

Pertierra Cánepa, Francisco María

Working Paper

El fideicomiso al servicio de las políticas del estado Argentino: Análisis comparativo regional

Serie Documentos de Trabajo, No. 429

Provided in Cooperation with:
University of CEMA, Buenos Aires

Suggested Citation: Pertierra Cánepa, Francisco María (2010) : El fideicomiso al servicio de las políticas del estado Argentino: Análisis comparativo regional, Serie Documentos de Trabajo, No. 429, Universidad del Centro de Estudios Macroeconómicos de Argentina (UCEMA), Buenos Aires

This Version is available at:
<https://hdl.handle.net/10419/84242>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

UNIVERSIDAD DEL CEMA
Buenos Aires
Argentina

Serie
DOCUMENTOS DE TRABAJO

Área: Negocios y Finanzas

**EL FIDEICOMISO AL SERVICIO DE LAS
POLÍTICAS DEL ESTADO ARGENTINO;
ANÁLISIS COMPARATIVO REGIONAL**

Francisco María Pertierra Cánepa

Septiembre 2010
Nro. 429

www.cema.edu.ar/publicaciones/doc_trabajo.html
UCEMA: Av. Córdoba 374, C1054AAP Buenos Aires, Argentina
ISSN 1668-4575 (impreso), ISSN 1668-4583 (en línea)
Editor: Jorge M. Streb; asistente editorial: Valeria Dowding <jae@cema.edu.ar>

Universidad del CEMA
Serie Documentos de Trabajo

“El fideicomiso al servicio de las políticas del
Estado Argentino; análisis comparativo
regional”

Autor:

Francisco María Pertierra Cánepa^{*}

Buenos Aires, Argentina, septiembre de 2010

^{*} Los puntos de vista son personales y no representan necesariamente los de la Universidad del CEMA.

Abstract

A lo largo de este trabajo analizaremos la figura del fideicomiso en su aplicación a los proyectos donde participa el Estado Argentino, sea nacional, provincial o municipal, desempeñando el rol de promotor o directamente como líder del emprendimiento. Se los denomina fideicomisos públicos o fondos fiduciarios y tomando como punto de partida el fideicomiso argentino de la ley 24.441 que pertenece al derecho privado, se buscará identificar en el utilizado por el Estado, los elementos tipificantes de la figura, demostrando que estos fideicomisos deberían ser privados pero con la característica diferencial que deben tener acción directa sobre el bienestar público y común, dada su premisa fundacional.

A través del estudio de casos prácticos seleccionados se identificarán en los fideicomisos actuales impulsados por el Estado, con el supuesto objetivo del mayor bienestar e interés público, las desviaciones con respecto al espíritu y marco teórico que define al contrato de fiducia en su aplicación a los fines nobles que un Estado debe perseguir en beneficio de la comunidad involucrada.

También se profundizará en el enfoque regional analizando comparativamente la situación Argentina con las experiencias ocurridas en Chile, Colombia y México en el uso del fideicomiso por parte del Estado. Se definieron estos tres países en particular dado que presentan diferentes experiencias y particularidades frente a la aplicación de esta herramienta.

Finalmente y en función de las líneas presentadas, se desarrollaran las conclusiones con el fin de aportar una serie de medidas que permitan un mejor uso del fideicomiso, en todos los casos donde el Estado desempeñe el rol de fiduciante.

1. Fundamentos del fideicomiso

El fideicomiso se incorporó a la legislación argentina en el año 1995 y el artículo 1° de la ley 24.441 establece que, habrá fideicomiso cuando "una persona transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra 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 fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario". Así los bienes fideicomitados formarán un nuevo patrimonio, separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. Estos bienes pueden comprender inmuebles, muebles registrables o no, dinero, títulos valores y otros derechos, pero deben estar sin duda, individualizados.

El contrato de fideicomiso debería contener el modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso, el plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario que no podrá ser mayor a treinta años desde su inicio, el destino de los bienes a la finalización del fideicomiso y los derechos y obligaciones del fiduciario. También lo referido a los casos de sustitución del fiduciario y todo lo que fuera necesario, para lograr la mejor performance del negocio.

El Fiduciante, que es quien transmite la propiedad fiduciaria de los bienes y el Fiduciario, es quien recibe esos bienes con las facultades de un propietario y asume la obligación de cumplir el encargo de confianza que le fuera encomendado. El Beneficiario es el destinatario de lo producido por la administración de los bienes fideicomitados y el Fideicomisario es quien recibe el remanente de los bienes, una vez cumplido el plazo o el encargo que dio origen a la existencia del contrato de fideicomiso. El Fiduciario deberá cumplir las obligaciones impuestas por la ley con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él. Además tiene la obligación de llevar una contabilidad separada por cada fideicomiso que administre, debiendo rendir cuenta de su gestión al beneficiario por lo menos una vez al año.

Una de las ventajas exclusivas y competitivas de la figura es que el fondo constituido por los bienes fideicomitados¹, no puede ser afectado por la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario ni de los fiduciantes, pero tampoco por los de los inversores, ni del desarrollador; solamente responde por las obligaciones que genera la propia actividad del fideicomiso. Por supuesto que esto no tiene efecto ante los casos de fraude, o donde se comprobara culpa o dolo por parte del fiduciario. Es fundamental comprender que los acreedores del beneficiario solo podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitados y subrogarse en sus derechos. Por lo tanto el negocio participativo, si es rentable y gestionado adecuadamente, está más protegido y tendrá mayores chances de alcanzar el éxito.

Los fideicomisos están clasificados únicamente por la ley 24.441 que distingue entre el fideicomiso financiero y el resto que sería no financiero, y que se han denominado como ordinarios. Podrían también clasificarse por su objetivo, pudiendo mencionar: de administración, de inversión, de garantía, de seguro, testamentarios, financieros, productivos como los inmobiliarios, pecuarios, agrícolas y forestales; o los de

¹ Perterra Cánepa, Francisco María. "Fideicomisos y Negocios: costos de agencia y ocultos". Tesis Doctoral. Buenos Aires, Universidad del CEMA. 2009

infraestructura y servicios o simplemente públicos, no siendo esta enunciación limitativa.

2. El Fideicomiso: herramienta para las políticas del Estado.

A partir de la sanción de la ley 24.441 y por diferentes razones y circunstancias, se fueron creando desde la Administración Pública Nacional y las Provinciales, diferentes fondos amparados por la figura del fideicomiso, que fueron erróneamente denominados a nivel masivo como Fondos Fiduciarios o Fideicomisos Públicos. Estos fideicomisos que tienen origen en iniciativas públicas, fueron avalados por leyes o decretos del PEN, pero sin contar con el respaldo expreso de un esquema jurídico de tipología conocida en nuestro sistema legislado².

Miguel Acosta Romero³ describe al Fideicomiso Público como aquél 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.

Villagordoa Lozano sostiene que si bien el Fideicomiso Público se basa en la relación fiduciante – fiduciario, la diferencia esencial que lo distingue del privado es que esa relación bilateral forma parte de un proceso que se inicia con la norma que torna viable al fideicomiso, sea ley o decreto, donde se establecen los objetivos, características, condiciones y términos que lo regirán, organizando todos los aspectos que hacen a ese fideicomiso, a través del cual se constituyen y manejan ciertas unidades empresariales, constituyendo un patrimonio autónomo afectado a un fin y que es administrado por un ente fiduciario⁴.

No existe una definición surgida de la ley sobre este tipo de fideicomiso, que en su esencia corresponde al derecho privado pero con la característica particular de fundar su génesis en objetivos que hacen al bien común y al interés público. En consecuencia han sido denominados como fideicomisos públicos, y por lo tanto así nos referiremos a ellos aunque conceptualmente la característica de público debiera reservarse para aquellos que realizan oferta pública de sus títulos valores. Los fideicomisos públicos en Argentina cuentan con aproximaciones conceptuales a partir de autores como Gómez de la Lastra y Lisoprawski. Así podemos definirlo como un contrato por medio del cual la

² Pertierra Cánepa, Francisco María y equipo. "Fideicomisos Públicos". TP de la Cátedra de Fideicomisos. Buenos Aires, Universidad del CEMA. 2007

³ Acosta Romero, Miguel: "Derecho Bancario", Ed. Porrúa, Méjico, 1978

⁴ Gómez de la Lastra, Manuel. "El Estado Fiduciante". online, www.cafidap.org.ar/doctrina y opinión. Marzo 2010.

administración pública a través de alguna de sus dependencias, toma el carácter de fiduciante, y transmite la propiedad de ciertos bienes de dominio público o privado del Estado o afecta fondos públicos, a un fiduciario determinado para realizar un proyecto que hace al interés público.

Sobre esta definición podemos profundizar afirmando que el Estado puede utilizarlo en cualquiera de sus tres niveles pero además, puede ser el generador de la iniciativa o el receptor de una propuesta de la comunidad. También puede diseñar los pliegos con las necesidades y los lineamientos, condiciones y pautas; pero siempre convocando al sector privado idóneo a sumarse al proyecto aplicando los procedimientos ya previstos por la ley.

El objetivo es que el empresariado privado seleccionado por su idoneidad, sea el que se encargue a su riesgo de llevar adelante en forma efectiva y eficaz el proyecto, para lo cual el Estado le transfiere los bienes que sean necesarios acorde al plan de negocios desarrollado para el proyecto⁵. Por supuesto y va de suyo, que el Estado puede reservarse los mecanismos que considere pertinentes para el control y supervisión, inclusive podría participar en la gestión del proyecto a través de alguna dependencia que fuera técnicamente adecuada.

Resumiendo, el fideicomiso desarrollado en el sector público tiene características propias que lo diferencian del privado, entre las que podemos mencionar:

- Tiene origen en el derecho administrativo, sin perjuicio de la aplicación supletoria de la Ley 24.441.
- El Estado, en sus tres niveles y a través de sus organismos, debe necesariamente intervenir en su constitución.
- El patrimonio separado se conforma, en cabeza de un fiduciario con bienes del Estado y su objetivo debe ser, inexcusablemente, de interés público.
- Puede coincidir con el de la Ley 24.441 o bien tomar algunos de sus contenidos, pero con características y adaptaciones que respondan a las necesidades de la administración en cada caso concreto⁶.

⁵ Pertierra Cánepa, Francisco María y equipo. "Fideicomisos desde el Estado". Cátedra de Fideicomisos. Buenos Aires, Universidad del CEMA. 2008

⁶ Gómez de la Lastra Manuel. Op. Cit.. Pág. 4

3. Antecedentes y naturaleza del Fideicomiso Público.

La figura se desprende del concepto del fideicomiso latinoamericano que tuviera sus orígenes en la legislación panameña, luego seguida por Puerto Rico, Colombia, México, Chile, Bolivia, Ecuador, Honduras, y otros países de la región. La misma permitió superar los problemas que causaba la doble propiedad inherente al Trust anglosajón, característica que lo tornaba inaplicable a los países que se rigen por el denominado derecho continental europeo, como es el caso de Argentina.

La solución brindada por el fideicomiso latinoamericano permitió desarrollar una figura similar al Trust no solamente en América Latina, sino que una vía similar puede encontrarse en países como Escocia y Sudáfrica, que cuentan con una figura que no tienen base en la doble propiedad que distingue al derecho anglosajón, sino en instituciones con sustento patrimonial y contractual del derecho civil europeo, como ocurre en el sistema jurídico nacional.

El Fideicomiso Latinoamericano tiene en común con el Trust la transmisión por el fiduciante de la propiedad de ciertos bienes en cabeza del Fiduciario o Trustee, siendo éste, en ambos supuestos, un dueño en interés ajeno. Dicha propiedad fiduciaria será ejercida por el fiduciario en provecho de otra persona denominada beneficiario.

Este tipo de fideicomiso tiene origen en México en la ley Orgánica de la Administración Pública y la ley Federal de Entidades Paraestatales, con su correspondiente marco jurídico específico para evitar la aparición de conflictos y deformaciones sobre el instrumento jurídico⁷. Para México existe un solo fiduciante del Gobierno Federal que es la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a través de la cual se autorizan, incrementan o extinguen los fideicomisos públicos. Estos son entidades de la administración paraestatal y son auxiliares del Poder Ejecutivo, para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, excluyéndose los que no cumplan estos supuestos.

Villagordoa Lozano manifiesta que el fideicomiso público se debería formular desde más de una perspectiva:

- Como negocio fiduciario implica las relaciones jurídicas que se dan en el fideicomiso en general, pero con los siguientes matices: el fiduciante es siempre el Estado y los fines que se persiguen serán de interés público.

⁷ Gómez de la Lastra Manuel. Op. Cit.. Pág. 4

- Carece de personería jurídica debiendo atarse a la ley, decreto u ordenanza que autoriza la constitución del “fideicomiso público”.
- Es una unidad jurídico-económica construida total o parcialmente con bienes del Estado, fondos públicos o flujos de fondos, cuya organización y funcionamiento se encomienda a un fiduciario, bajo el control de la Administración Pública.

Se pueden concluir dos de las características relevantes y distintivas de estos fideicomisos:

3.1. El objeto fiduciario que tiene la estructuración: bienes de dominio público o privado del Estado, como podría ser dinero en efectivo, derechos derivados de la recaudación impositiva a través de tasas e impuestos, fondos provenientes de organismos internacionales de crédito, acciones, títulos de deuda, maquinaria, inmuebles como fábricas, lotes, predios, campos, etc..

3.2. La finalidad fiduciaria: que es promover el desarrollo económico - social y la satisfacción de las necesidades generales de la comunidad.

4. El caso en ARGENTINA

Dijimos que la ley 24.441 en Argentina tiene un fortísimo espíritu en el derecho privado a partir de la figura del fideicomiso latinoamericano. Pero el Fideicomiso Público es originado desde el Estado y la aplicación de las normas legales que lo rigen puede alejarse en ocasiones del ámbito de la legislación privada. La constitución, modificación y extinción del fideicomiso público tiene origen en el derecho administrativo sin perjuicio de la aplicación de la ley 24.441, en todo lo que no se oponga a aquella normativa⁸. Este tipo de fideicomiso puede coincidir con el de la ley o bien tomar alguno de sus contenidos pero con características y adaptaciones que responden a las necesidades oportunas de la Administración Pública. Es así que no existe una normativa general que establezca los caracteres y condicionantes del fideicomiso público, contándose con una legislación conformada básicamente por las disposiciones legislativas o administrativas específicas que disponen la creación de ellos, acorde con la finalidad de bienestar e interés público que los mismos deberían cumplir, además de las disposiciones vinculadas con aspectos presupuestarios.

⁸ Gómez de la Lastra Manuel. Op Cit pág. 4

La ley establece la transmisión de la propiedad fiduciaria de bienes, es decir cosas y / o derechos patrimoniales, y consecuentemente, la constitución de un patrimonio separado o especial, sustentado en un encargo en confianza y con base en la autonomía y voluntad de las partes.

En el fideicomiso público se necesita una visión diferente que debe relacionarse con las actividades propias del sector público, siempre que involucren el interés general y el progreso de la comunidad con criterios sustentables. En el fideicomiso público deben detallarse desde su génesis, las obligaciones que regirán las relaciones jurídicas entre el Estado, en cualquiera de sus tres niveles (nacional, provincial o municipal) como fiduciante, y la persona que con demostrada capacidad e idoneidad profesional, sea la contraparte en el rol de fiduciario.

Va de suyo la importancia de quien tenga plenamente la función de fiduciario sin limitaciones que desnaturalicen el rol del espíritu dado por la ley, pues a través de su idoneidad podrá satisfacer el interés público que se persigue proteger, y satisfacer.

La confianza, fundamento de la misión encomendada a un fiduciario, recomienda que ésta sea depositada por el fiduciante en quien la merece por su capacidad específica y neutralidad, teniendo en vista los objetivos perseguidos. Es necesario comprender que el fiduciario desempeña el importantísimo rol de propietario con todo lo que ello supone y desde una posición neutral, que es la más propicia para atender a las instrucciones que le imparta el fiduciante y así satisfacer las expectativas de este último, en forma objetiva e imparcial. De lo que se trata es que, la independencia del fiduciario sirva de fundamento a las exigencias que surgen de las normas que lo instituyeron como tal, respecto de su proceder en el cumplimiento del encargo⁹.

La regla es que el fiduciario debe obtener beneficios de los bienes objeto del fideicomiso, los que se encuentran destinados en forma exclusiva a la finalidad propuesta. De esta forma, en su carácter de dueño tiene la facultad de realizar actos de administración, pero, a la vez, como consecuencia del vínculo de la obligación tiene también la carga de administrar ya que, como bien expresa Rodríguez Azuero: “del manejo, conservación y natural explotación económica del bien depende, en buena parte, el adecuado cumplimiento de la voluntad del fiduciante”¹⁰.

⁹ Hayzus, Jorge R. “El Fideicomiso”, Ed. Desalma. 2000

¹⁰ Kiper, Claudio y Lisoprawski, Silvio: “Obligaciones y responsabilidad del fiduciario”. Ediciones Depalma 1999

Ello no impide que una entidad estatal pudiera ser depositaria de los recursos involucrados asumiendo en su caso, el carácter de agente de percepción y pago. Esto de acuerdo con las instrucciones que el fiduciario le imparta, en virtud de ser el único titular de los bienes fideicomitidos y en cumplimiento de los objetivos que se establezcan en la constitución del fideicomiso público.

Durante los últimos años, desde el gobierno argentino se emitieron disposiciones que cubren algunos aspectos comunes, ellas son¹¹:

- Ley 24.156, de la Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional: las disposiciones de esta ley son de aplicación a los Fondos Fiduciarios públicos (de interés público).
- Ley 25.152, de la de Administración de los Recursos Públicos, que establece que la ley de presupuesto general de la Administración Nacional deberá contener los flujos financieros que se originen por la constitución y el uso de los fondos fiduciarios y, además, obliga a que todo Fondo Fiduciario integrado total o parcialmente con bienes y/o fondos del Estado Nacional requerirá el dictado de una Ley.
- Decreto 2.209 del año 2002 sobre los Fondos Fiduciarios, que exceptúa al Banco de la Nación Argentina, al Banco de Inversión y Comercio Exterior S.A. y al Fondo Fiduciario de Asistencia a Entidades Financieras y de Seguros de la necesidad de crear una ley al constituir fondos fiduciarios públicos.
- Ley de 25.565 del presupuesto para el año 2002, que establece:
 - la imposibilidad que los Fondos Fiduciarios cuenten con estructura de personal permanente y temporario, debiendo utilizar el personal de las entidades o jurisdicciones de las que dependen;
 - la posibilidad que los Fondos Fiduciarios financien, a través de transferencias, los gastos en personal de las jurisdicciones y entidades involucradas;
- Ley 25.725 del presupuesto para el año 2003, que establece la obligación del Jefe de Gabinete de Ministros de presentar informes cuatrimestrales al Congreso (ambas Cámaras), sobre el flujo y uso de los fondos fiduciario, detallando transferencias realizadas, obras ejecutadas y/o programadas.

¹¹ Pertierra Cánepa, Francisco María y equipo. Op. Cit. pág. 5

- Ley 25.827 del presupuesto para el año 2004, que repite la obligación prevista en el ley del año anterior.
- Ley 25.917 del Régimen Federal de Responsabilidad Fiscal, que establece que las leyes de Presupuesto General de las administraciones Provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Administración Nacional contendrán la autorización de la totalidad de los gastos y la previsión de la totalidad de los recursos, de carácter ordinario y extraordinario, afectados o no, de todos los organismo centralizados, descentralizados y fondos fiduciarios.
- Ley 25.967 del presupuesto para el año 2005, que repite la obligación prevista en la ley del año 2003.
- Ley 26.078 del presupuesto para el año 2006, que reduce el plazo de presentación de los informes, siendo ahora obligatorio para el Jefe de Gabinete de Ministros la presentación al Congreso de informes trimestrales sobre el flujo y uso de fondos fiduciarios, con el detalle de las transferencias realizadas y las obras ejecutadas y/o programadas.
- Decreto 1.207 del año 2008 que mantiene el tratamiento tributario diferencial de los fideicomisos para proyectos de infraestructura en beneficio de toda la población.

También podemos destacar el decreto 906 del año 2004 sobre los Fondos Fiduciarios, pues crea 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 Servicios. Este Consejo tiene la capacidad de instruir sobre la inversión de las disponibilidades líquidas sin aplicación temporaria de los fondos fiduciarios del Estado Nacional en:

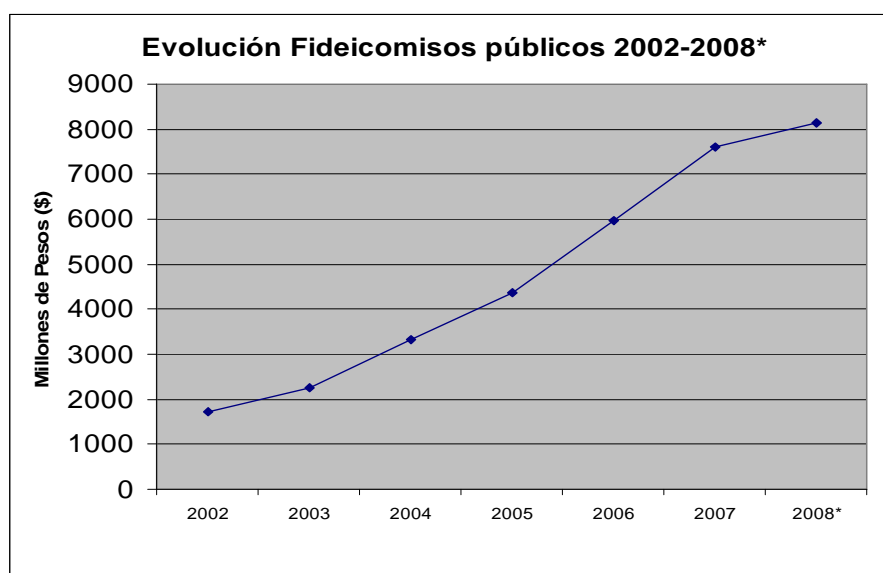
1. Instrumentos financieros emitidos por entidades públicas o privadas, cuyo destino directo o indirecto sea la financiación de obras de infraestructura emprendidas total o parcialmente por el Estado Nacional, los gobiernos provinciales y municipales y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siempre que los citados instrumentos sean susceptibles de negociación en los mercados secundarios.

2. Letras emitidas por la Tesorería General de la Nación, con carácter transitorio por un plazo que no podrá superar los noventa días.

5. Evolución en la aplicación de este tipo de fideicomiso

Período 2002-2009 (Presupuesto Nacional aprobado).

Es indiscutible la progresiva y creciente utilización de la figura por parte del Gobierno Nacional desde su creación en el año 1995. Si graficamos esa evolución positiva en términos de millones de pesos podemos visualizar el sostenido aumento desde el año 2002 (el gráfico incluye el 2008 proyectado teniendo en cuenta el desfase del primer semestre del año con respecto al presupuesto).



*2008, primer semestre real y segundo semestre proyectado.

Cátedra de Fideicomisos del CEMA, con datos del INDEC, y Ministerios de Planificación y de Economía.

Queda demostrada la adopción y utilidad para la gestión del Estado para el mejor cumplimiento de los objetivos, pero en su promisoriosa aplicación hemos detectado una serie de conflictos que desarrollaremos a continuación.

6. Problemas y defectos en este tipo de fideicomiso. Evidencias empíricas.

Analizando una serie de casos de fideicomiso cuyo fiduciante es el Estado Nacional y revisando otros trabajos sobre el tema, hemos detectado una serie de problemas que

generan serias debilidades en ellos; a manera enunciativa podemos desarrollar los principales problemas encontrados:

6.1. Confusión del fiduciante con el fiduciario: dijimos que el fideicomiso es un contrato inspirado en el derecho privado y bilateral, entre el fiduciante y fiduciario, dónde el primero entrega al segundo bienes en propiedad y a título de confianza, con un objetivo preciso. En consecuencia ambas personas no pueden ser las mismas y resulta entonces que la diferenciación de las partes no es arbitraria, sino conceptual y fundamental para entender la figura y su funcionamiento. El fiduciario es la persona que debería poseer la idoneidad necesaria para llevar a cabo la administración de los bienes fideicomitidos de manera de satisfacer, en este caso, el interés público que se persigue. En el siguiente cuadro se muestra un listado de fideicomisos públicos del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, en el que podemos observar como el fiduciario en todos los casos es el Banco de la Nación Argentina, que forma parte del Estado Nacional, quién también es el fiduciante.

Tipo de obra - Comparativo Anual (En millones de pesos)									
FIDEICOMISOS PUBLICOS	NORMA DE CREACION	FECHA DE CONTRATO	PLAZO	FIDUCIANTE	FIDUCIARIO	BENEFICIARIO	FIDEICOMISARIO	COMITÉ	FINALIDAD
Fideicomiso de Tasa sobre el Gasoil	Dto.976/2001	13/09/2001	30 años	Estado Nacional	B.N.A	Concesionarios Viales, contratistas de obras , otros.	Estado Nacional	N/A	Asegurar la disponibilidad de recursos para el pago y compensaciones a beneficiarios
Fideicomiso de Asistencia al F.F.FED. De Infraestructura Regional.	Dto.924/2001	09/05/1998	30 años	FF Federal de Infraestructura Regional	B.N.A	F:F Federal de Infraestructura Regional	Estado Nacional	Comité Ejecutivo	Capitalización del Fondo Federal de Infraestructura Regional.
Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional	Ley 24.855	09/05/1998	30 años	Estado Nacional	B.N.A	Estado Nacional, Estados Provinciales, y la Ciudad de Buenos Aires.	Estado Nacional	Consejo de Administración	Asistir en la Financiación de obras de infraestructura a los beneficiarios.
Fideicomiso de Infraestructura Hidrica	Dto.1381/2001	19/03/2002	30 años	Estado Nacional	B.N.A	Contratistas y cesionarios de obras, etc.	Estado Nacional	N/A	Financiación de obras de infraestructura hidrica, pago de compensaciones tarifarias, etc.
Fondo Fiduciario para Subsidio de Consumos Residenciales de Gas	Ley 25.565	04/06/2002	10 años	Estado Nacional	B.N.A	Empresas distribuidoras y subdistribuidoras de gas por redes, entre otras.	Estado Nacional	N/A	Financiar a) Compensaciones tarifarias y b) la venta para uso domiciliario de cilindros, garrifas, etc., en la región sur del país.
Fideicomiso para el Transporte Eléctrico Federal	Res.657/99	14/11/2000	20 años o cumplimiento del contrato	Consejo Federal de Energía Eléctrica	B.N.A	Comité de administración y las personas que este indique, que participen en el fondo de financiamiento de obra.	Fondo Nacional de Energía Eléctrica	Comité de Administración	Financiación de obras de ampliación del sistema de energía eléctrica de alta tensión.

Fuente de datos: informe 23/2005 de la AGN

6.2. Vacío legal: En ningún cuerpo normativo se establecen los criterios y contextos que pueden dar lugar a la creación de un fideicomiso de interés público. Tampoco existen procedimientos objetivos estandarizados para la selección de los fiduciarios intervinientes, para el control de gestión, ni para la realización de auditorías. La falta de un marco regulatorio legal taxativo y ordenado incentiva la mala utilización de esta herramienta ya que su creación queda librada al arbitrio del gobernante de turno.

6.3. Discrecionalidad en la aplicación de los fondos constitutivos de los Fideicomisos: Mediante un decreto en julio del 2004 se constituyó el Consejo Consultivo de Inversiones de los Fondos Fiduciarios del Estado Nacional, que debe estar integrado por los Ministros de Economía y Producción y de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios.

A través de resoluciones conjuntas dicho Consejo tiene la facultad si lo considera necesario, de redistribuir los fondos de manera de discrecional para adaptar las políticas de inversión de los recursos disponibles a las prioridades del Estado Nacional. Aquí se encuentra uno de los principales errores que pone en riesgo la aplicación de esta herramienta por parte del Estado; la implementación de este Decreto produce la imprevisibilidad y continuidad de los fondos previamente asignados que por la ley 24.441 fueron fideicomitados con un fin específico y en razón de ello.

Esto hace al tema de fondo que es la existencia de un marco regulatorio consistente y coherente, que es el principio diferencial para la generación de confianza que permita amalgamar sinérgicamente, el trabajo productivo y los intereses públicos y privados.

6.4. Rendición de Cuentas inexistente o insuficiente: Hacia finales del año 2004 la Auditoría General de la Nación advirtió sobre la falta de regulación y control a que estaban sujetos dichos contratos. En uno de sus párrafos dice textualmente: “los fideicomisos no cuentan con plan de cuentas ni criterios contables comunes a los fondos fiduciarios públicos que permitan la homogeneización de la información a efectos de hacerla comparable (...) En general, no se encuentra prevista la obligación de que los estados contables sean auditados externamente ni de publicarlos en forma periódica”¹². Respecto a un informe de la AGN sobre el Banco de la Nación Argentina en el fideicomiso Suquía, encontramos que se indican serias falencias entre las que destacamos:

¹² Auditoría General de la Nación (AGN). “Actividad fiduciaria en el sector público”. Buenos Aires, 2004.

- no se pudo verificar la existencia del inventario detallado y analítico, correspondiente a los bienes fideicomitidos, cuya confección y entrega fueron exigidas al fiduciante por la cláusula del contrato de fideicomiso,
- en el contrato de fideicomiso no consta el detalle de los bienes fideicomitidos previsto en su anexo, ni se encontraron documentos que formalicen la tradición de bienes donde estos se encuentren identificados,
- en las actas de transferencia de documentos y garantías y de legajos y carpetas de créditos existentes, respectivamente, señalan que la recepción se efectúa sin previa revisión ni arqueo, por lo que ninguno de los comparecientes garantiza por evicción sin saneamiento,
- no se pudo validar la integridad del procedimiento de transferencia y toma de razón de los bienes fideicomitidos, parcialmente contemplados en el anexo al contrato de Fideicomiso, debido a que la administración del mismo no ha completado el proceso de vinculación de los instrumentos de transferencia con la información contable.

El caso más reciente y de alto impacto mediático, es consecuencia de la ausencia de rendición de cuentas lo que pone en riesgo el criterio de transparencia en el uso de los Fondos Fiduciarios Públicos. Este es el caso Skanska¹³ donde la trama de sobornos y pago de sobrepagos involucra tanto al sector público como al sector privado, y pone en evidencia la falta de controles, la discutible justificación de partidas, la arbitraria inversión de los fondos, y la accountability, por como esos recursos fueron asignados o distribuidos. De acuerdo con lo investigado y en coincidencia con los informes y casos, si se analiza detalladamente toda la operatoria se observa una fuerte falta de transparencia, y en la misma se ven involucrados organismos del Estado como la Secretaría de Energía de la Nación, el Enargas, el BNA y su fiduciaria Nación Fideicomisos y hasta el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios¹⁴. Este último debido a su magnitud y participación directa, queda expuesto a los supuestos de discrecionalidad, administración ineficiente, procedimientos sospechosos, ausencia de criterios técnicos sustentables, etc.

6.5. Falta de sustento en la creación de fideicomisos públicos: Esta deficiencia directamente relacionada con la inexistencia de legislación formal, permite

¹³ Wikipedia. On line. http://es.wikipedia.org/wiki/Caso_Skanska. junio 2010

¹⁴ Nota del autor: Enargas (Ente Nacional Regulador del Gas). BNA (Banco de la Nación Argentina)

que el Estado constituya fideicomisos sin que pueda justificarse en muchas oportunidades la conveniencia de la utilización de esa figura por sobre otras alternativas existentes. Uno de los fideicomisos más polémicos en relación al punto mencionado lo constituye el Fondo Fiduciario del Sistema de Infraestructura de Transporte. A través del mismo, se canalizan la mayor parte de los subsidios al sector de transporte y no hay razones de importancia que indiquen un tratamiento diferente al que tiene cualquier otro ingreso o egreso del Presupuesto Nacional, ya sea un subsidio directo o una inversión en infraestructura.

Desarrollados los problemas que fuimos detectando producto de la investigación en este tipo de fideicomiso cuando es utilizado desde el Estado, es pertinente establecer un estudio comparativo con otros países de Latinoamérica para analizar como aplican la figura al servicio de las políticas estatales.

7. Latinoamérica. Contexto regional. Legislación comparada: Chile, Colombia y México.

7.1. Fideicomiso de interés público en Chile

a) **Antecedentes y marco regulatorio:** En Chile no existe la figura del fideicomiso público como en nuestro país o México¹⁵. La ley no autoriza la constitución de fideicomisos con fondos públicos en manos de privados, es decir en los que el fiduciante sea el Estado. Sin embargo esto no impide que bajo figuras existentes se pueden disponer fondos públicos para la gestión de los privados, como es el caso del programa de educación Chile califica¹⁶ y otros como los de fomento agrícola e industrial. En estos programas, mediante licitaciones públicas, se efectúan contratos con entidades privadas constituidas a tal efecto que actúan como subsidiarias en tareas propiamente estatales.

La existencia de estas figuras dificulta el efectivo control a pesar que la fiscalización la sigue ejerciendo la Contraloría, tal como indica la ley de Administración Financiera del Estado y la ley Orgánica Constitucional de Contraloría General de la Republica.

b) **Características del fideicomiso público:** En Chile, el fideicomiso público se ha perfilado en la última década como una solución para canalizar recursos públicos

¹⁵ Pertierra Cánepa, Francisco María y equipo. Op. Cit. pág. 5

¹⁶ Chile califica. On line, <http://www.chilecalifica.cl/WebCMOrientacionWeb/generaPortalRed.do?>. mayo 2010.

federales a programas de beneficio social, que dan cobertura a los estratos poblacionales menos favorecidos. Esto es, se lo aplica desde el Estado solamente con fines sociales y solidarios por su gran flexibilidad.

A través de un decreto de presupuesto se crea o indican los programas a los que se asignarán recursos, con los que se integran fondos que son entregados a las instituciones fiduciarias encargadas de destinarlos a los fines previstos en los programas.

Una de las ventajas más significativas que ofrecen estos fideicomisos es que no requieren de estructuras orgánicas, sino únicamente de los servicios de una institución de crédito que administre recursos y los destine a los objetivos del programa. Son coordinados por las entidades que tienen a su cargo los programas a los que se destinan recursos públicos federales, para influir en el impulso de áreas productivas y de desarrollo económico y social. Lo cierto es que, dado que estos fideicomisos no tienen el mismo régimen de control y vigilancia que tienen las dependencias y entidades públicas, su vigilancia y fiscalización es complicada, fundamentalmente porque las instituciones fiduciarias que están a cargo de los sistemas bancarios de esas naciones, se encuentran sujetas al secreto fiduciario previsto por las leyes que norman el funcionamiento de las instituciones de crédito. Por este motivo la actuación de las entidades fiscalizadoras ha tenido los límites que dicho secreto impone.

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

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

En este sentido, en el caso de fideicomisos que reciben recursos públicos, es necesario precisar en qué términos y quiénes están obligados a proporcionar la información de que dispongan en el ámbito de sus competencias y que les soliciten los organismos de control. Para esto, se requiere de disposiciones administrativas que precisen la coordinación que debe existir entre los distintos actores que intervienen en la operación de los fideicomisos que manejan o aplican recursos públicos federales, para que éstos puedan ser objeto de control y fiscalización por parte de las autoridades competentes, a fin de transparentar su manejo y rendir cuentas claras a la sociedad.

c) Similitudes y diferencias con el fideicomiso en Argentina

Principales similitudes

- Problemas en la auditoría de gastos: en ambos países el mayor conflicto radica en la asignación y control de los fondos. Si bien en Chile existen iniciativas como la creación del Fideicomiso Ciego, ninguno de los dos países está exento a este conflicto de intereses.
- Conflictos de transparencia: en Chile también es cuestionada la relación de los lobbistas con el gobierno. Dentro del marco de los fideicomisos también existe esta disyuntiva, por lo cual la ley de transparencia autoriza los ciudadanos exigir la entrega de información del Estado en la medida que conste en los documentos constitutivos de dichos actos administrativos
- En ambos, el fideicomiso es una figura mediante la cual el fiduciante transfiere la propiedad de sus bienes al fiduciario.

Principales diferencias

- En Chile, la ley no autoriza la constitución de fideicomisos en manos de privados con fondos públicos, por lo tanto el Estado no puede ser fiduciante.
- La figura del fideicomiso público se realiza a través de programas administrados por las propias unidades ministeriales, dándoles una organización de representación regional con dependencia técnica jerarquizada del Ministerio respectivo, con fiscalización local radicada en las Secretarías Regionales Ministeriales, independientemente del control que ejerce la Contraloría General de la República. Estos programas se norman a nivel de ley, reglamento e instrucciones administrativas. En consecuencia, esos fondos quedan bajo la fiscalización de Contraloría al ubicarse en una cuenta de la Tesorería General de la República.

7.2. Fideicomiso de interés público en Colombia

a) Antecedentes y marco regulatorio: La fiducia pública es una herramienta financiera para administrar recursos estatales en desarrollo de proyectos de interés general. En Colombia el instrumento se encuentra consagrado en el Estatuto General de Contratación Administrativa (Ley 80 de 1993, Art. 32 numeral 5)¹⁷ y en sus Decretos Reglamentarios: 2681/93, 679/94, 1550/95 y se lo denomina “encargos fiduciarios y / o fiducia pública”. Supletoriamente, la fiducia pública está regulada por la fiducia mercantil tipificada en el Código de Comercio.

b) Características de la fiducia pública: La fiducia pública se trata de un contrato autónomo e independiente, más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia debido a que no hay traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo. Esto ocurre siempre a excepción de casos particulares especificados en la ley.

Entre las principales características de la fiducia pública podemos mencionar:

- La adjudicación de los subcontratos debe ser realizada por la entidad estatal fideicomitente.
- No se puede pactar que la comisión de la sociedad fiduciaria sea con cargo a los rendimientos, salvo que éstos se encuentren presupuestados.
- La selección de la sociedad fiduciaria a contratar por parte de una entidad estatal, debe efectuarse en base al procedimiento de licitación o concurso previsto por la ley. Solamente en casos excepcionales se realizará por contratación directa.
- Sólo entidades de crédito o sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria pueden ser fiduciarias del contrato de interés público.
- 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.

c) Similitudes y diferencias con el fideicomiso en Argentina

Principales similitudes

- Tanto Argentina como Colombia, presentan deficiencias en la rendición de cuentas de los fideicomisos de interés público.

¹⁷ Notinet. On line, <http://www.notinet.com.co/serverfiles/servicios/archivos/codigos/ley80/l80>. Colombia, mayo 2010

- Ambos países presentan un marco legal que se apoya en el fideicomiso del derecho privado. En el caso de Colombia, es la fiducia mercantil del Código de Comercio¹⁸.

Principales diferencias

- A diferencia de Argentina, en la fiducia pública colombiana, no se produce el traspaso de la propiedad, salvo en excepciones marcadas por la ley como el desarrollo de procesos de titulación e inversiones, o cuando los recursos estén destinados al pago de pasivos laborales.
- En términos de control en Colombia para la inspección y vigilancia de la fiducia pública, podemos encontrar que participan en forma directa dos organismos diferentes. Una es la Superintendencia Financiera que se ocupa de regular las cuestiones mercantiles y contractuales más generales; y la otra es la Contraloría General de la República de Colombia así como las diferentes contralorías departamentales, distritales y municipales que realizan el control posterior. Si bien en Argentina a nivel nacional, el control de la AGN podría compararse con el de la Contraloría General, en nuestro caso no contamos con un organismo similar al de la Superintendencia Financiera para los fiduciarios del Estado. En Argentina los fiduciarios financieros y los fideicomisos financieros con oferta pública, están bajo la órbita de la CNV¹⁹ como organismo regulador.
- El control de la Contraloría General de Colombia se concentra más en cuestiones de tipo legal, como son la verificación de la adopción y cumplimiento de normas, estatutos y leyes relevantes, y muy pocas veces se procede con auditorías de desempeño que permitan evaluar la eficiencia, eficacia y economía del uso de los recursos públicos. En Argentina, las auditorías de la AGN permiten identificar elementos para evaluar el desempeño de un fideicomiso pero, desafortunadamente, cuenta con limitados recursos para fiscalizar adecuadamente, y en tiempo y forma, todos los fideicomisos de interés público existentes.
- En Colombia, sólo las entidades de crédito y sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria pueden actuar como fiduciarios. En Argentina, no existe esta restricción pudiendo incluso recaer ese rol en una persona física.

¹⁸ Revista Jurídica. On line <http://www.revistajuridicaonline.com/index>. Universidad de Guayaquil. Mayo 2010.

¹⁹ Nota del autor: CNV es la Comisión Nacional de Valores

- El patrimonio fiduciario en Colombia sólo puede ser destinado al cumplimiento del objeto del contrato. En Argentina, los fondos no afectados temporalmente pueden ser destinados a la compra de instrumentos públicos y privados, y/o Letras del Tesoro.

7.3. Fideicomiso de interés público en México

a) Antecedentes y marco regulatorio: El fideicomiso fue introducido en México por primera vez en 1926 a partir de la Ley de Bancos de Fideicomiso, pero su utilización no avanzó hasta 1932 con la promulgación de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares. Esta ley fue modificada repetidas veces como en el año 1933 para explicitar que el fiduciario no podía a su vez ser beneficiario del fideicomiso, y en 1996 para formalizar algunas excepciones a esa regla vital.

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal del año 1977, se establece como único fideicomitente del Gobierno Federal, a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP). Además se estableció que los fideicomisos creados por la SHCP y aquellos conformados con recursos de los organismos descentralizados o empresas de participación estatal mayoritaria, de las instituciones nacionales de crédito y de las organizaciones nacionales de crédito, seguros y finanzas, y de los propios fideicomisos, son parte de la Administración Pública Paraestatal. Es decir son un brazo auxiliar del Poder Ejecutivo Federal en el cumplimiento de su tarea administrativa.

Las entidades paraestatales se legislan formalmente recién en 1986 con la creación de la Ley de Entidades Paraestatales y es con la incorporación de esa ley que los fideicomisos públicos llamados “entidades paraestatales” establecidos por la Administración Pública Federal, encuentran su formalización.

Pero en este país además los fideicomisos públicos²⁰ se encuentran normados en:

- Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2005
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal
- Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal
- Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos
- Ley de Instituciones de Crédito

- Ley General de Deuda Pública
- Manual de normas presupuestarias para la Administración Pública Federal
- Ley de Fiscalización Superior de la Federación

b) Características del fideicomiso público: En la administración pública existen dos tipos de fideicomisos, los públicos²¹ y los mixtos. Los públicos también llamados federales, corresponden a los constituidos o coordinados por las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, o con cargo a cuyos presupuestos se otorgan recursos. En el caso de la Administración Pública Centralizada, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público es el único fideicomitente. Los mixtos se refieren a los actos jurídicos constituidos por las entidades federativas o por particulares, que reciben recursos públicos con carácter de subsidios o donativos.

Por otro lado, existen los fideicomisos que constituyen entidades paraestatales. Según la propia definición de la ley de entidades paraestatales, cuando “los fideicomisos 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” se considerarán entidades paraestatales.

Los fideicomisos que constituyen entidades paraestatales tienen un control más preciso de sus ingresos y gastos pues están obligados a reportarlos en el presupuesto de egresos de la Federación y en la Cuenta de la Hacienda Pública Federal. Esto facilita la vigilancia y permite la posibilidad del llamado a rendir cuentas. Aquellos fideicomisos públicos que no se consideran entidades paraestatales son menos precisos al respecto y lo que ocurre en la práctica es que no se encuentra información suficiente, ni responsables definidos, ni contabilidad convencional, etc. Es decir que se constituyen y operan con mucha mayor discrecionalidad.

A diferencia en los fideicomisos que constituyen una entidad paraestatal, existe la obligación de conformar un Comité Técnico que se encargará de revisar el buen funcionamiento del fideicomiso y de tomar las decisiones que no estén previstas en el contrato. Este mecanismo denominado Comité es una interesante herramienta de control

²⁰ Fideicomisos Públicos: normatividad. Centro de Estudios de las Finanzas Públicas. México, Julio 2005. On line <http://www.cefp.gob.mx/intr/edocumentos/pdf/cefp/cefp0252005.pdf>

²¹ México Legal. <http://www.mexicolegal.com.mx/foro>. On line, mayo 2010

y transparencia si está idóneamente conformado, pero es solamente opcional en el resto de los fideicomisos públicos.

Los Comités actúan de manera similar a los consejos de administración de las anónimas²² y sus funciones, deben estar expresamente delimitadas, indicando aquellos asuntos que requieren de la aprobación de los mismos, para el ejercicio final de las acciones y derechos que correspondan al fiduciario, entendiéndose a esto como una limitación o acotamiento de las facultades del mismo.

Sin perjuicio de ello, el fiduciario no habrá de cumplir las resoluciones del Comité Técnico dictadas en exceso de las facultades, expresamente establecidas por el fiduciante o en violación de las pautas generales del fideicomiso, respondiendo por los daños y perjuicios que se cause su accionar.

En su aplicación al caso argentino, para la adopción de esos comités se debería evitar que las limitaciones impuestas al fiduciario sean tales que lo conviertan en la práctica en un mandatario, pues si se diluye el carácter de propietario de los bienes fideicomitados se desdibuja el verdadero sentido de la figura prevista en la Ley 24.441.

c) Similitudes y diferencias con el fideicomiso en Argentina

Principales similitudes:

- En ambos países y pese a que México fue el primero en utilizar el fideicomiso con objetivos de interés público en Latinoamérica, presentan una legislación desordenada, ambigua, confusa y en algunos casos contradictoria, y muchas veces insuficiente.
- Ambos presentan deficiencias en cuanto al tema de la información financiera periódica y en especial, sobre la rendición de cuentas. En Argentina, la AGN se ha expedido al respecto en numerosas oportunidades y en México, también así lo ha hecho la Auditoría Superior de la Federación.
- Ambos presentan fideicomisos donde se confunden el fiduciante y el fiduciario. En Argentina, el caso típico lo constituyen aquellos fideicomisos que presentan al Banco Nación como fiduciario. En México, lo mismo se da con el Banco de México.
- Otra semejanza está dada por la violación al principio de intangibilidad de los recursos que forman parte del fideicomiso si su destino difiere de

²² Villagordoa Lozano, José Manuel. "Doctrina General del Fideicomiso". México. 1998

la razón de creación del contrato. En Argentina, esto se desprende del decreto 906 del año 2004, que permite invertir los recursos líquidos sin utilización temporaria de los fondos fiduciarios, en instrumentos públicos y privados y en Letras del Tesoro. En tanto que en México, sucede algo similar con las atribuciones que se le dan al Comité Técnico. El fiduciario tiene que acatar las órdenes del Comité y responde a éste por el patrimonio fideicomitado.

- Los entes reguladores de los fideicomisos públicos tanto en Argentina como en México presentan deficiencias. Se observa que los integrantes de estos no son elegidos por su idoneidad y tampoco son independientes, ya que son designados por el poder Ejecutivo.

Principales diferencias:

- En México lo que para la ley argentina es el fiduciante, es el fideicomitente; mientras que al fideicomisario, que sería el beneficiario residual, en México se lo denomina beneficiario.
- En México algunos fideicomisos públicos constituyen entidades paraestatales. Esta es una diferencia de forma con nuestro país, puesto que en Argentina, algunos fideicomisos podrían responder a esa definición perfectamente.
- En México, sólo entidades financieras pueden ser fiduciarios, lo que incluye a la banca nacional. En Argentina, la restricción es solo para los fideicomisos financieros, que deben contar con una persona jurídica autorizada inscrita en el registro de fiduciarios financieros de la CNV.
- En México, el límite de duración de un fideicomiso público es de 50 años pero los que constituya el Gobierno Federal o aquellos que, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público se declaren de interés público, pueden durar ilimitadamente. En Argentina, el límite es de 30 años y de 50 años en el caso de la actividad forestal.
- Los fideicomisos públicos son creados por el Gobierno Federal o dependencias y entidades públicas a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; y no necesitan una ley. En Argentina, la ley es necesaria salvo excepciones como se plantea en el decreto 2209 del año 2002.
- Los fideicomisos considerados entidades paraestatales deben reportar sus ingresos y gastos en el presupuesto de egresos de la Federación y en la cuenta de

la Hacienda Pública Federal. En los otros fideicomisos públicos no existe esta obligación. En Argentina, todos los fideicomisos se informan en anexos del Presupuesto, lo que en la práctica genera muchas controversias.

Conclusiones

El fideicomiso es una herramienta jurídica innovadora y flexible que aplicada a los negocios, presenta fortalezas significativas para las partes del contrato. En razón y virtud de ello es que no existe argumento válido para que el Estado no pueda beneficiarse con todas las ventajas que tiene la misma, cuando es correcta y adecuadamente utilizada.

Sin embargo, a lo largo de este trabajo, hemos podido identificar deficiencias en la constitución y funcionamiento de los fondos fiduciarios que permiten concluir que en la mayoría de los casos, los fideicomisos públicos no lo son ni de forma ni de hecho.

Analizando otras experiencias en Latinoamérica, se observó que México presenta problemas de índole parecida a los de nuestro país en el mal uso del fideicomiso. Chile en cambio no ha demandado mayormente esta herramienta y Colombia la utiliza desde hace mucho pero con un esquema más aproximado al mandato que al fideicomiso. Lo que si se traduce como un común denominador en los tres casos es que cuando el Estado coloca fondos propios en manos de terceros, haya o no transferencia de la propiedad para el cumplimiento de un objetivo, la deficiencia del control es un elemento común de todos los países analizados.

En Argentina, analizando las experiencias ocurridas, los trabajos publicados y los informes como los de la Auditoría General de la Nación, podemos identificar que los fideicomisos del Estado Nacional para iniciativas de interés público, han tenido objetivos que podrían haberse cumplido ateniéndose a las disposiciones ya vigentes y al procedimiento regular de ingresos y gastos del presupuesto nacional; tal como se realizó históricamente en forma satisfactoria. Esta conclusión genera el debate en un marco de interrogantes respecto a los motivos subyacentes del Estado para constituir fideicomisos, sobretodo analizando el pobre control existente sobre ellos y la falta de rendiciones de cuentas por parte del Estado.

Por lo antedicho y expuesto a lo largo del trabajo, una de las alternativas superadoras podría ser la creación de una legislación específica para este tipo de fideicomiso; más aún teniendo en cuenta la magnitud y el crecimiento del monto de los fondos manejados

a través de estos fideicomisos en los últimos diez años. Pero para esto se debiera encarar un trabajo estructural de fondo donde participen todos los involucrados en la actividad fiduciaria, pero liderados por los tres poderes del Estado a través de expertos en la materia de indiscutida trayectoria académica y laboral, tanto del ámbito público como del privado, para no cometer errores y desvirtuar los fundamentos y bondades de la figura, que indudablemente vino para instalarse en ayuda y favor de los negocios productivos.

En una aproximación a las mejoras necesarias para complementar la ley 24.441 creemos que se debería prestar atención a los siguientes puntos:

- Las razones que justifican y determinan la creación de un fideicomiso desde el Estado.
- La obligatoriedad de respaldo en una ley para cada fideicomiso. Dado que operativamente esto podría transformarse en un proceso poco ágil, sería conveniente establecer una ley marco que establezca los lineamientos fundamentales y bajo la cual pueda insertarse cada fideicomiso a través de un decreto, con obligación de información al Congreso.
- Selección del Fiduciario: antecedentes, procedimientos, derechos y obligaciones, casos de sustitución, etc.,
- Fiduciantes y Beneficiarios: responsabilidades, derechos y obligaciones,
- Sobre la rendición de cuentas: tiempos y formas, órganos de control,
- Conformación de un equipo desarrollador público-privado diseñado ad-hoc para la conducción de cada proyecto
- Normas estandarizadas de criterios contables y auditorías externas obligatorias.

Destacamos que la correcta aplicación del fideicomiso es la gran palanca innovadora en los negocios, que bien utilizada desde el Estado, podría generar la ventaja competitiva diferencial que permita llevar al éxito los proyectos que tienen como finalidad el mayor bienestar de la comunidad. En consecuencia, los proyectos involucrados deberían ser rentables y sustentables en términos económico-financiero pero también en términos sociales y estratégicos, y para ello la planificación y la gestión profesional bajo patrimonios independientes es un aporte de real valor.

Finalmente podemos afirmar también, que estos esquemas fiduciarios se hacen imprescindibles para el crecimiento de las economías regionales, desarrollando proyectos que permitan la generación de empleo, la redistribución del ingreso y la creación de fuentes de trabajo que eviten las migraciones poblacionales y el desarraigo.

Francisco María Pertierra Cánepa*

Antecedentes del autor*

- *Doctor en Dirección de Empresas (Universidad del CEMA); MBA (CEMA); San Diego State University (CA. - US); Ingeniero Agrónomo (UBA).*
- *Profesor de las Cátedras de “Entrepreneurship” en el MBA y de “Fideicomiso y Fondos de Inversión Directa” en el Master de Finanzas de la Universidad del CEMA.*
- *Director del área de Management, Estrategia y Fideicomisos del Estudio Joaquín Ledesma y Asociados.*
- *Responsable del área de Desarrollo Institucional de Cáritas Buenos Aires.*
- *Ex – Director Ejecutivo y Miembro de la Comisión Directiva de la Cámara de Fideicomisos y Fondos de Inversión Directa en Actividades Productivas (CAFIDAP).*
- *Ex - Gerente General del Instituto de la Promoción de la Carne Vacuna Argentina (IPCVA)*
- *Ex – Gerente de Planeamiento Estratégico y Relaciones Institucionales de SVD soluciones Tecnológicas; JV de Monsanto Argentina.*

Bibliografía

1. Auditoría General de la Nación. Relevamiento de la actividad fiduciaria del sector público nacional - Informe especial 23/2005. On line http://www.agn.gov.ar/informes/informesPDF2005/2005_023.pdf
2. Dellasanta Alicia y Fantoni Mariano, Informe: “Fiducia Pública, Regulación y calidad de la gestión”, 2007.
3. Geler Laura, Hafford Débora y Sánchez de Bustamente Marcela. Informe: “Riesgos de Corrupción en Fideicomisos Públicos, U.C.A., 2007.
4. Gómez de la Lastra Manuel, Artículo: “El Estado Fiduciante”, online, documentos en www.cafidap.org.ar, 2005.
5. Lisoprawski Silvio, “Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica”, Editorial La ley, 2007.
6. Lo Vuolo Rubén y Seppi Fernando, “Los fondos fiduciarios. La privatización de los recursos públicos” Informe n° 50, Ciepp, 2006.
7. Pertierra Cánepa Francisco M., Notas de Clase de la Cátedra de Fideicomisos de la Maestría en Finanzas. Universidad del CEMA. 2007 y 2008
8. Pertierra Cánepa Francisco M., Trabajos Prácticos de la Cátedra de Fideicomisos de la Maestría en Finanzas. Universidad del CEMA. 2008
9. Sandoval Irma, “Rendición de Cuentas y Fideicomisos: El reto de la opacidad financiera”, Ed. Color S.A., México, 2007.

Websites:

1. www.ag.org.ar
2. www.agn.gov.ar
3. www.asap.org.ar
4. www.bcra.gov.ar
5. www.bna.com.ar
6. www.cafidap.org.ar
7. www.ciepp.org.ar
8. www.chilecalifica.com
9. www.clarin.com.ar
10. www.infoleg.mecon.gov.ar

11. www.lanacion.com.ar
12. www.mecon.gov.ar
13. www.mexicolegal.com.mx
14. www.revistajuridicaonline.com
15. www.sigen.gov.ar
16. www.superfinanciera.gov.co
17. www.ucofin.gov.ar