

Nuevas alternativas de financiación de la contratación administrativa (Acerca de la utilización de fideicomisos por el sector público)

SUMARIO: I. BREVE APROXIMACIÓN AL PROBLEMA. II. LOS FONDOS FIDUCIARIOS INTEGRADOS CON APORTES DEL ESTADO EN EL DERECHO NACIONAL ARGENTINO. a) CREACIÓN Y PREVISIONES NECESARIAS EN LAS LEYES DEL PRESUPUESTO DEL ESTADO. b) APUNTES SOBRE LA REGULACIÓN LEGAL DE LOS FONDOS FIDUCIARIOS EN EL DERECHO ARGENTINO Y DE SU APLICACIÓN A LOS CREADOS POR EL SECTOR PÚBLICO. III. COLOFÓN.

I. BREVE APROXIMACIÓN AL PROBLEMA

Sabido es que para el cumplimiento de sus cometidos específicos el Estado acude a la técnica contractual y, por muy obvio que resulte, en cuando el obligado al pago de la contraprestación que recibe es él mis-

¹ Director de la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (RAP)*. Profesor Titular de Derecho Administrativo y Derecho Administrativo Profundizado en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Profesor Protitular de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Argentina (UCA). Profesor Titular de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, dependiente de la Procuración del Tesoro de la Nación, y Profesor del Máster de Derecho Administrativo de la Universidad Austral, en el área de los Contratos Administrativos.

mo, configura un elemento esencial que cumpla con dicha obligación en tiempo y modo, por la obra, provisión o servicio que ha encomendado a un particular, configurando de esa manera un elemento esencial que este último ha tenido especialmente en debida consideración al tiempo de formalizar su propuesta y celebrar el contrato². El principio rector vigente en esta materia, según el cual los contratos se celebran para ser cumplidos en la estricta medida de las obligaciones recíprocamente asumidas por las partes, es predicable de los contratos que celebra el Estado³.

Como lo viene señalando la doctrina en nuestro medio, cada declaración de emergencia a la que se acude, sea que ésta abarque únicamente al sector público o a determinadas funciones del mismo (verbigracia: Leyes 23696, 23697, 23982, 25344), o que —como sucede actualmente— se le asigne carácter público en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria (verbigracia: Leyes 25561, 25790, 25820) para de ese modo habilitar el ejercicio de la delegación legislativa con sustento en el artículo 76 de la Constitución Nacional, no hace sino producir una degradación tanto del Derecho Público, cuanto del Derecho Privado⁴, poniendo no solamente en crisis los criterios básicos sobre los que reposa la idea misma del contrato que como acuerdo de voluntades obliga a las partes, como la ley misma (art. 1197 Código Civil), sino del propio *Estado de Derecho*⁵.

Así las cosas, el desafío por dotar de una imprescindible certeza a una obligación tan connatural al contrato como es la de asegurar la per-

² Con relación al contrato de obra pública, «el precio es un elemento esencial del contrato», señala Rodolfo C. BARRA en su obra *Contrato de Obra Pública*, t. 3, p. 874 (Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires 1988).

³ Así lo ha entendido expresamente la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en innumerables pronunciamientos, para cuyo estudio nos remitimos a Pedro J.J. COVIELLO, «La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación», incluido como Estudio Preliminar de nuestra obra *Estudios sobre Contratación Pública*, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996; Estela B. SACRISTÁN, en «Los Contratos de prestación de los Servicios Públicos en la Perspectiva constitucional» en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, n.º 301 (año XXVI), Buenos Aires (Argentina). En sentido análogo, por un fortalecimiento del principio del *pacta sunt servanda*, particularmente en los contratos que tienen por objeto la prestación de un servicio público, puede verse Juan Carlos CASSAGNE, *El Contrato Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 94.

⁴ Héctor A. MAIRAL, «Los contratos administrativos en el marco de la emergencia pública Argentina», en la obra, de varios autores, *El derecho administrativo de la emergencia, III* (Coordinador Sebastián D. Alanís), Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, pp. 129 y ss.

⁵ Es que —como también lo apunta la doctrina— el abuso a utilizar el instituto de la emergencia ha degenerado en el actual estado de emergencia del Derecho argentino, en el cual la ley no inspira confianza. Javier URRUTIGOITY, «Del Derecho de la Emergencia al Derecho de la Decadencia», *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, n.º 289, p. 261 (año XXV-octubre 2002); A. CANOSA y G. MIHURA ESTRADA, «La emergencia y una degradación a la tutela judicial efectiva», *El Derecho* del 4/12/2000.

cepción del precio por la contraprestación que recibe, y que constituye el objeto de los contratos que celebra el sector público con sujetos particulares (especialmente cuando se trata de contratos de larga duración), no es, por cierto, una cuestión nueva, pero se acentúa en cada crisis económica o financiera que aqueja a las arcas públicas, renovándose la necesidad de articular mecanismos que con eficacia los alejen de la propia interferencia estatal y frustren en, última instancia, el cometido público cuya satisfacción se procura con la participación de sujetos privados⁶.

Pero el problema no se agota en impedir que las circunstanciales dificultades económicas o financieras por las que pueda —en un momento dado— atravesar el presupuesto público frustren el normal desarrollo en la ejecución del contrato administrativo, ya que también en las figuras contractuales en donde los recursos provienen del público usuario o beneficiario el objetivo es evitar que, tanto sea por una indebida interferencia estatal (verbigracia: la mentada declaración de emergencia) o bien por efecto de las contingencias patrimoniales que afectan a los sujetos encargados de llevar a cabo esos cometidos (verbigracia: los procesos singulares o universales como la quiebra o el concurso del contratista), se impida la normal consecución del cometido de interés público que se persigue.

Se viene dando en nuestro medio el fenómeno de la creciente utilización por parte del sector público, ya sea en forma aislada o simultánea con otros procedimientos, de un instituto propio del Derecho común como es el de los fondos fiduciarios o, si se prefiere, de los fideicomisos públicos, que si bien posee —como luego veremos— el atractivo de sustraer de la acción de los acreedores particulares de los sujetos contrayentes los bienes y recursos económicos necesarios para concretar la ejecución del objeto de los contratos que utilicen este mecanismo de financiación, no ha quedado exento de severas críticas en virtud de la ausencia de procedimientos claros de rendición de cuentas por parte de quien actúa como fiduciario⁷, quien si bien tiene establecido el alcance de la encomienda tanto por el contrato que celebra cuanto por el acto que crea el fideicomiso público, no deja de ser un instrumento jurídico

⁶ Las recurrentes declaraciones de emergencia administrativa, económica y financiera a las que el Estado argentino ha acudido en los últimos años han motivado que un sector de la doctrina señalara, en una visión sumamente crítica del fenómeno, que el Derecho Administrativo argentino, desde 1983 en adelante, se ha transformado en un instrumento autoritario y opresivo violatorio de las garantías constitucionales. Julio César CRIVELLI, *La Emergencia Económica Permanente*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001 p. 30.

⁷ Cfr. editorial del diario *La Nación* del 16/10/2003, p. 24, bajo el elocuente título «Dudas sobre los fideicomisos públicos», y en el mismo periódico del día 20/04/2003, Sección Economía & Negocios, Nota de Tapa «La historia del presupuesto paralelo», cuyo autoría corresponde al periodista Hugo ALCONADA MON.

basado en la *confianza* depositada en la persona de quien actúa como sujeto fiduciario.

Ahora, más allá de circunstancias que en un momento dado pueden afectar el normal desenvolvimiento presupuestario, el empleo de mecanismos tales como el de los fondos fiduciarios por parte del sector público puede traer como valor añadido restarles, cuando no suprimir, contenido de discrecionalidad a las decisiones de los órganos administrativos a cuyo cargo se encuentra la ejecución del presupuesto, pues siendo que los compromisos de aportes financieros para la constitución de tales fondos deben ser incluidos en las respectivas leyes anuales de presupuesto —tal como más adelante se examinará—, la voluntad del legislador que aprueba el presupuesto y de esa manera habilita el ejercicio de la competencia administrativa⁸ —en tanto los recursos respectivos sean efectivamente recaudados—⁹ no quedará subordinada a las decisiones de los órganos administrativos a cuyo cargo se encuentre cumplir con la voluntad del legislador.

Sin embargo, no debe omitirse que la configuración de mecanismos de financiación como el de los fideicomisos públicos debe estar también orientada a dotar de mayor transparencia, y por lo tanto de una competencia efectiva, a los procedimientos de selección del contratista particular y, consecuentemente, al de formación de los precios que el sector público abona por los bienes y servicios que demanda, o que los propios usuarios o beneficiarios solventan cuando de actividades de prestación a cargo de concesionarios y licenciatarios se trata, en aras de asegurar los principios de equidad, transparencia y eficiencia en la asignación de los recursos públicos¹⁰, *principios*¹¹ que nuestro sistema jurí-

⁸ Ya nos hemos manifestado partidarios del criterio de que la ley de presupuesto, desde la perspectiva del Derecho Administrativo, actúa como una norma habilitante de la competencia de los órganos administrativos, plasmándose como la norma jurídica autorizante de derechos y obligaciones en cabeza del órgano administrativo, (cfr. *Ley de Administración Financiera y Control de Gestión*, 9.ª ed., p. 14; Suplemento Especial de la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2003).

⁹ Cfr. artículos 28, 30 y 38 de la Ley 24156 y 5.º de la Ley 24629.

¹⁰ Es que, como lo ha señalado Luciano PAREJO ALFONSO: «(...) En la valoración social, política, práctica y también, jurídica de la Administración pública como parte de la estructura de los poderes públicos tienen hoy destacada importancia los valores de la eficiencia y eficacia. De aquélla se exige primariamente no sólo que obre o actúe, sino que al hacerlo, “resuelva” los problemas sociales, es decir, que produzca, en cada caso, un determinado resultado efectivo, es decir, una “obra”, cabalmente la pretendida y señalada como fin u objetivo al diagnosticar el problema de que se trate. Surge así la “efectividad” o, si se prefiere, el “éxito” como criterio de legitimidad de la Administración pública» —cfr. *Eficacia y Administración — Tres Estudios*, MAP (Ministerio para las Administraciones Públicas) INAP, Madrid, 1995, p. 89.

¹¹ Me refiero, entre otros, a los que se plasman en el artículo III, inciso 5, de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, aprobada por la Ley 24759, que dispone como medida preventiva la regla según la cual los sistemas de adquisición de bienes y servicios por

dico ha adoptado definitivamente y que, por lo tanto, condicionan toda actuación estatal.

Crecientes necesidades sociales y recursos económicos públicos escasos conforman una combinación que obliga a desarrollar una arquitectura jurídico-administrativa que posibilite el logro del objetivo antes señalado, sin perder de vista la necesidad de que vayan acompañados de procedimientos de control de probada eficacia.

El procedimiento –tradicionalmente empleado entre nosotros– de obtener financiación por el contratista del Estado a través de la cesión y negociación de los créditos que éste tenía en virtud de la ejecución del contrato (verbigracia: facturas, certificados de obra, etc.) en entidades financieras o bancarias, que otrora conformaba un procedimiento sencillo, de relativo bajo costo y acreditada eficacia, tropezó con el serio inconveniente del incumplimiento sistemático del Estado en la atención de sus compromisos contractuales, y de allí que en la actualidad ha caído llanamente en desuso.

En el orden del Derecho nacional argentino, la Ley 24156, de Administración Financiera y Control del Sector Público, con el propósito de dotar de cierto grado de certeza al normal desenvolvimiento contractual, establece (art.15.º) que la inclusión en la Ley de presupuesto anual de información suficiente acerca de la ejecución de una obra, o la provisión de un bien o prestación de un servicio que por su envergadura económica abarque más de un período presupuestario, implica la autorización a contratar por el monto total de ese bien, obra o servicio, llevando en ello el explícito compromiso de la asignación de los recursos económicos necesarios en los presupuestos de los años siguientes que

parte del Estado deben asegurar la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas. En ese orden puede verse la opinión de Agustín GORDILLO quien tiene dicho que: «(...) La Constitución y el orden jurídico supranacional e internacional no sólo tienen normas jurídicas supremas; tiene también y principalmente *principios* jurídicos de suma importancia. (...)» (cfr. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, Parte General, 8.ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires 2003, p. VI-26, parágrafo 6). En el mismo sentido debe decirse que en la actual formulación de nuestro Derecho Administrativo no puede prescindirse de la circunstancia de que toda actuación de los órganos administrativos no solamente está subordinada al principio de legalidad, entendido el mismo como de estricta sujeción al texto legal formal, sino también a su necesaria *legitimidad*, pues también debe ser oportuna, conveniente y razonable (conforme lo hemos dejado así expuesto en nuestro trabajo «Algunas consideraciones Jurídicas acerca del Control Parlamentario del Sector Público Nacional», en la obra colectiva, de varios autores, *Derecho Administrativo* –Juan Carlos CASSAGNE, Director–, en homenaje al Profesor Miguel S. MARIENHOFF, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 419 y ss., y en especial p. 421). Calificada doctrina nacional se ha ocupado del fenómeno descrito utilizando la locución *juridicidad*, por considerar que ella representa la idea que se espera del accionar de la Administración Pública (cfr. Julio Rodolfo COMADIRA, «Función Administrativa y Principios Generales del Procedimiento Administrativo», en la obra *130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación*, p. 84; y en su obra *Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo-PERROT, Buenos Aires, 1996, cap. IV, pp. 115 y ss., en especial p. 123).

aseguren la ejecución y culminación normal de la prestación que constituye el objeto contractual. Sin embargo, y en vista a que la norma tropieza con el serio inconveniente de que no existen –en principio– medios jurídicos que permitan compeler al legislador a cumplir con su compromiso de asignar anualmente los créditos presupuestarios necesarios, tampoco confiere la certeza necesaria ni un estímulo suficiente, ya que no se confiere protección legal adecuada¹².

De frustraciones análogas no quedan al margen los contratos en los cuales los recursos provienen de usuarios y beneficiarios del servicio, obra o actividad a cargo de concesionarios o licenciarios, ya que dichos contratos, afectados por las sistemáticas declaraciones de emergencia, no sólo son sometidos –como ocurre actualmente– a la revisión de sus términos originales –por el impacto que en ellos produjeron los cambios habidos en la economía general del país–, sino que son objeto de una constante interferencia estatal cuyas consecuencias se trasladan –fatalmente– a usuarios y beneficiarios. Cabe apuntar que en estos últimos se ha generalizado también el empleo de los fondos fiduciarios, ya que en razón de que éstos conforman en nuestra legislación un patrimonio separado de los patrimonios de los respectivos contrayentes del contrato, se intenta asegurar con ellos la adecuada asignación de los recursos que financian la ejecución de la infraestructura asociada a la prestación de un servicio público.

II. LOS FONDOS FIDUCIARIOS INTEGRADOS CON APORTES DEL ESTADO EN EL DERECHO NACIONAL ARGENTINO

a) CREACIÓN Y PREVISIONES NECESARIAS EN LAS LEYES DEL PRESUPUESTO DEL ESTADO

En nuestro sistema jurídico, la Ley 24156, de Administración Financiera y Control del Sector Público, dispone¹³ que sus disposiciones son aplicables a los «*Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritaria-*

¹² Decimos que en principio esto es así pues nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa registra valiosos antecedentes de acciones que ordenan al Estado prestaciones positivas, tal como sucede en la sentencia recaída en la causa «Viceconte Mariela c Ministerio de Salud de la Nación (cfr. del autor «*La protección de la salud* como un derecho de incidencia colectiva y una sentencia que le ordena al estado que cumpla aquello a lo que se había comprometido», *La Ley* 1998-F-303). Ampliar en Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, 6.ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, cap. III.

¹³ Artículo 8.º, inciso d), en su redacción actual según el texto dado a dicha disposición por el artículo 70 de la Ley 25565.

mente con bienes y / o fondos del Estado Nacional». A su turno, el artículo 5.º, inciso a), de la Ley 25152¹⁴ dispone 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 requerirá del dictado de una Ley». Cabe citar que la redacción original del artículo no incluía a los Fondos Fiduciarios, inclusión que es llevada a cabo por la mencionada Ley 25565, que aprueba el Presupuesto de la Administración Pública nacional para el ejercicio financiero del año 2002 y que –como se ha apuntado también– modificó el citado artículo 8.º de la Ley 24156.

Debe repararse en la circunstancia de que si bien todo Fondo Fiduciario que se constituya parcialmente con bienes del Estado nacional debe ser creado por ley formal –art. 5.º, inciso a), Ley 25152–¹⁵, solamente resultan aplicables las disposiciones de la Ley n.º 24156, de Administración y Control del Sector Público nacional, a aquellos en los que la titularidad de los bienes aportados corresponda al Estado nacional en forma total o mayoritaria. La distinción en el tratamiento de ambos supuestos reviste toda lógica y se justifica en que nada amerita que, no siendo mayoritario el aporte estatal, se apliquen las normas que regulan el funcionamiento de la Administración financiera y control del sector público, lo que no significa relevar al fiduciario de su obligación de rendición de cuentas. Las disposiciones examinadas se complementan con lo establecido en el artículo 2.º de la mencionada Ley 25152, al disponer que la Ley de Presupuesto General de la Administración de cada ejercicio deberá contener «(...) los flujos financieros que se originen por la Constitución y uso de los fondos fiduciarios (...)».

La práctica de los últimos tiempos denota –como se ha mencionado– una variada utilización de este instituto, que ha adoptado diversas modalidades dentro de las distintas variantes que la doctrina ha ido clasificando, e incluso se evidencian combinaciones entre ellas¹⁶.

¹⁴ Texto según la redacción dada por el artículo 48 de la Ley 25565.

¹⁵ A pesar de tan terminante disposición, se ha seguido acudiendo al dictado de reglamentos de necesidad y urgencia por parte del Poder Ejecutivo nacional para la creación –entre otros– del Fondo Fiduciario de Desarrollo Provincial (Decreto 1299/00, modificado por su similar 676/2001). La circunstancia de que sea necesario el dictado de una ley formal para la creación de dichos fondos se justifica en la naturaleza dispositiva del patrimonio estatal del acto de integración y de la transferencia en propiedad, si bien como dominio imperfecto –como se verá seguidamente– de los bienes que el Estado aporta a la constitución del fondo fiduciario.

¹⁶ De tal suerte interesa señalar que, a través del Decreto de Necesidad y Urgencia –DNU– 1299/00, el Poder Ejecutivo nacional, con la finalidad de fijar el marco jurídico dirigido a promover la participación del sector privado en el desarrollo de infraestructura y con un alcance federal (art. 1.º), ha creado el Fondo Fiduciario de Desarrollo de Infraestructura, el cual instituye un fideicomiso de garantía (art. 4.º) por un plazo de treinta (30) años –máximo autorizado por la ley–, designando como sujeto fiduciario al Banco de la Nación Argentina, entidad bancaria de propiedad del Estado nacional argentino, a quien le asigna la competencia

b) APUNTES SOBRE LA REGULACIÓN LEGAL DE LOS FONDOS FIDUCIARIOS EN EL DERECHO ARGENTINO Y DE SU APLICACIÓN A LOS CREADOS POR EL SECTOR PÚBLICO

Conforme con la regulación en esta materia, que proviene en exclusividad en nuestro sistema jurídico del Código Civil, el dominio fiduciario configura una de las tres especies que como género constituye el dominio imperfecto¹⁷. De este último se ocupa el artículo 2507 del citado cuerpo dispositivo, estableciendo que es tal «(...) *el que deba resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición, o si la cosa que forma su objeto es un inmueble, gravado respecto de terceros con un derecho real*». La citada disposición debe examinarse en conjunto con los artículos 2661 y 2662 del mismo Código, que —en lo que aquí interesa— establece la primera de ellas que: «(...) *dominio imperfecto es el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble (...)*», en tanto que la segunda determina que: «*Dominiō 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, testamento o la ley*» (texto del artículo según la redacción dada por la Ley 24441).

En orden a ello, la Ley 24441 sancionada con el explícito propósito de hacer operativo el instituto, que —según la doctrina especializada— carecía de interés práctico en nuestro medio¹⁸, dispone en su artículo 1.º que: «*Habrā 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*».

La Ley solamente diferencia entre «los fideicomisos financieros» y los «fideicomisos no financieros», de modo que no adopta las clasificaciones que comúnmente realiza la doctrina de esta figura, posibilitando de ese modo que la voluntad de las partes sea la que establezca las ca-

de *administrar* (fideicomiso de administración) los recursos de dicho Fondo con sujeción a las instrucciones que le imparta el Consejo de Administración creado por el propio Decreto, como órgano encargado de supervisar el cumplimiento del régimen (art. 5.º).

¹⁷ Para el estudio del régimen que en nuestro medio posee actualmente el dominio fiduciario nos remitimos a Silvio V. LISOPRAWSKI y Claudio M. KIPER, *Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1996. Análogamente, para un análisis del tratamiento tributario de los fondos fiduciarios nos remitimos a Leonardo H. HANSEN, *Tratamiento Tributario. Fideicomisos Financieros*; Ediciones Macchi, Buenos Aires, 2000.

¹⁸ Guillermo A. BORDA, *Tratado de Derecho Civil – Derechos Reales*, t. I, 4.ª ed. actualizada y ampliada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, numeral 273, p. 243.

racterísticas del negocio jurídico que bajo esta modalidad se desea celebrar¹⁹.

Me apresuro en señalar que la circunstancia de que la creación de los fondos fiduciarios públicos resida primariamente en la Ley, como consecuencia de la cual se celebrará el respectivo contrato, no significa que el régimen jurídico de los bienes integrantes del fideicomiso sea diferente del que le corresponde a dichos bienes por las normas del Derecho común, pues en nuestro sistema jurídico el deslinde entre las cosas que pertenecen al dominio privado y las que pertenecen al dominio público está deferido en exclusividad al legislador nacional (art. 75, inciso 12, de la Constitución Nacional), y ese deslinde que establece la distinción básica en la condición legal del bien o naturaleza jurídica de las cosas es llevado a cabo por el Código Civil²⁰. Es decir, que cualquiera sea la modalidad que adopte el fideicomiso integrado con bienes aportados total o parcialmente por el Estado (verbigracia: de garantía, financiero, de administración, etc.) el régimen jurídico aplicable a esos bienes será el que le fije la legislación de Derecho común.

Tal como se anticipó, la Ley 24441 adoptó el criterio de que los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado tanto del patrimonio del fiduciario como del patrimonio del fiduciante (art. 14)²¹; que los mismos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario y que tampoco podrán sufrir la agresión de los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude (art. 15). Por su parte, los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitados y subrogarse en sus derechos (art. 15). También debe mencionarse que, salvo esti-

¹⁹ En ese orden de cosas, señala GUASTAVINO que «(...) los actos fiduciarios genéricos fundados en la autonomía de la voluntad se pueden conceptualizar como los que determinan una modificación subjetiva de la relación jurídica preexistente y el surgimiento de una nueva relación. La modificación subjetiva en la relación preexistente consiste en la transmisión *plena* del dominio *perfecto* u otro derecho, efectuada con fines de administración, facilitación de encargos o garantía, que por sí mismos no exigirían tal transmisión. La nueva relación que surge simultáneamente con aquella transmisión consiste en la obligación que incumbe al adquirente de restituir el derecho al transmitente, o de transferirlo a una tercera persona, una vez realizada la finalidad; todo por la confianza que el transmitente dispensa al adquirente» (Eliás P. GUASTAVINO, *La Propiedad Participada y sus Fideicomisos*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 56). Sobre la afirmación que vertimos en el texto puede también confrontarse Leonardo H. HANSEN, *ob.cit.*, con cita de Bettina FREIRE, *El fideicomiso*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997.

²⁰ Cfr. Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*; t. V, 4.^a ed. actualizada, Abeledo-Perrot; Buenos Aires, 1998, p. 99.

²¹ Respecto del Fondo Fiduciario de Desarrollo de Infraestructura, creado por el DNU 1299/00, su artículo 9.º dispone que «el patrimonio del Fondo quedará irrevocablemente afectado a la garantía de los pagos debidos bajo los contratos».

pulación en contrario, el fiduciario puede disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario (art. 17)²².

En cuanto a los aportes, éstos pueden consistir en toda clase de bienes, con la particularidad de que si se tratara de bienes integrantes del dominio público corresponderá que se lleve a cabo su previa desafectación *formal* de dicho régimen, y ello será teniendo en cuenta la naturaleza del bien involucrado²³. Tratándose de bienes del dominio privado del Estado, la Ley 22423 autoriza al Poder Ejecutivo nacional a proceder a su enajenación cuando no sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones²⁴.

III. COLOFÓN

Para ir concluyendo estas breves ideas puede decirse que, por lo anteriormente apuntado, los bienes que constituyan el patrimonio fiduciario dejarán de formar parte del dominio del Estado (fiduciante), configurando a partir de allí un patrimonio separado y afectado al cumplimiento del objeto fijado en el acto de su constitución y en el contrato de fideicomiso, obligación que recae en el sujeto fiduciario. El Estado viene a quedar así obligado a respetar la propiedad ajena, que ha dejado de ser pública²⁵ y que se encuentra afectada —de acuerdo con la modalidad que hubiese adoptado el fideicomiso— a financiar el cometido público cuya satisfacción se procura y que constituye el objeto del contrato que ha celebrado.

Es válido entonces que el Estado acuda al instituto del fideicomiso, pero sabiendo que se somete al régimen jurídico que lo regula, y en el que el contrato respectivo actúa como un instrumento cuyo objeto —bien vale decirlo— no se encuentra some-

²² En orden a ello pueden verse las distintas alternativas que prevé el artículo 8° del aludido DNU 1299/00.

²³ Cfr. Miguel S. MARIENHOFF, *obra y lugar citados*, numeral 1752, pp. 222 y ss.

²⁴ Diversas disposiciones legales y reglamentarias complementan dicho marco jurídico, tales como las contenidas en el capítulo V (arts. 51 a 54) de la Ley de Contabilidad (Decreto—Ley 23254/56), que aún permanece vigente (para su análisis nos remitimos a *Ley de Administración Financiera y Control de Gestión*, *ob. cit.*, pp. 231 y ss.).

²⁵ Tal como lo ha señalado el profesor MARIENHOFF, en nuestro sistema jurídico «(...) *sin ley que le sirva de fundamento, ningún bien o cosa tendrá carácter dominical* (...)», de modo que siempre es necesaria la voluntad del legislador y, por lo tanto, «(...) *el acto estatal que establezca la dominialidad de una cosa —cualquiera sea el origen o índole de ésta—, es siempre atributivo del carácter público del bien, nunca meramente declarativo*». (el destacado está en el texto original). Cfr. *Tratado ...*; numerales 1725 y 1726, pp. 140 y 143, respectivamente.

tido al Derecho Público, aun cuando en el proceso de su formación intervenga parcialmente el Derecho Administrativo (verbigracia: competencia, procedimiento, forma, causa)²⁶.

²⁶ De allí que, a mi juicio, no estén alcanzados por las disposiciones de los artículos 8, 9 y 10 de la Ley 25561, que declaró la emergencia pública y autorizó al Poder Ejecutivo a renegociar los contratos celebrados por la Administración Pública que estuvieran sometidos al Derecho Público. En contra parece expresarse un sector de la doctrina, y así nos remitimos a Ismael FARRANDO (h) –Director– *Contratos Administrativo*, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, pp. 26-27, aunque les asiste razón cuando señalan que las sucesivas leyes de emergencia han creado un panorama incierto sobre la continuidad del funcionamiento de estos fideicomisos públicos.

El Servicio Público

