a pedido del beneficiario con citación del fiduciante. Asimismo podrá cesar por muerte o incapacidad judicialmente declarada, si fuera una persona física; disolución, si fuera una persona jurídica, quiebra o liquidación de la misma; y, renuncia, si se hubiese autorizado expresamente esta causa en el contrato, ya que el encargo es en principio irrenunciable⁴⁷³. Se pueden prever en el fideicomiso situaciones derivadas del concurso o quiebra del fiduciante e indicarse la conducta a seguir en cuanto a la continuación o resolución del contrato pero debe tenerse en cuenta que estas cláusulas no podrían lesionar principios de orden público⁴⁷⁴.

El fiduciario será responsable objetivamente por el daño que puede ocasionar el riesgo o vicio de las cosas fideicomitidas, respecto de las cuales reviste el carácter de propietario, sin perjuicio de las características especiales del dominio fiduciario que ejerce. Habrá responsabilidad subjetiva para el fiduciario por culpa en su actuación o la de sus dependientes, dolo o culpa si la cosa fideicomitada fuere utilizada, culposa o negligentemente como un medio o instrumento para provocar un daño. El deber de vigilancia y su eventual consecuencia, la *culpa in vigilando*, opera exclusivamente a favor de los

⁴⁷¹ SOLER, Osvaldo H., y, CARRICA, Enrique D., “*El fideicomiso y el fraude*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2000-B, pág. 1193-1198.

⁴⁷² Entiéndese por persona insolvente aquella incapaz de pagar sus deudas por el desequilibrio patrimonial que sufre.

⁴⁷³ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “*Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E, pág. 1226.

⁴⁷⁴ DE HOZ, Marcelo, “*Contrato de fideicomiso e ineficacia sobreviniente*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-A, pág. 1067-1070.

beneficiarios del fideicomiso⁴⁷⁵. No se puede dispensar la responsabilidad por dolo o culpa por actos en los que el fiduciario o sus dependientes hayan intervenido en virtud de cláusulas especiales; y si existieren éstas, deberán ser de interpretación restrictiva, tal como surge de la actual tendencia doctrinaria y jurisprudencial⁴⁷⁶. Asimismo responderá el fiduciario con los bienes fideicomitidos por las deudas contraídas en la ejecución del fideicomiso⁴⁷⁷. Uno de los pocos fallos existentes relacionados con el fideicomiso en la República Argentina es en materia de abuso del derecho, resultando ejemplar el precedente sentado por la sala G de la Cámara Nacional Civil en el caso "Ortiz, Pablo Darío contra T.G.R. Hipotecaria S.A. s/daños y perjuicios"⁴⁷⁸, en cuanto impide la liberación de responsabilidad de un fiduciario profesional, pese a la existencia de cláusulas contractuales predisuestas, en el marco de una estructuración contractual compleja difícilmente comprensible para un consumidor medio⁴⁷⁹.

En algunas legislaciones se contempla específicamente la responsabilidad

⁴⁷⁵ GIOVENCO, Arturo C., *"La delegación de funciones en el fideicomiso financiero. Límites, condiciones y deberes de control"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, LA LEY, Tomo 2009-D, pág. 1281.

⁴⁷⁶ DE HOZ, Marcelo, *"Contrato de fideicomiso e ineficacia sobreviniente"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-A, pág. 1067-1070.

⁴⁷⁷ PACHECOY, Ramiro S., *"Responsabilidad objetiva del fiduciario en la Ley 24.441"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 1301.

⁴⁷⁸ El fallo dictado por la Cámara Nacional en lo Civil, sala G en autos *"Ortiz, Pablo D. c. TGR Hipotecaria S.A."* condenó al fiduciario de un fideicomiso de garantía por considerarse que por su culpa ocasionó un daño moral a los compradores de una unidad de vivienda, como consecuencia de las fallas que ésta presentaba (aparentemente filtraciones y manchas de humedad) teniendo especialmente en cuenta los problemas de salud que aquejaban a aquéllos. Se trataba de un emprendimiento inmobiliario financiado por el fiduciario (suponemos que el prestatario sería el desarrollista), quien se habría reservado facultades de control de la construcción, ya que generalmente los desembolsos de los préstamos de esta naturaleza se realizan contra certificados de avance de obra. Todo conforme CARREGAL, Mario A., *"El fideicomiso: su aplicación desde la sanción de la ley 24.441"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-B, pág. 1165-1170, quien critica el fallo indicando que no puede rebajarse a uno de los contratantes al indigno papel de haber abusado de su posición contractual, simplemente por haber introducido una cláusula —la llamada predispuesta— que sólo clarifica con la mayor buena fe la naturaleza de su intervención en el negocio y en la ejecución de la obra, no asumiendo por lo tanto responsabilidades que no le corresponden.

⁴⁷⁹ LISOPRAWSKI, Silvio, *"Fideicomiso ni ángel ni demonio"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-E, pág. 1038 y ss.

penal del fiduciario. En el aspecto objetivo, el tipo penal es de los llamados delitos especiales propios que son aquellos en los que la norma requiere un círculo específico de personas cualificadas o autores idóneos mencionados en el tipo penal mediante los elementos descriptivos especiales del sujeto. Así, por ejemplo, en el Código Penal Argentino⁴⁸⁰ se condena al titular fiduciario que en beneficio propio o de un tercero dispusiere, gravare o perjudicare los bienes fideicomitidos y de esta forma defraudare los derechos de los cocontratantes. Dentro del género de las defraudaciones, este delito se enrola en la categoría de los abusos de confianza, porque el desplazamiento patrimonial inicial se efectúa en el marco de un negocio jurídico válido, el fideicomiso, que se funda en la confianza, y el perjuicio al sujeto pasivo surge posteriormente cuando el administrador o fiduciario administra irregularmente el patrimonio fideicomitado abusando precisamente de esa confianza que fuere causa de la transferencia fiduciaria inicial. Dentro del tipo penal objetivo debe verificarse también a ocurrencia de un perjuicio patrimonial efectivo al sujeto pasivo que podrá ser el fiduciante, los beneficiarios y/o el fideicomitente, que en el caso de fideicomisos financieros serán los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes transmitidos como veremos más adelante al analizar los fideicomisos de este tipo en el Capítulo 4. En el campo del tipo penal subjetivo, se trata de un delito doloso que requiere del sujeto activo el conocimiento de su calidad de titular fiduciario. Debe saber que mediante su conducta dispone, grava o perjudica los bienes fideicomitidos ocasionando un perjuicio, y querer efectivamente realizar la acción y producir el resultado disvalioso. Adicionalmente, el tipo penal requiere de un elemento subjetivo especial que guíe la conducta del autor, ya que todo su accionar debe tener como fin específico la obtención de un beneficio para sí o para un tercero. Por ello sólo es admisible la forma del dolo directo, en tanto cualquier otro fin que haya guiado su conducta torna atípica su

⁴⁸⁰ El artículo 173 inciso 12 del Código Penal Argentino, luego de su modificación por la ley 24.441 establece que: "sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente (estafa genérica), se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece (prisión de un mes a seis años) ... el titular fiduciario, el administrador de fondos comunes de inversión o el dador de un contrato de leasing, que en beneficio propio o de un tercero dispusiere, gravare o perjudicare los bienes y de esta manera defraudare los derechos de los cocontratantes."

acción. Ninguno de los tipos penales aplicables puede estar previsto en su forma culposa. En este caso, el cómplice debe actuar dolosamente y por ende la complicidad imprudente será impune⁴⁸¹.

2.2.1.2.2. Derechos del fiduciario

Algunos de los derechos del fiduciario son:

- a) derecho a percibir una remuneración por su función.
- b) derecho al reintegro de gastos.
- c) derecho a ejercer libremente las acciones tendientes a cumplir con el mandato incluido en el fideicomiso.
- d) derecho a exigir transparencia en la transferencia de derechos a su favor. Resulta aplicable en los países de la Unión Europea la Tercera Directiva europea sobre el blanqueo de capitales, Directiva 2005/60/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005⁴⁸².
- e) derecho a detentar el dominio fiduciario de los bienes. Dicho carácter fiduciario del dominio tendrá efecto entre las partes desde su constitución, y frente a terceros desde que se cumplen las formalidades y recaudos exigibles por cada legislación y de acuerdo a la naturaleza de los bienes transferidos⁴⁸³.

⁴⁸¹ LISOPRAWSKI, Silvio, y DEL SEL, Juan María, “Responsabilidad del Developer en el fideicomiso inmobiliario”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-A, pág. 652-667.

⁴⁸² BARRIÈRE, Francois, Université Pantheon-Assas (Paris II), “El equivalente francés del trust o la fiducia como instrumento comercial” en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “El trust en el Derecho Civil”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 121.

⁴⁸³ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E, pág. 1226.

2.2.1.3. Beneficiarios

Todo fideicomiso tiene como elemento esencial la designación de uno o más beneficiarios⁴⁸⁴ (*cestui que trust* en el *trust*) determinados o determinables. Ellos pueden ser personas físicas o jurídicas. En el primer caso, referido a personas físicas, se incluyen los menores e incapaces; en el segundo caso, podrán ser personas jurídicas con o sin fines de lucro, públicas o privadas. El beneficiario es un tercero, ajeno al acuerdo fiduciario, a quien se busca favorecer, al margen de toda intervención suya en el negocio que origina el fideicomiso⁴⁸⁵. No es necesario que el beneficiario acepte su carácter para la validez del fideicomiso, pero es esencial que exista por lo menos un beneficiario y que se encuentre individualizado o pueda ser individualizado a futuro porque si no no tendrá validez jurídica el fideicomiso⁴⁸⁶. Sólo se puede prescindir del sujeto beneficiario cuando el patrimonio fiduciario esté constituido con la intención de llevar a cabo una determinada finalidad que puede ser cultural, educativa, filantrópica, científica, religiosa, conservacionista u otras similares donde no haya beneficiarios determinados o determinables⁴⁸⁷. En los fideicomisos de carácter público generalmente los beneficiarios son indeterminados y en el *Common Law* la Corte los designa,

⁴⁸⁴ DE ARESPACOHAGA, Joaquín, *“El “trust”, la fiducia y figuras afines”*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 39.

⁴⁸⁵ ROSENFELD, L. Carlos, *“Antecedentes históricos del Fideicomiso”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1998-E, pág. 1193.

⁴⁸⁶ LENARDON, Fernando Roberto, *“Fideicomiso gubernamental”*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 38.

⁴⁸⁷ ARROYO I AMAYUELAS, Esther, *“¿Y si universalizamos el trust, también en Cataluña?”*, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departamente de Justicia; Departamente d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 481.

si fuere necesario⁴⁸⁸. La ley francesa estipula que extingue el fideicomiso si la totalidad de los beneficiarios renunciara al fideicomiso⁴⁸⁹.

El beneficiario es el sujeto a favor de quien se ejercerá el dominio fiduciario. Como se ha dicho, deberá ser necesariamente individualizado en el contrato y puede no existir al momento del otorgamiento del fideicomiso, en cuyo caso deben constar los datos que permitan su futura individualización. Podrán ser uno o varios beneficiarios, y en caso de no especificarse su participación en el beneficio, se presume que se beneficiarán por partes iguales. Asimismo podrán designarse beneficiarios sustitutos para el caso de no aceptación, renuncia o muerte. Si ningún beneficiario aceptare, todos renunciaren o no llegaren a existir, en general las leyes indican que será beneficiario el fiduciante⁴⁹⁰.

Enunciamos algunos de los derechos de los beneficiarios⁴⁹¹:

- a) exigir al fiduciario el cumplimiento de los fines del fideicomiso.
- b) requerir al fiduciario la rendición de cuentas.
- c) pedir la remoción judicial del fiduciario.
- d) demandar la responsabilidad del fiduciario.
- e) transmitir sus derechos por acto entre vivos o *mortis causa*, salvo disposición en contrario del fideicomiso.

⁴⁸⁸ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina”, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 33.

⁴⁸⁹ KIPER, Claudio M, y LISOPRAWSKI, Silvio, “La ley francesa de fideicomiso”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 986.

⁴⁹⁰ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E, pág. 1226.

⁴⁹¹ LENARDON, Fernando Roberto, “Fideicomiso gubernamental”, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 49.

f) rechazar el fideicomiso.

Normalmente no hay obligaciones que deba cumplir el beneficiario, salvo en casos excepcionales o en los fideicomisos financieros donde generalmente se compromete al cumplimiento de una prestación.

Recordamos que alguna legislación introduce la figura del fideicomisario, que resulta ser el destinatario final de los bienes fideicomitidos⁴⁹², y un beneficiario eventual en caso de que ningún beneficiario aceptare. No es lo mismo ser beneficiario que fideicomisario⁴⁹³ para el derecho argentino y el uruguayo, pero en el resto de la legislación comparada beneficiario y fideicomisario son sinónimos⁴⁹⁴.

Una misma persona puede ser fiduciante, beneficiario y fideicomisario; sin embargo algunos autores critican el hecho de que la misma persona pueda ser fiduciario y beneficiario del fideicomiso o fiduciario y fideicomisario a la vez⁴⁹⁵. La legislación argentina en el artículo 7 de la ley 24.441 consagró indirectamente esa prohibición en forma absoluta. En el Convenio de La Haya de 1985 y en los *Principles of European Trust Law* se admite que el fiduciante posea derechos como beneficiario⁴⁹⁶.

⁴⁹² Ley argentina de fideicomiso 24.441 en su artículo primero.

⁴⁹³ AZPIRI, Jorge O., “El fideicomiso y los presupuestos de las acciones de colación y reducción”, nota a fallo, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-B, pág. 469-472.

⁴⁹⁴ KIPER, Claudio M, y LISOPRAWSKI, Silvio, “La ley francesa de fideicomiso”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 983.

⁴⁹⁵ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E, pág. 1226.

⁴⁹⁶ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 63.

2.2.2. Objeto y patrimonio fideicomitado

El objeto del fideicomiso debe ser determinado (*certum*) o determinable⁴⁹⁷, no indeterminado (*incertum*) y posible⁴⁹⁸. Del fideicomiso convencional privado, es decir constituido por contrato, surge la obligación del fiduciante de transmitir al fiduciario un bien (o un conjunto de bienes) afectado a una finalidad, cumplida la cual el bien debe ser nuevamente transmitido al fiduciante o a un tercero, denominado fideicomisario⁴⁹⁹.

Durante la gestión de un fideicomiso no se podrían, en principio, introducir modificaciones en las instrucciones u órdenes dadas al fiduciario en el contrato respecto al cumplimiento de su actividad. Para poder modificar el objeto o alguna parte sustancial se deberá requerir la expresa y previa aceptación de todos y cada uno de los beneficiarios porque se podrían afectar derechos adquiridos⁵⁰⁰.

Se dice que "un *trust* sin objeto es inconcebible", con lo cual se apunta a la necesidad de que al momento de la creación del *trust* exista una propiedad que se da en *trust* que es por otra parte la exigencia de la sección 74 del *Restatement* cuando indica que "un *trust* no puede ser creado a menos que

⁴⁹⁷ ROSENFELD, L. Carlos, "Antecedentes históricos del Fideicomiso", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1998-E, pág. 1193.

⁴⁹⁸ LEMOS POSSO, César Augusto, y MESA SARMIENTO, José Ferney, "Sobre la fiducia", Tesis de Grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Santafé de Bogotá, D.C., República de Colombia, 1991, pág. 14.

⁴⁹⁹ FACCO, Javier Humberto, "El fideicomiso y su modalidad contractual de garantía", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-A, pág. 609-639.

⁵⁰⁰ GELER, Laura; HAFFORD, Deborah, y SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Marcela, "Riesgos de corrupción en Fideicomisos públicos. Medidas en pos de una mayor transparencia", Marzo de 2007, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, www.uca.edu.ar.

exista una propiedad que se da en *trust*⁵⁰¹, y aquí indica en realidad la imposibilidad de inexistencia del patrimonio fiduciario.

Por ello la individualización de los bienes objeto del fideicomiso debe ser precisa y, de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del contrato, deberán describirse los requisitos y características a reunir por los bienes. Así se deberá determinar el modo en que esos y otros bienes podrán incorporarse al fideicomiso y además se deberá indicar el destino de los bienes objeto del fideicomiso a su finalización⁵⁰². Se pueden afectar mediante el contrato de fideicomiso tanto cosas, fungibles o no, como objetos inmateriales de contenido patrimonial, utilizando el término propiedad como un concepto más amplio que el de dominio⁵⁰³. Las legislaciones en general establecen que el fideicomiso debe constituirse sobre cosas ciertas, en algunos casos indicando que se trata de cosas dentro del comercio⁵⁰⁴ y en otros impidiendo su constitución sobre universalidades⁵⁰⁵. La ley china estipula que los bienes deben pertenecer legítimamente al disponente⁵⁰⁶.

En el caso de cesiones de derechos futuros podría producirse una situación que afecte la garantía de los acreedores y una cesión de estas características

⁵⁰¹ JUNYENT BAS, Francisco, y, MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *“Bases para una reforma del régimen del fideicomiso a propósito de la necesidad de su inscripción”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 782-790.

⁵⁰² GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., *“Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E, pág. 1226.

⁵⁰³ GOTLIEB, Verónica; VEZZONI, Malvina, y COPPOLETTA, Sebastián C., *“El acreedor laboral frente al fideicomiso”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-F, pág. 917 y ss.

⁵⁰⁴ Ley 3284, Código de Comercio de Costa Rica, CAPÍTULO XII Del fideicomiso: “Art. 634.— Pueden ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes o derechos que legalmente estén dentro del comercio...”.

⁵⁰⁵ LENARDON, Fernando Roberto, *“Fideicomiso gubernamental”*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 51.

⁵⁰⁶ ZHANG, Lihong, East China University of Political Science and Law, *“La experiencia jurídica del trust en la República Popular China”*, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departamente de Justicia; Departamente d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 277.

podría considerarse objetable. Una cesión amplia de "todos los pagos que ingresen a un patrimonio como consecuencia de cualquier contrato futuro" permitiría sustraer virtualmente todo ingreso de fondos del alcance de los acreedores y se constituiría en un fraude a los acreedores, aunque la transmisión fiduciaria de dichos créditos se realice en el momento del efectivo pago del crédito. Corresponderá entonces hacer el análisis patrimonial en esa fecha para determinar el daño ocasionado al resto de los acreedores⁵⁰⁷. A los fines del análisis hay que tener en cuenta que la cesión de créditos en garantía vista como cesión fiduciaria es un negocio jurídico bifronte que, por un lado, tiene al contrato de cesión mediante el cual el fiduciante transmite al fiduciario la titularidad plena del crédito cedido; y, por otro lado, el pacto fiduciario por el que el cesionario se obliga a devolver el crédito remanente en las condiciones estipuladas⁵⁰⁸.

Los bienes fideicomitidos que ingresan al patrimonio del fiduciario producen un efecto económicamente neutro en éste. La transmisión de la propiedad de los bienes es patrimonialmente intrascendente para el fiduciario⁵⁰⁹. La transferencia fiduciaria convierte al fiduciario en el soporte jurídico de la propiedad del inmueble, y nada más que eso; pero la titularidad del valor económico del bien así adquirido no le pertenece, por lo que no corresponde desde el punto de vista tributario gravar la transferencia fiduciaria, pues allí no hay transferencia económica⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ WAISMAN, Agustín, "*Fideicomisos de garantía y cesión de flujos de fondos futuros e indeterminados*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, diarios del día martes 20 de enero de 2004 y miércoles 21 de enero de 2004.

⁵⁰⁸ Se expresa que VILLEGAS, citando a ARANDA RODRÍGUEZ analiza así la cuestión en WAISMAN, Agustín, "*Fideicomisos de garantía y cesión de flujos de fondos futuros e indeterminados*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, diarios del día martes 20 de enero de 2004 y miércoles 21 de enero de 2004.

⁵⁰⁹ PACHECOY, Ramiro S., "*Responsabilidad objetiva del fiduciario en la Ley 24.441*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 1301 mencionando a CARREGAL.

⁵¹⁰ CARREGAL, Mario A., "*Problemas registrales del fideicomiso*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2000-A, pág. 1059-1060.

Como ya hemos expresado, la propiedad fiduciaria no tiene por objeto perdurar en el tiempo sino que constituye un *status* jurídico transitorio destinado a concluir cuando se produjere una causal de extinción del fideicomiso que provenga de un hecho de las partes o de un hecho ajeno a su voluntad⁵¹¹. El dominio fiduciario establece un dominio pleno en cabeza del titular fiduciario, limitado por el pacto de fiducia en términos de relación obligacional. Hemos afirmado que, en este aspecto, es un dominio imperfecto, aunque el mismo se consolida con la transmisión fiduciaria, tal como se indica en sentencia "in re" *Schmidt v. Air Products Canada Ltd.* cuando se dice que "el *trust* es un modo de disposición; y una vez que el instrumento de creación del *trust* ha entrado en vigencia o se ha efectuado una declaración verbal de disposición inmediata en *trust*, el *settlor* ha enajenado la propiedad tal como si la hubiera dado a los *beneficiaries* mediante una donación plena⁵¹². Carece del carácter absoluto del dominio perfecto, porque se le transfiere al fiduciario para que cumpla con un fin y cuando éste se cumple, se produce la extinción del dominio fiduciario. Por otra parte, la propiedad es ejercida a favor del beneficiario y nunca el fiduciario podrá adquirir los bienes para sí⁵¹³. El beneficiario, al cumplirse el plazo o condición, dispondrá una acción personal para solicitar la transferencia de los bienes fideicomitidos⁵¹⁴.

Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciante y del patrimonio del fiduciario. El elemento vertebrador alrededor del cual gira la institución jurídica del *trust* es el *splitting of ownership* o desmembramiento del derecho de propiedad sobre el patrimonio que constituye

⁵¹¹ ROSENFELD, L. Carlos, "Antecedentes históricos del Fideicomiso", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1998-E, pág. 1193 citando a CARREGAL.

⁵¹² AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, "El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de "De Luca" y "Eurnekian", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131.

⁵¹³ LENARDON, Fernando Roberto, "Fideicomiso gubernamental", Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 53.

⁵¹⁴ GOTTLIEB, Verónica; VEZZONI, Malvina, y COPPOLETTA, Sebastián C., "El acreedor laboral frente al fideicomiso", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-F, pág. 917 y ss.

el objeto del *trust*⁵¹⁵. Esta llamada “segregación patrimonial”, significa que los bienes quedan sometidos a un vínculo de destinación, afectados a la obtención del fin prefijado por el disponente en el acto constitutivo y a un ulterior vínculo de separación, es decir, jurídicamente independiente del patrimonio, residuo tanto del constituyente como del fiduciario, algo similar a lo que ocurre, aunque parcialmente, en el fideicomiso, ya que éste funciona en ámbitos jurídicos donde no hay desmembramiento del derecho de propiedad⁵¹⁶.

Este patrimonio separado está exento de las acciones de los acreedores de ambos, salvo que se haya constituido el fideicomiso en fraude a ellos⁵¹⁷. Si así hubiere sido éstos podrán ejercer las acciones que les otorga para este caso la legislación civil o comercial correspondiente^{518/519}. La imposibilidad de agredir los bienes fideicomitados por los acreedores del fiduciante, como asimismo por los acreedores del beneficiario se funda en que no son acreedores del fiduciario con motivo del fideicomiso⁵²⁰. En el derecho francés el patrimonio fiduciario debe ser aceptado por los acreedores de la fiducia porque de otro modo la fiducia no les será oponible⁵²¹.

⁵¹⁵ NAVAU MARTINEZ-VAL, María Pilar, “*El trust anglosajón y la armonización de la fiscalidad del ahorro*”, Noticias de la Unión Europea Número 208, Mayo de 2002, Año XVIII, pág. 55.

⁵¹⁶ FACCO, Javier Humberto, “*El fideicomiso y su modalidad contractual de garantía*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-A, pág. 609-639.

⁵¹⁷ SALERNO, Javier J., “*El fideicomiso de garantía frente al concurso preventivo del fiduciante*”, Diario Jurídico El Derecho, Buenos Aires, Argentina, miércoles 15 de julio de 2009, pág. 1.

⁵¹⁸ Citando a CAMERINI, SALERNO, Javier J., “*El fideicomiso de garantía frente al concurso preventivo del fiduciante*”, Diario Jurídico El Derecho, Buenos Aires, Argentina, miércoles 15 de julio de 2009, pág. 2.

⁵¹⁹ Citamos como ejemplo la siguiente legislación: 3284, Código de Comercio de Costa Rica, CAPÍTULO XII Del fideicomiso: “Art. 658.—El fideicomiso constituido en fraude de acreedores podrá ser impugnado en los términos en que lo autoriza la legislación común”.

⁵²⁰ GOTTLIEB, Verónica; VEZZONI, Malvina, y COPPOLETTA, Sebastián C., “*El acreedor laboral frente al fideicomiso*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-F, pág. 917 y ss.

⁵²¹ BARRIÈRE, Francois, Université Pantheon-Assas (Paris II), “*El equivalente francés del trust o la fiducia como instrumento comercial*” en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 126.

La normativa falencial de cada país se funda en el principio de que el concurso y la quiebra con procesos universales y por ello sus reglas son de orden público. Ese es el motivo por el cual hay que estudiar detalladamente la situación de los acreedores del fiduciante, del fiduciario y del fideicomiso con relación a la falencia⁵²² y determinar las normas aplicables a esos extremos.

Conforme lo expresado hasta aquí, se dan las notas para que, según se ha dicho, en los países de tradición civilista⁵²³ se pueda considerar un patrimonio autónomo, independiente, sin personalidad, afectado a un fin (*patrimoine d'affectation* o, en su versión alemana *Zweckvermögen*) capaz de recibir bienes que se le transmiten y que no son bienes abandonados susceptibles de ocupación, toda vez que están en posesión y administración del fiduciario⁵²⁴.

Se deja indicado que toda revocación del dominio por parte del fiduciante no produce efectos retroactivos por lo que queda garantizada la actuación frente a terceros en virtud del fideicomiso sin afectar los derechos adquiridos⁵²⁵.

⁵²² SALERNO, Javier J., “*El fideicomiso de garantía frente al concurso preventivo del fiduciante*”, Diario Jurídico El Derecho, Buenos Aires, Argentina, miércoles 15 de julio de 2009, pág. 1.

⁵²³ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “*Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*”, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 35.

⁵²⁴ MOREAU, Rémi, “*Protección de los espacios naturales y fiducia de utilidad social: la experiencia quebequesa*”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departamente de Justicia; Departamente d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 260.

⁵²⁵ DE HOZ, Marcelo, “*Contrato de fideicomiso. Alternativa para emprendimientos urbanísticos y productivos*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-A, pág. 813-819.

2.2.3. Fin

“ El negocio fiduciario se celebra para obtener una finalidad”⁵²⁶ y ésta resulta su razón de ser. La finalidad debe ser posible, razonable y legal⁵²⁷. La transferencia fiduciaria de los bienes es el medio para alcanzar los fines previstos y no un fin en sí mismo⁵²⁸. El esquema estructural del fideicomiso hace que todos sus elementos estén dispuestos hacia el fin y armonizados en su funcionamiento para cumplirlo. Los bienes y derechos que forman parte del patrimonio fideicomitado se concretan exclusivamente al fin del fideicomiso⁵²⁹. “La estructura teleológica está enderezada a obtener el cumplimiento de la finalidad”⁵³⁰.

El fideicomiso es un mecanismo instrumental que "no es en sí nada pero que sirve para hacer mucho". Hay que estudiar el instituto en su carácter de esquema o continente de negocios⁵³¹. El fideicomiso es una herramienta para cumplir un fin. Se trata de un vehículo especialmente apropiado para dar seguridad a un negocio jurídico determinado, siendo éste el motivo por el cual no hay un “fideicomiso tipo”, sino tantos fideicomisos y situaciones jurídicas que atender como negocios puedan ocurrírsele a un emprendedor. Por ejemplo, los Fondos de Inversión Directa (FID) no son otra cosa que la consecuencia necesaria de un Contrato de Fideicomiso, celebrado con el objeto de realizar

⁵²⁶ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, *“Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina”*, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 131.

⁵²⁷ DE ARESPACOCCHAGA, Joaquín, *“El “trust”, la fiducia y figuras afines”*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 40.

⁵²⁸ SOLER, Osvaldo H., y, CARRICA, Enrique D., *“El fideicomiso y el fraude”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2000-B, pág. 1193-1198.

⁵²⁹ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *“Doctrina General del Fideicomiso”*, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 145.

⁵³⁰ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, *“Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina”*, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 131.

⁵³¹ LISOPRAWSKI, Silvio, *“Fideicomiso ni ángel ni demonio”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-E, pág. 1038 y ss.

una actividad productiva determinada. Desde la función económica que están llamados a cumplir, pueden definirse como vehículos destinados a captar, concentrar y organizar recursos físicos, humanos, tecnológicos y dinerarios, provenientes (i) tanto de un grupo determinado y cerrado de ahorristas o participantes que han acordado constituirlos, como, (ii) en términos más amplios, como consecuencia de la oferta al público que se haga del proyecto productivo subyacente, en el mercado de capitales y también en el mercado de bienes y servicios en general, pudiendo ser utilizados también para fines públicos⁵³².

El empleo de los bienes para una finalidad nace con la formulación de la teoría general de los patrimonios de destino de la pandectística alemana que, intentando reconstruir la fiducia romana; otorgaron a dicho negocio jurídico un doble efecto real y obligacional⁵³³ y, en especial, las posiciones de BRINZ y BEKKER con su *Zweckvermögenstheorie*, que destaca la relevancia jurídica del fin de los bienes⁵³⁴. Para BRINZ es el destino el que permite entender que los bienes no son *nullius* y con tal sentido mantienen su unidad, en cambio BEKKER incluye los patrimonios de las personas jurídicas⁵³⁵. Que estos patrimonios no pertenezcan a una persona determinada no significa que no tengan derechos. Los derechos existen pero no son de alguien en particular⁵³⁶.

⁵³² CATUOGNO, Juan Luis, y, GÓMEZ DE LA LASTRA, Manuel, *“Fideicomisos y fondos de inversión directa: vehículos idóneos para asociarse, producir y crecer”*, publicado en www.eldial.com.

⁵³³ NASARRE AZNAR, Sergio y GARRIDO MELERO, Martín (coordinadores), *“Los patrimonios fiduciarios y el “trust”*”, III Congreso de Derecho Civil Catalán, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 159 en la contribución de M. Carmen GOMEZ BUENDIA, *“La fiducia en el derecho romano y su posterior evolución”*

⁵³⁴ BIANCA, Mirzia, Universidad de Roma, *“Acto negocial de destino y separación de patrimonios”*, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 162.

⁵³⁵ ARROYO I AMAYUELAS, Esther, *“Los patrimonios fiduciarios y el trust”*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LXXXII, enero-febrero 2006, número 693, pág. 17.

⁵³⁶ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *“Doctrina General del Fideicomiso”*, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 108.

El derecho chino establece que la finalidad del fideicomiso debe ser legal y no contraria al orden público y sanciona con la invalidez aquel fideicomiso que fuere constituido sólo con la finalidad de litigar⁵³⁷.

2.2.4. Forma

La constitución del *trust* anglosajón con el objeto de transmitir bienes inmuebles o derechos sobre ellos debe cumplir con la forma escrita⁵³⁸ y sin necesidad de que se transmitan bienes registrables. En Costa Rica se exige siempre la forma escrita⁵³⁹. En Colombia, por Sentencia de Mayo 22 de 1982 el Consejo de Estado, declaró nula la circular número 052 de la Superintendencia Bancaria según la cual toda operación fiduciaria requería escritura pública, por lo que para la doctrina colombiana el negocio jurídico es solemne y esa solemnidad se limita a que el acto constitutivo sea escrito; y si fueren bienes inmuebles los fideicomitidos, deberá suscribirse una escritura pública⁵⁴⁰. En el derecho luxemburgués, por ejemplo, no es un contrato solemne ni debe realizarse necesariamente por escrito, pero se exige de él prueba por escrito⁵⁴¹ independientemente que se requiera alguna forma específica sobre el carácter

⁵³⁷ Artículo 11 de la ley de trust china del año 2001: “*The trust is void under any of the following circumstances: 1) the purposes of the trust are against laws or regulations, or harm the public interest of the society....4) establishing a trust especially for the purpose of litigation or of demanding the payment of a debt or loan*” según ZHANG, Lihong, East China University of Political Science and Law, “La experiencia jurídica del trust en la República Popular China”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 277.

⁵³⁸ Sección 53.1.(b) Law of Property Act 1925 citada por DE ARESPOCHAGA, Joaquín, “*El “trust”, la fiducia y figuras afines*”, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 39.

⁵³⁹ Ley 3284, Código de Comercio de Costa Rica, CAPÍTULO XII Del fideicomiso: “Art. 635.—El fideicomiso se constituirá por escrito, mediante acto entre vivos o por testamento”.

⁵⁴⁰ LEMOS POSSO, César Augusto, y MESA SARMIENTO, José Ferney, “*Sobre la fiducia*”, Tesis de Grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Santafé de Bogotá, D.C., República de Colombia, 1991, pág. 15.

⁵⁴¹ BORISSOVA, Universidad de Luxemburgo, “*La fiducia en el Gran Ducado de Luxemburgo: presentación de una técnica contractual*”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 1190.

del propio bien. En Francia el artículo 2012 del Código Civil indica que el fideicomiso deberá constituirse en forma expresa, sea por ley o contrato, y esto supone que el fideicomiso es formal y al menos requiere la forma escrita⁵⁴².

La redacción del instrumento que constituye el fideicomiso debe cumplir con los requisitos de simplicidad, claridad y flexibilidad⁵⁴³. Sin duda el contrato debe ser formal, aunque no se exija una forma especial, porque dadas las múltiples estipulaciones que debe contener, parece imprescindible su confección por escrito⁵⁴⁴, donde el principio general es el consensualismo, ya que, en general, resulta un contrato que se perfecciona con el acuerdo de voluntades⁵⁴⁵. El derecho chino no reconoce el fideicomiso constituido tácitamente⁵⁴⁶.

Hasta aquí habría dos tipos de formalidades: una referida a los contratos reales que se perfeccionan con la entrega de la cosa; y otros solemnes, para cuyo perfeccionamiento se exige una forma particular. Esta exigencia puede ser legal o bien las partes pueden señalarlas específicamente e imponer solemnidades distintas que las de la ley de las que depende el nacimiento del fideicomiso. Así la forma puede ser un requisito esencial para la existencia del fideicomiso, en este caso, o sólo sea para probar su existencia y acreditarla. Para nosotros existen casos en que la omisión de formas produce la

⁵⁴² KIPER, Claudio M, y, LISOPRAWSKI, Silvio, “*La ley francesa de fideicomiso*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 982.

⁵⁴³ DE ARESPOCHAGA, Joaquín, “*El "trust", la fiducia y figuras afines*”, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 108.

⁵⁴⁴ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “*Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E, pág. 1226.

⁵⁴⁵ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “*Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*”, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 144.

⁵⁴⁶ Artículo 8 de la ley china de trust indica que: “*Written form shall be adopted for the establishment of a trust. Written form includes trust contracts, wills or other written documents as provided by laws and regulations. A trust established in the form of trust contract shall come into existence when the trust contract is concluded. A trust established in other written forms shall come into existence when the trustee promises to accept the trust*”, según ZHANG, Lihong, East China University of Political Science and Law, “La experiencia jurídica del trust en la República Popular China”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 278.

inexistencia o nulidad del fideicomiso; y esto sucede cuando se incumplen las exigencias legislativas de orden público vinculadas al tipo de bienes que se transfieren en fideicomiso⁵⁴⁷.

Sabemos que en el caso de los contratos administrativos el requisito de cumplimiento de determinadas formas tiene fin de garantía; y lo mismo ocurre en este caso⁵⁴⁸. La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1921 apunta que la gran diferencia presente entre los contratos civiles y administrativos “se refiere a la forma de los mismos, porque en los de naturaleza civil rige el principio de que de cualquier modo que uno quiera obligarse, queda obligado, mientras que en los administrativos se exigen requisitos y solemnidades especiales indispensables para su validez”⁵⁴⁹. En estos contratos la regla es la forma como medio para garantizar el correcto funcionamiento y transparencia de la actividad contractual. Los requisitos formales, en este caso, pueden ser anteriores o posteriores, pero se deben cumplir irremediabilmente con ellos⁵⁵⁰.

2.3. Finalización del fideicomiso

El acto de constitución del fideicomiso debe prever las disposiciones relativas a su extinción. Sin embargo, podemos decir que, en general, el fideicomiso puede concluir total o parcialmente en los siguientes casos:

⁵⁴⁷ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “*Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*”, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 144 a 146.

⁵⁴⁸ ALBI, Fernando, “*Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo*”, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 13.

⁵⁴⁹ Citada por ALBI, Fernando, “*Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo*”, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 14.

⁵⁵⁰ MAURY de GONZÁLEZ, Beatriz (directora), “*Tratado teórico práctico de fideicomiso*”, Editorial Ad-hoc S.R.L, Buenos Aires, 2004, pág. 334.

a) por cumplimiento del fin para el que fue creado. Recordemos que, para algunos autores, el fin es el perenne titular del patrimonio⁵⁵¹.

b) por revocación del fiduciario, si éste se hubiera reservado ese derecho. La revocación, una vez ejercida, no tendrá efectos retroactivos. En la mayoría de los actos jurídicos que dan nacimiento al dominio fiduciario, (contrato de fideicomiso, por ejemplo), las partes pactan expresamente que el dominio por parte del fiduciante se transmite al fiduciario en forma irrevocable, o bien que, de prever la revocación, ésta carece de efectos retroactivos, especialmente con relación a los terceros que han contratado con el fiduciario dentro de los términos del ejercicio de la fiducia encomendada. El hecho de negarle al fiduciante la posibilidad de revocar el dominio con efectos retroactivos no lo coloca en situación de riesgo ante el incumplimiento de las obligaciones a cargo del fiduciario, porque siempre subsiste el reclamo por daños y perjuicios provocados por la mala administración fiduciaria⁵⁵².

c) por renuncia de la totalidad de los beneficiarios al beneficio del fideicomiso. Esto no sucede en todas las legislaciones, ya que el Código Civil Francés prevé esta causal pero no así la legislación argentina, que indica que en tal caso el fiduciante asume el rol de beneficiario⁵⁵³.

d) por agotamiento o pérdida de los bienes fideicomitidos. Dado el supuesto de insuficiencia del patrimonio de afectación, aquélla no traerá aparejada la declaración de quiebra o concurso del fiduciario, sino que, ante la falta de previsión contractual de aportes adicionales del fiduciante o de los beneficiarios, se deberá proceder a la liquidación del patrimonio fideicomitado a

⁵⁵¹ MARTÍNEZ SANCHÍZ, José Angel, en MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (dirección y coordinación), *“Homenaje a Don Antonio Hernández Gil”*, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001. *“Trust y Derecho Civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad”*, pág. 1348.

⁵⁵² DE HOZ, Marcelo, *“Contrato de fideicomiso e ineficacia sobreviniente”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-A, pág. 1067-1070.

⁵⁵³ KIPER, Claudio M, y, LISOPRAWSKI, Silvio, *“La ley francesa de fideicomiso”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 984.

cargo del fiduciario, quien enajenará los bienes que lo integran y repartirá su producido entre los acreedores de la fiducia⁵⁵⁴.

e) por cumplimiento del plazo⁵⁵⁵ o condición a que esté sometido.

f) por cualquier otra causal prevista en el contrato, en sentencia judicial o norma legal. Dentro de ellas pueden enunciarse las siguientes: imposibilidad de cumplir con el fin; la muerte del fiduciante o su extinción; liquidación o quiebra, si es una persona jurídica; la muerte del beneficiario; por mutuo acuerdo del fiduciante y el beneficiario; fusión del fiduciario, entre otras⁵⁵⁶.

Sin duda alguna, independientemente de la voluntad de las partes, la declaración de nulidad del negocio jurídico extinguirá el fideicomiso⁵⁵⁷.

Por otro lado, la revocación del fiduciario por parte del fiduciante, si éste se hubiera reservado expresamente esa facultad no tendrá efecto retroactivo⁵⁵⁸, como ya hemos apuntado.

⁵⁵⁴ DE HOZ, Marcelo, “*Contrato de fideicomiso e ineficacia sobreviniente*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-A, pág. 1067-1070.

⁵⁵⁵ En algunas legislaciones existe un plazo máximo de constitución como es el caso de la legislación argentina en su ley 24.441 que limita su existencia a 30 años. Bajo las reglas del derecho inglés el plazo no puede exceder al de la vida del beneficiario que exista al tiempo de la formación del *trust* más veintiún años contados a partir de su muerte, aunque los *trusts* caritativos o de beneficencia pueden tener duración indefinida y en algunos estados de los Estados Unidos como el de Nueva York la duración del fideicomiso está limitada a dos vidas humanas concebidas, según RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “*Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*”, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 39. En Francia el Código Civil determina un plazo máximo de 33 años contados a partir de la celebración del contrato según KIPER, Claudio M, y LISOPRAWSKI, Silvio, “*La ley francesa de fideicomiso*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 983.

⁵⁵⁶ LENARDON, Fernando Roberto, “*Fideicomiso gubernamental*”, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 40.

⁵⁵⁷ ROSENFELD, L. Carlos, “*Antecedentes históricos del Fideicomiso*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1998-E, pág. 1193.

⁵⁵⁸ LENARDON, Fernando Roberto, “*Fideicomiso gubernamental*”, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 40.

La fiducia de utilidad pública de Quebec tiene duración indefinida, por lo que en ese caso, no puede extinguirse más que por decisión del tribunal, ya que la aceptación del fiduciario despoja al fiduciante de todo derecho⁵⁵⁹.

Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitidos al fideicomisario⁵⁶⁰, pero si el fiduciario no cumple con la entrega de los bienes subsiste, a nuestro criterio, el patrimonio separado, pues de otro modo se violaría la prohibición de que el fiduciario adquiriera para sí los bienes fideicomitidos⁵⁶¹.

Por último, hay quienes advierten sabiamente que el estado liquidativo del fideicomiso debe tener algún viso de exteriorización registral no sólo en orden a determinar quién será el liquidador que se encargará de realizar el activo y cancelar el pasivo, sino para advertir a los terceros de esta situación⁵⁶².

⁵⁵⁹ MOREAU, Rémi, “Protección de los espacios naturales y fiducia de utilidad social: la experiencia quebequesa”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “El trust en el Derecho Civil”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 263.

⁵⁶⁰ ROSENFELD, L. Carlos, “Antecedentes históricos del Fideicomiso”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1998-E, pág. 1191.

⁵⁶¹ LENARDON, Fernando Roberto, “Fideicomiso gubernamental”, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 40.

⁵⁶² JUNYENT BAS, Francisco, y, MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Bases para una reforma del régimen del fideicomiso a propósito de la necesidad de su inscripción”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 782-790.

Capítulo 3. Figuras jurídicas similares al fideicomiso

3.1. El contrato

En el derecho romano el contrato fue conocido por su contenido formal distinto del ruego en la figura del fideicomiso (nacida en ese derecho) y del *trust* en el derecho inglés que se basaba en la equidad y no tenía forma contractual, ya que en éste la existencia de un contrato supone una contraprestación onerosa, una *consideration*, con imposibilidad de generar derechos a favor de terceros. De allí nace la dificultad para el derecho continental de entender que el fideicomiso en sus orígenes se aleja de la noción de contrato⁵⁶³ romana.

Generalmente de los contratos surgen derechos personales; en cambio en el fideicomiso surgen derechos personales pero también se involucran derechos reales⁵⁶⁴. En el Derecho civil catalán no se configura el negocio de constitución de un fideicomiso como un contrato que lleva aparejada la transmisión de la propiedad del bien al fiduciario, sino como un negocio unilateral que crea un patrimonio vinculado y sin titular⁵⁶⁵.

El fideicomiso no consiste en un contrato puramente real ni tampoco exclusivamente consensual. En este sentido, MARTÍNEZ SANCHÍZ habla de “un fideicomiso contractual de naturaleza real que se encuentra circunscripto a

⁵⁶³ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina”, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 40.

⁵⁶⁴ DE ARESPOCHAGA, Joaquín, “El *trust*, la fiducia y figuras afines”, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 33.

⁵⁶⁵ ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “¿Y si universalizamos el *trust*, también en Cataluña?”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “El *trust* en el Derecho Civil”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 475.

la cosa o a su valor subrogado”⁵⁶⁶. Conforme la definición dada aquí de fideicomiso, pareciera que posee carácter real, ya que una persona (fiduciante) transmite a otra la propiedad fiduciaria. Aunque en verdad esto no define al fideicomiso como contrato real ya que el término propiedad está empleado en sentido amplio. Podrían incorporarse al fideicomiso derechos provenientes de una compraventa, que es consensual, o de una donación. El fideicomiso puede existir con prescindencia de la tradición de cada una de las cosas, objeto del mismo, de allí que deberá admitirse que es consensual, según afirman varios autores⁵⁶⁷. Asimismo el fideicomiso a su vez pareciera tener un carácter unilateral⁵⁶⁸ porque no requiere aceptación expresa de otro sujeto distinto del fiduciario, quien definitivamente debe aceptar el encargo para que se efectivice el fideicomiso. Esto lo pondría en el marco de la definición del artículo 1254 del Código Civil Español⁵⁶⁹.

Sin embargo, se trataría de un contrato bilateral, de causa variable y no sujeto a formas específicas⁵⁷⁰, a criterio de algunos. Podría decirse que la incorporación del fideicomiso a la legislación produce el nacimiento de un negocio jurídico típico⁵⁷¹. Efectivamente en la legislación luxemburguesa

⁵⁶⁶ MARTÍNEZ SANCHÍZ, José Angel, en MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (dirección y coordinación), *“Homenaje a Don Antonio Hernández Gil”*, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001. *“Trust y Derecho Civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad”*, pág. 1351.

⁵⁶⁷ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., *“Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E, pág. 1226.

⁵⁶⁸ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, *“El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law”*, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 43.

⁵⁶⁹ Artículo 1254 del Código Civil Español: El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.

⁵⁷⁰ GELER, Laura; HAFFORD, Deborah, y SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Marcela, *“Riesgos de corrupción en Fideicomisos públicos. Medidas en pos de una mayor transparencia”*, Marzo de 2007, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, www.uca.edu.ar.

⁵⁷¹ VAZQUEZ, Gabriela A., *“El fideicomiso de garantías: certezas y vacilaciones”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-A, pág. 1169.

podemos ver que es definido como un contrato típico, sinalagmático y que requiere un acuerdo de voluntades⁵⁷².

El fideicomiso contiene una cesión de derechos, pero además un pacto de fiducia en el que el fiduciario es destinatario de un mandato. Ninguna de estas figuras jurídicas en forma exclusiva y excluyente define el fideicomiso y es precisamente esa conjunción de contratos interrelacionados la que lo convierte en algo distinto⁵⁷³, en un negocio jurídico específicamente nominado, con distintas relaciones jurídicas internas y con régimen propio.

AYUSO y LEMMA indican, citando a HANSMANN y MATTEI, que "la mejor demostración empírica de que el *trust* no tiene por fuente el contrato, en el sentido que el término tiene en el *common law*, la encuentra la doctrina en que confiere al *beneficiary* (quien es considerado un tercero en relación con la constitución del *trust*) derechos y acción para perseguir su satisfacción, lo cual fue impensable en los Estados Unidos hasta mediados del siglo XIX y siguió siéndolo en otras jurisdicciones del *common law* (en Inglaterra prácticamente hasta la sanción de la *Contracts Rights of Third Parties Act* de 1999) respecto de personas que no son partes del acuerdo de voluntades, llegando ciertos autores a conjeturar que el éxito del *trust* se debía en gran parte a la posibilidad de establecer ventajas en favor de terceros que los contratos no permitían constituir. Por otro lado, los análisis más recientes apuntan a señalar que el rol esencial del *trust* consiste en desempeñar un papel funcional similar al del derecho de propiedad y no tanto uno análogo al del derecho de los contratos"⁵⁷⁴. Para nosotros esto es válido en el derecho inglés y el

⁵⁷² BORISSOVA, Universidad de Luxemburgo, "La fiducia en el Gran Ducado de Luxemburgo: presentación de una técnica contractual", en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), "El *trust* en el Derecho Civil", con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d'Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 189.

⁵⁷³ LENARDON, Fernando Roberto, "Fideicomiso gubernamental", Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 39.

⁵⁷⁴ AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, "El *private trust* angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de "De Luca" y "Eurnekian", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131, con cita de Hansmann, H. y Mattei, U., "The Functions of Trust Law: a Comparative Legal and Economic Analysis", New York University Law Review (mayo de 1998), pág. 434.

norteamericano, pero no para el ámbito de las legislaciones continentales. Por ello si bien no se puede definir el fideicomiso simplemente como un contrato, no cabe duda que las relaciones obligacionales que se producen en virtud de éste tienen causa en lo que para el Derecho Civil español existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio y esto no es más que un contrato para el régimen jurídico hispano⁵⁷⁵.

3.2. La fundación

La definición de fundación del diccionario jurídico es la siguiente: “Fundación: creación de un establecimiento de interés público o utilidad social, mediante una donación o legado (ejemplo: fundación de un hospital o un asilo); y también la adjudicación a una persona moral de fondos afectados a una obra de interés general o piadoso (fundación de una cama de hospital, fundación de premios, fundación de misas)”⁵⁷⁶. El civilista francés Jean CARBONNIER enseñaba que “las fundaciones consisten en la afectación perpetua de un grupo de bienes a un fin de interés general”⁵⁷⁷. Ambas apreciaciones coinciden en lo esencial: instituir o fundar es el acto por el cual un fundador afecta un conjunto de medios materiales y personales a la gestión de una finalidad por éste propuesta, finalidad que remite a un interés⁵⁷⁸. El acto de fundar supone simplemente la afectación de un patrimonio a una finalidad⁵⁷⁹, pero no a

⁵⁷⁵ Artículo 1254 del Código Civil Español: El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.

⁵⁷⁶ “*Vocabulario jurídico*” redactado por profesores de derecho, magistrados y juristas franceses bajo la dirección de HENRI CAPITANT, traducción castellana de Aquiles Horacio Guaglianone, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, sexta edición, 1979.

⁵⁷⁷ Jean CARBONNIER, “*Derecho Civil*”, Tomo I, Parte General, Volumen I, Parágrafo 97, pág. 443 mencionado por CARRANZA, Jorge A. en “Las fundaciones en el derecho privado”, Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 9.

⁵⁷⁸ SOCÍAS CAMACHO, Joana M., “*Fundaciones en el sector público. En especial, el ámbito sanitario*”, Iustel, 2006, pág. 77.

⁵⁷⁹ BOSCH CARRERA, Antoni en Capítulo 1, “Antecedentes históricos” del “*Tratado de Fundaciones*” dirigido por BENEYTO PÉREZ, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 1.

cualquier finalidad como sucede en la fiducia, sino a un interés general; y es por ello que el orden teleológico del ente será esencial y además su razón de ser. Como vemos, deben concurrir en la fundación, como elemento esencial, presupuestos materiales que permitan calificar el fin de la fundación como altruista⁵⁸⁰. El elemento finalista, como se ha enunciado, es el interés general. Esto supone una sacralización del fin fundacional, que nació en Roma con los *Collegia Templorum*, donde las cuotas depositadas por los socios en el templo debían consumirse irremediabilmente en el culto a la divinidad⁵⁸¹.

Procedamos a un análisis más minucioso:

a) Hay similitud entre los sujetos, el fiduciante cumple funciones parecidas al fundador y en ambas instituciones existen beneficiarios. El fiduciante establece en la constitución del fideicomiso las pautas que rigen el instituto; y en la fundación es el fundador quien impone las reglas con que ésta ha de regirse conforme las Sentencias del Alto Tribunal español 48 y 49/1988 de 22 de marzo⁵⁸².

b) Para algunos autores es acertada la comparación del fideicomiso con la fundación⁵⁸³, porque la relación entre el fundador y los beneficiarios es similar a

⁵⁸⁰ GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge. “*Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la constitución española*”, RAP, Revista de Administración Pública, Número 155, mayo-agosto, 2001, pág. 143.

⁵⁸¹ MARTÍNEZ SANCHÍZ, José Angel, en MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (dirección y coordinación), “*Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*”, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001. “*Trust y Derecho Civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad*”, pág. 1341.

⁵⁸² MARTÍNEZ SANCHÍZ, José Angel, en MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (dirección y coordinación), “*Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*”, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001. “*Trust y Derecho Civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad*”, pág. 1342.

⁵⁸³ VIRGOS SORIANO, Miguel, “*El Trust y el derecho español*”, Primera Edición, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, 2006, pág. 18.

aquella que se produce entre el constituyente del fideicomiso (fiduciante) y los beneficiarios⁵⁸⁴.

c) Para nosotros la constitución de un patrimonio de afectación, a través de la creación de una fundación supone otro esencial parecido. En uno y otro caso también el patrimonio constituido se afecta a un interés particular⁵⁸⁵. La idea de crear un patrimonio de destino o de afectación aparece como predominante en el acto fundacional para el fundante⁵⁸⁶, como en el fiduciante en la constitución del fideicomiso. Desde un punto de vista sustantivo, el patrimonio de una fundación en formación tiene semejanza con el patrimonio fideicomitado porque la fundación en formación no tiene personalidad hasta que la inscripción registral no se la otorga⁵⁸⁷, aunque la ley lo prevea como una cuestión transitoria⁵⁸⁸.

d) La dotación fundacional al igual que el patrimonio fiduciario son elementos tipificadores de un negocio de vinculación⁵⁸⁹.

e) La fundación se crea por un acto de voluntad del fundador y esta voluntad, para algunos, es la piedra fundamental del concepto mismo de fundación⁵⁹⁰; en

⁵⁸⁴ VIRGOS SORIANO, Miguel, *“El Trust y el derecho español”*, Primera Edición, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, 2006, pág. 102.

⁵⁸⁵ VIRGOS SORIANO, Miguel, *“El Trust y el derecho español”*, Primera Edición, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, 2006, pág. 115.

⁵⁸⁶ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), *“Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”*, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 226.

⁵⁸⁷ PAU PADRÓN, Antonio, *“El patrimonio fiduciario desde la perspectiva registral”*, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 350.

⁵⁸⁸ ARROYO I AMAYUELAS, Esther, *“Los patrimonios fiduciarios y el trust”*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LXXXII, enero-febrero 2006, número 693, pág. 30.

⁵⁸⁹ ARROYO I AMAYUELAS, Esther, *“¿Y si universalizamos el trust, también en Cataluña?”*, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 468.

el fideicomiso nace de la voluntad de transmisión del fiduciante. Uno, dos o más pueden ser los fundadores, aunque la declaración de voluntad es una sola⁵⁹¹; como uno o más pueden ser los fiduciantes, siendo asimismo su voluntad será única.

En fin, desde el punto de vista funcional y estructural ambas instituciones se parecen⁵⁹². La diferencia mayor es que la fundación es una persona jurídica con clara diferenciación de los sujetos involucrados, particularmente de su fundador; no siendo así el fideicomiso. Efectivamente, *“la fundación es una persona jurídica que se sustrae, una vez constituida, a la voluntad de sus representantes, de sus beneficiarios, así como de su propio fundador”*⁵⁹³. Además la fundación requiere de un presupuesto esencial para su existencia, que es la conformidad de la Autoridad administrativa, ya que adquiere personalidad tras su inscripción registral y luego de haber demostrado la idoneidad de sus fines y el patrimonio afectado a su cumplimiento⁵⁹⁴. Precisamente por ello tendrá un control gubernamental permanente.

Fue LORENZ VON STEIN quien configuró como personas jurídicas distintas del Estado tanto a las entidades locales (*Landschaften, Gemeinde*) como a las Corporaciones (*Korporationen*)⁵⁹⁵ y desde entonces este criterio se ha aplicado

⁵⁹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, en Prólogo de PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, *“Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”*, Marcial Pons. 2000, pág. 11.

⁵⁹¹ BOQUERA OLIVER, José María en Olavaria Iglesia, Jesús, Coordinador, *“Comentarios a la Ley de Fundaciones”* Tinent lo blanch, Valencia, 2008, Capítulo XI, “Fundaciones del sector público estatal”, pág. 1005.

⁵⁹² MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, *“El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law”*, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 192.

⁵⁹³ CAFFARENA, en DE LORENZO, CABRA et. al., 1990, p. 47 indicado por VAQUER CABALLERÍA, Marcos, *“Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”*, Marcial Pons, 1999, nota al pie N° 18. pág. 72.

⁵⁹⁴ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, *“El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law”*, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 193.

⁵⁹⁵ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *“Sobre la personalidad de las Cortes Generales. Una aproximación a los problemas de las organizaciones estatales no administrativas”*, Revista de Derecho Político, número 9, 1981, pág. 9.

en distintas legislaciones, como es el caso de la española. Esto último no sólo para permitir la creación de empresas públicas que desarrollen su actividad a la par de los sujetos privados en libre competencia, sino para constituir otros tipos de entes instrumentales como las fundaciones públicas.

En España se ha discutido sobre la utilización de la fórmula fundacional como estrategia organizativa estatal, en particular en el ámbito sanitario y educativo⁵⁹⁶, y también en el ámbito local. RIVERO ORTEGA descarta, hoy, el recurso de las fundaciones como herramienta para desarrollar tareas de evaluación y acreditación u otras actividades materialmente administrativas, que han despertado dudas en la doctrina⁵⁹⁷. Las fundaciones resultan, a nuestro criterio, instituciones de régimen jurídico-privado al alcance de la potestad organizatoria de las Administraciones públicas⁵⁹⁸ y MORELL OCAÑA y RUÍZ OJEDA así lo consideran al decir que “*cuando se trata de fundaciones constituidas por el Estado u otra entidad pública territorial la fundación es considerada como una fórmula organizatoria más*”⁵⁹⁹. PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ afirman que cuando se trata de constituir fundaciones privadas, no públicas, no se hace referencia al Derecho Administrativo de la organización⁶⁰⁰. RIVERO ORTEGA ha dicho que con independencia de que se parta o no de la consideración de la creación de fundaciones como

⁵⁹⁶ Se debe recordar que en virtud de un conflicto de competencia entre los Ministerios de la Gobernación y el de Instrucción Pública resuelto a favor de este último por Real Decreto de 29 de junio de 1911, se origina la separación definitiva de las fundaciones benéfico-docentes destinadas a la enseñanza, educación, instrucción o incremento de las Ciencias, Letras y Artes y cuyo Protectorado se entrega al Ministerio de Instrucción Pública por Real Decreto de 27 de septiembre de 1912.

⁵⁹⁷ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, “*Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros*”.

⁵⁹⁸ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “*Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*”, Marcial Pons, 1999, pág. 39.

⁵⁹⁹ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “*Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica*”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 246.

⁶⁰⁰ MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, “*Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales*”, Fundació Carles Pi I Sunyer d'Estudis Autònomic i Locals, Barcelona, 2005, pág. 60.

manifestación de la potestad organizatoria, la cuestión no está en el *sí*, sino en el *cómo, cuándo y para qué* de la creación de estas fundaciones privadas⁶⁰¹.

Ni siquiera cuando la ley diga que se trata de una persona de Derecho público hay que confiar en que efectivamente es así. Por ejemplo, la Fundación Lázaro Galdiano fue creada por el Estado español por Ley de 17 de julio de 1947 que en su artículo primero reza que se trata de una “persona jurídica de Derecho público”, pero, que a pesar de esta calificación legal, resulta ser una fundación de Derecho común⁶⁰².

Entendemos que la Administración pública además de constituir fundaciones como medios instrumentales en solitario, puede dotar, participar en el patronato como también, realizar contribuciones económicas y técnicas en entidades en las que junto a ella confluyan sujetos privados que en mayor o menor medida participen del acto constitutivo, aporten bienes o derechos, forman parte del gobierno fundacional y, en fin, contribuyan económicamente para la continuidad de entes fundacionales que promuevan la satisfacción del interés general. A nuestro entender estas últimas fundaciones “mixtas” pueden ser denominadas públicas como las anteriores. Por último también se pueden incorporar a la maquinaria estatal entes que existían desde antes como organizaciones privadas.

3.3. El mandato

Pareciera que tanto en el caso de la transferencia de un bien para la administración o como para otorgar garantía dentro del marco de un negocio fiduciario se disimularía un mandato en los términos de los artículos 1709⁶⁰³ del

⁶⁰¹ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, *“Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros”*.

⁶⁰² ALBALADEJO, Manuel, *“Derecho Civil”*, Tomo I, Decimosexta Edición, Edisofer S.L., Madrid, 2004, pág. 381.

⁶⁰³ Artículo 1709 del Código Civil Español: Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra.

Código Civil Español⁶⁰⁴, que indica “que por el contrato de mandato se obliga a una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra” donde el mandatario está constreñido por los límites del 1717 del citado Código el no poder traspasar las estipulaciones establecidas en el mandato⁶⁰⁵. En el marco de estos artículos y los subsiguientes, a nuestro criterio, el fiduciario no es mandatario⁶⁰⁶.

Sin embargo, analicemos en detalle:

a) En el mandato no hay transmisión de propiedad al mandatario, pero sí la hay en el fideicomiso⁶⁰⁷. Ya hemos hecho referencia a que no existe el desdoblamiento de la propiedad en el Derecho Español, por lo que es imposible que fuere ejecutable un mandato con transmisión de propiedad. Tampoco sería posible a través del mandato constituir un patrimonio separado⁶⁰⁸.

b) El mandatario actúa con libertad en el marco del poder que se le otorga; en el fideicomiso el fiduciario debe actuar conforme lo determinado por el fiduciante⁶⁰⁹.

⁶⁰⁴ DE ARESPACOCCHAGA, Joaquín, *“El “trust”, la fiducia y figuras afines”*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 25.

⁶⁰⁵ Artículo 1717 del Código Civil Español: Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante. En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptúase el caso en que se trate de cosas propias del mandante. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario.

⁶⁰⁶ EGEA IBÁÑEZ, Ricardo en MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (dirección y coordinación), *“Homenaje a Don Antonio Hernández Gil”*, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001. *“Trust y Derecho Civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad”*, pág. 1171.

⁶⁰⁷ DE ARESPACOCCHAGA, Joaquín, *“El “trust”, la fiducia y figuras afines”*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 35.

⁶⁰⁸ LENARDON, Fernando Roberto, *“Fideicomiso gubernamental”*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 39.

⁶⁰⁹ DE ARESPACOCCHAGA, Joaquín, *“El “trust”, la fiducia y figuras afines”*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 35.

c) En el mandato no existen beneficiarios, como sucede en el fideicomiso⁶¹⁰: aunque el mandante se beneficie con el cumplimiento de la manda por parte del mandatario, no hay aquí un beneficiario en el sentido del contrato de fideicomiso.

e) El mandato es *intuitu personae*, como también lo es el fideicomiso, aunque ello no significa que no pueda haber delegación de funciones, siempre que no se delegue la totalidad o la esencia de la función asignada porque si no se desnaturalizaría cualquiera de las figuras⁶¹¹. Además el mandato se extingue por la muerte del mandante, en tanto el fideicomiso no, en principio, si fuera por la muerte del fiduciante.

Las reglas que norman el mandato se aplican supletoriamente en algunas jurisdicciones, a los fines de complementar la limitación de facultades del fiduciario, así como las sanciones por el incumplimiento de lo establecido en el fideicomiso como su función esencial⁶¹². El Tribunal Federal suizo en el año 1973 declaró que la fiducia-gestión quedaba sometida a las reglas del mandato⁶¹³, que es concebido por el derecho helvético como un contrato por el cual el mandatario se obliga a gestionar, en los términos acordados, el negocio o servicio que asume llevar a cabo, donde el objeto puede ser más amplio que en cualquier ordenamiento jurídico, ya que se vincula con la prestación de servicios a título independiente y sin garantía de un resultado concreto⁶¹⁴.

⁶¹⁰ DE ARESPOCHAGA, Joaquín, “El *trust*, la fiducia y figuras afines”, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 35.

⁶¹¹ KENNY, Mario Oscar, “El fideicomiso en general y el financiero”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2009-E, pág. 1177.

⁶¹² KENNY, Mario Oscar, “El fideicomiso en general y el financiero”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2009-E, pág. 1177.

⁶¹³ Conforme el artículo 394 y siguientes del Código Suizo de las Obligaciones.

⁶¹⁴ DUNAND, Jean-Philippe, Universidad de Neuchatel y Lausana, “La fiducia o las fiducias en Derecho suizo: una protección desigual y lagunosa de los patrimonios fiduciarios” en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “El *trust* en el Derecho Civil”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitat i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 236.

Cabe señalar que el fiduciario no es un mandatario, ya que los bienes de que dispone no son del mandante, sino que son del fiduciario en propiedad fiduciaria; y cuando dispone de ellos o los administra, lo hace en su propio nombre. En el Derecho Español, de concepción romana, el patrimonio es un atributo de la persona por lo que no se concibe un patrimonio sin persona. En el fideicomiso hay un centro de imputación del cual puede ser titular una persona, sin que ese centro de imputación se confunda con el resto de los activos y pasivos que esa persona tiene. La propiedad fiduciaria crea un centro de imputación diferenciado que no se confunde con el patrimonio de la persona física o jurídica fiduciaria. Para muchos autores se trata, entonces, de un patrimonio de afectación⁶¹⁵ y, otros doctrinarios, indican que en los primeros tiempos se asimilaba a un mandato de carácter irrevocable como expresaba ALFARO en el año 1920⁶¹⁶. Es verdad que hay ciertas áreas de superposición parcial entre el mandato y el fideicomiso pero en esencia son institutos distintos, fundamentalmente porque en el fideicomiso encontramos la transferencia de la propiedad fiduciaria⁶¹⁷.

3.4. Estipulación a favor de un tercero

El Derecho español permite derivar los efectos jurídicos de un contrato a favor de un tercero en virtud del artículo 1257 del Código Civil español⁶¹⁸. Esto

⁶¹⁵ ARIAS, Mirta V., LASORELLA, Delia N. y ERRAMOUSPE, Martín, *"Fideicomiso público. Control y contabilización"*, Contaduría General del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, Argentina, 2004.

⁶¹⁶ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *"Doctrina General del Fideicomiso"*, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 104.

⁶¹⁷ GIOVENCO, Arturo C., *"La delegación de funciones en el fideicomiso financiero. Límites, condiciones y deberes de control"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, LA LEY, Tomo 2009-D, pág. 1281.

⁶¹⁸ Artículo 1257 del Código Civil Español: Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley. Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada.

ocurre en algunos contratos donde la obligación asumida por una de las partes no se establece a favor de la otra parte, sino de un tercero⁶¹⁹. La *Treuhand* o fiducia del derecho alemán que sirve a los intereses del fiduciante ha sido denominada fiducia en provecho ajeno⁶²⁰, como ya hemos apuntado en este trabajo. Hay algunos autores alemanes que proponen el reconocimiento de una propiedad condicionada para justificar la figura⁶²¹ que involucra un beneficio para terceros a las partes intervinientes.

En el derecho inglés, raíz de la figura del fideicomiso, la estipulación a favor de otro es totalmente desconocida, y, en ese ámbito, el contrato es insuficiente para generar derechos a favor de terceros y ese efecto sólo se obtiene a través de la constitución de un *trust* que genera un derecho de equidad para lograr la finalidad prevista en beneficio de un tercero que no sería exigible conforme a derecho en el contrato por tratarse de una obligación unilateral gratuita⁶²².

En un contrato que tiene estipulaciones a favor de terceros surgen distintas relaciones:

a) una relación entre los cocontratantes donde se puede denominar *estipulante* a la parte que ha contratado teniendo en mira favorecer a un tercero; y se denomina *obligado* a la parte que debe cumplir la prestación a favor del tercero. Esta relación se somete a los principios generales de los contratos.

⁶¹⁹ BORDA, Guillermo A., *Manual de contratos*, Duodécima edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1985, pág. 116.

⁶²⁰ LEHMANN, Matthias, *El trust y el Derecho alemán: ¿historia de amor o choque de culturas?*, Universitat Bayreuth en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *El trust en el Derecho Civil*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d'Innovació, Universitat i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 45.

⁶²¹ FUENTESECA, Cristina, *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Prólogo de Manuel Albaladejo García, Primera Edición, José María Bosch, Barcelona, 1997, pág. 94.

⁶²² RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 41.

b) una relación entre el *estipulante* y el *tercero beneficiario*. Allí usualmente aparece una causa que justifica el beneficio, así ésta sea una liberalidad. Esto no sucede en el fideicomiso, ya que no existe relación jurídica entre el fiduciante y el beneficiario donde el beneficiario puede ser, además, el mismo fiduciante. Tampoco existe la causa en el fideicomiso y por ello hablamos de su abstracción.

c) una relación entre el *obligado* y el *tercero beneficiario*, donde éste tiene acción directa contra el *estipulante* para obtener el cumplimiento de su obligación “siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada”⁶²³. En el fideicomiso el beneficiario no tiene, en principio, acción contra el fiduciante.

Algunos autores interpretan que existe una gestión de negocios ajenos, pero podemos observar que a diferencia del fideicomiso, no existe la gestión del patrimonio de un tercero a favor de otro, sino que se trata de una liberalidad, salvo alguna excepción sobre ese carácter. Sin embargo, la estipulación a favor de terceros tiene su esencia propia y se funda en la voluntad de las partes.

3.5. El negocio simulado

A veces se puede confundir el negocio fiduciario con el negocio simulado. En ambos se presentan dos frentes distintos: en el negocio simulado hay un frente que permanece oculto siempre, mientras que en el negocio fiduciario los dos frentes son ostensibles, separables y reconocibles⁶²⁴. El negocio indirecto utiliza una vía oblicua para alcanzar el fin, pero éste siempre es único y real y, por tanto, el negocio indirecto se diferencia de la simulación en la que, en cambio, "...hay una declaración de contenido de voluntad para establecer una

⁶²³ Código Civil Español. Artículo 1256 in fine.

⁶²⁴ VAZQUEZ, Gabriela A., “El fideicomiso de garantías: certezas y vacilaciones”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-A, pág. 1175.

apariencia jurídica y otra real, representada por el contra documento"⁶²⁵.

Se imputa al negocio fiduciario su semejanza con la simulación relativa⁶²⁶, pero no así con la simulación absoluta donde la distinción es neta. En la simulación relativa aparecen todos los efectos de los actos pero son neutralizados por el contenido disimulado. En la simulación absoluta el negocio aparente no existe, mientras que en los negocios jurídicos fiduciarios se producen los efectos queridos por las partes para esa relación jurídica⁶²⁷. Para LÓPEZ PARDIÑAS el negocio simulado es aquel negocio ficticio o no querido realmente y encaminado a encubrir otro distinto que es el deseado, y que además puede tener el fin de eludir normas imperativas, que así terminan por convertirlo en fraudulento⁶²⁸. Si se compara los negocios indirectos con los negocios en fraude a la ley se encuentra allí una distinción sutil: cuando el resultado ulterior que se persigue con el negocio indirecto está prohibido, se tendrá un negocio in *fraudem legis*, ya que el fraude es la forma que decididamente predomina en la ilicitud del negocio indirecto y esto no sucede en el negocio fiduciario⁶²⁹. El acto simulado, careciendo de causa y voluntad, resulta nulo para el Código Civil español, conforme el artículo 1261 del mismo⁶³⁰, y sólo se mantiene el acto disimulado, dado que en España el

⁶²⁵ FACCO, Javier Humberto, "El fideicomiso y su modalidad contractual de garantía", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-A, pág. 609-639.

⁶²⁶ En igual sentido FUENTESECA, Cristina, "El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", Prólogo de Manuel Albaladejo García, Primera Edición, José María Bosch, Barcelona, 1997, pág. 198 citando a GULLON.

⁶²⁷ LISOPRAWISKI, Silvio, "Fideicomiso ni ángel ni demonio", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-E, pág. 1038 y ss.

⁶²⁸ LÓPEZ PARDIÑAS, Manuel, en MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (dirección y coordinación), "Homenaje a Don Antonio Hernández Gil", Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001. "Trust y Derecho Civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad", pág. 1549.

⁶²⁹ LISOPRAWISKI, Silvio, "Fideicomiso ni ángel ni demonio", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-E, pág. 1038 y ss.

⁶³⁰ Artículo 1261 del Código Civil español: No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

- 1º Consentimiento de los contratantes.
- 2º Objeto cierto que sea materia del contrato.
- 3º Causa de la obligación que se establezca.

negocio abstracto es imposible de ser admitido. En Alemania FUCHS concibe el negocio fiduciario como negocio simulado, aunque el resto de la doctrina entiende que es preciso distinguir negocio fiduciario de negocio simulado tal como se pretende hacer en este apartado y como también lo afirma JANNUZZI en Italia⁶³¹. También en Alemania ENNECCERUS afirma que el negocio fiduciario es realmente querido (frente al simulado⁶³²).

Puede darse una interposición de persona simulada que no llega a ser un fideicomiso; sin embargo la interposición real es manifiesta en el negocio fiduciario. Es decir, el contratante puede intervenir por simple apariencia, como contratante ficticio, mientras que en realidad la relación se establece entre el tercero y el interesado que no aparecen en el contrato. Hay, entonces, un intermediario aparente, una semblanza de intromisión en el vínculo que corre directamente entre los dos titulares⁶³³. Refieren AYUSO y LEMMAN, citando la causa "*Esteem Settlement*" de la Corte Real de Jersey, que el ánimo simulatorio siempre debe ser bilateral para que exista⁶³⁴.

Indica cierta jurisprudencia que "la diferencia que existe entre un acto simulado y el negocio fiduciario radica fundamentalmente en que este último produce la efectiva transmisión del derecho, oponible *erga omnes*, mediante el acto ostensible celebrado entre fiduciante y fiduciario que surge de la voluntad declarada, eficaz respecto de las partes y de terceros. En cambio, en la simulación, la traslación del derecho deriva del lado oculto del acto y no del

⁶³¹ JANNUZZI, Angelo, "*Le società fiduciarie*", Milano-Dott. A. Giuffré Editore, 1988, pág. 18.

⁶³² FUENTESECA, Cristina, "*El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*", Prólogo de Manuel Albaladejo García, Primera Edición, José María Bosch, Barcelona, 1997, pág. 197.

⁶³³ LISOPRAWSKI, Silvio, "*Fideicomiso ni ángel ni demonio*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-E, pág. 1038 y ss.

⁶³⁴ AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, "*El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de "De Luca" y "Eurnekian"*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131. La doctrina sentada en "*Esteem Settlement*" vino a ser confirmada en "*Peter Shalson and others v. Onofrio Russo and others*" (11/7/2003).

ostensible”⁶³⁵. Los requisitos para que el acto sea simulado son: 1) una declaración deliberadamente disconforme con la intención, 2) que esta declaración sea concertada de acuerdo entre las partes, 3) que la intención sea engañar a terceras personas⁶³⁶.

3.6. El negocio fiduciario

Se trata de un negocio jurídico indirecto basado simplemente en la confianza cuyo antecedente directo es la “*fiducia cum amico*”⁶³⁷ aunque no hay unanimidad doctrinaria en cuanto a que los negocios fiduciarios “puros” son negocios indirectos⁶³⁸. El negocio fiduciario se ubica dentro de los encargos de confianza⁶³⁹. DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS los denominan “negocios jurídicos anómalos”⁶⁴⁰. En aquél se transfiere la propiedad de un bien a un sujeto con el fin de que lo administre a favor de una persona distinta. Como en el mandato hay una separación entre titularidad e interés⁶⁴¹. La gran diferencia con el fideicomiso es que el propietario en un negocio fiduciario es dueño bajo una condición resolutoria que si resulta fallida, convierte a éste en

⁶³⁵ Sentencia de la Cámara Nacional Civil, Sala A, del 12 de diciembre de 2006, República Argentina, Caso “*Romero, Alberto O. c. Saavedra, Francisco J.*”, publicado en la Revista La Ley del 29 de marzo de 2007, pág. 4, fallo 111.314.

⁶³⁶ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, “*Doctrina General del Fideicomiso*”, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 92.

⁶³⁷ Ver desarrollo en 1.1.4. En relación DE ARESACOCHAGA, Joaquín, “*El “trust”, la fiducia y figuras afines*”, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 66.

⁶³⁸ LISOPRAWSKI, Silvio, “*Fideicomiso ni ángel ni demonio*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-E, pág. 1038 y ss., citando a Rubino.

⁶³⁹ LEMOS POSSO, César Augusto, y MESA SARMIENTO, José Ferney, “*Sobre la fiducia*”, Tesis de Grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Santafé de Bogotá, D.C., República de Colombia, 1991, pág. 7.

⁶⁴⁰ LÓPEZ PARDIÑAS, Manuel, en MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (dirección y coordinación), “*Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*”, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001. “*Trust y Derecho Civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad*”, pág. 1548.

⁶⁴¹ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “*El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 178.

pleno propietario⁶⁴². El negocio fiduciario, tanto como la fundación y el mandato, se encuentra limitado para llevar a cabo con la misma eficiencia del fideicomiso la función principal de creación de un patrimonio separado con un propósito o fin determinado, así como la profesionalización de su gestión y administración⁶⁴³. El concepto de relación fiduciaria ocupa un lugar central en la institución del fideicomiso, sin perjuicio que su campo de actuación la excede sustancialmente. Podemos afirmar que existen también relaciones fiduciarias en el marco del mandato y de la sociedad; y éstas instituciones se ven excedidas en sustancia por el fideicomiso⁶⁴⁴.

La concepción romana del negocio fiduciario se fue modificando hasta concebir la fiducia como negocio indirecto libre y autónomo, conforme ha sido recogido en la legislación y tradición jurídica de países como Suiza, Francia y Luxemburgo⁶⁴⁵, donde el patrimonio de afectación⁶⁴⁶ resulta un elemento clave para su éxito funcional. Para GARRIGUES la diferencia entre los negocios indirectos y los verdaderos negocios fiduciarios radica en que el negocio de confianza es un negocio jurídico unitario previsto y regulado en todos sus efectos por la ley⁶⁴⁷. La fiducia regulada no es un "puro negocio de confianza", al estilo de la *fiducia cum amico* del Derecho Romano, porque las acciones

⁶⁴² RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, "Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina", Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 49.

⁶⁴³ NAVAU MARTINEZ-VAL, María Pilar, "El trust anglosajón y la armonización de la fiscalidad del ahorro", Noticias de la Unión Europea Número 208, Mayo de 2002, Año XVIII, pág. 53.

⁶⁴⁴ AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, "El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de "De Luca" y "Eurnekian", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131.

⁶⁴⁵ DE ARESPACOCCHAGA, Joaquín, "El "trust", la fiducia y figuras afines", Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 122.

⁶⁴⁶ BARRIÈRE, Francois, Université Pantheon-Assas (Paris II), "El equivalente francés del trust o la fiducia como instrumento comercial" en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), "El trust en el Derecho Civil", con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d'Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 114.

⁶⁴⁷ GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, Joaquín, "Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil", reimpresión, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991, pág. 51.

legales acordadas al fiduciante "impurifican la confianza"⁶⁴⁸. En el negocio indirecto se recurre a un tipo contractual determinado para alcanzar fines que no son propios del tipo, o sea, para obtener un resultado ulterior que no es el normal o típico del negocio. La teoría del negocio indirecto es una consecuencia de la insuficiencia de la tipicidad especial.

La fiducia ha sido la alternativa en el derecho continental para aplicar una figura similar al *trust*, pero habitualmente para fines de garantía⁶⁴⁹. Por el contrato fiduciario una persona (el fiduciante) convendrá con otra (el fiduciario) que le transferirá la propiedad de ciertos bienes (activos fiduciarios) para que los administre y gestione o, incluso, los transmita finalmente a un tercero al término del contrato⁶⁵⁰. Se advierte que la propiedad única es respetada y que la transferencia real se realiza en el marco de un mandato. Así se puede constituirse mediante contrato o testamento⁶⁵¹.

En la legislación de los países europeos mencionados en este apartado (Suiza, Francia y Luxemburgo) se ha construido con los activos fiduciarios un patrimonio de afectación y se ha aplicado generalmente esta figura a negocios financieros⁶⁵², particularmente porque las personas jurídicas que pueden actuar como fiduciarios provienen del sector financiero⁶⁵³.

⁶⁴⁸ LISOPRAWSKI, Silvio, "Fideicomiso ni ángel ni demonio", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-E, pág. 1038 y ss.

⁶⁴⁹ LÓPEZ PARDIÑAS, Manuel, en MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (dirección y coordinación), "Homenaje a Don Antonio Hernández Gil", Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001. "Trust y Derecho Civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad", pág. 1548.

⁶⁵⁰ DE ARESPACOCCHAGA, Joaquín, "El "trust", la fiducia y figuras afines", Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 143.

⁶⁵¹ LEMOS POSSO, César Augusto, y MESA SARMIENTO, José Ferney, "Sobre la fiducia", Tesis de Grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Santafe de Bogotá, D.C., República de Colombia, 1991, pág. 7.

⁶⁵² DE ARESPACOCCHAGA, Joaquín, "El "trust", la fiducia y figuras afines", Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 144.

⁶⁵³ BORISSOVA, Universidad de Luxemburgo, "La fiducia en el Gran Ducado de Luxemburgo: presentación de una técnica contractual", en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), "El trust en el Derecho Civil", con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departamente de

El negocio fiduciario puede ser abstracto o causado; tanto el indirecto es siempre causado. En el negocio fiduciario abstracto hay siempre una traslación real del derecho oponible *erga omnes*, que en el negocio indirecto podría faltar, como en los casos del mandato irrevocable con fines de garantía o de sociedad⁶⁵⁴. Frente a la teoría del título y el modo aceptado por el Código Civil español, el sistema alemán se caracteriza no sólo por el establecimiento de una distinción en el sistema de adquirir bienes muebles e inmuebles sino también por la sustitución del título como contrato causal por un acuerdo traslativo de carácter abstracto (*Auflassung*), en cuya virtud es suficiente la declaración de voluntad tanto del transmitente como del adquirente manifestando éste su conformidad con la transferencia para que ésta se produzca. El acuerdo real alemán es abstracto y opera con independencia de todo nexo causal con el contrato traslativo⁶⁵⁵. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español ha intentado mantener a través del tiempo un concepto de negocio fiduciario, aunque no lo logró plenamente y ha seguido el ritmo de la doctrina española donde cada autor formula su propio y distinto concepto⁶⁵⁶. Entendemos que en este caso en especial su Jurisprudencia ha cumplido ampliamente una función de fuente de Derecho⁶⁵⁷. Así en Sentencia del 18 de enero de 1946 ha reconocido el negocio fiduciario configurado con arreglo al doble efecto, al igual que en Sentencia del 23 de febrero de 1951, donde reconoce la transmisión de la propiedad y señalando que no siempre ha considerado que hay efectiva transmisión y así sólo cita la teoría del doble

Justicia; Departamento d'Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 192.

⁶⁵⁴ LISOPRAWSKI, Silvio, "*Fideicomiso ni ángel ni demonio*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-E, pág. 1038 y ss.

⁶⁵⁵ FUENTESECA, Cristina, "*El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*", Prólogo de Manuel Albaladejo García, Primera Edición, José María Bosch, Barcelona, 1997, pág. 71.

⁶⁵⁶ FUENTESECA, Cristina, "*El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*", Prólogo de Manuel Albaladejo García, Primera Edición, José María Bosch, Barcelona, 1997, pág. 79.

⁶⁵⁷ CAMARA LAPUENTE, Sergio, "*Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español*", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LXXV, septiembre-octubre 1999, número 654, pág. 1765.

efecto como razonamiento pero no como fundamento de los fallos. La doctrina refiere tres fases no taxativas en el tema del negocio fiduciario donde primero se afirma la teoría de la propiedad formal (1922-1944), luego la del doble efecto (1944-1982) y por último la de la titularidad fiduciaria (1982-1997)⁶⁵⁸. En Sentencia del 3 de mayo de 1955 señala que el fundamento del negocio fiduciario se encuentra en el artículo 1255 del Código Civil español⁶⁵⁹, posición que reitera el 30 de enero de 1991, y equipara el negocio fiduciario con la idea de la tradición romana describiendo el doble efecto y admitiendo la causa fiduciaria y el valor superlativo de la confianza. También recogen la teoría del doble efecto el fallo del 11 de junio de 1964, del 15 de octubre del mismo año donde reconoce que concurre simulación y 18 de febrero de 1965. El 8 de marzo de 1988 se pronuncia sobre la eficacia de una escritura inscrita en el Registro que contiene un negocio fiduciario. En el año 1995 hay un cambio en la jurisprudencia del Supremo que se acerca más a la idea de mandato, garantía o cumplimiento de un fin previsto y determinado⁶⁶⁰.

El negocio fiduciario no tiene en general regulación legal a diferencia del fideicomiso que, conforme nuestro criterio, debe reconocerse legalmente para poder ser constituido. El "negocio fiduciario puro" se concibe como una "declaración de voluntad a través de la cual el fiduciante inviste a otro, el fiduciario, de una posición jurídica frente a terceros, como medio que excede al fin práctico tenido en vista por las partes, con la obligación de devolver el derecho estando su realización limitada por la convención fiduciaria establecida entre los dos sujetos"⁶⁶¹. El fideicomiso típico es una sub especie de negocio

⁶⁵⁸ CAMARA LAPUENTE, Sergio, "Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LXXV, septiembre-octubre 1999, número 654, pág. 1783.

⁶⁵⁹ Artículo 1255 del Código Civil Español: Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.

⁶⁶⁰ FUENTESECA, Cristina, "El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", Prólogo de Manuel Albaladejo García, Primera Edición, José María Bosch, Barcelona, 1997, pág. 96 a 103.

⁶⁶¹ LISOPRAWSKI, Silvio, "Fideicomiso ni ángel ni demonio", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-E, pág. 1038 y ss.

fiduciario que se califica de impuro porque se halla regulado. Para DE CASTRO, como dijimos, creador de la teoría del doble efecto que fuere rechazada por ALBALADEJO, el propietario o fiduciante conserva la propiedad material de la cosa, mientras que el fiduciario tiene una propiedad formal pero, incluso así considerado el fideicomiso no puede considerarse como un negocio fiduciario⁶⁶².

Íntimamente ligada a la confianza se halla la potestad de abuso del fiduciario en el negocio que se le confió; y así se lo ha observado en el negocio fiduciario romano y en sus posteriores aplicaciones a las distintas legislaciones del mundo⁶⁶³. Sin embargo, en el fideicomiso se protege al fiduciante del abuso de confianza por parte del fiduciario, lo que no sucede en el negocio fiduciario⁶⁶⁴.

El Derecho francés sólo conoce algunas formas de fiducia que no llevan precisamente ese nombre, como sucede con la titulización de créditos y con la fiducia atípica o *fiducie innommée* que se utiliza como gestión colectiva de activos en operaciones comerciales bajo la forma de fondos de inversión o *fonds commun de placement* regulados en el Código monetario y fiscal⁶⁶⁵.

En España se ha reconocido expresamente la validez del negocio fiduciario bajo el artículo 1274 del Código Civil⁶⁶⁶ para los negocios realizados *inter*

⁶⁶² EGEA IBÁÑEZ, Ricardo en MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (dirección y coordinación), *"Homenaje a Don Antonio Hernández Gil"*, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001. *"Trust y Derecho Civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad"*, pág. 1171.

⁶⁶³ LISOPRAWSKI, Silvio, *"Fideicomiso ni ángel ni demonio"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-E, pág. 1038 y ss.

⁶⁶⁴ DE ARESPOCHAGA, Joaquín, *"El 'trust', la fiducia y figuras afines"*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 34.

⁶⁶⁵ BARRIÈRE, Francois, Université Pantheon-Assas (Paris II), *"El equivalente francés del trust o la fiducia como instrumento comercial"* en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *"El trust en el Derecho Civil"*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia; Departament d'Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 108.

⁶⁶⁶ Artículo 1274 del Código Civil Español: En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor.

vivos⁶⁶⁷. Según algunos autores, sin embargo, no parece viable la posibilidad de la constitución de negocios fiduciarios mortis causae en España⁶⁶⁸.

La doctrina jurídica se ha debatido entre dos posturas para explicar este negocio jurídico fiduciario. Primero, bajo la doctrina alemana e italiana, se acuñó la teoría del doble efecto que interpreta que dentro de este acto jurídico complejo hay dos negocios diferentes: un negocio jurídico real que supone la transmisión del bien o derecho al fiduciario que lo adquiere en forma plena e irrevocable y un negocio jurídico obligacional en el que el fiduciario se compromete a restituir la propiedad del bien. Luego DE CASTRO plantea la teoría de la titularidad fiduciaria, superadora de la anterior, que otorga al fiduciario una titularidad dotada de una limitada eficacia real fundada en la *causae fiduciae* que es atípica pero lícita⁶⁶⁹; y se identifica con el fin perseguido por el negocio fiduciario, aunque no es causa de la transmisión de los bienes⁶⁷⁰. Una doctrina minoritaria visualiza en la naturaleza jurídica de los fondos de inversión o fondos de pensiones un negocio fiduciario, mas la doctrina mayoritaria interpreta que existe un derecho de copropiedad de los partícipes combinado con un mandato no representativo para la gestión de los fondos⁶⁷¹.

La jurisprudencia y doctrina españolas, en particular, han reconocido en esta figura del negocio fiduciario características similares al fideicomiso como son:

⁶⁶⁷ STS de 18 de febrero de 1965 citado por DE ARESPOCHAGA, Joaquín, *“El “trust”, la fiducia y figuras afines”*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 22.

⁶⁶⁸ Los motivos para dicha apreciación se fundan en los artículos 781 y 788 del Código Civil respecto de sustituciones fiduciarias; artículo 1271 referido a herencia futura en relación con el 1056 conforme lo explica DE ARESPOCHAGA, Joaquín, *“El “trust”, la fiducia y figuras afines”*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 121.

⁶⁶⁹ Es decir, no contraria a las leyes, a la moral o al orden público conforme el artículo 1255 del Código Civil español.

⁶⁷⁰ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, *“El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law”*, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 79.

⁶⁷¹ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, *“El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law”*, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 173.

a) una titularidad formal al fiduciario sobre los bienes que le son confiados; b) la facultad de disponer, gestionar y administrar esos bienes por el fiduciario; c) la obligación para el fiduciario de rendir cuentas; d) la posibilidad para el fiduciante de reivindicar el bien, si le fuera negada al final de la gestión⁶⁷². En la doctrina mexicana hay tres posturas: la de CERVANTES AHUMADA, que niega la asimilación del fideicomiso al negocio fiduciario; la de SERRANO TRASVIÑA, que encuentra aspectos comunes entre uno y otro; y la tesis de RODRIGUEZ y BARRERA GRAF, que indica que el fideicomiso es una especie de negocio fiduciario⁶⁷³.

Existe una figura de derecho foral regulada en la Compilación Navarra (leyes 293-295), bajo el título “De los herederos de confianza”, denominada fiducia continuada, que permite crear un patrimonio autónomo afectado al cumplimiento de fines de interés público o privado y, al fideicomiso donde: a) la fiducia continuada carece de personalidad jurídica; b) sus bienes integran un patrimonio separado; c) tiene publicidad registral; d) los derechos de los beneficiarios se protegen judicialmente; y, e) no está sujeta a control administrativo⁶⁷⁴.

⁶⁷² MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, *“El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law”*, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 179.

⁶⁷³ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *“Doctrina General del Fideicomiso”*, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 98.

⁶⁷⁴ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, *“El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law”*, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 196.

Capítulo 4. Distintos tipos de Fideicomisos

Los fideicomisos se clasifican en general según sus fines; y así podemos encontrar, entre otros, fideicomisos de administración; de inversión; inmobiliarios; de garantía; financieros; de fondos de pensión; del Estado⁶⁷⁵, entre otros. Además se pueden clasificar según su fuente, en contractuales o testamentarios; según quien resulte el fiduciario, en ordinarios o financieros; según los bienes asignados al patrimonio fiduciario, en universales o particulares⁶⁷⁶.

Consideraremos aquí, en especial, algunos de los más utilizados, a saber:

4.1. Fideicomiso de administración

Es aquel fideicomiso en virtud del cual se transmiten bienes al fiduciario para que los administre y con cuyo producto cumpla los encargos del fiduciante o fideicomitente entregándoselos a éste, a un tercero o reinvirtiéndolos según se disponga⁶⁷⁷. El fiduciario recibe los bienes que le transmite el fiduciante y debe administrarlos de la manera indicada en el fideicomiso y entregarlos al cabo de un período al beneficiario, por lo que su característica principal es la constitución de un patrimonio separado para su administración por el

⁶⁷⁵ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., *"Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E, pág. 1226.

⁶⁷⁶ RAISBERG, Claudia, *"El fideicomiso en garantía frente al concurso"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-C, pág. 1242-1245.

⁶⁷⁷ ROSENFELD, L. Carlos, *"Antecedentes históricos del Fideicomiso"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1998-E, pág. 1197. En igual sentido CRISTIÁ, María José, *"El fideicomiso en la República Argentina"*, en NASARRE AZNAR, Sergio y GARRIDO MELERO, Martín (coordinadores), *"Los patrimonios fiduciarios y el "trust"*", III Congreso de Derecho Civil Catalán, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 219.

fiduciario⁶⁷⁸. Se entregan los bienes para su administración, guarda, conservación y percepción de sus productos y rentas⁶⁷⁹. La Superintendencia Bancaria Colombiana tiene expresado que “se entiende por negocios fiduciarios de administración aquellos en los cuales se entregan bienes a una institución fiduciaria, con o sin transferencia de la propiedad, para que los administre y desarrolle la gestión encomendada por el constituyente y destine los rendimientos, si los hay, al cumplimiento de la finalidad señalada⁶⁸⁰”. Esta fiducia en Colombia está puesta no sólo al servicio de los particulares, sino además al servicio del sector público en los denominados “fideicomisos de administración y pagos” donde la finalidad central del encargo se vincula con el desarrollo de contratos, particularmente de obras públicas, en los que los avances de obra van originando la obligación de pago a los contratistas que se concreta luego de que el fiduciario verifique los requisitos y el cumplimiento de lo comprometido⁶⁸¹. Recordamos aquí que Colombia exige la profesionalidad de los fiduciarios y que es la Superintendencia Bancaria el órgano de control de su actuación.

Para el derecho alemán simplemente se trataría de una fiducia de administración o *Verwaltungstreuhand* o fiducia por autorización o *Ermächtigungstreuhand*, porque generalmente el fiduciario no tiene la propiedad formal del bien, sino sólo el derecho de disponer de él en nombre propio⁶⁸². Es por ello que también se denomina “falsa fiducia”, ya que no tiene

⁶⁷⁸ LENARDON, Fernando Roberto, “Fideicomiso gubernamental”, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 35.

⁶⁷⁹ MAURY de GONZÁLEZ, Beatriz (directora), “Tratado teórico práctico de fideicomiso”, Editorial Ad-hoc S.R.L., Buenos Aires, 2004, pág. 343.

⁶⁸⁰ Citando la Circular Básica Jurídica, Tomo V, Capítulo I, No. 3, apartado c), RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina”, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 383.

⁶⁸¹ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina”, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 384.

⁶⁸² Si el fiduciario deviene propietario nos encontramos con la fiducia de pleno derecho o *Vollrechtstreuhand*.

por objeto la creación de un patrimonio especial sino sólo la gestión de bienes⁶⁸³.

Conforme lo expresado el fideicomiso de administración es aquel en el cual se transfiere la propiedad de bienes a un fiduciario para que los administre conforme a lo establecido por el constituyente destinando el producido, si lo hay, al cumplimiento de la finalidad señalada en el contrato. Pero el fideicomiso de inversión, para nosotros, una variante del fideicomiso de administración, es aquel que tiene por finalidad la inversión de recursos financieros con arreglo a instrucciones determinadas para beneficio del fideicomitente o de quien se designe en el contrato como beneficiario⁶⁸⁴. El fideicomiso de inversión consiste en que el fiduciario administre, según instrucciones del fiduciante o fideicomitente, un fondo (en dinero, acciones, bonos u otros valores) recurriendo a una inversión determinada⁶⁸⁵. En estos fideicomisos caben todas las formas imaginables de colocar los recursos, que van desde la destinación específica e invariable señalada al fiduciario, hasta aquella donde se le otorga al fiduciario absoluta discrecionalidad en el manejo de los recursos (aunque esta última es rechazada en algunas jurisdicciones, como Colombia⁶⁸⁶).

Generalmente el constituyente del fideicomiso de administración persigue una administración productiva, más que una simple conservación del patrimonio transferido⁶⁸⁷. Han existido constituciones de fideicomisos organizados

⁶⁸³ LEHMANN, Matthias, *“El trust y el Derecho alemán: ¿historia de amor o choque de culturas?”*, Universitat Bayreuth en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 45.

⁶⁸⁴ SCOCCO, Mónica, *“Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-D, pág. 1417-1425.

⁶⁸⁵ ROSENFELD, L. Carlos, *“Antecedentes históricos del Fideicomiso”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1998-E, pág. 1197.

⁶⁸⁶ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, *“Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina”*, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 386.

⁶⁸⁷ BORISSOVA, Universidad de Luxemburgo, *“La fiducia en el Gran Ducado de Luxemburgo: presentación de una técnica contractual”*, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 197.

simplemente para captar recursos, sin ser fideicomisos financieros, que se han denominado erróneamente, para nosotros, Fondos de Inversión Directa (FID), porque a nuestro criterio son simplemente la organización de emprendimientos productivos con causa en un fideicomiso. Estos casos, por ejemplo, son los más variados y difundidos en Argentina; y se han referido en especial a: (i) a desarrollos inmobiliarios y (ii) a la actividad agrícola para la producción de cereales en campos de terceros. En estos últimos los inversores provienen del mercado de capitales y existe un tercero designado en carácter de Fiduciario, que en general es una entidad financiera. Se suma a ellos un operador profesional, generalmente un estudio de profesionales agrónomos con experiencia suficiente en materia de producción de cereales, y una organización de control⁶⁸⁸.

Dentro de los fideicomisos de inversión también podemos mencionar a los denominados fideicomisos inmobiliarios, que se constituyen como grupos cerrados de inversores originantes que aseguran los aportes suficientes como para llegar a finalizar la obra. Algunos de ellos se aseguran el financiamiento de la obra con las denominadas “preventas”, atrayendo a compradores que están interesados en aprovechar el menor precio de un emprendimiento que es todavía proyecto o recién está “en el pozo”, es decir sin iniciar la actividad constructiva. El fiduciario administrador en estos casos obtiene así los fondos suficientes como para cubrir el costo de la construcción y el precio de la tierra⁶⁸⁹. El fideicomiso denominado inmobiliario es el marco jurídico apropiado para el desarrollo y comercialización de emprendimientos urbanísticos tales como barrios cerrados, clubes de campo, complejo de oficinas o viviendas⁶⁹⁰. Comúnmente se celebra un contrato entre las partes, fiduciante y fiduciario, por el cual el transmitente fiduciante se obliga a transferir a favor del fiduciario la

⁶⁸⁸ CATUOGNO, Juan Luis, y, GÓMEZ DE LA LASTRA, Manuel, “*Fideicomisos y fondos de inversión directa: vehículos idóneos para asociarse, producir y crecer*”, publicado en www.eldial.com.

⁶⁸⁹ LISOPRAWSKI, Silvio, “*Fideicomisos inmobiliarios. Oferta pública de fideicomisos no financieros*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-D, pág. 912.

⁶⁹⁰ ESTÉVEZ CAMBRA, Sebastián, “*El fideicomiso. Una modalidad, el inmobiliario*”, Anales de legislación argentina, Boletín informativo, Año 2007, Número 6, Tomo LXVII-B, pág. VI.

propiedad fiduciaria de un inmueble a los efectos de llevar a cabo el emprendimiento urbanístico. En dicho contrato se especifica, entre otras cosas, el objeto de la fiducia, los derechos y obligaciones de las partes, facultades del fiduciario, su remuneración y forma de sustitución, posibilidad de emitir títulos de deuda o certificados de participación, si el fideicomiso es financiero -como analizaremos más adelante-, destino de los bienes fideicomitidos al momento de la finalización del contrato, características del emprendimiento constructivo, plazos, condiciones, formas de extinción y demás elementos relevantes para las partes y los terceros⁶⁹¹. En estos emprendimientos la aplicación del fideicomiso encuentra su razón fundante en la seguridad que ofrece el patrimonio de afectación que origina esta figura⁶⁹². En general los fideicomisos para negocios inmobiliarios o agrícolas dan lugar a inversiones directas⁶⁹³, pero no por ellos se convierten en Fondos de Inversión Directa (FID), como hemos planteado.

Existen algunos fideicomisos de administración específicos como el régimen especial de Administración de las Entidades Deportivas con Dificultades Económicas, que instituye los "Fideicomisos de Administración con Control Judicial" en el derecho argentino por la ley 25.284. El carácter de fiduciante corresponde, en esta norma, a la asociación o entidad civil deportiva propietaria de los bienes fideicomitidos; el de fiduciario, al órgano que en cada caso sea creado al efecto, que debe ser integrado por expertos en gestión deportiva; y el de beneficiario, a los acreedores y dependientes de la entidad, a quienes la ley dispone proteger⁶⁹⁴. En este caso en particular el objetivo ha sido el salvataje financiero de los Clubes de Fútbol.

⁶⁹¹ DE HOZ, Marcelo, "Contrato de fideicomiso. Alternativa para emprendimientos urbanísticos y productivos", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-A, pág. 1067.

⁶⁹² ORELLE, José María, "Financiación de emprendimientos inmobiliarios a través del fideicomiso", Suplemento Especial La Ley "Emprendimientos inmobiliarios", Buenos Aires, Argentina, Director: Eduardo L Gregorini Clusellas, pág. 9.

⁶⁹³ ESTÉVEZ CAMBRA, Sebastián, "El fideicomiso. Una modalidad, el inmobiliario", Anales de legislación argentina, Boletín informativo, Año 2007, Número 6, Tomo LXVII-B, pág. I.

⁶⁹⁴ CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio Alfredo, "Fideicomisos de administración de entidades deportivas con dificultades económicas", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-E, pág. 731-739.

4.2. Fideicomisos en garantía o de garantía⁶⁹⁵

Un fideicomiso de garantía⁶⁹⁶ es aquel en que determinados bienes o su producido de propiedad del deudor-fiduciante pasa a un fiduciario para que disponga de aquéllos en caso de incumplimiento de la obligación garantizada y entregue al acreedor-beneficiario – hasta la concurrencia del crédito – el monto obtenido en la venta. La condición que faculta al fiduciario a disponer es la mora del deudor-fiduciante y el fiduciario tendrá por ocurrida la mora con base en hechos objetivos previstos en el contrato de fideicomiso, sin depender su actuación del fiduciario de la conformidad del deudor-fiduciante o del acreedor-beneficiario⁶⁹⁷ para ejecutar los bienes. Las instrucciones al fiduciario contenidas en un fideicomiso de garantía podrían resumirse de la siguiente manera: el fiduciario recibe el bien (supongamos un inmueble) con el cargo de (i) devolver la propiedad plena al deudor-fiduciante si la deuda es cancelada o (ii) vender el bien (en este caso el inmueble) según el procedimiento que hubiese sido previsto y pagar al acreedor-beneficiario el monto de su crédito con los recursos obtenidos y el saldo remanente entregarlo al deudor fiduciante o a quien éste disponga. En consecuencia, la condición que faculta al fiduciario a vender es la mora del deudor-fiduciante. El fiduciario tendrá por ocurrida la mora con base en hechos objetivos previstos en el contrato de fideicomiso, como se ha indicado, pero hay quienes manifiestan que habría una limitación cuando la ejecución de la garantía pueda ocasionar un deterioro sensible en el capital operativo del fiduciante y de ese modo éste alcance un escenario de quiebra comercial y cesación de pagos. Conforme la opinión de algunos autores, con quienes coincidimos, en esta situación el fiduciario, como buen

⁶⁹⁵ Los términos fideicomiso en garantía y fideicomiso de garantía pueden ser utilizados como sinónimos según VAZQUEZ, Gabriela A., “*El fideicomiso de garantías: certezas y vacilaciones*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-A, pág. 1169. Preferimos como la mencionada autora la designación “fideicomiso en garantía” para destacar la naturaleza de la propiedad que recibe el fiduciario.

⁶⁹⁶ En Brasil se denomina Alienação fiduciaria em garantia conforme la ley 9514 de 1997.

⁶⁹⁷ CARREGAL, Mario A., “*Problemas registrales del fideicomiso*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2000-A, pág. 1059-1060.

hombre de negocios, tiene que postergar la ejecución de la garantía⁶⁹⁸. Lo cierto es que estos bienes dados en garantía pasan a ser propiedad del fiduciario y dejan de ser parte de la garantía común del resto de los acreedores⁶⁹⁹, según nuestro criterio. Al decir de DIEZ PICAZO el fideicomiso en garantía cae dentro del concepto amplio de una medida específica para asegurar un crédito⁷⁰⁰ y es utilizado, en verdad frecuentemente, en los ámbitos mercantiles y financieros⁷⁰¹. En el derecho alemán se trata de una fiducia de garantía o *Sicherungstreuhand* de las denominadas fiducias en provecho propio⁷⁰². En Colombia no se la utiliza en igual sentido que la fiducia *cum creditore* del derecho romano, porque el artículo 1244 del Código de Comercio Colombiano⁷⁰³ prohíbe que el fiduciario adquiera definitivamente el bien dado en fiducia⁷⁰⁴.

Como subespecie de fideicomiso tiene una función de garantía que participa del carácter accesorio propio de esta especie de actos jurídicos. Sin embargo, los efectos propios de toda obligación accesoria deben ser interpretados de

⁶⁹⁸ SALERNO, Javier J., “El fideicomiso de garantía frente al concurso preventivo del fiduciante”, *Diario Jurídico El Derecho*, Buenos Aires, Argentina, miércoles 15 de julio de 2009, pág. 2.

⁶⁹⁹ WAISMAN, Agustín, “Fideicomisos de garantía y cesión de flujos de fondos futuros e indeterminados”, *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, diarios del día martes 20 de enero de 2004 y miércoles 21 de enero de 2004.

⁷⁰⁰ VAZQUEZ, Gabriela A., “El fideicomiso de garantías: certezas y vacilaciones”, *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-A, pág. 1169.

⁷⁰¹ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 182.

⁷⁰² LEHMANN, Matthias, “El trust y el Derecho alemán: ¿historia de amor o choque de culturas?”, *Universität Bayreuth en ARROYO I AMAYUELAS*, Esther (directora), “El trust en el Derecho Civil”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitat i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 45.

⁷⁰³ Art. 1244 del Código de Comercio Colombiano: Ineficacia de estipulaciones. Será ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente, por causa del negocio fiduciario, el dominio de los bienes fideicomitados.

⁷⁰⁴ LEMOS POSSO, César Augusto, y MESA SARMIENTO, José Ferney, “Sobre la fiducia”, Tesis de Grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Santafé de Bogotá, D.C., República de Colombia, 1991, pág.26.

acuerdo al fin que particularmente se tuvo en miras al celebrar el contrato⁷⁰⁵ y con base en el fin último de asegurar el cumplimiento de una obligación⁷⁰⁶. Se circunscribe a un modo de asegurar el cumplimiento de una obligación mediante la creación de un mecanismo que se yuxtapone al derecho creditorio que se quiere resguardar, al ser su finalidad propia objetiva la de garantizar⁷⁰⁷.

Cabe preguntarse a qué título el fiduciante conserva la tenencia o detentación del bien; y, sobre este particular, estimamos que la figura del depósito puede servir de instrumento accesorio idóneo para una mejor obtención de los fines del fideicomiso de garantía, esto es, el debido cumplimiento de la manda fiduciaria y la natural consecución del fin práctico del contrato, así como también posibilitar una tutela equilibrada de los sujetos implicados. Entendemos que para concretar tales fines también la figura del depósito es funcionalmente adecuada, ya que el fin seguido por las partes, en la especie fiduciario-depositante y fiduciante-depositario, es la guarda, conservación y custodia de la cosa, aun cuando se autorizare su uso. También en el depósito el depositario puede ser obligado a devolver en cualquier momento la cosa depositada y no sólo es pasible de responsabilidad civil, en caso de que incumpla las obligaciones inherentes al depósito, sino eventualmente también de responsabilidad penal en la hipótesis de tipificarse el delito de depositario infiel. En el contrato de depósito la finalidad esencial es precisamente la guarda de la cosa⁷⁰⁸, pero no así en el fideicomiso.

En algunos casos se toma un préstamo dinerario en una entidad financiera y se garantiza la devolución en tiempo y forma de dicho préstamo constituyendo

⁷⁰⁵ RAISBERG, Claudia, *"El fideicomiso en garantía frente al concurso"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-C, pág. 1242-1245.

⁷⁰⁶ FREIRE, Bettina V., *"El fideicomiso - Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios"*, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1997, pág. 143.

⁷⁰⁷ RUBIÑOS, Germán, *"La causa en los contratos de garantía y su relación con los principios de accesoriedad, autonomía y abstracción"*, Diario Jurídico El Derecho, Buenos Aires, Argentina, jueves 29 de julio de 2010, pág. 1 y ss.

⁷⁰⁸ FACCO, Javier Humberto, *"El fideicomiso y su modalidad contractual de garantía"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-A, pág. 609-639.

un fideicomiso de garantía en donde se cede a favor del beneficiario –la entidad financiera– un determinado bien. En la República Argentina el Banco Hipotecario Nacional, banco público, por Acta Número 1963 del 21 de diciembre de 1995, a través de la “línea de crédito para la financiación de emprendimientos constructivos con transmisión de dominio fiduciario”, comenzó la financiación de emprendimientos constructivos con fideicomisos de garantía⁷⁰⁹.

El mandato que tiene el fiduciario es que en caso de mora en el cumplimiento de las obligaciones contraídas, ejecute la garantía⁷¹⁰, y conforme el procedimiento de venta pautado en el contrato de fideicomiso, realice los bienes fideicomitidos, y posteriormente abone el saldo deudor a la entidad financiera. En caso de existir remanentes, luego del pago de los gastos y costos del proceso de venta, dicha suma remanente deberá serle reembolsada al fiduciante⁷¹¹ o a quien éste disponga. La venta fiduciaria no constituye una ejecución forzosa, sino el cumplimiento de una obligación⁷¹². La causa-fin de este tipo de fideicomiso es el otorgamiento de una garantía⁷¹³.

Pueden ser garantizadas por este negocio jurídico obligaciones de dar, hacer o no hacer; puras o modales. Asimismo cualquier bien puede ser objeto de transmisión fiduciaria en garantía: cosas muebles, inmuebles, créditos, dinero, valores y derechos en general con o sin desplazamiento del poder de hecho

⁷⁰⁹ VAZQUEZ, Gabriela A., “*El fideicomiso de garantías: certezas y vacilaciones*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-A, pág. 1176.

⁷¹⁰ La doctrina destaca que la enajenación que efectúa el fiduciario no es técnicamente “ejecución” del bien sino “cumplimiento” del pacto de fiducia según VAZQUEZ, Gabriela A., “*El fideicomiso de garantías: certezas y vacilaciones*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-A, pág. 1175.

⁷¹¹ SALERNO, Javier J., “*El fideicomiso de garantía frente al concurso preventivo del fiduciante*”, Diario Jurídico El Derecho, Buenos Aires, Argentina, miércoles 15 de julio de 2009, pág. 1.

⁷¹² LENARDON, Fernando Roberto, “*Fideicomiso gubernamental*”, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 64.

⁷¹³ VAZQUEZ, Gabriela A., “*El fideicomiso de garantías: certezas y vacilaciones*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-A, pág. 1169.

sobre el bien o sin él^{714/715}. Expresamente el artículo 8.1. de la ley luxemburguesa indica que pueden ser objeto de fiducia tanto deudas actuales como futuras⁷¹⁶.

El fiduciante puede ser el deudor de la obligación o alguno de los deudores, si son varios los deudores y también un tercero que no sea deudor. El fiduciario puede ser un tercero o el acreedor, aunque no parece posible, dentro de la esencia de este negocio que es el ejercicio de la propiedad en beneficio de otro, que el fiduciario y el beneficiario directo o indirecto sea la misma persona. El beneficiario es el acreedor y el fideicomisario, que es el beneficiario final del bien fideicomitado, que podría ser el fiduciante o un tercero según se disponga en el fideicomiso⁷¹⁷.

Entre las ventajas más relevantes que se pueden apuntar en favor del fideicomiso de garantía, tenemos que: a) se evitan los trámites de la ejecución judicial, pudiendo enajenarse el bien en forma privada, con la celeridad y economía que ello supone soslayando las incomodidades propias de demoras y costos surgidos en general del procedimiento de efectivización de los derechos reales de garantía⁷¹⁸; b) el bien fideicomitado queda fuera de la acción de otros eventuales acreedores del fiduciante y del fiduciario; c) asimismo, el

⁷¹⁴ VAZQUEZ, Gabriela A., *“El fideicomiso de garantías: certezas y vacilaciones”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-A, pág. 1170.

⁷¹⁵ La Ley de Enajenación Fiduciaria en Garantía de Inmuebles Brasileña del año 1997 otorga la posesión directa al fiduciante y la indirecta al fiduciario según VAZQUEZ, Gabriela A., *“El fideicomiso de garantías: certezas y vacilaciones”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-A, pág. 1175.

⁷¹⁶ BORISSOVA, Universidad de Luxemburgo, *“La fiducia en el Gran Ducado de Luxemburgo: presentación de una técnica contractual”*, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 196.

⁷¹⁷ VAZQUEZ, Gabriela A., *“El fideicomiso de garantías: certezas y vacilaciones”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-A, pág. 1169.

⁷¹⁸ PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., *“Análisis económico del fideicomiso de garantía. Nuevas reflexiones sobre su ilicitud”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2001-F, pág. 1025-1031.

bien fideicomitido permanece fuera del concurso o quiebra de cualquiera de ellos, dejando a salvo la acción revocatoria en caso de fraude en perjuicio de los acreedores del fiduciante⁷¹⁹. Los acreedores del fiduciante pueden agredir dicho patrimonio a través de la acción de fraude, conocida como acción pauliana. En este supuesto el fiduciante transmite bienes de su patrimonio en propiedad fiduciaria, perjudicando a sus acreedores, sean particulares o el propio Estado, como el caso de deudas fiscales; y la acción de fraude tiende a revocar los actos del fiduciante-deudor en perjuicio a sus acreedores, si se constata la existencia de supuestos de hecho que constituyan fraude objetivo en el sentido del perjuicio aunque la intención de defraudar no pueda ser probada⁷²⁰. Aquí, la acción tiende a lograr la ineficacia de la celebración del contrato de fideicomiso, haciendo inoponible sus términos a los acreedores demandantes, a los efectos de que los bienes que salieron para constituir un fideicomiso, vuelvan al patrimonio del fiduciante-deudor y poder así agredirlos. Para la procedencia de dicha acción serán requisitos mínimos: a) Que el deudor se halle en estado de insolvencia; b) Que el perjuicio a los acreedores resulte del acto de transmisión fiduciaria o que ya con anterioridad se verifique el estado de insolvencia; y c) Que el crédito del acreedor sea anterior al acto de transmisión otorgado por el fiduciante-deudor⁷²¹.

Hay quienes entienden que el fideicomiso en garantía es ilícito, pues la desprotección del deudor es absoluta, ya que se elimina la garantía que implica que un juez le asegure la protección de sus derechos⁷²². Estamos absolutamente en contra de tan extrema posición y apuntamos que quienes doctrinariamente cuestionan la existencia de los fideicomisos en garantía

⁷¹⁹ FACCO, Javier Humberto, *“El fideicomiso y su modalidad contractual de garantía”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-A, pág. 609-639.

⁷²⁰ ARROYO I AMAYUELAS, Esther, *“Los patrimonios fiduciarios y el trust”*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LXXXII, enero-febrero 2006, número 693, pág. 47 y 55.

⁷²¹ DE HOZ, Marcelo, *“Contrato de fideicomiso e ineficacia sobreviniente”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-A, pág. 1067-1070.

⁷²² PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., *“Análisis económico del fideicomiso de garantía. Nuevas reflexiones sobre su ilicitud”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2001-F, pág. 1025-1031.

argumentan que:

a) la constitución de un fideicomiso en garantía equivale a crear un privilegio a favor de un acreedor que no está específicamente previsto, en general, en la legislación;

b) no obedece, en fin, a ninguna necesidad jurídica ya que existen derechos reales que pueden usarse para los mismos fines;

c) constituye casi siempre una simulación ilícita y afecta los intereses de los acreedores al violar las normas de orden público que normalmente los protegen aunque se puede decir que su legalidad puede ser revisada judicialmente en cada caso, aun con su juricidad cuestionable, como así también su conveniencia en determinados casos.

A estas críticas se puede contestar que la transmisión en garantía no constituye un privilegio en el sentido estricto y tampoco equivale a una garantía real prohibida por la ley; no se trata de una garantía real simulada, sino de un contrato típico con efecto de garantía que puede afectar el valor de los bienes pero no a los bienes en sí⁷²³. En todo caso se debiera limitar el alcance de este tipo de fideicomisos en el caso de insolvencia a los fines de mantener la seguridad jurídica y proteger a los acreedores de cualquier posibilidad de fraude⁷²⁴. Como la transferencia no se realiza a título oneroso, para que prospere la acción de fraude ante una transferencia fiduciaria no es necesario acreditar mala fe en cabeza del fiduciario. No obstante la mala fe o la culpa incurrida por quien se constituya, como fiduciario, en titular de los bienes transmitidos al celebrar el fideicomiso, puede generarle responsabilidades

⁷²³ WAISMAN, Agustín, “Fideicomisos de garantía y cesión de flujos de fondos futuros e indeterminados”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, diarios del día martes 20 de enero de 2004 y miércoles 21 de enero de 2004.

⁷²⁴ KENNY, Mario Oscar, “El fideicomiso en general y el financiero”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2009-E, pág. 1177.

específicas por los perjuicios que ella pudiera ocasionar a terceros, conforme los alcances derivados de la aplicación de los principios generales⁷²⁵. En el sistema legal de cada país los abusos en la utilización de formas jurídicas generalmente siempre encuentran adecuada neutralización⁷²⁶, en particular en el caso de la falencia. De cualquier modo las consecuencias jurídicas derivadas del acto de transferencia de bienes realizado por el fiduciante a favor del fiduciario, en un contrato de fideicomiso, puede ocasionar una disminución patrimonial del primero que comprometa la garantía de sus acreedores; por ello es que existe la posibilidad de ejercer la acción revocatoria como instrumento legal para recomponer la garantía patrimonial. Precisamente la disminución patrimonial que compromete la garantía es el fundamento que les permite a los acreedores demandar la revocación de los actos celebrados por el deudor en perjuicio o fraude de sus derechos⁷²⁷.

En algunos países el fideicomiso en garantía ha sustituido en la práctica a las garantías reales de la hipoteca o la prenda⁷²⁸. A diferencia de otras formas de garantía como la prenda, la hipoteca o la fianza, el fideicomiso en garantía sustituye el trámite judicial de ejecución y permite una realización ordenada y controlada de los bienes⁷²⁹.

4.3. Fideicomiso financiero

El fideicomiso financiero es definido, en general, como aquel en el cual el

⁷²⁵ SOLER, Osvaldo H., y, CARRICA, Enrique D., *“El fideicomiso y el fraude”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2000-B, pág. 1193-1198.

⁷²⁶ VAZQUEZ, Gabriela A., *“El fideicomiso de garantías: certezas y vacilaciones”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-A, pág. 1180.

⁷²⁷ SOLER, Osvaldo H., y, CARRICA, Enrique D., *“El fideicomiso y el fraude”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2000-B, pág. 1193-1198.

⁷²⁸ VAZQUEZ, Gabriela A., *“El fideicomiso de garantías: certezas y vacilaciones”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-A, pág. 1169.

⁷²⁹ LENARDON, Fernando Roberto, *“Fideicomiso gubernamental”*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 64.

derecho de los beneficiarios está representado en certificados de participación en el dominio fiduciario; en títulos representativos de deuda garantizada con los bienes que integran el fideicomiso; o de títulos mixtos que otorguen derechos de crédito y derechos de participación sobre el remanente. Es decir, el fideicomiso financiero es aquel vehículo por el cual un originante (fiduciante) transfiere determinados activos en propiedad fiduciaria a un tercero (fiduciario), para que contra ellos emita valores negociables, que serán suscriptos por los beneficiarios. Con el producido de los activos cedidos el fiduciario deberá atender los servicios de pago del capital y de los intereses de los valores negociables, gastos y costos del fideicomiso. Cancelados los títulos, todo remanente deberá ser devuelto al fiduciante o entregado al fideicomisario, según estipule el contrato o la disposición de última voluntad que haya ordenado su constitución. Se trata, en general, de un instrumento utilizado en el mercado de capitales⁷³⁰ y su objetivo es la emisión de valores negociables, los cuales pueden ser colocados sólo de dos formas posibles: (a) por oferta pública, o (b) por oferta privada⁷³¹. Aclaremos aquí que la oferta pública de los títulos valores emitidos no es condición esencial para la existencia de un fideicomiso financiero⁷³². El fideicomiso financiero es un mecanismo que permite movilizar, a través de títulos de crédito, activos de otra naturaleza⁷³³.

La titulización o securitización de activos supone la conversión de activos no líquidos, flujos de fondos futuros o proyectos de inversión en títulos que se colocan en el mercado en forma pública o privada⁷³⁴. La titulización puede definirse como un proceso de carácter financiero mediante el cual el titular de

⁷³⁰ LENARDON, Fernando Roberto, *"Fideicomiso gubernamental"*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 73.

⁷³¹ CAMERINI, Marcelo A., *"El fideicomiso civil y el fideicomiso financiero"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 998.

⁷³² CORNET, Santiago, *"La securitización y el régimen de cesión de la ley 24.441"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, martes 22 de junio de 2010, pág. 3.

⁷³³ MANTILLA, Fernando R., *"El fideicomiso financiero"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-D, pág. 1103.

⁷³⁴ VASQUEZ, Rafael D., *"Temas actuales del fideicomiso financiero"*, Diario Jurídico El Derecho, Buenos Aires, Argentina, miércoles 23 de septiembre de 2009, pág. 1.

bienes (llamado a este efecto originante) los transmite a un vehículo con el fin de que éste emita, sobre la base de ellos, valores negociables susceptibles de ser colocados y/o negociados mediante oferta pública⁷³⁵. El esquema del fideicomiso no es el único que permite la titulización, pero es, sin duda alguna, es que mejor se adecua a las finalidades del proceso⁷³⁶. "Security/secutiries" en inglés significa, entre otras asignaciones, títulos valores. "Securitización" es el fenómeno de transformar una masa de activos o créditos en un conjunto de títulos valores colocados entre el público⁷³⁷. Securitización es el término que resulta de la adaptación al castellano de la expresión anglosajona "securitization"; "titulización" en la versión española, "bursatilización" en México, "titrisation" en Francia y "titularización" en Colombia⁷³⁸. En muchos de los casos, en general con relación a créditos de consumo, se transfieren créditos futuros y el fiduciario delega la función cobrarlos en un tercero que la mayoría de las veces resulta ser el propio fiduciante, porque éste desea mantener la relación jurídica y comercial con el cliente. Esto ocasiona serios inconvenientes, ya que el fiduciante sólo es un mandatario del fiduciario y, en caso de insolvencia del fiduciante, el dinero cobrado no es reivindicable⁷³⁹. Precisamente por ello es muy restringido el ámbito de delegación de funciones que tiene el fiduciario financiero en las distintas legislaciones, donde el deber de vigilancia opera exclusivamente a favor de los beneficiarios, representados por valores negociables, que suelen ser numerosos⁷⁴⁰.

⁷³⁵ Siguiendo la definición planteada por ALEGRIA, Héctor en "Securitización", Revista Latinoamericana de derecho, Año III, No. 6, 2006 según CORNET, Santiago, "La securitización y el régimen de cesión de la ley 24.441", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, martes 22 de junio de 2010, pág. 1

⁷³⁶ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, "Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina", Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 507.

⁷³⁷ MANTILLA, Fernando R., "El fideicomiso financiero", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-D, pág. 1104.

⁷³⁸ CORNET, Santiago, "La securitización y el régimen de cesión de la ley 24.441", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, martes 22 de junio de 2010, pág. 1.

⁷³⁹ PAOLANTONIO, Martín E., "La insolvencia del fiduciante en el fideicomiso financiero", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, jueves 29 de octubre de 2009, pág. 3.

⁷⁴⁰ GIOVENCO, Arturo C., "La delegación de funciones en el fideicomiso financiero. Límites, condiciones y deberes de control", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, LA LEY, Tomo 2009-D, pág. 1281.

La securitización moviliza créditos y activos⁷⁴¹. Cualquier activo productor de flujos monetarios futuros puede ser objeto de securitización. Por ejemplo, en enero de 1997 el cantante de rock David Bowie emitió títulos garantizados por los futuros *royalties* de los derechos de autor de trescientas de sus canciones (veinticinco álbumes publicados antes de 1990). Esta emisión logró captar US\$ 55.000.000 con instrumentos de renta fija a 10 años a una tasa fija de 7,9%. La emisión fue hecha por la compañía de seguros Prudential Insurance Co. y fue clasificada como A3 por Moodys Investor Services. Esta emisión marcó el inicio de una nueva era en la financiación de artistas y así nacieron los “Rock and Roll Bonds”. En la República Argentina, por ejemplo, la Universidad de Palermo lanzó los fideicomisos Universidad de Palermo I y II, por medio de los cuales se titulizaron los pagos de los alumnos en contraprestación de servicios educativos⁷⁴².

En el caso de títulos de deuda hay un derecho de cobro sobre el producido del fideicomiso, que además está garantizado por los bienes fideicomitidos. En cambio los certificados de participación otorgan un derecho de propiedad sobre los bienes fideicomitidos⁷⁴³. La diferencia entre los títulos de deuda y los certificados de participación, estriba en que los primeros otorgan un derecho a la devolución del valor nominal del título y, si correspondiere, al pago de un interés determinado en las condiciones de emisión; los segundos otorgan un derecho a participar en forma total o parcial del patrimonio fideicomitado, luego de restados todos los gastos deducibles e impuestos que correspondan, desde y hasta la fecha que se establezca en las condiciones de emisión. A través de los certificados de participación los inversores, como hemos indicado, adquieren un derecho de copropiedad sobre los derechos titulizados (que constituyen el fideicomiso), asumiendo todos sus riesgos y beneficios. Los

⁷⁴¹ MANTILLA, Fernando R., “*El fideicomiso financiero*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-D, pág. 1104.

⁷⁴² CORNET, Santiago, “*La securitización y el régimen de cesión de la ley 24.441*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, martes 22 de junio de 2010, pág. 2.

⁷⁴³ VASQUEZ, Rafael D., “*Temas actuales del fideicomiso financiero*”, Diario Jurídico El Derecho, Buenos Aires, Argentina, miércoles 23 de septiembre de 2009, pág. 1.

títulos de deuda dan derecho a la amortización del capital invertido y al cobro de una renta determinada, que no guarda necesariamente relación con la rentabilidad que arrojan los activos titulizados (o fideicomitidos)⁷⁴⁴.

La securitización es una especie de transacción estructurada. Las transacciones de financiación estructurada tienen, por lo general, una doble finalidad. En primer lugar, buscan la transferencia del riesgo crediticio entre las partes intervinientes. En un fideicomiso financiero de securitización de créditos, por ejemplo, el riesgo de incobrabilidad de los créditos es transferido del fiduciante hacia los titulares de los valores de deuda fiduciaria. En segundo lugar, persiguen la obtención de financiamiento. Una definición amplia de financiamiento estructurado es la de los autores españoles CRIADO y VAN RIXTEL, quienes indican que se trata de un grupo de complejos instrumentos y mecanismos financieros, que podrían describirse en un sentido amplio, como la reestructuración de flujos de efectivo que pueden transformar las características propias de riesgo, rentabilidad y liquidez de las carteras financieras⁷⁴⁵. Son ejemplos de transacciones financieras estructuradas la financiación de proyectos (*project finance loans*) o las operaciones de emisión de instrumentos de deuda complejos, tales como las ABBs (*asset-backed Bonds* o bonos de titulización de activos), las MBBs (*mortgage-backed Bonds* o bonos de titulización hipotecaria), las CMOs (*collateralized mortgage obligations* u obligaciones garantizadas por hipotecas) y las CDOs (*collateralized debt obligations* u obligaciones garantizadas por deuda)⁷⁴⁶.

La función fiduciaria, en el fideicomiso financiero, vista la complejidad expresada, debería siempre estar reservada a sujetos especialmente

⁷⁴⁴ MANTILLA, Fernando R., “*El fideicomiso financiero*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-D, pág. 1106.

⁷⁴⁵ Con cita textual de los citados autores según Documentos Ocasionales No. 0808; Banco de España, 2008, en CORNET, Santiago, “*La securitización y el régimen de cesión de la ley 24.441*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, martes 22 de junio de 2010, pág. 1.

⁷⁴⁶ CORNET, Santiago, “*La securitización y el régimen de cesión de la ley 24.441*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, martes 22 de junio de 2010, pág. 2.

habilitados^{747/748} o con profesionalidad suficiente; y así ocurre en la mayoría de los países donde se autorizan los fideicomisos financieros. La confianza depositada en el fiduciario financiero es determinante en este tipo de fideicomisos⁷⁴⁹. En Francia, si bien se reserva a un grupo de profesionales, no está monopolizado por entidades financieras o por una sociedad especialmente autorizada por un ente de superintendencia como en México, Colombia o Venezuela, donde existe una regulación y supervisión específica de las entidades fiduciarias⁷⁵⁰. Otros sistemas son más liberales como el de Puerto Rico, Panamá, Costa Rica, Québec o Argentina⁷⁵¹.

En ese contexto además de intervenir el fiduciante y el fiduciario también participan: a) un desarrollador, que es el sujeto que idea el negocio; b) un organizador, que es quien coordina los diferentes aspectos del negocio y sus diversos partícipes, y a la vez suele ser fiduciario; y, c) los asesores en cuestiones de contenido complejo, como pueden ser las cuestiones económicas y financieras⁷⁵².

⁷⁴⁷ KENNY, Mario Oscar, *“El fideicomiso en general y el financiero”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2009-E, pág. 1177.

⁷⁴⁸ El artículo 19 de la ley argentina 24.441 de fideicomiso define al fideicomiso financiero como aquel contrato de fideicomiso sujeto a las reglas precedentes en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores (CNV) para actuar como fiduciario financiero, siendo beneficiario el titular de: (i) certificados de participación sobre el dominio fiduciario, o (ii) de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes fideicomitados. Dichos certificados de participación y títulos de deuda serán considerados títulos valores y podrán ser objeto de oferta pública. La CNV será autoridad de aplicación respecto de los fideicomisos financieros, pudiendo dictar normas reglamentarias. Conforme CAMERINI, Marcelo A., *“El fideicomiso civil y el fideicomiso financiero”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 998

⁷⁴⁹ GIOVENCO, Arturo C., *“La delegación de funciones en el fideicomiso financiero. Límites, condiciones y deberes de control”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, LA LEY, Tomo 2009-D, pág. 1281.

⁷⁵⁰ KIPER, Claudio M, y LISOPRAWSKI, Silvio, *“La ley francesa de fideicomiso”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 982.

⁷⁵¹ LISOPRAWSKI, Silvio, *“Fideicomisos inmobiliarios. Oferta pública de fideicomisos no financieros”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-D, pág. 911.

⁷⁵² LENARDON, Fernando Roberto, *“Fideicomiso gubernamental”*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 84.

En síntesis el fideicomiso financiero es una especie dentro del género del fideicomiso determinada por la presencia la presenica de un fiduciario, una entidad financiera o autorizada especialmente a esos efectos, y cuyos beneficiarios son titulares de certificados de participación o titulares de títulos representativos de deuda⁷⁵³. En los Estados Unidos la ley federal de fideicomisos financieros, la *Trust Indenture Act* de 1939, regula la función de los fiduciarios que representan y protegen los intereses de tenedores de títulos-valores ofrecidos públicamente en el mercado de capitales. La ley provee una descripción de los abusos efectuados con fideicomisos financieros a lo largo del pasado siglo y declara que su propósito es la eliminación de esas prácticas perjudiciales para los inversores. Esa ley se aplica a todo contrato de fideicomiso, celebrado entre el emisor y el fiduciario, bajo el cual se emiten títulos valores a ser ofrecidos públicamente, con garantía de bienes fideicomitados o sin ella. Aclara que esos títulos valores pueden ser títulos de deuda o certificados de participación. El propósito de la ley es proteger a los inversores, quienes no participan en la negociación de los términos y condiciones del contrato; para ellos es un contrato de adhesión lo que se les impone. Se prohíben las cláusulas que liberan de responsabilidad o limitan las facultades del fiduciario para cumplir su encargo adecuadamente. En el caso de certificados de participación expresamente se dispone que el fiduciario debe tener todos los derechos, poderes y privilegios de un tenedor del título-valor fideicomitado, que corresponde al certificado de participación. En materia de información, la clave es dar información completa y justa ("*full and fair disclosure*").

En los Estados Unidos, los fideicomisos financieros se usan desde el año 1830 con bancos como fiduciarios. Se dice que la primera emisión de obligaciones garantizadas con bienes fideicomitados hechas por un fiduciario, que no era un banco, fue hecha en el año 1839 para financiar la construcción de un ferrocarril

⁷⁵³ Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minas No. 11 de Mendoza, República Argentina, fallo del 28 de febrero de 1999, caso "*Atuel Fideicomiso S.A. c. Morales, Vicente R.*", publicado en la Revista La Ley Gran Cuyo, 200, pág. 255 y en Revista La Ley del 16 de abril de 2008, pág. 9.

para la compañía "*Beaver Meadow Rail Road Co.*"⁷⁵⁴.

Algunos países que contaban con legislación de fideicomiso como Colombia y México han introducido la figura del fideicomiso financiero por vía reglamentaria ante la necesidad de un vehículo de aislamiento apto para procesos de titulización de activos en el mercado de capitales y la oferta pública de títulos negociables similar al *trust*. Otros países como Francia, Argentina o Uruguay lo incorporaron como novedosa legislación particular.

En la implementación de cada uno de estos fideicomisos financieros se deberán observar, entre otros factores, el apetito del mercado, los activos a titular y la coyuntura para la colocación que son los extremos que definirán básicamente su éxito inicial⁷⁵⁵.

Un caso interesante es el financiamiento de la construcción de autopistas con la securitización del derecho al cobro del peaje realizada en México a partir del año 1988. En líneas generales el financiamiento bancario cubría entre el 65 % y el 75 % y el concesionario celebraba un contrato de fideicomiso irrevocable con un fiduciario, con un aporte de un 25 a un 35 % del valor estimado de la obra a construir, y el derecho al cobro de los peajes, siendo el objetivo principal del fideicomiso que el fiduciario recibiera todos los recursos necesarios para la construcción, la explotación y el mantenimiento de la obra concedida junto a todos los derechos de cobro de los ingresos producidos por la explotación para que, una vez deducidos los costos de operación, integren un fondo, se inviertan y se apliquen a la amortización y pago de los créditos contratados. Un sindicato de bancos mexicanos otorga un préstamo al fiduciario, por cuenta del fideicomiso, destinado a financiar la construcción de la autopista. El fiduciario recibe y administra las aportaciones de capital y los recursos de los créditos, siendo el responsable de pagar y aprobar todos los gastos derivados de la

⁷⁵⁴ MANTILLA, Fernando R., "*El fideicomiso financiero*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-D, pág. 1106.

⁷⁵⁵ LISOPRAWSKI, Silvio, y MARTORELL, Ernesto Eduardo, "*El fideicomiso financiero –a la argentina- ante el “chubasco” nacional e internacional (validez del famoso cuento de “El Rey desnudo”)*", El Derecho, Buenos Aires, Argentina, miércoles 27 de mayo de 2009, pág. 1.

construcción del proyecto. La Secretaría de Comunicaciones y Transporte vigila el proceso de construcción, recibe informes periódicos del avance de las obras, reconoce y registra los costos inherentes al proyecto y autoriza al fiduciario a realizar los pagos mensuales a las constructoras que desarrollan el proyecto. Un ejemplo es la financiación para la construcción de la autopista México-Toluca por doscientos millones de dólares captados mediante emisión de CPOSS (certificados de participación ordinarios) sobre derechos de cobro de cuotas de peaje ofrecidos en los Estados Unidos y Europa. La oferta de esos certificados de participación fue realizada fuera de México y éstos en la forma de GDR's (certificados de depósito global emitidos por el Bank of New York, de Nueva York)⁷⁵⁶. En los últimos años en la República Argentina la mayoría de los emprendimientos de la industria de la construcción y la financiación de créditos para el consumo se han realizado con la utilización de fideicomisos financieros con oferta pública⁷⁵⁷.

Es de innegable utilidad la constitución de fideicomisos públicos sobre flujos de fondos a generarse con la explotación de obras, cuando el repago de la obra se encuentre vinculado a ello. No sólo es una garantía adicional, sino que puede suponer una provisión anticipada de fondos. Para ciertos economistas argentinos ha sido el instrumento eficaz para encauzar la inversión pública como herramienta “contracíclica”⁷⁵⁸. Tanto en obras públicas como en servicios públicos ha sido profusamente implementado en algunos países, por lo que volveremos a tratar el tema cuando analicemos en forma particular el fideicomiso en el ámbito estatal. Valga como ejemplo su aplicación en la

⁷⁵⁶ MANTILLA, Fernando R., “*El fideicomiso financiero*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-D, pág. 1110.

⁷⁵⁷ CRISTIÁ, María José, “*El fideicomiso en la República Argentina*”, en NASARRE AZNAR, Sergio y GARRIDO MELERO, Martín (coordinadores), “*Los patrimonios fiduciarios y el “trust”*”, III Congreso de Derecho Civil Catalán, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 220. En igual sentido se expresan LISOPRAWSKI, Silvio, y MARTORELL, Ernesto Eduardo, “*El fideicomiso financiero –a la argentina- ante el “chubasco” nacional e internacional (validez del famoso cuento de “El Rey desnudo”)*”, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, miércoles 27 de mayo de 2009, pág. 1 quienes indican que conforme el Informe Quincenal de la Cámara Argentina de Fideicomisos y Fondos de Inversión Directa durante el año 2008 los créditos de consumo concentraron el 64,30% de los fideicomisos financieros.

⁷⁵⁸ ROBBIA, Alejandro, “*Un cambio de concepción: la inversión pública como herramienta contracíclica*”, Diario El Argentino, Informe Especial, Buenos Aires, Argentina, jueves 11 de junio de 2009, pág. 12.

concesión del servicio público de agua potable y residuos cloacales acordada a la empresa Aguas Argentinas dentro del ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, por Acta suscripta el 9 de enero de 2001, dictada en el marco de la primera Revisión Quinquenal llevada a cabo entre el ente regulador (ETOSS) y la empresa concesionaria Aguas Argentinas S.A., con intervención de la Subsecretaría de Recursos Hídricos -en su carácter de Autoridad de Aplicación del Contrato de Concesión- donde se acordó la constitución de un fideicomiso cuyo fin fundamental era asegurar la gestión de las obras alcanzadas a partir de los incrementos tarifarios⁷⁵⁹.

⁷⁵⁹ GUIRIDLIAN LAROSA, Javier D., *“El fideicomiso público como técnica de financiación contractual administrativa”*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003, pág. 553.

SEGUNDA PARTE: EL FIDEICOMISO PÚBLICO

Capítulo 5. El Estado y el fideicomiso: aparición de la figura y experiencias en el mundo

5.1. Antecedentes

Después de la detenida lectura de las fuentes podría considerarse que la primera manifestación de fideicomiso público es el fideicomiso romano de *tessera frumentaria* dentro del fideicomiso de alimentos destinado a proveer al fideicomisario lo necesario para vivir⁷⁶⁰. Las *frumentationes* eran repartos gratuitos de trigo de carácter público entre los ciudadanos de Roma con derecho a ello, que contemplaban otras larguezas, tanto públicas como privadas, cuyos orígenes se remontan al tiempo de la República y que se diferenciaron de acuerdo a la Administración que las regulara. La Administración siempre determinaba el beneficio con clara intención de limitar el número de beneficiarios aunque el número de los mismos no sufrió grandes alteraciones en las diversas épocas. Los beneficiarios alcanzaron entre 150.000 y 300.000 personas en época tardorrepblicana sin variación en la época imperial. Ciertamente surgieron en épocas de crisis de la agricultura, y se especula que fueron creadas por Nerva y desarrolladas por Trajano⁷⁶¹. Los

⁷⁶⁰ TAMAYO ERRASQUIN, José Angel, "*Libertis Libertabusque. El fideicomiso de alimentos en beneficio de libertos en Digesta y Responsa de Q. Cervidius Scaevola*", Universidad del País Vasco, Argitalpen Zerbitzua Servicio Editorial, Vitoria, Gasteiz, 2007, pág. 105.

⁷⁶¹ MARTÍNEZ SANCHÍZ, José Angel, en MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (dirección y coordinación), "*Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*", Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001. "*Trust y Derecho Civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad*", pág. 1344.

registros oficiales⁷⁶² indican que cada uno de los beneficiarios recibía cinco modios de trigo mensuales, unos 35 kilos, que se le entregaban luego de la presentación de su tesera de plomo que era el documento que acreditaba al titular como beneficiario. Lo entregado por mes era alrededor de 11.200 toneladas de trigo. El derecho al grano público no era una institución de carácter caritativo sino un privilegio ligado a la ciudadanía romana de la que gozaron las clases medias, según el estudio de TAMAYO ERRASQUIN, y se entregaba en los distintos *horrea* que se encontraban alrededor de la ciudad. En cambio, para MARTÍNEZ SANCHÍZ, eran préstamos que, según MOMMSEN y HENZEN, el Emperador no podía reclamar ya que su titularidad pasaba a ser asumida por la *civitas*⁷⁶³. En cualquiera de las dos posiciones indicadas nos resulta claro el carácter público de la institución.

Algunos autores indican que las llamadas fundaciones funerarias, “*ad memoriam colendam*”, que consistían en legados y modos a los Municipios y Colegios con la obligación de rendir culto, eran instituciones que se usaban con un fin específico y se convertían en públicas y que precisamente se van dejando de lado, conforme una carta de Plinio, por la desconfianza que genera lo público a partir de cierta negligencia en el cumplimiento del fin⁷⁶⁴. A nuestro criterio éste también resulta un antecedente claro del fideicomiso público.

Los orígenes más destacados del fideicomiso público debemos buscarlos definitivamente en el derecho anglosajón. Los primeros antecedentes del fideicomiso público son los *trusts* de caridad (*charitable trust*) originados en

⁷⁶² TAMAYO ERRASQUIN, José Angel, “*Libertis Libertabusque. El fideicomiso de alimentos en beneficio de libertos en Digesta y Responsa de Q. Cervidius Scaevola*”, Universidad del País Vasco, Argitalpen Zerbitzua Servicio Editorial, Vitoria, Gasteiz, 2007, pág. 112.

⁷⁶³ MARTÍNEZ SANCHÍZ, José Angel, en MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (dirección y coordinación), “*Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*”, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001. “*Trust y Derecho Civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad*”, pág. 1344.

⁷⁶⁴ MARTÍNEZ SANCHÍZ, José Angel, en MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (dirección y coordinación), “*Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*”, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001. “*Trust y Derecho Civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad*”, pág. 1343.

Inglaterra durante la Edad Media, cuyos fines eran variados en el marco del concepto de caridad de esa época, que podía incluir hasta la reparación y construcción de puertos y caminos y otras obras de infraestructura. A fines del siglo XIX Lord Mac Naghten los clasificó en cuatro grandes divisiones: para el alivio de la pobreza, para el adelanto de la educación, para el adelanto de la religión y para fines benéficos de la colectividad que correspondieren a las categorías precedentes⁷⁶⁵. La utilización del *trust* se popularizó a partir del reinado de Enrique VIII, lo que derivó en su reglamentación de los mismos en el año 1535 por la Ley de Usos Caritativos (*Statue of Uses*) como ya lo hemos apuntado⁷⁶⁶. La Reina Isabel en el año 1601 limitó el campo de los *uses* y creó y organizó los *Charity Commisioners* que tendrían el control de los mismos, tal como lo hemos indicado en la Primera Parte de este trabajo. La doctrina italiana indica que la diferencia entre los *charitable trusts* y los *trusts* constituidos con finalidad pública, en Inglaterra llamados *charitable trusts funds*, son particularmente difusos⁷⁶⁷.

Sin embargo, ni en Gran Bretaña ni en los Estados Unidos de América la Administración Pública utiliza hoy en día este instituto con mucha asiduidad y los ejemplos que encontramos son aislados. En el último caso, el de los Estados Unidos de América, podemos citar como fideicomisos públicos a los *trust funds* que canalizan los ingresos y egresos del seguro social, los fondos de carretera (*highway trust fund*), o el *trust fund* específico constituido en el año 1991 por el gobierno federal para la concesión de becas educacionales⁷⁶⁸. Para evitar grandes riesgos en la aplicación de los fondos del *Social Security*

⁷⁶⁵ KIPER, Claudio M., y LISOPRAWOSKI, Silvio V., "*Tratado de fideicomiso*", Editorial Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2004.

⁷⁶⁶ Ver punto 1.1.2.

⁷⁶⁷ ANDREOLI, Edoardo, "*Il Trust nella prassi bancaria e finanziaria*", Presentazioni Prof. Antonio Gambaro, Casa Editrice Dott, Antonio Milani, 1998, Capitolo II- Effetti del *trust* nel sisteme inglese, pág. 51.

⁷⁶⁸ BARBOZA PEÑALVA, Claudio, "*Primeras reflexiones sobre el fideicomiso público*", Ley de la República Oriental del Uruguay 17.703 de octubre de 2003, publicado en www.docstoc.com/docs/3184316

Trust Fund se ha dispuesto que las inversiones en Bolsa de éstos sólo puede hacerse en bonos de los Estados Unidos de América⁷⁶⁹.

Una de las principales características del *Common Law*, en aquella época de los comienzos de la institución del fideicomiso que desarrollamos en la Primera Parte de este trabajo, es que el fideicomiso al mismo tiempo es ley suprema y no reconoce distinción alguna entre Derecho Público o Privado, tal como sucedía en el derecho romano en los primeros tiempos, y se encuentran sujetos a él todos los integrantes del reino por igual, incluso el rey^{770/771}. Durante la Edad Media, en general, no existía una distinción tajante entre Derecho Público y Derecho Privado e incluso el poder público se asentaba en títulos e instituciones similares a la de los sujetos privados. Tal como enunciamos, en Roma, la distinción entre *ius publicum* y *ius privatum* fue carente de valor en la época visigoda y durante los cinco primeros siglos de la Reconquista y sólo alcanzó el mayor significado en el sistema jurídico en los siglos XVI y XVII⁷⁷². Por ello tanto el fideicomiso como el *trust* se utilizan, en las primeras épocas, indistintamente en el ámbito público y en el ámbito privado.

5.2. Algunas experiencias en el mundo de aplicación de la figura del fideicomiso público

No son pocas las experiencias en distintos países del mundo y en diversos sectores de la actividad humana donde el Estado ha utilizado el fideicomiso y

⁷⁶⁹ GENERAL ACCOUNTING OFFICE, United States Government, "*Social security financing. Implications of Government Stock investing for the Trust, Fund, the Federal Budget and the Economy, Report to the Special Committee on Aging*", United States Senate, April 1998, pág. 7.

⁷⁷⁰ Referenciando a FERNANDEZ, Julio César D., "Antecedentes históricos del fideicomiso", en "Tratado teórico práctico de fideicomiso", directora Beatriz Maury de González, Ed. Ad-Hoc, año 1999, pág. 50, CAMERINI, Marcelo A., "*El fideicomiso civil y el fideicomiso financiero*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 998.

⁷⁷¹ Ver consideraciones sobre el Common Law en punto 1.1.2.

⁷⁷² REBOLLO PUIG, Manuel, "*Derecho de la Administración Pública y Derecho Administrativo*", Revista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, número 2, 2000, pág. 244.

por su medio ha intentado e intenta cumplir fines específicos que hacen a su existencia. Por eso consideramos relevante el estudio y análisis de dichas manifestaciones que nos permitirán presentar un panorama de los beneficios y desventajas de esta figura en su aplicación en el ámbito público.

Sabemos que los desarrollos doctrinarios, las distintas instituciones y las regulaciones específicas sólo pueden regir en las jurisdicciones en las que fueron generadas no debiendo extrapolárselas automáticamente al resto del mundo jurídico. Sin embargo, estamos convencidos de lo beneficioso que resulta el análisis de las distintas prácticas jurídicas alrededor del globo⁷⁷³ que utilizan el instrumento del fideicomiso público.

Hay países donde, a pesar de existir sólo normas referidas al fideicomiso privado en su legislación general, se han constituido fideicomisos públicos. Un ejemplo histórico aparece con la reunificación alemana en el año 1989 cuando el Estado alemán crea una institución particular, denominada *Treuhand*⁷⁷⁴, a la que transfiere en propiedad todas las empresas de la ex República Democrática Alemana (RDA) a los fines de que las privatice y las transfiera a manos de inversores privados. Este instituto era una fiducia, *Treuhand*, de Derecho Privado, pero mutó al Derecho Público como patrimonio afectado a una finalidad⁷⁷⁵.

En Chile tampoco existe la figura del fideicomiso público en los términos definidos en otros ordenamientos jurídicos como el mexicano, colombiano o venezolano, que tienen al fideicomiso público acogido legislativamente. Entendemos que la existencia del instituto en países como México está relacionada con su calidad de república federal. En una república unitaria,

⁷⁷³ AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, “La transferencia y tenencia de acciones en trust”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-B, pág. 1170-1190.

⁷⁷⁴ Ver punto 1.1.4.

⁷⁷⁵ LEHMANN, Matthias, “El trust y el Derecho alemán: ¿historia de amor o choque de culturas?”, Universität Bayreuth en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “El trust en el Derecho Civil”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departamente de Justicia; Departamente d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 44.

administrativamente regionalizada, como la de Chile, las operaciones que se desarrollan en México a través del fideicomiso, en aquélla 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. En Chile estos programas se norman a nivel de ley, reglamento e instrucciones administrativas; y en consecuencia esos fondos quedan bajo la fiscalización de la Contraloría al integrarse en una cuenta de la Tesorería General de la República⁷⁷⁶.

El instrumento jurídico regulado en el artículo 1279⁷⁷⁷ del *Code civil du Québec*, en vigor desde el año 1994, denominado “fiducia de utilidad social” permite vincular un patrimonio con una finalidad pública de carácter social: humanitaria, religiosa, científica o medioambiental. Una vez que el constituyente, sea el Estado o un particular, ha transferido los bienes a favor de la colectividad en esta forma perpetua y ha designado el fiduciario, no tiene ninguna facultad de control⁷⁷⁸ y ese patrimonio subsiste en pos del interés social por el que fue creado. Este resulta, entonces, otro claro ejemplo de fideicomiso público.

La experiencia del *trust* (*Xin Tuo*) en la República Popular China se dió a través de sociedades estatales para actividades de atracción y gestión de capitales e inversiones en el país que en general resultaron ineficaces y fueron liquidadas como el caso de la *Guand Dong Trust & Investment Corporation*, liquidada en el año 1998 y que fuera la segunda sociedad de *trust* por su tamaño en China.

⁷⁷⁶ RECART BUSTOS, Dora, y CASTRO ZEMBO, Héctor, Contraloría General de la República de Chile, “Fideicomisos; rendición de cuentas y fiscalización”, XVI Asamblea General de la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores, Tema I, 6 al 10 de noviembre de 2006, Quito, Ecuador.

⁷⁷⁷ Artículo 1279 Code civil du Québec: “La fiducia d’utilité sociale est celle qui est constituée dan un but d’intérêt général, notamment á caractère cultural, éducatif, philanthopique, religieux ou scientifique... »

⁷⁷⁸ MOREAU, Rémi, “Protección de los espacios naturales y fiducia de utilidad social: la experiencia quebequesa”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “El trust en el Derecho Civil”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departamente de Justicia; Departamente d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 258.

En un contexto de necesidad de inversiones del exterior, el Comité permanente de la Asamblea Nacional del Pueblo promulgó el 28 de abril de 2001 una ley sobre *trust* aunque el ordenamiento jurídico chino actual tiene tradición romanística. Esta norma entró en vigencia el 1 de octubre de 2001. Entre los *trust* que regula esta ley se encuentra en su artículo 3 el *trust* de utilidad pública⁷⁷⁹ y en el artículo 60 proporciona un amplio espectro de finalidades que se califican como públicas entre las que se encuentran la asistencia a los pobres, la ayuda a víctimas de desastres, el desarrollo cultural y tecnológico, entre otros⁷⁸⁰. Estos *trusts* siempre deben ser autorizados por la autoridad china que administra la beneficencia pública.

En Costa Rica, por ejemplo, existe normativa que reglamenta las operaciones que realizan los Bancos Comerciales del Estado bajo el Programa de Fideicomiso Agrario, de conformidad con lo estipulado en el Capítulo IV de la Ley de Modernización del Sistema Financiero de la República, Ley 7107 del 4 de noviembre de 1988, publicada en el Diario Oficial La Gaceta 222, del 22 de noviembre de 1988 y sus reformas involucran fideicomisos privados y fideicomisos públicos donde el fideicomitente será el Estado. El fideicomitente en el fideicomiso privado será cualquier persona física o jurídica que suscriba con uno de los Bancos Comerciales del Estado un Contrato Privado de Fideicomiso Agrario, por el cual entregará al fiduciario una finca en propiedad fiduciaria, para que éste en tal condición, una vez parcelada, la venda; y según se haya convenido, pague el precio de venta al fideicomitente, todo conforme

⁷⁷⁹ ZHANG, Lihong, East China University of Political Science and Law, *“La experiencia jurídica del trust en la República Popular China”*, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 274.

⁷⁸⁰ Artículo 60 de la ley de trust china: *“A trust established for any of the following purposes of public interests is a public trust: 1) helping poor people, 2) helping disaster victims, 3) assisting the disabled; 4) developing education, technology, culture, art and physical education undertakings, 5) developing medical and sanitation undertaking, 6) developing environment protection undertakings and maintaining the environment, and, 7) developing other public undertakings of the society”*, según ZHANG, Lihong, East China University of Political Science and Law, *“La experiencia jurídica del trust en la República Popular China”*, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 283.

los fines y disposiciones de la Ley 7107. El Programa de Fideicomiso Agrario pretende establecer una nueva vía para encauzar una Reforma Agraria en Costa Rica. Todos los Bancos Comerciales del Estado que actúen como fiduciarios, deberán suscribir con el Estado, por intermedio del Ministerio de Hacienda, un contrato de Fideicomiso Público, donde se determinarán las estipulaciones, requisitos, condiciones relativas a la administración de los recursos destinados al Programa Fideicomiso Agrario, creado por Ley 7107. Queda entendido que ese Fondo Patrimonial no forma parte del patrimonio de cada uno de los Bancos Comerciales del Estado y que estará afectado a los fines de desarrollar el Programa de Fideicomiso Agrario, a pesar de que, como dijimos, hay allí un fideicomiso privado pero orientado a un fin establecido por el Estado: la Reforma Agraria⁷⁸¹.

Hasta aquí se han enunciado algunos ejemplos de distinto rango e intensidad de fideicomisos que tienen el carácter de públicos.

A continuación nos ocuparemos de manera especial de la instrumentación de fideicomisos públicos en México, Colombia, Argentina y Uruguay. Se ha elegido especialmente a México y Colombia por ser los dos primeros países que iniciaron su implementación en América Latina. La legislación mexicana influyó fuertemente en la colombiana y por ello se ha dispuesto este orden⁷⁸². La República Argentina es tratada en tercer lugar porque sin tener normativa en el ámbito público, ha sido uno de los países en el que más se ha desarrollado la figura en el sector estatal, particularmente al orientar políticas públicas, solucionar problemas financieros en épocas de crisis e impulsar la inversión pública como herramienta anticíclica⁷⁸³. Por último Uruguay posee la normativa más joven de fideicomiso privado considerado integralmente y ha incluido en su

⁷⁸¹ Reglamento del fideicomiso agrario, Banco Central de Costa Rica, aprobado por la Junta Directiva en la sesión 4411-90, artículo 15, celebrada el 3 de mayo de 1990, publicado en el Diario Oficial "La Gaceta" 102 del 30 de mayo de 1990.

⁷⁸² RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, *"Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina"*, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 392.

⁷⁸³ ROBBA, Alejandro, *"Un cambio de concepción: la inversión pública como herramienta contracíclica"*, Diario El Argentino, Informe Especial, Buenos Aires, Argentina, jueves 11 de junio de 2009, pág. 12.

legislación el fideicomiso gubernamental y dando inicio hoy a su utilización. Este análisis permitirá tener un panorama claro del instituto bajo estudio y su aplicación práctica. De allí podremos extraer conclusiones y arriesgar consideraciones y opiniones.

5.2.1. México

Vale recordar que, a fines del año 1905, el entonces Secretario de Hacienda Sr. José Limantour envió al Congreso de la Unión un proyecto de iniciativa que facultaba al Poder Ejecutivo a expedir la ley por cuya virtud pudieran constituirse en la República instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes fideicomisarios, que no llegó a aprobarse pero se convirtió en el primer paso en los países latinoamericanos para propiciar el desarrollo de la figura del fideicomiso⁷⁸⁴. Los primeros antecedentes prácticos sobre el tema para México fueron unas emisiones de bonos tendientes a financiar la construcción del ferrocarril realizada en los Estados Unidos de América bajo la forma de *trusts* en el año 1908⁷⁸⁵.

El único antecedente legal que existía en México en esta materia eran las antieconómicas sustituciones fideicomisarias del derecho romano que vinculaban bienes a perpetuidad y que fueron suprimidas por Decreto del 17 de septiembre de 1820 por las Cortes Españolas. El actual Código Civil mexicano de 1928 las prohíbe en forma expresa dejando en pie sólo la denominada sustitución vulgar, donde el testador puede sustituir al heredero o herederos instituidos para el caso de que mueran antes que él o de que no pudieran o quisieran aceptar la herencia⁷⁸⁶.

⁷⁸⁴ JUNYENT BAS, Francisco, y, MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Bases para una reforma del régimen del fideicomiso a propósito de la necesidad de su inscripción*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 782-790.

⁷⁸⁵ ESPARZA, Gustavo Américo, *El fideicomiso. Introducción a un estudio comparado de su legislación en Argentina, México y Panamá*, Ediciones GOWA, Buenos Aires, 2006, pág. 41.

⁷⁸⁶ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *Doctrina General del Fideicomiso*, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 43.

Sin embargo, México, adaptando la figura del *trust* a su realidad local ha tomado la posición de ser el referente del Derecho Latinoamericano mediante la construcción del fideicomiso como figura autóctona a principios del año 1925, al promulgarse la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios⁷⁸⁷ en la Administración Obregón luego del resultado de la primera Convención bancaria del año 1924 donde se presentó como iniciativa de Enrique C. Creel. A los autores mexicanos como VILLAGORDOA LOZANO no les cabe duda que este tipo de fideicomiso en su país es el angloamericano⁷⁸⁸.

Posteriormente en el año 1932 se dicta la Ley General de Títulos y Operaciones de crédito que contemplaba expresamente la figura del fideicomiso en sus artículos 346 a 359⁷⁸⁹. Esta ley mexicana, en su artículo 346 decía: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria"⁷⁹⁰. Esta redacción ocasionó alguna confusión, hoy superada, sobre el carácter traslativo del dominio, porque la terminología utilizada en la ley es propia de la creación de patrimonios de afectación y no de la transmisión de la propiedad fiduciaria, como es el espíritu de la norma⁷⁹¹. Hoy regulan el fideicomiso en esta ley los artículos 381 a 407. El artículo 381 lo regula como género al decir: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una

⁷⁸⁷ FACCO, Javier Humberto, "*El fideicomiso y su modalidad contractual de garantía*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-A, pág. 609-639. En igual sentido ESPARZA, Gustavo Américo, "*El fideicomiso. Introducción a un estudio comparado de su legislación en Argentina, México y Panamá*", Ediciones GOWA, Buenos Aires, 2006, pág. 42.

⁷⁸⁸ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, "*Doctrina General del Fideicomiso*", Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 43. En igual sentido GONZÁLEZ PARAS, José Natividad, Coordinador Adjunto de la Coordinación General de Estudios Administrativos, Presidencia de la República (México), "*La reforma administrativa y el fideicomiso público*", R.A.P., Régimen de la Administración Pública, Revista mensual para la administración pública, proveedores y contratistas del Estado, Editorial Ciencias de la Administración S.R.L., Año 5, Marzo 1983, No. 54, pág. 8.

⁷⁸⁹ ESPARZA, Gustavo Américo, "*El fideicomiso. Introducción a un estudio comparado de su legislación en Argentina, México y Panamá*", Ediciones GOWA, Buenos Aires, 2006, pág. 42.

⁷⁹⁰ CAMERINI, Marcelo A., "*El fideicomiso civil y el fideicomiso financiero*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 998.

⁷⁹¹ LENARDON, Fernando Roberto, "*Fideicomiso gubernamental*", Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 68.

institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria”. El artículo 387 indica que siempre debe ser por escrito^{792/793} y con relación a los sujetos intervinientes, se identifica al fideicomitente en el artículo transcrito ut supra, al fiduciario (artículo 385⁷⁹⁴) y al fideicomisario (artículo 382⁷⁹⁵). Se regula la posibilidad de nulidad de la constitución por fraude (artículo 386⁷⁹⁶) y las causales de extinción (artículos 392⁷⁹⁷ y 386 citado). Asimismo se establecen prohibiciones para los

⁷⁹² Artículo 387: La constitución del fideicomiso deberá constar siempre por escrito.

⁷⁹³ RIVERO YSERN, Enrique, *“El proceso de formación de la voluntad de la Administración en los contratos de las administraciones públicas”*, en Cassagne, Juan Carlos; dir., *“La contratación pública”*, Primera Edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, Volumen: 2, pág. 39, recuerda que debe mantenerse a ultranza, y sancionar con todo rigor, la prohibición de contratos verbales en la Administración.

⁷⁹⁴ Artículo 385: Sólo pueden ser instituciones fiduciarias las expresamente autorizadas para ello conforme a la ley. En el fideicomiso podrán intervenir varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el cargo de fiduciario, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse. Salvo lo que se prevea en el fideicomiso, cuando por renuncia o remoción la institución fiduciaria concluya el desempeño de su cargo, deberá designarse a otra institución fiduciaria que la substituya. Si no fuere posible esta substitución, el fideicomiso se dará por extinguido.

⁷⁹⁵ Artículo 382: Pueden ser fideicomisarios las personas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica. El fideicomisario podrá ser designado por el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en un acto posterior. El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado, y conste la aceptación del encargo por parte del fiduciario. Es nulo el fideicomiso que se constituye a favor del fiduciario, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente, y en las demás disposiciones legales aplicables. La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos que tengan por fin servir como instrumentos de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto, las partes deberán convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses.

⁷⁹⁶ Artículo 386: Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular. Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros. La institución fiduciaria deberá registrar contablemente dichos bienes o derechos y mantenerlos en forma separada de sus activos de libre disponibilidad. El fideicomiso constituido en fraude de terceros, podrá en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados.

⁷⁹⁷ Artículo 392: El fideicomiso se extingue:
I. Por la realización del fin para el cual fue constituido;
II. Por hacerse éste imposible;

fideicomisos secretos, la sustitución fideicomisaria y los fideicomisos excedidos en el plazo⁷⁹⁸. En la Sección Segunda de la citada ley se regula la especie de fideicomiso de garantía, se contempla el marco subjetivo de las fiduciarias, los requisitos mínimos que debe tener el contrato y las formas de liquidación del fideicomiso⁷⁹⁹.

En el año 1934 se creó bajo este esquema el Fondo de Cultura Económica. En ese mismo año también se creó el Fondo de Garantía y Fomento para Agricultura, Ganadería y Avicultura (FIRA). En el año 1962 el Fondo para Fomento de Exportaciones de productos manufacturados (FONEX)⁸⁰⁰. Y así en distintos ámbitos, con relación a la vivienda, el Fondo de Garantía y Apoyo a la Vivienda de Interés Social (FOGA) y el Fondo de Operaciones y Descuento a la Vivienda (FOVI); en apoyo a la industria, el Fondo de Equipamiento Industrial (FONEI) y el Fondo de Fomento Industrial (FOMIN); con relación al turismo, el Fondo de Fomento Turístico (FONATUR)⁸⁰¹ y son numerosos los ejemplos de fideicomisos constituidos como instrumentos de administración de programas

III. Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto, dentro del plazo de 20 años siguientes a su constitución;

IV. Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto;

V. Por convenio escrito entre fideicomitente, fiduciario y fideicomisario;

VI. Por revocación hecha por el fideicomitente, cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso; y

VII. En el caso del párrafo final del artículo 386.

⁷⁹⁸ Artículo 394: Quedan prohibidos:

I. Los fideicomisos secretos;

II. Aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la substitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente; y

III. Aquellos cuya duración sea mayor de cincuenta años, cuando se designe como beneficiario a una persona moral que no sea de derecho público o institución de beneficencia. Sin embargo, pueden constituirse con duración mayor de cincuenta años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro.

⁷⁹⁹ ESPARZA, Gustavo Américo, *“El fideicomiso. Introducción a un estudio comparado de su legislación en Argentina, México y Panamá”*, Ediciones GOWA, Buenos Aires, 2006, pág. 42.

⁸⁰⁰ MAURY de GONZÁLEZ, Beatriz (directora), *“Tratado teórico-práctico de fideicomiso”*, Editorial Ad-hoc S.R.L., Buenos Aires, 2004, pág. 344.

⁸⁰¹ GONZÁLEZ PARAS, José Natividad, Coordinador Adjunto de la Coordinación General de Estudios Administrativos, Presidencia de la República (México), *“La reforma administrativa y el fideicomiso público”*, R.A.P., Régimen de la Administración Pública, Revista mensual para la administración pública, proveedores y contratistas del Estado, Editorial Ciencias de la Administración S.R.L., Año 5, Marzo 1983, No. 54, pág. 10.

especiales de gobierno. La doctrina entiende que han surgido a partir de la modificación de la Constitución para garantizar el modelo económico-social de la Revolución mexicana donde el fin inmediato era la administración de la nación y el fin mediato la promoción social⁸⁰².

Además se empleó la figura del fideicomiso para regularizar la deuda pública exterior de México y a través de ese instituto se facilitó la emisión de obligaciones para la consolidación de la deuda de los Ferrocarriles nacionales aun varios años antes de su aparición legal en el año 1925⁸⁰³ como hemos referido. En el marco indicado no se trata, entonces, de una institución de Derecho Civil, sino de una operación de crédito⁸⁰⁴. México, asimismo, cuenta con una legislación específica que establece las bases para la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento, y extinción de los fideicomisos públicos constituidos tanto a nivel federal como para las subjurisdicciones públicas⁸⁰⁵.

En México los fideicomisos públicos se consideran entidades paraestatales y para ello se fundan en los artículos 25⁸⁰⁶ y 90⁸⁰⁷ de la Constitución Política de

⁸⁰² MAURY de GONZÁLEZ, Beatriz (directora), *“Tratado teórico práctico de fideicomiso”*, Editorial Ad-hoc S.R.L, Buenos Aires, 2004, pág.325.

⁸⁰³ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *“Doctrina General del Fideicomiso”*, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 44.

⁸⁰⁴ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *“Doctrina General del Fideicomiso”*, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 45.

⁸⁰⁵ GELER, Laura; HAFFORD, Deborah, y SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Marcela, *“Riesgos de corrupción en Fideicomisos públicos. Medidas en pos de una mayor transparencia”*, Marzo de 2007, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, www.uca.edu.ar.

⁸⁰⁶ Artículo 25 de la Constitución de los Estados Mexicanos: Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución. El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución. Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación. El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el Artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan. Asimismo podrá participar por sí o con los sectores social y privado, de acuerdo

los Estados Unidos Mexicanos; en los artículos 3, 28, 31, 32 bis, 34, 35, 37, 42, 47, 48 y 49 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal⁸⁰⁸; el artículo 9 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria y artículos 1, 40 y 41 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales. Recordemos que desde el punto de vista estructural, la Administración Pública federal mexicana comprende dos niveles de acción: la administración centralizada y la administración paraestatal; y con esta denominación se destaca que esta segunda no es órgano de autoridad, sino que se crea para cumplir distintos objetivos⁸⁰⁹. El fideicomiso público llegó en momentos en que

con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo. Bajo criterios de equidad social y productividad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente. La ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social: de los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios. La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución.

⁸⁰⁷ Artículo 90 de la Constitución de los Estados Mexicanos: La Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación. Las leyes determinarán las relaciones entre las entidades paraestatales y el Ejecutivo Federal, o entre éstas y las Secretarías de Estado.

⁸⁰⁸ CAPITULO IV. De los Fideicomisos Públicos. ARTICULO 40.- Los fideicomisos públicos que se establezcan por la Administración Pública Federal, que se organicen de manera análoga a los organismos descentralizados o empresas de participación estatal mayoritaria, que tengan como propósito auxiliar al Ejecutivo mediante la realización de actividades prioritarias, serán los que se consideren entidades paraestatales conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y quedarán sujetos a las disposiciones de esta Ley. Los Comités Técnicos y los directores generales de los fideicomisos públicos citados en primer término se ajustarán en cuanto a su integración, facultades y funcionamiento a las disposiciones que en el Capítulo V de esta Ley se establecen para los órganos de gobierno y para los directores generales, en cuanto sea compatible a su naturaleza. ARTICULO 41.- El Ejecutivo Federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien será el fideicomitente único de la Administración Pública Federal Centralizada, cuidará que en los contratos queden debidamente precisados los derechos y acciones que corresponda ejercitar al fiduciario sobre los bienes fideicomitados, las limitaciones que establezca o que se deriven de derechos de terceros, así como los derechos que el fideicomitente se reserve y las facultades que fije en su caso al Comité Técnico, el cual deberá existir obligadamente en los fideicomisos a que se refiere el artículo anterior.

⁸⁰⁹ GONZÁLEZ PARAS, José Natividad, Coordinador Adjunto de la Coordinación General de Estudios Administrativos, Presidencia de la República (México), *“La reforma administrativa y el fideicomiso público”*, R.A.P., Régimen de la Administración Pública, Revista mensual para la

el aparato estatal debía rebasar sus funciones tradicionales de administrador y guardián para convertirse en impulsor del consumo, la inversión y las exportaciones a través de la clásica herramienta de política económica del gasto⁸¹⁰. El 27 de febrero de 1978 se expidió un Decreto donde se fijan las bases para la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos establecidos o que se establezcan por el Gobierno Federal especificando las responsabilidades que se le asignan; determinando, como único fideicomitente, a la Secretaría de Hacienda y Crédito, así como otorgando la facultad de crear, modificar o liquidar fideicomisos a la Secretaría de Programación y Presupuesto⁸¹¹.

Por ejemplo, en el caso del fideicomiso ProMéxico, éste se encuentra sectorizado en la Secretaría de Economía y son partes en el fideicomiso público: como fideicomitente, el Gobierno Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; y como fiduciario el Banco Nacional de Comercio Exterior, Sociedad Nacional de Crédito, Institución de Banca de Desarrollo. La duración del fideicomiso público ProMéxico será de cincuenta (50) años. El fideicomitente, es decir, el Estado, se reserva el derecho de revocarlo en cualquier momento, lo que no podría hacer el fiduciante en un contrato de fideicomiso privado.

En todos los fideicomisos públicos mexicanos es obligatoria la inclusión de un Comité Técnico que originalmente estaba previsto en la legislación del fideicomiso mexicano desde el año 1941 y que es mantenida en la actualidad por la legislación bancaria vigente. Por su organización, facultades y funcionamiento, este Comité se asemeja a los consejos de vigilancia y de

administración pública, proveedores y contratistas del Estado, Editorial Ciencias de la Administración S.R.L., Año 5, Marzo 1983, No. 54, pág. 7.

⁸¹⁰ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *“Doctrina General del Fideicomiso”*, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 300.

⁸¹¹ GONZÁLEZ PARAS, José Natividad, Coordinador Adjunto de la Coordinación General de Estudios Administrativos, Presidencia de la República (México), *“La reforma administrativa y el fideicomiso público”*, R.A.P., Régimen de la Administración Pública, Revista mensual para la administración pública, proveedores y contratistas del Estado, Editorial Ciencias de la Administración S.R.L., Año 5, Marzo 1983, No. 54, pág. 16.

administración de las sociedades anónimas. Se trata de un cuerpo colegiado, representativo de los intereses involucrados, auxiliar en aspectos técnicos, siendo de práctica la inclusión como miembros del comité, con voz pero sin voto, del fideicomitente o beneficiario. Las funciones y facultades del Comité están determinadas en cada contrato de fideicomiso, siendo un órgano de asistencia técnica y asesoría⁸¹². En el caso de ProMéxico el Comité está integrado por el Secretario de Economía, quien lo preside y tiene voto de calidad en caso de empate, así como por un representante de las siguientes secretarías: de Relaciones Exteriores; de Hacienda y Crédito Público; de Medio Ambiente y Recursos Naturales; de Economía; de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación, y de Turismo, además de un representante del Banco Nacional de Comercio Exterior, Sociedad Nacional de Crédito, Institución de Banca de Desarrollo. Asimismo, forman parte del Comité Técnico de Proméxico, cuatro consejeros independientes que, a propuesta de su Presidente, resultan nombrados por dicho Comité, de acuerdo con los lineamientos dados por el Presidente para tal efecto. El fideicomiso cuenta con: a) un Organismo de Vigilancia que está integrado por un Comisario Público Propietario y un Suplente, designados por la Secretaría de la Función Pública, quienes asisten, con voz pero sin voto, a las reuniones ordinarias y extraordinarias del Comité Técnico, b) con un Director General designado en términos del artículo 21⁸¹³ de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales,

⁸¹² TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, Colaboración nacional, *"Fideicomisos, fondos y mandatos: rendición de cuentas y fiscalización"*, XVI Asamblea General de Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores, Tema I, 6 al 10 de noviembre de 2006, Quito, Ecuador.

⁸¹³ Artículo 21 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales: El Director General será designado por el Presidente de la República, o a indicación de éste a través del Coordinador de Sector por el Organismo de Gobierno, debiendo recaer tal nombramiento en persona que reúna los siguientes requisitos:

- I. Ser ciudadano mexicano por nacimiento que no adquiera otra nacionalidad y estar en pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles y políticos;
- II. Haber desempeñado cargos de alto nivel decisorio, cuyo ejercicio requiera conocimientos y experiencia en materia administrativa; y
- III. No encontrarse en alguno de los impedimentos que para ser miembro del Organismo de Gobierno señalan las fracciones II, III, IV y V del artículo 19 de esta Ley.

quien es además el Delegado Fiduciario Especial, una Contraloría Interna, y Órgano Interno de Control⁸¹⁴.

Se utiliza en México, asimismo, el denominado “fideicomiso ciego” en donde una persona (fiduciante) transfiere la administración de sus bienes a un tercero (fiduciario) y se prohíbe todo contacto entre ambas partes; es por ello que se denomina “ciego”. Por ejemplo el Poder Ejecutivo establece un fideicomiso ciego y el fiduciario invierte una parte del patrimonio en empresas de energía: como el Poder Ejecutivo desconoce dónde está la inversión aplicada, no tendrá conflicto de intereses cuando fije las tarifas eléctricas. Para que funcione el fideicomiso ciego es importante que efectivamente no haya contacto entre fiduciante y fiduciario; y por ello se suelen aplicar penas drásticas en caso de verificarse el contacto, disponerse recaudos para que la elección del fiduciario verifique que no hay relaciones comerciales o de otro tipo con el fiduciante y que la cartera de inversiones no se concentre en un sector específico. El gobierno federal de México en el año 2006 manejaba setecientos cinco (705) de estos instrumentos fiduciarios que sumaban 269 mil millones de pesos mexicanos por lo que han sido 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 era uno de los veinticuatro (24) instrumentos de clasificación confidencial, no obstante los cuantiosos recursos públicos involucrados. También es confidencial el Fondo de Estabilización de los Ingresos Petroleros que dispone de 11.607 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 públicos mexicanos es el Fondo para la Infraestructura de los Estados que dispone de 6.963 millones de pesos mexicanos y que fue creado para apoyar el desarrollo de infraestructura

⁸¹⁴ Por ejemplo, Decreto que ordena la constitución de fideicomiso público considerado entidad paraestatal denominado PROMEXICO, publicado en el Diario Oficial de la Federación de Estados Mexicanos el 13 de junio de 2007.

en los Estados y la capital de la República con excedentes del Presupuesto de Egresos de la Federación.⁸¹⁵

5.2.2. Colombia

Indica RODRIGUEZ AZUERO que Andrés Bello introdujo en el Código Civil chileno la propiedad fiduciaria como una forma de limitación del dominio y que desde allí llegó a Colombia⁸¹⁶. El Código de Comercio de Colombia⁸¹⁷ en su artículo 1226 expresa: "La *fiducia mercantil* es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en proyecto de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario. Sólo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizadas por la Superintendencia bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios"⁸¹⁸. Este artículo fue modificado por el artículo 6 de la ley 45 del año 1990 ordenándose el desmonte de las secciones fiduciarias de los establecimientos de crédito, por lo que sólo subsisten como sujetos calificados como fiduciarios las sociedades fiduciarias. Como observamos en el artículo citado, el Código de Comercio colombiano estructura un fideicomiso típico⁸¹⁹. Además el citado Código Civil colombiano en su artículo 794 consagra la

⁸¹⁵ RECART BUSTOS, Dora, y CASTRO ZEMBO, Héctor, Contraloría General de la República de Chile, "*Fideicomisos; rendición de cuentas y fiscalización*", XVI Asamblea General de la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores, Tema I, 6 al 10 de noviembre de 2006, Quito, Ecuador.

⁸¹⁶ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, "*Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*", Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 42.

⁸¹⁷ Decreto 410 del año 1971, Diario Oficial 33.339, de 16 de junio de 1971.

⁸¹⁸ CAMERINI, Marcelo A., "*El fideicomiso civil y el fideicomiso financiero*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 998.

⁸¹⁹ LEMOS POSSO, César Augusto, y MESA SARMIENTO, José Ferney, "*Sobre la fiducia*", Tesis de Grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Santafé de Bogotá, D.C., República de Colombia, 1991, pág. 23.

propiedad fiduciaria indicando que “se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición. La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso, este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria. La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama restitución“. La diferencia entre la fiducia mercantil y el fideicomiso, al decir de los autores colombianos, es que: 1) el propietario fiduciario es dueño bajo una condición resolutoria pero, fallida ésta, se convierte en pleno propietario. Esa posibilidad está proscrita en el derecho mercantil; 2) el fideicomiso es naturalmente gratuito y la fiducia mercantil naturalmente es remunerada conforme a las tarifas que establezca la Superintendencia Bancaria; 3) el fideicomitente desaparece en el fideicomiso como regla general pero no en la fiducia; 4) en el fideicomiso cualquier persona puede actuar como fiduciario, aunque como hemos visto, no es así en la fiducia mercantil; 5) la forma de constitución del fideicomiso es solemne no así la fiducia; 6) los bienes transferidos en el fideicomiso ingresan al patrimonio del fiduciario y en la fiducia constituyen un patrimonio separado⁸²⁰.

La ley 45 del año 1923, de establecimientos bancarios, que se dictó en Colombia por iniciativa de la Misión Financiera Norteamericana, introdujo la reglamentación de las operaciones fiduciarias y los negocios fiduciarios como encargos de confianza sin definir los mismos y ésta fue la gran falla de la citada Ley 45. Se adicionaron los encargos fiduciarios que resultan negocios jurídicos *sui generis* con características propias y regulación autónoma en virtud de los cuales el fiduciario recibe bienes para que, sin la transmisión del dominio de esos bienes, los administre y les dé un destino predeterminado a sus frutos. Sin embargo no se forma un patrimonio especial y se está frente a una estructura finalista, temporal, onerosa, privada e *intuitu personae*⁸²¹. Se observa aquí nuevamente el choque de culturas jurídicas ya que para el derecho

⁸²⁰ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina”, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 50.

⁸²¹ LEMOS POSSO, César Augusto, y MESA SARMIENTO, José Ferney, “Sobre la fiducia”, Tesis de Grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Santafe de Bogotá, D.C., República de Colombia, 1991, pág. 77.

norteamericano está sobreentendido el concepto de *trust* y no necesita definición alguna pero sin embargo en la normativa latina se hace imperiosa la existencia de normas que promuevan la adaptación de la figura del fideicomiso para evitar desajustes en el sistema legal. La legislación posterior colombiana sólo despojó a los bancos de la posibilidad de actuar como fiduciarios y los obligó a crear filiales fiduciarias.

La Superintendencia Bancaria de Colombia tiene establecido que "el negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales". El mismo principio se halla contenido en el artículo 1º, último párrafo, de la ley 921 del año 1996 del Paraguay; y se busca de tal modo que la figura no pueda utilizarse para obtener con ella resultados que estarían prohibidos⁸²². En Colombia el Decreto 663 del año 1993, publicada en el Diario Oficial No. 40.820, del 5 de abril de 1993, expresa en su primer artículo que: "Las sociedades fiduciarias especialmente autorizadas por la Superintendencia Bancaria podrán, en desarrollo de su objeto social:

- a) Tener la calidad de fiduciarios, según lo dispuesto en el artículo 1226⁸²³ del Código de Comercio⁸²⁴;
- b) Celebrar encargos fiduciarios que tengan por objeto la realización de inversiones, la administración de bienes o la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros para asegurar el cumplimiento de obligaciones, la administración o vigilancia de los bienes sobre

⁸²² LISOPRAWSKI, Silvio, "Fideicomiso ni ángel ni demonio", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-E, pág. 1038 y ss.

⁸²³ Código de Comercio Colombiano. Artículo 1226. Concepto de la fiducia mercantil. La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario. Sólo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.

⁸²⁴ Empezó a regir el 1 de enero de 1972.

los que recaigan las garantías y la realización de las mismas, con sujeción a las restricciones que la ley establece;

c) Obrar como agente de transferencia y registro de valores;

d) Obrar como representante de tenedores de bonos;

e) Obrar, en los casos en que sea procedente con arreglo a la ley, como síndico, curador de bienes o como depositario de sumas consignadas en cualquier juzgado, por orden de autoridad judicial competente o por determinación de las personas que tengan facultad legal para designarlas con tal fin;

f) Prestar servicios de asesoría financiera;

g) Emitir bonos actuando por cuenta de una fiducia mercantil constituida por un número plural de sociedades, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º, del Decreto 1026 de 1990 y demás normas que lo adicionen o modifiquen, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 1º y 2º ibídem. Igualmente, dichas entidades podrán emitir bonos por cuenta de dos o más empresas, siempre y cuando un establecimiento de crédito se constituya en avalista o deudor solidario del empréstito y se confiera a la entidad fiduciaria la administración de la emisión;

h) Administrar fondos de pensiones de jubilación e invalidez, previa autorización de la Superintendencia Bancaria, la cual se podrá otorgar cuando la sociedad acredite capacidad técnica de acuerdo con la naturaleza del fondo que se pretende administrar.

Para el efecto las sociedades fiduciarias deberán observar lo dispuesto en los artículos 168 y siguientes del presente estatuto”.

Dentro de los principios de la reforma constitucional del año 1968 se dictó el Decreto Ley 150 del año 1976, publicado en el Diario Oficial No 34.492 el 18 de febrero de 1976, que abrió un espacio a la Administración Pública de distintas posibilidades instrumentales para su organización estableciendo a la fiducia

como un contrato de Derecho Privado de la Administración⁸²⁵, como en el caso de los empréstitos⁸²⁶. Sobre esta base, en los primeros años se aplicó para la constitución de fideicomisos públicos la normativa privada que a la fecha sólo se aplica supletoriamente a los fideicomisos estatales, si fuere menester, ya que la fiducia pública en Colombia ha sido regulada específicamente⁸²⁷ por la Ley 80 de contratación administrativa del año 1993, reglamentada parcialmente por el Decreto 679 del 28 de marzo de 1994, publicado en el Diario Oficial No. 41.287 ese mismo día, y está caracterizada porque en ella el fideicomitente es una entidad de Derecho Público. El artículo 21 del Decreto, en su segundo párrafo, dispone que “los negocios fiduciarios que celebren las entidades estatales están sujetos a las disposiciones contenidas sobre el particular en la Ley 80 de 1993 y que las sociedades fiduciarias de carácter estatal sólo deberán dar aplicación a dichas disposiciones cuando se trate de negocios fiduciarios que celebren con entidades estatales”. En el artículo 22 además establece que los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil que a la fecha de promulgación de la Ley 80 de 1993 hayan sido celebrados por las entidades estatales continuarán vigentes hasta su terminación en los términos pactados. Asimismo dispone que, en adelante, sólo podrán celebrarse acuerdos para adicionar el plazo o el valor del contrato de fiducia o el encargo fiduciario, celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 80 de 1993, con sujeción a las disposiciones de la misma. Por consiguiente, los contratos fiduciarios que la respectiva entidad estatal no pueda celebrar a partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993, en adelante no podrán ser prorrogados. La Ley 80 establece que sólo será posible designar fiduciario a través de una licitación

⁸²⁵ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “*Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*”, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 530.

⁸²⁶ Artículo 117. De los contratos de garantía y de los de emisión de bonos. Los contratos que celebre la Nación para garantizar operaciones de crédito de otras personas públicas y los de emisión de bonos u otros documentos que la misma coloque en el país, directamente o por intermedio de fideicomisarios, se consideran, para los efectos del presente decreto, contratos de empréstito sujetos a las mismas disposiciones que regulan la tramitación de éstos...

⁸²⁷ Conforme el artículo 25, numeral 20 de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales se encuentran facultadas para celebrar contratos de encargo fiduciario para la administración de los fondos destinados a la cancelación de las obligaciones derivadas de los contratos estatales.

pública⁸²⁸. Los negocios de fiducia pública han tenido en este país un desarrollo vertiginoso y se han dictado numerosas leyes autorizando a las autoridades o entidades públicas a celebrar, por excepción, cada vez más frecuente, negocios de fiducia mercantil⁸²⁹. El Decreto 1550 del año 1995 del 15 de septiembre, publicado en el Diario Oficial No. 42.001 ese mismo día, reglamenta parcialmente el manejo presupuestal de los recursos públicos a través de los negocios fiduciarios disponiendo en su primer artículo que los negocios fiduciarios de administración o manejo de recursos que requieran concertar los órganos públicos con entidades fiduciarias públicas o privadas, que cubran más de una vigencia fiscal, en adelante, necesitarán autorización previa a la apertura de la licitación o concurso, de manera general o particular. Esta autorización la dará el Consejo Superior de Política Fiscal, Confis, únicamente sobre la remuneración que se pacte con la entidad fiduciaria.

El desarrollo del fideicomiso público en Colombia ha sido significativo y algunos ejemplos son:

- 1) la Unidad de Plantación Minero Energética de la Ley 143 de 1994;
- 2) el Fondo para la Reconstrucción del Eje Cafetero (Decreto 197 de 1999);
- 3) la Renovación de los documentos de identidad de la Ley 486 de 1998;
- 4) la Administración del Fondo de Pensiones de las Entidades Territoriales de la Ley 549 de 1999 y Decreto 1044 del año 2000;

⁸²⁸ Artículo 3:...3.1.- Excepciones: Como regla general se establece que la elección del contratista deberá efectuarse a través de licitación pública o concurso público, estableciendo el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 las siguientes excepciones:... 3.1.3. Por la naturaleza jurídica de las partes. Es el caso de los contratos interadministrativos, es decir aquellos en que contratante y contratista son entidades estatales. La excepción a esta excepción es la del contrato de seguro y fiducia pública, que siempre debe ser sometido a licitación... 3.1.11. Contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta, salvo los contratos de obra, de consultoría, de prestación de servicios, de concesión y los encargos fiduciarios y fiducia pública (señalados por el art. 32 de la Ley 80 de 1993).

⁸²⁹ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, *"Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina"*, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 64.

5) el Fondo Nacional para la reposición del Parque Automotor del Servicio Público del transporte terrestre de la Ley 668 de 2001;

6) el Fondo Nacional de Vivienda, Fonvivienda, Decreto 555 del 10 de marzo de 2003.

RODRIGUEZ AZUERO, estudioso colombiano del tema indica que el resultado de la aplicación de la fiducia pública en su país ha sido ampliamente favorable⁸³⁰.

5.2.3. Argentina

Antes de la ley nacional 24.441, sancionada el 22 de diciembre de 1994, promulgada el 9 de enero de 1995, publicada en el Boletín Oficial el 16 de enero de 1995, y reglamentada por Decreto 780/95, publicado en el Boletín Oficial el 27 de noviembre de 1995, la institución del fideicomiso ya estaba prevista en el ordenamiento sustantivo argentino, aunque en forma rudimentaria. En tal sentido, el artículo 2662 del Código Civil argentino determinaba que "Dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero" y en el mismo Código estaba tratado como una especie de dominio imperfecto -lo es-, definido en el artículo 2661 como "...el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil". Sin embargo, era una institución desusada, seguramente porque el escaso marco normativo que la rodeaba generaba inseguridades respecto de las posibilidades y alcances de su

⁸³⁰ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, *"Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina"*, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 559.

utilización⁸³¹. Es, a partir de la sanción de la citada ley 24.441, que el fideicomiso se convierte en un contrato nominado, típico del Derecho Privado⁸³² y oponible a terceros⁸³³, a pesar de que la ley no define el fideicomiso como contrato. En su artículo primero lo describe simplemente como negocio jurídico del siguiente modo: “Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”.

Así el fideicomiso regulado en la legislación argentina revela su naturaleza de negocio fiduciario impuro, porque los derechos y obligaciones que regulan las relaciones entre las partes están perfectamente establecidos y protegidos por la ley⁸³⁴.

Existieron a lo largo del tiempo distintos supuestos de negocios fiduciarios receptados en leyes de la República Argentina antes de la promulgación de la ley 24.441, por lo que citamos como ejemplo, entre otras normas:

a) las leyes denominadas de fondos comunes de inversión que llevan los números 15.885 y 24.083;

b) la ley de sociedades comerciales 19.550, que trata el tema en su Exposición de motivos; y en la sección dedicada a los debentures⁸³⁵ en el artículo 338,

⁸³¹ PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., “Análisis económico del fideicomiso de garantía. Nuevas reflexiones sobre su ilicitud”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2001-F, pág. 1025-1031.

⁸³² LENARDON, Fernando Roberto, “Fideicomiso gubernamental”, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 37.

⁸³³ RAISBERG, Claudia, “El fideicomiso en garantía frente al concurso”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-C, pág. 1242-1245.

⁸³⁴ LISOPRAWSKI, Silvio, “Fideicomiso ni ángel ni demonio”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-E, pág. 1038 y ss.

⁸³⁵ Artículos 338 a 341 de la ley 19.550, Ley de Sociedades Comerciales argentina.

donde define el contrato de fideicomiso como el celebrado entre las sociedades que puedan contraer empréstitos en forma pública o privada mediante la emisión de debentures⁸³⁶;

c) la ley 21.526 de entidades financieras, cuando enumera las facultades de dichas instituciones que actúan en la intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros⁸³⁷;

d) la ley 23.576 de obligaciones negociables;

e) la ley 23.696 de Reforma del Estado que en su artículo 35 reguló un fideicomiso de garantía especial para los programas de propiedad participada de las empresas privatizadas^{838/839} y los bonos de participación en las ganancias para el personal. Aquí se recuerda que el decreto 2778/90 transformó a la empresa Yacimientos Petrolíferos Fiscales (Y.P.F.), Sociedad del Estado, en sociedad anónima, otorgando a sus trabajadores una preferencia para adquirir ciertas acciones, con miras a implementar el Programa de Propiedad Participada previsto en la ley 23.696 donde cada uno de los empleados que manifestare su intención de adherir al programa debía

⁸³⁶ Ley 19.550 de Sociedades Comerciales argentina. Art. 338. - La sociedad que decida emitir debentures, debe celebrar con un banco un fideicomiso por el que éste tome a su cargo:

1. La gestión de las suscripciones.
2. El contralor de las integraciones y su depósito, cuando corresponda.
3. La representación necesaria de los futuros debenturistas, y
4. La defensa conjunta de sus derechos e intereses durante la vigencia del empréstito hasta su cancelación total, de acuerdo con las disposiciones de esta Sección.

⁸³⁷ ROSENFELD, L. Carlos, "*Antecedentes históricos del Fideicomiso*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1998-E, pág. 1195.

⁸³⁸ VAZQUEZ, Gabriela A., "*El fideicomiso de garantías: certezas y vacilaciones*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-A, pág. 1176.

⁸³⁹ Decreto 584/93: contempla al fideicomiso como figura a aplicar en la instrumentación de los programas de propiedad participada de empresas estatales que se sometan a proceso de privatización y éste es un programa consistente en el traspaso a título oneroso de un porcentaje del capital accionario de una empresa sujeta a privatización, a sus empleados, productores de materias primas que industrialice y usuarios, MAURY de GONZÁLEZ, Beatriz (directora), "*Tratado teórico práctico de fideicomiso*", Editorial Ad-hoc S.R.L, Buenos Aires, 2004, pág. 344.

suscribir el contrato de fideicomiso al efecto⁸⁴⁰. En esta ley encontramos tres variantes de fideicomiso: i) un fideicomiso de garantía donde el Estado entrega del banco fiduciario las acciones a adquirir por el empleado como garantía del pago del precio y éste resulta ser el único fideicomiso puramente público; ii) un fideicomiso de gestión como alternativa para administración del voto de las acciones que adquieran los empleados y aún no estén totalmente pagadas; y, iii) un fideicomiso de garantía y administración para la recompra;

f) la ley que lleva el número 24.241 denominada Ley de Fondos de Pensión en su artículo 74 inciso ñ)⁸⁴¹ que en forma premonitoria a la próxima regulación de la ley 24.441 hace mención al fideicomiso⁸⁴².

También hubo proyectos legislativos sobre el tema: como el de Guillermo Michelson⁸⁴³, que pretendía reglamentar el fideicomiso del Código Civil argentino como un contrato de Derecho Privado, denominado Proyecto Michelson. Este Proyecto fue elevado al Ministerio de Justicia en el año 1967, pero finalmente no tuvo sanción. Igual suerte corrieron el proyecto de la Asociación de Bancos de Provincia del año 1982⁸⁴⁴; el proyecto de ley remitido por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso el 24 de junio del año 1986; el Proyecto de reformas al Código Civil argentino, redactado por una Comisión ad-hoc designada por el Poder Ejecutivo Nacional, mediante el Decreto 468/92

⁸⁴⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, República Argentina, "*Antonucci, Roberto c. Y.P.F. S.A. y otro*", 20 de noviembre de 2001, Revista La Ley, Tomo 2002-A, pág. 160, Cita Fallos Corte: 324:3876.

⁸⁴¹ Ley 24.241. Art. 74: El activo del fondo de jubilaciones y pensiones se invertirá de acuerdo con criterios de seguridad y rentabilidad adecuados, respetando los límites fijados por esta ley y las normas reglamentarias. Las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones podrán invertir el activo del fondo administrado en:... ñ) Títulos valores representativos de cuotas de participación en fondos de inversión directa, de carácter fiduciario y singular, con oferta pública autorizada por la Comisión Nacional de Valores, hasta un diez por ciento (10 %).

⁸⁴² CATUOGNO, Juan Luis, y, GÓMEZ DE LA LASTRA, Manuel, "*Fideicomisos y fondos de inversión directa: vehículos idóneos para asociarse, producir y crecer*", publicado en www.eldial.com.

⁸⁴³ Denominado "Proyecto Michelson" preparado por la Comisión de Reformas al Código de Comercio del año 1967.

⁸⁴⁴ LENARDON, Fernando Roberto, "*Fideicomiso gubernamental*", Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 32.

y el Proyecto originado en la Comisión General de la Cámara de Diputados en el año 1993 que reconocía como fuentes al Código de Comercio de Colombia, las Leyes de Títulos de México y Panamá y al Código Civil de Quebec⁸⁴⁵, todos los cuales incluían normas sobre fideicomiso⁸⁴⁶.

La ley nacional 24.441 comprende trece títulos, a saber: I. Fideicomiso (arts. 1-26); II. Contrato de Leasing o locación de cosas (muebles o inmuebles) con opción de compra (artículos 27 a 34); III. Letras hipotecarias (artículos 35 a 49); IV. Créditos hipotecarios para la vivienda (artículos 50 a 51); V. Régimen de ejecución de hipotecas con emisión de letras hipotecarias (artículos 52 a 67); VI. Reformas al Código Civil argentino en sus artículos 980, 997, 2662, 2670, 3936 y 3876, y modificaciones generales al régimen de cesión de créditos (artículos 68 a 76); VII. Modificaciones al régimen de corretaje (artículo 77); VIII. Modificaciones a la ley de fondos comunes de inversión N° 24.083 (artículo 78); IX. Modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en su artículo 598 (artículo 79); X. Modificaciones al régimen registral establecido en la ley 17.801 y su decreto reglamentario 2080/80 (artículos 80 a 81); XI. Modificaciones al Código Penal en su artículo 173, relativo a estafas y defraudación (artículo 82); XII. Modificaciones a las leyes impositivas de IVA y Ganancias (artículos 83 a 85); XIII. Desregulación de aspectos vinculados a la construcción en el ámbito de la Capital Federal (artículos 86 a 96). El artículo 97 dispone dejar sin efecto toda norma legal que se oponga a la ley 24.441 y el artículo 98 es de forma. En tanto regula y modifica materias de derecho común –artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional argentina⁸⁴⁷–, la ley 24.441 es

⁸⁴⁵ VAZQUEZ, Gabriela A., *“El fideicomiso de garantías: certezas y vacilaciones”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-A, pág. 1174.

⁸⁴⁶ CAMERINI, Marcelo A., *“El fideicomiso civil y el fideicomiso financiero”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 998 mencionando a GIRALDI, Pedro Mario, "Fideicomiso", Ed. Depalma, año 1998, pág. 39.

⁸⁴⁷ Constitución Nacional Argentina. Art. 75: Corresponde al Congreso:...12. Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina: así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la

de aplicación en todo el territorio del país, ya sea por jueces federales o provinciales (locales)⁸⁴⁸.

La ley, como se aprecia, sólo en el Título Primero desarrolla todo lo relacionado con el fideicomiso. Así, en los capítulos I al III en los artículos 1° al 18 inclusive se trata todo lo referido al fideicomiso que podemos llamar “común o civil” y en los capítulos IV al VII inclusive, artículos 19 al 26 inclusive, se preceptúa todo lo relacionado con el fideicomiso financiero⁸⁴⁹. La ley sólo se refiere a dos tipos de fideicomiso: el financiero y el no financiero; es decir que no autoriza ni prohíbe otra especie de fideicomisos⁸⁵⁰. Esto último ha permitido un amplio desarrollo de distintos tipos de fideicomiso tanto en el ámbito privado como público.

Esta ley derogó el artículo 2662⁸⁵¹ del Código Civil⁸⁵² argentino tal como lo había concebido su autor Dalmacio Vélez Sarsfield. El objetivo principal de la ley era el de facilitar la titularización de deuda hipotecaria orientada a generar un menor costo de financiamiento de la vivienda y la construcción⁸⁵³. En tal

moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados.

⁸⁴⁸ BARBIERI, Javier, *“El fideicomiso desde sus orígenes hasta el derecho actual”*, Revista Impuestos, Buenos Aires, Tomo 2000-A, pág. 1350.

⁸⁴⁹ CAMERINI, Marcelo A., *“El fideicomiso civil y el fideicomiso financiero”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 9.

⁸⁵⁰ PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., *“Análisis económico del fideicomiso de garantía. Nuevas reflexiones sobre su ilicitud”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2001-F, pág. 1025-1031.

⁸⁵¹ Texto derogado artículo 2662 del Código Civil Argentino: Dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero. Ley 24.441. Art. 73: Sustitúyese el art. 2662 del Código Civil por el siguiente: Art. 2662. Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley.

⁸⁵² El Código Civil argentino fue sancionado por la ley 340 del 25 de septiembre de 1869 y entró en vigor el 1 de enero de 1871.

⁸⁵³ ALLENDE, Lisandro A., y BORDA, Guillermo J., *“Apuntes sobre la práctica del fideicomiso”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-D, pág. 1267.

sentido, el artículo 2662 del Código Civil argentino, ya aquí citado, determina luego de la reforma que: “Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley”. Anteriormente, en la legislación, el dominio fiduciario estaba simplemente tratado como una especie de dominio imperfecto –lo es, como ya dijimos-, definido en el artículo 2661 como “... el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil”. Ni el artículo 2262 ni el artículo 2261 tienen nota explicativa en el Código Civil argentino, como lo tienen otros artículos, por lo que deben ser interpretados en su literalidad y según sus fuentes históricas.

El dominio fiduciario contemplado por la ley 24.441 es un dominio imperfecto. Conforme el artículo 2507 vigente del Código Civil argentino, el dominio se llama “pleno” o “perfecto”, cuando es perpetuo y la cosa no está gravada con ningún derecho real hacia otras personas. Se llama “menos pleno”, pero dominio en definitiva, cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de alguna condición. Este resulta ser el dominio fiduciario que encuentra el fundamento de su imperfección en que se halla sometido a un plazo o una condición, como bien lo señala el artículo 1º de la ley 24.411. Es decir, el dominio que se transmite mediante el contrato de fideicomiso es el denominado “dominio fiduciario” y es idéntico al derecho de dominio tradicionalmente regulado en el Código Civil argentino, con la sola excepción de su durabilidad, ya que el mismo es temporario conforme el artículo 4 inciso c) de la ley 24.441 que establece que: “El contrato también deberá contener ... el plazo o condición a que sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad”. Este dominio no se debe confundir con el concepto de dominio condicional⁸⁵⁴.

⁸⁵⁴ RAISBERG, Claudia, “*El fideicomiso en garantía frente al concurso*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-C, pág. 1242-1245.

El artículo 12 de la ley 24.441 dispone que: “El carácter fiduciario del dominio tendrá efecto frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles de acuerdo a la naturaleza de los bienes respectivos”. Y el artículo 13 de la citada ley reza: “Cuando se trate de bienes registrables, los registros correspondientes deberán tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario. Cuando así resulte del contrato, el fiduciario adquirirá la propiedad fiduciaria de otros bienes que adquiriera con los frutos de los bienes fideicomitidos o con el producto de actos de disposición sobre los mismos, dejándose constancia de ello en el acto de adquisición y en los registros pertinentes”.

Por ello, en virtud de lo establecido en los artículos 12 y 13 de esa ley, a partir del cumplimiento de los requisitos necesarios para la transmisión de que se trate se constituye sobre los bienes fideicomitidos una propiedad fiduciaria, es decir, una nueva propiedad. Somos de la opinión de que la propiedad fiduciaria, en esta legislación, es temporal, toda vez que durará el tiempo que establezca el encargo al fiduciario. Tampoco no es plena, porque el fiduciario sólo podrá efectuar con ella lo que disponga el contrato de fideicomiso.

La propiedad fiduciaria constituye un “dominio”, entendido éste en los términos que hemos indicado, es decir, imperfecto, por cuanto está sujeto a un tiempo determinado. Al no integrar los bienes transmitidos el patrimonio personal del fiduciario, conforme la ley 24.441, tendrán el carácter de un "patrimonio separado"⁸⁵⁵, lo que en otras legislaciones, como ya hemos indicado en la Primera Parte de este trabajo, se define como patrimonio de afectación⁸⁵⁶.

En los antecedentes históricos argentinos encontramos dos tipos de fuentes distintas: por un lado el derecho romano, fuente en la que está inspirado casi todo el derecho latino, y en el cual se enroló Dalmacio Vélez Sársfield, autor del

⁸⁵⁵ SOLER, Osvaldo H., y, CARRICA, Enrique D., “*El fideicomiso y el fraude*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2000-B, pág. 1193-1198.

⁸⁵⁶ Por ejemplo en Francia.

Código Civil argentino, cuando reguló la figura en el artículo 2662 de dicho Código; y, por el otro lado, el derecho anglosajón o *Common Law*, que según algunos autores ha sido la fuente tomada por el legislador para regular el contrato de fideicomiso al momento de sancionar la ley 24.441⁸⁵⁷; aunque no para otros que otorgan la exclusividad al derecho continental europeo⁸⁵⁸. Para algunos autores se ha producido, con la promulgación de la ley 24.441, lo que denominan un choque de culturas jurídicas, que provoca confusiones y desconciertos⁸⁵⁹ por la dificultad de conciliar con ello, conceptos básicos que no admiten analogías en uno y otro sistema y la alteración de la tradición jurídica.

De una u otra forma, a nuestro criterio, la Ley 24.441 ha intentado introducir en el derecho argentino, de origen romano francés, el sistema jurídico del *Common Law*, y de esto no cabe dudas. Ello ha provocado una serie de dificultades porque el intérprete de un sistema legal como el de base romana no tiene la misma visión y perspectiva que el juez del *Common Law* y no puede restar eficacia a las restantes normas que deben funcionar en armonía con esta nueva ley. El paso del tiempo y el desarrollo de la figura en la práctica han permitido determinar con mayor grado de certeza el acierto del régimen actualmente en vigencia en ese país y su utilidad práctica tanto en el ámbito público como privado.

Luego de la crisis económica que sufriera la República Argentina en el año 2001 la figura del fideicomiso ha ido tomando una presencia significativa tanto en el mercado de capitales argentino a través de los fideicomisos financieros, como en la actividad comercial inmobiliaria a través de la constitución de fideicomisos ordinarios para construcción, y, asimismo, la creación estatal de

⁸⁵⁷ MARTORELL, Ernesto E., “*El fideicomiso: Breve estudio crítico de la utilización de esta figura en la Argentina de hoy*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-B, pág. 817.

⁸⁵⁸ CARREGAL, Mario A., “*Fideicomiso: Le malade imaginaire*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2009-F, pág. 959-967.

⁸⁵⁹ VAZQUEZ, Gabriela A., “*El fideicomiso de garantías: certezas y vacilaciones*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-A, pág. 1169.

fideicomisos públicos particularmente vinculados al financiamiento. Los fideicomisos financieros deben tener exclusivamente como fiduciarios sociedades administradoras autorizadas por la Comisión Nacional de Valores; conforme su Resolución 271⁸⁶⁰, y en ese ámbito se han constituido profusamente fideicomisos con el fin de lograr financiación de distintas empresas para su saneamiento y crecimiento como para el financiamiento de obra pública estatal.

Quizás el primer antecedente de fideicomiso público en la República Argentina sea el fideicomiso en garantía sugerido por Salvador María del Carril al General Juan G. Lavalle, en la época de la organización nacional, en una carta del 16 de junio de 1829 para la cancelación de las deudas contraídas por la Provincia de Buenos Aires con el Banco para sufragar gastos de guerra. Vale transcribir la propuesta, que puede leerse en "Lavalle y Carril, historia viva de una amistad inquebrantable" de Bonifacio del Carril⁸⁶¹: "Se tomarán por un impuesto de diez o de un cinco por ciento, por una sola vez, doscientas mil vacas de todas las estancias de Buenos Aires. Se designarán tantas leguas cuadradas sobre los mejores terrenos de propiedad pública, que sean bastantes para contener aquella cantidad de ganado y los procreos de diez años. (*Las vacas y la tierra son el activo fideicomitado*). Se entregará todo a la administración de don Juan Manuel Rosas bajo de tales condiciones que el banco y el gobierno estipulen con él (*Rosas es el fiduciario*). Se entregará todo esto al banco en prenda de la deuda del gobierno (*El Gobierno es el fiduciante*). Se girará por el banco este establecimiento por los diez años en compañía con el gobierno. Las ganancias serán en proporción de capitales, deducidos los gastos. El capital del gobierno son las vacas y el terreno; el del banco, los gastos. El gobierno no podrá disponer en los diez años de ninguna parte de esta propiedad. A los diez años no podrá disponer de ella, si no es con el objeto de liquidar su deuda con el

⁸⁶⁰ LENARDON, Fernando Roberto, "*Fideicomiso gubernamental*", Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 31.

⁸⁶¹ Del Carril, Bonifacio, "*Lavalle y Carril, Historia viva de una amistad inquebrantable*", Ediciones Emecé, 1998, pág. 212 y ss. El caso es citado por varios autores como ARANOVICH, Fernando C., "*El fideicomiso y el derecho nacional*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-D, Columna de opinión, pág. 1463.

banco...⁸⁶².

Con relación al fideicomiso público específicamente, hoy se enfrentan dos posiciones doctrinarias en la República Argentina: a) una que destaca la necesidad del dictado de una norma específica referida al fideicomiso público⁸⁶³, ya que a los fines de su constitución de los mismos se utiliza la normativa privada de la ley 24.441; y b) aquellos que indican que no es necesaria una norma especial para este tipo de fideicomisos⁸⁶⁴. A la fecha se aplica a estos fideicomisos públicos en forma supletoria la legislación de la ley 24.441 de fideicomiso, pero no existen normas de Derecho Público referidas al particular y, como es lógico, no siempre las normas de Derecho Privado se ajustan a las figuras creadas sui generis por el Estado con esta denominación de fideicomiso público o con la denominación de fondos fiduciarios públicos⁸⁶⁵. Nosotros adherimos a la posición que plantea la necesidad del dictado de una ley específica que prevea aquellas cuestiones que hacen a la transparencia y control necesarios para la gestión pública eficiente.

En orden al control presupuestario, la incorporación de los Fondos Fiduciarios del Estado Nacional a la normativa presupuestaria data de la promulgación de

⁸⁶² ARANOVICH, Fernando C., *“El fideicomiso y el derecho nacional”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-D, Columna de opinión, pág. 1463-1465. En igual sentido, NEIROTTI, Julián E., *“Algunas consideraciones sobre el fideicomiso en el sector público”*, Zeus, Colección jurisprudencial, Tomo 98 (Mayo-Agosto 2005), Rosario, Argentina, pág. 147.

⁸⁶³ LISOPRAWSKI, Silvio, *“Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 1092 indica “la necesidad de una regulación que contemple una definición del Fideicomiso Público, su mecanismo de generación, la afectación específica y la intangibilidad de los recursos, los requerimientos mínimos de los contratos, la selección del Fiduciario y el ámbito de su responsabilidad, la existencia de Consejos de Administración u Comité Técnicos, la contabilidad y sus cuentas, la auditoría y el control, los deberes de información y transparencia, entre otras cuestiones no menos importantes”. En igual sentido LENARDON, Fernando Roberto, *“Fideicomiso gubernamental”*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 12.

⁸⁶⁴ CATUOGNO, Juan Luis, y, LISOPRAWSKI, Silvio, *“El denominado fideicomiso público existe pero no existe”*, Revista Jurídica La Ley, Sección Actualidad, Buenos Aires, Argentina, martes 27 de febrero de 2007, pág. 1. Estos autores se enrolan en la corriente doctrinal que indica que no es necesario el dictado de legislación específica sobre fideicomiso público.

⁸⁶⁵ CATUOGNO, Juan Luis, y, LISOPRAWSKI, Silvio, *“El denominado fideicomiso público existe pero no existe”*, Revista Jurídica La Ley, Sección Actualidad, Buenos Aires, Argentina, martes 27 de febrero de 2007, pág. 1.

la Ley de Solvencia Fiscal 25.152 del año 1999⁸⁶⁶, cinco años después de la promulgación de la ley 24.441, en virtud de la relevancia financiera adquirida por ellos⁸⁶⁷. Allí se determinó que la Ley de Presupuesto General de la Administración Nacional debía incluir los flujos financieros que se originen por la constitución y uso de los fondos fiduciarios y estableció que no podían crearse fondos u organismos que impliquen gastos extra-presupuestarios. La Ley del Presupuesto General de la Administración Nacional para el ejercicio fiscal 2001 que lleva el número 25.401, como régimen transitorio, dispuso la delegación al Jefe de Gabinete de Ministros de la facultad de aprobar los Fondos Fiduciarios y obligó a los Agentes Fiduciarios de los Fondos Fiduciarios integrados total o parcialmente por bienes y/o fondos del Estado Nacional a suministrar a la Secretaría de Hacienda la información que ésta requiriera, en especial aquella relacionada con los estados presupuestarios, contables y financieros de los fondos involucrados, conforme a los lineamientos que a tal efecto determinaría dicha Secretaría.

Además, la ley 25.565 dispuso que los fondos integrados mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado Nacional no podrán tener estructura de personal permanente y temporario a su cargo, sino que el personal de los Fondos Fiduciarios, sus Consejos de Administración y de los Fideicomisos de Asistencia deberán integrar las plantas de personal de las jurisdicciones y/o Entidades de las cuales dependen los citados Fondos Fiduciarios. También, se instituyó que toda creación de organismo descentralizado, empresa pública de cualquier naturaleza y Fondo Fiduciario integrado total o parcialmente con bienes y/o fondos del Estado Nacional, requeriría del dictado de una Ley. El

⁸⁶⁶ En el presupuesto argentino del año 2002, los fondos fiduciarios existentes sumaban 1272 millones de pesos. En el año 2003, ese monto prácticamente se duplicó y llegó a 2300 millones. En la planilla anexa al presupuesto del año 2006 los fondos fiduciarios se llevarían 4168 millones de pesos, algo así como el 5,5% del presupuesto. Esto conforme al artículo periodístico "Un gran riesgo latente", 16/04/2006, La Nación, Sección Economía & Negocios, por Diego Cabot citado por LISOPRAWSKI, Silvio, "Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 1092.

⁸⁶⁷ SUBSECRETARIA DE PRESUPUESTO, Oficina Nacional de Presupuesto, Secretaria de Hacienda, Ministerio de Economía y Producción, República Argentina, "Ejecución presupuestaria de los fondos fiduciarios del Estado Nacional", Primer Trimestre de 2006, pág. 2.

artículo 70 de dicha ley 25.565 incorporó a los Fondos Fiduciarios, integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado Nacional como un acápite diferenciado de la Ley de Administración Financiera y de los sistemas de Control del Sector Público Nacional. El decreto 2209/2002 exceptuó del cumplimiento de la ley al Banco de la Nación Argentina y al Banco de Inversión y Comercio Exterior, quienes concentran, como fiduciarios, la mayoría de los fideicomisos públicos. Luego, por Decreto de Necesidad y Urgencia 906/2004 el Poder Ejecutivo creó el Consejo Consultivo de Inversiones de los Fondos Fiduciarios del Estado Nacional, en el ámbito de los Ministerios de Economía y Producción y de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios⁸⁶⁸ y una Unidad de Coordinación de Fideicomisos de Infraestructura⁸⁶⁹. Se observa, entonces, que la normativa básica par el control y transparencia se encuentra dispersa en distintas leyes no referidas específicamente al particular, por lo que se hace necesario su ordenamiento y sistematización.

El informe especial de relevamiento de la actividad fiduciaria del sector público nacional 23/2005 de la Auditoría General de la Nación (AGN) indica que se hallaban operativos al 30 de septiembre de 2004 los siguientes⁸⁷⁰ fideicomisos y fondos fiduciarios:

1- Fondo Fiduciario para el Desarrollo Provincial (Decreto 286/95) (FFDP)⁸⁷¹.

⁸⁶⁸ LISOPRAWSKI, Silvio, *“Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 1092.

⁸⁶⁹ SUBSECRETARIA DE PRESUPUESTO, Oficina Nacional de Presupuesto, Secretaria de Hacienda, Ministerio de Economía y Producción, República Argentina, *“Ejecución presupuestaria de los fondos fiduciarios del Estado Nacional”*, Primer Trimestre de 2006, pág. 15 que referencia a la página de la Unidad de Coordinación www.ucofin.gov.ar

⁸⁷⁰ En AUDITORIA GENERAL DE LA NACIÓN, *“Memoria 2005”*, República Argentina. Asimismo se reitera la misma cantidad de fideicomisos que coinciden con los aquí indicados en SUBSECRETARIA DE PRESUPUESTO, Oficina Nacional de Presupuesto, Secretaria de Hacienda, Ministerio de Economía y Producción, República Argentina, *“Ejecución presupuestaria de los fondos fiduciarios del Estado Nacional”*, Primer Trimestre de 2006, pág. 2.

⁸⁷¹ Este Fondo representa el 36,5% de los Ingresos Totales del Subsector Fondos Fiduciarios y el 20,2% de los Gastos Totales del Subsector según SUBSECRETARIA DE PRESUPUESTO, Oficina Nacional de Presupuesto, Secretaria de Hacienda, Ministerio de Economía y Producción, República Argentina, *“Ejecución presupuestaria de los fondos fiduciarios del Estado Nacional”*, Primer Trimestre de 2006, pág. 3 y 4.

- 2- Fondo Fiduciario Sistema de Infraestructura del Transporte (FFSIT), para algunos denominado Fideicomiso de Tasa sobre Gasoil (Decreto 976/01)⁸⁷².
- 3- Fondo Fiduciario para la Reconstrucción de Empresas (Decreto 342/00).
- 4- Fideicomiso de Asistencia al Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional (Decreto 924/97).
- 5- Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional-FFFIR (Ley N° 24.855).
- 6- Fondo Fiduciario-Convenio Secretaría de Hacienda y Banco de Inversión y Comercio Exterior (Resolución MEyOSP 557/94) (FF SH-BICE).
- 7- Fideicomiso de Infraestructura Hídrica (Decreto 1381/01) (FFIH).
- 8- Fondo Fiduciario para Subsidios de Consumos Residenciales de Gas (Ley N° 25.565) (FFGAS).
- 9- Fondo Fiduciario para el Transporte Eléctrico Federal (Resolución N° 657/99 de la Secretaría de Energía) (FFTEF)⁸⁷³.
- 10- Fondo Fiduciario para la Promoción Científica y Tecnológica (Decreto 1331/96).
- 11- Programa de Fideicomisos - MyPES II (Decreto 1118/03).
- 12- Fondo Fiduciario de Capital Social (Decreto 675/97).
- 13- Fondo para la Recuperación de la Actividad Ovina (Ley N° 25.422).
- 14- Fondo de Garantía para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa - FOGAPYME – (Ley N° 25.300 – Dto. 1074/2001).
- 15- Fondo Nacional de Desarrollo para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa – FONAPYME – (Ley N° 25.300 – Decreto 1074/2001).
- 16- Fondo FIT/AR en Fideicomiso (Acuerdo de Cooperación Técnica entre el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial de Argentina -INPI- y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual -OMPI- del 15/05/98).

⁸⁷² Este Fondo representa el 33,4% de los Ingresos Totales del Subsector Fondos Fiduciarios y el 59,4% de los Gastos Totales del Subsector según SUBSECRETARIA DE PRESUPUESTO, Oficina Nacional de Presupuesto, Secretaría de Hacienda, Ministerio de Economía y Producción, República Argentina, *“Ejecución presupuestaria de los fondos fiduciarios del Estado Nacional”*, Primer Trimestre de 2006, pág. 3 y 4.

⁸⁷³ A través del artículo 74 de la ley 25.401 y para ampliar el transporte de la red de 500 kv, se constituyó este Fondo con recursos provenientes del incremento de \$ 0,0006 por Kwh en la tarifa eléctrica según SUBSECRETARIA DE PRESUPUESTO, Oficina Nacional de Presupuesto, Secretaría de Hacienda, Ministerio de Economía y Producción, República Argentina, *“Ejecución presupuestaria de los fondos fiduciarios del Estado Nacional”*, Primer Trimestre de 2006, pág. 15.

Asimismo aún se encontraban en etapa de implementación, conforme ese informe especial, los siguientes fondos fiduciarios y fideicomisos:

a- Fondo Fiduciario para Atender Inversiones en Transporte y Distribución de Gas. (Dto. 180/2004).

b- Fideicomiso para la Refinanciación Hipotecaria (Ley N° 25.798 – Dto. 1284/2003).

c- Fondo Fiduciario para Atender la Contratación de Transporte y Adquisición de Gas Natural Destinados a la Generación de Energía Eléctrica (Resolución N° 950/2004 de la Secretaría de Energía).

d- Fondo Fiduciario de Promoción de la Industria del Software (Fonsoft - Ley 25.922).

Siete de los citados fideicomisos representan aproximadamente a esa fecha el 99% (noventa y nueve por ciento) del total de ingresos y gastos ejecutados por el sector⁸⁷⁴, a saber:

- Fondo Fiduciario para el Desarrollo Provincial (Decreto 286/95) (FFDP).
- Fideicomiso de Infraestructura Hídrica (Decreto 1381/01) (FFIH).
- Fondo Fiduciario para el Transporte Eléctrico Federal (Resolución N° 657/99 de la Secretaría de Energía) (FFTEF)⁸⁷⁵.
- Fondo Fiduciario para Subsidios de Consumos Residenciales de Gas (Ley N° 25.565) (FFGAS).

⁸⁷⁴ SUBSECRETARIA DE PRESUPUESTO, Oficina Nacional de Presupuesto, Secretaria de Hacienda, Ministerio de Economía y Producción, República Argentina, *“Ejecución presupuestaria de los fondos fiduciarios del Estado Nacional”*, Primer Trimestre de 2006, pág. 2.

⁸⁷⁵ Desde finales del año 2005 este fideicomiso tiene a su cargo la responsabilidad de ejecutar las acciones que permitan la construcción del tercer tramo del Sistema de Transmisión asociado a la Central Hidroeléctrica de Yacyretá para lo cual se previó financiamiento proveniente del Tesoro Nacional según SUBSECRETARIA DE PRESUPUESTO, Oficina Nacional de Presupuesto, Secretaria de Hacienda, Ministerio de Economía y Producción, República Argentina, *“Ejecución presupuestaria de los fondos fiduciarios del Estado Nacional”*, Primer Trimestre de 2006, pág. 15. El 25 de febrero de 2011 se inauguró la Represa Binacional Yacyretá luego de 37 años del comienzo de la obra en el año 1974. La represa hidroeléctrica de Yacyretá-Apipé (del guaraní *jasý retã*, ‘tierra de la Luna’) es una central hidroeléctrica construida sobre los saltos de Yacyretá-Apipé en el río Paraná, en la provincia de Corrientes, Argentina y el departamento Misiones, Paraguay.

- Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional-FFFIR (Ley N° 24.855).
- Fondo Fiduciario-Convenio Secretaría de Hacienda y Banco de Inversión y Comercio Exterior (Resolución MEyOSP 557/94) (FF SH-BICE).
- Fondo Fiduciario Sistema de Infraestructura del Transporte (FFSIT), para algunos denominado Fideicomiso de Tasa sobre Gasoil (Decreto 976/01).

En la mayoría de estos fideicomisos el fiduciario es el Banco de la Nación Argentina y los fondos provienen de partidas presupuestarias de la Tesorería General de la Nación, recaudación y tasas específicamente creadas, acciones de empresas privatizadas, fondos provenientes de préstamos de Organismos Internacionales de Crédito, bienes o derechos del Estado Nacional como inmuebles y títulos, entre otros. Los fondos que reciben los fideicomisos provenientes de préstamos contraídos por el Estado Nacional ante organismos internacionales como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) están siendo cancelados con los fondos de los mismos fideicomisos.

Entre los objetivos más frecuentes se encuentran el financiamiento a las provincias, entidades financieras o a sectores de la actividad productiva e industrial así como también la financiación de obras públicas y el pago de subsidios a una determinada actividad. Así, entre los principales beneficiarios, además del Estado Nacional, se encuentran las provincias, los contratistas de obras, los concesionarios y las empresas de un determinado sector⁸⁷⁶.

Algunos de los fideicomisos y fondos fiduciarios fueron autorizados por Ley; pero otros simplemente fueron creados por decretos del Poder Ejecutivo y algunos sólo por resoluciones ministeriales⁸⁷⁷.

⁸⁷⁶ Informe especial de relevamiento de la actividad fiduciaria del sector público nacional 23/2005 de la Auditoría General de la Nación.

⁸⁷⁷ LENARDON, Fernando Roberto, *"Fideicomiso gubernamental"*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 141.

5.2.4. Uruguay

A partir de la promulgación de la ley 17.703 del 27 de octubre de 2003 se ha incorporado a la legislación uruguaya la regulación del instituto del fideicomiso en el marco de la legislación general.

La ley surgió a iniciativa del Poder Ejecutivo, que denominó el Proyecto como “*de Facilitación del Crédito*”, ya que su finalidad era crear un instrumento que permitiera reactivar el crédito o facilitar éste para los operadores financieros ante la crisis vivida en ese país en el año 2002⁸⁷⁸. La ley se enmarca dentro del plan del Banco Central del Uruguay y del Ministerio de Economía de dotar al mercado de valores de nuevos instrumentos, diferentes a otras figuras antes creadas, tales como el régimen de fondos comunes de inversión (Ley 16.774) o a la regulación de los fondos cerrados de créditos (Ley 17.202) ya existentes.

Justo es destacar que la ley de fideicomiso no introduce la noción de patrimonio de afectación independiente en el Uruguay, ya que, anteriormente, existieron diversas leyes que crearon patrimonios de afectación específicos, con otro alcance, por lo que en sentido estricto no se pueden denominar fideicomisos sino que simplemente se los denominó en todos los casos como *fondos*. En este sentido podemos referir algunos de éstos mencionando la ley 16.713, de setiembre de 1995, que crea fondos de ahorro previsional y regula su administración por sociedades administradoras de fondos de ahorro previsional (AFAPS); la ley 16.774, de setiembre de 1996, que regula los fondos de inversión y a sus administradores (sociedades administradoras de fondos de inversión); la ley 17.202, que crea los fondos de inversión cerrados de créditos como instrumento de securitización de activos; la ley 17.713, de diciembre de 2002, que regula la reestructura del sistema bancario uruguayo y;

⁸⁷⁸ BELLO KNOLL, Susy Inés; CAMPOS, Darío, y SCHIKENDANTZ, Enrique, “*Sobre fideicomisos en Uruguay y en Argentina*”, IX Jornadas Rioplatenses de Derecho, San Isidro, Provincia de Buenos Aires, octubre de 2005.

como instrumento facilitador de la liquidación de bancos crea fondos de recuperación de patrimonios bancarios. Con relación a fondos dirigidos al mercado productivo se aprobó una norma que crea un fondo lechero sobre la base del patrimonio de afectación independiente.

Es importante resaltar que la figura del fideicomiso de la ley 17.703 ha sido prontamente reglamentada por el Poder Ejecutivo por medio del Decreto 46/03 de 11 de Diciembre de 2003 y por el Banco Central del Uruguay a través de la Circular 1.889 de 26 de diciembre de 2003. Esta reglamentación ha sido complementada además por otros Decretos sobre aspectos puntuales.

El fideicomiso se define en la ley uruguaya como un negocio jurídico por el cual una persona (*fideicomitente*) trasmite la propiedad fiduciaria de determinados bienes y derechos a otra (*fiduciario*) para que la ejerza de acuerdo con la finalidad determinada por el fideicomitente, en beneficio de quien éste designe (*beneficiario*); y si correspondiere, los trasmita al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomitente o al beneficiario. Como vemos, la norma sólo describe el negocio jurídico sin encasillarlo en la forma contractual al igual que sucede en el derecho argentino que le ha servido de antecedente.

Entonces, el fideicomiso supone básicamente la concurrencia de, por lo menos, tres sujetos:

- i) *El Fiduciante*, que trasmite al Fiduciario los bienes objeto del negocio (*bienes fideicomitidos*), instruyéndolo sobre los fines a cuya consecución los mismos han de ser aplicados;
- ii) *El Fiduciario*, que recibe los bienes fideicomitidos, con la finalidad de cumplir el fin establecido en el acto constitutivo del fideicomiso; y,
- iii) *El Beneficiario o Fideicomisario*, o sea, quien recibe los beneficios que el Fideicomiso genera o quién recibe los bienes fideicomitidos a la finalización del mismo.

La ley dispone asimismo que la *propiedad fiduciaria* conforma un patrimonio de afectación separado e independiente del fideicomitente, del fiduciario y del beneficiario⁸⁷⁹ y debe inscribirse en un Registro especial. Además la ley dispone que es un derecho de propiedad afectado al cumplimiento del fin del fideicomiso. La novedad revolucionaria que el concepto de fideicomiso introduce en el derecho uruguayo es, entonces, que aparece una figura, el fiduciario, que será titular, por un lado de su patrimonio común, la garantía común de sus acreedores conformado por todos los bienes o derechos de los cuáles es titular y; además, de tantos otros patrimonios como fideicomisos de los cuales él es fiduciario. Y cada uno de esos patrimonios va a estar blindado respecto de las demás relaciones jurídicas trabadas por esta persona denominada “fiduciario”. Es decir, y esto resulta trascendente: los bienes dados en fideicomiso no pueden ser perseguidos por las obligaciones personales del fiduciario, del fiduciante o del beneficiario, salvo las acciones por fraude legalmente previstas. Tampoco el patrimonio personal del fiduciario podrá ser perseguido por las obligaciones contraídas en cumplimiento del fideicomiso.

El beneficiario principal es el que recibe los beneficios del fideicomiso. Sin embargo, a su vez, puede haber beneficiarios residuales que son los que de alguna manera reciben los bienes o derechos cuando termina el fideicomiso. En la ley argentina, a estos beneficiarios residuales se los llama *fideicomisarios*, y se constituyen en beneficiarios finales que tienen un derecho distinto al beneficiario común. La ley uruguaya, sin embargo, no hace tal distinción.

⁸⁷⁹ Ley 17.703. Art. 6°—Propiedad fiduciaria. Los bienes y derechos fideicomitados constituyen un patrimonio de afectación, separado e independiente de los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y del beneficiario. El conjunto de bienes y derechos fideicomitados deberá individualizarse en el instrumento que los determine. El mismo deberá ser inscripto en la Dirección General de Registros del Ministerio de Educación y Cultura. El Poder Ejecutivo, con el asesoramiento de la Dirección General de Registros del Ministerio de Educación y Cultura, determinará las regulaciones que organicen la inscripción y demás condiciones registrales de los fideicomisos, dando cumplimiento a la Ley 16.871, de 28 de septiembre de 1997, y sus modificativas y concordantes. Si el fiduciario fuera una persona casada bajo el régimen legal de sociedad conyugal, los bienes y derechos fideicomitados, no ingresarán a la masa de gananciales, rigiéndose a todos los efectos por las normas que regulan los bienes propios. La retribución que el fiduciario casado perciba por su actividad se rige por los principios generales.

A su vez, la ley uruguaya incorpora dos situaciones que son peculiares a nivel de derecho comparado:

a) La primera es que puede coincidir la figura del fideicomitente con la del fiduciario: esto recibe el nombre de *fideicomiso unilateral*. Esta duplicidad de roles lo prevé la ley uruguaya solamente en la modalidad especial de fideicomisos financieros que tengan oferta pública, en los cuales el originante transfiere determinados bienes. Sería el caso, por ejemplo, de un banco de plaza que transfiere una cartera de sus propios créditos a un fideicomiso que él sigue administrando, y como se trata aquí de un fideicomiso financiero, se emiten títulos para que inversores particulares participen y así financien esa cartera de créditos. Es decir, el banco retira esa cartera de créditos de su balance, porque ya no es más su riesgo, sino que ahora lo es de los inversores, sin embargo la entidad sigue administrando la cartera de créditos, pero a título de fiduciario, no a título de titular de quien soporta el riesgo de la cartera fideicomitida. Para la doctrina y legislación argentinas es una estructura no aceptada, ya que el fiduciante se autodesigna también fiduciario y suscribe el contrato de fideicomiso en ambas calidades, además de separar uno o varios bienes de su patrimonio personal, que como patrimonio fideicomitado está bajo su administración en propiedad fiduciaria, existiendo, a criterio de la doctrina argentina, un claro conflicto de intereses.

2) la segunda cuestión peculiar, que fue bastante debatida en la discusión parlamentaria, es la posibilidad de que coincida el fiduciario con el beneficiario principal. Esto que parece en principio una prohibición absoluta en materia de fideicomiso, o sea, que quien administra los bienes no puede ser el beneficiario, la ley uruguaya determina que pueda ocurrir en los fideicomisos de garantía en los cuales el fiduciario sea una entidad de intermediación financiera.

Al fiduciario profesional que, según la reglamentación, es aquel que intervino en por lo menos cinco fideicomisos en un año, se le impone la inscripción en un registro especial a cargo del Banco Central del Uruguay. Se crea, entonces, un

registro de fiduciarios profesionales, donde se brinda información respecto a quién es el fiduciario, qué forma jurídica tiene, quiénes son sus accionistas, quiénes sus directores, cuál es su responsabilidad patrimonial, si tiene seguro o no y, en su caso, el seguro qué ha contratado, entre otros datos. Este registro garantiza transparencia con relación a los operadores que intervienen en el mercado, ya que el mismo es de acceso público⁸⁸⁰.

La ley prevé que el instrumento constitutivo de un fideicomiso debe proveer una serie de contenidos mínimos, tales como la individualización de los bienes u objeto del fideicomiso, que pueden ser bienes presentes o futuros; la determinación del modo de incorporación al fideicomiso; el plazo o condición de la propiedad fiduciaria; el destino de los bienes al finalizar el fideicomiso; los derechos y obligaciones del fiduciario y los modos de sustituir al fiduciario⁸⁸¹. Estos puntos son determinados como contenidos mínimos que la ley le impone, sin perjuicio de lo cual a algunos de ellos la propia ley los sustituye, que tiene carácter supletorio del pacto que establezcan las partes.

⁸⁸⁰ Ley 17.703. Artículo 12. Registro Público de Fiduciarios.- Créase en el Banco Central del Uruguay un registro público de fiduciarios profesionales, personas físicas o jurídicas. La información registrada en él será de libre acceso para cualquier interesado. El funcionamiento del Registro y los mecanismos a través de los que los fiduciarios darán cumplimiento a las obligaciones dispuestas por este artículo serán dispuestos por la reglamentación. En los casos en que el fiduciario no sea una persona física, los socios o accionistas, administradores o directores deberán determinarse precisamente. Tratándose de sociedades anónimas, éstas deberán emitir acciones nominativas o escriturales. En todos los casos se inscribirá la responsabilidad patrimonial de los fiduciarios, sus socios o accionistas, administradores y directores. Los fiduciarios inscriptos deberán actualizar la información proporcionada al registro con la periodicidad que establezca la reglamentación, así como inmediatamente de producida cualquier modificación en la información registrada. Los fiduciarios inscriptos serán responsables de la información original y las actualizaciones proporcionadas.

⁸⁸¹ Ley 17.703. Art. 4º—Estipulaciones del instrumento constitutivo del fideicomiso. Sin perjuicio de la incorporación de otras estipulaciones, el instrumento de fideicomiso también deberá contener:

- a) La individualización de los bienes objeto del fideicomiso. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes.
- b) La determinación del procedimiento en que los bienes podrán ser incorporados al fideicomiso.
- c) El plazo o condición a que se sujeta la propiedad fiduciaria.
- d) El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso.
- e) Los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si éste cesare.

Podrán ser objeto de un fideicomiso los bienes o derechos de cualquier naturaleza (presentes o futuros), incluyéndose la universalidad de bienes. Esta alternativa de que se puedan incluir bienes futuros permitiría el acceso a nuevas fuentes de financiamiento para muchos emprendimientos. Así podría analizarse la posibilidad de incorporar a un fideicomiso todos los flujos de fondos emergentes de una concesión (peaje) en garantía de un crédito, designando como beneficiario al banco que prestó el dinero y obligando al fideicomiso a entregar el dinero o los activos al beneficiario (banco) cuando se den determinadas situaciones (incumplimientos, por ejemplo, entre otros), como ha sucedido en la República Argentina. También podría aplicarse en el caso de una empresa que pueda transmitir a un fideicomiso la cobranza futura de determinados créditos derivados de su actividad, como también sucedió en la República Argentina con casas de electrodomésticos cuyas ventas eran a crédito en los momentos de crisis financiera. El único requisito para la constitución de los fideicomisos es que los bienes sean determinados o determinables.

La legislación uruguaya prevé el fideicomiso público, por el cual pueden ser fideicomitentes los gobiernos o autoridades locales, para la realización de obra pública, mediante la cesión de derechos de créditos de tributos departamentales⁸⁸². Así el artículo 3 de la ley 17.703 indica bajo el título de “Habilitación de inversiones” que: “Cuando el fideicomiso tenga por fin la realización de una obra pública municipal, las intendencias municipales podrán constituirlo mediante la cesión de derechos de créditos de tributos departamentales, dándose cuenta a la junta departamental. La Caja Notarial de Jubilaciones y Pensiones, la Caja de Jubilaciones y Pensiones de los Profesionales Universitarios, la Caja de Jubilaciones y Pensiones Bancarias y las administradoras de fondos de ahorro previsional podrán invertir en fideicomisos, siempre que su objeto refiera a actividades desarrolladas, bienes

⁸⁸² BARBOZA PEÑALVA, Claudio, *“Primeras reflexiones sobre el fideicomiso público”*, Ley de la República Oriental del Uruguay 17.703 de octubre de 2003, publicado en www.docstoc.com/docs/3184316 el 22 de diciembre de 2008.

situados o derechos utilizados económicamente en la República, así como créditos originados en exportaciones realizadas desde el Uruguay. Las administradoras de fondos de ahorro previsional podrán instrumentar a través de fideicomisos las inversiones previstas en el literal E) del artículo 123 de la Ley 16.713, de 3 de septiembre de 1995, y las que realicen en fideicomisos financieros se considerarán en el literal D) de dicha norma”.

El 9 de octubre de 2009 se firmó entre el Ministerio de Industria, Energía y Minería (en adelante MIEM) y la Corporación Nacional para el Desarrollo (en adelante CND), el contrato de Administración del Fideicomiso de Eficiencia Energética. Autoridades del MIEM y de la CND presentaron el fideicomiso que actuará como fondo de garantías para conceder financiamiento de proyectos de mejora en eficiencia energética. Este fideicomiso tiene dos fuentes de garantías relacionadas:

1. Un Fideicomiso de Reaseguros (FR):

Constituido inicialmente por el Ministerio de Economía y Finanzas que recibe aportes de las instituciones fideicomitentes de los Fideicomisos de Garantía Específicos (en adelante, FGE) de acuerdo a la inversión de éstas en los FGE, y los reasegura.

2. Un conjunto de Fideicomisos de Garantía Específicos (FGE) que:

Son conformados por una o varias instituciones interesadas (Fideicomitentes) que entregan fondos para su capitalización y otorgan garantías sobre créditos a un público predefinido, bajo condiciones específicas.

El proyecto de Eficiencia Energética es un programa de alcance nacional orientado a promover el uso eficiente de la energía en todos los sectores de la economía y generar conciencia sobre los beneficios de su uso eficiente y fomentar la incorporación al mercado de una creciente oferta de equipamientos y servicios energéticamente eficientes. Además este Proyecto permite la creación y desarrollo de Empresas de Servicios Energéticos (en adelante, ESCOs) que contribuyen al objetivo de mejorar la forma en la que se utiliza la energía. Las ESCOs son empresas especializadas en la identificación de

oportunidades de mejora en el uso de energía y en el desarrollo e implementación de proyectos de Eficiencia Energética bajo un esquema de contratos por desempeño.

Capítulo 6. Naturaleza jurídica.

6.1. Definición y naturaleza jurídica

Para iniciar nuestro análisis en este Capítulo hemos decidido adoptar como definición de fideicomiso público, en un principio, la de Miguel ACOSTA ROMERO⁸⁸³ lo caracteriza como “aquel fideicomiso por el cual el Estado transmite a un fiduciario la propiedad de bienes de su dominio público o privado o le afecta fondos públicos, para llevar a cabo un fin lícito de interés público”.

LENARDON lo denomina simplemente “*fideicomiso gubernamental*”; para no provocar confusión con los fideicomisos que están autorizados a realizar oferta pública⁸⁸⁴, llamados comúnmente públicos. Para nosotros el término “público”, indica, como para TREVIJANO GARCIA FOS, la referibilidad subjetiva, que no puede faltar si se trata de una actividad asumida por la Administración, aunque no sea efectivamente ella el fiduciario⁸⁸⁵. LENARDON lo define como “un contrato por medio del cual la Administración, por intermedio de alguna de sus dependencias facultadas, transmite la propiedad de bienes de dominio público o privado del Estado o afecta fondos públicos a un fiduciario; o participa como organizador, beneficiario o fideicomisario, para realizar un fin de interés público”⁸⁸⁶.

⁸⁸³ ACOSTA ROMERO, Miguel, “*Derecho Bancario*”, p. 340, Ed. Porrúa, México, 1978 mencionado por GÓMEZ DE LA LASTRA, Manuel C, “*El Estado fiduciante*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-E, pág. 1311.

⁸⁸⁴ LENARDON, Fernando Roberto, “*Fideicomiso gubernamental*”, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 35, quien indica que en la normativa de la Comisión Nacional de Valores en la República Argentina se denomina “fideicomiso ordinario público” al fideicomiso con oferta pública por lo que prefiere hablar de fideicomiso gubernamental para evitar confusiones.

⁸⁸⁵ GARCÍA TREVIJANO FOS, J. A., “*Aspectos de la Administración Económica*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 12, septiembre-diciembre 1953, pág. 21.

⁸⁸⁶ LENARDON, Fernando Roberto, “*Fideicomiso gubernamental*”, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 165.

Como se observa en las definiciones anteriormente enunciadas, el fideicomiso en la Administración Pública tiene características *sui generis* con relación a los demás tipos de fideicomisos privados analizados en la Primera Parte de este trabajo. A nuestro criterio queda fuera de toda discusión su carácter público⁸⁸⁷ por la participación del Estado en este tipo de fideicomisos. Según algunos autores se denominan fideicomisos públicos porque participa el Estado no en función del fin buscado por estos fideicomisos⁸⁸⁸, sino como fiduciante. Un Proyecto de Ley en la República Argentina indica que el fideicomiso público toma ese carácter como tal cuando el Estado actúa como fiduciante⁸⁸⁹. Para nosotros importa la intervención del Estado en estos fideicomisos como fiduciante pero además que la Administración Pública intervenga en cumplimiento de su fin último: la satisfacción del interés público⁸⁹⁰. El fideicomiso tiene origen en el Derecho Administrativo y el Estado debe necesariamente intervenir en su constitución⁸⁹¹. Por ello advertimos que su carácter público podría cambiar durante la fase de cumplimiento de la encomienda fiduciaria si la valoración de la finalidad de interés público se modificara o alterara conforme el derecho aplicable⁸⁹². Intentaremos analizar

⁸⁸⁷ GARRIDO FALLA, Fernando, *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Volumen II (Parte general: conclusión), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pág. 364.

⁸⁸⁸ LENARDON, Fernando Roberto, *“Fideicomiso gubernamental”*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 63.

⁸⁸⁹ Proyecto de Ley, Expediente 2718-D-2006, Trámite parlamentario 56, *“Régimen para la constitución y funcionamiento del Fideicomiso Público”*, presentado por Luis Alberto Galvalisi, año 2006, Partido Demócrata Progresista de la República Argentina, Centro de Estudios Socio Económicos Nacionales y Regionales “Dr. Lisandro de la Torre”, Director-Coordenador: Victorio Arístides Torrecilla en su artículo 1: “el fideicomiso público toma su carácter como tal cuando el Estado Nacional, como fiduciante, transmita la propiedad fiduciaria de bienes de su dominio público o privado a un fiduciario establecido en la ley especial de creación para que éste la ejerza en beneficio de quien se designe en dicha norma y la transmita, al cumplimiento de un plazo o condición, a quien ella se determine”.

⁸⁹⁰ En ese sentido se manifiesta IX SEMINARIO NACIONAL DE TESORERÍA GENERALES, Conclusiones, Neuquén, República Argentina, 14 de mayo de 2003, pág. 2.

⁸⁹¹ PRAVATO, Luis E., *“Algunas consideraciones sobre el fideicomiso público y el derecho administrativo rionegrino”*, Revista de Administración Pública, RAP, Buenos Aires, Volumen 376, Sección Legislación Anotada, pág. 79.

⁸⁹² DE SOLAS RAFECAS, José María, *“Contratos administrativos y contratos privados de la Administración”*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, pág. 29.

entonces qué es el fideicomiso público y qué puede resultar en contraste con otras figuras jurídicas y nos arriesgaremos, sobre la base de lo estudiado, a determinar algunas aproximaciones a criterios generales aplicables al instituto prescindiendo de las legislaciones individuales.

Hemos indicado que algunos países utilizan la normativa privada del fideicomiso como supletoria a la normativa pública, si ésta existe o bien adaptan la ley civil o comercial para utilizar la figura en el marco del Derecho Público. Por ello es relevante el aporte que estas ramas del Derecho pueden brindar en el caso de la aplicación de este instituto en el Derecho Público.

En la mayoría de los ordenamientos legales donde está normado el fideicomiso público la doctrina afirma que se trata de un contrato típico⁸⁹³ pero entendemos que no necesariamente es un contrato en el concepto clásico del mismo, tal como lo hemos indicado en la Primera Parte de este trabajo.

El estatuto propio del fideicomiso público no desnaturaliza el fideicomiso privado aun siendo el fiduciante un ente público. En consecuencia se deben someter al Derecho Privado algunas principios relacionales y funcionales de los fideicomisos públicos considerando también en el plano del Derecho Civil los aspectos de derechos reales que pudieren estar involucrados⁸⁹⁴.

En busca de la naturaleza jurídica del fideicomiso privado la jurisprudencia argentina, con relación a éste, ha dicho también que “se trata de un contrato consensual, bilateral, oneroso, de tracto sucesivo y que puede ser o no

⁸⁹³ LÓPEZ PARDIÑAS, Manuel, en MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (dirección y coordinación), *“Homenaje a Don Antonio Hernández Gil”*, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001. *“Trust y Derecho Civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad”*, pág. 1545.

⁸⁹⁴ GARCÍA TERVIJANO FOS, J. A., *“Aspectos de la Administración Económica”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 12, septiembre-diciembre 1953, pág. 29.

formal⁸⁹⁵. Partiendo de esta apreciación pondremos en duda, a los fines de este análisis, que se trate de un contrato consensual y bilateral. Podemos afirmar que el fideicomiso público no es generalmente oneroso, conforme lo ya expresado en este trabajo, visto que el fiduciario no suele tener compensación alguna, diferencia básica de esta figura respecto de los contratos administrativos que son, salvo raras excepciones, siempre onerosos⁸⁹⁶.

La supuesta relación bilateral "fiduciante-fiduciario" que se genera cuando el Estado es el fiduciante se inicia con la norma que constituye el fideicomiso, fija sus fines y características, determina las condiciones y términos a los que se sujetará, disponiendo los bienes y recursos aportables, su incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción del fideicomiso, dando origen asimismo a un patrimonio autónomo afectado a un fin, siempre público, y que es administrado por un ente fiduciario. Así se muestra al fideicomiso como pretendida relación bilateral⁸⁹⁷ dando sustento a la teoría contractual con fuente en una ley. Para nosotros la figura del fideicomiso excede el concepto de contrato y así lo fundaremos más adelante en esta Segunda Parte.

Tal como se advierte, este instituto toma sólo algunos de los elementos del fideicomiso privado, como son la existencia de una relación fiduciaria, la afectación de bienes a una finalidad y la separación patrimonial⁸⁹⁸ y agrega elementos que lo diferencian particularmente por su vinculación con la cosa pública.

⁸⁹⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, fallo del 19 de octubre de 2007, República Argentina, caso "New Cem S.R.L. c. Comafi Fiduciario Financiero S.A.", publicado en la Revista La Ley con fecha 12 de marzo de 2008, pág. 9.

⁸⁹⁶ DE SOLAS RAFECAS, José María, *"Contratos administrativos y contratos privados de la Administración"*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, pág. 32.

⁸⁹⁷ GÓMEZ DE LA LASTRA, Manuel C, *"El Estado fiduciante"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-E, pág. 1311.

⁸⁹⁸ LISOPRAWSKI, Silvio, *"Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 1092.

Las características distintivas entre el “*fideicomiso público y privado*” pueden sintetizarse de la siguiente manera⁸⁹⁹:

- a) La constitución de un fideicomiso público tiene origen en el Derecho Administrativo así como su modificación y extinción, sin perjuicio de la aplicación supletoria del Derecho Privado, en todo lo que no se oponga a aquél, dado que sustancialmente se trata de una gestión de Derecho Privado de la Administración⁹⁰⁰.
- b) La Administración debe necesariamente intervenir en su constitución, lo que produce desde el inicio una desigualdad de partes en ciertos casos⁹⁰¹, aunque aquí la Administración no obra como autoridad sino que articula la realización de una actividad modal para el cumplimiento de sus fines⁹⁰².
- c) El patrimonio separado se forma en cabeza de un fiduciario con bienes del Estado y/o privados, pero la finalidad del fideicomiso que le sirve de causa es de *interés público*.
- d) El fideicomiso público puede coincidir con lo normado en el Derecho Privado o bien tomar algunos de sus contenidos, pero con características y adaptaciones que respondan a las necesidades de la Administración en cada caso concreto⁹⁰³. Detrás, como elemento generador está el Estado, guiado por el mencionado interés público que debe además cumplir para

⁸⁹⁹ GÓMEZ DE LA LASTRA, Manuel C, “*El Estado fiduciante*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-E, pág. 1311.

⁹⁰⁰ KIPER, Claudio M., y LISOPRAWWSKI, Silvio V., “*Tratado de fideicomiso*”, Editorial Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 200, pág. 537.

⁹⁰¹ ALBI, Fernando, “*Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo*”, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 15.

⁹⁰² GARCÍA TERVIJANO FOS, J. A., “*Aspectos de la Administración Económica*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 12, septiembre-diciembre 1953, pág. 31.

⁹⁰³ KIPER, Claudio y LISOPRAWWSKI, Silvio, “*Teoría y Práctica del Fideicomiso*”, p. 105 y ss. Ed. Depalma, 1999.

constituirlo con todos los preceptos legales involucrados otorgando las garantías y solemnidades dispuestas por las normas en cada caso⁹⁰⁴.

El fideicomiso público, como otros institutos jurídicos nacidos en el seno de la actividad de los particulares, encuentra su esencia a cabalgata del Derecho Público y del Derecho Privado para definir su naturaleza jurídica.

Como dice FEDERICO DE CASTRO, el resultado de distinguir entre Derecho Público y Derecho Privado es “*paradójico y desesperante*”, porque las teorías dualistas hablan de dos sistemas separados y excluyentes. Sin embargo, como afirma este autor, el convencimiento intuitivo de los autores es que existen distintas normativas tanto privadas como públicas que permiten en la realidad práctica distribuir competencias y señalar el ámbito de aplicación de las leyes. Indica asimismo este maestro que para salir de la contradicción hay que recordar que el Derecho Positivo es uno solo así como el Derecho Natural del que depende y que la diversificación se produce por las distintas realidades y con el objeto de poder facilitar a las personas y a la comunidad toda que alcancen sus fines. Por eso cuando se habla de instituciones propias de uno u otro Derecho debe entenderse que sólo referimos a situaciones de predominio normativo lo que no supone exclusión o incomunicación de normas. Nada impide que se utilicen normas de Derecho Privado para completar las Públicas o viceversa⁹⁰⁵.

La doctrina mexicana y la doctrina argentina, al analizar la naturaleza jurídica del fideicomiso público, discurren en su categorización como un contrato, una estructura administrativa⁹⁰⁶ o, una persona jurídica pública⁹⁰⁷. Lo cierto es que

⁹⁰⁴ Conforme Sentencia del 9 de noviembre de 1933 citada por ALBI, Fernando, “*Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo*”, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 14.

⁹⁰⁵ DE CASTRO BRAVO, Federico, “*Derecho Civil de España*”, Parte General, Tomo I, Libro Preliminar, Segunda Edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, pág. 90.

⁹⁰⁶ LISOPRAWSKI, Silvio, “*Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 1092.

en el fideicomiso público se ha transformado la estructura básica (fiduciante-fiduciario-beneficiario) del fideicomiso privado, como ya enunciamos, provocando modificaciones subjetivas y atenuación de ciertos efectos propios de los contratos de Derecho Privado⁹⁰⁸ y por ello esto da origen a distintas posiciones cuando se habla de su naturaleza.

CASTAÑEDA NIEBLA⁹⁰⁹ lo define como “una entidad, unidad económica u organismo especial” que sin gozar de personalidad jurídica propia, constituye una nueva estructura administrativa, en virtud de la cual el Estado, representado por sus órganos administrativos en su carácter de fideicomitente, transmite a un fiduciario la titularidad de ciertos bienes o derechos destinados a la realización de un fin lícito determinado a favor del fideicomisario, que pueden ser uno o varios organismos públicos o privados, incluso sectores sociales, sujetándose a modalidades contenidas en el acto constitutivo y en las disposiciones legales aplicables a esta materia”. Queda claro, entonces, que no se trata de una persona jurídica pública en ningún caso, sino simplemente de una estructura instrumental. Esta idea se aleja del ya citado parámetro contractual introduciendo nuevos principios.

Valga aquí mencionar que muchas legislaciones⁹¹⁰, como también así la doctrina⁹¹¹ en los casos que no existe ley especial, lo consideran entes autárquicos quizá porque la envergadura de la normativa que los organiza se

⁹⁰⁷ BARBOZA PEÑALVA, Claudio, “*Primeras reflexiones sobre el fideicomiso público*”, Ley de la República Oriental del Uruguay 17.703 de octubre de 2003, publicado en www.docstoc.com/docs/3184316 el 22 de diciembre de 2008.

⁹⁰⁸ LISOPRAWSKI, Silvio, “*Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 1092.

⁹⁰⁹ CASTAÑEDA NIEBLA, Arturo, “*Los fideicomisos públicos (tesis profesional)*”, Facultad de Derecho, UNAM, México, p. 227 y 228, citado por KIPER y LISOPRAWSKY, *Tratado de fideicomiso*, p. 544.

⁹¹⁰ Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional en la República Argentina, el Comité en el Fideicomiso de Recuperación Crediticia Ley Provincial No. 12.726 de la Provincia de Buenos Aires, República Argentina.

⁹¹¹ SCOCCO, Mónica, “*Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-D, pág. 1417.

asemeja a la creación de entes descentralizados⁹¹².

De la definición de CASTAÑEDA NIEBLA surge que:

a) la Administración Pública es el fiduciante⁹¹³, aunque a nuestro criterio podría tener además cualquier otra posición subjetiva como fiduciario, como beneficiario o como fideicomisario;

b) los bienes que se transfieren o los fondos que se afectan son públicos, pero a nuestro criterio no siempre deben ser públicos en forma exclusiva;

c) el fin es el cumplimiento de un interés público⁹¹⁴, que es una característica constante de las acciones del poder público⁹¹⁵.

El citado autor propone el análisis del instituto del siguiente modo:

1) Como negocio fiduciario donde el fideicomitente o fiduciante siempre es la Administración Pública y los fines serán siempre de interés público.

2) Como estructura administrativa que no tiene personalidad jurídica y constituida por la norma que corresponda legalmente. Lo que en México se ha dado en llamar ente paraestatal como hemos anticipado⁹¹⁶, aunque la doctrina

⁹¹² KIPER, Claudio M., y LISOPRAWSKI, Silvio V., *“Tratado de fideicomiso”*, Editorial Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2004 pág. 539.

⁹¹³ Podrá darse la intervención de la Administración en cualquiera de sus esferas como indica ALBI, Fernando, *“Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 12 para los contratos administrativos. Ver además 5.4.

⁹¹⁴ BARBOZA PEÑALVA, Claudio, *“Primeras reflexiones sobre el fideicomiso público”*, Ley de la República Oriental del Uruguay 17.703 de octubre de 2003, publicado en www.docstoc.com/docs/3184316 el 22 de diciembre de 2008.

⁹¹⁵ ALBI, Fernando, *“Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 13.

⁹¹⁶ Ver 5.2.3.

insiste en que “al menos en México, no dejan de ser un contrato”⁹¹⁷.

Los caracteres de esta estructura administrativa son:

- nace por iniciativa de la Administración;
- tienen tipo fundacional analizadas desde el punto de vista del Derecho Español sin régimen de jerarquía pero con tutela estatal;
- extienden su acción a todo el territorio del ente creador en el sentido de cumplimiento del fin para el que fue creado⁹¹⁸.

VILLAGORDOA LOZANO sostiene que no es por medio de una nueva estructura administrativa que se transfieren los bienes, sino que se transfieren para que integren una nueva estructura⁹¹⁹; y esto es lo resulta fundacional.

3) Como empresa, al ser una unidad jurídico-económica constituida total o parcialmente con bienes del Estado o fondos públicos orientada a la prestación de servicios de interés público, cuya organización y funcionamiento se encomienda a una institución fiduciaria, con sujeción al control y vigilancia de la Administración Pública. Para nosotros cuando se habla de empresa, en realidad se hace referencia a las personificaciones, que analizaremos en detalle en el próximo Capítulo, y entendemos que el fideicomiso está alejado de sus principios como indicaremos oportunamente⁹²⁰. Como tampoco se daría el presupuesto del Derecho Administrativo de que los entes públicos se someten a un principio de especialidad⁹²¹.

⁹¹⁷ KIPER, Claudio M., y LISOPRAWWSKI, Silvio V., “*Tratado de fideicomiso*”, Editorial Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2004, pág. 539.

⁹¹⁸ GARCÍA TREVIJANO FOS, J. A., “*Aspectos de la Administración Económica*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 12, septiembre-diciembre 1953, pág. 45.

⁹¹⁹ KIPER, Claudio M., y LISOPRAWWSKI, Silvio V., “*Tratado de fideicomiso*”, Editorial Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2004, pág. 544.

⁹²⁰ Ver 6.2.4.3.

⁹²¹ GARCÍA TREVIJANO FOS, J. A., “*Aspectos de la Administración Económica*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 12, septiembre-diciembre 1953, pág. 58.

4) Como contrato celebrado entre la Administración Pública con un fiduciario, para transmitirle la propiedad de ciertos bienes, con la misión de realizar fines de interés público en beneficio del fideicomisario⁹²². El efecto final sería el de un contrato privado de la Administración, aunque el *iter* es público como el proceso hasta la celebración del contrato también lo es⁹²³ y es regido por el Derecho Público⁹²⁴. Para algunos autores como FIORINI se trata de un simple acuerdo de voluntades donde una de las partes intervinientes es el Estado⁹²⁵. Para nosotros es algo más que un contrato privado de la Administración porque puede ser, sin embargo, desde el análisis contractual, también un contrato administrativo por su objeto, si está destinado a facilitar el cumplimiento de funciones esenciales del Estado o si se utilizan estos contratos como fuente de financiamiento.

Admitimos que la práctica de las distintas Administraciones lleva a la confusión sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso público, a pesar de la existencia de normativa específica en las propias jurisdicciones que enuncia legalmente su naturaleza jurídica. Desde el análisis académico conocemos que muchas veces se suceden estas distorsiones cuando una definición legislativa pretende interpretar el fondo conceptual de los institutos o sus principios básicos. Por ejemplo, en la República Argentina la privatización del Banco Hipotecario Nacional⁹²⁶ permitió el nacimiento del Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional (en adelante F.F.F.I.R.) como entidad crediticia, interjurisdiccional y federal, teniendo como objetivo la financiación de obras

⁹²² LISOPRAWski, Silvio, “*Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 1092 citando a CASTAÑEDA NIEBLA.

⁹²³ KIPER, Claudio M., y LISOPRAWski, Silvio V., “*Tratado de fideicomiso*”, Editorial Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2004, pág. 537.

⁹²⁴ GARCÍA TREVIJANO FOS, J. A., “*Aspectos de la Administración Económica*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 12, septiembre-diciembre 1953, pág. 60.

⁹²⁵ Citado por MAURY de GONZÁLEZ, Beatriz (directora), “*Tratado teórico práctico de fideicomiso*”, Editorial Ad-hoc S.R.L, Buenos Aires, 2004, pág. 527 .

⁹²⁶ Ley de creación 24.855 y de su decreto reglamentario 924/97.

públicas nacionales y provinciales con aptitud suficiente para fomentar el desarrollo regional y la generación de empleo. La ley de fideicomiso 24.441 analizada en este trabajo⁹²⁷ se aplica en la República Argentina en el marco del derecho mercantil y no existe en este país legislación sobre fideicomiso público, por lo que se utiliza la mencionada ley para la constitución de fideicomisos en el ámbito estatal. En este caso la ley de creación del fondo 24.855 distorsiona la esencia de la figura del fideicomiso privado, ya que acerca este fondo a la figura de un ente autárquico, aunque el fideicomiso privado de la ley 24.441 no lo es, y cuyo artículo primero sólo describe la relación jurídica que genera el fideicomiso como lo hemos enunciado oportunamente⁹²⁸. A pesar de ello resulta interesante la cita aquí de este fondo por ser de absoluta naturaleza federal, es decir con intervención de la Nación y las provincias, ya que las distintas provincias han adherido al mismo y su máximo órgano directivo está compuesto por dos representantes de las provincias argentinas a propuesta de la Asamblea de Gobernadores del Consejo Federal de Inversiones y un tercer consejero en representación de una asociación empresarial, la Cámara Argentina de la Construcción, que nuclea a todas las cámaras provinciales del rubro. El objeto de la creación de este fondo fue asistir precisamente a las Provincias y al Estado Nacional en la financiación de obras de infraestructura económica y social a través de la concesión de préstamos⁹²⁹. El F.F.F.I.R. ha resultado una herramienta idónea para cumplir funciones de financiamiento en la crisis⁹³⁰ en ese país sin que la similitud con un ente autárquico haya influido en su real utilización práctica, porque no se aplican al fondo ni los principios ni las normas dispuestas para los entes autárquicos.

⁹²⁷ Ver apartado 5.2.3.

⁹²⁸ Ver apartado 2.1.

⁹²⁹ SUBSECRETARIA DE PRESUPUESTO, Oficina Nacional de Presupuesto, Secretaría de Hacienda, Ministerio de Economía y Producción, República Argentina, *"Ejecución presupuestaria de los fondos fiduciarios del Estado Nacional"*, Primer Trimestre de 2006, pág. 18.

⁹³⁰ SCOCCO, Mónica, *"Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-D, pág. 1417-1425.

Nosotros reconocemos el carácter instrumental del fideicomiso público⁹³¹, sea como negocio fiduciario⁹³², con base en sus antecedentes romano-germánicos, o como contrato en el sentido descriptivo obligacional de la relación de confianza, según el derecho anglosajón, donde aisladamente ninguna de las relaciones es autónoma sino que están subordinadas unas a otras, tanto la relación real a la personal como viceversa, de modo que no existe una sin la otra y su existencia sólo se determina, si se logra perfecta armonía funcional entre ambas. Nos arriesgamos a decir que el fideicomiso público es para nosotros, sin lugar a dudas, ***un negocio jurídico público complejo, de carácter personal y real en sentido amplio originado en una decisión pública en virtud de la cual la Administración a través de la suscripción de un contrato transfiere bienes de su propiedad creando un patrimonio de afectación a un fin público.*** Nos referimos aquí al *supra* concepto de negocio jurídico público que supone un importante capítulo en la construcción del sistema jurídico y particularmente al negocio jurídico como una de las grandes figuras teóricas de la dogmática moderna⁹³³ que se impone sin necesidad de textos legales, como decía Federico DE CASTRO⁹³⁴. El negocio jurídico como manifestación de una realidad social⁹³⁵, donde se ligan los conceptos jurídicos con los de la economía y de los negocios⁹³⁶.

⁹³¹ Proyecto de Ley, Expediente 2718-D-2006, Trámite parlamentario 56, “*Régimen para la constitución y funcionamiento del Fideicomiso Público*”, presentado por Luis Alberto Galvalisi, año 2006, Partido Demócrata Progresista de la República Argentina, Centro de Estudios Socio Económicos Nacionales y Regionales “Dr. Lisandro de la Torre”, Director-Coordenador: Victorio Arístides Torrecilla en su artículo 2 indica que se deberán considerar a todos los efectos como medios auxiliares a la acción del gobierno en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional.

⁹³² VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, “*Doctrina General del Fideicomiso*”, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 69 indica que en el derecho mexicano se ha reconocido y reglamentos como un negocio fiduciario en una nueva forma contractual desconocida para el derecho tradicional.

⁹³³ DE LOS MOZOS, José Luis, “*La teoría general del negocio jurídico: su oportunidad e importancia*”, Anuario de Derecho Civil, Tomo 39, Fascículo 3, julio-septiembre, Madrid, Instituto de Estudios jurídicos, pág. 790.

⁹³⁴ DE CASTRO y BRAVO, Federico, “*El negocio jurídico*”, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, pág. 22.

⁹³⁵ MONTI, José Luis, “*La teoría del negocio jurídico - Vicisitudes y permanencia*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1997-C, pág. 1147.

⁹³⁶ En el prólogo de la versión española: GALGANO, Francesco, “*El negocio jurídico*”, Traducción de Francisco P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 36.

La Ley 1 del año 1984 de la República de Panamá contempla el fideicomiso como negocio jurídico general y habilita a las entidades de Derecho Público como fideicomitentes y fiduciarios (artículos 1 y 19)⁹³⁷. La Ley 17.703 de la República Oriental del Uruguay también define el fideicomiso como negocio jurídico⁹³⁸ y permite a las Municipalidades constituir fideicomisos⁹³⁹.

La teoría general del negocio jurídico es común a casi toda la tradición europea, salvo al derecho inglés, y procede básicamente del Derecho Natural⁹⁴⁰. Se ha expandido por el mundo a partir del Código Alemán y particularmente en Occidente⁹⁴¹. Precisamente en las concepciones tradicionales como la alemana la relación entre negocio jurídico y contrato es una relación de género a especie, donde el primero es el género y el segundo la especie. Sin embargo, debemos indicar que hay sistemas jurídicos como el del Código Civil Italiano de 1942 que hacen del contrato la categoría dominante⁹⁴². Dejaremos de lado la consideración de cualquier teoría analítica

⁹³⁷ Artículo 1: El fideicomiso es un acto jurídico en virtud del cual una persona llamada fideicomitente transfiere bienes a una persona llamada fiduciario para que los administre o disponga de ellos en favor de un fideicomisario o beneficiario, que puede ser el propio fideicomitente. Artículo 19: Podrán ser fiduciarios las personas naturales o jurídicas. Las personas de derecho público podrán transferir o retener bienes en fideicomiso, mediante declaración hecha con las formalidades de esta ley.

⁹³⁸ Artículo 1 Ley 17.703: El fideicomiso es el negocio jurídico por medio del cual se constituye la propiedad fiduciaria de un conjunto de derechos de propiedad u otros derechos reales o personales que son transmitidos por el fideicomitente al fiduciario para que los administre o ejerza de conformidad con las instrucciones contenidas en el fideicomiso, en beneficio de una persona (beneficiario), que es designada en el mismo, y la restituya al cumplimiento del plazo o condición al fideicomitente o la transmita al beneficiario. Podrá haber pluralidad de fideicomitentes y de beneficiarios.

⁹³⁹ Artículo 3 Ley 17.703: Habilitación de inversiones. Cuando el fideicomiso tenga por fin la realización de una obra pública municipal, las intendencias municipales podrán constituirlo mediante la cesión de derechos de créditos de tributos departamentales, dándose cuenta a la junta departamental...

⁹⁴⁰ DE LOS MOZOS, José Luis, *“La teoría general del negocio jurídico: su oportunidad e importancia”*, Anuario de Derecho Civil, Tomo 39, Fascículo 3, julio-septiembre, Madrid, Instituto de Estudios jurídicos, pág. 788.

⁹⁴¹ En América, Estados Unidos y Canadá no recogen legalmente el concepto.

⁹⁴² GALGANO, Francesco, *“El negocio jurídico”*, Traducción de Francisco P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 36 y 46.

o revisionista del negocio jurídico, ya que en general los distintos autores critican la teoría desde un ámbito iusprivatista que entendemos no se aplica en el sector público. Así el desarrollo teórico de IHERING⁹⁴³ se refiere a la *culpa in contrahendo*; en su caso WINDSCHEID⁹⁴⁴, en la formación del contrato sostiene directamente la validez del negocio en los casos en que la divergencia entre voluntad y declaración se debiera a dolo o culpa del declarante; LEHMANN⁹⁴⁵, por su parte, defiende la declaración de voluntad en su faz externa y objetiva como el elemento vital del negocio donde tampoco existiría, a nuestro criterio, aplicación del reparo que pone más modernamente BETTI⁹⁴⁶ (1945) al dogma de la voluntad, visto que la decisión del negocio jurídico en la Administración supone un procedimiento que, de ser cumplido, da presunción de validez incontrovertida. Entendemos que el contrato no puede ser el único modelo a utilizar en nuestros días y que el negocio jurídico como construcción teórica no responde al paradigma de las relaciones jurídicas tradicionales centradas en el contrato⁹⁴⁷, lo que permite ampliar la visión del instituto del fideicomiso público. GIRALDI en el derecho argentino ha definido el fideicomiso como “un negocio jurídico consistente en la afectación de un patrimonio a un propósito determinado en beneficio de alguien y en el encargo a un sujeto ajeno a la finalidad de realizar los actos tendientes a su cumplimiento”⁹⁴⁸.

Tomamos aquí ese superconcepto de negocio jurídico que trasciende al contrato que opera como instrumento de coordinación y rescatamos el concepto de FERRARA del negocio como manifestación de voluntad dirigida a

⁹⁴³ IHERING, Rudolf von, traductor Meulenaere, O. de, “*De la culpa in contrahendo des dommages interets dans les conventions nulles ou restées imparfaites* (1860) ».

⁹⁴⁴ WINDSCHEID, Bernardo, traductores Fadda, Carlo y Bensa, Paolo, “*Diritto della Pandette*”, Turín, Unione Topográfica, 1930, Tomo I.

⁹⁴⁵ LEHMANN, Heinrich, y HEDEMANN, J.W., “*Tratado de Derecho Privado*”, Revista de Derecho Privado, 1955/1958, Tomo I, pág. 219.

⁹⁴⁶ BETTI, Emilio, “*Teoría general del acto jurídico*”, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, España, 2000, pág. 50.

⁹⁴⁷ MONTI, José Luis, “*La teoría del negocio jurídico - Vicisitudes y permanencia*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1997-C, pág. 1147.

⁹⁴⁸ GIRALDI, Pedro Mario, “*Fideicomiso (Ley 24.441)*”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998, página 21.

un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico⁹⁴⁹. Creemos, como señalaba SAVIGNY, que el axioma central del negocio jurídico radica en la fuerza creadora de la voluntad, que es lo único relevante y eficaz, de modo que la manifestación que la exterioriza es sólo un epifenómeno⁹⁵⁰ y supone como indicaba LARENZ un carácter jurídico apriorístico⁹⁵¹.

Dice ESPARZA que la caracterización del fideicomiso como negocio jurídico hace que se apliquen a este instituto todos aquellos aspectos de la teoría general del negocio jurídico que sean pertinentes según las circunstancias como por ejemplo las normas sobre vicios de los actos jurídicos y nulidad de los actos jurídicos⁹⁵².

Cuando se analiza la naturaleza jurídica es fundamental estudiar la esencia de las relaciones jurídicas que se crean en el propio seno del fideicomiso que nos permiten ir más allá en el criterio de un patrimonio sin titular o un patrimonio separado que es difícil de aceptar cuando de cuestiones públicas se trata⁹⁵³. Para el nacimiento del negocio jurídico es necesario que las partes establezcan un mínimo de efectos jurídicos que fijan el tipo de negocio y, por ende, las normas que a éste deben aplicarse⁹⁵⁴. Así podemos establecer que las partes

⁹⁴⁹ CARIOTA FERRARA, Luigi citado por MONTI, José Luis, *“La teoría del negocio jurídico - Vicisitudes y permanencia”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1997-C, pág. 1147.

⁹⁵⁰ SAVIGNY, M.F.C. de, *“Sistema de Derecho Romano Actual”*, traductores Jacinto Mesía y Manuel Poley, Góngora y Cía. Editores, Madrid, 1879, t. III, pág. 258.

⁹⁵¹ LARENZ, Karl, traductor Izquierdo y Macías-Picavea, Miguel, *“Derecho Civil. Parte General”*, EDERSA, Madrid, 1978, pág. 450.

⁹⁵² ESPARZA, Gustavo Américo, *“El fideicomiso. Introducción a un estudio comparado de su legislación en Argentina, México y Panamá”*, Ediciones GOWA, Buenos Aires, 2006, pág. 48.

⁹⁵³ LÓPEZ PARDIÑAS, Manuel, en MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (dirección y coordinación), *“Homenaje a Don Antonio Hernández Gil”*, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001. *“Trust y Derecho Civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad”*, pág. 1551.

⁹⁵⁴ DE LOS MOZOS, José Luis, *“Causa y tipo en la teoría general del negocio jurídico”*, Revista de Derecho Privado, Volumen 54, enero-diciembre 1970, Madrid, pág. 742.

intervinientes en todo fideicomiso público, a nuestro criterio y conforme lo definido, son⁹⁵⁵:

a) el fiduciante: que es el Estado, en general titular de los bienes o fondos objeto de transmisión fiduciaria. Esto no impide que los particulares, juntamente con el Estado, sean fiduciantes y que además se aporten bienes pertenecientes a dichos particulares.

b) el fiduciario: que suele ser una entidad pública o privada a la que se le transmiten los bienes en propiedad fiduciaria y asume el deber de cumplir con determinado objeto (la encomienda fiduciaria).

c) el Comité de Administración, o de Dirección, Técnico o similar, que es el responsable del cumplimiento de los objetivos del fideicomiso y que no siempre aparece en el fideicomiso público pero es común en las jurisdicciones que tienen legislación que regule como tal al fideicomiso público como México.

d) los beneficiarios que son ciudadanos o sectores económicos que reciben los beneficios. A veces el beneficiario suele ser el propio Estado.

e) el fideicomisario o beneficiario final: la mayoría de las veces es el Estado el que recibe finalmente los bienes a la terminación del fideicomiso y resulta el beneficiario final.

Nos atrae la idea de un “patrimonio público separado”, es decir, un conjunto de bienes y derechos afectados a un fin de interés público donde el Estado fiduciante concurre en la propiedad de los bienes fideicomitidos con el fiduciario elegido. Sabemos que esta postura tiene el riesgo de introducirse en las discusiones de la teoría del doble efecto o del desdoblamiento de la titularidad formal o material que se pueden agudizar en el caso del fideicomiso público, por su carácter estatal. Pero creemos que la decisión pública de creación de un

⁹⁵⁵ LENARDON, Fernando Roberto, *“Fideicomiso gubernamental”*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 113.

fideicomiso público así como la suscripción del instrumento constitutivo del fideicomiso entre el fiduciante y el fiduciario puede zanjar esta discusión. El contenido inmediato de carácter real supone para el Derecho Español una norma, en principio, preordenada de carácter obligatorio, que se refiere a la propiedad de las bienes y supone una diferencia con el carácter contractual con base en su función económico social⁹⁵⁶. Advertimos aquí que la propiedad fiduciaria no nace necesariamente de un contrato fiduciario como tampoco el contrato fiduciario produce siempre el efecto constitutivo de la propiedad fiduciaria como indicaba GALGANO al estudiar la fiducia en el marco del negocio jurídico⁹⁵⁷.

El orden jurídico otorga validez a un negocio bajo determinadas circunstancias, condiciones y requisitos y en este caso desde dos planos. El primero referido a la norma de creación que supone la necesidad de una voluntad eficiente, libre de vicios y exteriorizada adecuadamente. El segundo plano que supone que en este negocio el fin procurado respete el orden jurídico y sea relevante para el Derecho. Además en el ámbito material o contenido de las estipulaciones, el negocio debe estar completamente acotado por la licitud, el orden público, la moral, las buenas costumbres y la buena fe⁹⁵⁸. Volvemos a destacar aquí que el fideicomiso público siempre tiene por objeto el interés público y los beneficiarios son determinados conforme el mismo.

La decisión pública válida de la Administración que dé origen a un fideicomiso público como voluntad suficiente que crea el negocio jurídico, para que sea tal, deberá contemplar que:

a) El Fiduciante sea el Estado o entes públicos conjuntamente con personas o

⁹⁵⁶ DE LOS MOZOS, José Luis, “Causa y tipo en la teoría general del negocio jurídico”, Revista de Derecho Privado, Volumen 54, enero-diciembre 1970, Madrid, pág. 748.

⁹⁵⁷ GALGANO, Francesco, “El negocio jurídico”, Traducción de Francisco P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 441.

⁹⁵⁸ MONTI, José Luis, “La teoría del negocio jurídico - Vicisitudes y permanencia”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1997-C, pág. 1147.

entes privados;

b) El Fiduciario sea técnicamente competente;

c) El Patrimonio Fideicomitado, los bienes y recursos, públicos o privados, sean transmitidos en propiedad fiduciaria conforme a la normativa vigente;

d) Los lineamientos de gestión de la finalidad fiduciaria se dirijan a la satisfacción de intereses públicos;

e) El plazo o condición al que el fideicomiso esté sometido sea determinado;

f) Se fijen los controles administrativos a los que debe estar sometido;

g) Se establezcan las causales de extinción, y que,

h) Los Beneficiarios sean personas físicas y/o jurídicas, destinatarios del objeto del fideicomiso, aunque pueden estar indeterminadas, y que la comunidad sea la beneficiaria final⁹⁵⁹.

Cuando la Administración suscribe un contrato *a posteriori* de la decisión normativa de constituir un fideicomiso consideramos esta forma contractual como tipificada, si tiene regulación legal⁹⁶⁰; pero si así no fuere, se configuraría como un contrato atípico medido y adecuado al fin perseguido por la Administración⁹⁶¹, por lo que preferimos hablar de una relación obligacional y

⁹⁵⁹ GÓMEZ DE LA LASTRA, Manuel C, “*El Estado fiduciante*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-E, pág. 1311.

⁹⁶⁰ CARREGAL, Mario A., “*El fideicomiso: su aplicación desde la sanción de la ley 24.441*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-B, pág. 1165-1170.

⁹⁶¹ LÓPEZ PARDIÑAS, Manuel, en MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (dirección y coordinación), “*Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*”, Volumen II, Editorial Centro de

real no encasillada en la definición tradicional de contrato. VILLAGORDOA LOZANO indica que en el fideicomiso público la celebración del contrato es una fase dentro de un proceso, toda vez que existe un procedimiento jurídico *sui generis* que se inicia en el acto jurídico que da viabilidad al fideicomiso (ley o decreto) y continúa con la suscripción del contrato que se sujetará estrictamente a lo que determine ese acto jurídico antecedente⁹⁶².

En los países del *Common Law* se constituyen *trusts* públicos por razones de utilidad pública o interés general, que se someten a la tutela del Estado⁹⁶³. Aquí el interés público se incorpora a la causa, lo que entendemos sucede en todos los casos de fideicomiso público. Sin embargo, existe dualidad en el régimen jurídico aplicable, según las cuestiones de la estructura del instrumento fiduciario que se analicen. Esta dualidad normativa aleja al fideicomiso público de la naturaleza jurídica de los contratos privados y lo acerca de alguna manera al contrato administrativo. Sin embargo no lo identifica con él en su totalidad, por lo que hay que considerarlo una figura particular donde no se advierte una relación bilateral -sino más bien multilateral⁹⁶⁴-con relación con la cantidad de partes intervinientes con funciones distintas que originan derechos y obligaciones⁹⁶⁵; sin resultar siempre oneroso. Surgen algunos temas no menores, como son la titularidad de los bienes fideicomitados, la responsabilidad de los bienes, los derechos de los beneficiarios, la insuficiencia

Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001. *“Trust y Derecho Civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad”*, pág. 1551.

⁹⁶² Proyecto de Ley, Expediente 2718-D-2006, Trámite parlamentario 56, *“Régimen para la constitución y funcionamiento del Fideicomiso Público”*, presentado por Luis Alberto Galvalisi, año 2006, Partido Demócrata Progresista de la República Argentina, Centro de Estudios Socio Económicos Nacionales y Regionales “Dr. Lisandro de la Torre”, Director-Coordenador: Victorio Arístides Torrecilla en sus fundamentos.

⁹⁶³ ARESPACOHAGA, Joaquín de, *“El “trust”, la fiducia y figuras afines”*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 36.

⁹⁶⁴ LÓPEZ PARDIÑAS, Manuel, en MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (dirección y coordinación), *“Homenaje a Don Antonio Hernández Gil”*, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001. *“Trust y Derecho Civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad”*, pág. 1545.

⁹⁶⁵ DE SOLAS RAFECAS, José María, *“Contratos administrativos y contratos privados de la Administración”*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.

del patrimonio para el cumplimiento de la finalidad⁹⁶⁶. Todos estos temas abren innumerables interrogantes y cuestionamientos que servirán de base para la ampliación de este tema en una futura investigación; porque si intentamos respuestas a estos temas en este trabajo, perderemos su objetivo que ha sido el de dar un panorama acabado del fideicomiso público en el marco de su aparición y utilización en el mundo jurídico público.

6.2. Elementos esenciales

La existencia y validez del fideicomiso público supone determinados elementos personales y reales con características particulares que, a nuestro criterio, son esenciales⁹⁶⁷ y definen la relación bajo análisis y su naturaleza. Consideramos que el estudio estructuralmente conveniente es el utilizado para el estudio del fideicomiso privado en la Primera Parte de este trabajo, por lo que recurriremos al mismo orden de desarrollo de contenidos sustanciales: personales, reales y teleológicos. Ello no sólo nos permitirá conocer los fundamentos de la figura en el ámbito público sino la puntualización de las diferencias esenciales cuando el esquema fiduciario es utilizado por la Administración Pública.

6.2.1. Elementos Personales

En todo negocio jurídico hay un elemento subjetivo: y aquí la Administración debe necesariamente intervenir en su constitución, si no no habrá fideicomiso

⁹⁶⁶ LÓPEZ PARDIÑAS, Manuel, en MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (dirección y coordinación), *“Homenaje a Don Antonio Hernández Gil”*, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001. *“Trust y Derecho Civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad”*, pág. 1552.

⁹⁶⁷ ALBI, Fernando, *“Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 55 y en 56 mencionando a GENDIN.

público⁹⁶⁸, como ya hemos enunciado. Separadamente trataremos cada uno de los sujetos intervinientes, así en primer lugar el Estado como fiduciante que es el que le da esencia pública a este fideicomiso; luego el fiduciario y los beneficiarios.

6.2.1.1. El Estado como fiduciante o fideicomitente

Prácticamente todos los actos que produce la Administración Pública constituyen el ejercicio de una potestad (reglamentaria, jerárquica, disciplinaria, ejecutiva y jurisdiccional); por lo que corresponderá en cada caso analizar si los sujetos estatales intervinientes gozan de potestad suficiente para que su actuación genere efectos jurídicos. Vale recordar aquí que “la competencia desempeña en el Derecho Público una función similar a la capacidad en el Derecho Privado”; resultando ser la facultad del órgano estatal para emitir el acto administrativo correspondiente que, si falta, determina su nulidad absoluta sin posibilidades de saneamiento⁹⁶⁹.

Puede participar en la constitución del fideicomiso público tanto la Administración General del Estado, una o varias Comunidades Autónomas, Provincias, Municipios o Administraciones institucionales no estatales. Existen experiencias a nivel nacional, provincial y municipal de fideicomisos donde interviene el Estado nacional, provincial o municipal, ya sea en forma directa o a través de alguna persona jurídica pública⁹⁷⁰. En fin, el Estado resulta la figura

⁹⁶⁸ BARBOZA PEÑALVA, Claudio, “*Primeras reflexiones sobre el fideicomiso público*”, Ley de la República Oriental del Uruguay 17.703 de octubre de 2003, publicado en www.docstoc.com/docs/3184316 el 22 de diciembre de 2008.

⁹⁶⁹ CASSAGNE, Juan Carlos, “*La transmisión de derechos personales y reales en el derecho administrativo. Relaciones con el Código Civil*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1984-B, pág. 741. En igual sentido al referirse a la capacidad de la Administración ALBI, Fernando, “*Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo*”, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 58.

⁹⁷⁰ HEINDL, Ema, “*Guía metodológica sobre Fuentes de financiamiento aplicable a nivel municipal*”, Dirección Nacional de Desarrollo Urbano, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, República Argentina, Julio de 2004, pág. 35.

central en su constitución⁹⁷¹. En México sólo podrá ser fiduciante en el fideicomiso público el Estado⁹⁷² y no los entes descentralizados. En cambio la doctrina argentina considera que además del Estado cualquier corporación pública puede constituir un fideicomiso público⁹⁷³. Conforme lo expuesto por ALBI creemos que las municipalidades podrían constituir fideicomisos públicos en España, si fuere posible conformarlos normativamente, toda vez que tienen la facultad de contratar y de gobernar su propio patrimonio⁹⁷⁴. Recordemos que cuando los municipios ejecutan actos de administración patrimonial cumplen los fines de su competencia privativa de “gobierno, fomento, dirección y administración de los intereses peculiares de los pueblos, sean de índole moral o material”⁹⁷⁵. Para ello deben tener, como el resto de los sujetos nombrados, una habilitación legal; porque no olvidemos que “la desviación de poder supone que el acto administrativo, aun cuando pueda estar revestido de legalidad extrínseca, nació con vicio de nulidad por no responder en su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa”⁹⁷⁶ y por ello puede ser impugnado.

De acuerdo a lo hasta aquí manifestado, debe entonces tomarse en consideración cuál es el sujeto que impulsa la constitución del fideicomiso público, la naturaleza de la tarea que desarrolla, las reglas de organización y

⁹⁷¹ LENARDON, Fernando Roberto, *“Fideicomiso gubernamental”*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 13.

⁹⁷² Artículo 3 de la Ley de Instituciones Bancarias de México: El Sistema Bancario Mexicano estará integrado por el Banco de México, las instituciones de banca múltiple, las instituciones de banca de desarrollo, el Patronato del Ahorro Nacional y los fideicomisos públicos constituidos por el Gobierno Federal para el fomento económico, así como aquellos que para el desempeño de las funciones que la ley encomienda al Banco de México, con tal carácter se constituyan.

⁹⁷³ MAURY de GONZÁLEZ, Beatriz (directora), *“Tratado teórico práctico de fideicomiso”*, Editorial Ad-hoc S.R.L, Buenos Aires, 2004.

⁹⁷⁴ ALBI, Fernando, *“Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág.11.

⁹⁷⁵ ALBI, Fernando, *“Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 12.

⁹⁷⁶ MORELL OCAÑA, Luis, *“La personificación y otorgamiento de “status” en el Derecho Administrativo. Rasgos generales del “status” de los entes administrativos”*, RAP, Revista de Administración Pública, Números 100-102, Enero-diciembre 1983, pág. 995.

funcionamiento, el origen de la dotación y de los recursos, el grado y tipo de controles que lo afectan⁹⁷⁷. Así con el análisis de estos elementos se podrá determinar la validez del acto de creación.

En el fideicomiso público es evidente que la Administración no podrá ejercer su potestad disciplinaria ni su función tutelar; como lo hace generalmente en la explotación de servicios de su exclusiva competencia. Tampoco podrá modificar el fideicomiso unilateralmente; salvo que se hubiera hecho reserva sobre el particular⁹⁷⁸ en el instrumento de constitución. En cambio, subsistirá, a nuestro criterio, su potestad de investigar la situación de los bienes o derechos de su propiedad transferidos al fideicomiso⁹⁷⁹ y podrá exigir al fiduciario que dé cumplimiento al encargo y a las obligaciones que le fueron impuestas por el fideicomiso e iniciar las acciones de responsabilidad que pudieran corresponder, siendo éstos los derechos que generalmente se reserva puntualmente el fiduciante en la suscripción del contrato de fideicomiso⁹⁸⁰.

Normalmente el Estado está presente en la estructuración inicial del fideicomiso público y particularmente cuando se constituye en dos fases: una, como primer tramo de obtención de fondos, en general con un fideicomiso financiero y, otra segunda fase cuando se organiza un fideicomiso de administración. En algunos de estos casos de fideicomisos financieros públicos

⁹⁷⁷ MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, *“Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales”*, Fundació Carles Pi I Sunyer d’Estudis Autònomic i Locals, Barcelona, 2005, pág. 14.

⁹⁷⁸ ALBI, Fernando, *“Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 19. En ese sentido AICEGA indica que resulta lógica la reserva de determinados derechos de modo análogo a la reserva que generalmente efectúa el *settlor* en el *trust* conforme ABREU, Gustavo Albano; BALBIN, Sebastián y AICEGA, María Valentina (coordinadores), *“Estudios de Derecho Comercial moderno. En homenaje al Profesor Dr. Osvaldo R. Gómez Leo”*, Primera Edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007. *“Fideicomiso y cumplimiento de la sindicación de acciones”* por Valentina Aicega, pág. 161.

⁹⁷⁹ SOSA WAGNER, Francisco, *“Manual de Derecho Local”*, Séptima edición (revisada, ampliada y puesta al día), Editorial Aranzadi SA, Navarra, 2002, pág. 192.

⁹⁸⁰ ABREU, Gustavo Albano; BALBIN, Sebastián y AICEGA, María Valentina (coordinadores), *“Estudios de Derecho Comercial moderno. En homenaje al Profesor Dr. Osvaldo R. Gómez Leo”*, Primera Edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007. *“Fideicomiso y cumplimiento de la sindicación de acciones”* por Valentina Aicega, pág. 160.

se ha previsto la emisión de series de valores mobiliarios para ampliar el patrimonio fideicomitado con nuevos aportes de los inversores, donde el Estado ha encontrado en la obligación de suscribir parte de esos valores para mantener la seguridad de los mismos⁹⁸¹. La securitización descrita en la Primera Parte de este trabajo (en 4.3.) consiste en la emisión de títulos valores para cuyo repago se han afectado créditos o bienes, que permite movilizar créditos y activos descontando al inicio un flujo de fondos futuro generado con la realización de los bienes o créditos que constituyen el fondo afectado a la garantía⁹⁸². Los fideicomisos de administración, además, suelen ser utilizados por la Administración simplemente para el recupero de créditos de instituciones oficiales⁹⁸³.

El fideicomiso público puede evidenciar la ausencia de diferenciación entre el fiduciante y el fiduciario. En cualquier caso “los recursos sólo pueden ser aplicados o utilizados por el fiduciario, para el cumplimiento de lo dispuesto por el fiduciante en el contrato de fideicomiso, por eso es tan importante que la persona del fiduciante y del fiduciario estén perfectamente identificadas y sean absolutamente diferentes para evitar; de esta manera, riesgos que puedan ocasionar conflictos de intereses por confusión de roles, lo cual eliminaría la condición de seguridad y transparencia que debe mantenerse sólida y cristalina en cada fideicomiso”⁹⁸⁴.

En México la Ley Orgánica de la Administración Pública⁹⁸⁵ y la Ley Federal de

⁹⁸¹ LENARDON, Fernando Roberto, *“Fideicomiso gubernamental”*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 83.

⁹⁸² HEINDL, Ema, *“Guía metodológica sobre Fuentes de financiamiento aplicable a nivel municipal”*, Dirección Nacional de Desarrollo Urbano, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, República Argentina, Julio de 2004, pág. 35.

⁹⁸³ LENARDON, Fernando Roberto, *“Fideicomiso gubernamental”*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 12.

⁹⁸⁴ GELER, Laura; HAFFORD, Deborah, y SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Marcela, *“Riesgos de corrupción en Fideicomisos públicos. Medidas en pos de una mayor transparencia”*, Marzo de 2007, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, www.uca.edu.ar.

⁹⁸⁵ Artículo 45: Los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal y los fideicomisos públicos serán considerados como organismos auxiliares del Poder Ejecutivo y forman parte de la Administración Pública del Estado.

Entidades Paraestatales⁹⁸⁶ han dado un marco jurídico específico al fideicomiso público con el fin de evitar la creación anárquica y deformada del instituto. Esta ley no define el fideicomiso público, sino que da por sobreentendido su concepto. Para algunos autores, como KIPER y LISOPRAWSKI⁹⁸⁷, la ley mexicana es meramente enunciativa y no integral. En ese contexto existe un fideicomitente único del Gobierno Federal que es la Secretaría de Hacienda y Crédito Público⁹⁸⁸, a través de cuyo concurso se autorizan, incrementan o extinguen los fideicomisos públicos. Así los fideicomisos públicos mexicanos son entidades de la administración paraestatal y auxiliares del Poder Ejecutivo mejicano para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, excluyéndose las que no cumplan estos supuestos⁹⁸⁹.

Recordamos aquí que, además del elemento subjetivo, la forma es un elemento esencial de los actos administrativos⁹⁹⁰ y por ello el fideicomiso público debe respetar los principios formales establecidos normativamente, que resultan ser la exteriorización de la voluntad del sujeto público fideicomitente.

⁹⁸⁶ Ley Federal de Entidades Paraestatales. CAPITULO IV. De los Fideicomisos Públicos. ARTICULO 40: Los fideicomisos públicos que se establezcan por la Administración Pública Federal, que se organicen de manera análoga a los organismos descentralizados o empresas de participación estatal mayoritaria, que tengan como propósito auxiliar al Ejecutivo mediante la realización de actividades prioritarias, serán los que se consideren entidades paraestatales conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y quedarán sujetos a las disposiciones de esta Ley. Los Comités Técnicos y los directores generales de los fideicomisos públicos citados en primer término se ajustarán en cuanto a su integración, facultades y funcionamiento a las disposiciones que en el Capítulo V de esta Ley se establecen para los órganos de gobierno y para los directores generales, en cuanto sea compatible a su naturaleza.

⁹⁸⁷ KIPER, Claudio M., y LISOPRAWSKI, Silvio V., *“Tratado de fideicomiso”*, Editorial Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2004, pág. 539.

⁹⁸⁸ Ley Federal de Entidades Paraestatales. CAPITULO IV. De los Fideicomisos Públicos. ARTICULO 41.- El Ejecutivo Federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien será el fideicomitente único de la Administración Pública Federal Centralizada, cuidará que en los contratos queden debidamente precisados los derechos y acciones que corresponda ejercitar al fiduciario sobre los bienes fideicomitados, las limitaciones que establezca o que se deriven de derechos de terceros, así como los derechos que el fideicomitente se reserve y las facultades que fije en su caso al Comité Técnico, el cual deberá existir obligadamente en los fideicomisos a que se refiere el artículo anterior.

⁹⁸⁹ GÓMEZ DE LA LASTRA, Manuel C, *“El Estado fiduciante”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-E, pág. 1311.

⁹⁹⁰ ALBI, Fernando, *“Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 191.

6.2.1.2. El fiduciario

La actividad fiduciaria requiere de mucha confianza, profesionalismo y respaldo de la gestión, porque las responsabilidades asignadas al fiduciario son de considerable importancia. Si falla la figura del fiduciario, seguramente la imagen del instituto del fideicomiso decaería. Ello puede implicar problemas en su futura implementación, particularmente en el ámbito público. Es por eso que el ejercicio de la actividad fiduciaria debe tener un mínimo nivel de regulación para evitar actuaciones inadecuadas que puedan devenir perjudiciales para esta figura. Abrir las puertas para que cualquiera sea fiduciario, aun sin responsabilidad patrimonial ni estructura operativa adecuada, crea riesgadamente la posibilidad de que se celebren fideicomisos en condiciones precarias, donde sean indebidamente utilizados o puedan colapsar ante el menor inconveniente⁹⁹¹. Recordemos que algunos autores consideran que el Estado, al procurar el bienestar general, debe contratar con aquellos que revistan condiciones morales y patrimoniales satisfactorias⁹⁹². Se ha dicho que la clave que aleja la posibilidad de un fraude a la ley es la valía del fiduciario que, por su profesionalidad y probidad, no se prestaría, naturalmente, a un ejercicio viciado del encargo⁹⁹³. En este caso, al decir de RIVERO YSERN, el fiduciario colabora con la Administración para realizar fines públicos y de una época en la que se consideraba al contratista como titular de intereses antagónicos a los del Estado, hemos pasado a una situación donde sus intereses no son contrarios al interés del Estado y resulta ser un eficaz

⁹⁹¹ CARREGAL, Mario A., "El fideicomiso: su aplicación desde la sanción de la ley 24.441", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-B, pág. 1165-1170.

⁹⁹² Citando a MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", Tomo I, páginas 120 y siguientes., Buenos Aires, 1965, CASSAGNE, Juan Carlos, "La transmisión de derechos personales y reales en el derecho administrativo. Relaciones con el Código Civil", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1984-B, pág. 741.

⁹⁹³ LISOPRAWSKI, Silvio, "Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 1092.

asistente de la Administración⁹⁹⁴.

La *Public Trustee Act* del año 1906 ha creado una entidad pública para el ejercicio remunerado de la función de *trustee*, fiduciario, en aquellos supuestos especialmente determinados por la ley⁹⁹⁵.

El fiduciario, en todo fideicomiso, es sólo el administrador de bienes que no le pertenecen⁹⁹⁶ más que fiduciariamente, tal como en el caso de los representantes de la Administración que son siempre gestores de intereses ajenos⁹⁹⁷ y sus facultades son amplias de conformidad con los fines del fideicomiso⁹⁹⁸. Tiene sobre los bienes fideicomitidos los derechos propios del dueño con las limitaciones propias de la temporalidad característica de esta especie de dominio, las resultantes de la manda recibida del fiduciante y las que surgen de la naturaleza de los bienes recibidos fiduciariamente⁹⁹⁹.

Entendemos que no se podrá delegar el carácter de fiduciario ni total ni parcialmente salvo excepcionalmente si el fiduciario se encontrare autorizado para delegar sus funciones. En principio pareciera impensable que el fiduciario delegue funciones que le son propias, sin embargo, en muchos casos se le autoriza y hasta esta delegación puede resultar beneficiosa^{1000/1001}. Estamos

⁹⁹⁴ RIVERO YSERN, Enrique, "*La Interpretación del Contrato Administrativo*", Instituto García Oviedo, Sevilla, 1971, pág. 74.

⁹⁹⁵ ARESPACOCCHAGA, Joaquín de, "*El "trust", la fiducia y figuras afines*", Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 63.

⁹⁹⁶ VIRGOS SORIANO, Miguel, "*El Trust y el derecho español*", Primera Edición, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, 2006, pág. 63.

⁹⁹⁷ ALBI, Fernando, "*Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo*", Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 13.

⁹⁹⁸ ABREU, Gustavo Albano; BALBIN, Sebastián y AICEGA, María Valentina (coordinadores), "*Estudios de Derecho Comercial moderno. En homenaje al Profesor Dr. Osvaldo R. Gómez Leo*", Primera Edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007. "*Fideicomiso y cumplimiento de la sindicación de acciones*" por Valentina Aicega, pág. 162.

⁹⁹⁹ SCOCCO, Mónica, "*Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-D, pág. 1420.

¹⁰⁰⁰ Resolución General 555 de la Comisión Nacional de Valores de la República Argentina en reglamentación del artículo 6 de la ley 24.441 que autoriza la delegación con excepción de la

convencidos de que indistintamente se debe requerir la conformidad de la Administración, la que podría oponerse a la delegación con motivación suficiente para que la oposición no resulte discrecional ni arbitraria¹⁰⁰². La autorización otorgada para delegar, en su caso, no significa que el fiduciario responda automáticamente por los hechos culposos o dolosos del delegado, sin la propia culpa o dolo además de aquél, quien tiene obligación de vigilar al sustituto elegido (culpa *in vigilando* y culpa *in eligendo*)¹⁰⁰³. Si no se le otorgare al fiduciario la autorización expresa de delegación, entendemos que el mismo responderá por todas las consecuencias dañosas de la sustitución¹⁰⁰⁴. Es recomendable siempre el nombramiento de un fiduciario sustituto en el instrumento constitutivo del fideicomiso para garantizar la continuidad del mismo y el cumplimiento de su objeto¹⁰⁰⁵.

No cabe duda que la Administración puede otorgar a un sujeto del sector

custodia de los documentos que permiten al fiduciario el ejercicio de los derechos que tiene como titular del dominio fiduciario, mencionada por VASQUEZ, Rafael D., “*Temas actuales del fideicomiso financiero*”, Diario Jurídico El Derecho, Buenos Aires, Argentina, miércoles 23 de septiembre de 2009, pág. 2. Artículo 23 de las Normas de la Comisión Nacional de Valores de la República Argentina: “*El fiduciario podrá delegar la ejecución de las funciones de administración. En todos los casos el fiduciario es responsable por la gestión del subcontratante*”, citado por , Mario Oscar, “*El fideicomiso en general y el financiero*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2009-E, pág. 1177.

¹⁰⁰¹ Artículo 61 párrafo 2 de la ley mexicana reglamentaria del servicio bancario: “*..en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas se podrá prever la actuación de un comité técnico dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades,*” citado por CARREGAL, Mario A., “*Fideicomiso: Le malade imaginaire*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2009-F, pág. 959-967.

¹⁰⁰² CASSAGNE, Juan Carlos, “*La transmisión de derechos personales y reales en el derecho administrativo. Relaciones con el Código Civil*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1984-B, pág. 741.

¹⁰⁰³ KENNY, Mario Oscar, “*El fideicomiso en general y el financiero*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2009-E, pág. 1177. En igual sentido CARREGAL, Mario A., “*Fideicomiso: Le malade imaginaire*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2009-F, pág. 959-967.

¹⁰⁰⁴ CARREGAL, Mario A., “*Fideicomiso: Le malade imaginaire*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2009-F, pág. 959-967.

¹⁰⁰⁵ DE HOZ, Marcelo, “*Contrato de fideicomiso. Alternativa para emprendimientos urbanísticos y productivos*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-A, pág. 813-819.

privado la función de fiduciario¹⁰⁰⁶, pero deberá considerar las calidades personales entre las que se encuentran la idoneidad técnica y la capacidad financiera,¹⁰⁰⁷ y, por supuesto las inhabilitaciones o incompatibilidades administrativas para tomar a su cargo la función¹⁰⁰⁸. No parece razonable que el fiduciario pueda ser además beneficiario, ya que estaría afectada la transparencia de su gestión y surgiría un interés propio incompatible con la tarea que debe desarrollar¹⁰⁰⁹.

Con respecto al procedimiento necesario para la selección del fiduciario, en general las legislaciones no prevén disposiciones específicas en la materia, salvo indicar que es inevitable seguir un procedimiento para su designación¹⁰¹⁰, por lo que se deberán aplicar las normas generales en materia de contrataciones del Estado¹⁰¹¹ como concurso o licitación pública o privada¹⁰¹². A veces, incluso, se hace necesaria y hasta indispensable la profesionalización del fiduciario¹⁰¹³. Se observa la inexistencia de criterios objetivos de selección

¹⁰⁰⁶ CATUOGNO, Juan Luis, y, LISOPRAWski, Silvio, *“El denominado fideicomiso público existe pero no existe”*, Revista Jurídica La Ley, Sección Actualidad, Buenos Aires, Argentina, martes 27 de febrero de 2007, pág. 1.

¹⁰⁰⁷ CASSAGNE, Juan Carlos, *“La transmisión de derechos personales y reales en el derecho administrativo. Relaciones con el Código Civil”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1984-B, pág. 741.

¹⁰⁰⁸ ALBI, Fernando, *“Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 74.

¹⁰⁰⁹ DE HOZ, Marcelo, *“Aspectos contractuales e impositivos del fideicomiso inmobiliario”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, 11 de septiembre de 2009, pág. 2.

¹⁰¹⁰ Proyecto de Ley, Expediente 2718-D-2006, Trámite parlamentario 56, *“Régimen para la constitución y funcionamiento del Fideicomiso Público”*, presentado por Luis Alberto Galvalisi, año 2006, Partido Demócrata Progresista de la República Argentina, Centro de Estudios Socio Económicos Nacionales y Regionales “Dr. Lisandro de la Torre”, Director-Coordenador: Victorio Arístides Torrecilla, en su artículo 4 indicando el procedimiento de selección del fiduciario como elemento esencial de la ley de creación del fideicomiso público.

¹⁰¹¹ TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, Colaboración nacional, *“Fideicomisos, fondos y mandatos: rendición de cuentas y fiscalización”*, XVI Asamblea General de Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores, Tema I, 6 al 10 de noviembre de 2006, Quito, Ecuador.

¹⁰¹² MAURY de GONZÁLEZ, Beatriz (directora), *“Tratado teórico práctico de fideicomiso”*, Editorial Ad-hoc S.R.L, Buenos Aires, 2004, pág.334.

¹⁰¹³ DE HOZ, Marcelo, *“Aspectos contractuales e impositivos del fideicomiso inmobiliario”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, 11 de septiembre de 2009, pág. 1.

de fiduciarios por parte de la Administración¹⁰¹⁴ en la mayoría de los fideicomisos públicos analizados en este trabajo, cualquiera sea la jurisdicción nacional de origen.

El denominado fideicomiso unilateral¹⁰¹⁵, donde el fiduciante asume el carácter de fiduciario parece incompatible con la esencia de la figura del fideicomiso público en los términos que la hemos definido¹⁰¹⁶, ya que la autocontratación es una institución desconocida en el Derecho Administrativo¹⁰¹⁷. Pese a ello, si la ley de creación del fideicomiso público no indica algo distinto, se supone que el administrador de recursos públicos con afectación específica no podría ser otro que el propio sector público, sea a través de un Organismo Descentralizado o por parte de algún organismo designado de la Administración Central u otro Órgano Competente. Nada obsta que esos recursos deban ser mantenidos en forma separada de los recursos de dicho Organismo; y eso es lo que sucede en la práctica en la mayoría de los fideicomisos públicos. He aquí un argumento cardinal, entre otros, que nos lleva a concluir que el fideicomiso público no es un contrato en el sentido clásico del concepto. En ambos casos la gestión se debe ajustar a las normas del Derecho Público, así como de la administración y control de los recursos y bienes públicos según corresponda. En caso de existir un Consejo de Administración, como indicamos en este capítulo en 6.1., no debe formar parte de la Administración, porque no sería

¹⁰¹⁴ GELER, Laura; HAFFORD, Deborah, y SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Marcela, *"Riesgos de corrupción en Fideicomisos públicos. Medidas en pos de una mayor transparencia"*, Marzo de 2007, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, www.uca.edu.ar.

¹⁰¹⁵ Cuando el artículo 2012 del Código Civil francés dice que "el fideicomiso deberá constituirse en forma expresa, sea por ley o por contrato" entendemos que la alusión a la forma "expresa" puede ser entendida como que se descarta a los fideicomisos tácitos, implícitos, conocidos en el derecho anglosajón y que descarta, al igual que la ley argentina 24.441, el llamado fideicomiso unilateral aquí mencionado. Con relación, KIPER, Claudio M, y LISOPRAWSKI, Silvio, *"La ley francesa de fideicomiso"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 983.

¹⁰¹⁶ DE HOZ, Marcelo, *"Aspectos contractuales e impositivos del fideicomiso inmobiliario"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, 11 de septiembre de 2009, pág. 2.

¹⁰¹⁷ MAHILLO SANTOS, Juan, *"La gestión afianzada"*, Revista de Estudios de la Vida Social, Sección Doctrinal, Año XVIII, Número 104, marzo-abril 1959, pág. 195.

posible garantizar la independencia configurándose una especie de intervencionismo que desvirtúa el espíritu de la constitución del fideicomiso¹⁰¹⁸.

En Francia, según el artículo 2011 del Código Civil¹⁰¹⁹ que incorpora la fiducia en el año 2007, se prevé en forma expresa que pueden ser uno o varios los fiduciarios. En este país no están legislados los fideicomisos públicos pero esta norma nos hace reflexionar sobre la posibilidad de la pluralidad de fiduciarios en un fideicomiso público. En la República Argentina, si bien la ley 24.441 se refiere al fiduciario en singular, la doctrina entiende que también es posible que sean más de uno, ya que lo que no está prohibido está permitido e interpretan que ello es compatible con el tratamiento del dominio fiduciario de esa ley y del Código Civil argentino. Ya advertimos en la Primera Parte de este trabajo que no parece que la pluralidad de fiduciarios sea conveniente, porque generaría un caso de condominio de indivisión forzosa y serios problemas de disfuncionalidad en el fideicomiso¹⁰²⁰. En algunos fideicomisos financieros argentinos, sean públicos o privados, se observa la designación de cofiduciarios y así resulta que un fiduciario encabeza la titularidad de la propiedad fiduciaria y otro asume sólo funciones de administración, sin propiedad fiduciaria, lo que muestra una irregularidad dentro del esquema típico que venimos desarrollando y resulta inconveniente desde el punto de vista operativo particularmente en circunstancias litigiosas.

En los fideicomisos públicos deben precisarse expresamente en su constitución las obligaciones co-recíprocas o bilaterales, que regirán las relaciones jurídicas entre el Estado, como fiduciante y quien es investido como fiduciario¹⁰²¹. En la

¹⁰¹⁸ SCOCCO, Mónica, en *“Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-D, pág. 1417-1425.

¹⁰¹⁹ Se define allí la fiducia como la operación mediante la cual uno o varios constituyentes transfieren bienes, derechos o garantías o un conjunto de bienes, derechos o garantías, presentes o futuros a uno o varios fiduciarios que, teniéndolos separados de su patrimonio propio, actúan con un fin determinado en provecho de uno o varios beneficiarios.

¹⁰²⁰ KIPER, Claudio M, y, LISOPRAWSKI, Silvio, *“La ley francesa de fideicomiso”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 983.

¹⁰²¹ GÓMEZ DE LA LASTRA, Manuel C, *“El Estado fiduciante”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-E, pág. 1311.

legislación mexicana, para este tipo de fideicomisos existen los "comités técnicos", que actúan de manera similar a la de los consejos de administración de las sociedades anónimas, como hemos anticipado, con funciones determinadas¹⁰²² en el instrumento de constitución del fideicomiso, que indican los asuntos que requieren de la aprobación del consejo técnico o de administración para el ejercicio de las acciones y derechos que correspondan al fiduciario, limitando de esta manera las facultades del mismo¹⁰²³. Esto supondrá entonces la limitación, pero no la desaparición, de la responsabilidad que le cabe al fiduciario que administre y disponga de los bienes fideicomitados según las instrucciones, por ejemplo, de un Consejo de Administración que lo acompaña. La responsabilidad será en todo caso compartida, en la medida de las atribuciones que la ley o acto administrativo de creación del fideicomiso público hubieran asignado a uno u otro o superpuesto en las funciones. En la República Argentina el Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional, creado por la ley 24.855 y reglamentado por el decreto 924/97 como ya se ha descrito¹⁰²⁴, ordena la conformación de un fideicomiso e instituye como fiduciario al Banco de la Nación Argentina^{1025/1026}, pero las limitaciones

¹⁰²² La Ley Federal de Entidades Paraestatales dispone que "la institución fiduciaria deberá abstenerse de cumplir las resoluciones que el comité técnico dicte en exceso de las facultades expresamente fijadas por el fiduciante, o en violación a las cláusulas del contrato de fideicomiso, debiendo responder de los daños y perjuicios que se causen, en caso de ejecutar actos en acatamiento de acuerdos dictados en exceso de dichas facultades o en violación al citado contrato" conforme LISOPRAWski, Silvio, *"Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 1092.

¹⁰²³ GÓMEZ DE LA LASTRA, Manuel C, *"El Estado fiduciante"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-E, pág. 1311.

¹⁰²⁴ Ver apartado 6. 1.

¹⁰²⁵ Según la Cuenta de Inversión del año 2.004, la participación del Banco de la Nación Argentina en el total de fideicomisos públicos de la Administración Nacional era del 92,30%. MANZANO, C. Graciela, *"Fiducia Pública, la experiencia Argentina"*, XV° Congreso Latinoamericano de Fideicomiso (COLAFI-FELABAN), 2005 indicado por LISOPRAWski, Silvio, *"Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 1092.

¹⁰²⁶ SCOCCO, Mónica, en *"Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-D, pág. 1417-1425, opina que el "Banco de la Nación Argentina, en los hechos y a tenor del restringido espacio de actuación que las normas se ocuparon de darle, aquél termina por ser un mero mandatario que cumple el encargo específico dado por el Consejo de Administración".

impuestas al fiduciario son de tal entidad que resulta un simple mandatario del fondo con un dominio fiduciario vacío de todo poder como propietario; por ello entendemos que las responsabilidades recaen principalmente en el Consejo de Administración del fondo, el cual debe instruir al banco, en este caso, acerca del manejo y destino de los bienes fideicomitidos. Este Consejo, conforme la norma citada, ejerce además la supervisión y el control del fiduciario. Así el fiduciario resulta un sujeto pasivo contra todo lo aquí descrito como su función en el instituto del fideicomiso¹⁰²⁷ y suscribe, en definitiva, casi un contrato de adhesión¹⁰²⁸.

Los fiduciarios se deben someter a las exigencias de responsabilidad tanto civil como penal establecida en la legislación para los administradores privados, si así correspondiera, y arrastrar por añadidura la responsabilidad de las autoridades encargadas de controlar a estos gestores sometidos a normas que vienen del Derecho Privado, si así resulta necesario. De ser funcionarios públicos, su conducta será juzgada aplicándose las normas pertinentes de Derecho Público.

Para algunos autores, se considera esencial analizar, en determinadas materias, la competencia específica de los distintos organismos estatales de modo de potenciar sus actividades como fiduciarios especializados¹⁰²⁹ y adherimos a dicha opinión que permitiría el aprovechamiento de talentos desarrollados en el ámbito público. Valga como ejemplo útil que en la República Argentina, por el expediente número 61620/01 del Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales se tramitó un proyecto de decreto que perseguía transformar al Fondo de Fomento Cinematográfico, con sustento en la ley

¹⁰²⁷ LISOPRAWski, Silvio, “*Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 1092. En igual sentido KIPER, Claudio M., y LISOPRAWski, Silvio V., “*Tratado de fideicomiso*”, Editorial Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2004, pág. 552.

¹⁰²⁸ ALBI, Fernando, “*Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo*”, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 16.

¹⁰²⁹ GÓMEZ DE LA LASTRA, Manuel C., “*El Estado fiduciante*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-E, pág. 1311.

25.414, en un fondo fiduciario donde el referido Instituto ejercería las funciones de fiduciario, dada su especialidad.

Sin embargo, para nosotros, uno de los riesgos más importantes en este tipo de estructuras consiste en que la propia Administración Pública fiduciante se convierta en fiduciaria, casi como ocurre cuando una persona, siendo fundadora, asume el ejercicio del Protectorado sobre la fundación¹⁰³⁰. Creemos que podría subsanarse esta circunstancia que promueve la falta de transparencia y de gestión, si se atribuyera la función fiduciaria a un órgano administrativo distinto de aquel que ha sido fiduciante o que ha transmitido los bienes fideicomitidos y se agudicen los controles en el funcionamiento del fideicomiso. El Estado Nacional, el fiduciario y el Consejo de Administración, si correspondiere, no deben confundirse¹⁰³¹; porque éste es un modo de asegurar transparencia en la gestión fiduciaria.

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 públicos¹⁰³². Las sanciones por incumplimiento de los deberes de información se encuentran establecidas en las leyes administrativas y entonces, además de su remoción, el fiduciario será susceptible de llamados de atención, apercibimiento, multas, suspensión de la nómina de proveedores del Estado, entre otras¹⁰³³. En México la revocación de

¹⁰³⁰ GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge. *“Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la constitución española”*, RAP, Revista de Administración Pública, Número 155, mayo-agosto, 2001, pág. 143.

¹⁰³¹ SCOCCO, Mónica, en *“Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-D, pág. 1417-1425.

¹⁰³² RECART BUSTOS, Dora, y CASTRO ZEMBO, Héctor, Contraloría General de la República de Chile, *“Fideicomisos; rendición de cuentas y fiscalización”*, XVI Asamblea General de la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores, Tema I, 6 al 10 de noviembre de 2006, Quito, Ecuador.

¹⁰³³ MAURY de GONZÁLEZ, Beatriz (directora), *“Tratado teórico práctico de fideicomiso”*, Editorial Ad-hoc S.R.L, Buenos Aires, 2004, pág. 356.

cada fideicomiso público es facultad exclusiva del gobierno federal¹⁰³⁴. Es de interés recordar que AICEGA indica que la irrevocabilidad del fideicomiso privado fue regulada en forma primigenia por la hoy derogada ley panameña basada en el Proyecto del año 1920 redactado por Ricardo ALFARO, el padre del fideicomiso latinoamericano¹⁰³⁵.

En la Primera Parte de este trabajo hemos indicado que es frecuente en la constitución de los *trusts* nombrar un *protector, enforcer o tutor* que es el sujeto que se encarga del control de la actuación del fiduciario y el cumplimiento del encargo del fiduciante¹⁰³⁶. Encontramos apropiado que esta figura exista en el fideicomiso público tal como se prevé que exista en la fiducia privada francesa por el artículo 2017 del Código Civil Francés, conforme la inclusión del año 2007, donde se puede encomendar a un tercero la preservación de los intereses del fiduciante en la ejecución del contrato¹⁰³⁷. El ejercicio de la fiscalización por un sujeto independiente garantizaría no sólo el cumplimiento acabado de la manda fiduciaria, sino la protección de los bienes públicos y la certeza de la satisfacción del interés general.

6.2.1.3. Los beneficiarios

El concepto dominante de interés general está principalmente conformado por la búsqueda de satisfacción de las necesidades colectivas de la población que

¹⁰³⁴ KIPER, Claudio M., y LISOPRAWski, Silvio V., “*Tratado de fideicomiso*”, Editorial Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2004, pág. 540.

¹⁰³⁵ ABREU, Gustavo Albano; BALBIN, Sebastián y AICEGA, María Valentina (coordinadores), “*Estudios de Derecho Comercial moderno. En homenaje al Profesor Dr. Osvaldo R. Gómez Leo*”, Primera Edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007. “*Fideicomiso y cumplimiento de la sindicación de acciones*” por Valentina Aicega, pág. 159.

¹⁰³⁶ Ver punto 2.2.1. Sujetos.

¹⁰³⁷ KIPER, Claudio M, y, LISOPRAWski, Silvio, “*La ley francesa de fideicomiso*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 982.

comprende una idea de igualdad social que guía constitucionalmente el diseño de las políticas sociales y económicas¹⁰³⁸.

El Estado no tiene, ni puede tener, el monopolio del bien público y todos los sujetos están llamados a colaborar en la mejor gestión social de éste¹⁰³⁹. La Administración no puede, materialmente, generar situaciones de monopolio destinadas a satisfacer las necesidades de interés general y, además, asegurarse que la respuesta que brinda en cada caso sea adecuada porque ello es realmente imposible¹⁰⁴⁰. No obstante tiene la obligación de utilizar la mayor cantidad de herramientas a su alcance para intentar hacerlo. Hablamos de monopolio, porque ya ORTEGA y GASSET veía como amenaza para la civilización, “como el mayor peligro, que el Estado absorbiera la espontaneidad social, es decir, la anulación de la espontaneidad histórica, que, para él, en definitiva sostenía, nutría y empujaba los destinos humanos”¹⁰⁴¹. Pero éste es un capítulo aparte que involucra un análisis cuidadoso del entramado político y social que ha sido motivo de estudio en nuestro Trabajo de Grado de Salamanca y que tenemos voluntad de ampliar y armonizar con la presente investigación en el futuro.

A nuestro criterio, los beneficiarios deben ser descriptos de manera clara y transparente en todos los casos¹⁰⁴², porque son los acreedores de los

¹⁰³⁸ MALARET I GARCÍA, Elisenda, “*Servicios Públicos, funciones públicas, garantía de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 145, 1998, pág. 63 y 73.

¹⁰³⁹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “*De la gestión interesada a las cláusulas de interesamiento*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 36, septiembre-diciembre 1961, pág. 96.

¹⁰⁴⁰ MORELL OCAÑA, Luis, “*La personificación y otorgamiento de “status” en el Derecho Administrativo. Rasgos generales del “status” de los entes administrativos*”, RAP, Revista de Administración Pública, Números 100-102, Enero-diciembre 1983, pág. 988.

¹⁰⁴¹ ORTEGA Y GASSET, José, “*La rebelión de las masas*”, Círculo de lectores, Buenos Aires, Argentina, 1985, pág. 107.

¹⁰⁴² ARESACOCHAGA, Joaquín de, “*El “trust”, la fiducia y figuras afines*”, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 109.

beneficios del patrimonio especial y pueden exigir, eventualmente, sus derechos dentro de los límites establecidos en el fideicomiso¹⁰⁴³.

El fiduciario puede ser beneficiario, exclusivo o no, del fideicomiso. El tema ha sido muy discutido ya en las distintas legislaciones privadas referidas al fideicomiso. En Francia, el fiduciario puede ser beneficiario, exclusivo o no del fideicomiso. En la República Argentina la ley de fideicomiso no lo contempla expresamente pero la doctrina entiende que no es una posibilidad que la ley permita; y la considera inconveniente, porque entiende que se produciría un conflicto de intereses y afectaría la neutralidad, independencia o lealtad que deben guiar la actuación del fiduciario, e indica que la situación podría dar lugar a abusos por parte del mismo¹⁰⁴⁴. Sin embargo en los fideicomisos públicos argentinos se admite que podrán ser uno o varios los beneficiarios vinculados al ámbito estatal coincidiendo el fiduciario con el beneficiario. La legislación mexicana permite al fiduciario, en determinadas condiciones, ser beneficiario de la manda encomendada¹⁰⁴⁵.

Nos parece más convincente la tesis que no admite la coincidencia de roles entre fiduciario y beneficiario; porque la clave está en el deber de lealtad, pero principalmente en la necesidad de evitar un conflicto de intereses, posición difícil de sostener en el ámbito público. En la jurisprudencia inglesa en el caso "Nestlé v. National Westminster Bank Plc.", del año 1994, y en "Cowan v. Scargill", del año 1984, se demandó al fiduciario precisamente por violar el deber de imparcialidad; y en la doctrina norteamericana se ha considerado que si el fiduciario y único beneficiario son una misma persona, no existe *trust*. Sin embargo el fundamento en este caso reside mayormente en la doctrina de la

¹⁰⁴³ ABREU, Gustavo Albano; BALBIN, Sebastián y AICEGA, María Valentina (coordinadores), "Estudios de Derecho Comercial moderno. En homenaje al Profesor Dr. Osvaldo R. Gómez Leo", Primera Edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007. "Fideicomiso y cumplimiento de la sindicación de acciones" por Valentina Aicega, pág. 165.

¹⁰⁴⁴ KIPER, Claudio M, y, LISOPRAWSKI, Silvio, "La ley francesa de fideicomiso", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 982.

¹⁰⁴⁵ ESPARZA, Gustavo Américo, "El fideicomiso. Introducción a un estudio comparado de su legislación en Argentina, México y Panamá", Ediciones GOWA, Buenos Aires, 2006, pág. 82.

fusión de la propiedad de equidad con la legal¹⁰⁴⁶, como se ha explicado en la Primera Parte de este trabajo¹⁰⁴⁷; y ello discurre en el ámbito privado y no en el público. Podemos observar en el caso del F.F.F.I.R.¹⁰⁴⁸, citado en 6.1., que sus beneficiarios son las provincias argentinas adherentes, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Estado Nacional. Para acceder al financiamiento del organismo se dispuso un plazo perentorio para que las distintas jurisdicciones adhirieran al régimen estatuido por la citada ley 24.855 y así la totalidad de las provincias argentinas, como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, formularon, en tiempo y forma, su adhesión a dicha norma convirtiéndose de ese modo en una Ley Convenio de naturaleza eminentemente federal, como ya se ha indicado¹⁰⁴⁹. El fideicomisario, el destinatario o beneficiario final de los bienes; una vez cumplido el plazo resolutorio, será el Estado Nacional¹⁰⁵⁰. En caso de no preverse beneficiario final o fideicomisario en el fideicomiso público, debería indicarse para los fideicomisos integrados total o parcialmente con bienes y/o fondos del Estado que el fideicomisario sea siempre el Estado¹⁰⁵¹.

No hay duda de que los deberes del fiduciario son para con los beneficiarios¹⁰⁵² pero en los “*Purpose Trusts*”, con posible finalidad específica pública, a veces no existen propiamente beneficiarios y se nombra a una persona legitimada para el reclamo del cumplimiento del fin¹⁰⁵³. En el contexto del derecho

¹⁰⁴⁶ KIPER, Claudio M, y, LISOPRAWSKI, Silvio, “*La ley francesa de fideicomiso*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 984.

¹⁰⁴⁷ Punto 1.1.2.

¹⁰⁴⁸ Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional.

¹⁰⁴⁹ SCOCCO, Mónica, “*Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-D, pág. 1418.

¹⁰⁵⁰ SCOCCO, Mónica, “*Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-D, pág. 1417-1425.

¹⁰⁵¹ SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN, “*Evaluación del sistema de control interno del Ministerio de Economía en el año 2002*”, República Argentina, pág 45.

¹⁰⁵² VIRGOS SORIANO, Miguel, “*El Trust y el derecho español*”, Primera Edición, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, 2006, pág. 20.

¹⁰⁵³ VIRGOS SORIANO, Miguel, “*El Trust y el derecho español*”, Primera Edición, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, 2006, pág. 21.

anglosajón parece apropiada la existencia de este sujeto específico, pero en el resto de los sistemas jurídicos, particularmente en el ámbito público, habrá que respetar el mecanismo instrumental de cada jurisdicción para encauzar los reclamos de los beneficiarios.

Recordemos que hemos indicado que en algunas legislaciones se diferencia un cuarto sujeto: el fideicomisario, que será en definitiva quien reciba para sí los bienes en última instancia una vez concluido el fideicomiso, es decir, una suerte de beneficiario final¹⁰⁵⁴. En el *trust* se denomina “*beneficiario de capital*”¹⁰⁵⁵.

6.2.2. Elementos Reales

En el fideicomiso público serán objetos fiduciarios bienes de dominio público o privado del Estado¹⁰⁵⁶, tales como dinero en efectivo, derechos derivados de la recaudación tributaria a través de tasas, impuestos y contribuciones; fondos provenientes de organismos internacionales de crédito; acciones; títulos de deuda; inmuebles; entre otros¹⁰⁵⁷. No encontramos inconveniente para que además de la Administración sean terceros, inicialmente ajenos al fideicomiso público, los que también aporten bienes de su propiedad a los fines de la

¹⁰⁵⁴ Ver 2.2.1.

¹⁰⁵⁵ DE ARESPACOCCHAGA, Joaquín, “*El “trust”, la fiducia y figuras afines*”, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 63.

¹⁰⁵⁶ Proyecto de Ley, Expediente 2718-D-2006, Trámite parlamentario 56, “*Régimen para la constitución y funcionamiento del Fideicomiso Público*”, presentado por Luis Alberto Galvalisi, año 2006, Partido Demócrata Progresista de la República Argentina, Centro de Estudios Socio Económicos Nacionales y Regionales “Dr. Lisandro de la Torre”, Director-Coordenador: Victorio Arístides Torrecilla, artículo 1: “el fideicomiso público toma su carácter como tal cuando el Estado Nacional, como fiduciante, transmita la propiedad fiduciaria de **bienes de su dominio público o privado** a un fiduciario establecido en la ley especial de creación para que éste la ejerza en beneficio de quien se designe en dicha norma y la transmita, al cumplimiento de un plazo o condición, a quien ella se determine”.

¹⁰⁵⁷ GELER, Laura; HAFFORD, Deborah, y SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Marcela, “*Riesgos de corrupción en Fideicomisos públicos. Medidas en pos de una mayor transparencia*”, Marzo de 2007, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, www.uca.edu.ar.

constitución de un patrimonio fiduciario¹⁰⁵⁸. Entendemos que esta situación podría ser considerada similar a la colaboración público-privada dentro del espíritu del complejo régimen jurídico de la ley 30 del año 2007¹⁰⁵⁹. Recordemos que a pesar de las dificultades de la crisis financiera global y de la validación necesaria para cada proyecto, en España, la colaboración público-privada (CPP)¹⁰⁶⁰, como instrumento para el diseño, ejecución y explotación de infraestructuras públicas, ha presentado indudables ventajas que permitieron potenciar su empleo en los últimos años¹⁰⁶¹; en virtud de su flexibilidad¹⁰⁶². La auténtica interacción de instituciones y fórmulas públicas y privadas constituye la verdadera estructura socioeconómica global al decir de MORISI¹⁰⁶³.

La idea de crear un patrimonio de afectación o patrimonio especial aparece como predominante en el fideicomiso, así como en el acto fundacional para el fundante en una fundación¹⁰⁶⁴; y es por ello precisamente que la dotación patrimonial debe “*ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines*”

¹⁰⁵⁸ LENARDON, Fernando Roberto, “*Fideicomiso gubernamental*”, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 137.

¹⁰⁵⁹ BRUNETE DE LA LLAVE; María Teresa, “*Los contratos de colaboración Público-Privada en la ley de contratos del Sector Público*”, Editorial La Ley, Madrid, 2009.

¹⁰⁶⁰ Conforme DE LA CUETARA las siglas son PPP en su original inglés Public-Private Partnership que técnicamente traducido sería Asociación Público-Privada que se ajusta más a la idea de su forma original en el *Common Law* totalmente diversa en España; ya que no supone la búsqueda de socios activos por parte de la Administración sino que se encorseta en una forma contractual compleja. DE LA CUETARA, Juan Miguel, “*La participación público-privada en España tras la Ley de Contratos del Sector Público del 30/10/2007*”, Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, Año 20, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 661-671.

¹⁰⁶¹ Diario El País, día 14 de noviembre de 2010.

¹⁰⁶² RIVERO ORTEGA, Ricardo, “*La nueva regulación de los contratos públicos en España*”, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, Año 20, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 637.

¹⁰⁶³ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, “*La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos 50 años*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 150, septiembre-diciembre 1999, pág. 263 y cita (14).

¹⁰⁶⁴ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “*La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público*” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “*Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica*”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 226.

¹⁰⁶⁵ del fideicomiso. La jurisprudencia mexicana ha destacado esta constitución de un patrimonio autónomo diverso de los patrimonios propios de las partes, cuya titularidad se le concede al fiduciario¹⁰⁶⁶. Recordemos que hemos planteado en la Parte General que este patrimonio de afectación tiene como efecto la recepción de un principio de la doctrina y la legislación alemana que produce una excepción a la teoría de la unidad del patrimonio¹⁰⁶⁷. Una característica fundamental es el aislamiento del patrimonio transferido objeto del fideicomiso que resulta inembargable¹⁰⁶⁸.

Se requiere un elemento objetivo sobre el cual se ejerza la voluntad estadual para el aporte de bienes de su pertenencia¹⁰⁶⁹ al fideicomiso público. En el caso del F.F.F.I.R.¹⁰⁷⁰ en la República Argentina, citado en 6.1., los bienes fideicomitados son las acciones del Banco Hipotecario Nacional (en adelante BHN) que se privatiza, con excepción de las acciones que hubiese conservado el Estado Nacional¹⁰⁷¹, y el producido de su venta, además y adicionalmente,

¹⁰⁶⁵ Artículo 10 Ley 30/1994 mencionado por VAQUER CABALLERÍA, Marcos, *“Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”*, Marcial Pons, 1999, pág. 82.

¹⁰⁶⁶ Amparo de revisión 769/84, Unitas, S.A. de C.V, 26 de agosto de 1986, mayoría de 17 votos. Ponente: Felipe López Contreras. Disidentes: Mariano Azuela Güitrón, Atanasio González Martínez y Ulises Schmill Ordóñez citado por VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *“Doctrina General del Fideicomiso”*, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 360.

¹⁰⁶⁷ ESPARZA, Gustavo Américo, *“El fideicomiso. Introducción a un estudio comparado de su legislación en Argentina, México y Panamá”*, Ediciones GOWA, Buenos Aires, 2006, pág. 54.

¹⁰⁶⁸ IX SEMINARIO NACIONAL DE TESORERÍA GENERALES, Conclusiones, Neuquén, República Argentina, 14 de mayo de 2003, pág. 2.

¹⁰⁶⁹ ALBI, Fernando, *“Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 86.

¹⁰⁷⁰ Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional.

¹⁰⁷¹ SUBSECRETARIA DE PRESUPUESTO, Oficina Nacional de Presupuesto, Secretaria de Hacienda, Ministerio de Economía y Producción, República Argentina, *“Ejecución presupuestaria de los fondos fiduciarios del Estado Nacional”*, Primer Trimestre de 2006, pág. 18.

más los recursos que le asignen el Estado Nacional, las provincias y los organismos internacionales y la renta y los frutos de los activos del BHN¹⁰⁷².

En el marco del fideicomiso público es fundamental conocer el régimen jurídico de los bienes que conformarán el patrimonio fiduciario y los requisitos necesarios para transferirlos¹⁰⁷³, así como si se encuentran dentro de la esfera de competencia de quien los transmite¹⁰⁷⁴ para la validez de la conformación patrimonial. Al constituirse un fideicomiso público transmitiendo bienes del dominio del Estado es necesario hacerlo de acuerdo al régimen patrimonial de la Administración Pública¹⁰⁷⁵, sean éstos bienes inmuebles, muebles, derechos reales, valores mobiliarios, créditos, vehículos, semovientes u otros registrables o no. Estos bienes deberían obrar en el Inventario¹⁰⁷⁶ estatal y en el caso de los fondos deberá hacerse la asignación dentro de los límites del Presupuesto¹⁰⁷⁷ respetando los extremos pertinentes. Todo lo relativo a los bienes transmitidos en propiedad fiduciaria indudablemente se rige por las leyes de Presupuesto y Administración financiera respectivas, salvo que se disponga algo particular en la ley de creación del fideicomiso¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷² SCOCCO, Mónica, *“Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-D, pág. 1417-1425.

¹⁰⁷³ BARBOZA PEÑALVA, Claudio, *“Primeras reflexiones sobre el fideicomiso público”*, Ley de la República Oriental del Uruguay 17.703 de octubre de 2003, publicado en www.docstoc.com/docs/3184316 el 22 de diciembre de 2008.

¹⁰⁷⁴ ALBI, Fernando, *“Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 87.

¹⁰⁷⁵ TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, Colaboración nacional, *“Fideicomisos, fondos y mandatos: rendición de cuentas y fiscalización”*, XVI Asamblea General de Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores, Tema I, 6 al 10 de noviembre de 2006, Quito, Ecuador.

¹⁰⁷⁶ SOSA WAGNER, Francisco, *“Manual de Derecho Local”*, Séptima edición (revisada, ampliada y puesta al día), Editorial Aranzadi SA, Navarra, 2002, pág. 191.

¹⁰⁷⁷ ALBI, Fernando, *“Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 17 y 82 en igual sentido.

¹⁰⁷⁸ Proyecto de Ley, Expediente 2718-D-2006, Trámite parlamentario 56, *“Régimen para la constitución y funcionamiento del Fideicomiso Público”*, presentado por Luis Alberto Galvalisi, año 2006, Partido Demócrata Progresista de la República Argentina, Centro de Estudios Socio Económicos Nacionales y Regionales “Dr. Lisandro de la Torre”, Director-Coordenador: Victorio Arístides Torrecilla en su artículo 7.

En el fideicomiso público se transfieren bienes del dominio público o privado del Estado o bien se afectan fondos públicos que luego conforman un patrimonio separado que será administrado por el fiduciario, siguiendo las instrucciones detalladas en su constitución. Será de vital importancia entonces conocer el régimen jurídico de los bienes que se transmiten y los requisitos que serán necesarios para efectuar su traspaso¹⁰⁷⁹, tal como lo hemos indicado. Según el autor mexicano VILLAGORDA LOZANO, podrían admitirse los fideicomisos que mantengan el régimen del dominio público a la vez que son fideicomitidos.

Recordemos aquí que el Código Civil Español en su artículo 338 indica lacónicamente¹⁰⁸⁰ que los bienes son de dominio público o de propiedad privada¹⁰⁸¹. Inmediatamente el artículo 339 de dicho Código¹⁰⁸² incluye los siguientes grupos:

a) Los bienes destinados al uso público, como los caminos, los ríos y torrentes, los puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos.

b) Los que pertenecen privativamente al Estado sin ser de uso común y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio y las minas mientras que no se otorgue su concesión.

¹⁰⁷⁹ BARBOZA PEÑALVA, Claudio, *“Primeras reflexiones sobre el fideicomiso público”*, Ley de la República Oriental del Uruguay 17.703 de octubre de 2003, publicado en www.docstoc.com/docs/3184316 el 22 de diciembre de 2008.

¹⁰⁸⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis, *“Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”*, Volumen Primero, Cuarta Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pág. 161.

¹⁰⁸¹ Artículo 338 del Código Civil Español: Los bienes son de dominio público o de propiedad privada.

¹⁰⁸² Artículo 339 del Código Civil Español: Son bienes de dominio público:

1º Los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos.

2º Los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras que no se otorgue su concesión.

Hay también bienes de uso público de las provincias y de los pueblos, como son los caminos provinciales y los vecinales, las plazas, calles, fuentes y aguas públicas, los paseos y las obras públicas o de servicio general, costeadas por los mismos pueblos o provincias¹⁰⁸³.

Conforme esta normativa se deberá realizar un especial análisis de las características de los bienes públicos a transferir para determinar la habilitación legal para su transmisión, ya que se puede tratar de bienes de dominio público no transferibles así como de bienes patrimoniales¹⁰⁸⁴ o extrapatrimoniales¹⁰⁸⁵. En el Derecho Administrativo la intransmisibilidad de los derechos es la regla para la transmisión del derecho de propiedad del Estado sobre bienes del dominio público natural y se condiciona generalmente su transmisión a la aprobación previa de la Administración Pública¹⁰⁸⁶. Admitiendo que no cabe la titularidad de bienes de dominio público por sujetos de Derecho Privado, sólo será válida la aportación de un derecho real sobre esos bienes distinto del derecho real de dominio¹⁰⁸⁷ o bien deberán ser aportados luego de su

¹⁰⁸³ Artículos 343 y 344 del Código Civil Español conforme DÍEZ-PICAZO, Luis, *“Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”*, Volumen Primero, Cuarta Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pág. 161. Artículo 343: Los bienes de las provincias y de los pueblos se dividen en bienes de uso público y bienes patrimoniales. Artículo 344: Son bienes de uso público, en las provincias y los pueblos, los caminos provinciales y los vecinales, las plazas, calles, fuentes y aguas públicas, los paseos y las obras públicas de servicio general, costeadas por los mismos pueblos o provincias. Todos los demás bienes que unos y otros posean, son patrimoniales y se regirán por las disposiciones de este Código, salvo lo dispuesto en leyes especiales.

¹⁰⁸⁴ SOSA WAGNER, Francisco, *“Manual de Derecho Local”*, Séptima edición (revisada, ampliada y puesta al día), Editorial Aranzadi SA, Navarra, 2002, pág. 189, quien aclara que la distinción es polémica e indica que los bienes patrimoniales son aquellos de propiedad de las Corporaciones locales que no están destinados al uso público ni afectados a prestación de servicios públicos pero que pueden constituir ingresos para la Corporación.

¹⁰⁸⁵ En referencia a LAURENT se indica aquellos bienes que están fuera del comercio, inalienable e imprescriptibles pero susceptibles de ser objeto de contratación en ALBI, Fernando, *“Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 91.

¹⁰⁸⁶ CASSAGNE, Juan Carlos, *“La transmisión de derechos personales y reales en el derecho administrativo. Relaciones con el Código Civil”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1984-B, pág. 741.

¹⁰⁸⁷ Por ejemplo, la cesión de uso, conforme SOSA WAGNER, Francisco, *“Manual de Derecho Local”*, Séptima edición (revisada, ampliada y puesta al día), Editorial Aranzadi SA, Navarra, 2002, pág. 196.

desafectación¹⁰⁸⁸, ya que no pueden enajenarse, gravarse ni permutarse sin autorización suficiente¹⁰⁸⁹. Los bienes del dominio público del Estado están integrados por bienes corporales o incorporales, inmuebles o muebles, pertenecientes a cualquier entidad estatal, destinados al uso público¹⁰⁹⁰. Estas personas públicas tienen sobre estos bienes un derecho de propiedad pública con un régimen jurídico que difiere del derecho de propiedad privada que surge de la especial situación de indisponibilidad de dichos bienes a causa del uso público al que se asignan, por ello son indisponibles, inalienables, inembargables e imprescriptibles y generalmente están sometidos a regímenes especiales. Como consecuencia de la inalienabilidad de los bienes dominiales para que puedan ser objeto de un fideicomiso público, éstos deberán perder la calidad de tales, es decir, ser desafectados del dominio público y sustraídos al uso público al que estaban destinados¹⁰⁹¹. Se debe tener en cuenta que conforme la Sentencia de 2 de febrero de 1981 (RTC 1981,4) del Tribunal Constitucional citada por SOSA WAGNER los bienes comunales, en particular, tienen una especial naturaleza jurídica por lo que la Constitución hace una referencia específica a los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad que deben iluminar su normativa¹⁰⁹².

Al decir de MALARET I GARCIA “la teoría jurídica se construye desde y para la Administración, pero de una Administración que, parangonando una

¹⁰⁸⁸ ORTÍZ VAAMONDE, Santiago, *“El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros”*, La Ley, 2004, pág. 152. En igual sentido MAURY de GONZÁLEZ, Beatriz (directora), *“Tratado teórico práctico de fideicomiso”*, Editorial Ad-hoc S.R.L., Buenos Aires, 2004, pág. 340.

¹⁰⁸⁹ SOSA WAGNER, Francisco, *“Manual de Derecho Local”*, Séptima edición (revisada, ampliada y puesta al día), Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2002, pág. 196 en especial referencia a los bienes pertenecientes a las Comunidades Autónomas.

¹⁰⁹⁰ Se llama uso común al que corresponde por igual a todos los ciudadanos conforme SOSA WAGNER, Francisco, *“Manual de Derecho Local”*, Séptima edición (revisada, ampliada y puesta al día), Editorial Aranzadi SA, Navarra, 2002, pág. 194.

¹⁰⁹¹ GUIRIDLIAN LAROSA, Javier D., *“El fideicomiso público como técnica de financiación contractual administrativa”*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003, pág. 549 considera que resulta inviable la transferencia de un bien de dominio público a un fideicomiso si no ha sido desafectado previamente.

¹⁰⁹² SOSA WAGNER, Francisco, *“Manual de Derecho Local”*, Séptima edición (revisada, ampliada y puesta al día), Editorial Aranzadi SA, Navarra, 2002, pág. 190.

definición utilizada por la Constitución Española de 1978, está al servicio del interés general, de los ciudadanos titulares de derechos y libertades fundamentales”¹⁰⁹³, por ello no es admisible que bienes públicos sean excluidos de su régimen natural sin respetar los procedimientos que obligan a su protección cometiendo un verdadero fraude a la ley.

El artículo 340 del Código Civil Español¹⁰⁹⁴ indica que todos los demás bienes pertenecientes al Estado tienen el carácter de propiedad privada.

El régimen de los bienes del dominio privado del Estado es distinto del régimen de los bienes dominiales. Su régimen no es igual que el régimen de Derecho Privado aplicable a los particulares y para disponer de ellos, normalmente, se requiere una ley que confiera al órgano administrativo esa potestad específica¹⁰⁹⁵. No cabe duda que los bienes de dominio privado del Estado se pueden transmitir fiduciariamente¹⁰⁹⁶. Recordemos aquí que el dominio fiduciario es imperfecto y no goza de los elementos característicos del dominio pleno y perfecto, es decir, perpetuidad, carácter absoluto y exclusivo en cuyos términos se transfieren los bienes del Estado ya sean de dominio público debidamente desafectados o de dominio privado. El dominio menos pleno o imperfecto carece de perpetuidad, dura un plazo determinado; no es absoluto, porque las facultades del fiduciario están expresamente indicadas en el fideicomiso y, por último, si bien es exclusivo, es de carácter transitorio¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹³ MALARET I GARCÍA, Elisenda, “*Servicios Públicos, funciones públicas, garantía de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 145, 1998, pág. 55.

¹⁰⁹⁴ Artículo 340 del Código Civil Español: Todos los demás bienes pertenecientes al Estado, en que no concurren las circunstancias expresadas en el artículo anterior, tienen el carácter de propiedad privada.

¹⁰⁹⁵ TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, Colaboración nacional, “*Fideicomisos, fondos y mandatos: rendición de cuentas y fiscalización*”, XVI Asamblea General de Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores, Tema I, 6 al 10 de noviembre de 2006, Quito, Ecuador.

¹⁰⁹⁶ KIPER, Claudio M., y LISOPRAWSKI, Silvio V., “*Tratado de fideicomiso*”, Editorial Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2004, pág. 546.

¹⁰⁹⁷ ESTÉVEZ CAMBRA, Sebastián, “*El fideicomiso. Una modalidad, el inmobiliario*”, Anales de legislación argentina, Boletín informativo, Año 2007, Número 6, Tomo LXVII-B, pág. II.

Esto permite caracterizarlo como derecho real de dominio, si bien imperfecto, dominio al fin¹⁰⁹⁸.

No se produce una desvinculación definitiva de los bienes que el Estado asigna al fideicomiso público, pues a su extinción es natural que se pretenda que se incorporen de nuevo al patrimonio del Estado. En el fideicomiso se produce la creación de un patrimonio especial, independiente de los patrimonios generales del fiduciante y del fiduciario, que es el elemento distintivo del instituto, esencial para su funcionamiento y el cumplimiento de sus fines; y este patrimonio especial tiene además un destino asignado para cuando se produzca la finalización del fideicomiso. Recordemos que cuando hablamos de propiedad fiduciaria, decimos que es la propiedad que temporariamente ejerce una persona física o jurídica, llamada fiduciario, y que le ha sido transmitida por otra persona física o jurídica, fiduciante, en base de una relación contractual nacida de la “confianza”¹⁰⁹⁹ que ambos se tienen. Ya hemos indicado que el patrimonio fiduciario tiene un único titular o propietario mientras exista el fideicomiso: el fiduciario¹¹⁰⁰ y éste ejerce el dominio fiduciario, que es un dominio imperfecto, como ya expresamos, porque está sometido a un plazo o una condición. El fiduciario no tiene el dominio pleno, porque sólo podrá efectuar con el bien lo que disponga específicamente el fideicomiso.

Hay quienes opinan que por razones de oportunidad o conveniencia y para satisfacer una necesidad pública, resulta posible constituir "Patrimonios Públicos de Afectación", es decir, separados de los Recursos de Rentas Generales¹¹⁰¹ y; por ello, si bien ya existen figuras, mecanismos o

¹⁰⁹⁸ SCOCCO, Mónica, “Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-D, pág. 1421.

¹⁰⁹⁹ El étimo de las palabras “fiducia” o “fideicomiso” es el vocablo latino *FIDES*, que significa “fe” o “confianza”.

¹¹⁰⁰ GOTLIEB, Verónica; VEZZONI, Malvina, y COPPOLETTA, Sebastián C., “El acreedor laboral frente al fideicomiso”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-F, pág. 917 y ss.

¹¹⁰¹ Proyecto de Ley, Expediente 2718-D-2006, Trámite parlamentario 56, “Régimen para la constitución y funcionamiento del Fideicomiso Público”, presentado por Luis Alberto Galvalisi, año 2006, Partido Demócrata Progresista de la República Argentina, Centro de Estudios Socio Económicos Nacionales y Regionales “Dr. Lisandro de la Torre”, Director-Coordenador: Victorio

procedimientos entre los cuales se puede optar, se pueden constituir fideicomisos públicos que resulten patrimonios de afectación y para ello sólo se necesita la debida legitimación a través de normas del Derecho Público que habiliten al Estado para:

(i) afectar a fines específicos determinados recursos y bienes públicos;

(ii) crear dentro del ámbito del propio sector público una estructura organizacional "ad hoc", a la cual se le afecta un determinado patrimonio, para su administración por el propio sector público, pero separado del resto de los recursos y bienes públicos, o bien,

(iii) transferir con el suficiente respaldo legal esos bienes y recursos para su administración separada, privada o pública, en cumplimiento de la finalidad pública de que se trate¹¹⁰².

Expresamente la legislación panameña en el artículo primero de la Ley 1 de 1984 indica que las "Entidades de Derecho Público podrán retener bienes propios en fideicomiso y actuar como fiduciarios de los mismos para el desarrollo de sus fines, mediante declaración hecha con las formalidades de esta Ley"¹¹⁰³.

De cualquier modo, dado que los bienes fideicomitados son entregados por la Administración General del Estado, una o varias Comunidades Autónomas,

Arístides Torrecilla artículo 2: "... Se lo reconoce como un patrimonio de afectación específica, separado e intangible, para la consecución del fin o los fines de los cuales fuera creado. Los bienes fideicomitados no integran el Tesoro Nacional ni el patrimonio del fiduciario. Los fideicomisos públicos, se organicen o no como fondos fiduciarios, se considerarán, a todos los efectos como medios auxiliares de la acción de gobierno en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional..."

¹¹⁰² CATUOGNO, Juan Luis, y, LISOPRAWski, Silvio, "El denominado fideicomiso público existe pero no existe", Revista Jurídica La Ley, Sección Actualidad, Buenos Aires, Argentina, martes 27 de febrero de 2007, pág. 1.

¹¹⁰³ ESPARZA, Gustavo Américo, "El fideicomiso. Introducción a un estudio comparado de su legislación en Argentina, México y Panamá", Ediciones GOWA, Buenos Aires, 2006, pág. 84.

Provincias, Municipios o Administraciones institucionales no estatales, la Administración debe realizar rigurosos controles sobre la dinámica de estos bienes que se entregan para formar el patrimonio fiduciario. La fiscalización estatal de esos bienes y su aplicación al fin perseguido resulta en estos casos esencial para la verdadera utilidad del instrumento fiduciario.

GÓMEZ DE LA LASTRA afirma que el fideicomiso público es una unidad jurídico-económica construida total o parcialmente con bienes del Estado o fondos públicos, cuya organización y funcionamiento se encomienda a un fiduciario, bajo el control de la Administración Pública¹¹⁰⁴. A nuestro criterio, tanto en el Derecho Público como en el ámbito del Derecho Privado, el fideicomiso resulta sólo una herramienta para la consecución de determinados fines¹¹⁰⁵ y como tal el resultado dependerá en última instancia de cómo se la use¹¹⁰⁶ y pueden aplicarse tanto a bienes públicos como privados, si se tratara de fideicomisos públicos de acuerdo al criterio que venimos enunciando.

6.2.3. El fin perseguido

Recordemos que la palabra administración proviene de las palabras latinas *ad* y *ministrare*, administrar y servir, respectivamente. Por ello cuando hablamos de administrar nos referimos a prestar servicios y, en particular, cuando se trata de la Administración estatal, es precisamente el Estado el que resulta el realizador de actividades para lograr un fin de satisfacción de intereses públicos¹¹⁰⁷. En este sentido los fideicomisos públicos se utilizan para el

¹¹⁰⁴ GÓMEZ DE LA LASTRA, Manuel C, “*El Estado fiduciante*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-E, pág. 1311 mencionando a VILLAGORDOA LOZANO, José M., “*Doctrina General del Fideicomiso*”, pág. 288 y ss., Méjico 1998.

¹¹⁰⁵ LISOPRAWSKI, Silvio, “*Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 1092.

¹¹⁰⁶ LISOPRAWSKI, Silvio, y DEL SEL, Juan María, “*Responsabilidad del Developer en el fideicomiso inmobiliario*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-A, pág. 652-667.

¹¹⁰⁷ GARCÍA OVIEDO, Carlos, “*Derecho Administrativo*”, Tomo I, Sexta edición por Enrique Martínez Usero, EISA, Madrid, 1957, pág. 3 y ss.

cumplimiento de funciones de carácter público y en general para actividades temporales fáciles de identificar y de aislar¹¹⁰⁸. La Administración puede servirse de ellos para realizar sus fines o para proveerse de los medios suficientes para alcanzarlos¹¹⁰⁹. En general el fideicomiso público tendrá como finalidad el fomento económico y social y la satisfacción de las necesidades generales¹¹¹⁰.

ALBI indica que el determinante de la actuación de la Administración es el interés público¹¹¹¹, por lo que no validamos la posición de FERNÁNDEZ DE VELASCO que ha afirmado que no existe causa en los contratos administrativos e indica que de existir, se confunde con el fin. Recordamos aquí, además, que, al decir de RODRIGUEZ-ARANA, la iniciativa pública en la vida económica debe ser determinada por el interés general ya que éste se dirige hacia la potenciación y robustecimiento de los derechos fundamentales¹¹¹². Para nosotros la causa-fin como elemento esencial de esta figura jurídica del fideicomiso público es el fin público perseguido. Éste contribuye al decir de VILLAR PALASÍ a su estabilidad dinámica, ya que el interés público procurado es su razón de ser y como tal permanece inalterable¹¹¹³.

¹¹⁰⁸ KIPER, Claudio M., y LISOPRAWSKI, Silvio V., *“Tratado de fideicomiso”*, Editorial Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2004, pág. 548.

¹¹⁰⁹ ALBI, Fernando, *“Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 26 mencionando la Sentencia de 2 de febrero de 1942.

¹¹¹⁰ GELER, Laura; HAFFORD, Deborah, y SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Marcela, *“Riesgos de corrupción en Fideicomisos públicos. Medidas en pos de una mayor transparencia”*, Marzo de 2007, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, www.uca.edu.ar.

¹¹¹¹ ALBI, Fernando, *“Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 98 donde desarrolla la postura de FERNÁNDEZ DE VELASCO.

¹¹¹² RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *“La privatización de la Empresa Pública”*, Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 42 y 54. En igual sentido este autor, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *“Caracterización constitucional de la ética pública. Con especial referencia al marco constitucional español”*, Revista Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, Suplemento del 29 de mayo de 2009, Volumen 2009-II, pág. 1344, indica que uno de los conceptos que más aparecen en la Constitución Española es precisamente el interés general.

¹¹¹³ DE SOLAS RAFECAS, José María, *“Contratos administrativos y contratos privados de la Administración”*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, pág. 43.

La afectación al cumplimiento del cometido acordado es la causa-fin y puede perseguir este tipo de fideicomiso público más de una causa fin, a saber:

- a) De garantía: asegura con la propiedad o su producido el cumplimiento de una obligación del fiduciario;
- b) De administración: el fiduciario debe administrar la propiedad transmitida para su guarda, conservación o cobro de rentas y posterior entrega del producido al beneficiario.
- c) De inversión: tiene la obligación de destinar los bienes a un fin predeterminado y la renta al beneficiario.
- d) De Traslación: cuando debe transmitir la titularidad de los bienes al fideicomisario.
- e) Otros cuya finalidad sea, por ejemplo, el desarrollo económico.

Al tratarse de un fideicomiso de la Administración siempre debe perseguir la realización de un fin lícito y de interés público¹¹¹⁴. La doctrina destaca lo ambiguo e impreciso del concepto de interés público por lo que hay que determinarlo, a nuestro criterio, en cada caso¹¹¹⁵ al momento de constitución del fideicomiso público. Para RODRIGUEZ-ARANA su definición probablemente admite diferentes entendimientos en función del módulo constitucional en el que nos encontremos¹¹¹⁶.

¹¹¹⁴ TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, Colaboración nacional, *“Fideicomisos, fondos y mandatos: rendición de cuentas y fiscalización”*, XVI Asamblea General de Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores, Tema I, 6 al 10 de noviembre de 2006, Quito, Ecuador.

¹¹¹⁵ CASSAGNE, Juan Carlos, *“La discrecionalidad administrativa”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-E, pág. 1056-1071.

¹¹¹⁶ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *“El concepto de derecho administrativo y la Constitución europea”*, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, Volumen 324, pág. 11.

Se constituye el fideicomiso público cuando ciertas necesidades sociales, estructurales o económicas necesitan un tipo de solución o apoyo urgente y temporal, conforme el condicionante político de cada momento¹¹¹⁷, y surge con estas características:

- 1) realización de actividades temporales de naturaleza concreta, fáciles de identificar y de aislar de cualquier otro tipo de relación administrativa;
- 2) necesidad de concentrar e independizar los bienes que la Administración Pública debe disponer y afectar a la realización del cometido temporal;
- 3) constitución de un patrimonio separado para la fácil consideración en un presupuesto de egresos o ingresos y por ello, en general, se trata principalmente de fideicomisos de financiamiento;
- 4) la responsabilidad del cumplimiento del fin público es exclusivamente del fiduciario designado y no de la Administración¹¹¹⁸.

Los intereses públicos a los que debe tender la actividad de la Administración son fijados en el primer momento por el legislador constitucional, pero en la actualidad el legislador no puede establecer exhaustivamente tales intereses, por lo que otorga a la Administración un margen de discrecionalidad para la posterior concreción de ellos¹¹¹⁹. Existen dominios de competencia primaria del

¹¹¹⁷ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *“La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos 50 años”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 150, septiembre-diciembre 1999, pág. 248.

¹¹¹⁸ LISOPRAWSKI, Silvio, *“Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 1092 citando a DÁVALOS MEJÍA.

¹¹¹⁹ CRESPO PÉREZ, Jorge, *“La formación de la voluntad de la Administración en a contratación pública”*, Trabajo de Grado de la Facultad de Derecho, Departamento de Derecho administrativo, financiero y procesal de la Universidad de Salamanca, 2002, pág. 32.

Estado, como son los derechos de las personas y de las instituciones creadas por las personas, y competencias secundarias como las de garantizar tales derechos y procurar las condiciones para que cada uno y cada institución creada para el bienestar general alcance sus fines, por su propia disposición y bajo su responsabilidad. Aquellas competencias primarias indicadas son exclusivas e intransferibles ¹¹²⁰ y los sujetos privados no podrán ejercerlas. Quedan al margen del fideicomiso público, evidentemente, aquellas funciones del Estado que habitualmente discurren alrededor de un concepto tan polémico como es la soberanía, es decir, Justicia, Defensa, Relaciones Exteriores, Moneda y Orden Público¹¹²¹.

Estamos convencidos de que existen actividades de interés social que mejoran las ventajas competitivas de una sociedad, como también su progreso; y pueden orientarse a través de figuras instrumentales eficientes como la del fideicomiso público. No existe una contradicción inherente entre mejorar el contexto competitivo y crear un compromiso sincero para mejorar una sociedad¹¹²², porque los objetivos económicos no están aislados del contexto social y pueden ser perfectamente integrados. Una de las obligaciones del Estado es ayudar a esa integración y el fideicomiso público ya ha sido probado como un medio eficiente para ello. Aquellas materias tales como la Enseñanza, Sanidad, Transportes, Comunicaciones, Cultura, Seguridad y Asistencia Social, entre otras, fueron asumidas por la Administración como propias y a veces como exclusivas, sin que realmente sean fines puramente públicos. Realmente estos asuntos podrían incuestionablemente ser gestionados de modo diverso a

¹¹²⁰ COCCA, Aldo Armando, *“Las Fundaciones. Del Derecho de la Antigüedad al moderno Derecho Internacional. Historia y Legislación en la República Argentina”*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, pág. 212.

¹¹²¹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *“La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos 50 años”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 150, septiembre-diciembre 1999, pág. 272.

¹¹²² PORTER, M.; KRAMER, M., *“The Competitive Advantage of Corporate Philanthropy”*, Harvard Business Review, Product Number 242 X, 2002, p. 14 analizado en el trabajo final de la Materia del Período de Investigación del Doctorado “Empresas y medio ambiente: nuevas perspectivas del régimen jurídico “ a cargo del Profesor Dr. Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA.

través de fideicomisos públicos para satisfacer una demanda que socialmente entiende que el Estado está obligado a cubrir¹¹²³.

Existe una Constitución económica dentro de la Constitución política, a la que responde el artículo 38 de la Carta Magna Española¹¹²⁴, que forma parte del conjunto de principios y líneas de inspiración sobre las cuales la actividad económica desarrollada en la sociedad da origen al llamado orden público económico fundamento de la economía social de mercado¹¹²⁵. Los objetivos sociales y económicos de la Administración Pública y de los ciudadanos están estrechamente relacionados y son múltiples, cambiantes y variables¹¹²⁶, por lo que es indispensable una fluida comunicación entre ambos sectores a los fines de plasmar comunitariamente la realización de dichos principios. Los medios utilizados para lograr ese objetivo no necesariamente entran en conflicto, sino que pueden integrarse y complementarse en perfecta sinergia, de modo que los particulares puedan participar activamente como fideicomitentes, fiduciarios y beneficiarios en los fideicomisos públicos.

Constitucionalmente hablando, el artículo 103.1 de la Constitución Española¹¹²⁷ establece que la Administración Pública es una organización servicial de interés general definido por la Ley y establece que ella sirve con objetividad a los intereses generales actuando de acuerdo con principios como los de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con

¹¹²³ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *“La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos 50 años”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 150, septiembre-diciembre 1999, pág. 272.

¹¹²⁴ Artículo 38 de la Constitución Española: Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

¹¹²⁵ Díez-Picazo, Luis, *“Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”*, Volumen Primero, Cuarta Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pág. 44.

¹¹²⁶ Rebollo Puig, Manuel, *“Derecho de la Administración Pública y Derecho Administrativo”*, Revista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, número 2, 2000, pág. 274.

¹¹²⁷ Artículo 103.1 de la Constitución Española: *“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.”*

sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, lo que supone un emblemático sistema de Estado legal de Derecho¹¹²⁸ donde la Administración puede actuar en cada caso de acuerdo con el ordenamiento que mejor le permita conseguir sus objetivos constitucionales; ya sea, el Derecho Administrativo, el Laboral, el Mercantil o el Civil¹¹²⁹. RODRIGUEZ-ARANA, citando a Otto MAYER, nos recuerda que el Derecho Constitucional pasa pero el Derecho Administrativo permanece¹¹³⁰. La posición jurídica de superioridad de la Administración, plasmada en potestades, prerrogativas y privilegios, sólo tiene justificación en cuanto sea una medida proporcionada para la consecución de los fines de interés general que tiene confiados¹¹³¹. Como ha dicho la doctrina, la Administración Pública no es una organización representante de la comunidad, sino puesta a su servicio¹¹³² y no dudamos en afirmar que la utilización del fideicomiso público como herramienta estructural contribuye a ello.

Algunos autores argentinos indican que en el marco de su legislación es suficiente que el Estado Nacional, como fiduciante, suscriba el contrato de fideicomiso de Derecho Privado sujeto a la ley 24.441 y que el objeto o finalidad de este fideicomiso irremediamente tiene por ello carácter público¹¹³³ y coincidimos en esa apreciación toda vez que en realidad se creará

¹¹²⁸ Refiriéndose al ejemplo español, CARNOTA, Walter F., *“El derecho a una buena Administración Pública”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Sección de Derecho Comparado, viernes 23 de octubre de 2009, pág. 3.

¹¹²⁹ RODRÍGUEZ-ARAMA MUÑOZ, Jaime, *“La vuelta al Derecho Administrativo (a vueltas con lo privado o lo público)”*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, Volumen 2005 Derecho Administrativo, pág. 541.

¹¹³⁰ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *“Caracterización constitucional de la ética pública. Con especial referencia al marco constitucional español”*, Revista Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, Suplemento del 29 de mayo de 2009, Volumen 2009-II, pág. 1344.

¹¹³¹ GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, *“Aspectos de la nueva regulación de las fundaciones culturales privadas”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 70, 1973, pág. 184 y 167 respectivamente.

¹¹³² GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *“Curso de Derecho Administrativo”*, vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, indicado por SOCÍAS CAMACHO, Joana M., *“Fundaciones en el sector público. En especial, el ámbito sanitario”*, Iustel, 2006, pág. 34.

¹¹³³ No siempre es posible diferenciar las cuestiones de derecho privado y las de derecho público por lo que ALBI aconseja un estudio detallado del objeto para lograr la separación de los mismos porque sin interés público no hay competencia pública. ALBI, Fernando, *“Los*

un fideicomiso privado de la ley 24.441, pero con una finalidad pública, porque el Estado procura fines de "utilidad pública" y esa creación fiduciaria no afecta en ese país garantías constitucionales. Nada obsta, a nuestro criterio, la creación de un fideicomiso con finalidad pública en la República Argentina¹¹³⁴, a pesar de que el instituto no esté contemplado en su legislación específicamente. Ya hemos indicado el caso de F.F.F.I.R.¹¹³⁵, fideicomiso citado en 6.1., donde se determinan fines específicos de interés público y resulta que una vez deducidos ciertos importes del patrimonio fiduciario para cancelar la deuda que el Banco Hipotecario Nacional tenía con el Banco Central de la República Argentina, el saldo resultante se destina con el cincuenta por ciento (50%) a la financiación de obras de infraestructura propuestas por el Estado Nacional y el otro cincuenta por ciento (50%) restante a proyectos propuestos por las provincias argentinas. Asimismo la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene garantizado un seis por ciento (6%) del total de la masa que le corresponde al Estado Nacional para las obras de infraestructura que proponga. El patrimonio del F.F.F.I.R. se destina, entonces, a la financiación de obras públicas de infraestructura económica y social¹¹³⁶ de las distintas Administraciones públicas intervinientes en este fideicomiso. Algunas de las obras más significativas financiadas por este Fondo fueron durante el año 2006 las siguientes¹¹³⁷:

- Establecimiento Penitenciario para Varones de la Ciudad de Cruz del Eje, Provincia de Córdoba con un importe ejecutado de \$ 9.832.156;
- Ampliación de la Cabecera, Pista y Plataforma del Aeropuerto de El

Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 41 y 45.

¹¹³⁴ CATUOGNO, Juan Luis, y, LISOPRAWSKI, Silvio, "El denominado fideicomiso público existe pero no existe", Revista Jurídica La Ley, Sección Actualidad, Buenos Aires, Argentina, martes 27 de febrero de 2007, pág. 1.

¹¹³⁵ Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional.

¹¹³⁶ SCOCCO, Mónica, "Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-D, pág. 1417-1425.

¹¹³⁷ SUBSECRETARIA DE PRESUPUESTO, Oficina Nacional de Presupuesto, Secretaria de Hacienda, Ministerio de Economía y Producción, República Argentina, "Ejecución presupuestaria de los fondos fiduciarios del Estado Nacional", Primer Trimestre de 2006, pág. 19.

Calafate, Provincia de Santa Cruz con un importe ejecutado de \$ 4.670.239;

- Pavimentación de la Avenida de Circunvalación Oeste y de la Avenida Mate de Luna en la Provincia de Tucumán con una ejecución de \$ 1.142.029;
- Ruta Provincial Número 50 en la Provincia de Buenos Aires con una ejecución de 1.036.983;

La Administración a través del fideicomiso podrá realizar sus fines de interés general o bien obtener los medios suficientes para poder alcanzarlos¹¹³⁸. El elemento finalista es el interés general y éste condiciona la posibilidad de la afectación de los bienes, ya que no puede ser otro el destino del patrimonio fideicomitido.

¹¹³⁸ ALBI, Fernando, *“Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 26.

Capítulo 7. Diferenciación del fideicomiso público con figuras afines del Derecho Público

7.1. Delegaciones

Los términos centralización y descentralización, concentración y desconcentración y delegación son amplios, como complejos y tienen siempre una connotación política¹¹³⁹, ya que nacen en el plano denominado de la organización del Estado que tiene implicancias constitucionales. La situación a considerar en España parte de la estructura constitucional que reconoce tres organizaciones territoriales: Estado, Comunidades Autónomas y Administración local, provincias y municipios principalmente. Como cada una de ellas cuenta con su propia Administración que responde casi con carácter general a una organización centralizada pero con otras desconcentradas territorialmente y algunas descentralizadas funcionalmente¹¹⁴⁰, consideramos, importante tomar este primer aspecto conceptual como comparación del fideicomiso público con figuras afines.

La centralización se produce cuando las facultades de decisión están otorgadas a los órganos superiores de la Administración. Todas las atribuciones se concentran en el ente central y produce una subordinación jerárquica del resto de los órganos, por lo que se suele hablar de organización jerárquica del Estado. Se trata de un orden organizativo simple. Los órganos inferiores en la centralización son meros delegados del poder central y no tienen facultades para decidir; y si adoptaran decisiones, éstas son susceptibles de ser revocadas por el ente central. Esta situación es imposible

¹¹³⁹ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *“Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda. Teoría jurídica y derecho positivo”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 122, mayo-agosto 1990, pág. 8.

¹¹⁴⁰ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *“De la simplificación de la Administración Pública”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 147, septiembre-diciembre 1998, pág. 19.

en el fideicomiso, porque el fiduciante no podría revocar las decisiones del fiduciario.

La descentralización supone un modo de administración en el cual los entes descentralizados tienen, además de personalidad jurídica propia, un exclusivo poder de decisión. En este caso, parte de las atribuciones del ente central supremo del Estado se transfieren a órganos independientes de él. Se visualiza un centro primario y otro secundario. Es un sistema más complejo que el anterior donde se producen relaciones diversas entre los distintos entes. La descentralización institucional o de servicios o especial reposa sobre una base técnica para conferir cierta autonomía a un servicio público determinado. En ese sentido se observa que a través del tiempo se produce una mutación de la descentralización territorial por la descentralización de servicios como afirmaba ROYO VILLANOVA¹¹⁴¹. Esta descentralización dada a comienzos del siglo pasado en toda Europa, pretende separar del Estado, como aparato político, los servicios en general para darles substantividad y existencia diversa de la Administración¹¹⁴². RIVERO YSERN manifiesta que se puede hablar de coordinación como descentralización parcialmente en dos sentidos: como relación entre el Estado y los entes autárquicos con más o menos descentralización, o, desde una posición participativa de los entes inferiores más marcada en el desarrollo de funciones de interés local que el estado no había aún descentralizado, manteniéndoles en su esfera¹¹⁴³.

GARCIA-TREVIJANO indicaba que para determinar el grado de descentralización hay que observar el control sobre los actos y sobre los

¹¹⁴¹ ORTÍZ VAAMONDE, Santiago, *“El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros”*, La Ley, 2004, pág. 58.

¹¹⁴² ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, *“La Administración institucional: origen y personalidad”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 63, 1970, pág. 104.

¹¹⁴³ RIVERO YSERN, Enrique, *“Las relaciones interadministrativas”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 80, may.-ag. 1976, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pág.46.

titulares orgánicos¹¹⁴⁴. La descentralización se ha identificado generalmente con la transferencia de competencia o atribuciones entre personas jurídicas con traslado pleno de competencia, de tal manera que quien recibe la competencia puede ejercerla sin control por parte de quien la entrega con su tutela jurídica, pero esa identificación no es totalmente correcta, ya que el análisis se debe hacer exclusivamente con relación al grado de dependencia, porque la transferencia de competencia sólo es el supuesto más usual de la descentralización¹¹⁴⁵.

En el derecho italiano hay un reconocimiento constitucional de la descentralización, ya que en el artículo 5 de la Constitución de la República Italiana vigente desde el 1 de enero de 1948 se indica que “La República, una e indivisible, reconoce y promueve las autonomías locales, garantiza, en los servicios que dependen del Estado, la más amplia descentralización administrativa, adecua los principios y contenidos de sus disposiciones legislativas de la autonomía y de la descentralización”¹¹⁴⁶. Se trata entonces sólo de una cuestión de organización para la prestación de servicios.

En el caso de México, desde el año 1976, la Administración Pública federal comprende a la administración centralizada y a la administración paraestatal. La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal indica que la Presidencia de la República, las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuración General de la República integran la administración pública centralizada. La administración paraestatal está compuesta por los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de créditos, las organizaciones nacionales de crédito, las

¹¹⁴⁴ Citado conforme su “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tomo II, Volumen 1, 1971, pág. 447 en GALLEGU ANABITARTE, Alfredo, “*Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda. Teoría jurídica y derecho positivo*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 122, mayo-agosto 1990, pág. 8.

¹¹⁴⁵ GALLEGU ANABITARTE, Alfredo, “*Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda. Teoría jurídica y derecho positivo*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 122, mayo-agosto 1990, pág. 11.

¹¹⁴⁶ Artículo 5: “La Repubblica, una ed indivisible, riconosce e promueve le autonomie locali; attua nei servizi che dependono dallo Stato il piú ampio decentramento amministrativo; adegua i principio ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell’autonomia o del decentramento”.

instituciones nacionales de seguros y fianzas y los fideicomisos públicos¹¹⁴⁷. Se propició en esta fecha simplificar y racionalizar las estructuras de descentralización de funciones¹¹⁴⁸.

En la República Argentina hay una relación de subordinación de los Estados locales, provincias, al Estado federal según se define en los artículos 5 y 31 de su Constitución¹¹⁴⁹ y es posible distinguir las facultades que corresponden con exclusividad al Estado federal y en consecuencia invalidar los actos de las jurisdicciones provinciales que se refieren a cuestiones reservadas exclusivamente al Estado Federal o le son prohibidas a las provincias o sean incompatibles en el ejercicio del poder asignado a ellas. La estructura de la Constitución admite la existencia de distintos entes territoriales con poder político, en la acepción amplia del término, en sus respectivas jurisdicciones. El alcance y extensión del federalismo en la Constitución Argentina se diferencia de su modelo norteamericano, éste más federal, pues toda la legislación sustantiva o de fondo se delegó al Congreso Federal¹¹⁵⁰. Siendo la

¹¹⁴⁷ Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 29 de diciembre de 1976. Última reforma publicada DOF 17-06-2009. LEY ORGANICA DE LA ADMINISTRACIÓN PUBLICA FEDERAL. TITULO PRIMERO. De la Administración Pública Federal. CAPITULO UNICO. De la Administración Pública Federal. Artículo 1o.- La presente Ley establece las bases de organización de la Administración Pública Federal, centralizada y paraestatal.

La Presidencia de la República, las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, integran la Administración Pública Centralizada. Los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y de fianzas y los fideicomisos, componen la administración pública paraestatal.

¹¹⁴⁸ JOSEPH, E., y, ROSA NIETO, Luis, *“Una aplicación práctica de la descentralización administrativa y la delegación de funciones”*, Revista de Administración Pública, Año 1, Números 3 y 4, octubre-diciembre de 1961 y enero-marzo de 1962, Buenos Aires, Instituto Superior de Administración Pública, pág. 270.

¹¹⁴⁹ Artículo 5. Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones. Artículo 31. Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

¹¹⁵⁰ GELLI, María Angélica, *“Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”*, Tercera edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2005, pág. 29 y 46.

Constitución Argentina rígida, la delegación de competencias de un poder a otro, cualquiera sea la vía como se formalice, es inconstitucional. La delegación propia consiste, según la fórmula de la Corte Suprema argentina, en que una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona, descargándolo sobre ella. Esta forma de delegación, a falta de norma habilitante en el caso de una Constitución rígida como la argentina, es inconstitucional. En cambio la imputación de funciones dentro del ámbito de un mismo poder no es inconstitucional como sería la creación de un ente autárquico por decreto del Poder Ejecutivo. Sin embargo en la República Argentina es válida la hipótesis de armonizar dos competencias de órganos independientes, es decir, la llamada delegación impropia que consiste en que un órgano, por ejemplo el Congreso, ejerce una competencia propia con base constitucional, por ejemplo dicta una ley, pero lo hace de modo tan general tal que otro órgano, también con competencia constitucional directa, por ejemplo el Poder Ejecutivo, resulta con su competencia ampliada. La validez de esta delegación impropia estará entonces en que la política legislativa sea clara y que la reglamentación por parte del Poder Ejecutivo, en este caso, esté enmarcada en la ejecución de esa política¹¹⁵¹. Antes de la Reforma constitucional del año 1994 el Presidente de la Nación podía reglamentar las leyes para ejecutarlas cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias, pero en situaciones de emergencia las reglamentaciones habilitadas por el Congreso en el Poder Ejecutivo fueron extremas e irrazonables controvirtiendo el principio de división de poderes y los mecanismos de control, que dieron justificación jurídica a la llamada delegación impropia. Luego de la citada Reforma el Poder Ejecutivo mantiene la atribución de reglamentar las leyes y la de emitir decretos delegados en materias determinadas de administración o por causa de emergencia pública¹¹⁵²; la

¹¹⁵¹ BIDART CAMPOS, Germán J., *“Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino”*, Tomo II, El Derecho Constitucional del Poder, Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1993, pág. 32 y ss.

¹¹⁵² BIANCHI, Alberto B., *“Dimensión actual de la delegación administrativa”*, Derecho Administrativo-Revista de Doctrina, Jurisprudencia, legislación y práctica, Abeledo Perrot, Volumen 14, 2002, pág. 726.

prohibición alcanza a la delegación propia como hemos indicado¹¹⁵³. Recordemos aquí que la imputación de funciones tiene lugar cuando un órgano superior encomienda a otro inferior dentro del mismo poder, que se le encuentra supeditado, alguna de sus competencias y que la advocación de funciones representa el proceso inverso de la delegación o sea que el superior ejerza la competencia que le corresponde al inferior. En la República Argentina, al igual que respecto de la delegación se sostiene que la advocación no es legítima salvo que la ley la haya autorizado expresamente¹¹⁵⁴.

El concepto de delegación es uno de los más complejos del Derecho Público. La delegación requiere que los distintos niveles de la organización cuenten con información en cantidad, calidad y con tiempo suficiente y adecuado para que el proceso de toma de decisiones sea el más conveniente¹¹⁵⁵. La vasta temática de la competencia administrativa es materia propia del Derecho Administrativo y en él la delegación de funciones se da cuando su órgano titular se desprende temporariamente de alguna o algunas de ellas cediendo su ejercicio temporal a otros órganos del mismo nivel o inferiores, bajo su supervisión y, lógicamente, dentro de los límites constitucionales¹¹⁵⁶. Como en el ámbito público no se produce nunca la delegación plena, sino sólo un encargo para gestionar asuntos, podemos asimilarla al concepto de mandato en los términos del Código Civil Español¹¹⁵⁷, aunque no se trata de distintas personas sino sólo de órganos del Estado y las normas del Derecho Privado no

¹¹⁵³ GELLI, María Angélica, “Control judicial de la actividad administrativa en materia de abastecimiento: entre la delegación prohibida y la irrazonabilidad”, Revista de Derecho Público, Editorial Rubinzal-Culzoni, Volumen 2010-2, pág. 63. En igual sentido BIANCHI, Alberto B., “Dimensión actual de la delegación administrativa”, Derecho Administrativo-Revista de Doctrina, Jurisprudencia, legislación y práctica, Abeledo Perrot, Volumen 14, 2002, pág. 727.

¹¹⁵⁴ PADILLA, Miguel M., “Derecho Constitucional: Organización del Estado”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 27.

¹¹⁵⁵ MINNICELLI, Alessandra, “Cuentas claras. Instrumentos para una administración eficiente de los recursos financieros estatales”, Fundación Fidentia, Buenos Aires, 2007, pág. 30.

¹¹⁵⁶ PADILLA, Miguel M., “Derecho Constitucional: Organización del Estado”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 25.

¹¹⁵⁷ Artículo 1709. Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra.

son aplicables en este caso¹¹⁵⁸. La desconcentración administrativa supone una efectiva delegación de competencias, pero la llamada delegación de atribuciones o sólo delegación de competencia interorgánica no es delegación en sentido estricto¹¹⁵⁹ y nada tiene que ver con el concepto de fideicomiso. La desconcentración implica que el ente central, con base en una ley, transfiere en forma permanente parte de su competencia a órganos que forman parte del mismo ente y que carecen de personalidad jurídica propia. Se trata de un procedimiento especial para agilizar la actividad de la Administración donde se le atribuye a un órgano una competencia en forma exclusiva y permanente. Cuando nos referimos a la competencia entendemos que ésta comprende el conjunto de actividades que un órgano debe o puede cumplir por mandato constitucional o legal¹¹⁶⁰.

La desconcentración de competencias se efectúa a través de la delegación de competencias y usualmente se efectúa entre órganos centrales y periféricos¹¹⁶¹. La doctrina española ha subrayado la diferencia entre la desconcentración que supone un cambio de competencias mediante una norma jurídica¹¹⁶² de delegación con transferencia de competencias mediante un acto administrativo¹¹⁶³. Esto último ha sido muy frecuente en la

¹¹⁵⁸ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *“Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda. Teoría jurídica y derecho positivo”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 122, mayo-agosto 1990, pág. 49.

¹¹⁵⁹ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *“Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda. Teoría jurídica y derecho positivo”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 122, mayo-agosto 1990, pág. 64.

¹¹⁶⁰ PADILLA, Miguel M., *“Derecho Constitucional: Organización del Estado”*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 25.

¹¹⁶¹ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *“Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda. Teoría jurídica y derecho positivo”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 122, mayo-agosto 1990, pág. 48.

¹¹⁶² Así como la doctrina alemana considera que la delegación (desconcentración) de competencias modifica el orden jurídico objetivo y el mandato o delegación para el ejercicio es sólo un acto jurídico.

¹¹⁶³ En Alemania, por influencia del Derecho civil, se construye dogmáticamente el acto administrativo como negocio jurídico y para OTTO MAYER los actos administrativos son declaraciones de voluntad dirigidas a crear relaciones jurídicas por lo que buena parte de la doctrina entiende el acto administrativo como una declaración de voluntad de la Administración sin más según enseña MEILÁN GIL, José Luis, *“El acto administrativo como categoría jurídica”*, Diario Jurídico El Derecho, Buenos Aires, Argentina, viernes 30 de octubre de 2009, pág. 1-7.

Administración Pública española¹¹⁶⁴; y, se ha producido la creación de Entes de Derecho Público dotados de autonomía funcional respecto de la Administración General del Estado a los que, conforme el modelo de las Agencias norteamericanas, se les encomendará la gestión de determinados sectores de la gestión pública; como en el caso de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, entre otros¹¹⁶⁵.

Se habla, con relación al tema, de Administración estatal indirecta, que tiene su origen en el Derecho Administrativo alemán y que fuera incorporada conceptualmente al Derecho Español por GARRIDO FALLA, para referirse a las personas jurídico-públicas, territoriales o no territoriales, que ejercen competencias no sólo propias, sino también otras recibidas por una ley de transferencia o por la ley de su propia creación¹¹⁶⁶. En este sentido, existe el principio en el Derecho Público europeo que indica que no se pueden delegar las competencias que se poseen por delegación¹¹⁶⁷.

El fideicomiso no supone delegación de funciones y sufre su asimilación al mandato del Derecho Privado, aunque, como ya explicamos, sólo desde un aspecto funcional puede verse al fideicomiso como encomienda de funciones específicas. El fideicomiso público es una herramienta útil para el ejercicio controlado de acciones vinculadas al cumplimiento del fin estatal y raramente supone la transferencia de competencias por parte de los organismos públicos constituyentes. Más aun sirve para simplificar la hipertrofia disfuncional y

¹¹⁶⁴ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *“Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda. Teoría jurídica y derecho positivo”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 122, mayo-agosto 1990, pág. 55.

¹¹⁶⁵ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *“De la simplificación de la Administración Pública”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 147, septiembre-diciembre 1998, pág. 21.

¹¹⁶⁶ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *“Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda. Teoría jurídica y derecho positivo”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 122, mayo-agosto 1990, pág. 14.

¹¹⁶⁷ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *“Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda. Teoría jurídica y derecho positivo”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 122, mayo-agosto 1990, pág. 62.

compleja de la diversa cantidad de Entes públicos, ya que es temporal y; acabado su cometido se produce su inmediata extinción. Por otra parte es una fórmula que permite la actuación conjunta entre el área pública y privada; y, es de fácil control. Seguramente deberá ser valorada su implementación en cada caso, pero empíricamente ya ha demostrado su utilidad.

7.2. La gestión interesada

El Derecho Privado regula los casos en que un particular gestiona sin mandato los asuntos de un tercero en la figura jurídica del *negotiorum gestio*; y cuando ese tercero beneficiado resulta ser la Administración Pública, la doctrina y la jurisprudencia, desde antaño, están de acuerdo en que las reglas del *negotiorum gestio* son aplicables al caso como un tipo de *cuasi* contrato idóneo para producir algunos efectos que normalmente son propios de un acto administrativo o de un contrato de Derecho Público¹¹⁶⁸. A pesar de ello, la doctrina moderna es contraria a la admisibilidad¹¹⁶⁹ de la aplicación de los principios de la gestión de negocios si el beneficiario es el Estado. La dificultad de definir esta figura de la gestión interesada se manifiesta en su carácter limítrofe entre la gestión directa y la concesión. Estas son situaciones similares como cuando en el fideicomiso se analiza la cercanía conceptual que tiene su constitución con la creación de una nueva persona jurídica, como ya analizaremos en este Capítulo. Allí se concluye que hay una situación análoga¹¹⁷⁰, pero no supone gestación de una persona jurídica distinta como ser verá.

¹¹⁶⁸ DIEZ, Manuel María, con colaboración de HUTCHINSON, Tomás, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Editorial Plus Ultra, Cuarta Edición, 1985, Buenos Aires, pág. 295.

¹¹⁶⁹ GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen II (Parte general: conclusión), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pág. 8.

¹¹⁷⁰ GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen II (Parte general: conclusión), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pág. 379.

En el marco del Derecho Público la gestión interesada¹¹⁷¹ o administración interesada es aquella forma de gestión de un servicio público¹¹⁷² en la que el gestor, comprometido en la prestación de dicho servicio público, dispone de la colaboración de la Administración que realiza aportes. Este gestor cuenta a veces con una remuneración mínima generalmente vinculada con los beneficios por encima de un mínimo asegurado¹¹⁷³ o una remuneración fija o combinaciones de ambas¹¹⁷⁴, sin ser un simple asalariado¹¹⁷⁵. Hay quienes opinan que el mínimo asegurado cubre normalmente los gastos de inversión y operación, por lo que la explotación no es a “riesgo y ventura” del gestor, aunque el *interesamiento* es el que define este modo de gestión¹¹⁷⁶, porque si se producen beneficios por encima del mínimo asegurado, se le atribuye al gestor parte de los mismos de modo que tenga un interés en que la gestión sea eficiente¹¹⁷⁷. El gestor normalmente se reserva el derecho de designar personal¹¹⁷⁸.

Superando el análisis de la figura algunos autores se concentran en el estudio de las llamadas cláusulas de *interesamiento* que, con el espíritu de la gestión interesada, pueden ser incorporadas a los contratos públicos como cláusulas

¹¹⁷¹ Como figura autónoma apareció en la vieja Ley de Contratos del Estado según SOSA WAGNER, Francisco, *“La gestión de los servicios públicos locales”*, Civitas Ediciones SL, Sexta edición, Madrid, 2004, Pág. 253.

¹¹⁷² Siempre supone la prestación de un servicio público a los administradores según NIEVES BORREGO, Julio, *“La gestión interesada en el Derecho Administrativo español”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 26, mayo-junio 1958, Pág. 52.

¹¹⁷³ SOSA WAGNER, Francisco, *“Manual de Derecho Local”*, Séptima edición (revisada, ampliada y puesta al día), Editorial Aranzadi SA, Navarra, 2002, Pág. 233.

¹¹⁷⁴ GARCÍA OVIEDO, Carlos, *“Derecho Administrativo”*, Tomo I, Sexta edición por Enrique Martínez Useño, EISA, Madrid, 1957, pág. 326.

¹¹⁷⁵ NIEVES BORREGO, Julio, *“La gestión interesada en el Derecho Administrativo español”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 26, mayo-junio 1958, pág. 68.

¹¹⁷⁶ SOSA WAGNER, Francisco, *“La gestión de los servicios públicos locales”*, Civitas Ediciones SL, Sexta edición, Madrid, 2004, pág. 251.

¹¹⁷⁷ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *“De la gestión interesada a las cláusulas de interesamiento”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 36, septiembre-diciembre 1961, pág. 70.

¹¹⁷⁸ ALBI, Fernando, *“Derecho Municipal Comparado del Mundo hispánico”*, Aguilar, Madrid, 1955, pág. 156.

económicas haciendo depender la remuneración de los resultados de la actuación¹¹⁷⁹.

La figura de la “*régie intéressée*” fue desarrollada por el Consejo de Estado francés a partir del año 1916 y reforzada después del año 1932 con la idea de que, producida una situación de imprevisión por eventos exteriores, anormales e imprevisibles, el Estado puede colaborar con el concesionario de servicios públicos. Esta colaboración debe ser temporal y si por cualquier circunstancia deviniera duradero el evento que lo causó, entonces el servicio debe desaparecer. Por ello, en la gestión que se describe, la Administración, temporariamente, habilita a un *régisseur* que se compromete a hacer funcionar un servicio soportando ella el riesgo de la explotación. Ese *régisseur* o gestor podrá ser una persona física o jurídica¹¹⁸⁰. La *régie intéressée* fue utilizada para la gestión del ferrocarril metropolitano de París antes de la construcción del actual¹¹⁸¹.

La gestión afianzada, distinta a la gestión interesada, nace de la Convención suscripta por la Villa de París con el empresario Rouland el 29 de julio de 1907, de la que da cuenta el Consejo de Estado francés de 19 de enero de 1912, para la explotación del servicio de gas como superación de la concesión¹¹⁸².

¹¹⁷⁹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “*De la gestión interesada a las cláusulas de interesamiento*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 36, septiembre-diciembre 1961, pág. 97.

¹¹⁸⁰ GARCÍA TREVIJANO FOS, J. A., “*Aspectos de la Administración Económica*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 12, septiembre-diciembre 1953, pág. 55.

¹¹⁸¹ SOSA WAGNER, Francisco, “*La gestión de los servicios públicos locales*”, Civitas Ediciones SL, Sexta edición, Madrid, 2004, pág. 255.

¹¹⁸² MAHILLO SANTOS, Juan, “*La gestión afianzada*”, Revista de Estudios de la Vida Social, Sección Doctrinal, Año XVIII, Número 104, marzo-abril 1959, pág.192, mencionando que para WATRIN la institución de la gestión interesada tiene origen en el Derecho alemán y asimismo cita este antecedente NIEVES BORREGO, Julio, “*La gestión interesada en el Derecho Administrativo español*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 26, mayo-junio 1958, pág. 52. En igual sentido refiriéndose al origen histórico francés MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “*De la gestión interesada a las cláusulas de interesamiento*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 36, septiembre-diciembre 1961, pág. 74 y NIEVES BORREGO, Julio, “*La gestión interesada en el Derecho Administrativo español*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 26, mayo-junio 1958, pág. 93, quien además indica que el nacimiento ha obedecido al deseo de la Administración de participar de los beneficios que producía la explotación del servicio de gas sin someterse a los riesgos que dicha explotación suponía.

Conforme lo expresado por MAHILLO SANTOS¹¹⁸³, esta forma de gestión afianzada se acerca más al mandato que a la concesión dependiendo de la autonomía que tenga el gestor. El afianzamiento supera el modo de gestión directa a pesar de que el riesgo lo asume la Administración, porque el gestor actúa con libertad bajo el control de la Administración. Concluye, este autor, analizando la postura de ALBI que la gestión afianzada es una forma *sui generis* de gestión interesada¹¹⁸⁴.

No hay una definición legal de esta figura¹¹⁸⁵ que estamos analizando, pero se puede afirmar su origen contractual¹¹⁸⁶; aunque también exceda la pura idea contractual y para algunos suponga una convención¹¹⁸⁷ o una gestión mixta¹¹⁸⁸ y sea además estéril tratar de reconducirla a una forma ya conocida¹¹⁸⁹, al igual de lo que sucede con el fideicomiso. El concepto de gestión interesada ha sido

¹¹⁸³ SOSA WAGNER, Francisco, *“La gestión de los servicios públicos locales”*, Civitas Ediciones SL, Sexta edición, Madrid, 2004, pág. 254.

¹¹⁸⁴ MAHILLO SANTOS, Juan, *“La gestión afianzada”*, Revista de Estudios de la Vida Social, Sección Doctrinal, Año XVIII, Número 104, marzo-abril 1959, pág. 192 y 195 analizando el trabajo de ALBI denominado *“El servicio público municipal y sus modos de gestión”* publicado en Revista de Estudios de la Vida Local, Madrid, 1947. En igual sentido citándolo como ejemplo y analizando el artículo 734 de la Ley de Régimen Local MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *“De la gestión interesada a las cláusulas de interesamiento”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 36, septiembre-diciembre 1961, pág. 104.

¹¹⁸⁵ Aunque hay quienes consideran que “delimitar excesivamente equivale muchas veces a agotar el concepto” como indica NIEVES BORREGO, Julio, *“La gestión interesada en el Derecho Administrativo español”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 26, mayo-junio 1958, pág. 52.

¹¹⁸⁶ NIEVES BORREGO, Julio, *“La gestión interesada en el Derecho Administrativo español”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 26, mayo-junio 1958, pág. 58.

¹¹⁸⁷ NIEVES BORREGO, Julio, *“La gestión interesada en el Derecho Administrativo español”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 26, mayo-junio 1958, pág. 65.

¹¹⁸⁸ GARRIDO FALLA, Fernando, *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Volumen II (Parte general: conclusión), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pág. 343.

¹¹⁸⁹ GARCÍA TREVIJANO FOS, J. A., *“Aspectos de la Administración Económica”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 12, septiembre-diciembre 1953, pág. 55.

desarrollado por la doctrina sobre la base de la experiencia habida en la práctica sin demasiada contribución por parte de la jurisprudencia¹¹⁹⁰.

La administración interesada no supone la creación de una persona jurídica distinta de la entidad obligada a prestar el servicio sino que resulta una participación temporal del gestor en esa función administrativa¹¹⁹¹. Esta gestión a favor de la Administración Pública no puede tener por objeto relaciones de Derecho Público, sino negocios de naturaleza patrimonial¹¹⁹². El Tribunal de Rávena en 17 de septiembre de 1951 se pronunció indicando que si el gestor participa en las pérdidas, entonces la figura es la de una sociedad (*de facto*) donde el gestor ha aportado el trabajo. Así si hubiere subordinación habría contrato de trabajo; y si fuera una persona jurídica, habría sociedad en participación¹¹⁹³.

Los modos de gestión, recordemos, que son métodos de acción, en progresivo aumento y constante cambio según las necesidades¹¹⁹⁴, integrados en formas jurídicas mediante las cuales se desarrollan actividades referidas particularmente a la prestación de servicios públicos. Lamentablemente no hay un ordenamiento sistemático completo de ellos¹¹⁹⁵. Refiriéndose a modos de gestión, ALBI, citando a MACAR, indica que la gestión interesada constituye un procedimiento intermedio entre la administración directa y la concesión, porque

¹¹⁹⁰ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “*De la gestión interesada a las cláusulas de interesamiento*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 36, septiembre-diciembre 1961, pág. 68.

¹¹⁹¹ GARCÍA OVIEDO, Carlos, “*Derecho Administrativo*”, Tomo I, Sexta edición por Enrique Martínez Usero, EISA, Madrid, 1957, pág. 327.

¹¹⁹² GARRIDO FALLA, Fernando, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Volumen II (Parte general: conclusión), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pág. 10.

¹¹⁹³ GARCÍA TREVIJANO FOS, J. A., “*Aspectos de la Administración Económica*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 12, septiembre-diciembre 1953, pág. 55.

¹¹⁹⁴ GARCÍA OVIEDO, Carlos, “*Derecho Administrativo*”, Tomo I, Sexta edición por Enrique Martínez Usero, EISA, Madrid, 1957, pág. 319.

¹¹⁹⁵ ALBI, Fernando, “*Derecho Municipal Comparado del Mundo hispánico*”, Aguilar, Madrid, 1955, pág. 154.

la gestión es compartida y la intervención del Estado es menos directa¹¹⁹⁶. Así entonces concluye denominándola administración interesada¹¹⁹⁷. GARCIA OVIEDO rechaza esta posición por no ser totalmente acertada, si se la analiza desde el modo de remuneración del gestor, porque el mismo no corre riesgo alguno en su opinión y afirma como WATRIN que no es más que una forma de concesión¹¹⁹⁸. Finalmente GARCIA OVIEDO lo define como el contrato celebrado por la Administración y el gestor (particular o sociedad privada), en cuya virtud explota un servicio a cambio de una remuneración¹¹⁹⁹. NIEVES, sin reconocer expresamente que se trata de una modalidad de concesión, afirma que si bien hay diferencia entre la concesión y la gestión interesada, esta última se puede considerar una concesión condicionada o gestión condicionada¹²⁰⁰.

Para SOSA WAGNER la gestión directa es la asumida por el propio órgano administrativo, aplicable tanto a los servicios asistenciales, como a los económicos¹²⁰¹. Es una gestión enteramente pública¹²⁰², que se conecta históricamente con las primeras intervenciones económicas de los municipios

¹¹⁹⁶ ALBI, Fernando, *“Derecho Municipal Comparado del Mundo hispánico”*, Aguilar, Madrid, 1955, pág. 155.

¹¹⁹⁷ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *“De la gestión interesada a las cláusulas de interesamiento”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 36, septiembre-diciembre 1961, pág. 83.

¹¹⁹⁸ GARCÍA OVIEDO, Carlos, *“Derecho Administrativo”*, Tomo I, Sexta edición por Enrique Martínez Usero, EISA, Madrid, 1957, pág. 328. En igual sentido MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *“De la gestión interesada a las cláusulas de interesamiento”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 36, septiembre-diciembre 1961, pág. 85.

¹¹⁹⁹ Según la cita de NIEVES BORREGO, Julio, *“La gestión interesada en el Derecho Administrativo español”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 26, mayo-junio 1958, pág. 57 y 58.

¹²⁰⁰ NIEVES BORREGO, Julio, *“La gestión interesada en el Derecho Administrativo español”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 26, mayo-junio 1958, pág. 66. Citado por MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *“De la gestión interesada a las cláusulas de interesamiento”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 36, septiembre-diciembre 1961, pág. 86.

¹²⁰¹ GARRIDO FALLA, Fernando, *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Volumen II (Parte general: conclusión), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pág. 341.

¹²⁰² GARCÍA OVIEDO, Carlos, *“Derecho Administrativo”*, Tomo I, Sexta edición por Enrique Martínez Usero, EISA, Madrid, 1957, pág. 321.

británicos¹²⁰³. Para el autor citado la concesión, al igual que la gestión interesada, ha buscado huir de la rigidez¹²⁰⁴, como un modo indirecto de prestación de servicios públicos¹²⁰⁵. La gestión interesada resulta una figura independiente que supone una renovación del Derecho Administrativo¹²⁰⁶ para no encerrarse en modelos tradicionales y superar el sistema vigente¹²⁰⁷, lo mismo que supone hoy el fideicomiso público para nosotros.

Como elementos esenciales y accidentales de la gestión interesada se pueden deducir de las definiciones enunciadas los siguientes¹²⁰⁸:

a) esenciales:

a.1. personales: por una parte, la Administración; y por otra, el gestor, quien podrá ser una persona física o jurídica.

a.2. reales: la realización de un servicio público.

a.3. formales: suscripción de un contrato.

b) accidentales: el modo de la remuneración.

¹²⁰³ Se indica que “la gestión directa ha sido uno de los puntales básicos en las soluciones municipalizantes y de tendencia socialista” por NIEVES BORREGO, Julio, “*La gestión interesada en el Derecho Administrativo español*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 26, mayo-junio 1958, pág. 67.

¹²⁰⁴ SOSA WAGNER, Francisco, “*La gestión de los servicios públicos locales*”, Civitas Ediciones SL, Sexta edición, Madrid, 2004, pág. 79.

¹²⁰⁵ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “*De la gestión interesada a las cláusulas de interesamiento*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 36, septiembre-diciembre 1961, pág. 85.

¹²⁰⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “*De la gestión interesada a las cláusulas de interesamiento*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 36, septiembre-diciembre 1961, pág. 77.

¹²⁰⁷ NIEVES BORREGO, Julio, “*La gestión interesada en el Derecho Administrativo español*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 26, mayo-junio 1958, pág. 52.

¹²⁰⁸ NIEVES BORREGO, Julio, “*La gestión interesada en el Derecho Administrativo español*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 26, mayo-junio 1958, pág. 61.

Dadas las características hasta aquí descritas es fundamental el control de la gestión tanto administrativo como económico, ya sea preventivo como durante la ejecución del servicio público o a posteriori¹²⁰⁹.

En España el contrato de afianzamiento desarrollado en los regímenes locales tiene por objeto la prestación del servicio de recaudación¹²¹⁰ de los impuestos y contribuciones locales¹²¹¹, comprometiéndose en general el gestor a una cantidad mínima; en tanto el contrato cumple con todas las formalidades de la contratación administrativa. Este modo de gestión ha tenido poco empleo en la práctica y tradicionalmente ha sido una forma de gestión indirecta que han utilizado los monopolios fiscales¹²¹². La encomienda de gestión ha sido contemplada en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común (LRJPAC) en su artículo 15, Ley 30/1991, de 26 de noviembre, cuando indica que la “realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de derecho público podrá ser encomendada a otros órganos o entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean medios técnicos idóneos para su desempeño”. Ello, como se advierte, supone una técnica de cooperación administrativa *ad intra* donde los sujetos intervinientes son entidades de Derecho Público u órganos administrativos pertenecientes a la misma u a otra Administración porque en cualquier otro caso se debe aplicar el régimen de los contratos administrativos¹²¹³. Podemos citar como ejemplo acuerdos de encomienda de

¹²⁰⁹ NIEVES BORREGO, Julio, “*La gestión interesada en el Derecho Administrativo español*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 26, mayo-junio 1958, pág. 83.

¹²¹⁰ La recaudación es la función administrativo-financiera que tiene por objeto la realización de los créditos reconocidos y liquidados a favor de la Hacienda pública.

¹²¹¹ GARRIDO FALLA, Fernando, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Volumen II (Parte general: conclusión), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pág. 380.

¹²¹² SOSA WAGNER, Francisco, “*La gestión de los servicios públicos locales*”, Civitas Ediciones SL, Sexta edición, Madrid, 2004, pág. 251. El funcionamiento de la gestión interesada supone el monopolio como característica según NIEVES BORREGO, Julio, “*La gestión interesada en el Derecho Administrativo español*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 26, mayo-junio 1958, pág. 91.

¹²¹³ MESEGUER YEBRA, Joaquín, “*La competencia administrativa y sus modulaciones. Manual para la desconcentración, delegación, avocación, encomienda de gestión, delegación de firma y suplencia*”, Editorial Bosch, Barcelona, 2005, pág. 127 y ss.

gestión que suponen negocios jurídicos bilaterales de carácter organizativo como el suscrito entre el Instituto Social de la Marina y el Instituto de la Seguridad Social para la realización de los reconocimientos médicos a través de los médicos que tiene adscritos a efectos del control de la prestación de incapacidad temporal¹²¹⁴; o bien, el convenio de encomienda de gestión de actuaciones relacionadas con la orden de 28 de julio de 1999, por la que se regula la concesión de ayudas derivadas del plan de seguridad minera¹²¹⁵.

La figura del gestor durante el cumplimiento de la gestión interesada se acerca a la figura del fiduciario en el fideicomiso, pero del análisis surge que el fideicomiso es una estructura compleja en comparación con la figura aquí analizada. La utilización del fideicomiso supone la gestión de un patrimonio independiente constituido para el cumplimiento de un fin público que soporta todos los controles administrativos para garantizar la transparencia y la efectiva satisfacción de los beneficiarios; y en la gestión analizada en este apartado no existe un patrimonio de afectación ni control tan eficiente.

7.3. Las personificaciones

Una posibilidad de modo de gestión por parte de la Administración es la creación de organismos con propia entidad y personalidad jurídica distinta, es decir, nuevos sujetos de derecho¹²¹⁶. Así se constituye un régimen de

¹²¹⁴ 5257 Resolución de 21 de febrero de 2003 de la Dirección General del Instituto Social de la Marina que ordena la publicación del Acuerdo de encomienda de gestión y publicación en BOE número 62, de 13 de marzo de 2003 según MESEGUER YEBRA, Joaquín, *“La competencia administrativa y sus modulaciones. Manual para la desconcentración, delegación, avocación, encomienda de gestión, delegación de firma y suplencia”*, Editorial Bosch, Barcelona, 2005, pág. 145.

¹²¹⁵ DOE número 72, de 21 de junio de 2003 conforme Resolución de 27 de mayo de 2003 que ordena la publicación en el Diario Oficial de Extremadura según MESEGUER YEBRA, Joaquín, *“La competencia administrativa y sus modulaciones. Manual para la desconcentración, delegación, avocación, encomienda de gestión, delegación de firma y suplencia”*, Editorial Bosch, Barcelona, 2005, pág. 149.

¹²¹⁶ BIANCA, Mirzia, Universidad de Roma, *“Acto negociado de destino y separación de patrimonios”*, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departamento de Justicia; Departamento

descentralización funcional¹²¹⁷ denominada administración indirecta¹²¹⁸. Generalmente estos organismos han sido creados cuando el Estado ha tenido voluntad de intervenir en la Economía a través de la creación y funcionamiento de empresas de carácter industrial y comercial¹²¹⁹, las que se dieron en llamar Empresas Nacionales que tenían forma de sociedades mercantiles¹²²⁰. Sin embargo en países como México; donde existen los fideicomisos públicos debidamente legislados, se recurre a aquéllos como instrumento ágil para la solución de problemas económicos y sociales urgentes, porque esta herramienta tiene una proyección vasta que no se agota en el terreno de la empresa pública o de un simple fondo de fomento¹²²¹.

Las entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho Privado excepto en lo que corresponde aplicar el Derecho Público, de acuerdo a las regulaciones específicas aplicables¹²²² y en general indicadas en las normas de creación de estas nuevas personas jurídicas en los distintos países, aunque en muchos casos no se ha explicitado el ordenamiento que las regulará ni su carácter privado¹²²³. El Estado adquiere la calidad de empresario en el seno de

d'Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 163.

¹²¹⁷ SOSA WAGNER, Francisco, *“La gestión de los servicios públicos locales”*, Civitas Ediciones SL, Sexta edición, Madrid, 2004, pág. 87.

¹²¹⁸ GARCÍA OVIEDO, Carlos, *“Derecho Administrativo”*, Tomo I, Sexta edición por Enrique Martínez Usero, EISA, Madrid, 1957, pág. 321.

¹²¹⁹ GARCÍA TREVIJANO FOS, J. A., *“Aspectos de la Administración Económica”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 12, septiembre-diciembre 1953, pág. 15.

¹²²⁰ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *“La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos 50 años”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 150, septiembre-diciembre 1999, pág. 252.

¹²²¹ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *“Doctrina General del Fideicomiso”*, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 298.

¹²²² SOSA WAGNER, Francisco, *“La gestión de los servicios públicos locales”*, Civitas Ediciones SL, Sexta edición, Madrid, 2004, pág. 97.

¹²²³ RIVERO YSERN, Enrique, *“Derecho público y derecho privado en la organización y actividad de las empresas públicas”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 86, mayo-ago. 1978, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pág. 21.

las personificaciones, pero no podrá, por ejemplo, quebrar¹²²⁴. Esta modalidad de creación de personas jurídicas independientes en el marco del Derecho Privado ha suscitado una problemática intensa en el Derecho Administrativo¹²²⁵.

Coincidimos con otros autores en afirmar que son inexactos los criterios de distinción entre personas jurídicas públicas y privadas que se basan en:

a) el carácter de su fundador. Es decir, que el hecho de haber sido creadas mediante ley o acto administrativo por el Estado o una Comunidad Autónoma o Municipio, les otorga el carácter de públicas, y que el hecho de ser creadas por particulares, les otorga el carácter de privadas;

b) el estar sometidas o no al control y vigilancia estatales. El Estado suele someter a entidades privadas a su fiscalización, si lo cree conveniente, y esto no las convierte en personas públicas.

c) el hecho de perseguir fines públicos o privados. Muchas personas privadas cumplen legalmente fines de interés público, como en el caso de las fundaciones.

d) el hallarse dotadas o no de potestad pública o potestad de *imperium* típica del Estado. El Estado no siempre hace partícipe de esa potestad a todas las entidades que forman parte de su organización, porque la mayoría de las veces no se precisa esa potestad para realizar la misión que se le encomienda al ente.

¹²²⁴ GARCÍA TREVIJANO FOS, J. A., “Aspectos de la Administración Económica”, RAP, Revista de Administración Pública, número 12, septiembre-diciembre 1953, pág. 39.

¹²²⁵ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “De la gestión interesada a las cláusulas de interesamiento”, RAP, Revista de Administración Pública, número 36, septiembre-diciembre 1961, pág. 77.

e) en la forma adoptada. Es decir, si se trata de sociedades, corporaciones o fundaciones constituidas en el marco de la legislación civil o mercantil son personas jurídicas del campo del Derecho Privado¹²²⁶.

Es conocido que los poderes públicos desarrollan por medio de las sociedades mercantiles estatales, por ejemplo, actividades que no pueden ser calificadas como administrativas en sentido estricto, porque el fin que persiguen es la obtención de medios o recursos económicos, de modo análogo al de cualquier empresario particular¹²²⁷ que se desenvuelve libremente en el mercado. Podemos afirmar que no existe país en el mundo, cualquiera sea su régimen político y su concepción del Estado, que no haya recurrido en algún momento de su historia a un mecanismo instrumental que supusiera la creación de empresas que de uno u otro modo intervinieran en la economía nacional con o sin justificativo político o técnico. Se afirma que ya no se discute en el Derecho Español ni en el Derecho Público Europeo la necesidad y legalidad de la creación de entes instrumentales, porque la Administración necesita recurrir a la personalidad jurídica para conseguir soluciones organizativas más apropiadas, adaptadas y especializadas al tipo de actividades que hoy debe desarrollar, particularmente, en lo referido a funciones prestacionales¹²²⁸. Sin embargo, entendemos que la Administración, en cualquier caso, debe utilizar estas formas instrumentales de modo racional. Muchas de las críticas que se han formulado se refieren a las formas concretas de gestión de algunas de las empresas, pero no a lo que institucionalmente representa la figura de la empresa pública¹²²⁹, que sigue siendo considerada una herramienta de gestión útil. Recordemos en ese sentido que ya en el año 1978 RIVERO YSERN

¹²²⁶ GARCÍA TREVIJANO FOS, J.A., *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Madrid, 1965, pág. 149.

¹²²⁷ DE LA SERNA BILBAO, María Nieves, *“Organización instrumental privada en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública”*, Documentación Administrativa, número 246-247, septiembre 1996-abril 1997, pág. 510.

¹²²⁸ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, *“Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros”*.

¹²²⁹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *“La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos 50 años”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 150, septiembre-diciembre 1999, pág. 258.

reclamaba una revisión sustancial y formal de la empresa pública en España ya que su actuación no ha sido satisfactoria desde el punto de vista de los sectores que debieron ser beneficiados¹²³⁰.

En España se ha empleado la personificación de entes como medio de organización del gobierno a partir de los años '20 sin grandes contradictores desde la sociedad o la academia; y así lo expresa explícitamente la Exposición de Motivos de la derogada Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas, de 26 de diciembre de 1958, indicando que aparecen estas entidades en el período comprendido entre los años 1923 y 1930¹²³¹. Simplificando el análisis, ARIÑO ORTÍZ explica que, a su criterio, existieron dos fuerzas enfrentadas que le dieron origen a este fenómeno de personificación, así, por un lado, el creciente intervencionismo del Estado que entendía indispensable su participación; y por otra parte, un movimiento inverso que propugnaba una descentralización o más aun una desestatización; resultando, el primero, una concentración efectiva e intensa de poder por parte del Estado y; la segunda, un factor de dispersión estructural del mismo¹²³². DEL SAZ habla de una aplicación indiscriminada, por parte de la Administración, del Derecho Privado, desde que la Restauración borbónica cedió parte de sus competencias a la jurisdicción ordinaria. Según esta autora, este uso indiscriminado de las personificaciones se consolida más tarde a partir de la posguerra española cuando el Estado empieza a intervenir directamente en la vida económica para fomentar la actividad industrial y mercantil¹²³³; y, se continúa esta actitud en el

¹²³⁰ RIVERO YSERN, Enrique, *"Derecho público y derecho privado en la organización y actividad de las empresas públicas"*, RAP, Revista de Administración Pública, número 86, mayo-ago. 1978, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pág. 12 y 38.

¹²³¹ ORTÍZ VAAMONDE, Santiago, *"El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros"*, La Ley, 2004, pág. 57. En igual sentido ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, *"La Administración institucional: origen y personalidad"*, RAP, Revista de Administración Pública, número 63, 1970, pág. 93.

¹²³² ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, *"La Administración institucional: origen y personalidad"*, RAP, Revista de Administración Pública, número 63, 1970, pág. 92.

¹²³³ RIVERO ORTEGA, Ricardo, *"Administraciones Públicas y Derecho privado"*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 14 quien considera que "la aparición de la actividad industrial y mercantil de los poderes públicos será el desencadenante del recurso a las formas privadas de organización".

ámbito local durante la Dictadura de Primo de Rivera con la regulación en el Estatuto Municipal (en el año 1924) de la fórmula societaria como alternativa de gestión directa del Ayuntamiento¹²³⁴. De cualquier modo sabemos que, como dice RODRIGUEZ-ARANA, que este fenómeno de la gestión directa del Estado en actividades económicas no es ninguna novedad y que encontramos iguales experiencias en la política mercantilista de CROMWELL en Inglaterra o de COLBERT en Francia¹²³⁵. Lo que se ha enjuiciado críticamente es que al margen de la gestión los esquemas organizativos de la Administración económica del Estado han sido fundamentalmente sociedades mercantiles y tanto su actividad como su ordenación han discurrido por canales jurídicos privados a veces totalmente alejados al Derecho Público¹²³⁶.

El Tribunal Constitucional en diversas sentencias ha fundado su posición en el sentido de que es admisible que el Estado pueda atribuir la gestión de los intereses públicos en un determinado sector a Corporaciones u otros entes. Hay autores como José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ que han subrayado los problemas de constitucionalidad que plantean la creación de sociedades mercantiles, por ejemplo, porque la consecuencia de esta decisión organizativa sería la elusión del Derecho Administrativo, entendido como exigencia constitucional¹²³⁷. Sin embargo, a lo largo del tiempo ni la Justicia ni la legislación general o autonómica han interpretado que estas formas de gestión sean contrarias a la Constitución¹²³⁸ y ambas instancias las han admitido directa o indirectamente.

¹²³⁴ DEL SAZ CORDERO, Silvia, Profesora Titular de Derecho Administrativo de la UNED, “*La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 133, enero-abril 1994, pág. 60.

¹²³⁵ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “*La privatización de la Empresa Pública*”, Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 43.

¹²³⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, “*La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos 50 años*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 150, septiembre-diciembre 1999, pág. 266.

¹²³⁷ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, “*Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros*”.

¹²³⁸ GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, “*Aspectos de la nueva regulación de las fundaciones culturales privadas*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 70, 1973, pág. 187.

Recordemos que ya al final de la década de los años sesenta se morigeró la utilización de personificaciones a causa de la crisis económica y en muchos países comenzó el proceso de privatización de las empresas públicas. En España el gobierno que se constituye en el año 1996 asumió de modo más decidido este proceso en el país, lo que supuso para algunos una liquidación del sector público industrial del Estado, pero paradójicamente un crecimiento del sector público de muchas Comunidades Autónomas¹²³⁹.

Uno de los objetivos de las primeras personificaciones por parte de la Administración era desarrollar una gestión administrativa más ágil y directa así como se pretende agilizar la gestión a través del fideicomiso, pero más luego el uso de las personificaciones se convirtió en la razón fundamental de la descentralización que llevaba consigo una huida del Derecho Administrativo común o general, tanto en materia de organización como de actividad¹²⁴⁰. Con la personalidad jurídica se pretende frecuentemente, al igual que con el fideicomiso, que los entes creados por el Estado gocen de un régimen económico, de personal y contractual distinto al estatal y similar al privado¹²⁴¹.

El patrimonio fideicomitado, como hemos ya indicado, carece de personalidad jurídica¹²⁴² y por ello se diferencia de estas figuras denominadas personificaciones.

¹²³⁹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *“La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos 50 años”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 150, septiembre-diciembre 1999, pág. 271.

¹²⁴⁰ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), *“Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”*, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 241.

¹²⁴¹ BOQUERA OLIVER, José María en Olavaria Iglesia, Jesús, Coordinador, *“Comentarios a la Ley de Fundaciones”*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, Capítulo XI, Fundaciones del sector público estatal, pág. 1017.

¹²⁴² ORELLE, José María, *“Financiación de emprendimientos inmobiliarios a través del fideicomiso”*, Suplemento Especial La Ley “Emprendimientos inmobiliarios”, Buenos Aires, Argentina, Director: Eduardo L Gregorini Clusellas, pág. 4.

Existe una equivalencia funcional entre el fideicomiso y las personas jurídicas¹²⁴³ pero sin embargo el fideicomiso no posee personalidad jurídica independiente aunque esa falta de personalidad jurídica no lo exime de poder contraer obligaciones para el cumplimiento de sus fines¹²⁴⁴. A diferencia de las sociedades comerciales, donde resulta imposible aislar un proyecto singular del resto de las actividades societarias, el fideicomiso permite garantizar ese aspecto¹²⁴⁵ con la constitución de un patrimonio de afectación. Tanto el patrimonio especial sujeto a una finalidad como la personificación resultan técnicas aptas para mantener la unidad y cohesión de elementos integrantes de un todo funcional¹²⁴⁶. Al decir de SAVIGNY entonces la personalidad jurídica resulta “un ser ficticio que no existe más que para fines jurídicos”¹²⁴⁷.

TREVIJANO GARCIA FOS dice que “hoy el concepto de personalidad jurídica está en crisis desde el momento que se pueden conseguir los mismos resultados sin llegar al expediente de la personificación: es el caso de las autonomías financieras y contables, que hacen pensar si al concepto de personalidad jurídica no se le antepondrá el de personalidad económica”¹²⁴⁸. Para CARBAJO CASCÓN, en este sentido, se trata de organizaciones “para la

¹²⁴³ BIANCA, Mirzia, Universidad de Roma, “Acto negocial de destino y separación de patrimonios”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “El trust en el Derecho Civil”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 164.

¹²⁴⁴ JUNYENT BAS, Francisco, y, MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Bases para una reforma del régimen del fideicomiso a propósito de la necesidad de su inscripción”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 782-790.

¹²⁴⁵ CATUOGNO, Juan Luis, y, GÓMEZ DE LA LASTRA, Manuel, “Fideicomisos y fondos de inversión directa: vehículos idóneos para asociarse, producir y crecer”, publicado en www.eldial.com.

¹²⁴⁶ ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “Los patrimonios fiduciarios y el trust”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LXXXII, enero-febrero 2006, número 693, pág. 29.

¹²⁴⁷ MARTÍNEZ SANCHÍZ, José Angel, en MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (dirección y coordinación), “Homenaje a Don Antonio Hernández Gil”, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001. “Trust y Derecho Civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad”, pág. 1347.

¹²⁴⁸ GARCÍA TREVIJANO FOS, J. A., “Aspectos de la Administración Económica”, RAP, Revista de Administración Pública, número 12, septiembre-diciembre 1953, pág. 39.

gestión unitaria de un patrimonio”¹²⁴⁹. El mundo global tiende en estos tiempos a priorizar la eficiencia en la obtención de resultados y ello se puede lograr sólo a través de institutos jurídicos novedosos, como es el fideicomiso, fuera de los moldes tradicionales.

Es esencial determinar si el fideicomiso público ejerce una actividad propia de los sujetos públicos o bien desempeña funciones que indistintamente pueden realizar tanto sujetos públicos como privados porque la forma privada como las personificaciones o el fideicomiso, en su caso, no resultan, a veces, la forma más apropiada para el ejercicio de potestades públicas como es sabido¹²⁵⁰ y entonces la utilización de estos instrumentos originados en la normativa privada debe ser analizada cuidadosamente cuando se trata de la consecución de fines públicos.

En México existe el caso de fideicomisos públicos que han terminado por ser transformados en organismos descentralizados o en empresas de participación estatal como el Fideicomiso de la Palma (FIDEPAL) por haberse desvirtuado la naturaleza del mismo. En otros casos, también en México y por la misma razón, los fideicomisos públicos debieron ser liquidados como el caso del Fondo Nacional de Fomento Ejidal (FONAFE). No cabe duda que el Fondo de Cultura Económica, en ese país, es un fideicomiso que solapa una figura operativa de empresa¹²⁵¹. En la República Argentina algunos autores han considerado que el primer desliz normativo con una técnica jurídica defectuosa para un fideicomiso público fue negarle la personalidad jurídica al F.F.F.I.R.^{1252/1253}.

¹²⁴⁹ CARBAJO CASCÓN, Fernando, *“La sociedad de capital unipersonal”*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2002, pág. 154.

¹²⁵⁰ RIVERO ORTEGA, Ricardo, *“Administraciones Públicas y Derecho privado”*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 134 y 143.

¹²⁵¹ GONZÁLEZ PARAS, José Natividad, Coordinador Adjunto de la Coordinación General de Estudios Administrativos, Presidencia de la República (México), *“La reforma administrativa y el fideicomiso público”*, R.A.P., Régimen de la Administración Pública, Revista mensual para la administración pública, proveedores y contratistas del Estado, Editorial Ciencias de la Administración S.R.L., Año 5, Marzo 1983, No. 54, pág. 11.

¹²⁵² Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional.

VILLAGORDOA LOZANO entiende que el contrato de fideicomiso público no supone una entidad diferenciada y sostiene que estos fideicomisos públicos son centros de imputación de derechos y deberes, que se perfilan como "algo diverso del fideicomitente, fiduciario y fideicomisario"¹²⁵⁴. Elude entonces la personificación. Asimismo podemos afirmar que uno de los elementos que distingue al fideicomiso de las personas jurídicas empresariales es su objeto de interés general¹²⁵⁵.

7.4. El contrato administrativo

En el contrato público se encuentran y desencuentran la política, la economía y el derecho como enuncia GORDILLO¹²⁵⁶ y su régimen jurídico resulta una de las cuestiones principales del Derecho Administrativo¹²⁵⁷, sobre la que la doctrina y la jurisprudencia siguen debatiendo académica e ideológicamente¹²⁵⁸. Al decir de RIVERO YSERN es una institución que se enmarca dentro del complejo sistema de normas y principios que rigen la actividad administrativa¹²⁵⁹. Por ello aquí solo trataremos lo pertinente para

¹²⁵³ SCOCCO, Mónica, "Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-D, pág. 1421.

¹²⁵⁴ Citado VILLAGORDOA LOZANO, José M., "Doctrina General del Fideicomiso", Editorial Porrúa, México, 1998, pág. 289. por LISOPRAWISKI, Silvio, "Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 1092.

¹²⁵⁵ GARCÍA TREVIJANO FOS, J. A., "Aspectos de la Administración Económica", RAP, Revista de Administración Pública, número 12, septiembre-diciembre 1953, pág. 17.

¹²⁵⁶ GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo 3, Fundación de Derecho Administrativo, 9ª. Edición, 2009.

¹²⁵⁷ RIVERO ORTEGA, Ricardo, "¿Es necesaria una revisión del Régimen de los Contratos Administrativos en España?", REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 120, pág. 568.

¹²⁵⁸ BONINA, Nicolás, y, DIANA, Nicolás, "¿Qué se entiende por contrato administrativo?", Suplemento La Ley, Derecho Administrativo, Thomson Reuters, República Argentina, lunes 8 de febrero de 2010, pág. 1.

¹²⁵⁹ RIVERO YSERN, Enrique, "La Interpretación del Contrato Administrativo", Instituto García Oviedo, Sevilla, 1971, pág. 84.

encuadrarlo como una figura afín al fideicomiso público. Para GORDILLO todos los contratos celebrados por el Estado son administrativos y las prerrogativas de éste se presentarán según su mayor o menor cercanía a la preponderante aplicación del Derecho Público¹²⁶⁰. No adherimos a esta postura doctrinaria, porque sería desconocer que existen contratos en que la Administración actúa como sujeto privado y se le aplican las normas propias de Derecho Privado establecida para ese tipo de contrato civil. Así podemos hablar de contratos administrativos y contratos privados de la Administración. Entendemos que ya se ha superado en la doctrina francesa, española y latinoamericana el reconocimiento de los contratos administrativos simplemente como contratos y la discusión puede continuar con relación a su similitud sustantiva o no con los contratos civiles¹²⁶¹. Para diferenciarlos podemos decir que el contrato administrativo es un acuerdo de voluntades entre el órgano del Estado y un particular que genera efectos jurídicos en materia administrativa, razón por la cual el órgano del Estado debe haber actuado en ejercicio de su función administrativa y someterse enteramente al Derecho Público¹²⁶². El objeto del contrato administrativo es el fin público y tiene un contenido económico, por lo que tiende a buscar la máxima eficiencia en ese sentido¹²⁶³. Para CASSAGNE es una categoría autónoma y sustantiva con una teoría propia¹²⁶⁴. MARIENHOFF indicaba que el contrato administrativo era esencialmente un acto administrativo bilateral¹²⁶⁵. Para algunos autores la distinción entre contratos administrativos y contratos privados comienza siendo una distinción

¹²⁶⁰ PEREZ HUALDE, Alejandro, “Fideicomiso público”, AeDP, Actualidad en el Derecho Público, Cuatrimestral-6º. Año, Segunda Epoca, enero-abril 2000, pág. 144.

¹²⁶¹ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, RAMON-FERNÁNDEZ, Tomás, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1988, pág. 625.

¹²⁶² DIEZ, Manuel María, con colaboración de HUTCHINSON, Tomás, “Manual de Derecho Administrativo”, Tomo 1, Editorial Plus Ultra, Cuarta Edición, 1985, Buenos Aires, pág. 285.

¹²⁶³ OLIVA, Gabino, “La flexibilidad del contrato administrativo. Fundamentos jurídicos y económicos a la luz de la verdad jurídica objetiva”, Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, Año 20, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 106.

¹²⁶⁴ CASSAGNE, Juan Carlos, “El contrato administartivo en la actualidad”, RAP, Número 34, Buenos Aires, 2006, pág. 8.

¹²⁶⁵ MARIENHOFF, Miguel, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo III, tercera edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, pág. 328.

que juega exclusivamente en el plano procesal y no sustancial, es decir, con efectos jurisdiccionales y no sustantivos, lo que lógicamente ha sido sujeto a revisión y ha sido controvertido por otros¹²⁶⁶.

Como contrato reúne los elementos esenciales de todo contrato: consentimiento, objeto, causa y forma. La Administración tiene la plena capacidad jurídica de celebrar contratos¹²⁶⁷ pero sólo bajo las normas que regulan el ejercicio de dicha facultad porque de otro modo esos contratos carecerían de validez¹²⁶⁸. La nulidad ocasiona la plena ineficacia del contrato suscripto por la Administración y en el caso de que haya habido entrega de bienes estatales esa nulidad supone la reposición de dichos bienes en forma inmediata¹²⁶⁹. La doctrina alemana, con Otto MAYER a la cabeza, difundió su posición recelosa frente a la figura contractual, de que fue contagiada la doctrina suiza. Se puede decir que tanto en Italia como en España también aparecen corrientes negadoras del contrato administrativo fundándose, entre otras cosas, en la imposibilidad de igualdad jurídica entre partes, vista la supremacía de la Administración, la falta de autonomía de la voluntad en virtud de la voluntad normada de la Administración y la prohibición de ciertos objetos. A pesar de todo, el contrato administrativo existe como una necesidad determinada por la realidad y por la ley; y las objeciones que se imponen no son suficientes como para borrar la idea contractual en el Derecho Público español¹²⁷⁰. Los elementos que hacen a la naturaleza jurídica del contrato administrativo y que lo diferencian de otros contratos son: a) que uno de los

¹²⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, RAMON-FERNÁNDEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1988, 627.

¹²⁶⁷ GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen II (Parte general: conclusión), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pág. 26.

¹²⁶⁸ ALBI, Fernando, *Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 11 y 14 citando Sentencias del Tribunal Supremo del 30 de marzo de 1869 y 21 de junio de 1905 que declara nulos ciertos contratos por falta de la solemnidad requerida.

¹²⁶⁹ ALBI, Fernando, *Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 347.

¹²⁷⁰ GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen II (Parte general: conclusión), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pág. 27.

sujetos es una persona estatal; b) que el objeto es un fin público o propio de la Administración; c) que su contenido se encuentra en un contexto de régimen exorbitante, incluya o no cláusulas exorbitantes¹²⁷¹.

La Administración establece unilateralmente la ley del contrato en el contrato administrativo con vocación de inmutabilidad del fin perseguido, como lo hace el fiduciante en el fideicomiso pero, en el contrato administrativo, el Estado conserva la facultad de modificar esa ley en virtud de su *potestas variandi*¹²⁷², como así de suspender y hasta rescindir el contrato conforme sus prerrogativas de poder público¹²⁷³. Ni la modificación, la suspensión o la rescisión por parte del fiduciante son permitidas en el fideicomiso público, sino sólo en excepciones particulares debidamente justificadas¹²⁷⁴, que difícilmente se ven en la práctica, porque de existir se desnaturalizaría el negocio jurídico fiduciario. La posición de la Administración en el contrato administrativo es de absoluta supremacía respecto del contratista, pero no lo es así en el fideicomiso público respecto del fiduciario¹²⁷⁵. En este sentido algunos autores han indicado que el contrato administrativo tiene semejanzas con un contrato de adhesión del Derecho Privado¹²⁷⁶.

¹²⁷¹ OLIVA, Gabino, *“La flexibilidad del contrato administrativo. Fundamentos jurídicos y económicos a la luz de la verdad jurídica objetiva”*, Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, Año 20, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 111.

¹²⁷² Esta potestad consiste en el poder de modificación unilateral del contrato por parte de la Administración por razones de interés público pero no implica la posibilidad de cambiar el contrato por otro distinto. Esta modificación resulta obligatoria para el contratista dentro de los límites establecidos por la ley y si supone una mayor carga para él le corresponderá la debida compensación económica para que se mantenga el equilibrio financiero del contrato. Todo según DE SOLAS RAFECAS, José María, *“Contratos administrativos y contratos privados de la Administración”*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, pág. 31-41.

¹²⁷³ DE SOLAS RAFECAS, José María, *“Contratos administrativos y contratos privados de la Administración”*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990., pág. 25.

¹²⁷⁴ ALBI, Fernando, *“Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 19.

¹²⁷⁵ DE SOLAS RAFECAS, José María, *“Contratos administrativos y contratos privados de la Administración”*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, pág. 36.

¹²⁷⁶ OLIVA, Gabino, *“La flexibilidad del contrato administrativo. Fundamentos jurídicos y económicos a la luz de la verdad jurídica objetiva”*, Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, Año 20, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 127.

Debemos admitir que si bien los clásicos contratos administrativos han sido profusamente regulados, han permitido muchas veces perjudicar al Estado y a terceros mediante fraude o dolo en su ejecución¹²⁷⁷ particularmente en la etapa de adjudicación precisamente por el margen de discrecionalidad administrativa que ha tenido la contratación pública¹²⁷⁸, sin respeto al principio de legalidad¹²⁷⁹. En ese sentido RIVERO ORTEGA señala que si la discrecionalidad no se controla, el terreno para los abusos está preparado¹²⁸⁰. Precisamente por ello hemos insistido aquí en el cuidado que debe tenerse por parte de la Administración en la elección del fiduciario en un fideicomiso público y más adelante profundizaremos los controles a aplicar a la figura.

La revisión de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en España en los últimos años ha respondido al cambio político, a la evolución del derecho comunitario europeo y a la experiencia de la aplicación de las normas vigentes y ha tenido como objetivo la obtención de una estabilidad y simplicidad normativas. Para ARIÑO ORTIZ este objetivo ha sido debidamente alcanzado con el Texto Refundido y esta posición es apoyada por la doctrina aunque también se opina que mediante la adopción de regulaciones alternativas se favorecería el desarrollo de los contratos públicos y las prácticas más eficientes de la gestión pública de los encargos¹²⁸¹. La figura del fideicomiso público en

¹²⁷⁷ CARREGAL, Mario A., *“El fideicomiso: su aplicación desde la sanción de la ley 24.441”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-B, pág. 1165-1170.

¹²⁷⁸ BONINA, Nicolás, y, DIANA, Nicolás, *“¿Qué se entiende por contrato administrativo?”*, Suplemento La Ley, Derecho Administrativo, Thomson Reuters, República Argentina, lunes 8 de febrero de 2010, pág. 7.

¹²⁷⁹ NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro, *“Legalidad y Buena Administración. Garantías del ciudadano frente a la corrupción y las malas prácticas en la gestión pública”*, Colección Internacional No. 19, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, Colombia, 2009, pág. 63.

¹²⁸⁰ RIVERO ORTEGA, Ricardo, *“La nueva regulación de los contratos públicos en España”*, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, Año 20, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 639.

¹²⁸¹ RIVERO ORTEGA, Ricardo, *“¿Es necesaria una revisión del Régimen de los Contratos Administrativos en España?”*, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 120, pág. 571.

un contexto como el descrito otorga mayores posibilidades de expansión y permite una flexibilidad operativa interesante.

Como hemos indicado, existen los que se denominan contratos privados o civiles de la Administración. Se entienden como contratos privados de la Administración a aquellos contratos que persiguen un interés público no relevante y que por ello no requieren especial protección y, en consecuencia, se rigen por las normas de derecho común aplicadas a los contratos entre particulares¹²⁸². En ellos el Estado interviene en su calidad de persona de Derecho Privado. En la República Argentina, por ejemplo, se ha considerado al fideicomiso público un contrato privado de la Administración, regido por la Ley 24.441 y normas concordantes del Código Civil argentino, aunque a nuestro criterio se destacan los aspectos reglados por el Derecho Público tales como las formas de contratación, la competencia del órgano, los procedimientos de la contratación y la necesidad de una ley, decreto o resolución que determine las condiciones y términos de la contratación. Entendemos que, en ese país, al no existir legislación sobre fideicomisos públicos, la doctrina se ampara en la utilización de la nominación de contrato privado a pesar de que técnicamente el fideicomiso público, luego de todo lo expresado en el presente trabajo, no podría ser lisa y llanamente considerado un contrato privado de la Administración como ya lo hemos apuntado.

Hay teorías que sostienen que, siendo la confianza la raíz misma del fideicomiso, no se advierte la necesidad de adoptarlo para el Sector Público en donde el Estado es quien garantiza las operaciones y no se consideraría tampoco un contrato administrativo. Para nosotros el fideicomiso público podría ser considerado exclusivamente un contrato administrativo, si se emplea para movilizar activos ilíquidos como garantía de títulos valores a emitir, y si dichos fondos se destinan al cumplimiento de las funciones esenciales del Estado. El

¹²⁸² DE SOLAS RAFECAS, José María, *“Contratos administrativos y contratos privados de la Administración”*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990. En igual sentido, PEREZ HUALDE, Alejandro, *“Fideicomiso público”*, AeDP, Actualidad en el Derecho Público, Cuatrimestral-6º. Año, Segunda Epoca, enero-abril 2000, pág. 146.

fideicomiso, en estos casos, se utiliza como vehículo de securitización¹²⁸³ al acceder el Estado a un financiamiento a largo plazo con bajo interés. Podríamos decir que en estas situaciones el Estado actúa como poder público y por ende, en ese caso, nos encontramos ante un contrato administrativo *sui generis*.

El contrato administrativo, al igual que el fideicomiso público exige que uno de los sujetos sea una entidad administrativa y es posible, conforme lo reconocido por el Tribunal Supremo, que existan contratos administrativos entre dos entes públicos. Estos contratos se denominan contratos interadministrativos y en ellos, en general, se encuentran notas diferenciales como la excepción de requisitos de licitación pública en el proceso de selección del cocontratante, inaplicabilidad de multas o sanciones pecuniarias y un especial régimen de solución de conflictos¹²⁸⁴. En cambio, los convenios interadministrativos propiamente tales se estudian en el Derecho de la Organización del Estado, como indican GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ¹²⁸⁵, y se producen cuando se trata de realizar actos conjuntos tanto vinculando a dos o más órganos que producen relación interorgánica como dentro de un órgano complejo, colegiado o no, con la denominación de relaciones intraorgánicas¹²⁸⁶. Cabe aquí marcar lo establecido por RIVERO YSERN en cuanto que los convenios interadministrativos se excluyen de la legislación de contratos del Estado y resultan “un instrumento de coordinación y colaboración cara a la consecución del interés público”¹²⁸⁷. El mismo autor indica que en España el convenio interadministrativo podía haber sido utilizado como un importante medio para descentralizar competencias en beneficio de las Corporaciones

¹²⁸³ Ver punto 4.3.3.

¹²⁸⁴ DIEZ, Manuel María, con colaboración de HUTCHINSON, Tomás, “*Manual de Derecho Administrativo*”, Tomo 1, Editorial Plus Ultra, Cuarta Edición, 1985, Buenos Aires, pág. 296.

¹²⁸⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, RAMÓN-FERNÁNDEZ, Tomás, “*Curso de Derecho Administrativo*”, Tomo I, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1988, pág. 624.

¹²⁸⁶ PADILLA, Miguel M., “*Derecho Constitucional: Organización del Estado*”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 28.

¹²⁸⁷ RIVERO YSERN, Enrique, “*Las relaciones interadministrativas*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 80, may.-ag. 1976, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pág. 64 y 59.

locales, habiéndose perdido esa oportunidad para centrarlos sólo en al ejecución de obras.

El objeto peculiar del contrato administrativo, en sus albores, era la obra y el servicio público en el sentido más amplio posible y las cláusulas exorbitantes eran consecuencia de ello. El contrato administrativo fue más tarde reemplazado por la concesión cuando se trataba de explotación económica de servicios públicos. En todo contrato administrativo, debemos recordar, está siempre implicado el interés público¹²⁸⁸, como en el fideicomiso público, aunque el sistema de contratación español parta de la idea que aun cuando todos los contratos que celebra la Administración persiguen finalidades públicas, la transcendencia de éstas no siempre es la misma¹²⁸⁹, sin ser en muchos casos la causa del contrato¹²⁹⁰. Para el fideicomiso público el fin de interés público es determinante, porque la gestión del fiduciario se dirige al cumplimiento del fin público cualquiera sea la manda específica contenida en las instrucciones del contrato suscripto entre la Administración y el fiduciario como colofón del negocio jurídico.

A la hora de elegir al fiduciario se deben tomar los mismos recaudos que en la elección del co-contratante en los contratos públicos destacando la importancia de la aplicación de los principios de igualdad, no discriminación, transparencia, proporcionalidad y reconocimiento mutuo. Asimismo en las instrucciones dadas al fiduciario se deberían reforzar los valores superiores fundantes del Estado de Derecho como son, en España, la vida humana, la salud, el ambiente y la seguridad jurídica¹²⁹¹.

¹²⁸⁸ GARRIDO FALLA, Fernando, *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Volumen II (Parte general: conclusión), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pág. 34.

¹²⁸⁹ DE SOLAS RAFECAS, José María, *“Contratos administrativos y contratos privados de la Administración”*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, pág. 21.

¹²⁹⁰ STS de 18 de febrero de 1964 (A. 669) según DE SOLAS RAFECAS, José María, *“Contratos administrativos y contratos privados de la Administración”*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, pág. 24.

¹²⁹¹ RIVERO ORTEGA, Ricardo, *“¿Es necesaria una revisión del Régimen de los Contratos Administrativos en España?”*, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 120, pág. 573.

En el contrato administrativo de obras públicas la Administración podrá aportar, total o parcialmente, los materiales, instalaciones u otros medios destinados a su ejecución¹²⁹² pero dichos aportes no constituyen un patrimonio separado como en el fideicomiso público. Con relación a los contratos de gestión de servicios públicos con fundamento en un régimen jurídico básico no hemos encontrado en nuestra investigación ningún fideicomiso con características similares a esos contratos.

Por último, luego de lo apuntado en la comparación, la gran diferencia entre el fideicomiso público y el contrato administrativo es que el fideicomiso público puede, a diferencia del contrato público, implementar un programa plurianual estratégico y estructuras de inversión y desarrollo tanto de infraestructura como de fomento¹²⁹³ y crear un patrimonio de afectación a un fin público determinado de ágil control.

¹²⁹² DE SOLAS RAFECAS, José María, *“Contratos administrativos y contratos privados de la Administración”*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, pág. 47.

¹²⁹³ BONINA, Nicolás, y, DIANA, Nicolás, *“¿Qué se entiende por contrato administrativo?”*, Suplemento La Ley, Derecho Administrativo, Thomson Reuters, República Argentina, lunes 8 de febrero de 2010, pág. 6.

Capítulo 8. Régimen jurídico

Hay quienes, como ya hemos observado, han intentado separar totalmente el Derecho Privado del Derecho Administrativo, desconociendo la unidad del ordenamiento jurídico, es decir, entienden que el Estado actúa siempre en el campo del Derecho Público y por ello no admiten los contratos de la Administración regulados por el Derecho Privado. Sin embargo, hay otros, a los que adherimos, que admiten la posibilidad de una doble actuación por parte del Estado. Así el Estado actúa en el marco del Derecho Público cuando desarrolla su función administrativa pero si sus acciones son de naturaleza privada se regulan sus actos, salvo la competencia, por el Derecho Privado¹²⁹⁴.

Podemos afirmar que el derecho contractual es el que suele ser aplicado con relación al fideicomiso público y en todos los contratos sean civiles o administrativos se aplican las normas básicas del derecho contractual común¹²⁹⁵ aunque las cuestiones jurídicas no pueden solucionarse con exactitud matemática¹²⁹⁶. Las soluciones dadas a cada una de las situaciones planteadas utilizando el fideicomiso público suelen mostrar la gran versatilidad del instituto. Es así que, a nuestro criterio, son dos los frentes que enmarcan jurídicamente al fideicomiso público: el Derecho Público y el Derecho Privado¹²⁹⁷.

¹²⁹⁴ CASSAGNE, Juan Carlos, *“La transmisión de derechos personales y reales en el derecho administrativo. Relaciones con el Código Civil”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1984-B, pág. 741.

¹²⁹⁵ ALBI, Fernando, *“Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 20.

¹²⁹⁶ ALBI, Fernando, *“Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 27.

¹²⁹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, en Prólogo de PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, *“Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador”*, Marcial Pons, 2000, pág. 11.

El fideicomiso, en virtud de las clasificaciones realizadas por la doctrina, puede ser público o privado, como lo pueden ser otros contratos en que interviene la Administración Pública como la concesión. Algunos autores de Derecho Público indican que el "contrato de la Administración" es una especie dentro de la categoría jurídica de los contratos y consideran superada la clásica división entre contratos públicos y privados, aunque aseguran que en los llamados "contratos del Estado", en los que incluyen al fideicomiso público, hay sujeción de la relación convencional al Derecho Público¹²⁹⁸. De cualquier modo no debemos dejar de ver que el Derecho Privado se inspira en las ideas de autonomía, igualdad y protección de los intereses individuales y el Derecho Público se funda en normas y principios que tienen su razón de ser en la posición dominante del Estado, cuyo fin son los intereses públicos que debe tutelar y promover¹²⁹⁹. Para ALBI la dualidad de jurisdicciones tiene como único interés el de determinar las esferas de competencia, pero nace sólo de razones teóricas e históricas¹³⁰⁰.

Este fenómeno del fideicomiso público se enmarca en un ámbito donde el Derecho Público y el Derecho Privado debieran buscar, especialmente, su armonía para bien de la sociedad. Estamos convencidos de que en el Derecho los problemas no pueden solucionarse con precisión absoluta y siempre las

¹²⁹⁸ LISOPRAWSKI, Silvio, *“Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 1092 citando a DROMI.

¹²⁹⁹ CASSAGNE, Juan Carlos, *“La transmisión de derechos personales y reales en el derecho administrativo. Relaciones con el Código Civil”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1984-B, pág. 741. En igual sentido al referirse a la forma como requisito esencial de la contratación administrativa ALBI habla de los principios diametralmente opuestos que rigen la materia civil y la administrativa destacando el criterio de accidentalidad de las formas que evolucionó en el derecho castellano a partir de su consagración en el Ordenamiento de Alcalá, ver en ALBI, Fernando, *“Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 13.

¹³⁰⁰ ALBI, Fernando, *“Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 11.

propuestas serán relativas¹³⁰¹. El fideicomiso público es, como indica GARCIA TREVIJANO FOS, una organización adecuada para equilibrar el rigorismo administrativo y la flexibilidad mercantil¹³⁰².

En la República Argentina, luego de la sanción de la ley de fideicomiso 24.441, el sector público por primera vez en los años 1996 y 1997, y luego con mayor interés en los años 2000 y 2001, exploró la posibilidad de aplicar esta figura del Derecho Privado para cumplir con fines públicos. Se comenzó a utilizar en forma inorgánica la denominación Fondo Fiduciario o Fideicomiso Público, aplicándose a distintas formas operativas, aunque el Derecho positivo argentino no contempla un marco jurídico específico que les otorgue a estos fideicomisos, en el ámbito público, la tipificación legal correspondiente. Es decir, que en ese país existen los fideicomisos públicos de hecho y no de derecho¹³⁰³. Allí nacieron lo que se dio en llamar Fondos Fiduciarios Públicos que fueron generados tanto por el Estado Nacional como por las jurisdicciones provinciales y municipales en carácter de fiduciantes, tomando algunas características del fideicomiso y del dominio fiduciario privados¹³⁰⁴, siendo un ejemplo de esta dualidad privada-pública.

La permanente duda sobre Derecho a aplicar cuando existen puntos de conflicto entre la normativa pública y la privada, sólo lleva a la merma de la seguridad jurídica¹³⁰⁵ y a la incertidumbre de los terceros relacionados con el ente o el instrumento jurídico utilizado por la Administración; sin dejar de

¹³⁰¹ ALBI, Fernando, *“Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 27.

¹³⁰² GARCÍA TREVIJANO FOS, J. A., *“Aspectos de la Administración Económica”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 12, septiembre-diciembre 1953, pág. 14.

¹³⁰³ CATUOGNO, Juan Luis, y, LISOPRAWski, Silvio, *“El denominado fideicomiso público existe pero no existe”*, Revista Jurídica La Ley, Sección Actualidad, Buenos Aires, Argentina, martes 27 de febrero de 2007, pág. 1.

¹³⁰⁴ LISOPRAWski, Silvio, *“Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 1092.

¹³⁰⁵ ORTÍZ VAAMONDE, Santiago, *“El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros”*, La Ley, 2004, pág. 95.

mencionar que se favorece la creación de espacios para las malas prácticas o la corrupción administrativa, cuando uno de los principios rectores del orden público resulta ser la seguridad jurídica. Esta última ha sido definida por DÍEZ-PICAZO como “*asequibilidad, conocimiento y certidumbre del sistema normativo aplicable a un caso o a una situación determinada, de tal manera que se puedan predecir o pronosticar, con algún fundamento, los resultados o las consecuencias que de la situación puedan derivar*”¹³⁰⁶. Todo el Derecho responde a la idea de seguridad y certidumbre que debe ser honrada particularmente en las cuestiones que hacen a lo público; y he aquí la razón del análisis que desarrollamos y que profundizaremos en referencia al control.

Se puede afirmar que la constitución, modificación y extinción del fideicomiso público tiene siempre origen en el Derecho Administrativo¹³⁰⁷ y en virtud de ello está sometido en esas situaciones a la esencialidad formal^{1308/1309}, ya que a nuestro criterio existen normas de Derecho Público que no pueden ser dejadas de lado a pesar de la utilización de una figura nacida en el seno del Derecho Privado. Aquí consideramos que la aplicación de la normativa de Derecho Privado se debe hacer a través del procedimiento de la analogía y no mediante la técnica de la subsidiariedad, porque se requiere una previa adaptación de las normas de Derecho Privado a los principios del Derecho Público¹³¹⁰.

Además, entendemos que a los fideicomisos públicos se les debe aplicar en forma plena el Derecho de la Competencia cuando desarrollan actividades

¹³⁰⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis, “*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*”, Volumen Primero, Cuarta Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pág. 52.

¹³⁰⁷ LISOPRAWSKI, Silvio, “*Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 1092.

¹³⁰⁸ ALBI, Fernando, “*Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo*”, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 47 y 49.

¹³⁰⁹ RIVERO YSERN, Enrique, “*La Interpretación del Contrato Administrativo*”, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1971, pág. 49 expresa que el aspecto volitivo de los entes públicos es que todas las manifestaciones de voluntad tienen, en general, especiales solemnidades de forma.

¹³¹⁰ CASSAGNE, Juan Carlos, “*La transmisión de derechos personales y reales en el derecho administrativo. Relaciones con el Código Civil*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1984-B, pág. 741.

económicas¹³¹¹. Las condiciones de satisfacción del interés general a través de estos entes no pueden tener por objeto falsear el juego de la libre competencia¹³¹². Los sujetos privados, sean de titularidad pública o privada, así como los fideicomisos, siguen rigiéndose con carácter general por los principios de autonomía de la voluntad y libre competencia, que son los propios de la actividad económica que pueden realizar saltando a la arena de las prestaciones como un sujeto más, como apunta SOSA WAGNER¹³¹³. La evolución actual del Ordenamiento español, la incorporación a las Comunidades Europeas en el año 1986 y los fallos contrarios que tuviera España con relación al Derecho de la Competencia obligan, sin duda, a considerar la concepción subjetiva o estatutaria del Derecho Administrativo desde una perspectiva funcional¹³¹⁴, como la que plantea la normativa comunitaria. Así debe ser para poder quebrar antiguos moldes formales y dar dinamismo a la gestión presupuestaria, el control contable o la contratación, respetando la transparencia en el manejo de fondos públicos particularmente en los entes indicados, como manifestaciones del fenómeno de la “huida del Derecho Administrativo”, que se acogen a los beneficios del Derecho Privado. El Derecho Comunitario exige que las actividades empresariales, ya sean desarrolladas por sujetos públicos o por sujetos privados, se rijan por el Derecho Privado¹³¹⁵ y “la aplicación conjunta de los principales instrumentos previstos en la normativa comunitaria para hacer frente a eventuales lesiones de la competencia (normas sobre prácticas colusorias, abusos de posición

¹³¹¹ Auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de Justicia Europeo de 4 de junio de 1996.

¹³¹² MALARET I GARCÍA, Elisenda, “*Servicios Públicos, funciones públicas, garantía de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 145, 1998, pág. 53.

¹³¹³ SOSA WAGNER, Francisco, “*Manual de Derecho Local*”, Séptima edición (revisada, ampliada y puesta al día), Editorial Aranzadi SA, Navarra, 2002, pág. 223.

¹³¹⁴ GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, Catedrático de Derecho Administrativo, en Prólogo de SOCÍAS CAMACHO, Joana M., “*Fundaciones en el sector público. En especial, el ámbito sanitario*”, Iustel, 2006, pág. 17.

¹³¹⁵ DE LA SERNA BILBAO, María Nieves, Profesora Titular de Derecho Administrativo (interina) Universidad Carlos III de Madrid, “*Organización instrumental privada en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública*”, Documentación Administrativa, número 246-247, septiembre 1996-abril 1997, pág. 507.

dominante y control de la concentración empresarial)”, como dice HERRERO SUÁREZ, “permiten diseñar un amplio marco de actuación que evito –o, al menos mitigue- los daños que para el desarrollo de una competencia eficaz puedan derivarse”¹³¹⁶. La aplicación regular del Derecho es la que establece que un hecho se trate o no de un acto discriminatorio con relación al mercado¹³¹⁷ y suponga la aplicación plena del Derecho de la Competencia.

Queremos destacar aquí la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en *Comisión contra España*, de 16 de octubre de 2003, C-283/00, en igual sentido que la Sentencia anterior contra España del 15 de mayo de 2003, C-214-00. El caso es bastante ilustrativo y coincide con el hábito de algunas Comunidades Autónomas, Diputaciones y Ayuntamientos que además de la Administración General, realizan buena parte de la obra pública a través de régimen de contratación privada por medio de una sociedad mercantil o una fundación por ellos creada. En este caso, el Ministerio del Interior, en cuyo ámbito se encuentra la Dirección General de Centros Penitenciarios, había creado la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios S.A. (en adelante, SIEPSA), con el fin de construir y equipar prisiones dependientes de la mencionada Dirección. La Sociedad convocó en abril del año 1997 a un concurso para adjudicar obras en Segovia con destino a un Centro Educativo Penitenciario Experimental. Esta licitación fue denunciada ante la Comisión, quien reclamó al Gobierno español por el incumplimiento a la Directiva Comunitaria 93/37 en materia de contratación pública. España insistió en la argumentación de que la condición de sociedad anónima de la entidad adjudicataria del contrato excluía la obligación de cumplir con las normas comunitarias de contratación pública. En este sentido, el Tribunal indica que *“con carácter previo, procede recordar que, conforme a reiterada jurisprudencia, para ser calificada de organismo de Derecho Público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la*

¹³¹⁶ HERRERO SUÁREZ, Carmen, *“El problema del oligopolio en el derecho de la competencia comunitario”*, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Buenos Aires, Depalma, Volumen 36, pág. 365.

¹³¹⁷ GÓMEZ DE LA LASTRA, Manuel C, *“El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA)”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1991-b, pág. 819 y ss.

*Directiva 93/37, una entidad debe cumplir los tres requisitos acumulativos que enuncia la citada disposición, según los cuales debe ser un organismo creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica, y cuya actividad dependa estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho Público” y agrega que “en el presente caso, si bien las partes están de acuerdo en que SIEPSA cumple los requisitos contemplados en los guiones segundo y tercero del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, disienten sobre si las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó específicamente SIEPSA carecen de carácter mercantil”*¹³¹⁸. Entendemos que el legislador comunitario ha tomado un enfoque funcional en estos temas; y así lo confirma, como vemos, en esta sentencia. En fin, hay aquí una censura clara a los mecanismos instrumentales que tienen como fin exclusivo eludir la regulación iuspublicística y por ello entendemos aplicable esa normativa aunque no se trate de entes con personalidad jurídica a la herramienta del *trust* o del fideicomiso público. Resulta aplicable, como indica CARBAJO CASCÓN, citando el artículo 2.3. de la Ley de Competencia Desleal¹³¹⁹, a cualesquiera actos de competencia desleal realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no¹³²⁰ que produzca un daño a la libre competencia. Recordemos que el concepto comunitario de daños “comprendería como mínimo necesario tanto el perjuicio directamente causado,

¹³¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Una nueva sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión de las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las Administraciones Públicas (Sentencia Comisión contra España, de 16 de octubre de 2003, C-283/00)”, RAP, Revista Española de Derecho Administrativo, número 120, 2003, pág. 672.

¹³¹⁹ Ley Española de Competencia Desleal 3/1991, de 10 de enero, modificada por la ley 29/2009.

¹³²⁰ CARBAJO CASCÓN, Fernando, “Sobre la infracción de marcas y la responsabilidad de intermediarios de la sociedad de la información en la comercialización de palabras clave y puesta a disposición de enlaces patrocinados. El caso “Google AdWords”: comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) del 23-3-2010 (As. acumulados C-236/08 a C-238/08)”, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, 12 de mayo de 2010, Volumen 239, pág. 874.

el beneficio dejado de percibir y los intereses generados desde la fecha de causación del daño”¹³²¹.

8.1. La constitución de fideicomisos públicos como manifestación de la potestad organizatoria

La actividad desarrollada por la Administración en el marco de su funcionamiento implica la utilización de medios instrumentales convenientes para operar como organización. Es decir, la actividad estatal conlleva la posibilidad de realizar el diseño de una estructura orgánica dotada de personal propio, determinándose su régimen de funcionamiento, atribuciones especiales, capacidades, recursos y medios a su disposición para cumplir un objetivo preestablecido. Nos referimos a la organización en sentido amplio donde la perspectiva no es sólo la creación de órganos diversos, aunque sabemos que la opción instrumental muchas veces supera la mera organización del Estado.

Lo habitual en Derecho Administrativo es la naturaleza orgánica de los centros que integran el *corpus* organizativo general del Estado. Por ello, las distintas unidades administrativas y políticas no constituyen sujetos autónomos de derecho a pesar de formar divisiones separadas funcionalmente que suelen en algunos casos dar apariencia de personalidad diferente, pero la realidad es que no la tienen porque casi siempre se trata de la actuación de la propia Administración¹³²².

Hay que admitir de cualquier modo que la Administración siempre se ha situado en un lugar de superioridad para utilizar los mecanismos necesarios para cumplir los fines del Estado y con mayor razón hoy cuando las exigencias del

¹³²¹ HERRERO SUÁREZ, Carmen, “*La aplicación privada del Derecho de la competencia europeo. El Libro Blanco en materia de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*”, Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, La Ley, Número 3, Año 2008, pág. 112 donde indica que el caso *Manfredi* mantiene la existencia de este concepto europeo de daño.

¹³²² ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, “*La Administración institucional: origen y personalidad*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 63, 1970, pág.118.

Estado de Derecho y Democrático, según plantea RIVERO ORTEGA, obligan a una adecuación de la organización administrativa que constituye una de las preocupaciones actuales de los estudiosos de Derecho Administrativo, ya que conlleva la opción entre regímenes jurídicos distintos que luego se deberán aplicar en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos¹³²³. Tal como en cualquier empresa privada pero con mucha más exigencia por la quintaesencia pública que está en juego, el Estado debe, en forma concreta, perseguir el éxito en su gestión y es lógico que para ello busque el mejor modo de organizarse. Entendemos que el modelo burocrático como base de la organización administrativa está en crisis en España y en otras administraciones europeas pero el ajuste a ese modelo supone además de la ejecución eficaz y eficiente de políticas públicas¹³²⁴ tanto el mantenimiento de instituciones de raíces constitucionales como la adopción de estructuras que se adapten a una nueva realidad social.

Sobre este tema de la potestad organizatoria la doctrina española, en particular, admite la libertad del poder público para la elección de la forma organizativa y, asimismo, admite la forma privada en el desarrollo de la actividad administrativa fundada en que toda organización de Derecho Privado se considera instrumental¹³²⁵.

A través del tiempo se ha acrecentado el debate referido a la libertad de organización de la Administración y, asimismo, los efectos que las decisiones políticas o legislativas tienen sobre la propia Administración, sus obligaciones y sobre el Derecho aplicable. Hay un sector de la doctrina administrativista que indica, por ejemplo, que las empresas que desarrollan una actividad de servicio público no pierden, por ello, su carácter de actividad mercantil privada,

¹³²³ RIVERO ORTEGA, Ricardo, *“Administraciones Públicas y Derecho privado”*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 53.

¹³²⁴ NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro, *“Legalidad y Buena Administración. Garantías del ciudadano frente a la corrupción y las malas prácticas en la gestión pública”*, Colección Internacional No. 19, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, Colombia, 2009, pág. 96.

¹³²⁵ RIVERO ORTEGA, Ricardo, *“Derecho administrativo económico”*, Cuarta edición, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 92 a 94.

debiendo, en todo caso, aplicárseles para el cumplimiento de la misión conferida, un régimen exorbitante respecto del Derecho común en la única y exacta medida de las necesidades del servicio público, en función del fin de interés público que tengan asignadas¹³²⁶.

También hay quienes definitivamente opinan que las funciones que se transfieren a estos entes instrumentales podrían ser perfectamente cubiertas por órganos administrativos y encuadradas en la estructura orgánica y dentro de la jerarquía administrativa¹³²⁷ pero no siempre esto es así por cuestiones técnicas o de oportunidad que generalmente sólo pueden ser evaluadas por el poder político y superan el análisis teórico.

Por todo lo dicho la doctrina administrativista coincide en lo que RIVERO ORTEGA denomina “*el rechazo del descontrol de los entes instrumentales*”¹³²⁸

¹³²⁶ DE LA SERNA BILBAO, María Nieves, Profesora Titular de Derecho Administrativo (interina) Universidad Carlos III de Madrid, “*Organización instrumental privada en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública*”, Documentación Administrativa, número 246-247, septiembre 1996-abril 1997, pág. 506.

¹³²⁷ MARTÍN BERNAL, José Manuel, “*Asociaciones y Fundaciones*”, Editorial Aranzadi, Thomson Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2005, pág. 266.

¹³²⁸ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, “*Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros*” donde en nota indica que “resultaría excesivamente largo recordar, en una sola nota, todos los pronunciamientos doctrinales sobre este problema. Se destacaron en la denuncia del fenómeno PARADA VÁZQUEZ, en su *Derecho administrativo*, y DEL SAZ, defensora de la tesis de la garantía institucional o reserva de Derecho administrativo. También se pronunciarían en torno al fenómeno GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en su *Curso de Derecho Administrativo*. Otros primeros trabajos sobre la huida serían los de ARINO ORTIZ, GARRIDO FALLA, S. MARTÍN RETORTILLO, SALA ARQUER, BORRAJO INIESTA, GONZÁLEZ-VARAS o LAGUNA DE PAZ. Vid. ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, *Privatizar el Estado. Un retroceso en el camino de la historia o la antítesis del Estado de Derecho*, Fundación BBV, 1994. BORRAJO INIESTA, “El intento de huir del Derecho administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm.78, 1991. DEL SAZ, Silvia, “*Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional*”, en *Nuevas Perspectivas del Derecho administrativo*. Tres estudios, Cívitas, Madrid, 1993. GARRIDO FALLA, Fernando, “Un tema de seguridad jurídica: La regulación de los entes instrumentales”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 79, 1993. GONZÁLEZ-VARAS, Santiago, *El Derecho administrativo privado*, Montecorvo, Madrid, 1996. LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *Las empresas públicas de promoción económica regional*, Montecorvo, Madrid, 1991. MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, “Reflexiones sobre la huida del Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm.140, 1996. PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, *Derecho administrativo. Organización y empleo público*, 8ª Edición, Marcial Pons, Madrid, 1993. SALA ARQUER, “Huida al Derecho privado y huida del Derecho”, *Revista Española de Derecho administrativo*, núm.75, 1992.” Muchos de estos trabajos mencionados puntualmente en este trabajo.

y adherimos a esta posición mayoritaria de rechazo del exceso instrumental. Recordemos que este autor ha reconocido que su posición sobre estos entes ha evolucionado en los últimos diez años, pasando de dudar de su verdadera esencia por completo, a reconocer que a menudo puede ser conveniente y oportuno utilizar la fórmula privada para adaptar la gestión de un servicio público a las prácticas del mercado, favoreciendo la mayor flexibilidad contractual y de personal, pero con cautelas suficientes para respetar los principios que suponen el manejo de la cosa pública.

DE CASTRO afirma que todos los miembros de la comunidad jurídica son destinatarios de las normas jurídicas, tanto los súbditos como las autoridades, y reafirma que el funcionario tiene un deber servicio, por lo que se le impone en forma contundente el de *“colaborar con la obra del Estado cumpliendo y haciendo cumplir las normas jurídicas”*¹³²⁹. Esto nos indica de alguna manera que existe además una responsabilidad agravada para los servidores públicos por el mal uso de los instrumentos al alcance de las autoridades administrativas.

Es un extremo de fácil constatación que el aparato organizativo de la Administración es complejo, excesivo y un tanto desmesurado e inadecuado para los cometidos que debe desempeñar¹³³⁰.

La calificación de abuso del derecho a la utilización de nuevas técnicas de organización de la Administración, como la constitución de personas jurídicas, por ejemplo, buscando efectos distintos de los naturales previstos para ellas tanto en el ámbito civil como mercantil, debe ser aplicada en el espacio originalmente asignado al Derecho Público¹³³¹, como lo afirman numerosos

¹³²⁹ DE CASTRO BRAVO, Federico, *“Derecho Civil de España”*, Parte General, Tomo I, Libro Preliminar, Segunda Edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, pág. 531.

¹³³⁰ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *“De la simplificación de la Administración Pública”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 147, septiembre-diciembre 1998, pág. 18.

¹³³¹ MORELL OCAÑA, Luis, *“La personificación y otorgamiento de “status” en el Derecho Administrativo. Rasgos generales del “status” de los entes administrativos”*, RAP, Revista de Administración Pública, Números 100-102, Enero-diciembre 1983, pág. 981.

autores cuando ello sea pertinente en virtud de comprobarse tal desviación. La idea de abuso del derecho del artículo 7.2. del Código Civil español¹³³² incluye no sólo los actos dirigidos exclusivamente a producir daño a otros sino también aquellos otros en que el derecho se ejercita desbordando manifiestamente su función social o fin legítimo¹³³³. Es así porque, como decía BORRAJO INIESTA, la lucha contra la arbitrariedad del poder y contra sus inmunidades ha de ser llevado a cabo en el contexto que ofrecen las leyes¹³³⁴ en toda su amplitud y alcance.

Advertimos que la aplicación del fideicomiso público como herramienta de organización es mucho más compleja que la utilización de un ente instrumental, ya que no se trata de la creación de un ente distinto a la Administración. Debemos admitir que es una realidad incontestable que existe “una *intercambiabilidad de modos gestores y de técnicas de personificación instrumental*”¹³³⁵, y por ello nos atrevemos a considerar como manifestación de la potestad organizatoria del Estado al instituto del fideicomiso público.

Observamos que, por un lado, la Administración sufre una pérdida de posición de privilegio derivada de su actuación como sujeto de Derecho Privado y, por otro lado, ve mermadas sus garantías y derechos como consecuencia de la

¹³³² Artículo 7 del Código Civil Español:

1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.
2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

¹³³³ DÍEZ-PICAZO, Luis, “*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*”, Volumen Primero, Cuarta Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pág. 51.

¹³³⁴ BORRAJO INIESTA, Ignacio, “*El intento de huir del Derecho Administrativo*”, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 78, 1993, pág. 235.

¹³³⁵ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “*Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica*”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 266.

inaplicación del Derecho Administrativo¹³³⁶, que es su régimen jurídico natural. Por otra parte, algunas normas o principios de Derecho Público no se pueden eludir como, por citar un ejemplo, el control económico-financiero acentuado con las nuevas exigencias contempladas en la normativa referida a transparencia, corrupción y lavado de dinero, consecuencia de los tratados internacionales y la tendencia normativa europea y global. Es por ello que la búsqueda del sano equilibrio se puede dar a través de la propuesta de RIVERO ORTEGA, de mejora del régimen jurídico de cada instituto, con la introducción de garantías de Derecho Administrativo en las normas reguladoras que afiancen la naturaleza verdaderamente “instrumental” de estos entes¹³³⁷ o mecanismos organizativos.

En la constitución de fideicomisos públicos como manifestación de la potestad organizatoria lo fundamental parece ser el estatuto de constitución de la Administración y el régimen de la potestad organizativa. Para SOCÍAS CAMACHO, según GÓMEZ-FERRER MORANT, es fundamental determinar, partiendo de la personalidad, capacidad y actividad de la Administración Pública, si existen límites constitucionales a esa potestad de organización y definir si puede hablarse de una reserva constitucional de Derecho Administrativo o no. Coincidimos con su conclusión que indica que no existe libertad absoluta organizatoria de elección de las formas de actuación y de organización de las actividades públicas pues ellas deben estar enmarcadas en lo dispuesto por la Carta Magna, que limita la potestad organizatoria de la Administración¹³³⁸. Sin embargo, la Constitución no establece prohibiciones específicas respecto a modos o medios a utilizar y, además, no existe reserva constitucional alguna. La reserva constitucional de ley de que se habla está

¹³³⁶ ORTÍZ VAAMONDE, Santiago, *“El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros”*, La Ley, 2004, pág. 60.

¹³³⁷ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, *“Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros”*.

¹³³⁸ GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, Catedrático de Derecho Administrativo, en Prólogo de SOCÍAS CAMACHO, Joana M., *“Fundaciones en el sector público. En especial, el ámbito sanitario”*, lustel, 2006, pág. 15.

dirigida a una precisa función constitucional que corresponde a la Ley de organización de modo que toda norma que pretenda regular los modos organizativos posibles y su funcionamiento, las condiciones de su creación, modificación y extinción debe basarse precisamente en el régimen jurídico de las Administraciones Públicas y ser un claro ejercicio del título competencial correspondiente¹³³⁹. La creación de entes instrumentales por parte de las Administraciones Públicas no viola, a nuestro criterio, el régimen constitucional y permite a la Administración servirse de organismos colaboradores y auxiliares para la consecución de sus fines¹³⁴⁰. Sin embargo, la constitución de un fideicomiso público en España, hoy violaría, a nuestro criterio, el régimen constitucional. Como tal sería nulo por la inexistencia de normativa en el derecho español pero también sería nulo si se constituyera a través de una construcción jurídica a modo de negocio indirecto, sea que desvirtúe o no el instrumento legal válido y existente que se utilice, porque esto provocaría que la Administración Pública se aparte de las normas vigentes que rigen los medios instrumentales que hoy la misma puede utilizar.

GARRIDO FALLA concluía, según RIVERO ORTEGA, que *“tradicionalmente ha habido cierto consenso en respetar la llamada potestad organizatoria”* cuando se hace referencia a las entidades instrumentales. Sin embargo, se aclara que esta potestad, como cualquier otra función administrativa, debe adecuarse a los fines por las que se asigna a la Administración. Los criterios asignados para la idoneidad de la personalidad jurídica separada son: por un lado, la necesidad de especialización, que se justifica desde la creación de los clásicos organismos autónomos hasta los más sofisticados; y, por otro, la búsqueda de un régimen peculiar. Para RIVERO ORTEGA, sólo cuando concurren ambos, tendrá sentido la creación de entes instrumentales¹³⁴¹.

¹³³⁹ PAREJO ALFONSO, Luciano, Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Carlos III de Madrid, en Prólogo de VAQUER CABALLERÍA, Marcos, *“Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública, La reforma de los servicios públicos sanitarios”*, Marcial Pons, 1999, pág. 24.

¹³⁴⁰ ALBALADEJO, Manuel, *“Derecho Civil”*, Tomo I, Decimosexta Edición, Edisofer S.L., Madrid, 2004, pág. 379.

¹³⁴¹ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, *“Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros”*.

Aunque el fideicomiso no supone una personalidad jurídica separada, entendemos que estos criterios descriptos de especialización y régimen particular se deben aplicar a la estructura compleja del fideicomiso público. Según la teoría sostenida por Marcel FARIBAULT en 1936 calificada como teoría de la institución, el fideicomiso adquiriría cierta individualidad, pero sin embargo los Tribunales jamás aceptaron esta posición. La personalidad no es necesaria para explicar un patrimonio, tampoco es indispensable un sujeto de derecho como soporte jurídico del mismo. El patrimonio fiduciario es considerado en forma objetiva como patrimonio de afectación y constituye una universalidad distinta, una masa independiente de los bienes del fiduciario¹³⁴² mas esto no obsta que se le reconozca al fideicomiso personalidad fiscal para ciertos impuestos¹³⁴³.

En la organización administrativa la personalidad es un dato instrumental; y tanto es así, que ello precisamente le ha permitido a la jurisprudencia, en un caso contractual, aplicar una técnica concebida en el ámbito mercantil que consiste en “levantar el velo” de la personalidad en los entes instrumentales a los efectos de determinar su responsabilidad patrimonial¹³⁴⁴ o bien de desentrañar la verdadera causa y esencia de la existencia del ente. La técnica del levantamiento del velo implica asumir una visión formalista de la personalidad jurídica, como lo indica ORTÍZ VAAMONDE, donde la personalidad sólo es un velo, real o ficticio, que en determinadas ocasiones es preciso ignorar, y por ende levantar, porque esta interposición de la persona jurídica perjudica a un tercero; y se podría concluir eventualmente que este

¹³⁴² ARROYO I AMAYUELAS, Esther (ed.), *“El Quebec: un model de dret comparat per a Catalunya. I Jornada Internacional sobre el dret patrimonial i la codificació”*, Publicacions de la Universitat de Barcelona, 2001. *“La fiducie en le dret civil québécois”* por Jacques Beaulne, notaire et professeur titulaire á la Section de droit civil de l’Université d’Ottawa, pág. 105.

¹³⁴³ CASTRO, Rosana, *“El fideicomiso público: régimen federal”*, Revista de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Número 71, enero/marzo 2010, pág. 57.

¹³⁴⁴ Aunque contractual, en el caso de autos: Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1995, VAQUER CABALLERÍA, Marcos, *“Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”*, Marcial Pons, 1999, pág. 66.

mecanismo fue utilizado en fraude al derecho¹³⁴⁵. Este mecanismo de “levantar el velo” de la personalidad es sólo una solución *a posteriori*, que podría ser evitada si se corrigieran de antemano, a nuestro criterio, los excesos de la libertad de elección de la potestad organizativa¹³⁴⁶.

La Constitución Española no es ajena a las normas referidas a la organización de la Administración y su texto enuncia principios que se condensan en sus artículos 103.1¹³⁴⁷ y 149.1.18¹³⁴⁸ y se refuerzan con los artículos 14¹³⁴⁹ y 23¹³⁵⁰ referidos a derechos fundamentales que no deben ser ignorados cuando se modelan entes instrumentales¹³⁵¹. La Constitución, además, contiene una remisión a la ley para la regulación, de carácter general, de la creación, régimen y coordinación de los órganos de la Administración del Estado¹³⁵². La

¹³⁴⁵ ORTÍZ VAAMONDE, Santiago, *“El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros”*, La Ley, 2004, pág. 54.

¹³⁴⁶ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, *“Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros”*.

¹³⁴⁷ Artículo 103 de la Constitución Española: 1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

¹³⁴⁸ Artículo 149 de la Constitución Española: 1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 18. Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.

¹³⁴⁹ Constitución Española. CAPÍTULO SEGUNDO. Derechos y libertades. Artículo 14: Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

¹³⁵⁰ Artículo 23 de la Constitución Española: 1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

¹³⁵¹ BORRAJO INIESTA, Ignacio, *“El intento de huir del Derecho Administrativo”*, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 78, 1993, pág. 235.

¹³⁵² GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, *“Aspectos de la nueva regulación de las fundaciones culturales privadas”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 70, 1973, pág. 181.

Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1994, de 24 de febrero, ha puesto de resalto que la eventual utilización de las técnicas ofrecidas por el Derecho Privado es un arbitrio puramente instrumental, como medio práctico de ampliar su acción social y económica y en virtud de ello las ha encontrado válidas en el marco de la mencionada Constitución¹³⁵³.

Resulta difícil pensar que la Administración mediante la creación de un ente o constitución de un fideicomiso público exprese una voluntad específica dirigida a violar la ley¹³⁵⁴, pero sin embargo resulta cierto que las consecuencias de algunas decisiones estatales pueden provocar irregularidades o estar desajustadas como respuesta a las necesidades de la sociedad. El caótico modo con que se plantea para, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, el sistema de intervención en el ámbito económico en España se acredita muy cumplidamente al considerar en particular los aspectos organizativos que posee una constelación de organizaciones de distinto tipo¹³⁵⁵. La mera instrumentalización organizativa por parte de la Administración no supone violación de la ley y no representa un fraude a la misma¹³⁵⁶, independientemente de las situaciones fácticas que se pueden presentar, a la vez que y deben ser prevenidas y combatidas por estar fuera de la ley. Acertadamente los Tribunales han actuado en contra del uso abusivo de la figura instrumental en conflictos presentados para su resolución. La doctrina, en los casos de interposición de personas, ha propugnado que los terceros perjudicados tengan la facultad de imputar los actos de la persona jurídica diferenciada a la matriz administrativa creadora y por ende de solicitar la aplicación del Derecho Administrativo como régimen propio de la

¹³⁵³ SOCÍAS CAMACHO, Joana M., *“Fundaciones en el sector público. En especial, el ámbito sanitario”*, Iustel, 2006, pág. 46.

¹³⁵⁴ ORTÍZ VAAMONDE, Santiago, *“El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros”*, La Ley, 2004, pág. 59.

¹³⁵⁵ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *“La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos 50 años”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 150, septiembre-diciembre 1999, pág. 247.

¹³⁵⁶ RIVERO ORTEGA, Ricardo, *“Administraciones Públicas y Derecho privado”*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 32.

Administración, si fuere necesario, del que se puede haber huido con la creación de un ente o uso de un instrumento similar como el fideicomiso público.

Con referencia a la especialización de las normas que rigen el fideicomiso y la confusión sobre el régimen jurídico a aplicar es, sin duda alguna, una cuestión a considerar, porque esta confusión provoca un peligroso fenómeno que supone una proliferación de entes instrumentales con distintos regímenes jurídicos que podría degenerar en una “Administración invertebrada”, como dice PIÑAR MAÑAS parafraseando a ORTEGA¹³⁵⁷, que atente contra la necesaria unidad¹³⁵⁸ de la Administración y resulte, además, instrumento de corrupción¹³⁵⁹. Un exceso de ramificación organizativa, para nosotros, es criticable desde el punto de vista del control y de los principios constitucionales¹³⁶⁰. La estructura de la organización estatal como herramienta efectiva de gestión debe ser lógica, simplificada y, por la peculiaridad de las misiones públicas involucradas, debe empeñarse en la coordinación de las actividades de los distintos estamentos para su homogenización operativa. No es suficiente determinar los objetivos de la gestión política sino que es indispensable establecer las premisas de la organización que ayude a lograr esos objetivos y a medir, evaluar y controlar los resultados de la acción. Es necesario que el régimen especial aplicable al fideicomiso contemple los elementos esenciales planteados en el Capítulo 6 y las bases estatutarias que se puntualizan en el presente Capítulo.

¹³⁵⁷ PIÑAR MAÑAS, José Luis, “*Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones*”, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 97, enero-marzo 1998, pág. 47.

¹³⁵⁸ RIVERO ORTEGA, Ricardo, “*Administraciones Públicas y Derecho privado*”, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 57.

¹³⁵⁹ CRESPO PÉREZ, Jorge, “*La formación de la voluntad de la Administración en a contratación pública*”, Trabajo de Grado de la Facultad de Derecho, Departamento de Derecho administrativo, financiero y procesal de la Universidad de Salamanca, 2002, pág. 57.

¹³⁶⁰ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, “*Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros*”.

Hemos indicado *ut supra* que además del régimen especial normativo debe tenerse en cuenta la especialización funcional de los fideicomisos públicos. La Constitución Española reconoce, como hemos indicado en 7.1., tres organizaciones territoriales: Estado, Comunidades Autónomas y la Administración local, provincias y municipios principalmente y cada una de estas organizaciones territoriales cuenta con su propia Administración que corresponde, casi con carácter general a una organización centralizada, a otras desconcentradas territorialmente y a otras descentralizadas funcionalmente. Por cierto el costo de tal organización es enorme, así como su impacto en el gasto público¹³⁶¹.

Como hemos indicado en el Capítulo 7, en México, desde el punto de vista estructural, la Administración Pública Federal comprende dos niveles de acción: la administración centralizada y la administración paraestatal. La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal indica que la Presidencia de la República, las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuración General de la República integran la Administración Pública centralizada. La Administración Paraestatal está compuesta por los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de créditos, las organizaciones nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y fianzas y los fideicomisos públicos¹³⁶². Allí las nuevas estructuras y funciones administrativas dieron lugar a un conjunto orgánico desarticulado, sin coordinación, con fenómenos de duplicación, superposición y contradicción de funciones que han provocado, como en España, deformaciones en los modelos administrativos que originalmente respondieron con rapidez, eficacia y eficiencia a los objetivos políticos. Por Decreto del 27 de febrero de 1978 se establecieron las bases para la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos establecidos o que establezca el Gobierno Federal donde se especifican las responsabilidades que se le asignan al

¹³⁶¹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *“De la simplificación de la Administración Pública”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 147, septiembre-diciembre 1998, pág. 19.

¹³⁶² Artículo 1 de la LEY ORGANICA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL.

fideicomitente único que es la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y a la Secretaría de Programación y Presupuesto, que es quien autoriza la creación, modificación o liquidación de los fideicomisos públicos¹³⁶³.

A través de figuras diferenciales la Administración tiene la intención de ponerse a la altura de un ciudadano común renunciando a sus prerrogativas naturales para actuar en un pie de igualdad con los particulares pero muchas veces, por una u otra razón, no logra este objetivo. Entonces, en esos casos, la Administración busca instrumentos más adecuados para diversificar sus actividades y ello plantea problemas de orden jurídico y político¹³⁶⁴. Sin embargo, una vez que se admiten nuevos mecanismos de organización, es imposible a posteriori su proscripción completa¹³⁶⁵. Para algunos se trata simplemente de un fenómeno de “descentralización por colaboración”¹³⁶⁶ y para otros una clara violación de las normas organizativas a las que está sometido y limitado el Estado.

En este marco el fideicomiso público es un instrumento conveniente, útil, versátil, con una gran flexibilidad donde se distingue claramente la gestión y sus resultados¹³⁶⁷; y con versatilidad suficiente para pluralidad de usos¹³⁶⁸. El

¹³⁶³ GONZÁLEZ PARAS, José Natividad, Coordinador Adjunto de la Coordinación General de Estudios Administrativos, Presidencia de la República (México), *“La reforma administrativa y el fideicomiso público”*, R.A.P., Régimen de la Administración Pública, Revista mensual para la administración pública, proveedores y contratistas del Estado, Editorial Ciencias de la Administración S.R.L., Año 5, Marzo 1983, No. 54, pág. 7.

¹³⁶⁴ MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, *“Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales”*, Fundació Carles Pi I Sunyer d’Estudis Autònoms i Locals, Barcelona, 2005, pág. 12.

¹³⁶⁵ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, *“Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros”*.

¹³⁶⁶ RUÍZ OJEDA, Alberto, *“Las fundaciones privadas como colaboradores de la Administración y el régimen jurídico del patrimonio fundaciones. Un comentario con ocasión de la nueva ley de fundaciones”*, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 93, enero-marzo 1997, pág. 29 recordando a Fernández Rodríguez.

¹³⁶⁷ BOSCH CARRERA, Antoni, *“¿Por qué el trust en Catalunya?”*, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 497.

esquema organizativo del fideicomiso público ha demostrado una mayor agilidad y una mayor informalidad administrativa que han resultado útiles en distintas circunstancias¹³⁶⁹. El Gobierno, en su caso, con esta herramienta, tratará de garantizar y proteger el ejercicio de los derechos constitucionales en equilibrio con las exigencias de la economía general y de la planificación en particular¹³⁷⁰.

8.2. Organización instrumental privada a través del fideicomiso público

Según ha postulado en reiterada doctrina el Tribunal Constitucional, la Administración Pública, en particular, no tiene capacidad jurídica plena en el ámbito privado, en la medida en que carece de la dignidad y la libertad que se expresa en la personalidad a que se refiere el artículo 10.1 Constitución Española¹³⁷¹. Su condición de organización del poder público constituido y su posición como sujeto pasivo y no activo de los derechos y libertades constitucionales así lo determinan¹³⁷². La Constitución propone una función organizativa en cuanto regula la forma de Estado, de gobierno, de régimen político, los órganos estatales, sus funciones y competencias, los modos de

¹³⁶⁸ NASARRE AZNAR, Sergio, *“Reflexiones sobre la conveniencia de una regulación catalana de la fiducia y su modelo. Comentario a la mesa redonda”*, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 550.

¹³⁶⁹ JUNYENT BAS, Francisco, y, MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *“Bases para una reforma del régimen del fideicomiso a propósito de la necesidad de su inscripción”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 782-790.

¹³⁷⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis, *“Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”*, Volumen Primero, Cuarta Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pág. 46.

¹³⁷¹ Artículo 10 de la Constitución Española: 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

¹³⁷² PAREJO ALFONSO, Luciano, *“Eficacia y Administración. Tres estudios, INAP/BOE”*, Madrid, 1995, pág. 55–57 y 67 citado por SOCÍAS CAMACHO, Joana M., *“Fundaciones en el sector público. En especial, el ámbito sanitario”*, Iustel, 2006, pág. 39.

acceso al poder, su ejercicio y trasmisión¹³⁷³. Asimismo el Tribunal Constitucional ha establecido que *“lo que con carácter general es predicable de las posiciones subjetivas de los particulares no puede serlo, con igual alcance y sin más matización, de las que tengan los poderes públicos, frente a los que, principalmente, se alza la garantía constitucional”*¹³⁷⁴. Por ello, el campo de actuación de la Administración queda limitado a lo que disponen las leyes.

En ocasión de la promulgación y entrada en vigor de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General de Estado (en adelante, LOFAGE), aparece en su propia Exposición de Motivos que uno de los objetivos de ese texto legal era proceder a racionalizar la denominada “Administración Institucional de Estado” poniendo fin a la proliferación de entes de titularidad pública, sometidos a regímenes jurídicos distintos, porque ello había creado un panorama de heterogeneidad y confusión en el seno de la Administración. Sin embargo, el artículo 53.2, relativo a las Entidades públicas empresariales, pone en duda aquel objetivo al indicar que: *“Las entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria”*. Aquí se instaura un régimen jurídico “dual” para las entidades públicas empresariales, es decir, un régimen jurídico–privado, como norma general de aplicación y un régimen jurídico–administrativo para el ejercicio de potestades públicas y para algunos aspectos de su funcionamiento. La racionalización de la organización institucional del Estado pretendida por esta Ley, LOFAGE, se ve desbordada en sus Disposiciones Adicionales que articulan una serie heterogénea de regímenes jurídicos en función de la entidad

¹³⁷³ MASNATTA, Héctor, *“El derecho constitucional económico y la reforma de la Constitución”*, Revista de Derecho Industrial, Año 10, Número 28, enero-abril 1988, Depalma, Buenos Aires, pág. 52.

¹³⁷⁴ Sentencia Tribunal Constitucional 129/2001, de 4 de junio, FJ 3 en SOCÍAS CAMACHO, Joana M., *“Fundaciones en el sector público. En especial, el ámbito sanitario”*, Iustel, 2006, pág. 41.

concreta de que se trate¹³⁷⁵. La LOFAGE patentiza, en palabras de PIÑAR MAÑAS, un evidente deseo de simplificación y de “reducción a la unidad” por parte del legislador¹³⁷⁶ que, sin duda, advierte el problema que venimos planteando en cuanto a la incertidumbre de la norma aplicable no sólo al sujeto, sino a las distintas situaciones que se presentan en la realidad práctica. También advertimos que difícilmente sea posible homogeneizar la normativa aplicable a este tipo especial de entes muy diferenciados entre sí y por ello recomendamos un esquema legal orientativo que responda la mayor cantidad de interrogantes y disipe buena parte de las dudas que se pueden generar. Como decía DÍEZ-PICAZO, no se cumplen los postulados de la seguridad jurídica, si las normas se conciben con gran dosis de amplitud sin siquiera establecer líneas generales para su interpretación limitativa¹³⁷⁷. Se afirma que en el ámbito local español la reforma de la Ley de Modernización en el año 2003 supuso, en definitiva, un intento de hacer más ordenada la “carta” de formas de gestión a ese nivel gubernamental, aproximándola a la realidad de las empleadas por los municipios para prestar servicios¹³⁷⁸.

Las transformaciones en las estructuras de la sociedad, los cambios en el trabajo y las familias, los avances de la ciencia y la tecnología, su aplicación a nuevos sectores de la economía, el desarrollo económico y social, las crisis financieras, reclaman respuestas distintas por parte de la Administración Pública. Pero no se deben buscar los motivos para operar a través de fideicomisos públicos, simplemente, en meros objetivos políticos generalmente no abiertamente explicitados, sino más bien se deben revisar las normas

¹³⁷⁵ DE LA SERNA BILBAO, María Nieves, Profesora Titular de Derecho Administrativo (interina) Universidad Carlos III de Madrid, “*Organización instrumental privada en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública*”, Documentación Administrativa, número 246-247, septiembre 1996-abril 1997, pág. 496 y 504.

¹³⁷⁶ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), “*Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica*”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 258.

¹³⁷⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis, “*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*”, Volumen Primero, Cuarta Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pág. 53.

¹³⁷⁸ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, “*Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros*”.

referidas a la organización público-administrativa, quizás fundadas, al decir de PAREJO ALFONSO, aun en el principio monárquico y centradas en fórmulas y soluciones propias de un modelo de Estado ya superado para España. Influyen, además, como afirma el mismo autor, las pocas posibilidades de cambio que se avizoran y que se pueden predecir por los últimos sucesos económicos y financieros mundiales¹³⁷⁹, los que requieren una apertura a soluciones innovadoras antes impensadas para ordenar y disponer el gobierno del Estado¹³⁸⁰.

Encontramos distintas posiciones en la doctrina respecto a la validez de la organización administrativa instrumental y, en verdad, no hemos hallado criterios jurisprudenciales específicos que ayuden a clarificar el tema, ya que la organización de la Administración como tal está ajena tradicionalmente al control jurisdiccional¹³⁸¹ y es difícil que un Juez acuda a los límites de la potestad organizatoria, como indica RIVERO ORTEGA, para anular la decisión que impulsa la constitución de un ente instrumental sujeto a Derecho Privado¹³⁸², como el fideicomiso público. Nosotros entendemos que el mérito y la conveniencia de incluir en el diseño de la organización administrativa a los entes instrumentales y en particular medios especiales y complejos como el fideicomiso público será una decisión, como expresáramos ya en este trabajo, de la dirección política y a través del dictado de una ley específica. Esta decisión seguramente estará en armonía con el concepto del Estado y sus funciones que tenga la clase dirigente. Asimismo esta decisión deberá encontrarse dentro del marco constitucional del Estado de Derecho, por lo que,

¹³⁷⁹ PAREJO ALFONSO, Luciano, Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Carlos III de Madrid, en Prólogo de VAQUER CABALLERÍA, Marcos, *“Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”*, Marcial Pons, 1999, pág. 12.

¹³⁸⁰ BARAÑANO, Diego M., *“La enseñanza de la organización administrativa del Estado”*, Revista de Administración Pública, Año 4, Número 16, enero-marzo 1965, Buenos Aires, Instituto Superior de Administración Pública, pág. 22-29.

¹³⁸¹ MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, *“Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales”*, Fundació Carles Pi I Sunyer d'Estudis Autònomic i Locals, Barcelona, 2005, pág 62.

¹³⁸² RIVERO ORTEGA, Ricardo, *“Administraciones Públicas y Derecho privado”*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 71.

en este caso particular del fideicomiso público, en España será una cuestión específica de política legislativa.

BORRAJO INIESTA defiende la suficiencia del Derecho Privado para salvaguardar los fines a que se ordena la Administración y MALARET GARCÍA afirma que la aplicación de Derecho Privado no significa eliminación de control jurídico y coincide con la mayoría de la doctrina administrativa que entiende debe ponerse coto a algo que se ha denominado, desde la década de los ochenta del siglo pasado¹³⁸³, “huida del Derecho Administrativo¹³⁸⁴”, que oportunamente produjo confusión e inquietud en quienes se dedican a esa disciplina¹³⁸⁵. Esta huida del Derecho general del Estado es fruto de que tanto para los administradores como para los propios administrados, el régimen público resultaba por demás rígido, obstaculizante en la mayoría de los casos, como difícil de aplicar a las nuevas tareas asumidas por las Administraciones a partir, sobre todo, del año 1944. Este fenómeno de huida se justifica en sus albores por diversas razones entre las que se encuentran las siguientes: la búsqueda de mayor libertad de acción; la intención de estimular las liberalidades privadas¹³⁸⁶; la exigencia de mayor flexibilidad¹³⁸⁷; la aparición de nuevas necesidades de los ciudadanos y la asunción de un nuevo dinamismo

¹³⁸³ RODRÍGUEZ-ARAMA MUÑOZ, Jaime, *“La vuelta al Derecho Administrativo (a vueltas con lo privado o lo público)”*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, Volumen 2005 Derecho Administrativo, pág. 535.

¹³⁸⁴ ORTÍZ VAAMONDE, Santiago, *“El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros”*, La Ley, 2004, pág. 65.

¹³⁸⁵ RODRÍGUEZ-ARAMA MUÑOZ, Jaime, *“La vuelta al Derecho Administrativo (a vueltas con lo privado o lo público)”*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, Volumen 2005 Derecho Administrativo, pág. 535.

¹³⁸⁶ MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, *“Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales”*, Fundació Carles Pi I Sunyer d’Estudis Autònomic i Locals, Barcelona, 2005, pág. 14.

¹³⁸⁷ ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, *“La Administración institucional: origen y personalidad”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 63, 1970, pág. 98. En igual sentido RIVERO ORTEGA, Ricardo, *“Administraciones Públicas y Derecho privado”*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 15 indica que “es la expresión más notoria de la búsqueda de un régimen más libre y menos complejo”.

por parte de los poderes públicos¹³⁸⁸. RIVERO ORTEGA indica que tal vez el mejor exponente del *status quaestionis* a principios de la última década del siglo pasado con relación a este tema de la “huida del Derecho administrativo” se encuentre en los dos volúmenes editados como Libro Homenaje al Profesor Doctor Manuel CLAVERO ARÉVALO, dirigido por el Profesor Doctor Alfonso PÉREZ MORENO, bajo el título “La Administración instrumental”, con ponencias destacadísimas sobre su régimen de autores aquí mencionados como VILLAR PALASÍ, ARIÑO ORTÍZ, GARCÍA DE ENTERRÍA, GARRIDO FALLA, S. MARTÍN-RETORTILLO¹³⁸⁹. La Administración General del Estado está incardinada en un ordenamiento jurídico público que, en principio, impide la aplicación del Derecho Privado, y de allí la denominación dada a este fenómeno¹³⁹⁰. Sin embargo hay autores, con quienes coincidimos, que afirman que la Administración Pública se sirvió siempre del catálogo de técnicas de personificación reconocido por el Derecho común general. Por ello, no participan del todo en esta corriente de preocupación por la “huida” de la Administración del Derecho Administrativo, materializada en el empleo de formas de actuación tomadas del Derecho Privado, fundamentalmente porque creen que no ha existido nunca una separación tajante entre el Derecho Público y el Privado, en tanto postulan la aplicación del Derecho Público y de sus específicos regímenes de control con total independencia de las técnicas de actuación de las que se sirve la Administración¹³⁹¹. En el presente se está desarrollando un nuevo Derecho Administrativo que es una reacción indudable

¹³⁸⁸ RIVERO ORTEGA, Ricardo, *“Administraciones Públicas y Derecho privado”*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 15.

¹³⁸⁹ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, *“Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros”*.

¹³⁹⁰ DE LA SERNA BILBAO, María Nieves, Profesora Titular de Derecho Administrativo (interina) Universidad Carlos III de Madrid, *“Organización instrumental privada en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública”*, Documentación Administrativa, número 246-247, septiembre 1996-abril 1997, pág. 504.

¹³⁹¹ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), *“Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”*, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 225.

ante “los desaguisados producidos por esta alocada huida”¹³⁹². Lo público no se opone a la privado sino que resulta compatible y complementario¹³⁹³.

Para NEVADO-BATALLA MORENO es más preocupante el olvido del Derecho Administrativo por la propia Administración, porque no se trata sólo de un tema de organización sino del respeto a las reglas esenciales que hacen a los principios básicos del manejo de la cuestión pública¹³⁹⁴. DEL SAZ ataca terminantemente este fenómeno de “huida” como una “dolosa fuga del Derecho Público” y propone combatirlo a través de la formulación de una reserva constitucional de Derecho Administrativo¹³⁹⁵. Para nosotros la calificación es excesiva, porque no en todos los casos existe dolo y la propuesta debe ser moderada para no impedir la actuación organizativa a la Administración. Por esta razón propugnamos un término razonable de solución a los conflictos que se pueden producir sin anular la posibilidad por parte de la Administración de una organización flexible, ya que el establecimiento de principios constitucionales no puede significar una prohibición total del recurso de utilización de formas jurídicas privadas para limitar al Estado sólo al uso de las formas jurídico-públicas, al existir circunstancias donde la realidad llama a recurrir a estos arbitrios privados¹³⁹⁶ aunque con moderación. A la potestad organizatoria, que es consecuencia necesaria de la autonomía, se le debe conceder un margen de discrecionalidad con límites claros de la estructura a

¹³⁹² RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “*La vuelta al Derecho Administrativo (a vueltas con lo privado o lo público)*”, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, Volumen 2005 Derecho Administrativo, pág. 542.

¹³⁹³ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “*Caracterización constitucional de la ética pública. Con especial referencia al marco constitucional español*”, Revista Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, Suplemento del 29 de mayo de 2009, Volumen 2009-II, pág. 1347.

¹³⁹⁴ NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro, “*Legalidad y Buena Administración. Garantías del ciudadano frente a la corrupción y las malas prácticas en la gestión pública*”, Colección Internacional No. 19, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, Colombia, 2009, pág. 52.

¹³⁹⁵ DEL SAZ CORDERO, Silvia, Profesora Titular de Derecho Administrativo de la UNED, “*La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 133, enero-abril 1994, pág. 66.

¹³⁹⁶ RIVERO ORTEGA, Ricardo, “*Administraciones Públicas y Derecho privado*”, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 23.

diseñar¹³⁹⁷, para que pueda elegir entre varias alternativas¹³⁹⁸, incluidos los instrumentos originados en el ámbito del Derecho Privado como las sociedades comerciales o los fideicomisos públicos.

Todas las circunstancias apuntadas contribuyen a la citada “huida del Derecho Administrativo” y producen un círculo vicioso de tensiones públicas y privadas que provoca confusión e inseguridad, porque se advierte que se realiza con relación con estos instrumentos una aplicación más flexible de la legislación administrativa y esta situación también afecta al fideicomiso público¹³⁹⁹. La realidad jurídica aparece como escindida en dos ámbitos, por una parte, en el Derecho Público que contempla al Estado en cuanto asume las tareas que hacen a la consecución de los fines de interés general con cierta tendencia al monopolio; y, por otra, el ámbito del Derecho Privado que se impone sobre las personas en sus relaciones con los demás particulares. Esto ha provocado que se califique a los sujetos en el ordenamiento legal, separándolos en dos categorías: públicos y privados. Este criterio de clasificación poco ha servido a la armonía operativa de los entes y ha venido a generar graves y no pocos conflictos legales. Hoy, compartimos, “es imposible seguir manteniendo las concepciones excesivamente simplistas de la Sociedad que, por motivos puramente ideológicos, tomó como punto de partida el Derecho Administrativo” a lo largo de la historia legislativa¹⁴⁰⁰, y se hace indispensable asumir una actitud integradora donde la propuesta sea el equilibrio entre ambos derechos respetando el fin y los intereses involucrados en cada uno de ellos. El sometimiento al Derecho Privado no equivale a la huida de todo Derecho y de

¹³⁹⁷ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, *“Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros”*.

¹³⁹⁸ GARRIDO FALLA, Fernando, *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Volumen II (Parte general: conclusión), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pág. 344.

¹³⁹⁹ RIVERO ORTEGA, Ricardo, *“Derecho administrativo económico”*, Cuarta edición, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 92.

¹⁴⁰⁰ MORELL OCAÑA, Luis, y RUÍZ OJEDA, Alberto, Capítulo Séptimo: “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el derecho público” en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), *“Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica”*, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 235.

todo control. Tampoco la Administración puede dejar de ser la que es¹⁴⁰¹, al contrario, entendemos que, en estos casos, se deben agudizar los mecanismos para lograr la mayor transparencia, porque lo que se busca en la aplicación de las normas de fiscalización es la máxima eficiencia en el cumplimiento de la satisfacción de los intereses públicos. Para nosotros se trata, en definitiva, de la utilización de herramientas que aparentan huir de la aplicación de ciertas normas más rigurosas que en este caso resultan ser las normas públicas; y sólo si esa huida de las reglas públicas resulta antijurídica, se hace imprescindible buscar el camino de regreso a la juridicidad. Caso contrario, no existe problema en la aplicación de reglas privadas. El empleo de fórmulas privadas de organización no habilita a la Administración a derogar los procedimientos selectivos o vulnerar los principios inspiradores de las normas públicas¹⁴⁰², como veremos más adelante específicamente para el caso del fideicomiso público.

Quizás el esquema del patrimonio autónomo fiduciario sea un modelo apropiado para diseñar la inclusión en el ámbito público de la figura privada del fideicomiso, ya que está basado en un derecho de raíz romana conocido, difundido y de fácil comprensión que, por otro lado, es utilizado conceptualmente en muchas figuras del Derecho Español¹⁴⁰³. Ya el Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los fondos de titulación de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulación reconoce que es posible crear patrimonios autónomos no sólo sin personalidad jurídica, sino también sin propietario cuando en su Exposición de Motivos expresa que “en lo concerniente a la configuración del régimen jurídico de los fondos de titulación de activos, se pueden destacar las notas siguientes: a)

¹⁴⁰¹ BORRAJO INIESTA, Ignacio, “*El intento de huir del Derecho Administrativo*”, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 78, 1993, pág. 236.

¹⁴⁰² RIVERO ORTEGA, Ricardo, “*¿Es necesaria una revisión del Régimen de los Contratos Administrativos en España?*”, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 120, pág. 575.

¹⁴⁰³ BOSCH CARRERA, Antoni, “*¿Por qué el trust en Catalunya?*”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departamente de Justicia; Departamente d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 499.

Manteniéndose el esquema fiduciario de patrimonios sin personalidad jurídica, su configuración financiera se conforma: 1. En cuanto al activo, por la posibilidad de integrar tanto activos financieros como otros derechos, admitiendo tanto la cesión de créditos presentes como la de futuros; 2. Por lo que concierne al pasivo, se establece como regla general la financiación mediante valores de renta fija. No obstante se admite, para facilitar la viabilidad financiera de ciertas estructuras, la financiación vía préstamos concedidos por entidades de crédito. De igual modo, y como instrumento que refuerza la solvencia y el equilibrio patrimonial de la entidad, se regula un tipo específico de pasivos, cuales son las denominadas «aportaciones» de inversores institucionales. Se caracterizan por corresponderles el remanente que, en su caso, puede quedar con ocasión de la liquidación del fondo; 3. De igual modo, para preservar la transparencia y regularidad de la cesión de créditos y su financiación, la norma prescribe un conjunto de requisitos específicos subjetivos, objetivos y formales que deberán reunir las cesiones de activos a los fondos de titulación de activos...”. Esto resulta un afianzamiento de lo que disponía la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre el régimen de las sociedades y fondos de inversión inmobiliaria como también sobre fondos de titulación hipotecaria¹⁴⁰⁴, que definía en su Exposición de Motivos a los fondos como patrimonios cerrados sin personalidad jurídica¹⁴⁰⁵, cuando decía que esta “Ley regula, igualmente, por primera vez en España, los llamados Fondos de Titulación Hipotecaria. Estos Fondos, agrupaciones de participaciones hipotecarias cuya configuración jurídica y financiera debe distinguirse de la de los Fondos de Inversión Mobiliaria, transformarán en valores de renta fija homogéneos, estandarizados y, por consiguiente, susceptibles de negociación en mercados de valores organizados, los conjuntos de participaciones en préstamos hipotecarios que adquieran de Entidades de crédito. Ello permitirá a

¹⁴⁰⁴ La Exposición de Motivos del Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los fondos de titulación de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulación indica en su primer párrafo: “La titulación se inició en nuestro país con la promulgación de la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de las sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulación hipotecaria”.

¹⁴⁰⁵ ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “Los fondos de garantía del pago de pensiones de alimentos: ¿públicos o privados?. Análisis de las iniciativas españolas (estatales y autonómica catalana) a la luz de las propuestas de derecho público y privado comparado quebequés”, Revista de Derecho Privado, marzo-abril 2004, pág. 221.

éstas una más fácil movilización de los préstamos hipotecarios que otorguen, lo que estimulará la competencia entre ellas, permitirá su mayor especialización en las diversas funciones inherentes al otorgamiento y posterior administración de los créditos hipotecarios y, en consecuencia, contribuirá a abaratar los préstamos para adquisición de vivienda...»¹⁴⁰⁶.

8.3. Aspectos estatutarios

Es esencial establecer los principios de esta institución del fideicomiso público a través de una ley específica a fin de que dichos lineamientos rijan el obrar de Administración Pública¹⁴⁰⁷. En España compete al Poder Judicial el juzgamiento de las acciones en que es parte la Administración Pública porque los principios del Derecho Administrativo se establecen en la legislación. Sin embargo, en otros sistemas, como el francés, las reglas y principios han sido creados y formulados por obra de la jurisprudencia pretoriana del Consejo de Estado. Decía Giambattista DE LUCA, “príncipe de los prácticos”, en el año 1673 en su *Dottor volgare*, que ante la acumulación de leyes y la variedad de doctrinas, los juristas debían remontarse a la *ratio* de las normas¹⁴⁰⁸, lo que sería apropiado en el caso de este instituto, considerando la extensa tradición jurídica internacional que lo preside.

El Derecho Positivo Español, como hemos visto, no conoce el concepto de *trust* ni su versión latinoamericana denominada fideicomiso, aunque ésta sea la figura más cercana al derecho local. Se ha hecho referencia aquí al reconocimiento por parte de la doctrina y la jurisprudencia española del negocio fiduciario, lo que supone un primer acercamiento al tema. Sin embargo, existen

¹⁴⁰⁶ Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria. Exposición de Motivos in fine.

¹⁴⁰⁷ CASSAGNE, Juan Carlos, “Reflexiones en torno al sistema de invalidez de los actos administrativos”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1988-E, pág. 1103 y ss.

¹⁴⁰⁸ CUENA BOY, Francisco, “El fideicomiso de residuo en el Derecho Romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles”, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2004, pág. 132.

en España las mismas dificultades que se advirtieron en los distintos países donde el fideicomiso ha sido legislado. Entre otros obstáculos jurídicos podemos citar¹⁴⁰⁹:

a) la concepción unitaria del derecho real de propiedad. Adviértase sin embargo que existen institutos en España, como el derecho de superficie y la enfiteusis, que desarrollan el concepto de una propiedad dividida.

b) la teoría causalista y la imposibilidad de abstracción de la causa¹⁴¹⁰. Particularmente hay que tener en cuenta aquí que la jurisprudencia española, con referencia a los negocios fiduciarios, en el Derecho Privado, ha determinado el “levantamiento del velo” por considerar que hay oculto un negocio simulado¹⁴¹¹.

c) la teoría del “*numerus clausus*” en los derechos reales. Hay que advertir que DIEZ-PICAZO entiende que sería posible en España la creación de derechos reales en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada con plena determinación del objeto, cumplimiento de las formas, publicidad, siempre y cuando por medio de dicho derecho real se cubran necesidades jurídicas o económicas que de otro modo no se podrían cubrir¹⁴¹², conforme el derecho vigente.

d) el principio de que el deudor responde con todos sus bienes¹⁴¹³ y la regla de la *par conditio creditorum*. Se coincide en doctrina española en admitir masas

¹⁴⁰⁹ ARESPACOHAGA, Joaquín de, “*El "trust", la fiducia y figuras afines*”, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 127.

¹⁴¹⁰ Tampoco es admisible esta abstracción en el derecho francés e italiano conforme ARESPACOHAGA, Joaquín de, “*El "trust", la fiducia y figuras afines*”, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 122.

¹⁴¹¹ VIRGOS SORIANO, Miguel, “*El Trust y el derecho español*”, Primera Edición, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, 2006, pág. 54.

¹⁴¹² MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “*El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 103.

¹⁴¹³ Artículo 1911 del Código Civil español.

patrimoniales diferenciadas que tienen un tratamiento diferenciado respecto al patrimonio personal¹⁴¹⁴. Un ejemplo reciente de regulación de masa patrimonial especialmente protegida es la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Se trata en este caso de un patrimonio destinado a cumplir un fin específico carente de personalidad jurídica¹⁴¹⁵.

Será difícil entonces, pero no imposible, a nuestro criterio, que el Derecho Español adapte la figura del fideicomiso sin quebrar su sistemática, su estructura y sus elementos esenciales¹⁴¹⁶. Sin duda esto supone una ley *ad effectum* y una normativa cerrada de la institución como ha sucedido en los países latinoamericanos no sólo en el caso del fideicomiso como institución del Derecho Privado sino como una figura del Derecho Público según aquí estamos analizando. La regulación del *trust*, la fiducia o el fideicomiso mediante la técnica de una ley especial¹⁴¹⁷, al margen del Código, es la técnica utilizada en San Marino¹⁴¹⁸, Líbano¹⁴¹⁹, Luxemburgo¹⁴²⁰, República Argentina¹⁴²¹ y la República Popular China¹⁴²² para citar algunos de los varios ejemplos

¹⁴¹⁴ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, *“El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law”*, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 105.

¹⁴¹⁵ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, *“El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law”*, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 140.

¹⁴¹⁶ ARESPOCHAGA, Joaquín de, *“El “trust”, la fiducia y figuras afines”*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 129.

¹⁴¹⁷ ARROYO I AMAYUELAS, Esther, *“¿Y si universalizamos el trust, también en Cataluña?”*, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 473.

¹⁴¹⁸ Ley No. 27 del 17 de marzo de 2005.

¹⁴¹⁹ Ley No. 520 del 6 de junio de 1996.

¹⁴²⁰ Ley del 8 de julio de 2003.

¹⁴²¹ Ley No. 24.441, sancionada el 22 de diciembre de 1994, promulgada el 9 de enero de 1995 y publicada en el Boletín oficial el 16 de enero de 1995.

¹⁴²² Ley del 28 de abril de 2001.

existentes en el campo del Derecho Privado; y en el caso del fideicomiso público específicamente en México¹⁴²³, Uruguay¹⁴²⁴, Panamá¹⁴²⁵, entre otros¹⁴²⁶.

No adherimos a la opinión de que España es el país más hostil al *trust* de la Unión Europea¹⁴²⁷. Sin embargo coincidimos en afirmar que se debe cuidar la cultura y la tradición jurídica al introducir nuevas figuras en la legislación de cualquier país¹⁴²⁸ y se debe llevar a cabo un fuerte y profundo análisis de los efectos, beneficios e inconvenientes de su implantación sin dejarse guiar por preconceptos a favor o en contra de la institución.

Como indican DEL SEL y LISOPRAWSKI, partiendo de la figura completa del fideicomiso, se debe proceder a desarmarla o deconstruirla y, más tarde, comenzar a examinar cada pieza para encontrar las distintas relaciones jurídicas que componen el todo para poder establecer la estructura¹⁴²⁹.

En la esencia del estatuto fundante del fideicomiso público se encuentran, como se advierte en las distintas legislaciones del mundo referidas al mismo, dos características primordiales:

i) el Estado es el protagonista imprescindible en la constitución del fideicomiso

¹⁴²³ Artículo 1 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

¹⁴²⁴ Artículo 3 Ley 17.703.

¹⁴²⁵ Artículo 1 Ley 1 de 1984.

¹⁴²⁶ En países como la República Argentina hay algunos Proyectos de Ley de fideicomiso público citados en este trabajo.

¹⁴²⁷ ARESPACOHAGA, Joaquín de, “El *“trust”*, la *fiducia* y *figuras afines*”, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 130.

¹⁴²⁸ ARESPACOHAGA, Joaquín de, “El *“trust”*, la *fiducia* y *figuras afines*”, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 132.

¹⁴²⁹ LISOPRAWSKI, Silvio, y DEL SEL, Juan María, “*Responsabilidad del Developer en el fideicomiso inmobiliario*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-A, pág. 652-667.

público y debe establecer sus disposiciones. Es indispensable que la Administración Pública intervenga en su constitución¹⁴³⁰.

ii) el fin está dirigido exclusivamente a la satisfacción de un interés público.

En cualquier país donde se decida utilizar esta herramienta jurídica en el ámbito estatal, se debe dictar una normativa específica referida a fideicomisos públicos que unifique los criterios, estandarice su estructura y establezca un régimen legal que refiera a sus líneas fundamentales, donde se determinen, entre otros, los siguientes extremos para que la figura no sufra distorsión en su tránsito desde la aplicación en el Derecho Privado a su implementación en el marco del Derecho Público¹⁴³¹. GORDILLO indica que cuando el Derecho Administrativo toma principios del derecho común, en general no los mantiene y por ello aparecen como deformados, de manera que no es posible identificarlos positivamente como principios de Derecho Privado y se los integra como principios y normas de Derecho Público¹⁴³². Excede el marco de este trabajo el análisis profundo de cada uno de los puntos del estatuto fundacional del fideicomiso público en la legislación de un país por ello sólo referiremos sintéticamente las cuestiones que deberemos desarrollar sin duda en un futuro trabajo para no desaprovechar lo valioso que hemos recogido a lo largo de esta investigación que determina lo sustancial de esta herramienta. A nuestro criterio, desde el punto de vista estatutario, es esencial para el encuadramiento de la figura que:

1) se determine la constitución de los fideicomisos públicos por ley.

Recordemos aquí el papel fundamental que tiene la ley como fuente de

¹⁴³⁰ CASTRO, Rosana, “*El fideicomiso público: régimen federal*”, Revista de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Número 71, enero/marzo 2010, pág. 60.

¹⁴³¹ GELER, Laura; HAFFORD, Deborah, y SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Marcela, “*Riesgos de corrupción en Fideicomisos públicos. Medidas en pos de una mayor transparencia*”, Marzo de 2007, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, www.uca.edu.ar.

¹⁴³² GORDILLO, Agustín, “*Tratado de derecho administrativo*”, Parte General, Tomo I, pág. VIII-2.

obligaciones en el Derecho Administrativo¹⁴³³, que afirma, como indica RIVERO YSERN, el principio de eficiencia e imparcialidad que preside la acción administrativa¹⁴³⁴. La ley, como indican GARCÍA ENTERRÍA y FERNÁNDEZ es la norma escrita superior entre todas, la que por ello prevalece frente a cualquier expresión de voluntad popular conforme indica el preámbulo del texto constitucional español¹⁴³⁵. Por ser el Estado el que interviene es necesario además un acto administrativo para su constitución y más concretamente una ley de creación¹⁴³⁶. Pueden nacer de una creación normativa que puede ser seguida o no de un contrato de fideicomiso¹⁴³⁷. Asimismo se debe autorizar legislativamente en forma previa al órgano pertinente para celebrar el fideicomiso¹⁴³⁸ y generar las relaciones obligacionales con el fiduciario y éste para con los beneficiarios y el propio fiduciante. En México el Gobierno Federal puede crear fideicomisos mediante ley, decreto o acuerdo presidencial¹⁴³⁹. Un Proyecto de ley de la República Argentina determina que debe ser creado por una ley especial¹⁴⁴⁰ y particularmente deberá existir una ley especial si el

¹⁴³³ GARRIDO FALLA, Fernando, *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Volumen II (Parte general: conclusión), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pág. 6.

¹⁴³⁴ RIVERO YSERN, Enrique, *“Derecho público y derecho privado en la organización y actividad de las empresas públicas”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 86, mayo-ago. 1978, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pág. 46.

¹⁴³⁵ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, RAMON-FERNÁNDEZ, Tomás, *“Curso de Derecho Administrativo”*, Tomo I, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1988, pág. 135.

¹⁴³⁶ NEIROTTI, Julián E., *“Algunas consideraciones sobre el fideicomiso en el sector público”*, Zeus, Colección jurisprudencial, Tomo 98 (Mayo-Agosto 2005), Rosario, Argentina, pág. 147. este autor además hace referencia a la ley 25.565 en su artículo 48 que impone en la República Argentina que: “Toda creación de organismos descentralizados, empresa pública de cualquier naturaleza y Fondo Fiduciario integrado total o parcialmente con bienes y/o fondos del Estado nacional, requerirá el dictado de una ley”.

¹⁴³⁷ CASTRO, Rosana, *“El fideicomiso público: régimen federal”*, Revista de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Número 71, enero/marzo 2010, pág. 63.

¹⁴³⁸ MAURY de GONZÁLEZ, Beatriz (directora), *“Tratado teórico práctico de fideicomiso”*, Editorial Ad-hoc S.R.L, Buenos Aires, 2004, pág. 331.

¹⁴³⁹ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *“Doctrina General del Fideicomiso”*, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 343.

¹⁴⁴⁰ Proyecto de Ley, Expediente 2718-D-2006, Trámite parlamentario 56, *“Régimen para la constitución y funcionamiento del Fideicomiso Público”*, presentado por Luis Alberto Galvalisi, año 2006, Partido Demócrata Progresista de la República Argentina, Centro de Estudios Socio Económicos Nacionales y Regionales “Dr. Lisandro de la Torre”, Director-Coordenador: Victorio Arístides Torrecilla en su artículo 1: “el fideicomiso público toma su carácter como tal cuando el Estado Nacional, como fiduciante, transmita la propiedad fiduciaria de bienes de su dominio

fideicomiso público involucra bienes del dominio privado del Estado. Así, por ejemplo, lo exigen las distintas constituciones de las provincias argentinas y su Constitución Nacional, cuando se refieren a las atribuciones del Poder Legislativo como por ejemplo el artículo 123, inciso 38 de la Constitución de la Provincia de Jujuy¹⁴⁴¹; el artículo 102 inciso 5 de la Constitución de la Provincia de La Rioja¹⁴⁴²; el artículo 118 incisos 16, 17 y 18 de la Provincia de Corrientes¹⁴⁴³; el artículo 119 inciso 15 de la Provincia del Chaco¹⁴⁴⁴; el artículo 118 inciso 15 de la Provincia de Formosa¹⁴⁴⁵; el artículo 99 inciso 4 de la Provincia de Mendoza¹⁴⁴⁶; y el artículo 75 inciso 5¹⁴⁴⁷ de la Constitución Nacional¹⁴⁴⁸.

Esa legislación debe fortalecer las políticas de coordinación sectorial de la Administración Pública, como así distinguir con claridad los elementos

público o privado a un fiduciario **establecido en la ley especial de creación** para que éste la ejerza en beneficio de quien se designe en dicha norma y la transmita, al cumplimiento de un plazo o condición, a quien ella se determine”.

¹⁴⁴¹ Constitución de la Provincia de Jujuy. Artículo 123. Corresponde a la Legislatura, conforme a lo establecido en esta Constitución:... 38) Autorizar la disposición de bienes inmuebles.

¹⁴⁴² Constitución de la Provincia de La Rioja. Artículo 102 inciso 5: Corresponde a la Cámara de Diputados: 5. Legislar sobre el uso, distribución y enajenación de las tierras del Estado Provincial, requiriéndose los dos tercios de los votos de sus miembros para la cesión de tierras fiscales con el objeto de utilidad social expresamente determinada.

¹⁴⁴³ Constitución de la Provincia de Corrientes. Capítulo V - Atribuciones del Poder Legislativo. Artículo 118.- Corresponde al Poder Legislativo: ... 16) Legislar sobre las tierras públicas y el Homestead, 17) Disponer del uso y enajenación de las tierras de la Provincia, 18) Autorizar la ejecución de obras públicas exigidas por el interés de la Provincia.

¹⁴⁴⁴ Constitución de la Provincia del Chaco. Artículo 119 inciso 15: ...15) Legislar sobre uso y disposición de bienes del Estado provincial.

¹⁴⁴⁵ Constitución de la Provincia de Formosa: Artículo 120 inciso 16: 16. Legislar sobre el uso y enajenación de la tierra pública y demás bienes de la Provincia; declarar los casos de utilidad pública para la expropiación.

¹⁴⁴⁶ Constitución de la Provincia de Mendoza. Artículo 99 inciso 4: Corresponde al Poder Legislativo: 4. disponer el uso y la enajenación de la tierra pública y demás bienes de la provincia.

¹⁴⁴⁷ Constitución Argentina. Artículo 75. Corresponde al Congreso: ...5. Disponer del uso y de la enajenación de las tierras de propiedad nacional.

¹⁴⁴⁸ MAURY de GONZÁLEZ, Beatriz (directora), *“Tratado teórico práctico de fideicomiso”*, Editorial Ad-hoc S.R.L, Buenos Aires, 2004, pág. 332.

suficientes para conocer el grado de eficacia, eficiencia y productividad que puede alcanzar cada fideicomiso¹⁴⁴⁹;

2) **se establezcan objetivamente los casos en que es posible la constitución del fideicomiso público y su objeto.** Es decir, se deben someter los fideicomisos públicos al principio de especialidad¹⁴⁵⁰ evitando duplicidad de funciones¹⁴⁵¹ y afectándolo a la ejecución de políticas públicas¹⁴⁵². Además deben ajustarse a los principios de razonabilidad y eficiencia en torno al cumplimiento del interés público comprometido y el resultado esperado¹⁴⁵³ explicando el por qué de la elección de este instrumento¹⁴⁵⁴. Lógicamente que su constitución estará determinada por la orientación que se le dé a las funciones del Estado que dan razón cualitativa y cuantitativa a las actuaciones de los poderes públicos estatales¹⁴⁵⁵. Sería deseable además que se liquiden aquellos fideicomisos existentes que han

¹⁴⁴⁹ GONZÁLEZ PARAS, José Natividad, Coordinador Adjunto de la Coordinación General de Estudios Administrativos, Presidencia de la República (México), *“La reforma administrativa y el fideicomiso público”*, R.A.P., Régimen de la Administración Pública, Revista mensual para la administración pública, proveedores y contratistas del Estado, Editorial Ciencias de la Administración S.R.L., Año 5, Marzo 1983, No. 54, pág. 18.

¹⁴⁵⁰ GARRIDO FALLA, Fernando, *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Volumen II (Parte general: conclusión), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pág. 352.

¹⁴⁵¹ GONZÁLEZ PARAS, José Natividad, Coordinador Adjunto de la Coordinación General de Estudios Administrativos, Presidencia de la República (México), *“La reforma administrativa y el fideicomiso público”*, R.A.P., Régimen de la Administración Pública, Revista mensual para la administración pública, proveedores y contratistas del Estado, Editorial Ciencias de la Administración S.R.L., Año 5, Marzo 1983, No. 54, pág. 17.

¹⁴⁵² Artículo 6 del Decreto 1.482 del 15 de noviembre de 2005 de creación del fondo fiduciario para el Desarrollo Ganadero Rionegrino, Provincia de Río Negro, República Argentina: “El fiduciario podrá constituir fideicomisos específicos, afectados a la ejecución de las políticas delineadas de cada programa a requerimiento de la Autoridad de Aplicación. En tales Fondos Específicos se incluirán los recursos con tal afectación, siendo administrados y contabilizados en forma independiente”. PRAVATO, Luis E., *“Algunas consideraciones sobre el fideicomiso público y el derecho administrativo rionegrino”*, Revista de Administración Pública, RAP, Buenos Aires, Volumen 376, Sección Legislación Anotada, pág. 80.

¹⁴⁵³ CASTRO, Rosana, *“El fideicomiso público: régimen federal”*, Revista de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Número 71, enero/marzo 2010, pág. 66.

¹⁴⁵⁴ RODRÍGUEZ-ARAMA MUÑOZ, Jaime, *“La vuelta al Derecho Administrativo (a vueltas con lo privado o lo público)”*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, Volumen 2005 Derecho Administrativo, pág. 541.

¹⁴⁵⁵ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *“La privatización de la Empresa Pública”*, Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 45.

cumplido con los objetivos para los que han sido creados o de los cuales no se justifique su existencia; se transformen en organismos descentralizados o empresas estatales o con participación estatal aquellos que encubran estas entidades y se supriman aquellos que realicen funciones similares o idénticas a otros fideicomisos públicos, organismos descentralizados, empresas o dependencias estatales¹⁴⁵⁶.

En algunas provincias argentinas, por ejemplo, se ha dispuesto constitucionalmente que no se puede afectar más del 25% de las rentas provinciales¹⁴⁵⁷ en fideicomisos públicos y que no pueden ser utilizados para equilibrar el presupuesto¹⁴⁵⁸, lo que nos parece apropiado porque supone establecer un límite sin entrar a analizar la calidad del mismo;

3) se establezcan las condiciones para la modificación del objeto del fideicomiso público, que lógicamente resultarán excepcionales, ya que debe estar prohibida toda utilización total o parcial, permanente o transitoria del patrimonio fiduciario para otro destino que no sea el objeto fiduciario¹⁴⁵⁹.

La ley argentina que lleva el número 24.623 ha autorizado al Poder Ejecutivo a ampliar el objeto del Fondo Fiduciario que constituye esa ley para financiar otros programas de reforma de los Estados provinciales tendientes a sanear

¹⁴⁵⁶ GONZÁLEZ PARAS, José Natividad, Coordinador Adjunto de la Coordinación General de Estudios Administrativos, Presidencia de la República (México), *“La reforma administrativa y el fideicomiso público”*, R.A.P., Régimen de la Administración Pública, Revista mensual para la administración pública, proveedores y contratistas del Estado, Editorial Ciencias de la Administración S.R.L., Año 5, Marzo 1983, No. 54, pág. 17.

¹⁴⁵⁷ Artículo 70 de la Constitución de La Rioja; artículo 95 de la Constitución de Río Negro; artículo 91 de la Constitución de San Luis; artículo 101 de la Constitución de Misiones; artículo 65 de la Constitución de Formosa y artículo 66 de la Constitución de Santiago del Estero.

¹⁴⁵⁸ Artículo 66 de la Constitución de Santiago del Estero, artículo 135 inciso 15 de la Constitución del Chubut; artículo 101 inciso 6 de la Constitución de Misiones, artículo 70 de la Constitución de Tierra del Fuego.

¹⁴⁵⁹ Proyecto de Ley, Expediente 2718-D-2006, Trámite parlamentario 56, *“Régimen para la constitución y funcionamiento del Fideicomiso Público”*, presentado por Luis Alberto Galvalisi, año 2006, Partido Demócrata Progresista de la República Argentina, Centro de Estudios Socio Económicos Nacionales y Regionales “Dr. Lisandro de la Torre”, Director-Coordenador: Victorio Arístides Torrecilla artículo 3: “Queda prohibida toda asignación del patrimonio público total o parcial, permanente o transitoria –salvo luego de su extinción y liquidación- a otro destino que no fuere el del objeto de su creación...”

sus finanzas públicas. En este caso argentino citado como ejemplo nos parece desacertada la apertura ilimitada como ya hemos expresado¹⁴⁶⁰ en este trabajo. Recordamos que la responsabilidad del Estado con relación al fideicomiso público se limita al objeto específico del mismo y al patrimonio afectado y en ningún caso dicha responsabilidad será solidaria ni subsidiaria con el fiduciario¹⁴⁶¹. Valga también como ejemplo no deseado el artículo 12 del Decreto de Necesidad y Urgencia 786/2002 del Poder Ejecutivo Nacional en la República Argentina que dispuso que el Fondo Fiduciario para Subsidios de Consumos Residenciales de Gas podrá financiar el pago de eventuales deudas del Estado Nacional¹⁴⁶². Se ha entendido que hay que evitar el avance del poder político sobre los fondos fiduciarios, como si fueran “cajas chicas” de fácil acceso para apalear los desequilibrios de liquidez del Tesoro¹⁴⁶³;

4) se fijen los criterios objetivos de selección del fiduciario y obligaciones a su cargo. Deberá existir la promoción de la concurrencia de los interesados y la competencia entre oferentes como así su igualdad de tratamiento en el marco de una licitación pública o un concurso público con verdadera operatividad de las normas de anticorrupción remarcando la necesaria y probada capacidad técnica del futuro fiduciario¹⁴⁶⁴ y sus

¹⁴⁶⁰ MAURY de GONZÁLEZ, Beatriz (directora), *“Tratado teórico práctico de fideicomiso”*, Editorial Ad-hoc S.R.L, Buenos Aires, 2004, pág 350.

¹⁴⁶¹ Proyecto de Ley, Expediente 2718-D-2006, Trámite parlamentario 56, *“Régimen para la constitución y funcionamiento del Fideicomiso Público”*, presentado por Luis Alberto Galvalisi, año 2006, Partido Demócrata Progresista de la República Argentina, Centro de Estudios Socio Económicos Nacionales y Regionales “Dr. Lisandro de la Torre”, Director-Coordenador: Victorio Arístides Torrecilla artículo 2: “La responsabilidad del Estado Nacional, con relación con los actos que se lleven a cabo a través del fideicomiso público, se limita al objeto específico y al patrimonio afectado de acuerdo con lo establecido en la ley de creación y al patrimonio que le sea afectado. En ningún caso será solidaria ni subsidiaria. Se lo reconoce como un patrimonio de afectación específica, separado e intangible, para la consecución del fin o los fines de los cuales fuera creado. Los bienes fideicomitados no integran el Tesoro Nacional ni el patrimonio del fiduciario...”

¹⁴⁶² SUBSECRETARIA DE PRESUPUESTO, Oficina Nacional de Presupuesto, Secretaria de Hacienda, Ministerio de Economía y Producción, República Argentina, *“Ejecución presupuestaria de los fondos fiduciarios del Estado Nacional”*, Primer Trimestre de 2006, pág. 17.

¹⁴⁶³ CASTRO, Rosana, *“El fideicomiso público: régimen federal”*, Revista de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Número 71, enero/marzo 2010, pág. 71.

¹⁴⁶⁴ CASTRO, Rosana, *“El fideicomiso público: régimen federal”*, Revista de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Número 71, enero/marzo 2010, pág. 66.

méritos¹⁴⁶⁵. El procedimiento deberá estar establecido en la ley de creación del fideicomiso¹⁴⁶⁶ respetando los principios de mérito y capacidad, publicidad y concurrencia¹⁴⁶⁷. El fideicomiso revestirá el carácter de oneroso, si el fiduciario cobra una remuneración por los encargos encomendados. Esta onerosidad se presume, salvo pacto en contrario en algunas legislaciones como la de la República Argentina¹⁴⁶⁸.

Hay dos posiciones encontradas entre quienes manifiestan que en los fideicomisos públicos el mismo Estado fiduciante puede apartar de sus funciones al fiduciario¹⁴⁶⁹ y quienes apuntan que sólo una ley puede desplazar al fiduciario¹⁴⁷⁰. Para nosotros el primer caso se podría dar si existe justa causa; y bajo ningún punto de vista se puede avalar la decisión arbitraria de su desplazamiento, para lo cual se deben contemplar en la ley de creación estos extremos. Destacamos la conveniencia de nombrar un sustituto para reemplazarlo ante una eventual causal de cesación en el mismo procedimiento de selección¹⁴⁷¹. Si se constituye un Comité o Consejo de Administración para asistencia del fiduciario, se deben determinar claramente sus funciones a los

¹⁴⁶⁵ RODRÍGUEZ-ARAMA MUÑOZ, Jaime, *“La vuelta al Derecho Administrativo (a vueltas con lo privado o lo público)”*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, Volumen 2005 Derecho Administrativo, pág. 540.

¹⁴⁶⁶ Artículo 7 del Proyecto de Ley, Expediente 2718-D-2006, Trámite parlamentario 56, *“Régimen para la constitución y funcionamiento del Fideicomiso Público”*, presentado por Luis Alberto Galvalisi, año 2006, Partido Demócrata Progresista de la República Argentina, Centro de Estudios Socio Económicos Nacionales y Regionales “Dr. Lisandro de la Torre”, Director-Coordenador: Victorio Arístides Torrecilla.

¹⁴⁶⁷ RODRÍGUEZ-ARAMA MUÑOZ, Jaime, *“La vuelta al Derecho Administrativo (a vueltas con lo privado o lo público)”*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, Volumen 2005 Derecho Administrativo, pág. 540.

¹⁴⁶⁸ Artículo 8 de la ley 24.441.

¹⁴⁶⁹ CASTRO, Rosana, *“El fideicomiso público: régimen federal”*, Revista de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Número 71, enero/marzo 2010, pág. 68.

¹⁴⁷⁰ Artículo 9 del Proyecto de Ley, Expediente 2718-D-2006, Trámite parlamentario 56, *“Régimen para la constitución y funcionamiento del Fideicomiso Público”*, presentado por Luis Alberto Galvalisi, año 2006, Partido Demócrata Progresista de la República Argentina, Centro de Estudios Socio Económicos Nacionales y Regionales “Dr. Lisandro de la Torre”, Director-Coordenador: Victorio Arístides Torrecilla.

¹⁴⁷¹ CASTRO, Rosana, *“El fideicomiso público: régimen federal”*, Revista de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Número 71, enero/marzo 2010, pág. 68.

finde de que no limite las funciones del fiduciario¹⁴⁷² y éste pueda conocer los límites de actuación del Comité o Consejo¹⁴⁷³;

5) **se determinen las pautas para establecer los beneficiarios del fideicomiso público**, llevando un registro obligatorio de ellos y de los bienes adquiridos por cada uno¹⁴⁷⁴ en tal carácter, si correspondiere. Recordamos aquí que el beneficiario es quien va a recibir la utilidad del fideicomiso mientras éste dure¹⁴⁷⁵ y los destinatarios inmediatos o mediatos de la acción de promoción encarada¹⁴⁷⁶;

6) **se establezcan las bases de diferenciación de las partes del fideicomiso público a fin de evitar un posible conflicto de intereses**. . En los fideicomisos públicos el carácter de fiduciario puede recaer en una persona jurídica pública en una contratación directa, lógicamente que entendemos que

¹⁴⁷² SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN, “Evaluación del sistema de control interno del Ministerio de Economía en el año 2002”, República Argentina, pág 45.

¹⁴⁷³ Artículo 44 de la Ley Federal de Entidades Paraestatales de México: “En los contratos de los fideicomisos a que se refiere el artículo 40, se deberán precisar las facultades especiales, si las hubiere, que en adición a las que establece el Capítulo V de esta Ley para los órganos de gobierno determine el Ejecutivo Federal para **el Comité Técnico**, indicando, en todo caso, **cuales asuntos requieren de la aprobación del mismo, para el ejercicio de acciones y derechos que correspondan al fiduciario, entendiéndose que las facultades del citado cuerpo colegiado constituyen limitaciones para la institución fiduciaria. La institución fiduciaria deberá abstenerse de cumplir las resoluciones que el Comité Técnico dicte en exceso de las facultades expresamente fijadas por el fideicomitente, o en violación a las cláusulas del contrato de fideicomiso**, debiendo responder de los daños y perjuicios que se causen, en caso de ejecutar actos en acatamiento de acuerdos dictados en exceso de dichas facultades o en violación al citado contrato. Cuando para el cumplimiento de la encomienda fiduciaria se requiera la realización de actos urgentes, cuya omisión pueda causar notoriamente perjuicios al fideicomiso, si no es posible reunir al Comité Técnico, por cualquiera circunstancia, la institución fiduciaria procederá a consultar al Gobierno Federal a través del Coordinador de Sector quedando facultada para ejecutar aquellos actos que éste autorice”.

¹⁴⁷⁴ MAURY de GONZÁLEZ, Beatriz (directora), “Tratado teórico práctico de fideicomiso”, Editorial Ad-hoc S.R.L, Buenos Aires, 2004, pág 353.

¹⁴⁷⁵ SCOCCO, Mónica, “Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-D, pág. 1418.

¹⁴⁷⁶ HEINDL, Ema, “Guía metodológica sobre Fuentes de financiamiento aplicable a nivel municipal”, Dirección Nacional de Desarrollo Urbano, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, República Argentina, Julio de 2004, pág. 35.

deberá ser distinta del fiduciante, por lo que deberá existir un contrato interadministrativo entre ambos entes¹⁴⁷⁷;

7) **se determine la forma de integración del patrimonio fideicomitado.** La ley que crea el fideicomiso puede ser la del presupuesto anual, ya sea autorizando el gasto para su constitución, o bien, estableciendo su régimen de integración¹⁴⁷⁸, ya que así como se admite la pluralidad de fideicomitentes también se puede admitir la integración paulatina del patrimonio en distintos momentos y que se incremente con recursos que distintas personas quieran aportar, sean públicas o privadas, fideicomitentes o no¹⁴⁷⁹. El Estado fiduciante no realiza un acto de liberalidad a favor del fiduciario sino que transfiere sólo el dominio fiduciario¹⁴⁸⁰. El fiduciante deberá contar con los recursos que determine la ley especial de creación de cada fideicomiso público a los fines de atender, además de lo necesario para el cumplimiento del fin, los gastos de administración que irrogue la gestión teniendo en consideración la índole de la encomienda y la importancia de los deberes a cumplir¹⁴⁸¹. El fiduciario estará legitimado para ejercer todas las acciones que resulten necesarias para la preservación de los bienes fideicomitados¹⁴⁸², esté o no contemplado en la

¹⁴⁷⁷ CASTRO, Rosana, *“El fideicomiso público: régimen federal”*, Revista de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Número 71, enero/marzo 2010, pág. 70.

¹⁴⁷⁸ CASTRO, Rosana, *“El fideicomiso público: régimen federal”*, Revista de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Número 71, enero/marzo 2010, pág. 63.

¹⁴⁷⁹ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *“Doctrina General del Fideicomiso”*, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 164.

¹⁴⁸⁰ CASTRO, Rosana, *“El fideicomiso público: régimen federal”*, Revista de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Número 71, enero/marzo 2010, pág. 58.

¹⁴⁸¹ Artículo 8 del Proyecto de Ley, Expediente 2718-D-2006, Trámite parlamentario 56, *“Régimen para la constitución y funcionamiento del Fideicomiso Público”*, presentado por Luis Alberto Galvalisi, año 2006, Partido Demócrata Progresista de la República Argentina, Centro de Estudios Socio Económicos Nacionales y Regionales “Dr. Lisandro de la Torre”, Director-Coordenador: Victorio Arístides Torrecilla.

¹⁴⁸² Artículo 41 de la Ley Federal de Entidades Paraestatales de México: “El Ejecutivo Federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien será el fideicomitente único de la Administración Pública Federal Centralizada, cuidará que en los contratos queden debidamente precisados los derechos y acciones que corresponda ejercitar al fiduciario sobre los bienes fideicomitados, las limitaciones que establezca o que se deriven de derechos de terceros, así como los derechos que el fideicomitente se reserve y las facultades que fije en su caso al Comité Técnico, el cual deberá existir obligadamente en los fideicomisos a que se refiere el artículo anterior”.

creación del fideicomiso público salvo que se le restrinja el ejercicio de alguna de ellas¹⁴⁸³. La autonomía del patrimonio implica que, respecto de los bienes que lo integran, no se pueden ejercer sino los derechos o acciones que se refieran a su fin¹⁴⁸⁴, como lo ha determinado la jurisprudencia¹⁴⁸⁵. La titularidad del patrimonio fideicomitado le corresponde al fiduciario¹⁴⁸⁶;

8) se determinen las causales de extinción del fideicomiso público.

Particularmente se deberá contemplar el supuesto de insuficiencia del patrimonio fiduciario para que el fiduciario proceda a la inmediata liquidación¹⁴⁸⁷. Se extinguirá, aunque no lo determine la norma de creación, si cumple su objeto o se alcanza el plazo o se produce la condición a que estuviere sometido, en caso de que una ley se sancione a efectos de su extinción. Podría determinarse como causal de extinción la rescisión anticipada

¹⁴⁸³ Proyecto de Ley, Expediente 2718-D-2006, Trámite parlamentario 56, “*Régimen para la constitución y funcionamiento del Fideicomiso Público*”, presentado por Luis Alberto Galvalisi, año 2006, Partido Demócrata Progresista de la República Argentina, Centro de Estudios Socio Económicos Nacionales y Regionales “Dr. Lisandro de la Torre”, Director-Coordenador: Victorio Arístides Torrecilla artículo 12.

¹⁴⁸⁴ Artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México: “Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular. Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros. La institución fiduciaria deberá registrar contablemente dichos bienes o derechos y mantenerlos en forma separada de sus activos de libre disponibilidad”. VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, “*Doctrina General del Fideicomiso*”, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 113.

¹⁴⁸⁵ Amparo en revisión 769/84, Unitas, S.A. de C.V., 26 de agosto de 1986, mayoría de 17 votos. Ponente: Felipe López Contreras. Disidentes: Mariano Azuela Güitrón, Atanasio González Martínez y Ulises Schmill Ordóñez citado por VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, “*Doctrina General del Fideicomiso*”, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 361.

¹⁴⁸⁶ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, “*Doctrina General del Fideicomiso*”, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 144.

¹⁴⁸⁷ Proyecto de Ley, Expediente 2718-D-2006, Trámite parlamentario 56, “*Régimen para la constitución y funcionamiento del Fideicomiso Público*”, presentado por Luis Alberto Galvalisi, año 2006, Partido Demócrata Progresista de la República Argentina, Centro de Estudios Socio Económicos Nacionales y Regionales “Dr. Lisandro de la Torre”, Director-Coordenador: Victorio Arístides Torrecilla en su artículo 11.

resuelta por las partes¹⁴⁸⁸. A su finalización se deberán entregar los bienes o su producido al Estado o a quien disponga la ley de creación, aunque entendemos que siempre el fideicomisario o beneficiario final debe ser el Estado¹⁴⁸⁹; y,

9) se fijan los mecanismos de liquidación del patrimonio fideicomitado y el destino de los bienes residuales. Después de la liquidación del patrimonio fideicomiso el fiduciario deberá presentar una última rendición de cuentas cuyo finiquito por parte de los interesados es muy importante, pues de la satisfacción sobre la buena gestión llevada a cabo depende, en alto grado, que el fiduciario quede a cubierto de reclamos o demandas por responsabilidad, porque la experiencia muestra que las partes disconformes terminan demandando al fiduciario¹⁴⁹⁰. En la República Argentina en el caso del régimen especial de administración de las entidades deportivas con dificultades económicas de la ley 25.284 y el decreto reglamentario 852/2007 del Poder Ejecutivo en el artículo 23, respecto de la liquidación del fideicomiso, se establece que "*La liquidación de los bienes se llevará a cabo conforme el Título III, Capítulo VI, Sección I (Realización de bienes) de la ley 24.522 y sus modificatorias, por los funcionarios previstos en dicho texto legal o por los fiduciarios designados, de acuerdo al criterio del magistrado interviniente. La distribución del producido se realizará conforme al Título III, Capítulo VI, Sección II (Informe final y distribución) de la citada Ley y sus modificatorias*", tal como había sido sostenido por autorizada doctrina. Es decir que se remite en todo lo atinente a la liquidación y distribución final a la ley de concursos y quiebras¹⁴⁹¹. Recordemos que el CAPITULO VI de la ley de fideicomiso argentina 24.441 denominado "De la insuficiencia del patrimonio fideicomitado en el fideicomiso

¹⁴⁸⁸ PRAVATO, Luis E., "*Algunas consideraciones sobre el fidicomiso público y el derecho administrativo rionegrino*", Revista de Administración Pública, RAP, Buenos Aires, Volumen 376, Sección Legislación Anotada, pág. 88.

¹⁴⁸⁹ SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN, "*Evaluación del sistema de control interno del Ministerio de Economía en el año 2002*", República Argentina, pág 45.

¹⁴⁹⁰ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, "*Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*", Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 494.

¹⁴⁹¹ CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio Alfredo, "*Fideicomisos de administración de entidades deportivas con dificultades económicas*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-E, pág. 731.

financiero” dispone en su artículo 23 que “en el fideicomiso financiero del capítulo IV, en caso de insuficiencia del patrimonio fideicomitado, si no hubiere previsión contractual, el fiduciario citará a asamblea de tenedores de títulos de deuda, lo que se notificará mediante la publicación de avisos en el Boletín Oficial y un diario de gran circulación del domicilio del fiduciario, la que se celebrará dentro del plazo de sesenta días contados a partir de la última publicación, a fin de que la asamblea resuelva sobre las normas de administración y liquidación del patrimonio”.

En su caso la liquidación no beneficia a los acreedores del fiduciante o del fiduciario en forma personal como ya hemos expresado. La jurisprudencia argentina ha indicado que “la pretensión del síndico que en su carácter de representante de la masa de acreedores del fiduciante pide que se le otorgue injerencia en el trámite de liquidación de los bienes fideicomitados es en principio improcedente, puesto que conforme a los artículos 14 y 15 de la ley 24.441¹⁴⁹² dichos bienes constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante, estando exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores de este último, salvo que se invoque la existencia de fraude”¹⁴⁹³.

Con relación a cuestiones que hacen específicamente al control que será tratado por separado en el próximo Capítulo propugnamos que:

10) se establezca la obligación de informes periódicos sobre la gestión del fiduciario;

11) se diseñen los mecanismos de control permanente y periódico;

¹⁴⁹² Artículo 14: Los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. La responsabilidad objetiva del fiduciario, emergente del artículo 1113 del Código Civil, se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado. Artículo 15: Los bienes fideicomitados quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitados los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude. Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitados y subrogarse en sus derechos.

¹⁴⁹³ Opinión del Fiscal en Cámara Nacional en lo Comercial, Sala C, 17 de septiembre de 1999, Banco Mayo S.A. s/liquidación judicial, AR/JUR/4033/1999, www.laleyonline.com.ar

12) se estructuren los sistemas de información;

13) se establezcan los mecanismos de autorización previa para afectar los fondos disponibles a objetivos no contemplados en su creación;

Aunque conocemos que, como decía ARISTOTELES, la ley no puede cubrir todos los supuestos singulares¹⁴⁹⁴, confiamos que puede orientar la actuación de los gobiernos de cada Estado con relación a la utilización instrumental del fideicomiso público, si se cumplen básicamente estos esquemas estatutarios.

El régimen francés prevé expresamente la inscripción del contrato de fideicomiso y de sus apéndices en la dependencia impositiva correspondiente¹⁴⁹⁵ y en un registro nacional de fideicomisos¹⁴⁹⁶. La ley 17.703 de la República Oriental del Uruguay también dispone la registración de los fideicomisos¹⁴⁹⁷. Estas normas nos mueven a opinar que efectivamente sería apropiado el registro obligatorio de fideicomisos públicos creados por el Estado no sólo por la publicidad que ello significa, sino también para el seguimiento, control y difusión del patrimonio de afectación que se crea, como sucede en México en virtud de la Ley Federal de Entidades Paraestatales¹⁴⁹⁸. Se evitarían

¹⁴⁹⁴ MEILÁN GIL, José Luis, *“El acto administrativo como categoría jurídica”*, Diario Jurídico El Derecho, Buenos Aires, Argentina, viernes 30 de octubre de 2009, pág. 5.

¹⁴⁹⁵ Artículo 2019 del Código Civil Francés.

¹⁴⁹⁶ Artículo 2020 del Código Civil Francés.

¹⁴⁹⁷ Ley 17.703. Artículo 6°. Propiedad fiduciaria. Los bienes y derechos fideicomitados constituyen un patrimonio de afectación, separado e independiente de los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y del beneficiario. El conjunto de bienes y derechos fideicomitados deberá individualizarse en el instrumento que los determine. El mismo deberá ser inscripto en la Dirección General de Registros del Ministerio de Educación y Cultura. El Poder Ejecutivo, con el asesoramiento de la Dirección General de Registros del Ministerio de Educación y Cultura, determinará las regulaciones que organicen la inscripción y demás condiciones registrales de los fideicomisos, dando cumplimiento a la Ley 16.871, de 28 de septiembre de 1997, y sus modificativas y concordantes.

¹⁴⁹⁸ SECCION B. Registro Público de Organismos Descentralizados. Artículo 24: “Los organismos descentralizados deberán inscribirse en el Registro Público respectivo que llevará la Secretaría de Hacienda y Crédito Público”. CAPITULO IV. De los Fideicomisos Públicos. Artículo 40: Los fideicomisos públicos que se establezcan por la Administración Pública Federal, que se organicen de manera análoga a los organismos descentralizados o empresas

de este modo los denominados fideicomisos furtivos¹⁴⁹⁹. Además, si en el patrimonio fiduciario hay bienes o derechos sujetos a recaudos de publicidad, estos deben cumplirse¹⁵⁰⁰ como ya hemos enunciado en este trabajo.

Algunos de los inconvenientes que detienen el diseño de una norma específica para esta figura en el ámbito público y el establecimiento de las bases estructurales del instituto son que:

a) no resulta tarea sencilla definir al fideicomiso¹⁵⁰¹ público, tal como lo hemos planteado en el presente trabajo;

b) es difícil determinar cuál es el modelo más adecuado a las necesidades de cada país y realizar un trabajo minucioso de separación de elementos adaptables al sistema jurídico de cada sociedad.

Como decía MARTÍN-RETORTILLO, es necesario también introducir una cierta dosis de relativismo frente a la orquestación un tanto simplista que, con frecuencia, se hace de nuevas figuras como la del fideicomiso público y no considerarlo una panacea a los efectos de las realidades instrumentales.

de participación estatal mayoritaria, que tengan como propósito auxiliar al Ejecutivo mediante la realización de actividades prioritarias, serán los que se consideren entidades paraestatales conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y quedarán sujetos a las disposiciones de esta Ley.

¹⁴⁹⁹ GONZÁLEZ PARAS, José Natividad, Coordinador Adjunto de la Coordinación General de Estudios Administrativos, Presidencia de la República (México), "*La reforma administrativa y el fideicomiso público*", R.A.P., Régimen de la Administración Pública, Revista mensual para la administración pública, proveedores y contratistas del Estado, Editorial Ciencias de la Administración S.R.L., Año 5, Marzo 1983, No. 54, pág. 18.

¹⁵⁰⁰ KIPER, Claudio M, y, LISOPRAWSKI, Silvio, "*La ley francesa de fideicomiso*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 984.

¹⁵⁰¹ BOSCH CARRERA, Antoni, "*¿Por qué el trust en Catalunya?*", en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), "*El trust en el Derecho Civil*", con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departamento de Justicia; Departamento d'Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 498 quien comenta que la doctrina inglesa indica que el *trust* es como un elefante, fácil de reconocer, pero difícil de definir.

Cualquier exaltación indiscriminada, como decía este autor, puede resultar arriesgada¹⁵⁰².

8.4. El encargo fiduciario en el fideicomiso público

El Estado no sólo tiene una función de regulador jurídico, administrativo y económico del sistema nacional, sino que tiene a su cargo una expresa función social que es esencial, según MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, para su estabilidad¹⁵⁰³. Dentro de esta función son utilizados como instrumentos los fideicomisos públicos. La Administración, en las distintas experiencias estudiadas, constituye fideicomisos públicos y nombra fiduciarios que sólo “pueden querer y actuar *de la manera más acorde al fin* de interés general de que se trate”¹⁵⁰⁴, por lo que habitualmente el primer análisis se hará considerando el fin asignado al fideicomiso público que normalmente será coincidente con la actividad de su ente creador.

La acción medular de la Administración es la de constituir una actividad servicial o vicarial, como indica CASSAGNE, para con ello conseguir la realización del interés público o bien común¹⁵⁰⁵. La confianza es el pilar central del orden social aunque dicha confianza vaya decayendo respecto de los gobiernos en los distintos países del mundo¹⁵⁰⁶ y recordemos que en ese

¹⁵⁰² MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, “*La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos 50 años*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 150, septiembre-diciembre 1999, pág. 274.

¹⁵⁰³ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, “*La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos 50 años*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 150, septiembre-diciembre 1999, pág. 263.

¹⁵⁰⁴ MORELL OCAÑA, Luis, “*La personificación y otorgamiento de “status” en el Derecho Administrativo. Rasgos generales del “status” de los entes administrativos*”, RAP, Revista de Administración Pública, Números 100-102, Enero-diciembre 1983, pág. 1000.

¹⁵⁰⁵ CASSAGNE, Juan Carlos, “*La discrecionalidad administrativa*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-E, pág. 1056-1071.

¹⁵⁰⁶ COOK, Karen S.; HARDIN, Russell and LEVI, Margaret, “*Cooperation without trust?*”, Volumen IX in The Russell Sage Foundation Series on Trust, New York, 2005, páginas 1 y 13 refiriéndose a la declinación de la confianza de los ciudadanos respecto a los gobiernos de Estados Unidos de América, Canadá y el Reino Unido.

cimiento se funda la figura del fideicomiso.

Para nosotros no pueden existir declaraciones genéricas de interés público por parte de la Administración, ya que el interés público no es precisamente el interés de la Administración, que en algunas circunstancias históricas ha sido distinto que del de la comunidad¹⁵⁰⁷. Por eso corresponde diseñar estándares con márgenes razonables de delimitación de actividades que respeten el principio de especialidad y habiliten la evolución funcional de la figura del fideicomiso público para adaptarse a las necesidades de interés público según los fines asignados. Precisamente la desconfianza de los ciudadanos hacia los gobiernos antes mencionada se produce por el tratamiento inequitativo e insuficiente de las necesidades de la población y la falta de cumplimiento de las promesas de solución efectiva de los problemas¹⁵⁰⁸. A nuestro criterio, corresponde determinar legalmente el ámbito material de actuación de los fideicomisos¹⁵⁰⁹ públicos. Esto supone, necesariamente, la estipulación normativa de cada fideicomiso concreto y no mediante disposiciones orientativas¹⁵¹⁰ más generales y abstractas, aunque establezcan límites preestablecidos. En esta tarea de referencia finalista es pertinente revisar la experiencia habida en la sociedad española en los últimos años. De esa visión se desprende que España necesita establecer un concepto claro y preciso de servicio público inexistente tanto en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia¹⁵¹¹, ya que durante mucho tiempo se ha confundido e

¹⁵⁰⁷ GORDILLO, Agustín, *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Tomo 3, Fundación de Derecho Administrativo, 9ª. Edición.

¹⁵⁰⁸ COOK, Karen S.; HARDIN, Russell and LEVI, Margaret, *“Cooperation without trust?”*, Volumen IX in The Russell Sage Foundation Series on Trust, New York, 2005, página 162.

¹⁵⁰⁹ DE LA SERNA BILBAO, María Nieves, *“Organización instrumental privada en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública”*, Documentación Administrativa, número 246-247, septiembre 1996-abril 1997, pág. 504.

¹⁵¹⁰ CRESPO PÉREZ, Jorge, *“La formación de la voluntad de la Administración en la contratación pública”*, Trabajo de Grado de la Facultad de Derecho, Departamento de Derecho administrativo, financiero y procesal de la Universidad de Salamanca, 2002, pág. 34.

¹⁵¹¹ DE LA SERNA BILBAO, María Nieves, *“Organización instrumental privada en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública”*, Documentación Administrativa, número 246-247, septiembre 1996-abril 1997, pág. 503.

identificado al servicio público con el concepto del propio Derecho Administrativo¹⁵¹² o se ha enfrentado la idea de servicio público a las actividades puramente económicas considerando a ambos incompatibles¹⁵¹³. Justamente el servicio público es una cuestión que tiene carácter fundante en el Derecho Administrativo, como lo plantea GORDILLO, en su Tratado de Derecho Administrativo, cuando afirma que la doctrina mundial sigue debatiendo con nuevos aportes permanentemente¹⁵¹⁴, porque al decir de TREVIJANO GARCIA FOS “ni toda la actividad de la Administración es servicio público ni todo servicio público está en un determinado momento en manos de ésta, directa o indirectamente¹⁵¹⁵. Es aceptable, en fin, tomar aquí para este análisis finalista el concepto de DELGADO Y MARTIN que entiende que el servicio público es el medio de gestión que se encamina a la satisfacción de necesidades generales y que la Administración realiza, por sí, directamente o encomienda a otros mediante contrato¹⁵¹⁶. Es decir que en el marco de un servicio público se persiguen intereses generales al igual que en el fideicomiso, sin por eso entender que todo fideicomiso público podría cumplir con un servicio público. Sin embargo es admisible que alguno de ellos lo preste, aunque de cualquier modo es esencial que el fin del fideicomiso sea de interés público. Según el principio por el cual la Administración puede alegar su propia torpeza con fundamento en que, al perseguir intereses públicos y actuar en representación de la comunidad superior perfecta y soberana que es el Estado, tiene el deber de extinguir los actos que contengan vicios, aun cuando éstos le fueran imputables a un funcionario público determinado, podría revocar el

¹⁵¹² SOSA WAGNER, Francisco, *“Manual de Derecho Local”*, Séptima edición (revisada, ampliada y puesta al día), Editorial Aranzadi SA, Navarra, 2002, pág. 221.

¹⁵¹³ ALBI, Fernando, *“Derecho Municipal Comparado del Mundo hispánico”*, Aguilar, Madrid, 1955, pág. 152.

¹⁵¹⁴ Menciona GORDILLO a MAIRAL, *“La ideología del servicio público”*, RDA, 14, pág. 359, Buenos Aires, Depalma, 1993 y BARRA, *“Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público”*, La Ley, Tomo 1982-B, pág. 363.

¹⁵¹⁵ GARCÍA TREVIJANO FOS, J. A., *“Aspectos de la Administración Económica”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 12, septiembre-diciembre 1953, pág. 17.

¹⁵¹⁶ ALBI, Fernando, *“Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 94.

fideicomiso público que no cumpla con un fin de interés público¹⁵¹⁷. Según nuestro criterio hasta este extremo revocatorio llega la importancia del fin de interés público en el fideicomiso público. Para CASTAÑEDA NIEBLA el fin de los fideicomisos públicos es exclusivamente “el fomento y desarrollo de determinados sectores de la economía nacional o bien, garantizar y proteger el nivel de vida de determinado sector social”¹⁵¹⁸; y para CERVANTES ALTAMIRANO debe ser la realización de proyectos, actividades y empresas que apoyen los planes de desarrollo económico y social prioritarios a juicio del Ejecutivo mexicano¹⁵¹⁹. Ejemplo de ello son el denominado Fondo nacional para prevenir y controlar la Contaminación Ambiental cuyo fin es el mejoramiento de los niveles de salud y calidad de vida de la población y el llamado Fondo de la amistad México-Japón para difundir la cultura japonesa en México y la mexicana en Japón¹⁵²⁰.

DAVALOS MEJIA explica las razones que justifican social y económicamente el fideicomiso público indicando que es un medio que le sirve al Estado para compactar en un solo centro de imputación diferentes recursos monetarios provenientes de diversas fuentes para destinarlos a varios, y en ocasiones, a miles de beneficiarios¹⁵²¹. Es imposible entender el sentido del instituto si no es a partir de su carácter de esquema funcional que, no obstante su amplitud y adaptabilidad que lo hace tan dúctil, no escapa a la aplicación de los principios

¹⁵¹⁷ CASSAGNE, Juan Carlos, “*Reflexiones en torno al sistema de invalidez de los actos administrativos*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1988-E, pág. 1103 y ss.

¹⁵¹⁸ CASTAÑEDA NIEBLA, Arturo, “*Los fideicomisos públicos*”, Tesis profesional, Facultad de Derecho, U.N.A.M. pág. 227 a 228 citada textualmente por VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, “*Doctrina General del Fideicomiso*”, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, en pág. 340.

¹⁵¹⁹ CERVANTES ALTAMIRANO, Efraín, “*Los fideicomisos estatales*”, estudio inédito, pág. 61 citado por VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, “*Doctrina General del Fideicomiso*”, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, en pág. 341.

¹⁵²⁰ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, “*Doctrina General del Fideicomiso*”, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 341.

¹⁵²¹ DAVALOS MEJIA, Carlos F., “*Problemas procesales en la constitución de fideicomisos*”, Memoria del VII Congreso Latinoamericano de Fideicomiso (COLAFI-FELABAN), Cancún, 1997, citado por LISOPRAWSKI, Silvio, “*Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 1092.

generales del Derecho Público, por lo que no puede utilizarse para obtener resultados que estarían prohibidos ¹⁵²², como ya se ha planteado en este trabajo.

A través de los fideicomisos públicos el Estado ya no se limita a la actividad de policía o mantenimiento del orden público, sino que se convierte en un sujeto que asume una posición activa en la prestación de servicios ¹⁵²³ u otras gestiones. En tiempos de crisis como los presentes entendemos que, por ejemplo, habría que incentivar las potencialidades de las cuencas productivas regionales españolas junto con obras de infraestructura económica y social, así como planes de vivienda con desafío competitivo. Estos fideicomisos públicos bajo estudio apuntarían a reestructurar actividades y a poner en marcha actividades nuevas a través de un instrumento adecuado para tales fines y con una estrategia de mayor transparencia y seguridad jurídica ¹⁵²⁴ satisfaciendo buena parte de los intereses generales del país y especialmente de las Comunidades Autónomas.

ARROYO I AMAYUELAS plantea la solución instrumental del fideicomiso, en el marco de la normativa catalana ¹⁵²⁵, como la solución al problema de la desatención del pago de pensiones para asegurar la satisfacción regular de las pensiones que vayan devengándose en razón de la grave amenaza que el caso supone en el incremento de la asistencia pública, ya que para muchas personas en España la única salida económica es la titularidad de un crédito a la pensión que no puede hacerse efectivo a causa de la voluntad rebelde al cumplimiento del cónyuge o ex cónyuge deudor, que no siempre incumple por

¹⁵²² LISOPRAWSKI, Silvio, “Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 1092.

¹⁵²³ MALARET I GARCÍA, Elisenda, “Servicios Públicos, funciones públicas, garantía de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto”, RAP, número 145, 1998, pág. 50.

¹⁵²⁴ CATUOGNO, Juan Luis, y, GÓMEZ DE LA LASTRA, Manuel, “Fideicomisos y fondos de inversión directa: vehículos idóneos para asociarse, producir y crecer”, publicado en www.eldial.com.

¹⁵²⁵ Ley catalana 18/2003, de 4 de julio, de suport a les famílies, DOGC, número 3926, de 16 de julio de 2003, 14212 ss.

imposibilidad económica¹⁵²⁶. En Cataluña se plantea la solución de poner a cargo del erario público la creación y gestión de un fondo patrimonial como medida de aseguramiento del pago de pensiones tanto desde el punto de vista del Derecho Público como del Derecho Privado. Antes de su implementación el Parlamento de Cataluña¹⁵²⁷ adoptó la decisión de realizar un informe preliminar para determinar el número de posibles beneficiarios y el importe de las prestaciones judiciales correspondientes para someterlas a la financiación pública de modo asistencial y subsidiario en el marco de las previsiones del Consejo de Europa y el mandato constitucional establecido en el artículo 39 de la Constitución Española¹⁵²⁸, relativo a la protección económica de la familia¹⁵²⁹. Recordamos en esta instancia las proposiciones presentadas en orden al tema que estamos tratando en el Parlamento español por el Grupo Socialista y el Grupo Parlamentario Mixto, es decir la “Proposición de Ley sobre Fondo de Garantía de Pago de Alimentos” (122/000231) presentado el 27 de junio de 2002 y calificado el 17 de febrero de 2002 por el GP Socialista¹⁵³⁰ y la “Proposición de Ley de creación del Fondo de Garantía de alimentos en supuestos de ruptura matrimonial o del núcleo familiar” (122/000215) presentado por el GP Mixto el 7 de mayo de 2002 y calificado el 14 de mayo de 2002¹⁵³¹. Ambas plantean la posibilidad de un avance monetario por parte del

¹⁵²⁶ ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “Los fondos de garantía del pago de pensiones de alimentos: ¿públicos o privados?. Análisis de las iniciativas españolas (estatales y autonómica catalana) a la luz de las propuestas de derecho público y privado comparado quebequés”, Revista de Derecho Privado, marzo-abril 2004, pág. 210.

¹⁵²⁷ Por Resolución 371 NI, BOPC, 148, de 13 de febrero de 2001.

¹⁵²⁸ Constitución Española. CAPÍTULO TERCERO. De los principios rectores de la política social y económica. Artículo 39: 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

¹⁵²⁹ ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “Los fondos de garantía del pago de pensiones de alimentos: ¿públicos o privados?. Análisis de las iniciativas españolas (estatales y autonómica catalana) a la luz de las propuestas de derecho público y privado comparado quebequés”, Revista de Derecho Privado, marzo-abril 2004, pág. 214.

¹⁵³⁰ Doc. B/261-1 publicado en BOCG del 19 de julio de 2002.

¹⁵³¹ Doc. B/243-1 publicado en BOCG del 17 de mayo de 2002.

Estado sobre los créditos válidos y exigibles, quedando en evidencia que en todos los casos se trata de un deudor que no paga porque no quiere y no porque no puede¹⁵³². Las proposiciones difieren en la determinación del titular de la gestión del fondo: según la proposición socialista, debería corresponder al Ministerio de Economía; y según el GP Mixto, al Ministerio de Trabajo. El fondo funciona en ambas proposiciones con base en el mecanismo de subrogación real, lo que significa que las cantidades recuperadas pasan al erario público. En el marco del Derecho Comparado se puede mencionar la “*Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires*” de Quebec, Canadá, en vigor desde el año 1996, donde se ha constituido un fondo de “Pensiones alimenticias” a cargo del Ministerio de Finanzas, que gestiona ese fondo. Allí se requiere la existencia de una previa sentencia judicial que constate la eficacia y validez del crédito que el Estado cobra por medio de pago directo a través del sistema de retención, ya sea por el empleador o por el banco o como recaudación pública mediante una orden de pago, cual si fuera un impuesto. Este fondo fue creado en base a la fiducia del Código Civil quebequés, que dió inspiración a la legislación catalana. Recordemos que la fiducia de Quebec es una forma de destinación de bienes que legitima a una persona para administrarlos en beneficio de un tercero o con una finalidad concreta, siendo una institución autónoma del Derecho de bienes y cuyo régimen jurídico gira en torno a la teoría del patrimonio de afectación sin personalidad jurídica ni titularidad alguna recibiendo la calificación de contrato. El Estado aquí, a diferencia de las proposiciones españolas citadas y la ley catalana, sólo es intermediario y en situaciones excepcionales adelanta los pagos. Otro ejemplo de Derecho Comparado en este marco que venimos desarrollando es Francia con su *Loi 2000-596, relative a la prestation compensatoire en matière de divorce*, de 30 de junio¹⁵³³. En estas referencias se evidencia un preciso y determinado interés

¹⁵³² ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “Los fondos de garantía del pago de pensiones de alimentos: ¿públicos o privados?. Análisis de las iniciativas españolas (estatales y autonómica catalana) a la luz de las propuestas de derecho público y privado comparado quebequés”, Revista de Derecho Privado, marzo-abril 2004, pág. 219.

¹⁵³³ ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “Los fondos de garantía del pago de pensiones de alimentos: ¿públicos o privados?. Análisis de las iniciativas españolas (estatales y autonómica catalana) a la luz de las propuestas de derecho público y privado comparado quebequés”, Revista de Derecho Privado, marzo-abril 2004, pág. 233.

público para la constitución de fideicomisos públicos o institutos próximos por su naturaleza para solucionar una cuestión de interés general.

Lamentablemente en algunos países no surgen evidencias de procedimientos destinados a la coordinación de objetivos entre fideicomisos públicos y de éstos con otros organismos públicos ni del análisis de la conveniencia de la utilización de la figura del fideicomiso público frente a otras alternativas posibles para el logro de las metas buscadas por el Estado en la creación de los fondos relevados¹⁵³⁴. Para nosotros el principio de coordinación junto al de cooperación son básicos para el cumplimiento de los objetivos de la Administración y ninguno de ellos debe ser desatendido en la constitución de fideicomisos públicos. El artículo 149.1.13 de la Constitución Española¹⁵³⁵ reconoce al Estado la competencia exclusiva para fijar las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica, tal como lo ha reafirmado el Tribunal Constitucional (STC 227/88, FJ 20, letra b)¹⁵³⁶. La coordinación no consiste sólo en un mandato legal sino que se trata de una necesidad real para superar los desequilibrios regionales existentes en España. De otro modo sería imposible desarrollar y concretar una política de Estado integral y eficaz en las cuestiones hídricas, por ejemplo. Sin embargo, nada más difícil que integrar las voluntades e intereses afectados.

Estamos convencidos además que en épocas de crisis económicas, donde se acentúan los deudores morosos de créditos estatales, son útiles los fideicomisos públicos como instrumentos de reestructuración de deuda y reactivación, tal como operaron en la República Argentina. Para este último caso particular tomaremos como ejemplo un fideicomiso constituido por la Provincia de Buenos Aires. Se trata del Fideicomiso de Recuperación Crediticia Ley Provincial No. 12.726 que tiene a su cargo el cobro de veinticinco mil

¹⁵³⁴ Informe especial de relevamiento de la actividad fiduciaria del sector público nacional 23/2005 de la Auditoría General de la Nación.

¹⁵³⁵ Artículo 149 de la Constitución Española. 1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:...13.o Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

¹⁵³⁶ GONZÁLEZ IGLESIAS, Miguel Ángel, *Planificación y aguas públicas: el Plan Hidrológico Nacional*, Caja Duero, Atelier, 2004, pág. 39

(25.000) deudores morosos y sesenta mil (60.000) operaciones financieras por mil ochocientos millones de pesos (1.800.000.000), créditos otorgados por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, y categorizados como incobrables por el Banco Central de la República Argentina. Los fines de la constitución del fideicomiso fueron la recuperación de los créditos, el mantenimiento de las empresas en marcha y la protección de las fuentes de trabajo. Así los préstamos en situación de morosos transferidos al fideicomiso fueron reemplazados por un Título de Deuda Pública Provincial por el monto que resultó de detraer las provisiones por riesgos de incobrabilidad a la fecha de la transferencia fiduciaria. El plazo de amortización del Título de Deuda es de nueve años a partir del ejercicio fiscal 2003, la tasa de interés es la LIBOR a diez años más cinco puntos porcentuales; la garantía son los ingresos provenientes de la Coparticipación Federal de Impuestos. El Poder Ejecutivo provincial debió reglamentar la proporción de títulos que el Banco de la Provincia de Buenos Aires podía colocar en el mercado de capitales y la que debía mantener en cartera. Cada año la Ley de Presupuesto debe prever los montos necesarios para el pago de intereses y amortizaciones. La administración del fideicomiso está a cargo de un Comité integrado por seis miembros designados por el Poder Ejecutivo y tiene carácter de ente autárquico. El Comité puede realizar el recálculo de las deudas irregulares y disponer quitas con mayoría especial de dos tercios de sus miembros; realiza la gestión de cobros por sí o por terceros, su renegociación y ejecución; y posee, en fin, todas las atribuciones necesarias para movilizar los activos del fideicomiso como lo estime conveniente, lo que le permite fijar condiciones de cobro adecuadas a las posibilidades financieras y económicas de cada deudor. El Comité debe informar trimestralmente al Ministerio de Economía el resultado de la acción de cobranza y la evolución de la gestión presupuestaria. La ejecución presupuestaria es auditada por el Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires¹⁵³⁷.

¹⁵³⁷ LENARDON, Fernando Roberto, *"Fideicomiso gubernamental"*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 148 y ss.

También el fideicomiso público resulta un instrumento apropiado para la realización de obra pública como el caso de las construcciones de gasoductos de distribución¹⁵³⁸, obras hídricas, desarrollo y recuperación de determinadas regiones^{1539/1540} o actividades económicas¹⁵⁴¹. Recordemos aquí que para la finalización de la obra binacional para el aprovechamiento de los recursos del Río Paraná, acordada entre la República de Paraguay y la República Argentina¹⁵⁴² por el Tratado de Yacyretá, el Ente Binacional Yacyretá constituido en éste suscribió un contrato de fideicomiso para la administración de los fondos de compra de energía¹⁵⁴³. Dicha obra se inauguró en el mes de febrero del año 2011.

El fideicomiso público se ha utilizado específicamente para el desarrollo de determinados sectores como en el caso del Decreto 1482 del año 2006 de la Provincia argentina de Río Negro. A través de esta norma se crea un fondo fiduciario para el Desarrollo Ganadero Rionegrino (FFDGR) cuyo fiduciante resulta ser el Estado Provincial y donde el Ministerio de la Producción a través

¹⁵³⁸ En la República Argentina hasta fines del año 2007 se habían invertido con este vehículo U\$S 120.000.000 con los que se construyeron el Gasoducto Patagónico en la Provincia de Chubut, Gasoducto Ruta No. 34 en la Provincia de Santa Fe, Loops Fuego en Tierra del Fuego, Gasoducto Camarones en la Provincia de Chubut, Desarrollo Gasífero de la Novena Región en las Provincias de Entre Ríos, Corrientes, Misiones, Chaco y Formosa; Gasoducto Ruta No. 8 en la Provincia de Córdoba, Gasoducto Lavalle en la Provincia de Mendoza y Gasoducto Jujuy en la Provincia de Jujuy.

¹⁵³⁹ Fondo Fiduciario de Desarrollo Provincial según Decreto No. 286 del 27 de febrero de 1995 en la República Argentina en el que el fiduciario es el Banco de la Nación Argentina y beneficiarias las provincias.

¹⁵⁴⁰ Merece indicarse El Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional en la República Argentina, ley especial ° 24.855 de "Desarrollo Regional y Generación de Empleo" (B.O. 25/07/1997), que creó un recurso genuino mediante la venta de las acciones del Banco Hipotecario Nacional con un destino específico de desarrollo citado por SCOCCO, Mónica, *"Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-D, pág. 1417-1425.

¹⁵⁴¹ En la Provincia de Santa Fe en la República Argentina se han constituido fideicomisos públicos para la incentivar y recuperar la industria del calzado, del mueble y la madera y en la Provincia de Misiones se constituyó un fideicomiso público que contiene los programas Pro Tractor, Ganadero, Profesionales y Pro Valor 2006.

¹⁵⁴² ya citada en el Capítulo 5 en el punto 5.2.3.

¹⁵⁴³ Resolución No. 1608 del 113 de abril de 2005 del Consejo de Administración de la Entidad Binacional Yacyretá aprobó el texto del contrato de fideicomiso autorizando a los directores a suscribirlo con el Banco de Inversión y Comercio Exterior Sociedad Anónima en carácter de fiduciario. El 29 de abril de 2005 se suscribió dicho contrato.

de la Dirección de Ganadería es la autoridad de aplicación. En cumplimiento del orden jurídico de Derecho Público provincial se constituyó el Estado Provincial en fiduciante con el objetivo de desarrollar y fortalecer el sector ganadero de la Provincia, aumentar la eficiencia productiva de la ganadería bovina a efectos de obtener, entre otros fines, el incremento de los índices productivos a nivel predial, mejorar la genética de la especie y facilitar las vías de comercialización. El fiduciario es Río Negro Fiduciaria S.A., constituida por la Ley Provincial 3134. Los beneficiarios son la Provincia y el Consejo Federal de Inversiones. El fideicomisario o beneficiario final es la Provincia y los bienes fideicomitidos son los aportes del Tesoro Provincial, Organizaciones No Gubernamentales (ONG), fundaciones, financiamiento del Banco de la Nación Argentina, Banco Mundial, Consejo Federal de Inversiones, entre otros¹⁵⁴⁴. La expresión fondo fiduciario hace referencia a la universalidad jurídico-patrimonial, separada e intangible, de afectación específica, compuesta por bienes, obligaciones y demás cargas cuya unificación resulta de su dependencia de una administración única¹⁵⁴⁵.

El fin del fideicomiso es la actividad jurídica que realiza el fiduciario, por instrucciones del fideicomitente, en este caso el Estado, a través del ejercicio obligatorio de los derechos que le transmite ese fideicomitente¹⁵⁴⁶. Ese fin puede ser cualquier actividad jurídica lícita, posible y determinada¹⁵⁴⁷.

¹⁵⁴⁴ PRAVATO, Luis E., “*Algunas consideraciones sobre el fideicomiso público y el derecho administrativo rionegrino*”, Revista de Administración Pública, RAP, Buenos Aires, Volumen 376, Sección Legislación Anotada, pág. 77.

¹⁵⁴⁵ Conforme definición del artículo 2 in fine de Proyecto de Ley, Expediente 2718-D-2006, Trámite parlamentario 56, “*Régimen para la constitución y funcionamiento del Fideicomiso Público*”, presentado por Luis Alberto Galvalisi, año 2006, Partido Demócrata Progresista de la República Argentina, Centro de Estudios Socio Económicos Nacionales y Regionales “Dr. Lisandro de la Torre”, Director-Coordenador: Victorio Arístides Torrecilla.

¹⁵⁴⁶ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, “*Doctrina General del Fideicomiso*”, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 214.

¹⁵⁴⁷ Artículo 382 de Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México: “Pueden ser fideicomisarios las personas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica. El fideicomisario podrá ser designado por el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en un acto posterior. El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, **siempre que su fin sea lícito y determinado**, y conste la aceptación del encargo por parte del fiduciario...”.

Como se advierte en todos los ejemplos aportados el encargo fiduciario siempre se refiere a un fin de interés público en cumplimiento de la actividad tradicional de la Administración diseñada a partir del clásico trípode de policía, fomento y servicio público, al que VILLAR PALASÍ agregó una cuarta dimensión de la gestión económica industrial¹⁵⁴⁸.

8.5. Obligación de cumplimiento de normas de procedimiento administrativo

Los entes de Derecho Público no se rigen por la autonomía de la voluntad sino que se encuentran constreñidos por las normas, procedimientos, autorizaciones y medios que se indican legalmente como presupuesto de validez de sus actos y en todo caso ejercen una potestad basada en el principio de legalidad^{1549/1550}. El Derecho Administrativo trata de garantizar el servicio a los intereses generales sujetando la actividad administrativa a una serie de formalidades y controles¹⁵⁵¹. El procedimiento administrativo no es otra cosa que un camino pensado para salvaguardar los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos¹⁵⁵² y garantizar el cumplimiento de los principios de eficacia

¹⁵⁴⁸ BERMEJO VERA, José, “*La Administración Inspectora*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 147, septiembre-diciembre 1998, pág. 39.

¹⁵⁴⁹ MEILÁN GIL, José Luis, “*El acto administrativo como categoría jurídica*”, Diario Jurídico El Derecho, Buenos Aires, Argentina, viernes 30 de octubre de 2009, pág. 4.

¹⁵⁵⁰ Es necesario tener en cuenta lo advertido RIVERO YSERN con relación a la existencia de aspectos discrecionales y reglados que hay que tener en cuenta en el proceso de formación de la voluntad administrativa. Los primeros tienen, indudablemente, más amplias facultades interpretativas. RIVERO YSERN, Enrique, “*La Interpretación del Contrato Administrativo*”, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1971, pág. 89.

¹⁵⁵¹ DELPIAZZO, Carlos E., “*El derecho administrativo como garante de la ética pública*”, Suplemento de Derecho Administrativo en adhesión a las II Jornadas Latinoamericanas de Derecho Administrativo del 27, 28 y 29 de abril de 2011, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, miércoles 27 de abril de 2011, pág. 2 citando a GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “*La ética en la Administración Pública*”, Madrid, Civitas, 1996, pág. 33.

¹⁵⁵² RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “*Caracterización constitucional de la ética pública. Con especial referencia al marco constitucional español*”, Revista Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, Suplemento del 29 de mayo de 2009, Volumen 2009-II, pág. 1348.

y de buena administración por parte de las administraciones públicas¹⁵⁵³. Hablamos aquí del procedimiento como garantía de quienes de uno u otro modo puedan verse afectados por la resolución que se adopte, porque la Administración siempre debe actuar a través de procedimientos como exigencia constitucional¹⁵⁵⁴ respetando los principios de legalidad o juridicidad, impulsión e instrucción de oficio, verdad material, celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites, formalismo moderado y el cumplimiento de los requisitos esenciales y sustanciales previstos específicamente, más los que resulten implícitos en el ordenamiento jurídico¹⁵⁵⁵. Estas reglas son de Derecho Administrativo, como Derecho estatutario de las Administraciones Públicas, cuyo régimen sólo integran supletoriamente las del Derecho Privado en lo que aquéllas prevean expresamente o implícitamente permitan¹⁵⁵⁶. Así, los requisitos de formación y expresión de la voluntad constitutiva del sujeto creador deben cumplirse tal y como los estipula su ordenamiento estatutario¹⁵⁵⁷ siendo el *íter* del ejercicio de las potestades administrativas distinto que el ejercicio de la voluntad de un sujeto privado¹⁵⁵⁸ y en virtud de que, al decir de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, todo acto administrativo debe servir al fin en consideración al cual la norma ha configurado la potestad que el acto ejercita¹⁵⁵⁹. PIÑAR MAÑAS sugiere prestar atención, en particular, a los

¹⁵⁵³ RIVERO YSERN, Enrique, *“El proceso de formación de la voluntad de la Administración en los contratos de las administraciones públicas”*, en Cassagne, Juan Carlos; dir., *“La contratación pública”*, Primera Edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, Volumen: 2, pág. 39.

¹⁵⁵⁴ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *“De la simplificación de la Administración Pública”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 147, septiembre-diciembre 1998, pág. 27.

¹⁵⁵⁵ COMADIRA, Julio R., *“La licitación pública”*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006 y sus citas en CASTRO, Rosana, *“El fideicomiso público: régimen federal”*, Revista de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Número 71, enero/marzo 2010, pág. 70.

¹⁵⁵⁶ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, *“Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”*, Marcial Pons, 1999, pág. 41.

¹⁵⁵⁷ MORELL OCAÑA, Luis, *“La personificación y otorgamiento de “status” en el Derecho Administrativo. Rasgos generales del “status” de los entes administrativos”*, RAP, Revista de Administración Pública, Números 100-102, Enero-diciembre 1983, Nota al pie N°4, pág. 975.

¹⁵⁵⁸ MEILÁN GIL, José Luis, *“El acto administrativo como categoría jurídica”*, Diario Jurídico El Derecho, Buenos Aires, Argentina, viernes 30 de octubre de 2009, pág. 5.

¹⁵⁵⁹ DE SOLAS RAFECAS, José María, *“Contratos administrativos y contratos privados de la Administración”*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, pág. 23.

procedimientos referidos a los órganos colegiados y su formación de voluntad. La Administración no puede contratar libremente sino dentro del marco de las leyes administrativas¹⁵⁶⁰, porque la prohibición de arbitrariedad de la Administración constituye un principio general del Derecho Administrativo¹⁵⁶¹.

Los actos preparatorios son actos administrativos en ejercicio de una potestad administrativa¹⁵⁶². Se deben, entonces, establecer los presupuestos y requisitos de validez y de eficacia a que ha de someterse la voluntad administrativa para alcanzar valor jurídico¹⁵⁶³, determinándose incluso una exigencia procedimental¹⁵⁶⁴, ya que el procedimiento administrativo se configura como un instrumento jurídico posibilitador del cumplimiento del deber de buena administración¹⁵⁶⁵. Pero no sólo basta la voluntad administrativa suficiente para lograr efectos jurídicos, sino que además deberá hacerse una exteriorización apropiada conforme las normas aplicables¹⁵⁶⁶. La expresión de la voluntad de constitución del fideicomiso público deberá ir acompañada por una razonada motivación y una expresa justificación consignando antecedentes

¹⁵⁶⁰ ALBI, Fernando, *“Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 14.

¹⁵⁶¹ CASSAGNE, Juan Carlos, *“La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-E, pág. 1274-1289.

¹⁵⁶² CRESPO PÉREZ, Jorge, *“La formación de la voluntad de la Administración en a contratación pública”*, Trabajo de Grado de la Facultad de Derecho, Departamento de Derecho administrativo, financiero y procesal de la Universidad de Salamanca, 2002, pág. 23.

¹⁵⁶³ MORELL OCAÑA, Luis, *“La personificación y otorgamiento de “status” en el Derecho Administrativo. Rasgos generales del “status” de los entes administrativos”*, RAP, Revista de Administración Pública, Números 100-102, Enero-diciembre 1983, pág. 997.

¹⁵⁶⁴ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, *“Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros”*.

¹⁵⁶⁵ MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, *“Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales”*, Fundació Carles Pi I Sunyer d’Estudis Autònomic i Locals, Barcelona, 2005, pág. 76.

¹⁵⁶⁶ ALBI, Fernando, *“Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 80.

de hecho y de derecho¹⁵⁶⁷, que correspondan a análisis, estudios, consultas y trabajos previos suficientes¹⁵⁶⁸. No existen en la práctica en el marco de los fideicomisos públicos criterios objetivos de conveniencia en la utilización de la figura¹⁵⁶⁹, aunque sabemos que el fideicomiso es un instituto muy flexible y acorde con las necesidades del Derecho moderno, con un límite claro y preciso al que debe someterse: el orden público¹⁵⁷⁰; y justamente del control de los motivos del acto administrativo resulta una de las cuestiones centrales en el control de la legalidad del mismo¹⁵⁷¹. Generalmente las situaciones de abuso de derecho se detectan cuando hay una voluntad subyacente distinta de la voluntad de quien constituye el fideicomiso público, por lo que resulta esencial postular mecanismos que garanticen la legalidad de la decisión del sujeto que tiene la iniciativa de constitución de un fideicomiso público. La motivación, es decir; la indicación de las razones y los fines que llevan a la Administración a emitir el acto administrativo, junto con los antecedentes de hecho y de derecho, como hemos indicado, constituye un requisito de forma esencial para la validez del acto administrativo en la medida que traduce su justificación racional¹⁵⁷². Siempre se deben aplicar los mecanismos de control democrático y de división de poderes¹⁵⁷³ para ejercer un control efectivo. Se debe advertir que

¹⁵⁶⁷ CASSAGNE, Juan Carlos, “*La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial*”, Diario Jurídico El Derecho, Buenos Aires, Argentina, diario del 29 de septiembre de 2008.

¹⁵⁶⁸ CRESPO PÉREZ, Jorge, “*La formación de la voluntad de la Administración en a contratación pública*”, Trabajo de Grado de la Facultad de Derecho, Departamento de Derecho administrativo, financiero y procesal de la Universidad de Salamanca, 2002, Conclusiones.

¹⁵⁶⁹ GELER, Laura; HAFFORD, Deborah, y SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Marcela, “*Riesgos de corrupción en Fideicomisos públicos. Medidas en pos de una mayor transparencia*”, Marzo de 2007, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, www.uca.edu.ar.

¹⁵⁷⁰ PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., “*Análisis económico del fideicomiso de garantía. Nuevas reflexiones sobre su ilicitud*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2001-F, pág. 1025-1031.

¹⁵⁷¹ DE SOLAS RAFECAS, José María, “*Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*”, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, pág. 23.

¹⁵⁷² CASSAGNE, Juan Carlos, “*La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-E, pág. 1274-1289.

¹⁵⁷³ MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, “*Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales*”, Fundació Carles Pi I Sunyer d'Estudis Autònomic i Locals, Barcelona, 2005, pág. 79.

lamentablemente el control judicial de la discrecionalidad administrativa ha llevado en algunos países a la riesgosa judicialización ilimitada de la actividad administrativa¹⁵⁷⁴. Nos resulta evidente que la discrecionalidad no puede confundirse con la arbitrariedad, porque el concepto de arbitrariedad es amplio y comprende lo injusto, irrazonable e ilegal, fundado en la sola voluntad del funcionario¹⁵⁷⁵. Recordemos aquí algunas de aquellas frases del poder absolutista como “*quod regis placuit legis est*” o “*the King can do no wrong*” o “*le Roi ne peut mal faire*”¹⁵⁷⁶. Eduardo GARCIA DE ENTERRIA y Tomás Ramón FERNANDEZ indican que a partir de la Constitución de 1978 se introdujeron en España los principios de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3¹⁵⁷⁷) y de la tutela judicial efectiva (artículo 24.1¹⁵⁷⁸), y, por ello, no cabe la posibilidad de que exista actividad administrativa que sea inmune al control judicial. La falta de control judicial supone, sin duda, un espacio abierto a la corrupción¹⁵⁷⁹. No reproduciremos aquí el debate de la doctrina española en este punto pero recordamos que mientras GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ sostienen que no hay aspectos de las decisiones administrativas exentos del control judicial, otros juristas afirman que existen determinadas zonas inmunes a dicho control y rechazan la posibilidad de que el juez pueda sustituir la actividad de la

¹⁵⁷⁴ CASSAGNE, Juan Carlos, “*La discrecionalidad administrativa*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-E, pág. 1056-1071.

¹⁵⁷⁵ CASSAGNE, Juan Carlos, “*La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-E, pág. 1274-1289.

¹⁵⁷⁶ GORDILLO, Agustín, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tomo 3, Fundación de Derecho Administrativo, 9ª. Edición.

¹⁵⁷⁷ Artículo 9.3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

¹⁵⁷⁸ Artículo 24.1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión...

¹⁵⁷⁹ GORDILLO, Agustín, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tomo 3, Fundación de Derecho Administrativo, 9ª. Edición.

Administración¹⁵⁸⁰.

Destacamos, además, que la publicidad es esencial a todo efecto y particularmente para que el fideicomiso público valga ante terceros¹⁵⁸¹. La transparencia en los procedimientos basada en la publicidad y la difusión de las actuaciones se facilita a través de los medios informáticos, como por la participación real y efectiva de la comunidad¹⁵⁸². La publicidad es el mejor antídoto contra el fraude, el oportunismo y la mala fe sin duda alguna¹⁵⁸³; y entendemos, con algunos autores, que la escasa transparencia que han tenido los contratos públicos en España ha sido por el incumplimiento de la exigencia de publicación de las adjudicaciones en el Boletín del Estado y además que por su falta de registración se ha ocasionado la imposibilidad de detectar problemas, fraudes e ineficiencias en aquéllos¹⁵⁸⁴. Con relación con la contratación de terceros que realizan los fiduciarios se advierte que el respeto a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad no es obligatorio o vinculante, sino que sólo suponen un marco razonable de actuación que puede ser dejado de lado y por ello producirse situaciones de discriminación en el mercado, como ya hemos planteado en este trabajo con relación al Derecho de la Competencia. Cualquier tercero que entendiera que fue perjudicado o que el fiduciario es incapaz de cumplir con sus obligaciones contractuales o extracontractuales podría ir contra la Administración solicitando la utilización del mecanismo del “levantamiento del velo”, que la jurisprudencia alemana conoce

¹⁵⁸⁰ Citados por CASSAGNE, Juan Carlos, “*La discrecionalidad administrativa*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-E, pág. 1056-1071.

¹⁵⁸¹ GOTTLIEB, Verónica; VEZZONI, Malvina, y COPPOLETTA, Sebastián C., “*El acreedor laboral frente al fideicomiso*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-F, pág. 917 y ss.

¹⁵⁸² CASTRO, Rosana, “*El fideicomiso público: régimen federal*”, Revista de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Número 71, enero/marzo 2010, pág. 66.

¹⁵⁸³ PARDO NÚÑEZ, Celestino, *Confusión de patrimonios y publicidad registral: el caso del trust*, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departamente de Justicia; Departamente d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 329.

¹⁵⁸⁴ RIVERO ORTEGA, Ricardo, “*¿Es necesaria una revisión del Régimen de los Contratos Administrativos en España?*”, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 120, pág. 583.

como *Durchgriff* y en lengua anglosajona se conoce como la fórmula *piercing the veil*, cuya traducción literal del inglés es justamente la expresión “levantamiento del velo”¹⁵⁸⁵, en virtud que detrás del fideicomiso público se esconde una realidad diversa. En un caso de este tipo en el ámbito comunitario, el tercero ni siquiera invocará la aplicación de esta técnica, porque luego de los antecedentes comentados de la jurisprudencia comunitaria contraria a España, este tercero del que hablamos puede traer a colación la Directiva que creyere correspondiente¹⁵⁸⁶ para imputar la discriminación que sufre en el mercado por incumplimiento de ciertas normas por un fideicomiso público utilizado como herramienta que distorsiona la libre competencia. En el nuevo contexto del Derecho Comunitario cobran especial importancia los principios jurídicos de igualdad y selección objetiva de la tradición hispano-francesa, aunque la mayor garantía resulta siempre la posibilidad de revisión judicial de las decisiones administrativas con posibilidad de su anulación si resultan incorrectas, indebidas o ilegítimas¹⁵⁸⁷. En cumplimiento del ordenamiento comunitario europeo se deben agudizar los mecanismos de control, transparencia, seguridad y responsabilidad en estos instrumentos, porque la aplicación de normas supranacionales no puede verse obstaculizada por las decisiones organizativas instrumentales que adopten los sectores públicos nacionales¹⁵⁸⁸. Recordamos que Europa trabaja en conceptos de Derecho Administrativo Comunitario como el derecho fundamental a una buena

¹⁵⁸⁵ BIANCA, Mirzia, Universidad de Roma, “Acto *negocial de destino y separación de patrimonios*”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departamente de Justicia; Departamente d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 177.

¹⁵⁸⁶ ORTÍZ VAAMONDE, Santiago, “*El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros*”, La Ley, 2004, pág. 121.

¹⁵⁸⁷ RIVERO ORTEGA, Ricardo, “*¿Es necesaria una revisión del Régimen de los Contratos Administrativos en España?*”, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 120, pág. 572.

¹⁵⁸⁸ BORRAJO INIESTA, Ignacio, “*El intento de huir del Derecho Administrativo*”, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 78, 1993, pág. 237.

administración¹⁵⁸⁹ donde el equilibrio libertad económica-interés general es la línea fundamental de interpretación¹⁵⁹⁰.

Por otra parte entendemos como central la registración de los distintos fideicomisos públicos, porque supone su publicidad y conocimiento general¹⁵⁹¹. La legislación uruguaya¹⁵⁹² analizada *ut supra* advirtió los inconvenientes prácticos que la falta de registración produce y estableció la obligatoriedad de la inscripción en su artículo 6, párrafo segundo¹⁵⁹³, donde señala que el conjunto de bienes y derechos fideicomitados deberá individualizarse en el instrumento que determine el patrimonio fiduciario, debiendo ser inscripto en la Dirección General de Registros del Ministerio de Educación y Cultura. Esta norma, asimismo, se expide por la plena oponibilidad frente a terceros del contrato de fideicomiso inscripto; y por ello todos los actos y contratos celebrados por el fiduciario en infracción serán inoponibles, en perjuicio del fideicomitente y beneficiario, pudiendo el tercero accionar solicitando la revocación del acto¹⁵⁹⁴.

¹⁵⁸⁹ CARNOTA, Walter F., “*El derecho a una buena Administración Pública*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Sección de Derecho Comparado, viernes 23 de octubre de 2009, pág. 3 citando el caso “*Algera*” del año 1956 del Tribunal de Luxemburgo.

¹⁵⁹⁰ RODRÍGUEZ-ARAMA MUÑOZ, Jaime, “*La vuelta al Derecho Administrativo (a vueltas con lo privado o lo público)*”, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, Volumen 2005 Derecho Administrativo, pág. 550.

¹⁵⁹¹ IBORRA GRAU, Concepción, “*La inscripción, la asunción del modelo adecuado de trust a cada necesidad y la tipicidad en el trust: tres temas para debatir*”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 535.

¹⁵⁹² Ley 17.703 de fideicomiso promulgada el 27 de octubre de 2003 y publicada el 4 de noviembre de 2003.

¹⁵⁹³ Ley 17.703: Artículo 6º—Propiedad fiduciaria. ...El conjunto de bienes y derechos fideicomitados deberá individualizarse en el instrumento que los determine. El mismo deberá ser inscripto en la Dirección General de Registros del Ministerio de Educación y Cultura. El Poder Ejecutivo, con el asesoramiento de la Dirección General de Registros del Ministerio de Educación y Cultura, determinará las regulaciones que organicen la inscripción y demás condiciones registrales de los fideicomisos, dando cumplimiento a la Ley 16.871, de 28 de septiembre de 1997, y sus modificativas y concordantes...

¹⁵⁹⁴ JUNYENT BAS, Francisco, y, MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “*Bases para una reforma del régimen del fideicomiso a propósito de la necesidad de su inscripción*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 782-790.

En los fideicomisos públicos hay ciertos elementos patrimoniales sobre los que debe imponerse la autorización previa, para transferir su dominio por parte del Estado, como podrían ser los que tengan un elevado y reconocido valor económico, artístico o cultural¹⁵⁹⁵. Esta autorización será el resguardo para mantener la indemnidad del erario público¹⁵⁹⁶. Además, habrá que cumplir con todos los requisitos formales y materiales que la legislación establece para dicha autorización¹⁵⁹⁷. Hay que considerar que el destino del patrimonio a una finalidad pública tiene una supremacía absoluta por sobre cualquier situación jurídica privada y por ello es indispensable observar las normas que corresponden aplicar cuando se trata de cuestiones públicas¹⁵⁹⁸.

¹⁵⁹⁵ RUÍZ OJEDA, Alberto, Epílogo en RUÍZ OJEDA, Alberto (coordinador), *Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica*, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 277.

¹⁵⁹⁶ LENARDON, Fernando Roberto, *Fideicomiso gubernamental*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 102.

¹⁵⁹⁷ PIÑAR MAÑAS, José Luis, *Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones*, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 97, enero-marzo 1998, pág. 52.

¹⁵⁹⁸ VERA-JURADO, Diego José, *El régimen jurídico del patrimonio de destino en la concesión administrativa de servicio público*, RAP, número 109, enero/abril 1986, pág. 237.

Capítulo 9. Funcionamiento y Controles de los fideicomisos públicos

9.1. Revisión del funcionamiento de los fideicomisos públicos

Nuestra voluntad, en el análisis del funcionamiento del fideicomiso público, es verificar si ha respondido a los legítimos intereses de la sociedad cuando ha sido implementado, o si en cambio se lo ha utilizado distorsivamente o en forma abusiva o irresponsable sin proyectar suficientemente los efectos que produciría su uso.

Muchas han sido las críticas a la figura del fideicomiso aplicada al ámbito de la Administración Pública, a saber:

- a) consecuencias negativas al crearse nuevas y costosas burocracias;
- b) su uso indiscriminado;
- c) la desnaturalización del instituto;
- d) la excesiva utilización; y,
- e) la falta de controles adecuados¹⁵⁹⁹.

Como podemos observar casi se repiten respecto del fideicomiso público aquellas críticas que se hicieron a la constitución de sociedades comerciales por parte del Estado en los primeros tiempos de su utilización como instrumento de gestión. Sin embargo, las observaciones puntualizadas deben

¹⁵⁹⁹ BARBOZA PEÑALVA, Claudio, “*Primeras reflexiones sobre el fideicomiso público*”, Ley de la República Oriental del Uruguay 17.703 de octubre de 2003, publicado en www.docstoc.com/docs/3184316 el 22 de diciembre de 2008.

ser analizadas cuidadosamente para lograr conocer si efectivamente es útil y necesaria la inclusión del fideicomiso en el ámbito estatal.

Siempre existen aspectos a corregir en las instituciones jurídicas y particularmente en esta novedosa figura del fideicomiso público¹⁶⁰⁰. Por ello, degradar *ab initio* el fideicomiso público en el imaginario social es evidenciar poco respeto por lo que la comunidad necesita y pueda encontrar como útil en este instituto jurídico¹⁶⁰¹. En algunos casos se ha producido una falta de claridad en las normas que no han sido técnicamente rigurosas por haber sido redactadas con apresuramiento, sin suficiente reflexión y con poca valoración de las consecuencias a las que darían lugar¹⁶⁰².

Es cierto que en el seno de los fideicomisos públicos se han generado nuevas burocracias de alto costo¹⁶⁰³ y esto supone otra desventaja porque va contra la eficiencia y economía del instrumento. En algunos casos se ha implementado un fideicomiso cuando se debió adoptar un camino diverso y echar mano a herramientas personificadas porque suponían mejor solución como en el caso del Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional en la República Argentina¹⁶⁰⁴ al que se le negó personalidad jurídica o el FIDEPAL en México que debió ser transformado, luego de su creación, en organismo descentralizado¹⁶⁰⁵.

¹⁶⁰⁰ CARREGAL, Mario A., *"Fideicomiso: Le malade imaginaire"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2009-F, pág. 959-967. En igual sentido KENNY, Mario Oscar, *"El fideicomiso en general y el financiero"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2009-E, pág. 1177.

¹⁶⁰¹ LISOPRAWISKI, Silvio, *"Fideicomiso ni ángel ni demonio"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-E, pág. 1038 y ss.

¹⁶⁰² MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *"De la simplificación de la Administración Pública"*, RAP, Revista de Administración Pública, número 147, septiembre-diciembre 1998, pág. 11.

¹⁶⁰³ KIPER, Claudio M., y LISOPRAWISKI, Silvio V., *"Tratado de fideicomiso"*, Editorial Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2004, pág. 535.

¹⁶⁰⁴ NEIROTTI, Julián E., *"Algunas consideraciones sobre el fideicomiso en el sector público"*, Zeus, Colección jurisprudencial, Tomo 98 (Mayo-Agosto 2005), Rosario, Argentina, pág. 148.

¹⁶⁰⁵ Fideicomiso de la Palma, ver punto 7.3. en el Capítulo 7.

Además hemos observado algunas situaciones en las que el fideicomiso público se ha utilizado distorsionando su esencia, así desnaturalizada. Por ejemplo, los fideicomisos públicos han sido utilizados para el nombramiento de personal fuera del sistema gubernamental¹⁶⁰⁶. Uno de los problemas de mayor importancia en la operación de los fideicomisos ha sido el de carácter laboral¹⁶⁰⁷. Hemos indicado que en la República Argentina¹⁶⁰⁸ la ley 25.565¹⁶⁰⁹ dispuso que los fondos integrados mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado Nacional no podrán tener estructura de personal permanente y temporario a su cargo, sino que el personal de los Fondos Fiduciarios, sus Consejos de Administración y de los Fideicomisos de Asistencia deberán integrar las plantas de personal de las jurisdicciones y/o Entidades de las cuales dependen los citados Fondos Fiduciarios¹⁶¹⁰ con la intención de no permitir la distorsión puntualizada. Recordemos que existe en España experiencia suficiente de conflictos suscitados con relación a la celebración de contratos de alta dirección en una estructura similar a la del fideicomiso público como es la fundación pública. Así lo prueba el Auto del Tribunal Constitucional 206/1999, de 28 de julio. En el año 1996 doña Elena Salgado Méndez firma un contrato de alta dirección con la Fundación del Teatro Lírico, fundación de iniciativa pública, creada en orden a la Ley 30/1994, para ocupar el puesto de Directora General de la institución. Luego de las elecciones generales del 3 de marzo de 1996, con los cambios producidos en el Gobierno se le pide su dimisión negándose a ello. Luego, una modificación de los estatutos

¹⁶⁰⁶ LENARDON, Fernando Roberto, *"Fideicomiso gubernamental"*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 120.

¹⁶⁰⁷ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *"Doctrina General del Fideicomiso"*, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 344.

¹⁶⁰⁸ Ver 5.2.1.

¹⁶⁰⁹ Artículo 51 ley 25.565 (Boletín Oficial del 21/03/2002): "... los Fondos Fiduciarios integrados mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado Nacional no podrán tener estructura de personal permanente y temporario a su cargo. El personal de los Fondos Fiduciarios, sus Consejos de Administración y de los Fideicomisos de Asistencia deberán integrar las plantas de personal de las Jurisdicciones y/o Entidades de las cuales dependen los citados Fondos Fiduciarios [...] los Fondos fiduciarios podrán financiar, a través de Transferencias, los gastos en personal de las Jurisdicciones y Entidades involucradas...".

¹⁶¹⁰ SCOCCO, Mónica, *"Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-D, pág. 1417-1425.

fundacionales suprime el cargo que ella ostentaba lo que produce el cese de su contrato a partir del 9 de julio de 1996. La Sra. Salgado recurre a la jurisdicción laboral, porque considera su despido lesivo a sus derechos fundamentales, considerando que no había despido sino fraude de ley que ocultaba una violación a su derecho a la libertad ideológica amparado por el artículo 16 de la Constitución¹⁶¹¹. El Juzgado Social número 12 de Madrid desestima el reclamo en una sentencia del 14 de noviembre de 1996. La Sra. Salgado interpone recurso de suplicación contra esa decisión ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el cual desestima la pretensión de la recurrente en decisión del 22 de octubre de 1997. Más tarde, la Sra. Salgado interpone recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que no es admitido por Auto fechado el 30 de abril de 1998. Por último y agotada que fuera la vía jurisdiccional, la recurrente acude al Tribunal Constitucional demandando su amparo el 26 de junio de 1998 contra las sentencias antes indicadas. Funda su derecho en la violación del artículo 16 de la Constitución antes mencionado y en el artículo 23.2 de la misma que refiere al acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos¹⁶¹². En escueta decisión el Tribunal Constitucional, con firma de los Magistrados Viver Pi-Sunyer, González Campos y Conde Martín de Hijas, niega la violación de los derechos fundamentales indicados por parte de la Fundación y las sentencias recurridas. Sin embargo, afirma el Tribunal *que “la peculiar configuración de la Fundación del Teatro Lírico como fundación pública gestora de un teatro público (es decir, una forma privada de personificación por completo en manos de dos Administraciones Públicas) implica necesariamente ciertas consecuencias para el personal directivo de la misma”* y añade que *“el hecho*

¹⁶¹¹ Artículo 16 de la Constitución Española: 1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. 3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

¹⁶¹² Artículo 23 de la Constitución Española: 1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

de tratarse de una relación jurídica laboral especial sometida a priori no a la normativa funcionarial sino al real Decreto 1382/1985 (y sólo en algunos aspectos al Estatuto de los Trabajadores) no significa que no se le deben aplicar ciertas reglas y principios propios del personal al servicio de las Administraciones Públicas”. Particularmente indica el Tribunal que “de hecho la utilización del contrato de alta dirección se explica en este caso por la relación de dependencia y confianza que se establece entre el empresario y el directivo” y agrega que “resulta claro que al cesar el alto cargo cuando a su vez cesa la autoridad para la que se presta sus servicios y, en cualquier caso, al tener la relación que les une un componente esencial de confianza política personalísima (ambas cosas expresamente previstas en el art. 20.2 de la Ley 39/1984), no sería atendible la alegación de vulneración del derecho a la libertad ideológica”. Esta decisión judicial pone de manifiesto que no hay regulación para este tipo de conflictos laborales y que no es lo mismo suscribir determinados tipo de contratos, particularmente laboral, en el ámbito privado, que en un ámbito donde no se delimita claramente lo público de lo privado. No indica la Sentencia si todos los altos directivos de las entidades similares a la Fundación del Teatro Lírico, aunque no hayan suscripto contrato de alta dirección, deben ser considerados altos directivos en el marco no sólo de la confianza técnica, sino además de la confianza política¹⁶¹³. Esto no significa que los fideicomisos públicos no pueden contratar personal ni requerir asistencia técnica¹⁶¹⁴ y profesional, sino que en su seno se deben prever los problemas que pueden surgir de contratar personal para el cumplimiento de los fines que siempre son temporales; y para ello es necesario un manejo eficiente y productivo de los fondos aplicados a las remuneraciones de los recursos

¹⁶¹³ MORENO FUENTES, Rodrigo, “Derechos fundamentales y relaciones laborales de alta dirección en una fundación constituida por una entidad pública (auto del Tribunal Constitucional 206/1999, de 28 de julio)”, REDA, Revista Española de Derecho Constitucional, número 60, 2000, pág. 316. En igual sentido refiere al caso Ricardo RIVERO ORTEGA en “Administraciones públicas y Derecho privado” ya citado.

¹⁶¹⁴ PRAVATO, Luis E., “Algunas consideraciones sobre el fideicomiso público y el derecho administrativo rionegrino”, Revista de Administración Pública, RAP, Buenos Aires, Volumen 376, Sección Legislación Anotada, pág. 86.

humanos, la efectiva necesidad de contrataciones laborales y la transparencia de las mismas¹⁶¹⁵.

En la República Argentina, como en otros países latinoamericanos, se advierte la gran proliferación de fideicomisos públicos en forma indiscriminada. En ese país se pueden encontrar Fondos Fiduciarios -de índole extrapresupuestario- reseñados en Leyes de Presupuesto como el caso del Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional (F.F.F.I.R.), cuya ley de creación 24.855 determina en su artículo 4 que tiene carácter extrapresupuestario. Sin embargo la ley de presupuesto del año 2003 ha modificado la ley 25.152 de Administración de los Recursos Públicos¹⁶¹⁶ y ha impuesto que dichos tipos de fondos deben ser aprobados por una norma con rango similar al de los presupuestos¹⁶¹⁷ en virtud de la importancia financiera que adquirieron los mismos¹⁶¹⁸. Luego, desde el año 2003 al año 2006 se ha reiterado en las leyes de Presupuesto que llevan los números 25.725, 25.827, 25.967 y 26.078 que el Jefe de Gabinete de Ministros debe presentar informes cuatrimestrales al Congreso Nacional (ambas Cámaras, es decir, Cámara de Diputados y Cámara de Senadores) sobre el flujo y uso de los fondos fiduciarios¹⁶¹⁹. Sin embargo, el informe especial de relevamiento de la actividad fiduciaria del sector público nacional 23/2005 de la Auditoría General de la Nación (AGN) puntualiza “la situación de desinformación, descontrol, desorden y falta de transparencia que —salvo contadas excepciones— presentan los fondos fiduciarios públicos” en

¹⁶¹⁵ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *“Doctrina General del Fideicomiso”*, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 345.

¹⁶¹⁶ Ley 25.152 de Administración Federal de los Recursos Públicos en su artículo 5° inc. a) indica: “Toda creación de organismo descentralizado, empresa pública de cualquier naturaleza y Fondo Fiduciario integrado total o parcialmente con bienes y/o fondos del Estado Nacional requerirá del dictado de una Ley”.

¹⁶¹⁷ GÓMEZ DE LA LASTRA, Manuel C, *“El Estado fiduciante”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-E, pág. 1311.

¹⁶¹⁸ SUBSECRETARIA DE PRESUPUESTO, Oficina Nacional de Presupuesto, Secretaria de Hacienda, Ministerio de Economía y Producción, República Argentina, *“Ejecución presupuestaria de los fondos fiduciarios del Estado Nacional”*, Primer Trimestre de 2006, pág. 2.

¹⁶¹⁹ LENARDON, Fernando Roberto, *“Fideicomiso gubernamental”*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 117.

el ámbito de la Administración Pública Nacional, que además no se consolidan con el presupuesto de la Administración Nacional y se constituyen en extra presupuestarios¹⁶²⁰. En muchos casos las ejecuciones presupuestarias no fueron remitidas en tiempo y forma como sucedió en el año 2006 en el caso de cinco fondos¹⁶²¹. El 13 de marzo de 2007 luego de la iniciación de algunas causas judiciales referidas al manejo de los fondos fiduciarios, el Presidente de la Nación dictó el Decreto 225/07 que dispone la rendición de cuentas y control específico a cargo de la Sindicatura General de la Nación (SIGEN)¹⁶²², lo que produjo de alguna manera la sistematización del control.

La utilización demasiado amplia del fideicomiso privado de la ley 24.441 por parte del sector público en la República Argentina ha llevado a desnaturalizar la figura establecida por esa norma con el aparente objetivo de constituir un patrimonio separado bajo la denominación de "fondo fiduciario". En algunos casos hasta casi se han creado nuevos organismos con dudosa personalidad jurídica propia, de donde muchas veces en el imaginario popular el fideicomiso es visto como una persona distinta, sin serlo,¹⁶²³ como ya hemos analizado en el Capítulo 7 donde indicamos que la personalidad jurídica propia no es inherente a un fideicomiso público. La negación de la personalidad jurídica ha redundado en la complejidad de la estructura fiduciaria como es el caso del citado Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional (F.F.F.I.R.) que llevó a la innecesaria conformación de tres fideicomisos: uno de administración, a cargo del Consejo de Administración, otro de inversión correspondiente al

¹⁶²⁰ LISOPRAWISKI, Silvio, *“Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 1092.

¹⁶²¹ Fondo Fiduciario para la Reconstrucción de Empresas (FFRE); Fondo Fiduciario de Capital Social (FONCAP); Fondo Nacional de Desarrollo para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa (FONAPYME); Fondo de Garantía para la Pequeña y Mediana Empresa FOGAPYME); Fondo Nacional para la Recuperación de la Actividad Ovina (FRAO) según SUBSECRETARIA DE PRESUPUESTO, Oficina Nacional de Presupuesto, Secretaria de Hacienda, Ministerio de Economía y Producción, República Argentina, *“Ejecución presupuestaria de los fondos fiduciarios del Estado Nacional”*, Primer Trimestre de 2006, pág. 3.

¹⁶²² LENARDON, Fernando Roberto, *“Fideicomiso gubernamental”*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 120.

¹⁶²³ LISOPRAWISKI, Silvio, *“El fideicomiso en crisis. Insuficiencia del patrimonio fiduciario”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, miércoles 4 de agosto de 2010, pág. 1 a 4.

Banco de la Nación Argentina y un fideicomiso de asistencia con el único objeto de proceder a la capitalización del Fondo Fiduciario. Esto ha provocado la falta de definición precisa de los derechos y obligaciones de cada una de las partes¹⁶²⁴.

También en México el crecimiento de los fideicomisos públicos ha sido inorgánico, desarticulado y sin coordinación, con fenómenos de duplicación superposición y contradicción de funciones, lo que se terminó convirtiendo en un obstáculo para los programas de gobierno trayendo deformaciones de los modelos administrativos diseñados para imprimir rapidez, eficacia y eficiencia a la gestión. Allí los fideicomisos públicos produjeron una expansión desproporcionada del Sector Paraestatal desvirtuando su naturaleza y encubriendo organismos descentralizados y empresas. Este hecho además, naturalmente, dificultaba el control¹⁶²⁵.

En el fideicomiso público se puede verificar a veces la ausencia de diferenciación entre fiduciante y fiduciario, lo que afecta la transparencia. Las personas del fiduciante y el fiduciario deben estar perfectamente identificadas y deben ser diferentes, a nuestro criterio, a los fines de garantizar la seguridad jurídica¹⁶²⁶, a pesar de que existen algunas situaciones extremas como los denominados autofideicomisos que se han producido en la República Argentina en el caso de los fideicomisos financieros que cotizan¹⁶²⁷. Se juega aquí el equilibrio de dos intereses diversos, pero integrados. Bien podría cualquiera de los organismos del Estado constituir un fideicomiso público en la órbita de su

¹⁶²⁴ SCOCCO, Mónica, *“Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-D, pág. 1422.

¹⁶²⁵ GONZÁLEZ PARAS, José Natividad, Coordinador Adjunto de la Coordinación General de Estudios Administrativos, Presidencia de la República (México), *“La reforma administrativa y el fideicomiso público”*, R.A.P., Régimen de la Administración Pública, Revista mensual para la administración pública, proveedores y contratistas del Estado, Editorial Ciencias de la Administración S.R.L., Año 5, Marzo 1983, No. 54, pág. 11.

¹⁶²⁶ LENARDON, Fernando Roberto, *“Fideicomiso gubernamental”*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 131.

¹⁶²⁷ Resolución Comisión Nacional de Valores No. 237/97.

competencia y además designar un fiduciario dentro de su ámbito, lo que resultaría en una clara confusión de roles con violación de la seguridad jurídica. La razón de ser del fiduciario es precisamente el ejercicio de una función que garantice el cumplimiento del fin y la justa aplicación del patrimonio al mismo, por ello es necesario mantener la independencia, la objetividad y la imparcialidad en un lógico equilibrio de intereses¹⁶²⁸. Esta cuestión de falta de transparencia aparece en la mayoría de los fideicomisos públicos en los distintos países latinoamericanos, porque es el Estado Nacional el que, a través de alguna entidad, retira bienes de su patrimonio y por medio de un banco público asume el rol de agente financiero del Estado y de banca fiduciaria administrando los bienes o los fondos públicos¹⁶²⁹. Ante estas situaciones se hace esencial el fortalecimiento de la función de control de los fideicomisos públicos que tengan esta característica distorsiva.

Precisamente del diseño de mecanismos que faciliten el control podemos afirmar, por ejemplo, que los fideicomisos públicos en la República Argentina no cuentan con plan de cuentas ni criterios contables comunes, tampoco los denominados fondos fiduciarios públicos. La homogeneización de la información a efectos de hacerla comparable se hace vital. En general, en la República Argentina no se encuentra prevista la obligación de que los estados contables de los fondos fiduciarios públicos ni los fideicomisos públicos sean auditados por auditor externo, ni que sean publicados periódicamente¹⁶³⁰ y a su vez el tratamiento contable de las operaciones realizadas es inadecuado¹⁶³¹. El presupuesto y la contabilidad pública son las columnas del andamiaje de la información financiera pública y el contraste entre ambos sistemas resulta ser

¹⁶²⁸ MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, *“Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales”*, Fundació Carles Pi I Sunyer d’Estudis Autònomic i Locals, Barcelona, 2005, pág. 104.

¹⁶²⁹ LENARDON, Fernando Roberto, *“Fideicomiso gubernamental”*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 131.

¹⁶³⁰ Informe especial de relevamiento de la actividad fiduciaria del sector público nacional 23/2005 de la Auditoría General de la Nación.

¹⁶³¹ SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN, *“Evaluación del sistema de control interno del Ministerio de Economía en el año 2002”*, República Argentina, pág 45.

una de las fuentes más importantes que aporta datos para el desarrollo de los procedimientos de auditoría financiera¹⁶³². Según un informe de evaluación de aquéllos se han determinado no sólo las planteadas carencias normativas en las leyes de creación, sino de gestión, que llevan al riesgo de desvirtuar los principios presupuestarios sobre los que descansa la Administración. En particular se destaca la imposibilidad de una categorización uniforme de los fideicomisos o fondos fiduciarios públicos creados, así como la determinación de los niveles de responsabilidad en la gestión¹⁶³³. El sistema de información pública no sólo debe dar información financiera, sino de gestión, porque la auditoría financiera, como sabemos, sólo se limita al examen exclusivo de los estados financieros, pero en los fideicomisos públicos se hace indispensable además el control de gestión que pone atención en los objetivos y las políticas definidos en éste que establecen los criterios para enjuiciar los resultados¹⁶³⁴.

El fideicomiso público por sí mismo no asegura el éxito, sino que se trata, como hemos indicado, solamente de un continente o vehículo con ciertas garantías de seguridad, pero siempre al servicio del fin y objeto predeterminados¹⁶³⁵. Esta característica supone que se hace indispensable el control de funcionamiento y cumplimiento de objetivos por parte de los fideicomisos públicos. No se puede dejar de advertir que una legislación clara y precisa, que no se perturbe con permanentes modificaciones¹⁶³⁶, sería una excelente vía para el ágil, seguro y eficaz funcionamiento de los fideicomisos públicos así como el modo de evitar distorsiones en su gestión.

¹⁶³² MINNICELLI, Alessandra, *“Cuentas claras. Instrumentos para una administración eficiente de los recursos financieros estatales”*, Fundación Fidentia, Buenos Aires, 2007, pag. 32.

¹⁶³³ SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN, *“Evaluación del sistema de control interno del Ministerio de Economía en el año 2002”*, República Argentina, pag 45.

¹⁶³⁴ MINNICELLI, Alessandra, *“Cuentas claras. Instrumentos para una administración eficiente de los recursos financieros estatales”*, Fundación Fidentia, Buenos Aires, 2007, pag. 38.

¹⁶³⁵ LISOPRAWSKI, Silvio, y DEL SEL, Juan María, *“Responsabilidad del Developer en el fideicomiso inmobiliario”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-A, pag. 652-667.

¹⁶³⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *“De la simplificación de la Administración Pública”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 147, septiembre-diciembre 1998, pag. 11.

Se ha observado en la práctica de los distintos países latinoamericanos como se ha indicado en el Capítulo 5, que generalmente estos fideicomisos públicos son utilizados para sanear pasivos, solucionar coyunturas especiales o para modernización de la Administración¹⁶³⁷.

9.2. Ventajas y riesgos de la utilización de esta figura

Uno de los puntos donde se pone acento en las reformas de las normas administrativas es la lucha contra la corrupción y las prácticas irregulares de los administradores, autoridades y funcionarios y en ese marco se tiende a endurecer los procesos, particularmente de adjudicaciones de modo que no haya posibilidad de alterarlos. Sin embargo, las recomendaciones internacionales no toman ese camino sino más bien potencian la publicidad y concurrencia así como el control y revisión de los actos administrativos¹⁶³⁸. Por ello entendemos que la figura del fideicomiso público plantea una alternativa eficiente para lograr el objetivo de eficiencia y control, ya que se trata de un encargo específico centrado en un objetivo determinado, con una estructura determinada, con pautas de especialización y controles singulares que pueden ser diseñados para cada caso. Sin embargo existe el riesgo de la ligera manipulación de partidas presupuestarias cuando no existe suficiente control sobre éstas o se las contabiliza sólo a título informativo o se las excluye del principio de cuenta única y no se las consolida con el Presupuesto de la Administración¹⁶³⁹.

¹⁶³⁷ MAURY de GONZÁLEZ, Beatriz (directora), *“Tratado teórico práctico de fideicomiso”*, Editorial Ad-hoc S.R.L., Buenos Aires, 2004, pág. 323.

¹⁶³⁸ RIVERO ORTEGA, Ricardo, *“¿Es necesaria una revisión del Régimen de los Contratos Administrativos en España?”*, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 120, pág. 567-589.

¹⁶³⁹ MARTORELL, Ernesto E., *“El fideicomiso: Breve estudio crítico de la utilización de esta figura en la Argentina de hoy”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-B, pág. 817.

La utilización del fideicomiso público ha generado y genera cierta inseguridad jurídica en cuanto al establecimiento de sus límites¹⁶⁴⁰ y ésta resulta ser la primera desventaja. Es conocido que cuando se utiliza en la gestión pública una herramienta que resulta flexible y eficaz en el Derecho Privado suelen relativizarse los sistemas de control interno¹⁶⁴¹. DE CASTRO destacaba que pesaba casi siempre sobre la figura de la fiducia la sospecha del fraude a la ley casi siempre. Sin embargo el objetivo del uso de esta figura no supone buscar un resultado distinto del que le es propio como instituto, porque efectivamente no hay necesidad de ello. Sólo se suele buscar la simplicidad de su esquema para cumplir con fines públicos con mayor eficiencia¹⁶⁴² aunque en algunos casos se ponga en duda esta situación. Avizoramos, como tantos autores, la potencialidad de los peligros que importa la mala, fraudulenta o inadecuada aplicación de la figura y entonces, como ellos mismos indican, debemos aquí explicitar las armonías y desarmonías de los fideicomisos públicos analizados y de la teoría jurídica aplicada a ellos para ensayar soluciones, donde no hay más remedio que mostrar las consecuencias que sobrevendrán, si se ignora el vacío o la inconsistencia¹⁶⁴³ de la constitución de fideicomisos públicos demasiado abiertos en su objeto y sin límites de gestión preestablecidos.

Hay que admitir que el nacimiento de un patrimonio fiduciario separado del patrimonio del fiduciante o transmitente y afectado al cumplimiento de una finalidad específica, es decir, la aceptación de la teoría del patrimonio-afectación, permite la existencia de varias masas independientes de bienes con

¹⁶⁴⁰ JUNYENT BAS, Francisco, y, MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *“Bases para una reforma del régimen del fideicomiso a propósito de la necesidad de su inscripción”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 782-790.

¹⁶⁴¹ RODRÍGUEZ-ARAMA MUÑOZ, Jaime, *“La vuelta al Derecho Administrativo (a vueltas con lo privado o lo público)”*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, Volumen 2005 Derecho Administrativo, pág. 542.

¹⁶⁴² LÓPEZ PARDIÑAS, Manuel, en MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (dirección y coordinación), *“Homenaje a Don Antonio Hernández Gil”*, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001. *“Trust y Derecho Civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad”*, pág. 1550.

¹⁶⁴³ LISOPRAWSKI, Silvio, y DEL SEL, Juan María, *“Responsabilidad del Developer en el fideicomiso inmobiliario”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-A, pág. 652-667.

un común denominador: El cumplimiento del encargo específico. Este hecho facilita enormemente la flexibilidad y desburocratización de las herramientas afectadas al logro del bien común¹⁶⁴⁴ así como permite aislar activos adecuadamente¹⁶⁴⁵. Precisamente por esa flexibilidad, por la rapidez de constitución luego de tomada la decisión, por la seguridad de separación patrimonial y la responsabilidad frente a terceros, el fideicomiso público debería ser preferido sobre otras estructuras¹⁶⁴⁶, ya que éstas son sus ventajas comparativas más destacadas. Se trata, en fin, como indica GARCIA TREVIJANO FOS, de una organización adecuada para equilibrar el rigorismo administrativo y la flexibilidad mercantil. Hay quienes indican que permite evitar que las obras se queden sin presupuesto en la mitad de su ejecución y queden inconclusas, así como las contrataciones que violen ciertas normas de procedimiento públicas¹⁶⁴⁷.

El fideicomiso público es ideal para alternativas de financiamiento tanto de obras de infraestructura como parques industriales, promoción de sectores de la economía, como en particular, la producción y la exportación a través de las cuales se incentiva además la concertación público-privada¹⁶⁴⁸.

Sin embargo otra desventaja es la dificultad de determinar cuándo deberá adoptarse el fideicomiso público antes que cualquier otro instituto o forma jurídica. Lamentablemente éste es un problema de hecho que debe ser resuelto en un todo de acuerdo con el pensamiento y voluntad política de un

¹⁶⁴⁴ SCOCCO, Mónica, *“Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-D, pág. 1417-1425.

¹⁶⁴⁵ MAURY de GONZÁLEZ, Beatriz (directora), *“Tratado teórico práctico de fideicomiso”*, Editorial Ad-hoc S.R.L, Buenos Aires, 2004, pág. 352.

¹⁶⁴⁶ GARCÍA TREVIJANO FOS, J. A., *“Aspectos de la Administración Económica”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 12, septiembre-diciembre 1953, pág. 13.

¹⁶⁴⁷ PEREZ HUALDE, Alejandro, *“Fideicomiso público”*, AeDP, Actualidad en el Derecho Público, Cuatrimestral-6º. Año, Segunda Epoca, enero-abril 2000, pág. 144.

¹⁶⁴⁸ HEINDL, Ema, *“Guía metodológica sobre Fuentes de financiamiento aplicable a nivel municipal”*, Dirección Nacional de Desarrollo Urbano, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, República Argentina, Julio de 2004, pág. 35.

momento determinado¹⁶⁴⁹. Con ello a veces se sucumbe a la tentación de manipular los instrumentos con fines egoístamente centrados en la ideología que se defiende, dejando de lado el interés de toda la sociedad. La creación de normas legales claras ayudaría a disipar esta marcada desventaja. La experiencia ha demostrado que ha habido un empleo indiscriminado de esta herramienta con la consecuente desnaturalización de la especie. Es precisamente por este motivo por lo que se hace necesaria una revisión crítica de los fideicomisos ya constituidos¹⁶⁵⁰, independientemente de una legislación orientativa hacia el futuro con indicativos básicos para disponer su creación, para ajustar los objetivos de los constituidos y en gestión, junto a la desactivación de los que han cumplido su cometido y para los que carece de sentido su continuidad. El crecimiento del número de fideicomisos y el abuso de la figura puede producir malformaciones del modelo original que propone rapidez, eficacia y eficiencia, duplicando estructuras o encubriendo organismos descentralizados o empresas¹⁶⁵¹. La tradicional perspectiva utilizada para la realización de infraestructuras públicas ha dado paso a este mecanismo del fideicomiso público que supera el contrato de obra pública, hoy en crisis, dando garantías tanto a la Administración como a quien ejecuta la obra. Este ámbito resulta ser uno de los más destacados en que claramente se visualiza la utilidad de la figura.

Por otra parte, en el seno de los fideicomisos públicos se han generado nuevas burocracias de alto costo¹⁶⁵² y esto supone otra desventaja, porque va contra la eficiencia y economía del instrumento. En algunos casos se ha implementado un fideicomiso, cuando se debió adoptar un camino diverso y echar mano a herramientas personificadas porque suponían mejor solución, como en el caso

¹⁶⁴⁹ GARCÍA TREVIJANO FOS, J. A., “Aspectos de la Administración Económica”, RAP, Revista de Administración Pública, número 12, septiembre-diciembre 1953, pág. 73.

¹⁶⁵⁰ MARTORELL, Ernesto E., “El fideicomiso: Breve estudio crítico de la utilización de esta figura en la Argentina de hoy”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-B, pág. 817.

¹⁶⁵¹ GUIRIDLIAN LAROSA, Javier D., “El fideicomiso público como técnica de financiación contractual administrativa”, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003, pág. 553.

¹⁶⁵² KIPER, Claudio M., y LISOPRAWSKI, Silvio V., “Tratado de fideicomiso”, Editorial Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2004, pág. 535.

del Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional en la República Argentina¹⁶⁵³, al que se le negó personalidad jurídica; o el FIDEPAL en México que debió ser transformado, luego de su creación, en organismo descentralizado¹⁶⁵⁴.

Coincidimos con aquellos autores como DAVALOS MEJIA que dicen que el fideicomiso público tiene el beneficio de compactar recursos en un solo centro de imputación limitando su aplicación a determinados beneficiarios en base al texto claro y conciso de un contrato¹⁶⁵⁵. Es ideal para la concreción de metas temporales y específicas¹⁶⁵⁶ y, además, por su concentración de recursos es de fácil y eficiente control, si existe voluntad política de fiscalizar.

Expresa TREVIJANO GARCÍAS FOS que “el Estado busca afanosamente encontrar formas flexibles que acerquen su actividad a la privada para huir no del Derecho Público, sino del sistema rígido de contratación estatal, de la falta de tecnicismo, la baja remuneración de los empleados públicos y la carencia de interés en los dirigentes”¹⁶⁵⁷. Estamos convencidos que el fideicomiso público da lugar a una interesante forma de encontrar un camino para lograr este anhelo, porque la constitución de una hacienda especial es un paso hacia el derecho mercantil como el propio autor citado expresa. Sin embargo, como todo instrumento mercantil, el fideicomiso público deberá tener un presupuesto preventivo y un complejo de previsiones coordinadas para el logro del fin¹⁶⁵⁸.

¹⁶⁵³ NEIROTTI, Julián E., *“Algunas consideraciones sobre el fideicomiso en el sector público”*, Zeus, Colección jurisprudencial, Tomo 98 (Mayo-Agosto 2005), Rosario, Argentina, pág. 148.

¹⁶⁵⁴ Fideicomiso de la Palma, ver punto 7.3. en el Capítulo 7.

¹⁶⁵⁵ KIPER, Claudio M., y LISOPRAWSKI, Silvio V., *“Tratado de fideicomiso”*, Editorial Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2004.

¹⁶⁵⁶ NEIROTTI, Julián E., *“Algunas consideraciones sobre el fideicomiso en el sector público”*, Zeus, Colección jurisprudencial, Tomo 98 (Mayo-Agosto 2005), Rosario, Argentina, pág. 148.

¹⁶⁵⁷ GARCÍA TREVIJANO FOS, J. A., *“Aspectos de la Administración Económica”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 12, septiembre-diciembre 1953, pág. 47.

¹⁶⁵⁸ GARCÍA TREVIJANO FOS, J. A., *“Aspectos de la Administración Económica”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 12, septiembre-diciembre 1953, pág. 67 y 69.

VILLAGORDOA en México indica que la estructura del fideicomiso público es simple y carece de complejidades¹⁶⁵⁹. El Estado fiduciante puede reservarse, al momento de constituir el fideicomiso público, las más amplias facultades de control sobre los bienes fideicomitidos y establecer limitaciones a las facultades del fiduciario. Si se le otorga al fiduciario amplio margen de discrecionalidad, se deberá justificar el mismo y el contrato constitutivo deberá ser estricto y claro en el establecimiento de pautas de actuación¹⁶⁶⁰. El fideicomiso público permite la fijación de orientaciones claras de desenvolvimiento, así como un diseño de la acción y el control ajustados al fin de cada objeto. Sin embargo resulta que el Estado, en los fideicomisos públicos analizados, no puede, luego de su constitución, alterar las condiciones en forma unilateral o imponer al fiduciario nuevos límites o tareas, a diferencia de lo que puede hacer en materia estrictamente contractual administrativa¹⁶⁶¹.

9.3. Necesidad de control específico

Las hipótesis patológicas son las que exigen medios de tutela; y allí el jurista debe agudizar el análisis de la utilización práctica de los institutos en todas sus dimensiones¹⁶⁶². Algunos autores indican que esta figura del fideicomiso público ha causado importantes transformaciones en el ámbito de la

¹⁶⁵⁹ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *“Doctrina General del Fideicomiso”*, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 68.

¹⁶⁶⁰ AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, *“El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de “De Luca” y “Eurnekian”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131.

¹⁶⁶¹ SCOCCO, Mónica, *“Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-D, pág. 1417-1425.

¹⁶⁶² BIANCA, Mirzia, Universidad de Roma, *“Acto negocial de destino y separación de patrimonios”*, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departamento de Justicia; Departamento d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 175.

Administración¹⁶⁶³. Al decir de ALBI con relación a otros temas, esta figura se ha convertido en una modalidad que ha desbordado los modelos clásicos del Derecho Administrativo¹⁶⁶⁴. El fideicomiso del Estado, en general, lleva al manejo de grandes sumas de dinero, que a veces no tienen los controles suficientes de los organismos del Estado¹⁶⁶⁵. El mayor riesgo en el control estatal aparece cuando el orden jurídico local no se aplica y más aun cuando la normativa no es suficiente o necesita un urgente ajuste para evitar irregularidades que pareciera no están específicamente contempladas para el fideicomiso público¹⁶⁶⁶. FERRARA asimilaba a las operaciones fiduciarias con los negocios *in fraudem*¹⁶⁶⁷ y ASCARELLI ha afirmado que todo negocio fiduciario, como todo negocio indirecto, suele estar en la frontera de lo prohibido¹⁶⁶⁸ por ello es indispensable detenerse en la cuestión de la fiscalización cuando se trata de la cosa pública. Además en lo que se refiere a la Administración Pública, a las tres “e” que se destacan en los procesos de reforma y modernización del Estado como economía, eficiencia y eficacia, se agrega una cuarta “e” que corresponde a la ética¹⁶⁶⁹ que debe ser considerada, porque no debemos olvidar que en algunos casos la moralidad administrativa

¹⁶⁶³ BARBOZA PEÑALVA, Claudio, “*Primeras reflexiones sobre el fideicomiso público*”, Ley de la República Oriental del Uruguay 17.703 de octubre de 2003, publicado en www.docstoc.com/docs/3184316 el 22 de diciembre de 2008.

¹⁶⁶⁴ ALBI, Fernando, “*Derecho Municipal Comparado del Mundo hispánico*”, Aguilar, Madrid, 1955, pág. 151.

¹⁶⁶⁵ ALLENDE, Lisandro A., y BORDA, Guillermo J., “*Apuntes sobre la práctica del fideicomiso*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-D, pág. 1267.

¹⁶⁶⁶ GÓMEZ DE LA LASTRA, Manuel C, “*El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA)*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1991-b, pág. 819 y ss.

¹⁶⁶⁷ FERRARA, Francesco, “*I negozi fiduciari*”, en “*Studi in honore di Vittorio Scialoja*”, Milano, Vallardi, 1905, Tomo II, pág. 82 citado en MARTORELL, Ernesto E., “*El fideicomiso: Breve estudio crítico de la utilización de esta figura en la Argentina de hoy*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-B, pág. 817.

¹⁶⁶⁸ ASCARELLI, Tullio, “*Il negozio indiretto e le società commerciali*”, en “*Studi in honore di Vittorio Scialoja*”, Milano, Vallardi, 1905, Tomo II, pág. 82 citado en MARTORELL, Ernesto E., “*El fideicomiso: Breve estudio crítico de la utilización de esta figura en la Argentina de hoy*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-B, pág. 817.

¹⁶⁶⁹ DELPIAZZO, Carlos E., “*El derecho administrativo como garante de la ética pública*”, Suplemento de Derecho Administrativo en adhesión a las II Jornadas Latinoamericanas de Derecho Administrativo del 27, 28 y 29 de abril de 2011, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, miércoles 27 de abril de 2011, pág. 1.

tiene rango constitucional como la Constitución brasileña del año 1988 en su artículo 37¹⁶⁷⁰. La ética aplicada a la función pública tiene su eje central en la idea de servicio y es así que la ejemplaridad y la honradez deben presidir la actuación de los funcionarios¹⁶⁷¹.

Ya en el Derecho romano era conocida la vigilancia ejercida por el *Curator rei publicae* en orden al cumplimiento de disposiciones, de naturaleza fiduciaria, hechas a favor de una ciudad o *collegium* con la carga de ejecutar la voluntad del “fundador” (fiduciante), conforme el mismo la hubiere manifestado en el instrumento constitutivo con el poder disciplinario suficiente para encauzar las acciones que fueran contrarias a esa voluntad¹⁶⁷². El objetivo del control en la constitución de fideicomisos públicos, entre otros, debe ser evitar las para-administraciones, tanto desde el punto de vista de la Administración Pública como desde los propios fideicomisos públicos por ella organizados¹⁶⁷³, y la revisión del manejo de los recursos sólo al fin fiduciario perseguido.

Hay que regular los controles de los fideicomisos públicos para que los mismos no se superpongan, neutralicen o eludan, porque si, no los mismos no alcanzan a lograr su objetivo fiscalizador, si bien la escasa o nula normativa en materia de auditoría o la falta de criterios legales no son un escollo para fiscalizar o realizar análisis comparativos¹⁶⁷⁴. Las garantías y controles del Derecho Privado están pensados para la defensa de los intereses particulares de los

¹⁶⁷⁰ Artículo 37: La Administración Pública directa, indirecta o fundacional de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad, eficiencia y... (el principio de eficiencia fue introducido en la reforma del 4 de junio de 1998).

¹⁶⁷¹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “*Principios de Ética pública: ¿corrupción o servicio?*”, Montecorvo, Madrid, 1993, pág. 9 y 33.

¹⁶⁷² PIÑAR MAÑAS, José Luis; REAL PÉREZ, Alicia, “*Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador*”, Marcial Pons, 2000, pág. 170.

¹⁶⁷³ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, “*Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros*”.

¹⁶⁷⁴ CASTRO, Rosana, “*El fideicomiso público: régimen federal*”, Revista de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Número 71, enero/marzo 2010, pág. 80.

accionistas, de los inversores, de los consumidores, y hasta los trabajadores, pero no para defender situaciones donde se pone en juego el interés público¹⁶⁷⁵ o los bienes afectados a su satisfacción. Corresponde entonces diseñar para los fideicomisos públicos normas de responsabilidad que excedan las pautas de la responsabilidad del Derecho Privado e incluyan los principios de fiscalización del Derecho Público. Las estipulaciones referidas al control interno y externo de los fideicomisos en el ámbito privado deben ser necesariamente ajustadas cuando esta figura se usa en la dimensión estatal. Existen algunos controles en el fideicomiso privado que permiten al fiduciante la protección del fideicomiso, como la posibilidad del rechazo u observación que el fiduciante haga de la liquidación o rendición de cuentas, sea parcial o final al fiduciario, o la previsión contractual de la necesidad del consentimiento del fiduciante para actos de disposición que pueden ser incluidos en el ámbito público. Se ha dicho que en los estudios sobre corrupción administrativa precisamente la contratación administrativa es un mecanismo proclive a facilitarla, por ello, la elección del fiduciario será una cuestión a cuidar, ya que el mismo será el gestor de bienes públicos dirigidos a un fin también público. El sistema de elección del fiduciario debe ser cuidadosamente diseñado y debe resultar objetivo¹⁶⁷⁶ y debería establecerse un mecanismo con suficiente transparencia y publicidad. Si se tiene en cuenta que la aceptación del encargo fiduciario pone en funcionamiento todo el mecanismo que supone el conjunto de relaciones personales y reales que hemos definido, no cabrá ninguna duda de que cuando el Estado suscribe el documento que impone al fiduciario sus mandas está depositando en él toda la confianza y el patrimonio destinado a su cumplimiento. El nombramiento del fiduciario no puede menos que cumplir el procedimiento y observar todas las normas administrativas establecidas para la contratación pública con relación a la calidad del cocontratante. Además de ello, conforme el objeto de cada fideicomiso público, será factible detallar en la norma que da origen al mismo, la especificación suficiente con relación al

¹⁶⁷⁵ DEL SAZ CORDERO, Silvia, Profesora Titular de Derecho Administrativo de la UNED, “*La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 133, enero-abril 1994, pág. 84.

¹⁶⁷⁶ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “*Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*”, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 5531.

fiduciario para hacer más estricta la calificación y elección del mismo.

Habrà que evitar, en primer lugar, a través del control preventivo, que se produzca la llamada desviación de poder que obedece a la dicotomía de intereses públicos y privados, que puede dar a través de la constitución de un fideicomiso público a la búsqueda de fines encubiertos y, tras la apariencia de un objetivo de interés general, constituirse en realidad, para beneficiar a un sector, empresa, grupo o individuo determinado¹⁶⁷⁷, ello por medio del fiduciario designado. Las consecuencias del infracontrol tanto, en la constitución como en el funcionamiento del fideicomiso público, suelen ser la comisión de expolios masivos y escandalosas malversaciones¹⁶⁷⁸, como han sido denunciados en algunos países latinoamericanos.

Hemos enunciado que en cuestiones que hacen específicamente al control propugnamos que:

- a) **se establezca la obligación de informes periódicos sobre la gestión del fiduciario;**
- b) **se diseñen los mecanismos de control permanente y periódico;**
- c) **se estructuren los sistemas de información;**
- d) **se establezcan los mecanismos de autorización previa para afectar los fondos disponibles a objetivos no contemplados en su creación¹⁶⁷⁹;**

¹⁶⁷⁷ CASSAGNE, Juan Carlos, *Reflexiones en torno al sistema de invalidez de los actos administrativos*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1988-E, pág. 1103 y ss.

¹⁶⁷⁸ PARDO NÚÑEZ, Celestino, *Confusión de patrimonios y publicidad registral: el caso del trust*, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *El trust en el Derecho Civil*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departamente de Justicia; Departament d'Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 319.

¹⁶⁷⁹ GELER, Laura; HAFFORD, Deborah, y SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Marcela, *Riesgos de corrupción en Fideicomisos públicos. Medidas en pos de una mayor transparencia*, Marzo de 2007, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, www.uca.edu.ar.

Lo cierto es que, dado que los fideicomisos públicos no tienen el mismo régimen de control y vigilancia que tienen las dependencias y entidades públicas, su vigilancia y fiscalización se ha complicado en los distintos países en que son utilizados. Esto obedece fundamentalmente a que en general las instituciones fiduciarias en México, por ejemplo, como hemos apuntado, son Bancos que se encuentran sujetos al secreto fiduciario previsto por las leyes que norman el funcionamiento de las Instituciones de Crédito¹⁶⁸⁰ y fundándose en aquél ni siquiera rinden cuentas en forma suficiente o son eximidos de hacerlo, considerando que además la mayoría de las instituciones bancarias fiduciarias son públicas.

Un primer control necesario es a través del Poder Legislativo, pues si estamos afirmando que el fideicomiso público debe estar autorizado o constituido por medio de una ley, corresponderá inicialmente a este Poder recibir la información referida a su gestión y evolución, así como el análisis del flujo y uso de los fondos fiduciarios integrados con bienes o fondos del Estado¹⁶⁸¹. Cada año deberían presentar a la Contaduría el cierre de las cuentas de sus presupuestos y los resultados obtenidos como así la ejecución económica y financiera de dichos presupuestos¹⁶⁸². La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, donde el fideicomiso público es una entidad paraestatal, en su Sección Quinta, De la Fiscalización Superior de la Federación, en el artículo 79

¹⁶⁸⁰ RECART BUSTOS, Dora, y CASTRO ZEMBO, Héctor, Contraloría General de la República de Chile, *"Fideicomisos; rendición de cuentas y fiscalización"*, XVI Asamblea General de la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores, Tema I, 6 al 10 de noviembre de 2006, Quito, Ecuador.

¹⁶⁸¹ Así lo establece el artículo 5 del Proyecto de Ley, Expediente 2718-D-2006, Trámite parlamentario 56, *"Régimen para la constitución y funcionamiento del Fideicomiso Público"*, presentado por Luis Alberto Galvalisi, año 2006, Partido Demócrata Progresista de la República Argentina, Centro de Estudios Socio Económicos Nacionales y Regionales "Dr. Lisandro de la Torre", Director-Coordenador: Victorio Arístides Torrecilla, a saber: "El Estado Nacional como propietario de los bienes de su dominio público o privado transferido a un fiduciario establecido por ley, a través de su Poder Ejecutivo deberá informar al Congreso Nacional trimestralmente la gestión, evolución, el flujo y uso de los Fondos Fiduciarios integrados con bienes o fondos del Estado Nacional, incluidos en el Sector Público Nacional en los términos establecidos por el artículo 8 inc. d) de la ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control".

¹⁶⁸² CASTRO, Rosana, *"El fideicomiso público: régimen federal"*, Revista de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Número 71, enero/marzo 2010, pág. 76.

establece las pautas de esta fiscalización a nivel legislado, a saber: “La entidad de fiscalización superior de la Federación, de la Cámara de Diputados, tendrá autonomía técnica y de gestión en el ejercicio de sus atribuciones y para decidir sobre su organización interna, funcionamiento y resoluciones, en los términos que disponga la ley. La función de fiscalización será ejercida conforme a los *principios de posterioridad, anualidad, legalidad, definitividad, imparcialidad y confiabilidad*. Esta entidad de fiscalización superior de la Federación tendrá a su cargo: I. Fiscalizar en forma posterior los ingresos y egresos; el manejo, la custodia y la aplicación de fondos y recursos de los Poderes de la Unión y de los entes públicos federales, así como realizar auditorías sobre el desempeño en el *cumplimiento de los objetivos* contenidos en los programas federales, a través de los informes que se rendirán en los términos que disponga la Ley. También fiscalizará directamente los recursos federales que administren o ejerzan los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, con excepción de las participaciones federales; *asimismo, fiscalizará los recursos federales que se destinen y se ejerzan por cualquier entidad, persona física o moral, pública o privada, y los transferidos a fideicomisos, mandatos, fondos o cualquier otra figura jurídica, de conformidad con los procedimientos establecidos en las leyes y sin perjuicio de la competencia de otras autoridades y de los derechos de los usuarios del sistema financiero*. Las entidades fiscalizadas a que se refiere el párrafo anterior *deberán llevar el control y registro contable, patrimonial y presupuestario de los recursos de la Federación que les sean transferidos y asignados*, de acuerdo con los criterios que establezca la Ley. Sin perjuicio del principio de anualidad, la entidad de fiscalización superior de la Federación podrá solicitar y revisar, de manera casuística y concreta, información de ejercicios anteriores al de la Cuenta Pública en revisión, sin que por este motivo se entienda, para todos los efectos legales, abierta nuevamente la Cuenta Pública del ejercicio al que pertenece la información solicitada, exclusivamente cuando el programa, proyecto o la erogación, contenidos en el presupuesto en revisión abarque para su ejecución y pago diversos ejercicios fiscales o se trate de revisiones sobre el cumplimiento de los objetivos de los programas federales. Las observaciones y recomendaciones que, respectivamente, la entidad de fiscalización superior de la Federación emita,

sólo podrán referirse al ejercicio de los recursos públicos de la Cuenta Pública en revisión. Asimismo, sin perjuicio del principio de posterioridad, en las situaciones excepcionales que determine la Ley, derivado de denuncias, podrá requerir a las entidades fiscalizadas que procedan a la revisión, durante el ejercicio fiscal en curso, de los conceptos denunciados y le rindan un informe. Si estos requerimientos no fueren atendidos en los plazos y formas señalados por la Ley, se impondrán las sanciones previstas en la misma. *La entidad de fiscalización superior de la Federación rendirá un informe específico a la Cámara de Diputados y, en su caso, fincará las responsabilidades correspondientes o promoverá otras responsabilidades ante las autoridades competentes;* II. Entregar el informe del resultado de la revisión de la Cuenta Pública a la Cámara de Diputados a más tardar el 20 de febrero del año siguiente al de su presentación, el cual se someterá a la consideración del pleno de dicha Cámara y tendrá carácter público. *Dentro de dicho informe se incluirán las auditorías practicadas, los dictámenes de su revisión, los apartados correspondientes a la fiscalización del manejo de los recursos federales por parte de las entidades fiscalizadas a que se refiere la fracción anterior y a la verificación del desempeño en el cumplimiento de los objetivos de los programas federales, así como también un apartado específico con las observaciones de la entidad de fiscalización superior de la Federación que incluya las justificaciones y aclaraciones que, en su caso, las entidades fiscalizadas hayan presentado sobre las mismas. Para tal efecto, de manera previa a la presentación del informe del resultado se darán a conocer a las entidades fiscalizadas la parte que les corresponda de los resultados de su revisión, a efecto de que éstas presenten las justificaciones y aclaraciones que correspondan, las cuales deberán ser valoradas por la entidad de fiscalización superior de la Federación para la elaboración del informe del resultado de la revisión de la Cuenta Pública. El titular de la entidad de fiscalización superior de la Federación enviará a las entidades fiscalizadas, a más tardar a los 10 días hábiles posteriores a que sea entregado a la Cámara de Diputados el informe del resultado, las recomendaciones y acciones promovidas que correspondan para que, en un plazo de hasta 30 días hábiles, presenten la información y realicen las consideraciones que estimen pertinentes, en caso de no hacerlo se harán acreedores a las sanciones establecidas en Ley. Lo*

anterior, no aplicará a los pliegos de observaciones y a las promociones de responsabilidades, las cuales se sujetarán a los procedimientos y términos que establezca la Ley. La entidad de fiscalización superior de la Federación deberá pronunciarse en un plazo de 120 días hábiles sobre las respuestas emitidas por las entidades fiscalizadas, en caso de no hacerlo, se tendrán por atendidas las recomendaciones y acciones promovidas. En el caso de las recomendaciones al desempeño las entidades fiscalizadas deberán precisar ante la entidad de fiscalización superior de la Federación las mejoras realizadas o, en su caso, justificar su improcedencia. *La entidad de fiscalización superior de la Federación deberá entregar a la Cámara de Diputados, los días 1 de los meses de mayo y noviembre de cada año, un informe sobre la situación que guardan las observaciones, recomendaciones y acciones promovidas.* La entidad de fiscalización superior de la Federación deberá guardar reserva de sus actuaciones y observaciones hasta que rinda el informe del resultado a la Cámara de Diputados a que se refiere esta fracción; la Ley establecerá las sanciones aplicables a quienes infrinjan esta disposición; III. *Investigar los actos u omisiones que impliquen alguna irregularidad o conducta ilícita en el ingreso, egreso, manejo, custodia y aplicación de fondos y recursos federales, y efectuar visitas domiciliarias, únicamente para exigir la exhibición de libros, papeles o archivos indispensables para la realización de sus investigaciones, sujetándose a las leyes y a las formalidades establecidas para los cateos, y IV. Determinar los daños y perjuicios que afecten a la Hacienda Pública Federal o al patrimonio de los entes públicos federales y fincar directamente a los responsables las indemnizaciones y sanciones pecuniarias correspondientes, así como promover ante las autoridades competentes el fincamiento de otras responsabilidades; promover las acciones de responsabilidad a que se refiere el Título Cuarto de esta Constitución, y presentar las denuncias y querellas penales,* en cuyos procedimientos tendrá la intervención que señale la ley...La Cámara de Diputados designará al titular de la entidad de fiscalización por el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes. La ley determinará el procedimiento para su designación. Dicho titular durará en su encargo ocho años y podrá ser nombrado nuevamente por una sola vez. Podrá ser removido, exclusivamente, por las causas graves que la ley señale, con la misma votación requerida para su nombramiento, o por las causas y conforme a los

procedimientos previstos en el Título Cuarto de esta Constitución. Para ser titular de la entidad de fiscalización superior de la Federación se requiere cumplir, además de los requisitos establecidos en las fracciones I, II, IV, V y VI del artículo 95 de esta Constitución, los que señale la ley. *Durante el ejercicio de su encargo no podrá formar parte de ningún partido político, ni desempeñar otro empleo, cargo o comisión, salvo los no remunerados en asociaciones científicas, docentes, artísticas o de beneficencia.* Los Poderes de la Unión, las entidades federativas y las demás entidades fiscalizadas facilitarán los auxilios que requiera la entidad de fiscalización superior de la Federación para el ejercicio de sus funciones y, en caso de no hacerlo, se harán acreedores a las sanciones que establezca la Ley. Asimismo, los servidores públicos federales y locales, así como cualquier entidad, persona física o moral, pública o privada, fideicomiso, mandato o fondo, o cualquier otra figura jurídica, que reciban o ejerzan recursos públicos federales, deberán proporcionar la información y documentación que solicite la entidad de fiscalización superior de la Federación, de conformidad con los procedimientos establecidos en las leyes y sin perjuicio de la competencia de otras autoridades y de los derechos de los usuarios del sistema financiero. En caso de no proporcionar la información, los responsables serán sancionados en los términos que establezca la Ley”. Nos hemos permitido resaltar en cursiva las cuestiones fundamentales contenidas en este artículo que marcan un camino de sano control y resulta el único sistema en el mundo que legislativamente incluye acabadamente al fideicomiso público.

En Colombia por el Decreto 1550 del 15 de septiembre de 1995 publicado en el Diario Oficial No. 42.001 de ese mismo día se reglamenta parcialmente el manejo presupuestal de los recursos públicos a través de los negocios fiduciarios por el cual dichos negocios fiduciarios de administración o manejo de recursos que requieran celebrar los órganos públicos con entidades fiduciarias públicas o privadas y que cubran más de una vigencia fiscal, necesitarán autorización previa a la apertura de la licitación o concurso, de manera general o particular que será otorgada por el Consejo Superior de Política Fiscal, Confis y únicamente sobre la remuneración que se pacte con la entidad fiduciaria indicando que los recursos entregados para ser manejados a

través de negocios fiduciarios, que no desarrollen el objeto de la apropiación, no se constituyen en compromisos presupuestales, excepto la remuneración pactada con la entidad fiduciaria. Además los órganos públicos fideicomitentes, para la celebración de contratos o expedición de actos administrativos con cargo sobre los recursos que manejen las entidades fiduciarias, deberán realizar todos los trámites presupuestales, incluyendo los certificados de disponibilidad, los registros presupuestales y la solicitud de vigencias futuras.

En la República Argentina el artículo 67 inciso 7 de la Constitución Nacional señala como atribuciones del Congreso fijar anualmente el presupuesto de gastos de administración de la Nación y aprobar o desechar la cuenta de inversiones, pero es un dato de la realidad que el Parlamento no ha ejercido con plenitud esta potestad de control financiero¹⁶⁸³. Sin embargo ya la ley 26.337 del Presupuesto General de la Administración Nacional, Ejercicio 2008, en su artículo 13 establece la obligación del Jefe de Gabinete de presentar ante ambas Cámaras del Congreso de la Nación informes trimestrales sobre el flujo y uso de los fondos fiduciarios detallando en su caso las transferencias realizadas y las obras ejecutadas y/o programadas, como ya hemos indicado.

Cuando es el Estado el que conforma una estructura jurídica para evitar la aplicación de una norma positiva, seguramente no lo hace para perjudicar a terceros sino más bien para facilitar un manejo discrecional y apartado de las normas estrictas que rigen la Administración y, en especial, aquellas que se refieren a la disposición de fondos públicos¹⁶⁸⁴. En México se ha tenido especial cuidado tanto para la Ley Orgánica de la Administración Pública como para la Ley Federal de Entidades Paraestatales en diseñar el control específico de la creación de los fideicomisos públicos para evitar su anarquía y deformación por el uso indiscriminado y se establecen en esa última norma, en particular, los lineamientos que se tendrán en cuenta para el control, rendición

¹⁶⁸³ MASNATTA, Héctor, *“La administración financiera y los sistemas de control del sector público nacional”*, Revista de Derecho Administrativo, Año 5, enero-agosto 1993, Número 12/13, Buenos Aires, Depalma, pág. 19.

¹⁶⁸⁴ LENARDON, Fernando Roberto, *“Fideicomiso gubernamental”*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 97.

de cuentas, informes y comprobación del manejo transparente de los recursos públicos federales otorgados a los fideicomisos públicos¹⁶⁸⁵.

La necesidad de revisar los fideicomisos utilizados en el ámbito público, obedece, en general, a¹⁶⁸⁶:

- a) Que se manejan a través de ellos considerables montos de recursos públicos.
- b) Que están relacionados con la mayoría de las dependencias y entidades públicas.
- c) Que cuentan con reglas de operación muy diversas.
- d) Que existe gran diversidad de instituciones fiduciarias.
- e) Que deben cumplir con un objeto específico.

Coincidimos con los autores que afirman que, en especial, se debe profesionalizar la figura del fiduciario; y además, prever las situaciones de quiebra o concurso preventivo del fiduciario; ordenar la registración y la publicidad de los contratos de fideicomisos; propender a una instrumentación clara y precisa; establecer un plazo de vigencia razonable y compatible con el objeto eliminando toda alusión genérica; establecer el rol específico de los sujetos; fijar un procedimiento de liquidación de los patrimonios fideicomitidos cuando los mismos son insuficientes¹⁶⁸⁷, entre otros. Para nosotros es esencial

¹⁶⁸⁵ LENARDON, Fernando Roberto, *"Fideicomiso gubernamental"*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 105 y 200.

¹⁶⁸⁶ RECART BUSTOS, Dora, y CASTRO ZEMBO, Héctor, Contraloría General de la República de Chile, *"Fideicomisos; rendición de cuentas y fiscalización"*, XVI Asamblea General de la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores, Tema I, 6 al 10 de noviembre de 2006, Quito, Ecuador.

¹⁶⁸⁷ DE HOZ, Marcelo, *"Aspectos contractuales e impositivos del fideicomiso inmobiliario"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, 11 de septiembre de 2009, pág. 1.

poder controlar el cumplimiento de la manda fiduciaria que resulta esencial para lograr el fin perseguido, por lo que no se agota el control para verificar el cumplimiento de los intereses generales, sino que se reclama que el trabajo haya sido bien realizado¹⁶⁸⁸.

El control gubernamental durante el funcionamiento, la exigencia de capitales mínimos a mantener por el fiduciario y la existencia de una infraestructura técnico administrativa adecuada, en cierta medida garantizarían, a nuestro criterio, un ejercicio más transparente de las funciones del fiduciario¹⁶⁸⁹ y otorgarían mayor seguridad jurídica mejorando el dinamismo de la economía de los fideicomisos públicos¹⁶⁹⁰. El fiduciante podrá solicitar la realización de auditorías externas a los fines del control de la gestión de los bienes fideicomitidos sobre aspectos de índole contable, fiscal, legal, entre otros¹⁶⁹¹ y, en dichos casos, el fiduciario deberá brindar a los auditores la información y asistencia necesarias para el desarrollo de las auditorías. Recordamos que la auditoría gubernamental no es un proceso de investigación, porque ello atañe a la organización judicial o a organismos especializados, sino que es la verificación técnica y profesional respecto de la administración eficiente de los recursos, y propende al cumplimiento eficaz de los objetivos, a la veracidad de la información gerencial administrativa y financiera, como al cumplimiento de

¹⁶⁸⁸ DELPIAZZO, Carlos E., *“El derecho administrativo como garante de la ética pública”*, Suplemento de Derecho Administrativo en adhesión a las II Jornadas Latinoamericanas de Derecho Administrativo del 27, 28 y 29 de abril de 2011, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, miércoles 27 de abril de 2011, pág. 3 citando a citando a GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *“La ética en la Administración Pública”*, Madrid, Civitas, 1996, pág. 57 y 58.

¹⁶⁸⁹ CARREGAL, Mario A., *“El fideicomiso: su aplicación desde la sanción de la ley 24.441”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-B, pág. 1165-1170.

¹⁶⁹⁰ NASARRE AZNAR, Sergio, *“Reflexiones sobre la conveniencia de una regulación catalana de la fiducia y su modelo. Comentario a la mesa redonda”*, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departamente de Justicia; Departamente d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 542.

¹⁶⁹¹ PRAVATO, Luis E., *“Algunas consideraciones sobre el fideicomiso público y el derecho administrativo rionegrino”*, Revista de Administración Pública, RAP, Buenos Aires, Volumen 376, Sección Legislación Anotada, pág. 87.

las obligaciones de los funcionarios públicos¹⁶⁹².

En la constitución de un fideicomiso público existe el riesgo de quiebre del principio de universalidad presupuestaria y de control presupuestario, además de la evasión del control legislativo del gasto público¹⁶⁹³. En general y lamentablemente, la intervención de los controladores es *ex post* y selectiva y convendría que fuera previa o concomitante. Con referencia al presupuesto, sabemos que la constitución del patrimonio fiduciario provoca una transferencia de recursos, pero que los mismos no se aplican inmediatamente al objeto del fideicomiso. En consecuencia para que no se produzca el efecto de “neveras fiscales” citado por RODRIGUEZ AZUERO, es decir, el congelamiento de recursos que deben ser efectivamente aplicados, se debe controlar la ejecución de la manda fiduciaria¹⁶⁹⁴ desde el momento de la transferencia de los recursos y, a esos fines, crear los mecanismos en la norma que implementa la encomienda fiduciaria para evitar inmovilizaciones improductivas.

La exigencia de mayor transparencia es necesaria a los fines de otorgar seguridad jurídica y certeza a los ciudadanos; ya que se trata de un patrimonio público, el que resulta involucrado en los fideicomisos públicos¹⁶⁹⁵. Debe quedar claro que la constitución de fideicomisos o patrimonios separados no elimina el control necesario del Gobierno y de la Administración, porque su propia existencia está vinculada al cumplimiento de la función asignada en su

¹⁶⁹² MASNATTA, Héctor, “*La administración financiera y los sistemas de control del sector público nacional*”, Revista de Derecho Administrativo, Año 5, enero-agosto 1993, Número 12/13, Buenos Aires, Depalma, pág. 22.

¹⁶⁹³ DEL SAZ CORDERO, Silvia, Profesora Titular de Derecho Administrativo de la UNED, “*La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 133, enero-abril 1994, pág. 80.

¹⁶⁹⁴ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “*Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*”, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 534.

¹⁶⁹⁵ MALARET GARCÍA, Elisenda y MARSAL FERRET, Marc, “*Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales*”, Fundació Carles Pi I Sunyer d'Estudis Autònoms i Locals, Barcelona, 2005, pág. 13.

constitución¹⁶⁹⁶. Se hace esencial el control de cumplimiento de las normas legales, es decir, del respeto al principio de legalidad impuesto a la Administración en la Constitución española en el artículo 103.1. al indicar su “sometimiento pleno a la ley y al Derecho”, ya que, como indica RIVERO, “*la sumisión de la Administración al derecho ha adquirido un valor de principio*”¹⁶⁹⁷.

En algunos países como México o la República Argentina, la constitución de fideicomisos públicos ha sido inorgánica y descontrolada, en cierto sentido, sin parámetros básicos de conformación de la especie, provocando —como efectivamente ocurrió en esos países— la generación anárquica de fideicomisos públicos, utilizándose además para circunstancias para las cuales la estructura no fue diseñada o para lo que no tiene vocación o habilidad¹⁶⁹⁸, como ya hemos indicado. A la fecha, ambos países han iniciado un camino de reversión de ese desvío como se ha ido apuntando. Por otra parte, en distintos países latinoamericanos, se han incorporado algunas estructuras de financiamiento público que se denominan fideicomisos o fondos fiduciarios como herramientas jurídicas utilizadas por la Administración y no tienen ninguna de las características jurídicas o económicas del fideicomiso público lo que lleva a reflexionar sobre la verdadera necesidad de un más eficiente control sobre la generación de estos instrumentos organizativos¹⁶⁹⁹.

¹⁶⁹⁶ RIVERO ORTEGA, Ricardo, “*Administraciones Públicas y Derecho privado*”, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 92.

¹⁶⁹⁷ RIVERO, Jean, “*L’Administration et le droit*”, en *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Volumen XLIV, 1978 p. 145, artículo reproducido en *Páginas de derecho administrativo de*, Temis, Bogotá, 2002, pág. 188 mencionado por CASSAGNE, Juan Carlos, “*La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial*”, *Diario Jurídico El Derecho*, Buenos Aires, Argentina, diario del 29 de septiembre de 2008.

¹⁶⁹⁸ DAVALOS MEJIA, Carlos F., “*Problemas procesales en la constitución de fideicomisos*”, Memoria del VII Congreso Latinoamericano de Fideicomiso (COLAFI-FELABAN), Cancún, 1997, citado por LISOPRAWSKI, Silvio, “*Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica*”, *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 1092.

¹⁶⁹⁹ LENARDON, Fernando Roberto, “*Fideicomiso gubernamental*”, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 12.

La constitución de un fideicomiso público se asemeja a la creación de fondos de afectación específica, con fines determinados. En la República Argentina conforme la ley 24.441 ya citada, que regula los fideicomisos privados, el plazo de éstos podrá ser de treinta (30) años o hasta el momento en que su objetivo se haya cumplido: lo que suceda primero. Este es el máximo plazo de vigencia que se permite por la norma¹⁷⁰⁰. En la República Argentina en virtud de tratarse de la aplicación de fondos públicos, aunque se encuentren exceptuados del régimen de Cuenta Unica del Tesoro y fueran extrapresupuestarios, la afectación de los fondos debería seguir las formalidades requeridas por la normativa pública sin apartarse del mecanismo de debate parlamentario de prioridades de gastos¹⁷⁰¹. Véase que, en cualquier caso, resultan una suerte de presupuesto garantizado por más de un año, fuera del presupuesto nacional, que asegura el financiamiento a largo plazo de un programa público, sin ser alcanzado por las normas de control presupuestario ni consolidados en el presupuesto general de la administración; por lo que se hace necesario revisar esta situación con obligación de consolidación presupuestaria¹⁷⁰². Es esencial que el fideicomiso público esté apoyado en un presupuesto preventivo¹⁷⁰³. Como ya hemos enunciado, en algunos casos, la propia ley de creación de los fideicomisos públicos, como el caso del F.F.F.I.R. citado en 6.1., establece su carácter extrapresupuestario¹⁷⁰⁴ para asegurar que el patrimonio creado permanezca alejado de los avatares políticos que inevitablemente siguen las

¹⁷⁰⁰ Art. 4º de la ley argentina 24.441. El contrato también deberá contener:...c) El plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar mas de treinta (30) años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad.

¹⁷⁰¹ GELER, Laura; HAFFORD, Deborah, y SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Marcela, “*Riesgos de corrupción en Fideicomisos públicos. Medidas en pos de una mayor transparencia*”, Marzo de 2007, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, www.uca.edu.ar.

¹⁷⁰² LENARDON, Fernando Roberto, “*Fideicomiso gubernamental*”, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 104.

¹⁷⁰³ GARCÍA TREVIJANO FOS, J. A., “*Aspectos de la Administración Económica*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 12, septiembre-diciembre 1953, pág. 12.

¹⁷⁰⁴ Artículo 4 Ley argentina 24.855.

leyes de presupuesto, reduciendo el riesgo de desviación de recursos de sus fines específicos¹⁷⁰⁵.

Propiciamos que el control de licitud de los fideicomisos públicos se realice en primer lugar con un análisis desde la perspectiva estática donde se pondere no sólo el objeto previsto para el fideicomiso público, sino los restantes elementos del mismo fiscalizando la coherencia interna, y, en segundo lugar desde un sentido dinámico, donde ya no se tiene en cuenta sólo lo planificado constitutivamente, sino lo actuado por el fiduciario en interés de los beneficiarios y en cumplimiento de la manda, porque el fideicomiso público en movimiento genera vinculaciones con muchos sujetos tanto públicos como privados y crea distintos vínculos jurídicos¹⁷⁰⁶ produciendo incontables efectos que necesariamente se deben fiscalizar. La norma que impulsa la constitución del fideicomiso público debe darse a luz luego de este control de eficacia instrumental y con el diseño de una estructura eficiente de funcionamiento de fácil control, porque produciéndose la constitución de un patrimonio separado, resulta sin demasiada complicación la elaboración del presupuesto de egresos o ingresos que sólo están vinculados al fin perseguido objeto de la fiducia. La aplicación de los recursos exclusivamente al fin al que han sido destinados es la esencia de la manda fiduciaria, por lo que resulta válida la técnica de presupuestación por programa que se caracteriza por estar en función de objetivos concretos, en vez de hacerlo por objeto de gasto, resultando que necesariamente puede existir una planificación multianual que permita la identificación de recursos con resultados evaluando objetivamente la gestión¹⁷⁰⁷.

En la Tercera Conferencia Internacional Regional del Instituto Internacional de

¹⁷⁰⁵ SCOCCO, Mónica, *“Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-D, pág. 1417-1425.

¹⁷⁰⁶ JUNYENT BAS, Francisco, y, MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *“Bases para una reforma del régimen del fideicomiso a propósito de la necesidad de su inscripción”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 782-790.

¹⁷⁰⁷ MINNICELLI, Alessandra, *“Cuentas claras. Instrumentos para una administración eficiente de los recursos financieros estatales”*, Fundación Fidentia, Buenos Aires, 2007, pág. 31 y 69.

Ciencias Administrativas, en Monterrey, Nueva León, México en el año 2006, la República Argentina presentó su Red Federal de Control Público que integra los Estados federales (son veintitrés, más la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) con estructuras propias de gobierno y de control para propiciar la integración y complementación de dichas estructuras que buscan evaluar el desempeño de los programas sociales de carácter nacional ejecutados por las distintas jurisdicciones para paliar la emergencia social que atravesaba el país, muchos de ellos a través de fondos fiduciarios. La Sindicatura General de la Nación, órgano de control interno del Poder Ejecutivo Nacional, preside la Red Federal de Control Público, que ha suscripto convenios con los Ministerios Nacionales para el reintegro de gastos de los organismos de control local que ejecutan las auditorías en sus jurisdicciones logrando un control más eficaz, por conocer las particularidades de cada región¹⁷⁰⁸.

Bajo la denominación de control social, el capítulo III de la ley de anticorrupción uruguaya 17.060 contiene algunas disposiciones que alientan la publicación periódica¹⁷⁰⁹ para la intervención de la población en el análisis de la gestión de los administradores públicos, siguiendo una línea que marca la tendencia global, aunque el convenio de la Red Federal de Control Público antes citada ha considerado prioritario integrar el control local de los propios destinatarios de los planes que en muchos casos han sido programas estructurados como fideicomisos públicos, como hemos apuntado, y este dato nos parece destacable para ser imitado¹⁷¹⁰. Si postulamos un orden social justo y solidario apto para promover transformaciones económico-sociales que superen la burocracia y la corrupción¹⁷¹¹, se deben crear las condiciones favorables para

¹⁷⁰⁸ MINNICELLI, Alessandra, *“Cuentas claras. Instrumentos para una administración eficiente de los recursos financieros estatales”*, Fundación Fidentia, Buenos Aires, 2007, pág. 111.

¹⁷⁰⁹ DELPIAZZO, Carlos E., *“El derecho administrativo como garante de la ética pública”*, Suplemento de Derecho Administrativo en adhesión a las II Jornadas Latinoamericanas de Derecho Administrativo del 27, 28 y 29 de abril de 2011, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, miércoles 27 de abril de 2011, pág. 3.

¹⁷¹⁰ MINNICELLI, Alessandra, *“Cuentas claras. Instrumentos para una administración eficiente de los recursos financieros estatales”*, Fundación Fidentia, Buenos Aires, 2007, pág. 114.

¹⁷¹¹ MASNATTA, Héctor, *“La administración financiera y los sistemas de control del sector público nacional”*, Revista de Derecho Administrativo, Año 5, enero-agosto 1993, Número 12/13, Buenos Aires, Depalma, pág. 19-27.

la participación ciudadana, como ha sucedido en cuanto al control de gestión y colaboración de los usuarios en las empresas públicas¹⁷¹². Porque, seguramente, a través de esa participación social, como afirma RODRÍGUEZ-ARANA, el hombre puede llegar a realizarse como personalidad propia y desempeñar mejor su papel en la sociedad¹⁷¹³.

En los fideicomisos públicos, generalmente, no se encuentra regulado un mecanismo de información ni de rendición de cuentas aunque “más no cabe confundir el deber de informar con el de rendir cuentas, este último involucra la justificación de las partidas, de la inversión de los fondos y una eventual responsabilidad por cómo esos recursos fueron asignados o distribuidos”¹⁷¹⁴. Por ello, debe llevarse una contabilidad separada por cada fideicomiso público constituido privilegiando el principio de realidad económica y reflejando adecuadamente los derechos de los acreedores, beneficiarios y fideicomisarios¹⁷¹⁵. Es una cuestión aún debatida si los fideicomisos públicos deben llevar contabilidad en un sentido formal, aunque es indiscutible que la rendición de cuentas debe ser impuesta por la ley¹⁷¹⁶ independientemente de la obligación contable, que por otra parte es indispensable para una ajustada rendición de cuentas. Hay que destacar además que los organismos profesionales contables han participado en gran medida en el desarrollo de la investigación técnica tanto en el área contable como de auditoría; y por ello es

¹⁷¹² MASNATTA, Héctor, “*El derecho constitucional económico y la reforma de la Constitución*”, Revista de Derecho Industrial, Año 10, Número 28, enero-abril 1988, Depalma, Buenos Aires, pág. 50.

¹⁷¹³ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “*La privatización de la Empresa Pública*”, Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 28.

¹⁷¹⁴ Citando fallo de la Corte Suprema del 24 de septiembre de 1987, “*Cuyum S.A. Técnica y Consultora c. Wantski, Peter y otros*” publicado en Jurisprudencia Argentina Tomo 1988-I-343, GELER, Laura; HAFFORD, Deborah, y SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Marcela, “*Riesgos de corrupción en Fideicomisos públicos. Medidas en pos de una mayor transparencia*”, Marzo de 2007, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, www.uca.edu.ar.

¹⁷¹⁵ LENARDON, Fernando Roberto, “*Fideicomiso gubernamental*”, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 27.

¹⁷¹⁶ JUNYENT BAS, Francisco, y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “*Bases para una reforma del régimen del fideicomiso a propósito de la necesidad de su inscripción*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 782-790.

útil que se acreciente la colaboración entre los organismos de control, las entidades profesionales y las públicas¹⁷¹⁷.

Entendemos que el sometimiento de las cuentas a una auditoría externa además de los controles presupuestarios y de Tribunales de Cuentas¹⁷¹⁸ ya citados es indispensable. Deben existir, a nuestro criterio, dos etapas para la rendición de cuentas, además de la obligación de información periódica: una primera, que suponga la rendición de cuentas del fiduciario al fiduciante; y una segunda, que suponga la rendición de cuentas del Poder Ejecutivo al Poder Legislativo¹⁷¹⁹. No cabe duda por nuestra parte que los fideicomisos públicos deben incluirse dentro del Presupuesto Nacional¹⁷²⁰.

No resulta demasiado complicada la estructura de rendición de cuentas del fideicomiso público toda vez que los ingresos estarán determinados como fuente en la norma de creación y los egresos sólo podrán estar vinculados al cumplimiento puntual del fin para el que fue creado siendo detectable inmediatamente cualquier desviación. Sin embargo podrán establecerse normativamente todas las pautas de control enunciadas en este apartado y esto no garantiza el efectivo control, ya que siempre deberá existir la voluntad política de controlar y de permitir el control¹⁷²¹, aunque en nuestros tiempos la contrapartida al nuevo diseño de las funciones políticas es sin duda la mayor

¹⁷¹⁷ MASNATTA, Héctor, *“La administración financiera y los sistemas de control del sector público nacional”*, Revista de Derecho Administrativo, Año 5, enero-agosto 1993, Número 12/13, Buenos Aires, Depalma, pág. 23.

¹⁷¹⁸ PIÑAR MAÑAS, José Luis, *“Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones”*, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 97, enero-marzo 1998, pág. 48.

¹⁷¹⁹ LENARDON, Fernando Roberto, *“Fideicomiso gubernamental”*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 133.

¹⁷²⁰ LENARDON, Fernando Roberto, *“Fideicomiso gubernamental”*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 195.

¹⁷²¹ CASTRO, Rosana, *“El fideicomiso público: régimen federal”*, Revista de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Número 71, enero/marzo 2010, pág. 79.

relevancia que debe darse al control¹⁷²².

¹⁷²² MASNATTA, Héctor, "*La administración financiera y los sistemas de control del sector público nacional*", Revista de Derecho Administrativo, Año 5, enero-agosto 1993, Número 12/13, Buenos Aires, Depalma, pág.24.

Conclusiones

La figura del fideicomiso público resulta un instrumento útil para la Administración a los fines de desarrollar eficientemente actividades tendientes al progreso económico, la evolución social y el bienestar general¹⁷²³ a pesar de que no se agota en el terreno de lo que podría hacer una empresa pública o en la constitución y operación de fondos de fomento económico y social¹⁷²⁴ y de que su aceptación por parte del mundo jurídico latino ha sido muy controvertida. Resulta un verdadero instrumento de política económica como medio auxiliar¹⁷²⁵ para influir directa o indirectamente en la consecución de objetivos económicos globales como el equilibrio externo, la mejor distribución de ingresos, la generación de empleos, la construcción o financiamiento de obra pública o la estabilidad de precios¹⁷²⁶. Generalizar, como dice RODRÍGUEZ-ARANA¹⁷²⁷, es peligroso; pero, hemos visto a través de este trabajo, que han surgido en algunos países como respuesta a una determinada necesidad financiera, social y económica y en un momento histórico concreto¹⁷²⁸. Por ello, nos arriesgamos a concluir que ante otras necesidades y distintas circunstancias, con las debidas transformaciones que fueren

¹⁷²³ INGOLOTTI, Juan Pablo, “*Algunas controversias presentes en el artículo 16 de la ley 24.441*”, Diario Jurídico El Derecho, Buenos Aires, Argentina, miércoles 22 de julio de 2009, pág. 2.

¹⁷²⁴ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, “*Doctrina General del Fideicomiso*”, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 298.

¹⁷²⁵ Artículo 47 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal de México: Los fideicomisos públicos a que se refiere el Artículo 3., fracción III, de esta Ley, son aquellos que el gobierno federal o alguna de las demás entidades paraestatales constituyen, con el propósito de **auxiliar** al Ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado **para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo**, que cuenten con una estructura orgánica análoga a las otras entidades y que tengan comités técnicos.

¹⁷²⁶ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, “*Doctrina General del Fideicomiso*”, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 305.

¹⁷²⁷ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “*La privatización de la Empresa Pública*”, Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 94.

¹⁷²⁸ AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, “*El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de “De Luca” y “Eurnekian”*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131.

necesarias, también puede resultar aplicable y útil a las actuales circunstancias históricas españolas. Desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario¹⁷²⁹, el fideicomiso debe valorarse como instrumento en un sentido dinámico y, medio flexible y necesario para la implementación de políticas públicas ya que otorga una amplia gama de posibilidades a través de un desarrollado esquema de organización dirigido a alcanzar su fin público subyacente. Al decir de RIVERO YSERN, se trata de la utilización táctica de un esquema de Derecho Privado que se adapta a las exigencias organizativas de la Administración¹⁷³⁰. Este hecho ha posicionado favorablemente al fideicomiso público respecto de otras figuras¹⁷³¹ al momento de elección de un instrumento ágil y eficaz y ha servido para simplificar la hipertrofia disfuncional y compleja de la diversa cantidad de Entes públicos ya que es temporal y acabado su cometido se produce su inmediata extinción..

El fideicomiso público puede presentar ventajas por su autonomía y mayor maniobrabilidad respecto a otras herramientas de organización que posee la Administración Pública. Esta forma del fideicomiso público facilita particularmente la colaboración público-privada en numerosos proyectos estatales dirigidos a la satisfacción del interés general¹⁷³². Sin embargo, la mayor flexibilidad de su régimen jurídico, financiero, presupuestario y contractual no debe dar espacio a sustituciones normativas o funcionales inadecuadas, por lo que se hace necesario recurrir a una estructura conceptual clara de este instituto plasmada en una ley para despejar la desconfianza que

¹⁷²⁹ RODRÍGUEZ-ARAMA MUÑOZ, Jaime, *“La vuelta al Derecho Administrativo (a vueltas con lo privado o lo público)”*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, Volumen 2005 Derecho Administrativo, pág. 536.

¹⁷³⁰ RIVERO YSERN, Enrique, *“Derecho público y derecho privado en la organización y actividad de las empresas públicas”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 86, mayo-ago. 1978, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pág. 27..

¹⁷³¹ JUNYENT BAS, Francisco, y, MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *“Bases para una reforma del régimen del fideicomiso a propósito de la necesidad de su inscripción”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 782-790.

¹⁷³² RIVERO ORTEGA, Ricardo, *“Derecho administrativo económico”*, Cuarta edición, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 16. En igual sentido este autor se pronuncia en su libro *Administraciones Públicas y Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 160.

produce su desconocimiento¹⁷³³ y así evitar todos los riesgos y tentaciones que se plantean para huir de la normativa pública.

La constitución, modificación y extinción del fideicomiso público tiene siempre origen en el Derecho Administrativo¹⁷³⁴ y está sometido a la esencialidad formal¹⁷³⁵, ya que a nuestro criterio existen normas de Derecho Público que no pueden ser dejadas de lado a pesar de la utilización de una figura nacida en el seno del Derecho Privado. Consideramos que la aplicación de la normativa de Derecho Privado se debe hacer a través del procedimiento de la analogía y no mediante la técnica de la subsidiariedad¹⁷³⁶.

Para los fideicomisos públicos debe establecerse una regulación diferenciada y un marco jurídico completo y adecuado en el seno del Derecho Administrativo para aportar seguridad jurídica a los mismos. Es claro que, por lo pronto, esta figura escapa al régimen legal tradicional tanto público como privado¹⁷³⁷ y, como cualquier otra herramienta, puede ser objeto de uso distorsionado¹⁷³⁸, por lo que adherimos a la doctrina que manifiesta que se impone el dictado de normativa específica que regule el fideicomiso público eludiendo la aplicación analógica pura del fideicomiso de Derecho Privado propiciando tener como

¹⁷³³ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, *“El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law”*, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 15.

¹⁷³⁴ LISOPRAWSKI, Silvio, *“Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 1092.

¹⁷³⁵ ALBI, Fernando, *“Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Editorial Horizontes, Valencia, 1944, pág. 47 y 49.

¹⁷³⁶ CASSAGNE, Juan Carlos, *“La transmisión de derechos personales y reales en el derecho administrativo. Relaciones con el Código Civil”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1984-B, pág. 741.

¹⁷³⁷ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, *“Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros”*.

¹⁷³⁸ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, *“El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law”*, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 16.

fuente exclusiva del fideicomiso público a una ley especial¹⁷³⁹. La función de la Administración Pública no se limita a la aplicación automática de las leyes que dicta el Legislativo¹⁷⁴⁰, en consecuencia se deben regular en cada fideicomiso público las cuestiones operativas que puedan corresponder en virtud del fin perseguido en la constitución del mismo. Es decir, podría haber tantos fideicomisos como normas de creación específicas existan y en cada una de ellas deberá protegerse la finalidad propia que están destinados a cumplir¹⁷⁴¹. Habrá también tantos patrimonios autónomos como fideicomisos¹⁷⁴². Estas normas de creación de cada fideicomiso público deberán dictarse en el marco de una ley general que establezca los principios del instituto del fideicomiso público y sus requisitos básicos¹⁷⁴³, como hemos enunciado aquí. En los países en que no existe el fideicomiso público se hace necesaria una norma de este carácter para llenar un vacío legal, pero en los países en que el instituto existe es vital completar el Derecho deficiente y corregir el inadecuado¹⁷⁴⁴.

Se deben diseñar los preceptos concretos que restrinjan la libertad de la Administración para optar libremente por la constitución de fideicomisos, tanto de Derecho Público como de Derecho Privado¹⁷⁴⁵, para racionalizar la utilización de esta herramienta. Es indispensable poder verificar si el recurso es

¹⁷³⁹ Fundamentos del Proyecto de Ley, Expediente 2718-D-2006, Trámite parlamentario 56, *“Régimen para la constitución y funcionamiento del Fideicomiso Público”*, presentado por Luis Alberto Galvalisi, año 2006, Partido Demócrata Progresista de la República Argentina, Centro de Estudios Socio Económicos Nacionales y Regionales “Dr. Lisandro de la Torre”, Director-Coordenador: Victorio Arístides Torrecilla.

¹⁷⁴⁰ CASSAGNE, Juan Carlos, *“La discrecionalidad administrativa”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-E, pág. 1056-1071.

¹⁷⁴¹ SCOCCO, Mónica, *“Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-D, pág. 1425.

¹⁷⁴² VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *“Doctrina General del Fideicomiso”*, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 143.

¹⁷⁴³ LENARDON, Fernando Roberto, *“Fideicomiso gubernamental”*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 12.

¹⁷⁴⁴ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *“Doctrina General del Fideicomiso”*, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 99 citando además a CERVANTES AHUMADA.

¹⁷⁴⁵ ORTÍZ VAAMONDE, Santiago, *“El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros”*, La Ley, 2004, pág. 69. En igual sentido RIVERO ORTEGA, Ricardo, *“Administraciones Públicas y Derecho privado”*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 58.

adecuado y responde a las exigencias constitucionales de organización, o bien, plantea objeciones por violar normas o principios de Derecho Administrativo¹⁷⁴⁶. La decisión se debe incardinar en el objeto que más se ajuste al interés público, en el esquema más adecuado para cumplir ese fin y debe respetar el principio de especialidad. Así se debe captar el dato objetivo que reconoce la necesidad y conveniencia debidamente justificada de constitución de un fideicomiso público. Con ello, se trata de reducir el ámbito de discrecionalidad. Debe propugnarse a la mayor juridificación de la potestad organizatoria de la Administración, ya que no puede exponérsela a una total discrecionalidad conforme la cual podría menoscabar las garantías jurídicas de los ciudadanos¹⁷⁴⁷.

En un fideicomiso público siempre deben concurrir para su constitución: a) la competencia del órgano estatal según el ordenamiento jurídico; b) la expresión de voluntad de acuerdo a las leyes de procedimiento administrativo y c) la habilitación previa, entendiendo por tal la previa autorización del órgano legislativo, es decir, una ley de creación del fideicomiso¹⁷⁴⁸. Hay cuestiones con matices de Derecho Administrativo que no pueden ser libradas al azar como la constitución, modificación, supresión, refundición y dependencia; las condiciones que debe reunir el fiduciario; las reglas de funcionamiento; los controles; el inventario de bienes y derechos; y el control de eficacia, entre otros¹⁷⁴⁹. Entendemos que a los fideicomisos públicos se les debe aplicar en forma plena el Derecho de la Competencia, cuando desarrollan actividades

¹⁷⁴⁶ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, *“Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros”*.

¹⁷⁴⁷ RIVERO ORTEGA, Ricardo, *“Administraciones Públicas y Derecho privado”*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 31.

¹⁷⁴⁸ ARIAS, Mirta V., LASORELLA, Delia N. y ERRAMOUSPE, Martín, *“Fideicomiso público. Control y contabilización”*, Contaduría General del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, Argentina, 2004.

¹⁷⁴⁹ RIVERO ORTEGA, Ricardo, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, *“Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros”*.

económicas¹⁷⁵⁰, ya que como indica HERRERO SUÁREZ, en éste se produce la comunión de la teoría económica y la política jurídica¹⁷⁵¹.

Nos hemos arriesgado a definir al fideicomiso público como *un negocio jurídico complejo de carácter personal y real en sentido amplio, originado en una decisión pública por la cual la Administración a través de la suscripción de un contrato transfiere bienes de su propiedad creando un patrimonio de afectación a un fin público*. Para nosotros importa la intervención del Estado en estos fideicomisos como fiduciante, pero además que la Administración Pública intervenga en cumplimiento de su fin último: la satisfacción del interés público¹⁷⁵². Ello condiciona su naturaleza jurídica¹⁷⁵³.

Bajo la denominación de acto jurídico o negocio jurídico utilizada en Alemania, Italia y España, la ciencia jurídica universal reconoce una manifestación humana de voluntad, lícita y que tiene un fin específicamente jurídico para el nacimiento, modificación o extinción de una relación jurídica¹⁷⁵⁴.

Aquí se trata de un negocio jurídico complejo, porque está compuesto por elementos diversos como se ha visto a lo largo de este trabajo. Así el concepto se aleja de la naturaleza puramente contractual, tal como lo hace en México donde no se lo considera al fideicomiso público simplemente como un contrato. Reconocemos que la doctrina mayoritaria reconoce la naturaleza contractual del fideicomiso, pero para nosotros el fideicomiso público, como especie del

¹⁷⁵⁰ Auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de Justicia Europeo de 4 de junio de 1996.

¹⁷⁵¹ HERRERO SUÁREZ, Carmen, “*El problema del oligopolio en el derecho de la competencia comunitario*”, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Buenos Aires, Depalma, Volumen 36, pág. 335.

¹⁷⁵² En ese sentido se manifiesta IX SEMINARIO NACIONAL DE TESORERÍA GENERALES, Conclusiones, Neuquén, República Argentina, 14 de mayo de 2003, pág. 2.

¹⁷⁵³ RIVERO YSERN, Enrique, “*Derecho público y derecho privado en la organización y actividad de las empresas públicas*”, RAP, Revista de Administración Pública, número 86, mayo-ago. 1978, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pág. 40.

¹⁷⁵⁴ LLAMBIAS, Jorge Joaquín, “*Tratado de Derecho Civil. Parte General*”, Tomo II, Décimocuarta edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1991, pág. 317.

género fideicomiso, no puede ser meramente contractual¹⁷⁵⁵, donde importa la intervención del Estado como fiduciante en cumplimiento de la satisfacción del interés público¹⁷⁵⁶.

El fideicomiso público tiene carácter personal en virtud de las obligaciones que se generan y carácter real en sentido amplio por la entrega fiduciaria de bienes. Sin el doble aspecto real y obligacional no podría existir el fideicomiso, porque si se elimina la relación personal, sería una mera transferencia de dominio; y si se prescinde del elemento real, no sería más que un mandato¹⁷⁵⁷. Se trata, como se ha desarrollado, de una propiedad transitoria donde el fiduciario no tiene en mira conservar la propiedad, sino retransmitirla bajo determinada condiciones previstas¹⁷⁵⁸.

Las transferencias de los bienes públicos que formarán el patrimonio fideicomitado también deben estar autorizadas por ley¹⁷⁵⁹, además de que la base para la constitución de un fideicomiso, a nuestro criterio, debe ser legal, como ya enunciamos en estas conclusiones. En el fideicomiso público el Estado debe suscribir un contrato con el fiduciario designado¹⁷⁶⁰ para establecer el mecanismo de entrega de los bienes públicos en propiedad fiduciaria, así como su gestión para la obtención de un fin de interés público.

¹⁷⁵⁵ GUIRIDLIAN LAROSA, Javier D., *“El fideicomiso público como técnica de financiación contractual administrativa”*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003, pág. 548 cita como defensores de la naturaleza contractual del fideicomiso público KIPER y LISOPRAWSKI quienes citan a VILLARGORDOA LOZANO en igual sentido, ACOSTA ROMERO y ALMAZAN ALANIX.

¹⁷⁵⁶ En ese sentido se manifiesta IX SEMINARIO NACIONAL DE TESORERÍA GENERALES, Conclusiones, Neuquén, República Argentina, 14 de mayo de 2003, pág. 2.

¹⁷⁵⁷ LEMOS POSSO, César Augusto, y MESA SARMIENTO, José Ferney, *“Sobre la fiducia”*, Tesis de Grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Santafé de Bogotá, D.C., República de Colombia, 1991, pág. 10.

¹⁷⁵⁸ PEREZ HUALDE, Alejandro, *“Fideicomiso público”*, AeDP, Actualidad en el Derecho Público, Cuatrimestral-6º. Año, Segunda Epoca, enero-abril 2000, pág. 150 citando Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación argentina 198:178 números 39/95.

¹⁷⁵⁹ IX SEMINARIO NACIONAL DE TESORERÍA GENERALES, Conclusiones, Neuquén, República Argentina, 14 de mayo de 2003, pág. 2.

¹⁷⁶⁰ La celebración del contrato es sólo una fase dentro de un proceso que se inicia con una ley como ya hemos enunciado. VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *“Doctrina General del Fideicomiso”*, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 323.

Así se habla de fideicomiso público no sólo porque la Administración cumple algunos de los roles subjetivos; sino porque el beneficio directo o indirecto, pero de gran proximidad, lo tiene la comunidad administrada¹⁷⁶¹. La circunstancia de que estos patrimonios de afectación no pertenezcan a una persona no significa que no tengan derechos. Se trata de una unidad económica reconocida por el Derecho, centro de imputación de derechos y deberes que se perfila como algo diverso del fideicomitente, el fiduciario, los beneficiarios y el fideicomisario. En este marco el fiduciario es esencial para el funcionamiento del fideicomiso; y sus derechos y obligaciones variarán con relación a la manda que debe cumplir, que generalmente es opuesta a la filosofía del derecho de propiedad individual ya que aquí tiene un carácter social encaminado a proteger a cierta clase o grupos sociales. El fiduciario no puede ser considerado propietario por la simple razón de que no puede disponer en provecho propio de los bienes fideicomitidos¹⁷⁶². Para la elección de aquél se deben tomar los mismos recaudos que en la elección del contratante en los contratos públicos destacando la importancia de la aplicación de los principios de igualdad, no discriminación, transparencia, proporcionalidad y reconocimiento mutuo. Propiciamos que en cada caso se proceda a analizar la competencia técnica específica de los distintos organismos estatales, de modo de potenciar sus actividades como fiduciarios especializados¹⁷⁶³ para permitir el aprovechamiento de talentos desarrollados en el ámbito público.

Necesariamente el fideicomiso público debe complementarse con mecanismos de control y seguimiento del cumplimiento de los encargos al fiduciario para evitar cualquier distorsión, tanto en la creación como en la ejecución. Un primer control indispensable es a través del Poder Legislativo, pues si estamos afirmando que el fideicomiso público debe estar autorizado o constituido por

¹⁷⁶¹ NEIROTTI, Julián E., *“Algunas consideraciones sobre el fideicomiso en el sector público”*, Zeus, Colección jurisprudencial, Tomo 98 (Mayo-Agosto 2005), Rosario, Argentina, pág. 148.

¹⁷⁶² VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *“Doctrina General del Fideicomiso”*, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 3223, 295, 109 a 111.

¹⁷⁶³ GÓMEZ DE LA LASTRA, Manuel C., *“El Estado fiduciante”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-E, pág. 1311.

medio de una ley, corresponderá inicialmente a este Poder recibir la información referida a su gestión y evolución. Sería apropiado, además, el registro obligatorio de fideicomisos públicos creados por el Estado no sólo por la publicidad que ello significa, sino también para el seguimiento, control y difusión del patrimonio de afectación que se crea. Habiendo observado que en los distintos países la normativa básica para el control y transparencia se encuentra dispersa en distintas leyes no referidas específicamente al fideicomiso público, sugerimos su ordenamiento y sistematización. Además el ejercicio de la fiscalización por un sujeto independiente garantizaría no sólo el cumplimiento acabado de la manda fiduciaria sino la protección de los bienes públicos y la certeza de la satisfacción del interés general.

El fideicomiso público por sí mismo no asegura el éxito, sino que se trata, como hemos indicado, solamente de un continente o vehículo con ciertas garantías de seguridad, pero siempre al servicio del fin y objeto predeterminados¹⁷⁶⁴. Esta característica supone que se hace indispensable el control de su funcionamiento y el cumplimiento de objetivos por parte de los fideicomisos públicos y por ello propugnamos que se establezca la obligación de informes periódicos sobre la gestión del fiduciario; se diseñen los mecanismos de control permanente y periódico; se estructuren los sistemas de información y se establezcan los mecanismos de autorización previa para afectar los fondos disponibles a objetivos no contemplados en su creación. Un primer control necesario es a través del Poder Legislativo, pues si estamos afirmando que el fideicomiso público debe estar autorizado o constituido por medio de una ley, corresponderá inicialmente a este Poder recibir la información referida a su gestión y evolución. Los fideicomisos públicos deben incluirse dentro del Presupuesto Nacional, aunque la técnica utilizada en su planificación multianual sea la de presupuestación por programa, que se caracteriza por estar en función de objetivos concretos.

¹⁷⁶⁴ LISOPRAWSKI, Silvio, y DEL SEL, Juan María, “Responsabilidad del Developer en el fideicomiso inmobiliario”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-A, pág. 652-667.

Es esencial la instauración de programas de coordinación entre los fideicomisos públicos para la implementación armónica de las políticas públicas¹⁷⁶⁵ en el marco de la planificación general del Estado. Los fideicomisos públicos más comunes son los de garantía, financiamiento y fomento de actividades económicas, particularmente a través del otorgamiento de créditos en forma de préstamos directos o indirectos con una finalidad generalmente temporal que se ha integrado a los mecanismos de política financiera nacional donde no sólo los recursos financieros, sino los técnicos, se comprometen en el cumplimiento de un fin público¹⁷⁶⁶.

ALFARO, el profesor panameño, creador del fideicomiso latinoamericano en el año 1925; decía, al presentarlo a sus colegas, que su único anhelo era llamar la atención sobre un campo inexplorado donde creía se podían recoger valiosos frutos. Para nosotros sus palabras conservan actualidad, por lo que alentamos a que se reflexione sobre este instrumento jurídico y su posibilidad de aplicación práctica¹⁷⁶⁷ particularmente en el Derecho Público.

Dicen que UNAMUNO muchas veces recordaba estas palabras: “El hombre es perecedero, es posible; pero perezcamos resistiendo, y si nos está reservada la nada, no hagamos que sea una injusticia”. Por ello persistiremos en la reflexión jurídica para contribuir humildemente a la ciencia legal de nuestros fraternos países con una nueva estructura administrativa como es la del fideicomiso

¹⁷⁶⁵ GONZÁLEZ PARAS, José Natividad, Coordinador Adjunto de la Coordinación General de Estudios Administrativos, Presidencia de la República (México), “*La reforma administrativa y el fideicomiso público*”, R.A.P., Régimen de la Administración Pública, Revista mensual para la administración pública, proveedores y contratistas del Estado, Editorial Ciencias de la Administración S.R.L., Año 5, Marzo 1983, No. 54, pág. 11.

¹⁷⁶⁶ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, “*Doctrina General del Fideicomiso*”, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 350.

¹⁷⁶⁷ ESPARZA, Gustavo Américo, “*El fideicomiso. Introducción a un estudio comparado de su legislación en Argentina, México y Panamá*”, Ediciones GOWA, Buenos Aires, 2006, pág. 91.

público¹⁷⁶⁸. Será la manera de cumplir con el Maestro de Salamanca, quien tanto pretendía que “todos vivan inquietos y anhelantes”¹⁷⁶⁹.

¹⁷⁶⁸ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *“Doctrina General del Fideicomiso”*, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 325.

¹⁷⁶⁹ MARIAS, Julián, *“Tratado sobre la convivencia. Concordancia sin acuerdo”*, Ediciones Martínez Roca, Barcelona, 2000, pág. 75 y 106 citando a UNAMUNO.

Bibliografía

Libros

1. ALBI, Fernando, *“Derecho Municipal Comparado del Mundo hispánico”*, Aguilar, Madrid, 1955.
2. ALBI, Fernando, *“Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Editorial Horizontes, Valencia, 1944.
3. ABREU, Gustavo Albano; BALBIN, Sebastián y AICEGA, María Valentina (coordinadores), *“Estudios de Derecho Comercial moderno. En homenaje al Profesor Dr. Osvaldo R. Gómez Leo”*, Primera Edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007. *“Fideicomiso y cumplimiento de la sindicación de acciones”* por Valentina Aicega, pág. 131-167.
4. ALBALADEJO, Manuel, *“Derecho Civil”*, Tomo I, Decimosexta Edición, Edisofer S.L., Madrid, 2004.
5. ANDREOLI, Edoardo, *“Il Trust nella prassi bancaria e finanziaria”*, Presentazioni Prof. Antonio Gambaro, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1998.
6. ARIAS, Mirta V., LASORELLA, Delia N. y ERRAMOUSPE, Martín, *“Fideicomiso público. Control y contabilización”*, Contaduría General del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, Argentina, 2004.
7. ARROYO I AMAYUELAS, Esther (ed.), *“El Quebec: un model de dret comparat per a Catalunya. I Jornada Internacional sobre el dret patrimonial i la codificació”*, Publicacions de la Universitat de Barcelona, 2001. *“La fiducie en le dret civil québécois”* por Jacques Beaulne, notaire

et professeur titulaire á la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa, pág. 101-124.

8. ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *"El trust en el Derecho Civil"*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departamente de Justicia; Departamento d'Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007.
9. BETTI, Emilio, *"Teoría general del acto jurídico"*, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, España, 2000.
10. BIDART CAMPOS, Germán J., *"Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino"*, Tomo II, El Derecho Constitucional del Poder, Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1993.
11. BOGERT, George Gleason; BOGERT, George Taylor, y HESS, Amy Morris, *"The Law of Trusts And Trustees"*, Westlaw, 2008.
12. BORDA, Guillermo A., *"Manual de contratos"*, Duodécima edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1985.
13. CARBAJO CASCÓN, Fernando, *"La sociedad de capital unipersonal"*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2002.
14. CARIOTA FERRARA, Luigi, *"El negocio jurídico"*, traductor Manuel Albaladejo, Editorial Aguilar, Madrid, 1956.
15. COMADIRA, Julio R., *"La licitación pública"*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

16. COOK, Karen S.; HARDIN, Russell and LEVI, Margaret, "*Cooperation without trust?*", Volumen IX in The Russell Sage Foundation Series on Trust, New York, 2005.
17. CUENA BOY, Francisco, "*El fideicomiso de residuo en el Derecho Romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles*", Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2004.
18. CHAPUS, René, "*Droit administrative general*", Tome 1, 5^e. édition, Montchrestien, París, 1990.
19. CHIMINAZZO, Tullio, "*Etica ed Economía: Lútopia deviene realtà*", Editorial FrancoAngeli, Milano, Italia, 2002.
20. DE ARESPACOCCHAGA, Joaquín, "*El "trust", la fiducia y figuras afines*", Marcial Pons, Madrid, 2000.
21. DE CASTRO y BRAVO, Federico, "*Derecho Civil de España*", Parte General, Tomo I, Libro Preliminar, Segunda Edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949.
22. DE CASTRO y BRAVO, Federico, "*El negocio jurídico*", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997.
23. DE CASTRO y BRAVO, Federico, "*La persona jurídica*", Editorial Civitas S.A., Madrid, Reimpresión de la segunda edición de 1984, 1991.
24. DE SOLAS RAFECAS, José María, "*Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*", Editorial Tecnos, Madrid, 1990.
25. DIDIER, Philippe, "*De la représentation en droit privé*", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, EJA, París, 2000.

26. DIEZ, Manuel María, con colaboración de HUTCHINSON, Tomás, *“Manual de Derecho Administrativo”*, Tomo 1, Editorial Plus Ultra, Cuarta Edición, 1985, Buenos Aires
27. DÍEZ-PICAZO, Luis, *“Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”*, Volumen Primero, Cuarta Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993.
28. ESPARZA, Gustavo Américo, *“El fideicomiso. Introducción a un estudio comparado de su legislación en Argentina, México y Panamá”*, Ediciones GOWA, Buenos Aires, 2006.
29. FUENTESECA, Cristina, *“El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Prólogo de Manuel Albaladejo García, Primera Edición, José María Bosch, Barcelona, 1997.
30. FUENTESECA, Pablo, Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, *“Derecho Privado Romano”*, Editorial 1978.
31. GALGANO, Francesco, *“El negocio jurídico”*, Traducción de Francisco P. Blasco Gascó y Lorenzo Prtas Albetosa, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1992,
32. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, RAMON-FERNÁNDEZ, Tomás, *“Curso de Derecho Administrativo”*, Tomo I, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1988.
33. GARCÍA GARRIDO, Manuel J., *“Derecho Privado Romano”*, Segunda edición, revisada, DYKINSON S.A., Madrid, 1984.
34. GARCÍA OVIEDO, Carlos, *“Derecho Administrativo”*, Tomo I, Sexta edición por Enrique Martínez Usero, EISA, Madrid, 1957.
35. GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio, *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Tomo I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964/1967.

36. GARRIDO FALLA, Fernando, *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Volumen II (Parte general: conclusión), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960.
37. GASCÓN Y MARÍN, José, *“Tratado Elemental de Derecho Administrativo. Principios y legislación española”*, Segunda edición, revisada, Clásica Española, Madrid, 1921.
38. GELLI, María Angélica, *“Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”*, Tercera edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2005.
39. GIRALDI, Pedro Mario, *“Fideicomiso (Ley 24.441)”*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998.
40. GONZÁLEZ IGLESIAS, Miguel Ángel, *“Planificación y aguas públicas: el Plan Hidrológico Nacional”*, Caja Duero, Atelier, 2004.
41. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Tomos I, II, IV y VI, Cizur Menor: Thomson-Civitas, Madrid, 2008.
42. GORDILLO, Agustín A., *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Tomos I y III, Primera Edición, Macchi, Buenos Aires, 1961.
43. IHERING, Rudolf von, traductor Meulenaere, O. de, *“De la culpa in contrahendo des demmasges interests dans les conventions nulles ou restees imparfaites »* (1860).
44. JANNUZZI, Angelo, *“Le società fiduciarie”*, Milano-Dott. A. Giuffré Editore, 1988.

45. JUAN LOZANO, Ana María, y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús, *“La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos. Una aproximación desde los principios jurídicos-financieros”*, Prólogo de Ignacio Bayón Mariné, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2006.
46. KIPER, Claudio M., y LISOPRAWISKI, Silvio V., *“Tratado de fideicomiso”*, Editorial Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2004.
47. KIPER, Claudio M., y LISOPRAWISKI, Silvio V., *“Teoría y Práctica del Fideicomiso”*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1999.
48. LA CHINA, Sergio, y otros, *“La casación Foral y Regional”*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 1993, Editorial Dykinson, Madrid.
49. LARENZ, Karl, traductor Izauquierdo y Macías-Picavea, Miguel, *“Derecho Civil. Parte General”*, EDERSA, Madrid, 1978.
50. LEHMANN, Heinrich, y HEDEMANN, J.W., *“Tratado de Derecho Privado”*, Revista de Derecho Privado, 1955/1958, Tomo I.
51. LUPOI, Maurizio, *“Trusts”*, Segunda edición completamente revista, Milano-Dott A. Giuffré Editore, 2001.
52. LENARDON, Fernando Roberto, *“Fideicomiso gubernamental”*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008.
53. MARIENHOFF, Miguel S., Prologuista: Villegas Basavilbaso, Benjamín, *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Tomos I a IV, Segunda Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977.
54. MARIENHOFF, Miguel, *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Tomo III, tercera edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983.

55. MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, *“El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law”*, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005.
56. MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (dirección y coordinación), *“Homenaje a Don Antonio Hernández Gil”*, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001. *“Trust y Derecho Civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad”* por EGEA IBÁÑEZ, Ricardo, pág. 1167-1174. *“Fundaciones y donaciones temporales”* por MARTÍNEZ SANCHÍZ, José Angel, pág. 1341-1354. *“El fideicomiso inter vivos. Una propuesta de figura contractual”* por LÓPEZ PARDINÑAS, Manuel, pág. 1547-155.
57. MAURY de GONZÁLEZ, Beatriz (directora), *“Tratado teórico práctico de fideicomiso”*, Editorial Ad-hoc S.R.L, Buenos Aires, 2004.
58. MENOZZI, Fausto y otros, *“Fiducia, trust, mandato ed agency”*, Colección Convegna di studio Madonna di Campiglio, Giuffrè Editore, Milano, 1991.
59. MINNICELLI, Alessandra, *“Cuentas claras. Instrumentos para una administración eficiente de los recursos financieros estatales”*, Fundación Fidentia, Buenos Aires, 2007.
60. MIRABELLI, Cesare, Introducción. TONDO, Salvatore, *“Sul riconoscimento del trust nel nostro ordinamento”*, pág. 117-232.
61. MESEGUER YEBRA, Joaquín, *“La competencia administrativa y sus modulaciones. Manual para la desconcentración, delegación, avocación, encomienda de gestión, delegación de firma y suplencia”*, Editorial Bosch, Barcelona, 2005.
62. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN, *“Fondo fiduciario para la reconstrucción de empresas”*, Buenos Aires, 15 de marzo de 2004.

63. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *“Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”*, Tomo I, Edición, Civitas, Madrid, 2004.
64. NASARRE AZNAR, Sergio y GARRIDO MELERO, Martín (coordinadores), *“Los patrimonios fiduciarios y el “trust”*”, III Congreso de Derecho Civil Catalán, Marcial Pons, Madrid , 2006.
65. NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro, *“Legalidad y Buena Administración. Garantías del ciudadano frente a la corrupción y las malas prácticas en la gestión pública”*, Colección Internacional No. 19, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, Colombia, 2009.
66. ORTÍZ VAAMONDE, Santiago, *“El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros”*, La Ley, 2004, (www.laley.net).
67. PADILLA, Miguel M., *“Derecho Constitucional: Organización del Estado”*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
68. PALAO MORENO, Guillermo; PRATS ALBENTOSA, Lorenzo; y, REYES LÓPEZ, Coordinadores, *“Derecho Patrimonial Europeo”*, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, 2003. Capítulo XV *“Algunas consideraciones sobre el futuro Código Civil Europeo”* por Javier PLAZA PENADÉS.
69. POSADA, Adolfo, *“Tratado de Derecho Administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva”*, Tomo I, Victoriano Suárez, Madrid, 1897/1898.
70. RIVERO ORTEGA, Ricardo, *“Administraciones Públicas y Derecho privado”*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
71. RIVERO ORTEGA, Ricardo, *“Derecho administrativo económico”*, Cuarta edición, Marcial Pons, Madrid, 2007.

72. RIVERO YSERN, Enrique, *“El proceso de formación de la voluntad de la Administración en los contratos de las administraciones públicas”*, en Cassagne, Juan Carlos; dir., *“La contratación pública”*, Primera Edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, Volumen: 2, pág. 39-81.
73. RIVERO YSERN, Enrique, *“La Interpretación del Contrato Administrativo”*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1971.
74. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *“La privatización de la Empresa Pública”*, Montecorvo, Madrid, 1991.
75. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *“Principios de Ética pública: ¿corrupción o servicio?”*, Montecorvo, Madrid, 1993.
76. RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, *“Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina”*, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005.
77. ROTHSTEIN, Bo, *“Social traps and the problem of trust”*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2005.
78. SAVIGNY, M.F.C. de, *“Sistema de Derecho Romano Actual”*, traductores Jacinto Mesía y Manuel Poley, Góngora y Cía. Editores, Madrid, 1879, Tomos II y III.
79. SOSA WAGNER, Francisco, *“La gestión de los servicios públicos locales”*, Civitas Ediciones SL, Sexta edición, Madrid, 2004.
80. SOSA WAGNER, Francisco, *“Manual de Derecho Local”*, Séptima edición (revisada, ampliada y puesta al día), Editorial Aranzadi SA, Navarra, 2002.
81. TAMAYO ERRASQUIN, José Angel, *“Libertis Libertabusque. El fideicomiso de alimentos en beneficio de libertos en Digesta y Responsa”*

de Q. *Cervidius Scaevola*”, Universidad del País Vasco, Argitalpen Zerbitzua Servicio Editorial, Vitoria, Gasteiz, 2007.

82. TRIGO REPRESAS, Félix A. y LOPEZ MESA, Marcelo J., “*Tratado de la responsabilidad civil*”, Tomo IV, Capítulo 14, Primera Edición, Editorial La Ley, 2004.
83. VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, “*Doctrina General del Fideicomiso*”, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003.
84. VIRGOS SORIANO, Miguel, “*El Trust y el derecho español*”, Primera Edición, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, 2006.
85. WINSCHIED, Bernardo, traductores Fadda, Carlo y Bensa, Paolo, “*Diritto della Pandette*”, Turín, Unione Topográfica, 1930, Tomo I.

Monografías

1. CAMPOS, Darío, “*Fideicomiso*”, Tesina de Maestría de Derecho Empresario, Universidad Austral, Buenos Aires, 1998.
2. CRESPO PÉREZ, Jorge, “*La formación de la voluntad de la Administración en la contratación pública*”, Trabajo de Grado de la Facultad de Derecho, Departamento de Derecho administrativo, financiero y procesal de la Universidad de Salamanca, 2002.
3. FREIRE, Bettina, “*El fideicomiso*”, Tesina de Maestría de Derecho Empresario, Universidad Austral, publicado en Cuadernos de la Universidad Austral, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1996.
4. LEMOS POSSO, César Augusto, y MESA SARMIENTO, José Ferney, “*Sobre la fiducia*”, Tesis de Grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad

de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Santafe de Bogotá, D.C., República de Colombia, 1991.

Ponencias y reportes

1. AUDITORIA GENERAL DE LA NACIÓN, *“Memoria 2005”*, República Argentina.
2. BELLO KNOLL, Susy Inés; CAMPOS, Darío, y SCHIKENDANTZ, Enrique, *“Sobre fideicomisos en Uruguay y en Argentina”*, IX Jornadas Rioplatenses de Derecho, San Isidro, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, octubre de 2005.
3. CROMWELL, Lord General, *“Letter to the Parliament 4 de junio de 1653”*, en referencia al Trust of Government, impreso por M.S., año 1656.
4. Extractos del Boletín Mensual Números 97/98 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Número XX, *“La codificación civil en Alemania, opiniones de Thibaut y Savigny vertidas al castellano por el Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales con prólogo de Norberto Gorostiaga”*, Sección de Publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, República Argentina, año 1940.
5. GENERAL ACCOUNTING OFFICE, United States Government, *“Social security financing. Implications of Government Stock investing for the Trust, Fund, the Federal Budget and the Economy, Report to the Special Mommitte on Aging”*, United States Senate, April 1998.
6. HEINDL, Ema, *“Guía metodológica sobre Fuentes de financiamiento aplicable a nivel municipal”*, Dirección Nacional de Desarrollo Urbano, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, República Argentina, Julio de 2004.

7. ISE, María V., *“El fideicomiso en la Legislación Argentina. Su impacto en el Derecho Público y Privado”*, Comunicaciones Científicas y Tecnológicas, 2006, Facultad de Derecho Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Nacional del Nordeste, República Argentina.
8. JOINT COMMITTEE ON TAXATION, United States Government, 30 de Julio de 2007, *“Present law and background information relating to financing of the Airport and Airway Trust Fund and Airports”*, Scheduled for a Public Hearing before the SUBCOMMITTEE ON SELECT REVENUE MEASURES of the HOUSE COMMITTEE ON WAYS AND MEANS on August 1, 2007. Publicación JCX-58-07.
9. LEGUIZAMÓN, Carlos, UCOFIN, *“Fideicomiso para infraestructura en Argentina”*, Taller de trabajo: experiencias regionales en la concesión de obras de infraestructura, CEPAL, Santiago de Chile, República de Chile, diciembre 2003.
10. MANZANO, Carmen Graciela, Coordinadora de Inversiones y financiamiento, Tesorería General de la Nación, Ministerio de Economía y Producción de la República Argentina, *“Fiducia pública: la experiencia argentina”*, XV Congreso Latinoamericano de Fideicomiso, Panamá, República de Panamá, 7 al 9 de septiembre de 2005, COLAFI.
11. OFICINA ANTICORRUPCIÓN, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina, y SECRETARIA GENERAL de la Organización de Estados Americanos, *“Bases para Proyecto de Plan de Acción para la implementación de la Convención Interamericana contra la corrupción”*, con la Cooperación Técnica de la Agencia Canadiense para el Desarrollo Internacional, República Argentina, marzo de 2006.
12. RECART BUSTOS, Dora, y CASTRO ZEMBO, Héctor, Contraloría General de la República de Chile, *“Fideicomisos; rendición de cuentas y fiscalización”*, XVI Asamblea General de la Organización Latinoamericana

y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores, Tema I, 6 al 10 de noviembre de 2006, Quito, Ecuador.

13. RIVERO ORTEGA, Ricardo, *“Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros”*, ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008.
14. SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN, *“Evaluación del sistema de control interno del Ministerio de Economía en el año 2002”*, República Argentina.
15. SUBSECRETARIA DE PRESUPUESTO, Oficina Nacional de Presupuesto, Secretaria de Hacienda, Ministerio de Economía y Producción, República Argentina, *“Ejecución presupuestaria de los fondos fiduciarios del Estado Nacional”*, Primer Trimestre de 2006.
16. IX SEMINARIO NACIONAL DE TESORERÍA GENERALES, Conclusiones, Neuquén, República Argentina, 14 de mayo de 2003.
17. TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, Colaboración nacional, *“Fideicomisos, fondos y mandatos: rendición de cuentas y fiscalización”*, XVI Asamblea General de Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores, Tema I, 6 al 10 de noviembre de 2006, Quito, Ecuador,

Artículos de Revistas jurídicas

1. ALEXY, Robert, *“Ponderación, control de constitucionalidad y representación”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-D, pág. 1267-1269. Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-F, pág. 785-791.

2. ALLENDE, Lisandro A., y BORDA, Guillermo J., *“Apuntes sobre la práctica del fideicomiso”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-D, pág. 1267-1269.
3. AMÉNDOLA, Manuel Alejandro, *“Fideicomiso testamentario: cuestiones controvertidas”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-A, pág. 952-958.
4. APREDA, Rodolfo, *“Acciones preferidas convertibles de uno y dos niveles”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-B, pág. 1152.
5. ARANOVICH, Fernando C., *“El fideicomiso y el derecho nacional”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-D, Columna de opinión, pág. 1463-1465.
6. ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, *“La Administración institucional: origen y personalidad”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 63, 1970, pág. 85-130.
7. ARROYO I AMAYUELAS, Esther, *“Los fondos de garantía del pago de pensiones de alimentos: ¿públicos o privados?. Análisis de las iniciativas españolas (estatales y autonómica catalana) a la luz de las propuestas de derecho público y privado comparado quebequés”*, Revista de Derecho Privado, marzo-abril 2004, pág. 209-234.
8. ARROYO I AMAYUELAS, Esther, *“Los patrimonios fiduciarios y el trust”*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LXXXII, enero-febrero 2006, número 693, pág. 11-61.
9. AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, *“La transferencia y tenencia de acciones en trust”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-B, pág. 1170-1190.

10. AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, *“El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de “De Luca” y “Eurnekian”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131.
11. AZPIRI, Jorge O., *“El fideicomiso y los presupuestos de las acciones de colación y reducción”*, nota a fallo, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-B, pág. 469-472.
12. BARAÑANO, Diego M., *“La enseñanza de la organización administrativa del Estado”*, Revista de Administración Pública, Año 4, Número 16, enero-marzo 1965, Buenos Aires, Instituto Superior de Administración Pública, pág. 22-29.
13. BARBIERI, Javier, *“El fideicomiso desde sus orígenes hasta el derecho actual”*, Revista Impuestos, Buenos Aires, Tomo 2000-A, pág. 1350.
14. BARBOZA PEÑALVA, Claudio, *“Primeras reflexiones sobre el fideicomiso público”*, Ley de la República Oriental del Uruguay 17.703 de octubre de 2003, publicado en www.docstoc.com/docs/3184316 el 22 de diciembre de 2008.
15. BARREIRA DELFINO, Eduardo A., *“El fideicomiso de garantía y la ley de quiebras”*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, miércoles 3 de mayo de 2006, pág. 1-4.
16. BELLUSCIO, Augusto C., *“La interpretación de los testamentos por la Corte Europea de Derechos Humanos”*, Revista Jurídica La Ley, Derecho Comparado, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-F, pág. 1159-1162.
17. BERMEJO VERA, José, *“La Administración Inspectora”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 147, septiembre-diciembre 1998, pág. 39-49.

18. BIANCHI, Alberto B., *“Dimensión actual de la delegación administrativa”*, Derecho Administrativo-Revista de Doctrina, Jurisprudencia, legislación y práctica, Abeledo Perrot, Volumen 14, 2002, pág. 723-756.
19. BORRAJO INESTA, Ignacio, *“El intento de huir del Derecho Administrativo”*, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 78, 1993, pág. 233-249.
20. BOSSINI, Lucila Adriana, *“Introducción al fideicomiso”*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, lunes 18 de mayo de 2009, pág. 1-4.
21. BRAUN, Alexandra, *“Trusts interni”*, Rivista di Diritto Civile, Anno XLVI, número 4, julio-agosto 2000, Parte Seconda, Sintesi di informazione, pág. 573-595.
22. BRUNO, Eugenio A., *“Aspectos legales de los préstamos sindicados”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 1299-1307.
23. CAMARA LAPUENTE, Sergio, *“Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español”*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LXXV, septiembre-octubre 1999, número 654, pág. 1757-1865.
24. CAMERINI, Marcelo A., *“El contrato de fideicomiso de garantía y el concurso preventivo del fiduciante. El camino necesario de definir su alcance”*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, martes 27 de diciembre de 2005, pág. 1-4.
25. CAMERINI, Marcelo A., *“El fideicomiso civil y el fideicomiso financiero”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 998-1017.

26. CAMERINI, Marcelo A., *“El fideicomiso de garantía frente al concurso del fiduciante”*, nota a fallo, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, diario del lunes 7 de septiembre de 2009.
27. CAMPI, Germán, *“A propósito del caso Bonesi: la importancia del agente de cobro de los fideicomisos financieros”*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, lunes 8 de junio de 2009, pág. 1-4.
28. CARBAJO CASCÓN, Fernando, *“Sobre la infracción de marcas y la responsabilidad de intermediarios de la sociedad de la información en la comercialización de palabras clave y puesta a disposición de enlaces patrocinados. El caso “Google AdWords”: comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) del 23-3-2010 (As. acumulados C-236/08 a C-238/08)”*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, 12 de mayo de 2010, Volumen 239, pág. 866 a 884.
29. CARNOTA, Walter F., *“El derecho a una buena Administración Pública”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Sección de Derecho Comparado, viernes 23 de octubre de 2009, pág. 3.
30. CARREGAL, Mario A., *“El fideicomiso: su aplicación desde la sanción de la ley 24.441”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-B, pág. 1165-1170.
31. CARREGAL, Mario A., *“Fideicomiso: Le malade imaginaire”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2009-F, pág. 959-967.
32. CARREGAL, Mario A., *“Problemas registrales del fideicomiso”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2000-A, pág. 1059-1060.
33. CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio Alfredo, *“Fideicomisos de administración de entidades deportivas con dificultades económicas”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-E, pág. 731-739.

34. CASSAGNE, Juan Carlos, *“El contrato administrativo en la actualidad”*, RAP, Número 34, Buenos Aires, 2006, pág. 7-23.
35. CASSAGNE, Juan Carlos, *“La discrecionalidad administrativa”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-E, pág. 1056-1071.
36. CASSAGNE, Juan Carlos, *“La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-E, pág. 1274-1289.
37. CASSAGNE, Juan Carlos, *“La responsabilidad de los concesionarios viales”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-F, pág. 1141-1157.
38. CASSAGNE, Juan Carlos, *“La transmisión de derechos personales y reales en el derecho administrativo. Relaciones con el Código Civil”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1984-B, pág. 741 y ss.
39. CASSAGNE, Juan Carlos, *“Reflexiones en torno al sistema de invalidez de los actos administrativos”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1988-E, pág. 1103 y ss.
40. CASTRO, Rosana, *“El fideicomiso público: régimen federal”*, Revista de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Número 71, enero/marzo 2010, pág. 53-82.
41. CATUOGNO, Juan Luis, *“Fideicomisos con objeto financiero”*, Revista Jurídica La Ley, Sección Actualidad, Buenos Aires, Argentina, martes 21 de julio de 2009, pág. 1-2.
42. CATUOGNO, Juan Luis, y LISOPRAWSKI, Silvio, *“El denominado fideicomiso público existe pero no existe”*, Revista Jurídica La Ley,

Sección Actualidad, Buenos Aires, Argentina, martes 27 de febrero de 2007, pág. 1-2.

43. CATUOGNO, Juan Luis, y, GÓMEZ DE LA LASTRA, Manuel, *“Fideicomisos y fondos de inversión directa: vehículos idóneos para asociarse, producir y crecer”*, publicado en www.eldial.com.
44. CORNET, Santiago, *“La securitización y el régimen de cesión de la ley 24.441”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, martes 22 de junio de 2010, pág. 1-4.
45. DE ANGELIS, Lorenzo, *“Trust e fiducia nell’ordinamento italiano”*, Rivista di Diritto Civile, Anno XLV, número 3, maggio-giugno 1999, Parte Seconda, Commenti, pág. 353-372.
46. DE HOZ, Marcelo, *“Aspectos contractuales e impositivos del fideicomiso inmobiliario”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2009-E, pág. 1095-1099.
47. DE HOZ, Marcelo, *“Contrato de fideicomiso. Alternativa para emprendimientos urbanísticos y productivos”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-A, pág. 1067-1070.
48. DE HOZ, Marcelo, *“Contrato de fideicomiso e ineficacia sobreviniente”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-A, pág. 813-819.
49. DE LA CUETARA, Juan Miguel, *“La participación público-privada en España tras la Ley de Contratos del Sector Público del 30/10/2007”*, Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, Año 20, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 661-671.

50. DE LOS MOZOS, José Luis, "*Causa y tipo en la teoría general del negocio jurídico*", Revista de Derecho Privado, Volumen 54, enero-diciembre 1970, Madrid, pág. 739-751.
51. DE LOS MOZOS, José Luis, "*La teoría general del negocio jurídico: su oportunidad e importancia*", Anuario de Derecho Civil, Tomo 39, Fascículo 3, julio-septiembre, Madrid, Instituto de Estudios jurídicos, pág. 787-806.
52. DE LA SERNA BILBAO, María Nieves, Profesora Titular de Derecho Administrativo (interina) Universidad Carlos III de Madrid, "*Organización instrumental privada en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública*", Documentación Administrativa, número 246-247, septiembre 1996-abril 1997, pág. 495-510.
53. DE REINA TARTIÉRE, Gabriel, "*La teoría de los derechos reales administrativos: vigencia y aplicación en el derecho argentino*", El Derecho, Suplemento de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Argentina, viernes 29 de diciembre de 2006, pág. 1-6.
54. DE REINA TARTIÉRE, Gabriel, "*La teoría de los derechos reales administrativos: fundamentos, ámbito y tipología*", El Derecho, Buenos Aires, Argentina, viernes 29 de febrero de 2008, pág. 1-9.
55. DE REINA TARTIÉRE, Gabriel, "*Naturaleza jurídico-real de las garantías fiduciarias. Consecuencias de cara al fideicomiso*", El Derecho, Buenos Aires, Argentina, martes 4 de septiembre de 2007, pág. 1-6.
56. DEL SAZ CORDERO, Silvia, Profesora Titular de Derecho Administrativo de la UNED, "*La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas*", RAP, Revista de Administración Pública, número 133, enero-abril 1994, pág. 57-98.
57. DELPIAZZO, Carlos E., "*El derecho administrativo como garante de la ética pública*", Suplemento de Derecho Administrativo en adhesión a las II

Jornadas Latinoamericanas de Derecho Administrativo del 27, 28 y 29 de abril de 2011, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, miércoles 27 de abril de 2011, pág. 1-4.

58. DIAZ, Vicente Oscar, *“Un evidente escándalo jurídico y el valor de un fallo en minoría”*, Nota a fallo, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, lunes 26 de febrero de 2007, pág. 1-5.
59. DI TULLIO, Osvaldo Juan, *“Más sobre la aplicación de normas privadas a los contratos públicos, el comienzo de un cambio en la jurisprudencia”*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, miércoles 19 de diciembre de 2007, pág. 1-3.
60. ESTÉVEZ CAMBRA, Sebastián, *“El fideicomiso. Una modalidad, el inmobiliario”*, Anales de legislación argentina, Boletín informativo, Año 2007, Número 6, Tomo LXVII-B, pág. I-VIII.
61. FACCO, Javier Humberto, *“El fideicomiso y su modalidad contractual de garantía”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-A, pág. 609-639.
62. FIGUEROA, Dante, *“Civil Law Trusts in Latin America: is the lack of trust an impediment for expanding business opportunities in Latin America?”*, Arizona Journal of International and Comparative Law, Fall, 2007.
63. FLORES DAPKEVICH, Rubén, *“La acción de nulidad de los actos administrativos en Uruguay”*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, martes 30 de septiembre de 2008, pág. 1-5.
64. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *“Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda. Teoría jurídica y derecho positivo”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 122, mayo-agosto 1990, pág. 7-102.

65. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *“Una nueva sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión de las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las Administraciones Públicas (Sentencia Comisión contra España, de 16 de octubre de 2003, C-283/00)”*, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 120, 2003, pág. 667-677.
66. GARCÍA TREVIJANO FOS, J. A., *“Aspectos de la Administración Económica”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 12, septiembre-diciembre 1953, pág. 11-76.
67. GELER, Laura; HAFFORD, Deborah, y SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Marcela, *“Riesgos de corrupción en Fideicomisos públicos. Medidas en pos de una mayor transparencia”*, Marzo de 2007, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, www.uca.edu.ar.
68. GELLI, María Angélica, *“Control judicial de la actividad administrativa en materia de abastecimiento: entre la delegación prohibida y la irrazonabilidad”*, Revista de Derecho Público, Editorial Rubinzal-Culzoni, Volumen 2010-2, pág. 49-77.
69. GIAVARINO, Magdalena B., *“La obligación de rendir cuentas y el mandato”*, nota a fallo, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, miércoles 4 de febrero de 2009, pág. 10-11.
70. GIMÉNEZ ORTÍZ, Verena, *“Aspectos contables del fideicomiso (primera parte)”*, Revista Enfoques, Editorial La Ley, Año 2007, Número 10 (Octubre), pág. 24.
71. GIMÉNEZ ORTÍZ, Verena, *“Aspectos contables del fideicomiso (primera parte)”*, Revista Enfoques, Editorial La Ley, Año 2007, Número 13.

72. GIOVENCO, Arturo C., *“La delegación de funciones en el fideicomiso financiero. Límites, condiciones y deberes de control”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, LA LEY, Tomo 2009-D, pág. 1281.
73. GÓMEZ DE LA LASTRA, Manuel C, *“El Estado fiduciante”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-E, pág. 1311-1315.
74. GÓMEZ DE LA LASTRA, Manuel C, *“El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA)”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1991-b, pág. 819 y ss.
75. GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, *“Incidencia de la Constitución sobre el Derecho Administrativo”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 150, 1999, pág. 159-208.
76. GONZÁLEZ PARAS, José Natividad, Coordinador Adjunto de la Coordinación General de Estudios Administrativos, Presidencia de la República (México), *“La reforma administrativa y el fideicomiso público”*, R.A.P., Régimen de la Administración Pública, Revista mensual para la administración pública, proveedores y contratistas del Estado, Editorial Ciencias de la Administración S.R.L., Año 5, Marzo 1983, No. 54, pág. 7-18.
77. GOTTLIEB, Verónica; VEZZONI, Malvina, y COPPOLETTA, Sebastián C., *“El acreedor laboral frente al fideicomiso”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-F, pág. 917 y ss.
78. GRAZIBLE, Darío J., *“Insolvencia y fideicomiso”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-A, pág. 1363-1369.
79. GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., *“Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E, pág. 1226.

80. GUASTAVINO, Elías P., *“Fideicomisos, leasings, letras hipotecarias y otros aspectos de la ley 24.441”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-B, pág. 1061-1079.
81. GUIRIDLIAN LAROSA, Javier D., *“El fideicomiso público como técnica de financiación contractual administrativa”*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003, pág. 546-553.
82. HERNÁNDEZ, Lidia Beatriz, y, GARCÍA de GHIGLINO, Silvia, *“La sustitución fideicomisaria y el fideicomiso testamentario (El Código Civil y la ley 24.441)”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1997-A, pág. 953-963.
83. HERRERO SUÁREZ, Carmen, *“El problema del oligopolio en el derecho de la competencia comunitario”*, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Buenos Aires, Depalma, Volumen 36, pág. 331-365.
84. HERRERO SUÁREZ, Carmen, *“La aplicación privada del Derecho de la competencia europeo. El Libro Blanco en materia de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”*, Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, La Ley, Número 3, Año 2008, pág. 103-117.
85. INGOLOTTI, Juan Pablo, *“Algunas controversias presentes en el artículo 16 de la ley 24.441”*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, miércoles 22 de julio de 2009, pág. 1-2.
86. ITURBIDE, Gabriela A, y, PEPE, Marcelo, *“Dominio fiduciario. Algunas consideraciones sobre el nuevo régimen legal”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, diario del día miércoles 26 de agosto de 1998, pág. 1-2.
87. JOSEPH, E., y, ROSA NIETO, Luis, *“Una aplicación práctica de la descentralización administrativa y la delegación de funciones”*, Revista de

Administración Pública, Año 1, Números 3 y 4, octubre-diciembre de 1961 y enero-marzo de 1962, Buenos Aires, Instituto Superior de Administración Pública, pág. 270-272.

88. JUNYENT BAS, Francisco, y, MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *“Bases para una reforma del régimen del fideicomiso a propósito de la necesidad de su inscripción”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 782-790.
89. KENNY, Mario Oscar, *“El fideicomiso en general y el financiero”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2009-E, pág. 1177-1190.
90. KIPER, Claudio M, y, LISOPRAWWSKI, Silvio, *“La ley francesa de fideicomiso”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 982-989.
91. LISOPRAWWSKI, Silvio, y DEL SEL, Juan María, *“Los fideicomisos pantalla y la estafa”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-E, pág. 820 y ss.
92. LISOPRAWWSKI, Silvio, y DEL SEL, Juan María, *“Responsabilidad del Developer en el fideicomiso inmobiliario”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-A, pág. 652-667.
93. LISOPRAWWSKI, Silvio, y MARTORELL, Ernesto Eduardo, *“El fideicomiso en garantía sobre flujos de fondos, peajes, facturación. Impugnabilidad y riesgos frente al concurso del deudor y la crisis económica”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, 27 de abril de 2009.
94. LISOPRAWWSKI, Silvio, y MARTORELL, Ernesto Eduardo, *“Crisis de fideicomisos emblemáticos. Nuevos alcances de la responsabilidad del fiduciario”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, lunes 1 de junio de 2009.

95. LISOPRAWWSKI, Silvio, y MARTORELL, Ernesto Eduardo, *“El fideicomiso financiero –a la argentina- ante el “chubasco” nacional e internacional (validez del famoso cuento de “El Rey desnudo)”*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, miércoles 27 de mayo de 2009, pág. 1-6.
96. LISOPRAWWSI, Silvio, *“El fideicomiso en crisis. Insuficiencia del patrimonio fiduciario”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, miércoles 4 de agosto de 2010, pág. 1 a 4.
97. LISOPRAWWSKI, Silvio, *“Fideicomiso ni ángel ni demonio”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-E, pág. 1038 y ss.
98. LISOPRAWWSKI, Silvio, *“La invalidez del fideicomiso unilateral y la autoafectación de bienes en fideicomiso”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1998-E, pág. 1364-1374.
99. LISOPRAWWSKI, Silvio, *“Fideicomisos inmobiliarios. Oferta pública de fideicomisos no financieros”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-D, pág. 911-923.
100. LISOPRAWWSKI, Silvio, *“La extinción del fideicomiso. Una alternativa de hierro: El “limbo” o la subsistencia “ultra vires”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-B, pág. 912.
101. LISOPRAWWSKI, Silvio, *“Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 1092-1102.
102. LÓPEZ RODÓ, Luis, *“Personalidad jurídica del Estado en el Derecho Interno”*, Revista de Derecho Político, número 11, 1981, pág. 57-65. (falta país).

103. MAHILLO SANTOS, Juan, "*La gestión afianzada*", Revista de Estudios de la Vida Social, Sección Doctrinal, Año XVIII, Número 104, marzo-abril 1959, pág. 184-200.
104. MALARET I GARCÍA, Elisenda, "*Servicios Públicos, funciones públicas, garantía de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto*", RAP, Revista de Administración Pública, número 145, 1998, pág. 49-87.
105. MANTILLA, Fernando R., "*El fideicomiso financiero*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-D, pág. 1103-1116.
106. MANTILLA, Fernando R., "*Una introducción fideicomiso*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-B, pág. 788 y ss.
107. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, "*De la gestión interesada a las cláusulas de interesamiento*", RAP, Revista de Administración Pública, número 36, septiembre-diciembre 1961, pág. 67-107.
108. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, "*La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos 50 años*", RAP, Revista de Administración Pública, número 150, septiembre-diciembre 1999, pág. 247-274.
109. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, "*De la simplificación de la Administración Pública*", RAP, Revista de Administración Pública, número 147, septiembre-diciembre 1998, pág. 7-35.
110. MARTORELL, Ernesto Eduardo, y CÚNEO LIBARONA, Mariano (H.), "*Disparen sobre el fideicomiso: perplejidades comerciales y penales*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-E, pág. 955-969.

111. MARTORELL, Ernesto Eduardo, *“El fideicomiso: breve estudio crítico de la utilización de esta figura en la Argentina de hoy”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-B, pág. 817-829.
112. MARTORELL, Ernesto Eduardo, *“Fideicomiso: la imperativa necesidad de reforma de la Ley 24.441”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-B, pág. 1156 y ss.
113. MARTORELL, Ernesto Eduardo, *“Los llamados fideicomisos públicos: réquiem para una figura vergonzante”*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, viernes 6 de julio de 2007, pág. 1-4.
114. MASNATTA, Héctor, *“La administración financiera y los sistemas de control del sector público nacional”*, Revista de Derecho Administrativo, Año 5, enero-agosto 1993, Número 12/13, Depalma, Buenos Aires, pág. 19-27.
115. MASNATTA, Héctor, *“El derecho constitucional económico y la reforma de la Constitución”*, Revista de Derecho Industrial, Año 10, Número 28, enero-abril 1988, Depalma, Buenos Aires, pág. 49-63.
116. MAYDA, Jaro, *“Trust and Living Law in Europe”*, University of Pennsylvania Law Review, Junio, 1955.
117. MEILÁN GIL, José Luis, *“El acto administrativo como categoría jurídica”*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, viernes 30 de octubre de 2009, pág. 1-7.
118. MEILÁN GIL, José Luis, *“El poder normativo del Estado. A propósito de ley y reglamento en el Derecho Español”*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, miércoles 3 de octubre de 2007, pág. 1-5.

119. MENDEZ, Héctor Oscar, y MENDEZ, Agustina Mercedes, *“La crisis económica global y el fideicomiso argentino”*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, jueves 21 de mayo de 2009, pág. 1-6.
120. MONTI, José Luis, *“La teoría del negocio jurídico-Vicisitudes y permanencia”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1997-C, pág. 1147.
121. MORELL OCAÑA, Luis, *“La personificación y otorgamiento de “status” en el Derecho Administrativo. Rasgos generales del “status” de los entes administrativos”*, RAP, Revista de Administración Pública, Números 100-102, Enero-diciembre 1983, pág. 973-1000.
122. NAVAU MARTINEZ-VAL, María Pilar, *“El trust anglosajón y la armonización de la fiscalidad del ahorro”*, Noticias de la Unión Europea Número 208, Mayo de 2002, Año XVIII, pág. 53-71.
123. NEIROTTI, Julián E., *“Algunas consideraciones sobre el fideicomiso en el sector público”*, Zeus, Colección jurisprudencial, Tomo 98 (Mayo-Agosto 2005), Buenos Aires, pág. 147-149.
124. NIETO, Alejandro, Catedrático de Derecho Administrativo, *“La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 76, 1976, pág. 9-30.
125. NIEVES BORREGO, Julio, *“La gestión interesada en el Derecho Administrativo español”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 26, mayo-junio 1958, pág. 51-98.
126. OLIVA, Gabino, *“La flexibilidad del contrato administrativo. Fundamentos jurídicos y económicos a la luz de la verdad jurídica objetiva”*, Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, Año 20, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 105-130.

127. ORELLE, José María, *“Financiación de emprendimientos inmobiliarios a través del fideicomiso”*, Suplemento Especial La Ley “Emprendimientos inmobiliarios”, Buenos Aires, Argentina, Director: Eduardo L Gregorini Clusellas, pág. 3-20.
128. PACHECOY, Ramiro S., *“Responsabilidad objetiva del fiduciario en la Ley 24.441”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 1301-1306.
129. PAOLANTONIO, Martín E., *“La insolvencia del fiduciante en el fideicomiso financiero”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, jueves 29 de octubre de 2009.
130. PAPA, Rodolfo G., *“Algunas reflexiones sobre la evolución del fideicomiso en nuestro mercado de capitales durante el año 2005”*, Buenos Aires, República Argentina. Ver publicación
131. PEPE, Marcelo Antonio, y MENDIZABAL, Gonzalo Alejo, *“El orden público y la rigidez o flexibilidad en los derechos reales”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, diario del día jueves 25 de junio de 2009, pág. 1-5.
132. PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., *“Análisis económico del fideicomiso de garantía. Nuevas reflexiones sobre su ilicitud”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2001-F, pág. 1025-1031.
133. PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., *“¿Fideicomiso de garantía? ¡neuralgias y cefaleas garantizadas!”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2000-B, pág. 975.
134. PERALTA MARISCAL, Leopoldo, *“Fideicomiso sí; de garantía no”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2001-B, pág. 978 y ss.

135. PEREZ HUALDE, Alejandro, *"Fideicomiso público"*, AeDP, Actualidad en el Derecho Público, Cuatrimestral-6°. Año, Segunda Epoca, enero-abril 2000, pág. 141-152.
136. PRAVATO, Luis E., *"Algunas consideraciones sobre el fideicomiso público y el derecho administrativo rionegrino"*, Revista de Administración Pública, RAP, Buenos Aires, Volumen 376, Sección Legislación Anotada, pág. 77-83.
137. RAISBERG, Claudia, *"El fideicomiso en garantía frente al concurso"*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-C, pág. 1242-1245.
138. REBOLLO PUIG, Manuel, *"Derecho de la Administración Pública y Derecho Administrativo"*, Revista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, número 2, 2000, pág. 243-286.
139. REGGIARDO, Roberto Sergio, *"El crédito garantizado con un fideicomiso y el concurso del deudor: réplica (¿tardía?) para un debate inconcluso"*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, lunes 14 de abril de 2008, pág. 1-3.
140. RIVERO ORTEGA, Ricardo, *"¿Es necesaria una revisión del Régimen de los Contratos Administrativos en España?"*, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, número 120, pág. 567-589.
141. RIVERO ORTEGA, Ricardo, *"La nueva regulación de los contratos públicos en España"*, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, Año 20, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 633-639.
142. RIVERO YSERN, Enrique, *"Derecho público y derecho privado en la organización y actividad de las empresas públicas"*, RAP, Revista de Administración Pública, número 86, mayo-ago. 1978, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pág. 11-52.

143. RIVERO YSERN, Enrique, *“Las relaciones interadministrativas”*, RAP, Revista de Administración Pública, número 80, may.-ag. 1976, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pág. 39-81.
144. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *“Caracterización constitucional de la ética pública. Con especial referencia al marco constitucional español”*, Revista Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, Suplemento del 29 de mayo de 2009, Volumen 2009-II, pág. 1344-1351.
145. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *“Competencias económicas, Estados y comunidades autónomas”*, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, Volumen 316, pág. 23-58.
146. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *“El concepto de derecho administrativo y la Constitución europea”*, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, Volumen 324, pág. 9-28.
147. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *“La vuelta al Derecho Administrativo (a vueltas con lo privado o lo público)”*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, Volumen 2005 Derecho Administrativo, pág. 535-550.
148. RODRIGUEZ ARANA-MUÑOZ, Jaime, *“Los principios generales del Derecho Administrativo en la jurisprudencia administrativa española”*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, martes 3 de marzo de 2009, pág. 1-6.
149. RODRIGUEZ ARANA-MUÑOZ, Jaime, *“Un nuevo derecho administrativo”*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, miércoles 21 de mayo de 2008, pág. 1-4.
150. ROSENFELD, L. Carlos, *“Antecedentes históricos del Fideicomiso”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1998-E, pág. 1191-1200.

151. ROSSI, Abelardo F., *“La virtud de la equidad. Sus dos vicios opuestos”*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, miércoles 8 de octubre de 2008, pág. 1-2.
152. RUFINO, Marco A., *“Fideicomiso”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, 12 de marzo de 2008, pág. 9.
153. SALERNO, Javier J., *“El fideicomiso de garantía frente al concurso preventivo del fiduciante”*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, miércoles 15 de julio de 2009, pág. 1-2.
154. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia, *“Sobre la personalidad de las Cortes Generales. Una aproximación a los problemas de las organizaciones estatales no administrativas”*, Revista de Derecho Político, número 9, 1981, pág. 7-20.
155. SCOCCO, Mónica, *“Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-D, pág. 1417-1425.
156. SEITÚN, Juan Ángel, *“¿Es el fideicomiso un contrato consensual?”*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, lunes 2 de julio de 2007, pág. 2-3.
157. SOLER, Osvaldo H., y, CARRICA, Enrique D., *“El fideicomiso y el fraude”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2000-B, pág. 1193-1198.
158. TAIANA de BRANDI, Nelly Alicia, y, BRANDI TAIANA, Maritel Mariela, *“El fideicomiso y el derecho de autoprotección”*, Revista Jurídica La Ley, Suplemento del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Argentina, día 12 de septiembre de 2002.

159. VALLS HERNÁNDEZ, Sergio, “Fideicomiso público: ¿Persona jurídica o contrato?”, México, 23 de noviembre de 2003, www.articlearchives.com
160. VASQUEZ, Rafael D., “Temas actuales del fideicomiso financiero”, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, miércoles 23 de septiembre de 2009, pág. 1-2.
161. VAZQUEZ, Gabriela A., “El fideicomiso de garantías: certezas y vacilaciones”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-A, pág. 1169-1182.
162. VERA-JURADO, Diego José, “El régimen jurídico del patrimonio de destino en la concesión administrativa de servicio público”, RAP, Revista de Administración Pública, número 109, enero/abril 1986, pág. 217 y 243.
163. WAISMAN, Agustín, “Fideicomisos de garantía y cesión de flujos de fondos futuros e indeterminados”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, diarios del día martes 20 de enero de 2004 y miércoles 21 de enero de 2004.
164. ZIMMERMANN, Reinhard, “Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilista oggi (Il diritto privato europeo e le sue basi storiche)”, Rivista di Diritto Civile, Anno XLVII, número 6, noviembre-diciembre 2001, Parte Prima, Dottrina, pág. 703-763.

Prensa

1. El Cronista, Buenos Aires, Argentina, Sección Abogados Corporate, “Fideicomiso en garantía: ¿una herramienta para compras de empresas?”, lunes 4 de octubre de 2006, pág. IV.

2. El Periódico, Guatemala, *“Mi familia progresa funcionará como un fideicomiso público”*, miércoles 8 de abril de 2009, www.elperiodico.com.gt

3. Infobae, Buenos Aires, Argentina, Sección Abogados, *“Buscan darle marco regulatorio a los fideicomisos públicos”*, miércoles 13 de julio de 2007, por Leonardo Scolpatti. www.infobae.com