

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIOLOGÍA



TESIS DOCTORAL

**Fideicomiso público: instrumento jurídico-financiero para la
ejecución de políticas públicas en la República Dominicana,
2012-2016**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTORA

PRESENTADA POR

Persia Iluminada Ventura Figueroa

DIRECTOR

Manuel Sánchez Reinón

Madrid, 2018



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
MADRID



FUNDACIÓN
INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN
JOSÉ ORTEGA Y GASSET

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE CIENCIAS POLITICAS Y SOCIOLOGIA

INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACION
JOSE ORTEGA Y GASSET

DOCTORADO EN GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICAS

Tesis Doctoral

Fideicomiso Público:
Instrumento Jurídico-Financiero
para la Ejecución de Políticas Públicas
en la República Dominicana, 2012-2016

Doctorando

PERSIA ILUMINADA VENTURA FIGUEROA

Director de la Tesis

MANUEL SANCHEZ REINON
Universidad Autónoma de Madrid

Madrid, 2017

Tabla de contenido

RESUMEN EJECUTIVO	7
EXECUTIVE SUMMARY	13
INTRODUCCIÓN.....	19
I. MARCO METODOLÓGICO.....	25
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	25
2. PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN	27
3. JUSTIFICACIÓN	28
4. OBJETIVOS	30
A) Objetivo General.....	30
B) Objetivos específicos	30
5. HIPÓTESIS.....	31
6. METODOLOGÍA	32
A) Concepto de Metodología de Investigación.....	32
B) Diseño y enfoque de la investigación	32
C) Tipos de Estudios o alcance de la investigación.....	33
D) Selección de la Muestra, Población y Universo	34
E) Fuentes de la literatura y otros documentos	35
F) Delimitación del tema.....	36
II. PRINCIPIOS GENERALES DE POLÍTICAS PÚBLICAS	37
1. TEORÍA DE POLÍTICAS PÚBLICAS	38
A) Tipos de política pública.....	45
2. ETAPAS DE LA POLÍTICA PÚBLICA.....	46
A) Elaboración de la agenda	47
B) Actores.....	49
C) Problemas	50
D) Ventana de oportunidad.....	51
3. ANÁLISIS DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS A PARTIR DE SUS INSTRUMENTOS.....	52
A) Instrumentos como instituciones	52
B) Los instrumentos cambian la política.....	53
C) Instrumentación de la política pública.....	54
D) Lógica de lo adecuado.....	55
E) Instrumentos de política pública.....	57
4. ELEMENTOS QUE INFLUYEN EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS	59
A) Globalización	59
B) Respuesta del Estado.....	61
5. LA POLÍTICA PÚBLICA COMO RESULTADO DE LA GOBERNANZA	61
A) Concepto de Gobernanza	61
B) Modos de gobernanza	68

III. APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y DESARROLLO DE LA FIGURA DEL FIDEICOMISO	71
1. DERECHO ROMANO	72
A) Fideicommissum	74
B) La fiducia	81
C) Característica del fideicomiso romano	86
2. DERECHO GERMÁNICO.....	88
A) La prenda inmobiliaria	88
B) Manus fidelis	89
C) El Salman o Treuband	90
D) Diferencias con el fideicomiso romano	91
3. ESTUDIO DE LA FIGURA DEL TRUST.....	92
A) El trust en el Derecho Anglosajón	92
B) El trust angloamericano	103
C) Ley aplicable al Trust en el Convenio de La Haya de 1985	106
D) El fideicomiso en la legislación Latinoamérica	109
IV. FIDEICOMISO Y SUS CARACTERÍSTICAS	121
1. CONCEPTO DE FIDEICOMISO.....	121
2. PARTES ESENCIALES	124
A) Fideicomitente	126
B) Fiduciario	128
C) Fideicomisario o Beneficiario	138
D) Patrimonio Fiduciario	141
E) Contrato de Fideicomiso	145
3. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO.....	150
4. TIPOLOGÍA DE FIDEICOMISO BAJO LA LEY 189-11	153
A) Fideicomiso de planificación sucesoral	154
B) Fideicomisos culturales, filantrópicos y educativos	157
C) Fideicomiso de inversión	158
D) Fideicomiso de inversión inmobiliaria y de desarrollo inmobiliario	160
E) Fideicomiso de oferta pública de valores y productos	168
F) Fideicomiso en Garantía	170
G) Fideicomiso de Fuente de Pago	176
H) Otras clases de fideicomiso	179
5. EL FIDEICOMISO EN LA LEGISLACIÓN DOMINICANA	180
A) Antecedentes fideicomiso dominicano	180
B) Ley 189-11, Sobre Desarrollo del Mercado Hipotecario y Fideicomiso	190
C) Normativa jurídica sobre fideicomiso en la legislación dominicana	192
D) Obligaciones fiscales del fideicomiso	201
E) Instituciones intervinientes en el sector fiduciario dominicano	205
F) Fiduciarias establecidas legalmente en la República Dominicana	207
V.- FIDEICOMISO PÚBLICO	211
1. CONCEPTUALIZACIÓN	211
2. ELEMENTOS ESENCIALES	213
A) Elementos personales	214

B) Elementos reales	219
C) El fin perseguido	223
3. NATURALEZA JURÍDICA.....	225
4. JUSTIFICACIÓN SOCIAL Y ECONÓMICO DEL FIDEICOMISO PÚBLICO.....	229
5. FIDEICOMISO PÚBLICO BAJO LA LUPA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	230
A) Diferencias entre el Contrato Administrativo y el Fideicomiso Público	230
B) Manifestación de la Potestad Organizatoria	233
C) Aspectos jurídicos	237
D) Cumplimiento de normas de procedimiento Administrativo	243
6. FUNCIONAMIENTO Y CONTROLES DE LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS	244
A) Ventajas y riesgos de la utilización de esta figura	244
B) Necesidad de control específico	247
C) Secreto Fiduciario en Fideicomisos Públicos	250
VI.- EL FIDEICOMISO PÚBLICO AL SERVICIO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO DOMINICANO	255
1. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA VIVIENDA A BAJO COSTO	255
A) Análisis de la Situación Habitacional	255
B) Políticas Públicas Viviendas de Bajo Costo	258
C) Fideicomiso para Proyectos de Vivienda de Bajo Costo	260
D) Alianzas Público – Privada (App)	270
E) Fideicomiso Público Ciudad Juan Bosch VBC-RD	275
F) Fideicomiso Público Ciudad Juan Bosch Norte VBC RD	290
2. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EL DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURA VIAL ...	291
A) Fideicomiso RD Vial	292
3. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA TURISMO.....	310
A) Fideicomiso para el Desarrollo Turístico de Pedernales	311
4. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA MUSEOS	317
A) Fideicomiso Público para Reacondicionar Museos	317
5. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS INDUSTRIAS (PYMI)	323
A) Fideicomiso Fondo de Garantía para las Pequeñas y Medianas Industrias (FIPYMI)	327
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	331
1. CONCLUSIONES	331
2. RECOMENDACIONES	339
BIBLIOGRAFÍA	343

Resumen Ejecutivo

Fideicomiso Público: como Instrumento jurídico-financiero para la ejecución de políticas públicas en la República Dominicana, 2012-2016.

A través del presente trabajo se realiza análisis detallado y didáctico de la figura del fideicomiso público en República Dominicana, con la finalidad de comprender el fundamento de la regulación y los contrapesos regulatorios establecidos y pendiente de establecer para ser utilizado como instrumento institucional de políticas públicas en un marco de prudentes prácticas. De manera particular se analizaron los proyectos más importantes que realiza el estado dominicano, a través de la figura del fideicomiso.

Realizamos un análisis histórico de la génesis de la figura del fideicomiso, profundizando en las diversas teorías que tratan de explicar su naturaleza jurídica, así como un repaso a sus elementos, características y tipos, que la ley establece. Se revisa minuciosamente la evolución normativa de la figura del fideicomiso en República Dominicana.

A través de las normas del derecho administrativo revisamos la estructura del fideicomiso público, abordamos los problemas de carácter patrimonial y presupuestal en la administración estatal. En razón de las características establecidas en las leyes que inciden en su regulación, se realiza una clasificación del fideicomiso público.

Lo anterior nos permite insertar sugerencias de acciones, en lo técnico, regulatorio y administrativo, que habrá de contribuir a sanear y viabilizar, procurando la sostenibilidad de su uso.

El Fideicomiso es una figura novedosa que puede emplearse para la realización de ilimitados fines, con formidable flexibilidad y constituida en una herramienta de aplicación a todas clases de negocios

En nuestro país, el nacimiento y evolución de esta figura jurídica se dio como una actividad entre particulares, la cual surge en el año 2011 con la sanción de la Ley No. 189-11 sobre el Desarrollo del Mercado Hipotecario y Fideicomiso, - que tipifica a la figura jurídica- se creó, entre otras, con el objeto de crear las figuras jurídicas necesarias y fortalecer las existentes, para poder desarrollar el mercado hipotecario dominicano, canalizando recursos de ahorro voluntario u obligatorio, para el financiamiento a largo plazo a la vivienda y a la construcción en general, lo que, unido a la creación de incentivos especiales, aportes del Estado y economías de procesos, sirvan para promover proyectos habitacionales, especialmente los de bajo costo, así como fomentar el ahorro para la adquisición de viviendas por la población, a fin de mitigar el importante déficit habitacional en la República Dominicana.

En su artículo 3, la citada norma define que “El fideicomiso es el acto mediante el cual una o varias personas, llamadas fideicomitentes, transfieren derechos de propiedad u otros derechos reales o personales, a una o varias personas jurídicas, llamadas fiduciarios, para la constitución de un patrimonio separado, llamado patrimonio fideicomitado, cuya administración o ejercicio de la fiducia será realizada por el o los fiduciarios según las instrucciones del o de los fideicomitentes, en favor de una o varias personas, llamadas fideicomisarios o beneficiarios, con la obligación de restituirlos a la extinción de dicho acto, a la persona designada en el mismo o de conformidad con la ley. El fideicomiso está basado en una relación de voluntad y confianza mutua entre el fideicomitente y el fiduciario, mediante la cual este último administra fielmente los bienes fideicomitados, en estricto apego a las instrucciones y a los requerimientos formulados por el fideicomitente”.

Las características y ventajas de esta herramienta financiera fueron aprovechadas por el Estado, que la consideró idónea para captar distintos bienes y fondos para destinarlos al desarrollo de actividades de interés general, celebrándose proyectos que tienen al Estado como fideicomitente, dando lugar al nacimiento de una nueva figura, nos referimos al fideicomiso público.

Se define al fideicomiso público como “el contrato por medio del cual, la Administración, a través de algunas de sus dependencias facultadas y en su calidad de fideicomitente, transmite la propiedad de bienes del dominio público o privado del Estado, o afecta fondos públicos, a un fiduciario, para realizar un fin lícito, de interés público”.

El mismo es una herramienta de suma importancia, brindando grandes beneficios al Estado en la ejecución de sus políticas públicas, a los fines de dar respuestas a necesidades sociales, económicas y financieras, en un momento histórico determinado. Otorga a la administración la posibilidad de concentrar e independizar los bienes de la administración, creando un patrimonio separado sujeto a normas específicas, afectándolo a un fin de interés público. Además de tener la ventaja de proyectar políticas a largo plazo sin que la administración de turno pueda desviar el objetivo propuesto al momento de la celebración del contrato.

En tal sentido, los gobiernos requieren instrumentar políticas públicas que garanticen la cobertura de las necesidades que derivan en problemática de corte social y económico para la colectividad; problemáticas que determinan afectando la calidad de vida de dichos conglomerados. Es por esto que el Estado está desarrollando importantes proyectos, a través del fideicomiso público, para ejecutar acciones tendentes al desarrollo económico, evolución social y al bienestar de la población, o como instrumento de política económica para influir directa o indirectamente en la consecución de objetivos económicos globales. Su autonomía con relación a otros instrumentos de la Administración Pública facilita la colaboración público-privada en numerosos proyectos estatales dirigidos a la satisfacción del interés general.

Sin embargo se observa aún un vacío legal ya que nuestro país no cuenta con una legislación específica que trate la figura bajo estudio; por lo que estos proyectos sustentados en una institución del derecho privado, comienza, de manera inorgánica, a tener influencia y aprovechamiento en la comunidad,

Esta situación torna necesaria la creación de un marco legal que contemple las características propias de un nuevo tipo de fideicomiso, en los que el Estado desempeña un rol de relevancia y cuya finalidad exclusiva consiste en atender al interés común, con el objeto de aportar claridad y bases sólidas para su ejecución y posterior control por parte del Estado.

A través del análisis de la figura, entendemos que desde el nacimiento, modificación y finalización del fideicomiso público, debe estar bajo el criterio del Derecho Administrativo y las normas del Derecho Público; independientemente de que la figura nace en el seno del Derecho Privado, es decir, sin perjuicio de la aplicación supletoria de la Ley No. 189-11. Puede coincidir con el normado en la referida ley, o bien tomar algunos de sus contenidos, pero con características y adaptaciones que respondan a las necesidades de la administración en cada caso concreto.

La Administración debe, necesariamente intervenir en su constitución. El patrimonio separado se conforma con bienes del Estado y consecuentemente la finalidad del fideicomiso que le sirve de causa es de interés público.

Esta herramienta presenta a los órganos de control un desafío y la necesidad de adaptarse para generar información útil. Se requiere los mecanismos de control operativo que ensamble acciones de control interno y externo, que garantice la transparencia y eficiencia, sobre la gestión de los fondos públicos, la gestión del administrador y en el manejo del patrimonio fideicomitado, constituidos por bienes y derechos del Estado. La información de las cuentas públicas debe ser pública, los logros alcanzados y las gestiones realizadas internamente por los Fideicomisos Públicos, deberían tener igual destino

A modo de recomendación, consideramos que el primer paso hacia el adecuado conocimiento, uso y abordaje de la figura del Fideicomiso es la existencia de un marco normativo específico que: lo trate, fije sus alcances y limitaciones ante su posible uso en innumerables actividades del Estado analizando el riesgo de manejo de fondos por fuera de

la Ley de presupuesto, con el objeto de aportar claridad y bases sólidas para su ejecución y posterior control por parte del Estado.

La transparencia es una condición fundamental para garantizar un sistema de gobernabilidad y que ésta solo puede lograrse en la medida que contemos con mecanismos de control institucionalizados y adaptados a las particularidades de las modernas herramientas utilizadas por el Estado.

El estudio en cuestión es de gran actualidad e interés para la República Dominicana ya que mediante a este instrumento jurídico se espera que próximamente se realicen grandes inversiones que impactarán positivamente el país. Por lo que el análisis del contexto conduce a una aproximación en el ámbito empírico indispensable para demostrar los planteamientos aquí sustentados.

Executive Summary

Public Trust: as a legal-financial instrument for the execution of public policies in the Dominican Republic, 2012-2016.

Through this work, a detailed and didactic analysis of the figure of the public trust in the Dominican Republic is carried out, in order to understand the basis of the regulation and the regulatory counterweights established and still to be established to be used as an institutional instrument of public policies in a framework of prudent practices. In particular, the most important projects carried out by the Dominican state are analyzed through the figure of the trust.

We conducted a historical analysis of the genesis of the figure of trust, delving into the various theories that try to explain its legal nature, as well as a review of its elements, characteristics and forms that the law establishes. The normative evolution of the figure of trust in the Dominican Republic is thoroughly reviewed.

Through the rules of administrative law we review the structure of the public trust, we address the patrimonial and budgetary problems in the state administration. Due to the characteristics established in the laws that affect its regulation, a classification of the public trust is made.

This allows us to insert suggestions for actions, in terms of technical, regulatory and administrative measures, which will contribute to make feasible and restructure, aiming at the sustainability of its use.

The Trust is a new figure that can be used for the accomplishment of unlimited purposes, with formidable flexibility and constituted in a tool of application to all kinds of businesses

In our country, the birth and evolution of this legal figure, which arose in 2011 with the enactment of Law No. 189-11 on the Development of the Mortgage Market and Trust, - which typifies the legal figure – was created, among others, with the objective of creating the necessary legal figures and strengthening the existing ones to develop the Dominican mortgage market, channel voluntary or compulsory savings resources to finance a long-term housing and construction in general, which, coupled with the creation of special incentives, State contributions and process economies, serve to promote housing projects, especially low-cost housing, as well as to promote savings for the acquisition of housing by the population, in order to mitigate the important deficit Housing in the Dominican Republic.

In its article 3, the aforementioned norm states that "The trust is the act by which one or more persons, called settlors, transfer property rights or other real or personal rights, to one or more legal persons, called trustee, for the constitution of a separate estate, called trustee estate, whose administration or exercise of trust shall be carried out by the trustee or trustees according to the instructions of the settlor (s), in favor of one or more persons, called beneficiaries, with the obligation to restore them at the extinction of said act, to the person designated in the same or in accordance with the law. The trust is based on a relationship of will and mutual trust between the settlor and the trustee, whereby the trustee faithfully manages the trust assets, in strict adherence to the instructions and to the requirements formulated by the settlor.

The characteristics and advantages of this financial tool were used by the State, which considered it suitable for capturing different assets and funds to be used for the development of activities of general interest, with projects being held with the State as settlor, resulting in the birth of a new figure, we refer to the Public Trust.

The public trust is defined as "the contract by means of which the Administration, through some of its authorized entities and in its capacity as settlor, transmits the property of public or private property of the State, or that affects public funds, to a fiduciary, for a lawful purpose of public interest."

It is a tool of great importance, it provides great benefits to the State in the execution of its public policies, in order to respond to social, economic and financial needs, in a determined historical moment. It gives the administration the possibility of concentrating and separating the assets of the administration, creating a separate patrimony subject to specific norms, affecting it to an end of public interest. In addition to having the advantage of projecting policies in the long term without the administration in term having the possibility of deviating the proposed objective at the time of the conclusion of the contract.

In this sense, governments require to implement public policies that guarantee the coverage of the needs that derive in problems of social and economic cut for the community, problems that affect the quality of life of these conglomerates. This is why the State is developing important projects, through the public trust, to carry out actions aimed at economic development, social evolution and the welfare of the population, or as an instrument of economic policy to influence directly or indirectly in the achievement of global economic objectives. Its autonomy in relation to other instruments of the Public Administration facilitates public-private collaboration in numerous state projects aimed at the satisfaction of the general interest.

However, a loophole is still seen in our country, as there is no specific legislation that addresses the figure under study; so these projects supported by an institution of private law, begins inorganically, to have influence and use in the community.

This situation makes it necessary to create a legal framework that contemplates the characteristics of a new type of trust, in which the State plays a relevant role and whose sole purpose is to serve the common interest, in order to provide clarity and solid bases for its execution and later control by the State.

Through the analysis of the figure, we understand that from the birth, modification and finalization of the public trust, it must be under the criterion of Administrative Law and the norms of Public Law; regardless of whether the figure is born within the Private Law, i.e. without prejudice to the supplementary application of Law No. 189-11. It may coincide with the normed in the referred law, or take some of its contents, but with characteristics and adaptations that respond to the needs of the administration in each specific case.

The Administration must necessarily intervene in its constitution. The separated patrimony is conformed of state property and consequently the purpose of the trust that serves as cause is of public interest.

This tool presents the controlling bodies with a challenge and the need to adapt to generate useful information. Operational control mechanisms are required to assemble internal and external control actions to ensure transparency and efficiency, on the management of public funds, the management of the trustee and on the management of the trust assets, constituted by assets and rights of the State. The information of the public accounts must be public, the achievements accomplished and the efforts made internally by the Public Trusts, should have the same destination.

As a recommendation, we believe that the first step towards the proper knowledge, use and approach to the figure of Trust is the existence of a specific regulatory framework: treats, set its scope and limitations to its possible use in countless activities of the State, analyzing the risk of managing funds outside the Budget Law, in order to provide clarity and solid bases for its execution and later control by the State.

Transparency is a fundamental condition to guarantee a system of governance and that this can only be achieved to the extent that we have mechanisms of control institutionalized and adapted to the particularities of modern tools used by the State.

The study in question is of great interest and of interest to the Dominican Republic since this legal instrument is expected to make large investments that will have a positive impact on the country. Therefore the analysis of the context leads to an approximation in the empirical field indispensable to demonstrate the approaches supported here.

Introducción

La sociedad está en constante crecimiento, junto a ella, los procesos de globalización y tecnológicos, los cuales van requiriendo crecientes y sofisticados bienes y servicios, para la sociedad. Esto provocará que el Estado provea directamente o deberá generar las condiciones más viables para que sea el mismo mercado quien produzca y mejore su oferta, con esto, impulsará la obligatoria modernización del Estado como forma de convertirse más ágil y expedito en el cumplimiento de sus obligaciones, cada vez más amplios.

Los constantes requerimientos impuestos al Estado demuestran la necesidad que tienen de buscar nuevos esquemas de financiamiento, a fin de viabilizar numerosos e interesantes proyectos que impacten a la sociedad, la infraestructura para el desarrollo y la promoción de la economía, adoptando una actitud proactiva frente a las crisis y a las tenencias de activos líquidos ociosos en poder del Estado. Indudablemente, se requiere seleccionar instrumentos eficaces, que logren obtener los más altos niveles de satisfacción del interés general requeridos a todos los administradores.

El fideicomiso público, tiene una extraordinaria estructura, la cual representa un instrumento de gestión dinámico y adecuado para el Estado, especialmente, para algunas situaciones donde otra figura no podría otorgar la debida solución. Debemos evaluar su entidad como un medio flexible para la instrumentación de una gran cantidad de posibilidades de gestión y organización.

Según Lisoprawski, el fideicomiso público es un contrato por medio del cual la administración pública, a través de algunas 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 tiene como objetivo fundamental contribuir al desarrollo y bienestar de la población, es decir, toma como prioridad y razón de ser el bien común, o sea el interés público.

El Estado puede ser el generador, receptor o impulsador de la iniciativa de una propuesta que busque satisfacer las necesidades insatisfechas de la sociedad. También, el Estado podría diseñar acorde a sus intereses, los pliegos del proyecto, indicando las necesidades, lineamientos, condiciones y pautas requeridas.

Ninguna otra figura, como el fideicomiso público, puede concentrar e independizar los bienes o fondos que el Estado estipula para la ejecución de un objetivo específico. Asimismo, permite confeccionar presupuestos plurianuales y garantizados de eventuales discrecionalidades de orden público. Logrando impulsar el desarrollo económico-social y la satisfacción de las necesidades generales de la sociedad.

El fideicomiso es una herramienta financiera grandemente utilizada en toda América Latina, con particularidades propias y diferentes del trust angloamericano. Actualmente, en más de 16 países utilizan regularmente esta figura para gestionar algunas operaciones económicas, la cual ha sido acogida por la legislación dominicana en el año 2011, a través de la Ley de Desarrollo de Mercado Hipotecario y Fideicomiso, No. 189-11.

La transparencia, confianza y seguridad en sus operaciones, son virtudes que han caracterizado su gran éxito, así como su estructura flexible, la cual se adecua a cada caso particular, y la separación del patrimonio del fideicomiso de los patrimonios personales del fiduciario, de los fiduciantes y de los beneficiarios.

Entre sus múltiples usos podemos mencionar que ésta figura financiera se utiliza, específicamente, para controlar y canalizar recursos, administrar y/o custodiar bienes y derechos, impulsar programas de desarrollo social y/o económico, y con ello contribuir a un nuevo empuje económico para el país.

Esta investigación hará una minuciosa descripción del fideicomiso público, profundizando en sus aspectos delimitadores, para luego, analizar sus virtudes y los mecanismos de control requeridos por utilizar fondos públicos en las políticas públicas.

Está conformada por seis capítulos, de tal forma que se van desarrollando aspectos que facilitan el abordaje de un argumento central, enlazándose en la medida que culmina cada sección.

Capítulo 1 sobre el marco metodológico, resumiendo sus diferentes etapas y cómo se relacionan entre sí.

Capítulo 2, Principios Generales de Políticas Públicas, se desarrolla los principios generales de políticas públicas, partiendo de que las mismas representan la forma de cómo se estructura, deliberan y definen los lineamientos o marco general de actuación del Estado, en contextos socio histórico, así como criterios de acción para poder resolver las problemáticas sociales.

Esto nos ayudará a entender cómo la figura del fideicomiso público ayuda en las políticas de Estado, partiendo de que las políticas públicas son productos de la gobernanza, cuyos instrumentos son entendidos como instituciones.

Capítulo 3, Aproximación histórica y desarrollo de la figura del fideicomiso, hacemos un recuento histórico-conceptual de la figura del fideicomiso. Iniciando con sus orígenes romanos y revisamos el *trust* anglosajón a los fines de poder analizar las influencias que ha tenido estos antecedentes en las legislaciones latinoamericanas. Sabemos que el Derecho romano tiene una historia de desarrollo de más de doce siglos¹, por lo que ese largo proceso de evolución nos permitirá fijar las bases para el análisis de esta figura jurídica que, en Roma, tomaba la forma de un fenómeno social basado en la lealtad de la palabra empeñada². Se hace una síntesis de la figura en Latinoamérica.

En el **Capítulo 4**, Fideicomiso y sus características, continuamos con las generalidades del fideicomiso, sus elementos, característica y tipos, nuestro objetivo es el estudio del

¹ RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO (2005): *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*, 1a ed., Legis Editores, Colombia, pág. 2.

² CÁMARA LAPUENTE, SERGIO.: *Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXV, septiembre-octubre 1999, núm. 654, p. 1767.

fideicomiso público, pero necesariamente, para llegar a él debemos hacerlo a través del Derecho privado, en razón de que ha servido de fundamento a la figura del Derecho público. Muchas figuras del Derecho público han sido construidas a partir del Derecho privado, han sido tomadas casi como propias o por lo menos con características diferenciadas que hacen poco reconocible la base de origen. El análisis de la figura en general, se tomará un acápite para tratar la figura en el derecho dominicano.

Capítulo 5, Fideicomiso Público. Aquí desarrollaremos el objeto del trabajo, mediante una profunda reflexión que el aporte científico sea válido. A través del desarrollo han aparecido encrucijadas interesantes, escogiendo la vía más óptima para presentar una propuesta armónica. El esfuerzo se ha centrado en tutelar la correcta aplicación de la figura de modo de contribuir a garantizar la confianza en las herramientas públicas³.

La figura del fideicomiso público ha tenido un mayor desarrollo en países con tradición civilista, adoptando una figura alejada del *trust* y de la fiducia, conservando características y esencias conceptuales más próximas al fideicomiso de Derecho privado de los países latinoamericanos. Se analizará su naturaleza jurídica, las reglas específicas que deben regirlo, a los fines de determinar la propia utilidad del fideicomiso a la luz de la Administración pública.

Se revisará el funcionamiento y control del fideicomiso público donde se propondrá la necesidad del cumplimiento de las normas de procedimiento administrativo y la sujeción de fiscalización y controles específicos.

Capítulo 6, El fideicomiso al servicio de las políticas del Estado Dominicano. Analizadas las ventajas y desventajas de ésta herramienta en el ámbito público y establecido la necesidad de su uso, proponemos un espacio de reflexión, al presente trabajo, se desarrolla un estudio de los fideicomisos públicos en ejecución en la República Dominicana.

³ CHIMINAZZO, T. (2002): *Etica ed Economía: L'utopia deviene realtà*, Franco Angeli, Milano, Italia, pág. 113.

Se examinarán las premisas y argumentos que justifiquen la necesidad del instrumento de política, cuáles factores influyeron para que un problema de carácter social sea elevado a un problema público y qué otras alternativas o mecanismo se plantean para la viabilidad de este instrumento.

El estudio en cuestión es de gran actualidad e interés para la República Dominicana ya que mediante a este instrumento jurídico se espera que próximamente se realicen grandes inversiones que impactarán positivamente el país. Por lo que el análisis del contexto conduce a una aproximación en el ámbito empírico indispensable para demostrar los planteamientos aquí sustentados.

Finalmente, el presente trabajo busca aglutinar las informaciones relevantes del tema, sistematizada de manera útil. Las perspectivas de ésta figura son ilimitadas, en consecuencia queremos aportar nuestro grano de arena en el conocimiento y difusión de esta figura, desde un punto de vista jurídico-financiero-económico-social.

I. MARCO METODOLÓGICO

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Durante muchos años, la República Dominicana se ha visto limitada en sus políticas—especialmente la de vivienda de bajo costo e inversión en infraestructura— por las limitantes presupuestaria como economías emergente que somos, ocasionando grandes atrasos en la inversión en infraestructura. Es así como la construcción de viviendas, vías públicas, escuelas, hospitales, escuelas, aeropuertos, muelles, etc, se aplazan durante años o incluso décadas.

Esta situación tiene una gran incidencia en el desarrollo económico del país. El Banco Mundial ha señalado que mejorar la infraestructura de los países en desarrollo es de vital importancia para reducir la pobreza, aumentar el crecimiento económico, social y lograr los objetivos de desarrollo.

Una infraestructura pública adecuada tiene una vinculación importante con el crecimiento económico, porque se convierte en un elemento fundamental de un entorno propicio para las inversiones y la falta de ellas suele considerarse como uno de los principales obstáculos para a la participación activa de parte del sector privado. (Banco Mundial, 2015)

Frente a esta realidad, donde el Estado carece de instrumentos eficientes que puedan desarrollar proyectos, avanzar en su ámbito de acción y, de esta forma, satisfacer la función pública para la cual fueron creados, recurren a este novedoso instrumento el fideicomiso, propia del ámbito privado, la cual se han trasladado al sector público con el fin de ayudar a satisfacer las políticas de la administración pública.

El Fideicomiso es una nueva figura en el marco legal dominicano, es fruto de muchos años de desarrollo positivo y productivo en países latinoamericano, el cual ha servido como

herramienta eficaz para estructurar soluciones efectivas en beneficio del país; la experiencia internacional ha dejado importantes lecciones que invitan a todas las economías a robustecer sus marcos regulatorios con miras a afinar y desarrollar el marco legal de la República Dominicana con una figura tan flexible y segura como lo es el fideicomiso.

A partir de la sanción de la Ley 189-11, sobre Desarrollo Hipotecario y Fideicomiso, y por diferentes razones y circunstancias se fueron creando, desde la Administración Pública, diferentes fideicomisos. Estos fideicomisos que tienen origen en iniciativas públicas, fueron avalados por decretos del Poder Ejecutivo, pero sin contar con el respaldo expreso de un esquema jurídico en nuestro sistema legislativo.

En la actualidad el Estado está desarrollando cinco importantes proyectos de fideicomiso público, como parte de sus políticas públicas, estos son:

- 1.- *Fideicomiso Público para la Construcción de Viviendas de Bajo Costo República Dominicana, Ciudad Juan Bosch VBC RD*^{4 5 6}
- 2.- *Fideicomiso para la Operación, Mantenimiento y Expansión de la Red Vial Principal de la República Dominicana (RD VIAL)*".
- 3.- *Fideicomiso para Desarrollo turístico de la ciudad de Pedernales.*
- 4.- *Fideicomiso Fondo de Garantía para Pequeñas y Medianas Industrias (FIPYMI)*
- 5.- *Fideicomiso Público para el reacondicionamiento de Museos*

⁴ De acuerdo a los considerandos, es supremo interés del Estado establecer políticas que faciliten el desarrollo de proyectos habitacionales, principalmente de viviendas de bajo costo, que reduzcan el significativo déficit habitacional de la República Dominicana.

⁵ Artículo 59, de la Constitución de la República Dominicana que establece que: "*Toda persona tiene derecho a una vivienda digna con servicios básicos esenciales. El Estado debe fijar las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promover planes de viviendas y asentamientos humanos de interés social. El acceso legal a la propiedad inmobiliaria titulada es una prioridad fundamental de las políticas públicas de promoción de vivienda*".

⁶ Ley No. 1-12, sobre la Estrategia Nacional de Desarrollo 2030.

Frente a esta transformación del sistema habitual de inversión, que vive el Estado, surge la interrogante sobre si existe un adecuado método de control, a los fines de permitir supervisar el fin de los fondos públicos utilizados y a la vez no se interponga ni obstruya con el funcionamiento adecuado que estas figuras presuponen.

Además, como herramienta utilizada para ejecutar las políticas públicas, se requiere una reglamentación que evite el abuso allí donde hay lagunas que se generan al incorporar una figura privada sin su previa adaptación a las normas de derecho público.

2. PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN

- ¿Existe una interrelación entre el Estado – políticas públicas para encauzar y operativizar la acción del Estado en diferentes ámbitos, escenarios y niveles de intervención?
- ¿Representa la figura de fideicomiso público una herramienta atractiva para la ejecución de políticas públicas y satisfacer mejor las necesidades colectivas?
- Requerirá la administración desarrollar un esquema para el fideicomiso público fundamentado en nociones iusprivatistas que se reconvierten para crear una categoría diferente del fideicomiso adaptable al espacio público?
- ¿Cuenta la República Dominicana con un régimen legal de fiscalización, eficiente y adecuado, que permita un efectivo funcionamiento de los fideicomisos que involucran fondos públicos?
- ¿Podría el Estado generar ventaja competitiva diferencial, que le permita llevar al éxito los proyectos que tienen como finalidad el mayor estado de bienestar a la comunidad a través de la correcta aplicación del fideicomiso público?

3. JUSTIFICACIÓN

Por su gran importancia como tal y su gran incidencia en los momentos actuales, el fideicomiso surge como uno de los temas de mayor preponderancia en República Dominicana. Su importancia es el resultado de ser un soporte para el desarrollo de la economía. Por lo que nos ha parecido pertinente y retador estudiar una figura desconocida en el Derecho dominicano para el ámbito público.

El tema demanda una exhaustiva investigación de su naturaleza, modalidades, su regulación y de sus perspectivas de desarrollo. Ya que no existe en nuestro país una legislación que regule específicamente estos fideicomisos, a diferencia de otros países de la región, como México y Colombia.

El fideicomiso tiene su origen en el derecho privado, la cual ha sido aplicada con mucho éxito y comienza a expandirse su uso en la Administración pública. Existe la necesidad de profundizar en él como instrumento de derecho público, realizar un análisis particular a los fines de encontrar su esencia y utilidad en la Administración pública, quienes lo utilizan para dar seguimiento a diversos programas y proyectos estatales que persiguen el bien común.

Para el instrumento del fideicomiso público, en la República Dominicana, no existe legislación alguna que lo delimite o autorice expresamente su aplicación. El régimen jurídico aplicable al fideicomiso público, es muy debatido. Debemos reconocer que ha sido sumamente difícil establecer un criterio general que explique el régimen jurídico del fideicomiso público.

El esfuerzo en el presente estudio, se ha centrado en tutelar la correcta aplicación de la figura a los fines de colaborar a garantizar la confianza en la misma. Se requiere determinar su naturaleza jurídica, las reglas específicas que deben regirlo y efectos de la aplicación de

algunas de estas reglas que podrían resultar ilícitas⁷, excesivas o inapropiadas en ciertas circunstancias y que llevarían a la distorsión de la base legítima del fideicomiso como instrumento jurídico, para, finalmente, determinar la propia utilidad del fideicomiso en el seno de la Administración.

Todos sabemos, que desde el Derecho privado se da nacimiento a reglas públicas que eficientizan y agilizan la gestión del Estado a los fines de beneficiar a los ciudadanos. Buscamos que se convierta en un instrumento para lograr el beneficio general que se suma a muchos otros ya probados en la gestión de la cosa pública.

Partimos de que el Estado requiere transparencia como paradigma y estandarte, requiriendo elementos que eviten el mal uso de los recursos públicos, la ineficiencia, la improvisación, el secreto, la discrecionalidad arbitraria y el abuso en el ejercicio de la función pública y la necesidad de información efectiva, sistemática y oportuna, para fortalecer y promover la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos.

Por lo que, vistas las experiencias en Latinoamérica, se propone mecanismos para el debido funcionamiento y control del fideicomiso público a través de la debida fiscalización, el cumplimiento de las normas de procedimiento administrativo y la sujeción de controles específicos.

Esto así, porque estamos consciente por los abusos ejecutados por políticos pocos controlados en el uso del gasto público, así como la reiterada tendencia a patrimonializar el interés general.

A través de la revisión del funcionamiento de los fideicomisos públicos en la República Dominicana, se presentará sus riesgos reales y se puntualizará sobre sus ventajas. Se evaluará sobre el cumplimiento del procedimiento administrativo y la obligatoriedad del control sobre los mismos. Por lo que se hace necesario investigar si su uso reúne las

⁷Nieto, ALEJANDRO: *La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo en Revista de Administración Pública, RAP, núm. 76, 1976, p. 18*

debidas garantías, el cual requerirá la construcción normativa adecuada a su marco de necesarios controles a los fines de prevenir los excesos y riesgos en su uso.

Dadas de las líneas presentadas, finalmente, se presentan las conclusiones con el fin de aportar una serie de medidas que permitan un mejor uso del fideicomiso público, en todos los casos donde el Estado desempeñe el rol de fiduciante.

4. OBJETIVOS

A) Objetivo General

Llevar a cabo un análisis detallado y didáctico de la figura del fideicomiso público en República Dominicana. El análisis permitirá comprender el fundamento de la regulación y los contrapesos regulatorios establecidos y pendiente de establecer para ser utilizado como instrumento institucional de políticas públicas en un marco de prudentes prácticas. De manera particular se analizarán los proyectos más importantes que realiza el estado dominicano, a través de la figura del fideicomiso.

Lo anterior nos permite insertar sugerencias de acciones, en lo técnico, regulatorio y administrativo, que habrá de contribuir a sanear y viabilizar, procurando la sostenibilidad de su uso.

B) Objetivos específicos

- Conceptualizar sobre políticas públicas para identificar los criterios y lineamientos de actuación definidos para la atención de los asuntos de la vida social, entendiendo el papel del Estado y las instituciones en la toma de decisiones y en la concreción de la acción orientadora de la intervención

- Estudiar la figura del fideicomiso como una figura típica del derecho contractual privado, su génesis, características y elementos, pero que, actualmente se utiliza como un mecanismo de desarrollo de políticas públicas.
- Describir las particularidades del fideicomiso público, desde una perspectiva del derecho administrativo, considerando la eficiencia del control y fiscalización, de cara a un proceso protección y resguardo de los fondos públicos, de manera eficiente y oportuna.
- Categorizar la normativa que regula la figura del fideicomiso constituido con fondos públicos.
- Evaluar la figura del fideicomiso público, partiendo de su naturaleza jurídica, el fin para lo que es utilizado, e identificar los mecanismos de control a los cuales deberá de regirse.
- Conocer, explicar y evaluar las primeras experiencias en la incursión del fideicomiso público, a través de cinco grandes proyectos que ejecuta la República Dominicana, de tal suerte que los mismos representen instrumentos de políticas públicas por parte del Estado Dominicano.

5. HIPÓTESIS

- Dadas las perspectivas de desarrollo de la figura del fideicomiso público y el crecimiento en su utilización como instrumento para lograr las políticas públicas Estatales, la República Dominicana no cuenta con un régimen legal de fiscalización, eficiente y adecuado, para permitir el funcionamiento efectivo de los fideicomisos que involucran fondos públicos, por lo que se requerirá un adecuado abordaje por los organismos de control, en su tarea de fiscalizar la inversión de fondos públicos a los fines de lograr un uso eficaz, eficiente y transparente de los recursos.

6. METODOLOGÍA

A) Concepto de Metodología de Investigación

La metodología de la investigación se considera y se define como la disciplina que elabora, sistematiza y evalúa el conjunto del aparato técnico procedimental del que dispone la ciencia, para la búsqueda de datos y la construcción del conocimiento científico.

La metodología se puede considerar como el conjunto de herramientas que se van a utilizar para recolectar, clasificar y validar los datos. Al mismo tiempo la metodología son las pautas a seguir en la investigación.

B) Diseño y enfoque de la investigación

En esta investigación se escogió un diseño no experimental, debido a que no se manipularon las variables para demostrar el impacto de las políticas públicas a través de los negocios fiduciarios.

Lo que hacemos en la *investigación no experimental es observar fenómenos tal y como se dan en su contexto natural, para después analizarlos*. Como señala Kerlinger⁸ (1979, p. 116). "La investigación no experimental o *expost-facto* es cualquier investigación en la que resulta imposible manipular variables o asignar aleatoriamente a los sujetos o a las condiciones". De hecho, no hay condiciones o estímulos a los cuales se expongan los sujetos del estudio. Los sujetos son observados en su ambiente natural, en su realidad.

Se observa situaciones ya existentes, las variables ya han ocurrido y no pueden ser manipuladas, al igual que sus efectos.

⁸ KERLINGER, FRED N. (1979): *Investigación del comportamiento*. 4ta. Edición, McGrawHill, p. 116.

C) Tipos de Estudios o alcance de la investigación

a) Estudio descriptivo

La investigación se desarrolló bajo la modalidad descriptiva que según Méndez⁹ considera que este tipo de estudios pretende identificar las características o propiedades, las formas de conducta y actitudes, o comportamientos concretos de los sujetos involucrados al fenómeno bajo estudio, basadas en la medición, observación o recolección de información sobre las variables que conforman dichos fenómenos. Además permite descubrir y comprobar la asociación entre las variables de interés.

Los estudios descriptivos pueden ser transversales, que estudian un fenómeno en un corto período de tiempo y longitudinales, el cual estudia un fenómeno a través de un largo período de tiempo.

Esta investigación estuvo basada en un estudio descriptivo longitudinal no experimental, donde se analiza la figura del Fideicomiso Público como instrumento de políticas públicas, a través del análisis de la Ley No. 189-11 para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y Fideicomiso, los reglamentos, decretos relacionados al tema; así como los proyectos en ejecución fundamentados en ésta figura jurídica para satisfacer algunas políticas públicas del Estado.

La investigación, también, permitió precisar comportamientos y preferencias así como los fundamentos utilizados al momento de elegir y tomar decisiones sobre las inversiones a realizar y los instrumentos financieros utilizados para ello.

b) Estudio explicativo

La investigación pretende determinar la razón por la cual ocurre un suceso y las consecuencias de esta ocurrencia.

⁹ MENDEZ, CARLOS (2001). Metodología. "Diseño y desarrollo del proceso de Investigación". 3° Edición. Editorial Mc Graw Hill. Colombia.

Se analizaron los diferentes procesos que se llevaron a cabo en las distintas etapas de los proyectos de fideicomiso.

c) Estudio analítico

Este tipo de estudio toma todos los elementos para conocer su comportamiento por separado y luego evaluar cómo se relacionan entre sí.

Está directamente relacionado con el conocimiento de la realidad a través del conocimiento de los diferentes componentes que caracterizan esa realidad (análisis), para luego ir aumentando estos conocimientos hasta transformarlos en un conocimiento más completo y complejo (síntesis).

Se analizaron aspectos como los regímenes especiales que tienen los fideicomisos y las funciones de los organismos reguladores que intervienen en el negocio fiduciario.

d) Estudio exploratorio

Se empleará este tipo de estudio debido a la poca información y existencia de datos y estadística en el mercado de la República Dominicana. En un tema de reciente utilización, no existe mucha doctrina al respecto. Buscamos aumentar el grado de familiaridad con la nueva figura jurídica, de la cual existen muchas expectativas, pero repetimos, se ha escrito poco.

D) Selección de la Muestra, Población y Universo

El universo son todos los elementos o características que conforman el área de investigación. Para el presente estudio el universo fue el sector público de la República Dominicana.

La población es el conjunto de fenómenos que poseen características en común sobre la cual se va a realizar la investigación. La población objeto de estudio fueron los proyectos

de fideicomiso público constituidos en República Dominicana bajo el marco de la Ley 189-11 durante los períodos 2012-2016.

La muestra es un subconjunto que es representativo de la población sobre la cual se hace la conclusión de la investigación. Para esta investigación se tomó como muestra de estudio los proyectos en ejecución de Fideicomiso Público: (1) Fideicomiso para la construcción de viviendas de bajo costo República Dominicana “Ciudad Juan Bosch VBC RD”, (2) Fideicomiso para la Operación, Mantenimiento y Expansión de la Red Vial Principal de la República Dominicana “Fideicomiso RD Vial”, (3) Fideicomiso para el desarrollo turístico de Pedernales, (4) Fideicomiso para la Remodelación de Museos y (5) Fideicomiso Fondo de Garantías para Pequeñas y Medianas Industrias (FIPYMI), donde se analizaron los procesos de formación y ejecución que se llevaron a cabo, así como los aspectos determinantes de estos.

E) Fuentes de la literatura y otros documentos

a) Fuentes Primarias

Las referencias o fuentes primarias proporcionan datos de primera mano, pues se trata de documentos que incluyen los resultados de los estudios correspondientes¹⁰.

Para la obtención de estos datos las fuentes primarias fueron las leyes, normativas, reglamentos y decretos que se aplican a la figura del fideicomiso en la República Dominicana, tales como la Ley No. 189-11 para el Desarrollo del Mercado Hipotecario, así como los contratos y documentos que sustentan los proyectos de políticas públicas realizados a través de esta figura.

¹⁰ HERNÁNDEZ SAMPIERI, R., FERNÁNDEZ COLLADO, C. Y BATISTA LUCIO, M. (2010): *Desarrollo de la perspectiva teórica: Revisión de la literatura y construcción del marco teórico. Metodología de la Investigación. 5ta edición, McGrawHill. México.*

b) Fuentes Secundarias

Las fuentes secundarias tienen información organizada y elaborada sobre el análisis exhaustivo referente a los documentos de fuentes primarias.

Para esta investigación, se consultaron libros del fideicomiso, de metodología de la investigación, publicaciones en revistas, conferencias, publicaciones periodísticas, artículos en internet y trabajos de investigación relacionados al tema en cuestión.

c) Fuentes Terciarias o Generales

Son los demás documentos utilizados en la investigación que complementan el uso de fuentes primarias y secundarias para facilitar la obtención de información.

Para esta investigación se utilizaron informaciones suministradas por profesionales del área, actores de los procesos en ejecución, entre otras fuentes.

F) Delimitación del tema

En cuanto a la delimitación espacial, la recopilación de datos, estadísticas, análisis demográficos de mercado y cualquier otra información relevante al desarrollo de la investigación corresponde a los últimos cinco años 2012-2016.

II. PRINCIPIOS GENERALES DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Las políticas y las leyes son componentes fundamentales de nuestra sociedad y del gobierno. Establecen prioridades públicas, ayudan a mantener el orden y la seguridad y desempeñan un papel importante en la conformación de la estructura política y social de las comunidades en todos los niveles, desde los pueblos y ciudades hasta los estados y la nación.

En este capítulo revisaremos los insumos que proporciona la teoría para entender el objeto del estudio. Primeramente se hará un recuento de las principales definiciones de políticas públicas. Luego se abordará los tipos de políticas públicas.

Por considerarlo de interés, se explica la elaboración de la agenda, que es una parte del ciclo de la política. La inclusión de un problema en la agenda pública es posible cuando surge una ventana de oportunidad (presencia de actores influyentes, un problema y una solución).

Luego, se realiza un análisis de las políticas públicas desde los instrumentos. Se investiga los instrumentos como una institución, como agentes que cambian la política, así como los tipos de instrumentos de la política pública.

Se identifican los factores que influyen en las políticas públicas; entre ellos, la globalización y la respuesta del Estado como vínculo para explicar. Se presentará a la política pública como producto de la gobernanza, y los modos de gobernanza.

1. TEORÍA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Los Estados iberoamericanos han experimentados enormes transformaciones a través de procesos de reforma del Estado y de la administración pública, pasando de una administración donde el Ejecutivo era el eje central, inicial y final de toda política pública, amparado en una legitimidad delegada por la sociedad.

Estas transformaciones se inician porque precisamente los distintos actores sociales exigían y demandaban mayor participación para el diseño e implementación de las políticas, lo que necesariamente cambió el estilo de la administración, produciendo el desborde del concepto de gobierno y de gobernabilidad.

Estos cambios en la filosofía de los Estados en torno al diseño y aplicación de políticas públicas, permiten cada vez más que los diferentes actores participen en el diseño e implementación de estas políticas, promoviendo entre Estado y la sociedad civil un equilibrio, permitiendo un manejo y uso más adecuado de los recursos de uso común.

Las políticas públicas tiene una naturaleza multidisciplinar, por lo que se requiere de desarrollar, como base analítica, unas series de conceptos que tocan diversos aspectos relacionados, a la formulación de políticas públicas, que permitan lograr aproximaciones que nos ayudarán a explicar las preguntas planteadas, las hipótesis y los procesos de gobernanza que pudiéramos identificar.

Iniciemos nuestro recorrido partiendo de la dificultad semántica que existe en el idioma español del término **Política**, por lo que describiremos las tres acepciones que se encuentran cobijadas por la misma palabra, planteadas por *Roth*, y que el idioma inglés si distingue. “Primero, la política concebida el ámbito del gobierno de las sociedades humanas, *polity* en inglés. Segundo, la política como la actividad de organización y lucha por el control del poder, *politics* en inglés. Y la política como designación de los propósitos

y programas de las autoridades públicas, *policy* en inglés¹¹. Para nuestro propósito es esta última acepción la que nos interesa, y acogiéndonos a ella y como punto de apoyo inicial, vamos a hacer un recorrido por la literatura especializadas sobre políticas públicas, para construir un cuerpo de conceptos que nos permita contrastar la posición de diversos autores”.

Roth, en su libro presenta varias definiciones, de especialista en la materia, del concepto de políticas públicas; para *Hecló y Wildavsky* (1974:xv), “una política pública (*policy*) es una acción gubernamental dirigida hacia el logro de objetivo fuera de ella misma”. Para *Meny y Thoenig* (1986:8), “la política pública es la acción de las autoridades públicas en el seno de la sociedad”, luego, según los mismos autores (1986:12), “la política pública se transforma en un programa de acción de una autoridad pública”. Para *Dubnick* (1983:7), “la política pública está constituida por las acciones gubernamentales –lo que los gobiernos dicen y lo que hacen con relación a un problema o una controversia (*issue*)”. Para *Hogwood* (1984:23) “establece que para que una política pueda ser considerada como una política pública, es preciso que en un cierto grado haya sido producida o por lo menos tratada al interior de un marco de procedimientos, de influencias y de organizaciones gubernamentales”. *Muller y Surel* (1998:13) establecen que “una política pública designa el proceso por el cual se elaboran y se implementan programas de acción pública, es decir dispositivos políticos-administrativos coordinados, en principio, alrededor de objetivos explícitos”. *Carlos Salazar Vargas*, 1999:50) define “las políticas públicas como el conjunto de sucesivas respuestas del Estado (o de un gobierno específico) frente a situaciones consideradas socialmente como problemáticas”. Para *Alejo Vargas Velásquez* (1999:57) la define como “el conjunto de sucesivas iniciativas, decisiones y acciones del régimen político frente a situaciones socialmente problemáticas y que buscan la resolución de las mismas o llevarlas a niveles manejables”.¹²

¹¹ ROTH DEUBEL, ANDRÉ-NOEL (2002): *Políticas Públicas. Formulación, Implementación y Evaluación*. Ediciones Aurora. Bogotá, pág. 25.

¹² ROTH DEUBEL, ANDRÉ-NOEL (2002): *Políticas Públicas. Formulación, Implementación y Evaluación*. Ediciones Aurora. Bogotá, pág. 26-27.

Roth, luego de analizar una serie de conceptualizaciones concluye con dos afirmaciones¹³, (1) “Una política pública existe siempre y cuando instituciones estatales asuman total o parcialmente la tarea de alcanzar objetivos estimados como deseables o necesarios, por medio de un proceso destinado a cambiar un estado de las cosas percibido como problemático.” (2) “una política pública designa la existencia de un conjunto conformado por uno o varios objetivos colectivos considerados necesarios o deseables y por medios y acciones que son tratados, por lo menos parcialmente, por una institución u organización gubernamental con la finalidad de orientar el comportamiento de actores individuales o colectivos para modificar una situación percibida como insatisfactoria o problemática”.

*Germán Valencia*¹⁴, también presenta algunas definiciones importantes, tales como la de *Thomas Dye*, “es todo aquello que los gobiernos deciden hacer o no hacer” (1992, p. 1). *J.E. Anderson*, “establece que es una secuencia intencionada de acción seguida por un actor o conjunto de actores a la hora de tratar con un asunto que los afecta. De tal forma que la políticas públicas son aquellas desarrolladas por cuerpos gubernamentales y sus funcionarios” (Anderson citado por Nelson, 2001). *Pierre Muller*, “considera que es un proceso de mediación social, en la medida que el objeto de cada política pública es tomar a su cargo los desajustes que pueden ocurrir entre un sector y la sociedad global” (2007). *Iván Cuervo*, “son las actuaciones de los gobiernos y de las otras agencias del Estado, cuando las competencias constitucionales así lo determinen —en desarrollo de ese marco y de las demandas ciudadanas— caracterizadas porque constituyen flujos de decisión —o una decisión específica— orientadas a resolver un problema que se ha constituido como público, que moviliza recursos institucionales y ciudadanos bajo una forma de representación de la sociedad que potencia o delimita esa intervención” (2007, p. 82).

De acuerdo al diccionario, “las políticas públicas son las intervenciones de una autoridad investida de poder público y legitimidad gubernamental en un ámbito específico de la

¹³ ROTH DEUBEL, ANDRÉ-NOEL (2002): *Políticas Públicas. Formulación, Implementación y Evaluación*. Ediciones Aurora. Bogotá, pág. 27.

¹⁴ VALENCIA, GERMÁN Y ÁLVAREZ, YOHAN: *La ciencia política y las políticas públicas: notas para una reconstrucción histórica de su relación en Revista de Estudios Políticos, No. 33 (julio-diciembre), Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, 2008, pág. 93-121.*

sociedad o del territorio”¹⁵. Por lo tanto, remiten a un trabajo gubernamental; a una responsabilidad gubernamental de los problemas sociales en el marco de una acción institucionalizada.

Visto desde esta perspectiva pareciera que es la potestad que tienen los tomadores de decisión de establecer el accionar del Estado en un campo específico de la administración pública, pero es más complejo que eso, porque en la actualidad el concepto implica además, la participación de los diversos actores en la formulación de esa política, ya que una política pública es la capacidad que tienen los sistemas públicos de gestionar las demandas y los problemas públicos, y de fabricar una política. El fin último de toda política pública debe ser la consecución del bienestar colectivo, del bien común.

Siendo el bien común, el fin último de toda política pública, es lógico entender entonces que política pública no es un mero ejercicio del poder sino que es la suma de interacciones entre los diferentes grupos de la sociedad, en tal sentido plantea *Joan Subirats et. al*, que: “...no es el poder político como tal, sino su utilización para resolver los problemas colectivos lo que constituye el objeto esencial del análisis de políticas públicas. La noción de política pública hace referencia por tanto a las interacciones, alianza y conflictos, en un marco institucional específico, entre diferentes actores públicos, parapúblicos y privados, para resolver un problema colectivo que requiere una acción concertada¹⁶.”

Luego, *Subirats*, presenta una definición más acabada, de tal forma que una Política Pública se define como: “Una concatenación de decisiones o de acciones, intencionalmente coherente, tomadas por diferentes actores, públicos y ocasionalmente privados –cuyos recursos, nexos institucionales e intereses varían- a fin de resolver de manera puntual un problema políticamente definido como colectivo”. “Este conjunto de decisiones y acciones da lugar a actos formales, con un grado de obligatoriedad variable, tendentes a modificar el comportamiento de grupos sociales que, se supone, originan el problema colectivo a

¹⁵ BOUSSAGUET LAURIE, JACQUOT SOPHIE, RAVINET PAULINE (2009): *Diccionario de Políticas Públicas. Primera Edición en Castellano. Universidad de Externado de Colombia. Colombia, pág. 334.*

¹⁶ SUBIRATS, JOAN; KNOEPFEL, PETER; LARRUE CORINNE; VARONE, FREDERIC (2010): *Análisis y gestión de políticas públicas. Segunda Impresión. Editorial Planeta. Barcelona, pág. 37.*

resolver (grupos-objetivo), en el interés de grupos sociales que padecen los efectos negativos del problemas en cuestión (beneficiarios finales)”¹⁷.

Así pues, las Políticas Públicas, son “el conjunto de actividades de las instituciones de gobierno, actuando directamente o a través de agentes, dirigidas a tener una influencia determinada sobre la vida de los ciudadanos”.

Por su parte, *Pallares* señala que las “Políticas Públicas deben ser consideradas como un - procesos decisional-, un conjunto de decisiones que se llevan a cabo a lo largo de un plazo. Aunque la mayoría persiguen un impacto directo en el bienestar de la población”¹⁸.

“Por lo que la política pública incorpora pues decisiones correspondientes a todas y cada una de las etapas de la acción pública e incluye tantas reglas generales y abstractas (leyes, decretos, órdenes, etc.) tales como actos individuales y concretos producidos durante la ejecución de las mismas (decisiones administrativas, autorizaciones, subvenciones, etc.)”¹⁹.

Para los sustentadores de la escuela francesa, “las políticas públicas se entienden como el resultados de una serie de interacciones entre distintos actores políticos, sociales, e institucionales que buscan dar sostenibilidad, coherencia, integridad y legitimidad a las actuaciones del Estado, en un contexto donde el todo poderoso Estado de bienestar –ámbito histórico en el cual surge el discursos de políticas públicas- es reemplazado por otras formas de organización política y de intervención ciudadana en las decisiones sobre bienes colectivo”²⁰.

Manuel Tamayo Sáez, establece que “las políticas públicas son el conjunto de objetivos, decisiones y acciones que lleva a cabo un gobierno para solucionar los problemas que en un

¹⁷ SUBIRATS, JOAN; KNOEPFEL, PETER; LARRUE CORINNE; VARONE, FREDERIC (2010): *Análisis y gestión de políticas públicas. Segunda Impresión. Editorial Planeta. Barcelona, pág. 38.*

¹⁸ PALLARÉS, F.: *Las Políticas Públicas: El Sistema Político en acción en Revista de Estudios Políticos, 68, Pág.: 141-262*

¹⁹ SUBIRATS, JOAN; KNOEPFEL, PETER; LARRUE CORINNE; VARONE, FREDERIC (2010): *Análisis y gestión de políticas públicas. Segunda Impresión. Editorial Planeta. Barcelona, pág. 39.*

²⁰ BOUSSAGUET LAURIE, JACQUOT SOPHIE, RAVINET PAULINE (2009): *Diccionario de Políticas Públicas. Primera Edición en Castellano. Universidad de Externado de Colombia. Colombia, pág. 16.*

momento determinado los ciudadanos y el propio gobierno consideran prioritarios”. “Desde este punto de vista, las políticas públicas se puede entender como un proceso que se inicia cuando un gobierno o un directivo público detecta la existencia de un problema que, por su importancia, merece su atención y termina con la evaluación de los resultados que han tenido las acciones emprendidas para eliminar, mitigar o variar ese problema”²¹.

El Observatorio para las Políticas Públicas de América (OPPAL) se acoge a la definición de Política Pública dada por *Nocera, Lourdes Anabel*, conceptualización elaborada con base en Joan Subirats: “Las políticas públicas son un conjunto de decisiones formales que se hallan interrelacionadas, que dependen de la intención y decisión de un grupo de individuos e instituciones; pero que también pueden consistir en la inacción por parte de los poderes públicos, es decir, en la decisión de no actuar respecto de un tema o situación problemática que requeriría de su intervención. Consideraremos a las políticas públicas como la responsabilidad de los poderes públicos, es decir, aquellos que han sido investidos legal y legítimamente de poder para tomar decisiones obligatorias para el conjunto de la sociedad y actuar en favor del bien común”²².

De acuerdo al criterio de *Luis Aguilar*, “una política pública es un conjunto (secuencia, sistema, ciclo) de acciones, estructuradas en modo intencional y causal, en tanto se orientan a realizar objetivos considerados de valor para la sociedad o a resolver problemas cuya intencionalidad y causalidad han sido definidas por la interlocución que ha tenido lugar entre el gobierno y sectores de la ciudadanía; acciones que han sido decididas por las autoridades públicas legítimas; acciones que son ejecutadas por actores gubernamentales o por éstos en asociación con actores sociales (económicos, civiles), y; que dan origen o forman un patrón de comportamiento del gobierno y la sociedad”²³.

²¹ TAMAYO SÁEZ, MANUEL (1997): *El análisis de las políticas públicas en Bañón, Rafael y Carrillo, Ernesto (compiladores), La nueva administración pública, UCM-IUOG*

²² Así define políticas públicas el Observatorio para las Políticas Públicas de América. (OPPAL) (2016) http://www.oppal.deusto.es/servlet/Satellite/Page/1206981952085/_cast/%231206981952041%231206981952085/UniversidadDeusto/Page/PaginaCollTemplate

²³ AGUILAR VILLANUEVA, LUIS (2007): *Marco para el análisis de las políticas públicas, Conferencia pronunciada en el I Encuentro Presencial de la Maestría en Políticas Públicas Comparadas, enero 2007, FLACSO-México. Citado en Políticas Públicas y Sociología Política.*

*Lascoumes y Le Galés*²⁴ sostienen que “las políticas públicas no son algo dado que esté al albedrío de los funcionarios de gobierno, sino que son espacios de construcción política y social, donde participan otros actores que son afectados por estas”.

Como lo indica *Fred M. Frohok* (Public policy. Prentice-Hall, 1979), “las políticas públicas son patrones de acción que resuelven conflictos y proveen de incentivos a la cooperación”. “Los patrones de acción no actúan aisladamente, sino dentro del marco más general de los programas de gobierno. Así pues, son actos específicos de gobierno, instrumentados dentro de una práctica general”²⁵.

Para *Oszlak y O'Donnel*, Políticas Públicas es “un conjunto de acciones y omisiones que manifiestan una determinada modalidad de intervención del estado en relación con una cuestión que concita la atención, interés o movilización de otros actores en la sociedad civil. De dicha intervención puede inferirse una cierta direccionalidad, una determinada orientación normativa, que previsiblemente afectará el futuro curso del proceso social hasta entonces desarrollado en torno a la cuestión. De lo anterior se desprenden algunas consecuencias. En primer lugar, la política estatal no constituye ni un acto reflejo ni una respuesta aislada, sino más bien un conjunto de iniciativas y respuestas, manifiestas o implícitas, que observadas en un momento histórico y en un contexto determinados permiten inferir la posición del estado frente a una cuestión que atañe a sectores significativos de la sociedad”²⁶.

Finalmente, “políticas públicas es un conjunto de objetivos, decisiones y acciones que lleva a cabo una autoridad dotada de poder político y con legitimidad gubernamental para solucionar los problemas, que en un momento determinado, los ciudadanos, y/o el propio gobierno considera prioritarios”.

²⁴ LASCOUMES, PIERRE Y LE GALES, PATRICK (2004): *Gouverner par les instruments*. Paris: Presses de Sciences Po Gouvernances, pág. 4

²⁵ GUERRERO, OMAR: Políticas Públicas: *Una resurrección de la ciencia de la policía* en Revista Teoría y Praxis Administrativa. Volumen II y IV, Número 11,12 y 13. Julio 1989 a marzo 1990. Instituto de Administración pública de Nuevo León, A. C., pág. 42

²⁶ OSZLAK, OSCAR Y O'DONNEL, GUILLERMO (1981): *Estado y políticas estatales en América Latina: hacia una estrategia de investigación*. Dossier publicado por el Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES), Buenos Aires, Documento G. E. Clacson No. 4, pág. 112

A) Tipos de política pública

*Meny y Thoening*²⁷, establecen que “una política se presenta bajo la forma de un conjunto de prácticas y normas que emanan de uno o varios actores públicos”; es decir, “es la acción gubernamental en un determinado sector, cuyas características principales son: su *contenido*, como resultado de un proceso de trabajo y de acción; su *programa*, considerando el sector de intervención, el problema tratado y la constancia del sector del decisor público; su *orientación* normativa; su *competencia social*, definida por las disposiciones que afecten a los administrados o individuos; y su *factor de coerción*²⁸, dotado de la legitimidad de la autoridad legal”²⁹..

En este contexto, *Roth*³⁰ distingue cuatro tipos de políticas: distributivas, constitutivas, reglamentarias y redistributivas, las cuales pueden ser heterogéneas, ya que por sí solas no pueden ser analizadas... En las políticas distributivas, “la coerción opera directamente sobre el comportamiento de los individuos y es a la vez indirecta, por ejemplo un permiso para construir otorgado por el Estado”.

En cuanto a las políticas constitutivas o de infraestructura “la coerción opera sobre el entorno del comportamiento individual y es indirecta, por ejemplo, reglamentaciones que afectan al funcionamiento del sistema político”³¹. En las políticas reglamentarias “la coerción ejercida opera directamente sobre el individuo y su efecto es directo o inmediato”, por ejemplo el código de tránsito que busca regir comportamientos a través de la

²⁷ MENY, IVES Y THOENING JEAN-CALUDE (1992): *Las políticas públicas*. Barcelona: Editorial Ariel, pág. 88.

²⁸ La coerción se vincula con el atributo que Weber asignaba al Estado: el monopolio del uso legítimo de la fuerza. Se supone que las decisiones legítimamente tomadas desde el poder político están dotadas de coacción, vale decir, que su cumplimiento, en caso de no haber obediencia espontánea, puede ser exigido por la fuerza; aunque debe precisarse que se trata de un uso previamente normado, previsible y acorde al caso, de dicha fuerza. Esa posibilidad de cumplimiento coercitivo ocurre en la práctica por vía de excepción: no hay régimen que pueda enfrentar con éxito una desobediencia generalizada y prolongada a sus disposiciones (Arnoletto, 2007:12). (ARNOLETTO, EDUARDO (2016): *Glosario de conceptos políticos usuales*, Ed. EUMEDNET en <http://www.eumed.net/dices/listado.php?dic=3>)

²⁹ MENY, IVES Y THOENING JEAN-CALUDE (1992): *Las políticas públicas*. Barcelona: Editorial Ariel, pág.90-91.

³⁰ ROTH DEUBEL, ANDRÉ-NOËL (2007): *Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Ediciones Aurora, pág. 43

³¹ ROTH DEUBEL, ANDRÉ-NOËL (2007): *Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Ediciones Aurora, pág. 43

sanción”³². Finalmente, en las políticas redistributivas “la coerción actúa sobre el entorno del comportamiento del individuo y es directa”, por ejemplo, la política de jubilación donde se da una redistribución de los ingresos de un grupo social hacia otro³³.

Otro tipo de política serían las sectoriales, ya que las políticas públicas varían de acuerdo al área de su aplicación. Las políticas sectoriales “permiten ver cómo los problemas públicos pueden variar unos de otros tanto en contextos, tiempos y procedimientos”³⁴.

2. ETAPAS DE LA POLÍTICA PÚBLICA

La política pública pasa por una serie de secuencias lógicas, o *policy cycle*, donde se distinguen cinco fases: la identificación de un problema, la formulación de soluciones o acciones, la toma de decisión, la ejecución o la aplicación de la acción y la evaluación³⁵.

Roth establece que la crítica del ciclo de políticas se basa en la existencia de una lógica interpretativa en la ejecución de las políticas; lo que permite, a quien aplica, interpretar la norma a partir de sus valores, existiendo una multitud de interpretaciones de la misma³⁶. Por lo que cada etapa del ciclo de las políticas puede caer en una visión simplista del problema si se estudia netamente como un enfoque secuencial, ya que, por ejemplo, una decisión si puede ser tomada antes de que el “problema” haya sido planteado, o, peor aún, sin que el problema haya sido identificado.

³² ROTH DEUBEL, ANDRÉ-NOËL (2007): *Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Ediciones Aurora, pág. 43

³³ ROTH DEUBEL, ANDRÉ-NOËL (2007): *Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Ediciones Aurora, pág. 43

³⁴ AGUILAR, LUIS (1992): *Estudio Introductorio en El estudio de las políticas públicas*. Ed. L. Auilar. México D.F.: Miguel Ángel Porrúa.

³⁵ ROTH DEUBEL, ANDRÉ-NOËL (2007): *Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Ediciones Aurora.

³⁶ ROTH DEUBEL, ANDRÉ-NOËL (2007): *Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Ediciones Aurora, pág. 53

Las políticas son múltiples y dispersas, lo cual no permiten por si solas ser analizadas, y es cuando surge la necesidad de organizar las acciones públicas, donde la configuración de fuerzas posibilitan o no la ejecución de una política generalmente la que se establece es "la que tiene más poder". Sin embargo, según Muller³⁷ la "terminación de la política pública es con frecuencia un ejercicio escolar, donde los problemas políticos nunca son realmente resueltos, por ello, la culminación de un programa de acción gubernamental corresponde, muchas veces a una reorientación, o a la puesta en marcha de un nuevo programa con medios y objetivos diferentes".

A) Elaboración de la agenda

Grau³⁸, "establece la necesidad de estudiar las políticas públicas, lo cual contribuye a la mejora de las actividades gubernamentales; es decir, de la acción del gobierno y de sus resultados, programas y políticas. Es desde este enfoque que surge el análisis de los procesos y consecuencias de la evolución de las políticas públicas o *policy process*, al ser un instrumento utilizado en la actividad gubernamental, que permite diagnosticar problemas, plantear alternativas y tomar decisiones".

"Para que un problema social sea considerado un problema político, debe partir de una construcción social, cuya configuración dependerá de múltiples factores que se desarrollan dentro de un contexto determinado, donde la "cuestión no es saber si el problema es en sí político, sino demostrar los mecanismos concretos que determinan la inscripción de este problema en la agenda del decisor"³⁹.

La política se origina en la fase de identificación de problemas y de formación de la agenda. En esta etapa determinados aspectos de la realidad se convierten en problemas ante los que se reclama atención pública y, seguidamente, algunos temas de interés son considerados parte de la agenda de acción de los gobiernos y administraciones, siendo

³⁷ MULLER, PIERRE (2006): *Las políticas públicas*. Colombia: Ed Francesa, pág. 56.

³⁸ GRAU CREUS MIREIA Y MATEOS, ARACELIS (2002): *Análisis de políticas públicas en España: enfoques y casos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

³⁹ MULLER, PIERRE (2006): *Las políticas públicas*. Colombia: Ed Francesa, pág. 59

reconocidos por las autoridades como problemas que conciernen a las instituciones públicas⁴⁰.

Todo proceso de incluir un problema dentro de la agenda no es libre o neutro. El control⁴¹ es recurso del actor que se lo atribuye y su función consiste en “reducir la presión cuando crece demasiado, negociar una demanda, hacer aceptable la presión, formalizarla lograr que se la tome en cuenta según los códigos admitidos, tratar o no tal informe, o el orden mismo de la discusión”⁴².

“Para explicar el procedimiento de formulación de políticas, se debe comprender la complejidad y la dinámica de la agenda, entendida como la lista de los temas que están prestando atención los funcionarios del gobierno y quienes los rodean”⁴³, por lo que “la agenda puede ser considerada como un conjunto de procesos, incluyendo al menos: (1) el establecimiento de la agenda, (2) la especificación de las alternativas de las que la elección se hará, (3) una elección de esas alternativas y (4) la aplicación de la decisión”⁴⁴.

Cobb y Elder indican que entre las condiciones necesarias para que un problema sea incluido en una agenda gubernamental se debe tomar en cuenta: *i) la competencia*⁴⁵, generalmente en el momento de la inclusión de la agenda se observa la acción política de determinado actor, que no necesariamente es la autoridad pública responsable de determinadas esas actividades en su cartera, que de cierta forma traduce las presiones políticas; *ii) problema que merece la atención pública*, un desafío, una situación insatisfactoria es objeto de percepciones problemáticas, donde aparecen diferencias entre lo que es y lo que debería ser, por lo que esta situación resulta inaceptable y exige la acción

⁴⁰ MULLER, PIERRE (2006): *Las políticas públicas*. Colombia: Ed Francesa, pág. 37

⁴¹ El control de la agenda ha suscitado una serie de trabajos sobre el funcionamiento de los órganos legislativos (MENY, IVES Y THOENING JEAN-CALUDE (1992): *Las políticas públicas*. Barcelona: Editorial Ariel, pág. 123)

⁴² MENY, IVES Y THOENING JEAN-CALUDE (1992): *Las políticas públicas*. Barcelona: Editorial Ariel, pág. 123.

⁴³ KINGDON JOHN W. (2003): *Agendas, Alternatives, and Public Policies*. Addison-Wesley Educational Publishers, pág. vii

⁴⁴ KINGDON JOHN W. (2003): *Agendas, Alternatives, and Public Policies*. Addison-Wesley Educational Publishers, pág. 2-3

⁴⁵ Para Meny y Thoening el término competencia significa la autoridad pública que es percibida o se percibe a sí misma como capaz de prestar atención (MENY, IVES Y THOENING JEAN-CALUDE (1992): *Las políticas públicas*. Barcelona: Editorial Ariel, pág. 124).

política, que es asumida por los actores políticos; y *iii) problema en términos de acción pública*; es decir, la demanda de un problema debe ser formulada en términos de acción política y pública y no debe ser politizada publicitándose, a fin de que la autoridad pública pueda escucharla o tratarla⁴⁶.

Los actores deben dominar el problema para que el mismo sea incluido en la agenda. Pero el hecho de que el problema capte la atención gubernamental, no significa que la autoridad pública actuará:

“La atención es en todo caso susceptible de desembocar en la no acción, y esto por diversas razones. Así para la autoridad pública, el simple hecho de prestar atención a un «desafío» [...] “tiene valor de gesto políticamente significativo”. [...] “En el fondo, poco importa que se origine una acción. En su versión más maquiavélica, esta estrategia consiste en echar tierra sobre un «desafío», ahogándolo en procedimientos, dejándolo para más adelante, confiándolo a grupos de expertos encargados de desbrozarlo”⁴⁷.

B) Actores

De acuerdo a *Meny y Thoening*, “la agenda gubernamental es aquella a la que los actores políticos prestan atención. Estos actores se clasifican en: actores “influyentes” que están dentro del gobierno, como la administración, los funcionarios públicos, el Congreso, y el mismo presidente; y aquellos que están fuera del gobierno; entre ellos, los grupos de interés, académicos, medios de comunicación y la opinión pública”⁴⁸.

Además se diferencian actores visibles y ocultos, de este último forman parte especialistas, académicos e investigadores, funcionarios de carrera, personal del Congreso y nombrados

⁴⁶ MENY, IVES Y THOENING JEAN-CALUDE (1992): *Las políticas públicas*. Barcelona: Editorial Ariel, pág. 123-125

⁴⁷ MENY, IVES Y THOENING JEAN-CALUDE (1992): *Las políticas públicas*. Barcelona: Editorial Ariel, pág. 124

⁴⁸ MENY, IVES Y THOENING JEAN-CALUDE (1992): *Las políticas públicas*. Barcelona: Editorial Ariel, pág. 21

por la administración por debajo del nivel superior⁴⁹. *Kingdon*⁵⁰ indica que “los funcionarios gubernamentales que fijan su atención en un determinado problema en lugar de otro acarrear problemas de su atención. En términos de agenda coyuntural, la prensa tiene potencial de influencia, por ejemplo, dedicando la portada a un tema o silenciando en sus columnas a otro”⁵¹.

C) Problemas

Por lo general, hay diversos factores que inciden en la identificación de problemas y en la formación de la agenda; entre ellos, presión social, actividades de grupos de interés o élites políticas y procesos internacionales⁵². De ahí que estudiar esta etapa del *policy process* radica en la intención de “establecer el carácter de construcción social y política que tienen los problemas públicos”⁵³; es decir, los procesos de formación de la agenda.

Para que un problema sea considerado como tal, la gente debe estar convencida de que se requiere cambiar una situación. Los problemas pueden llegar a la agenda a través de la difusión de ideas en los círculos profesionales y entre las élites políticas, sobre todo, los burócratas, como producto de un proceso de acumulación gradual de conocimientos y perspectivas entre los especialistas en un ámbito político determinado; una crisis o un evento importante; cambios de estado de ánimo nacional; voluntades de la opinión pública; resultados electorales; cambios de administración; entre otros. Otros factores pueden ser causantes de algunos problemas no sean considerados dentro de la agenda como: el costo financiero de solucionarlo, la falta de aceptación del público, la oposición de poderosos intereses o simplemente porque son menos urgentes que otros⁵⁴.

⁴⁹ MENY, IVES Y THOENING JEAN-CALUDE (1992): *Las políticas públicas*. Barcelona: Editorial Ariel, pág. 68-69

⁵⁰ KINGDON JOHN W. (2003): *Agendas, Alternatives, and Public Policies*. Addison-Wesley Educational Publishers.

⁵¹ MENY, IVES Y THOENING JEAN-CALUDE (1992): *Las políticas públicas*. Barcelona: Editorial Ariel, pág. 123

⁵² MENY, IVES Y THOENING JEAN-CALUDE (1992): *Las políticas públicas*. Barcelona: Editorial Ariel, pág. 37.

⁵³ MENY, IVES Y THOENING JEAN-CALUDE (1992): *Las políticas públicas*. Barcelona: Editorial Ariel, pág. 38

⁵⁴ MENY, IVES Y THOENING JEAN-CALUDE (1992): *Las políticas públicas*. Barcelona: Editorial Ariel, pág. 21.

Kingdon (2003)⁵⁵ señala que “el solo hecho de reconocer un problema acuciante es suficiente que un tema gane un lugar destacado en la agenda política. Si se fracasa en resolver un problema, el resultado puede ser la frustración y una vuelta a una situación más manejable. Los problemas también pueden desaparecer simplemente porque la gente se acostumbre o porque la atención en él es inconstante”. *Kingdon* demuestra que los presupuestos constituyen un tipo especial de problema, ya que, a menudo, el presupuesto actúa como una restricción a la resolución de problemas. Sin embargo, la restricción presupuestaria está sujeta a una variedad de interpretaciones.

D) Ventana de oportunidad

Para que estos problemas sean incluidos en la agenda, debe abrirse una ventana de oportunidad. Esta surge cuando los problemas públicos, las alternativas políticas y las coyunturas políticas se cruzan. No surgen al azar, por ejemplo, los empresarios suelen ser persistentes y buscar ventanas de oportunidad para la acción de sus políticas.

Estas ventanas de oportunidad también suelen ser impredecibles y se abren, aunque sea solo por poco tiempo. Cuando un problema es reconocido, una solución está disponible, el clima político crea el momento adecuado para el cambio y las restricciones no prohíben la acción. La ventana de oportunidad es una opción para que los defensores de las propuestas impulsen sus soluciones y den respuesta a sus problemas⁵⁶. Es decir, cuando varias cosas se juntan al mismo tiempo, hay una confluencia de los intereses o existe una combinación de cosas. Pero esta ventana tiende a cerrarse cuando los participantes pueden sentir que han abordado el problema a través de la decisión.

El presidente y los funcionarios políticos tienen un impacto importante en la definición de la agenda, pero el Congreso es eficaz en la selección de alternativas. Los grupos de interés

⁵⁵ KINGDON JOHN W. (2003): *Agendas, Alternatives, and Public Policies*. Addison-Wesley Educational Publishers.

⁵⁶ KINGDON JOHN W. (2003): *Agendas, Alternatives, and Public Policies*. Addison-Wesley Educational Publishers.

y grupos de presión, académicos y consultores también son influyentes en la fase de especificación alternativa.

3. ANÁLISIS DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS A PARTIR DE SUS INSTRUMENTOS

De acuerdo a lo señalado por *March y Olsen*⁵⁷, “la vida política es condicionada por las instituciones, entendiéndolas como un conjunto relativamente estable de reglas y prácticas, incrustado en las estructuras de los recursos, que hacen posible la acción de las organizaciones, con fines comunes y creencias normativas”. Es por ello que las instituciones son concebidas como las disposiciones de organización, que se convierten en instrumentos de acción.

A) Instrumentos como instituciones

Los instrumentos de política pública inciden en los procesos de cambio de las políticas, ya que constituyen un dispositivo -técnico y social- que organiza las relaciones sociales entre el Estado y aquellos a los que se dirige, de acuerdo a las representaciones y significados.

*Lascoumes y Le Galès*⁵⁸ sostienen que los instrumentos son un tipo particular de institución que estructuran e influyen en las políticas públicas, dentro de la relación entre política-sociedad y sostenida por un concepto de regulación. Según los autores, los instrumentos son las instituciones en el sentido sociológico del término: “un conjunto coordinado de normas y procedimientos que rigen las interacciones y comportamientos de los actores y organizaciones”.

⁵⁷ MARCH JAMES G. Y OLSEN JOHAN P. (2006): *The Logic of Appropriateness*, en: M. Moran, M. rein, R. E. Goodin (Ed.), *The Oxford Handbook of Public Policy*. Oxford University Press.

⁵⁸ LASCOUMES, PIERRE Y LE GALES, PATRICK (2004): *Gouverner par les instruments*. Paris: Presses de Sciences Po Gouvernances, pág. 11-44, 357-369.

En ocasiones las instituciones determinan la forma en que los actores se van a comportar, y además, crean incertidumbres sobre los efectos de la balanza de poder, la cual eventualmente privilegia a determinados actores y a sus intereses. También impulsan una cierta representación de los problemas y permiten formas de acción colectiva para estabilizar y hacer que el comportamiento de los actores sea más previsible y visible⁵⁹.

B) Los instrumentos cambian la política

La importancia de analizar los intereses implicados en la elección de los instrumentos es siempre una buena idea en las Ciencias Sociales (*Peters, 2002 en Lascoumes y Le Galès, 2004*). Esto porque la política pública es un espacio construido a través de técnicas e instrumentos. Según *Lascoumes y Le Galès*, un instrumento de política pública constituye: un dispositivo que es a la vez técnica y social, que organiza las relaciones sociales específicas entre el Estado y los que va dirigido, de acuerdo con las representaciones y significados que lleva. Es un tipo particular de institución, un dispositivo técnico con el objeto genérico de llevar a un concepto concreto de la relación política sociedad y sostenida por un concepto de regulación.

Las políticas públicas se analizan desde la perspectiva de los instrumentos que estructuran políticas y que inciden en el “cambio de política”, en base a dos argumentos: *la instrumentación* donde cada instrumento constituye una forma condensada de conocimientos sobre el control social y formas de ejercerlo, y la concepción de que los instrumentos no son dispositivos neutros: porque estructuran una política pública de acuerdo con su propia lógica; es decir, son portador de valores, alimentados por una interpretación de lo social y por la precisión nociones del modo de regulación previstas⁶⁰.

Por lo tanto, la selección de los instrumentos de las políticas públicas y su modo de operación en lugar de ser funcionalista (como una cuestión de simples decisiones técnicas),

⁵⁹ LASCOUMES, PIERRE Y LE GALES, PATRICK (2004): *Gouverner par les instruments*. Paris: Presses de Sciences Po Gouvernances, pág. 11-44, 357-369.

⁶⁰ LASCOUMES, PIERRE Y LE GALES, PATRICK (2004): *Gouverner par les instruments*. Paris: Presses de Sciences Po Gouvernances, pág. 11-44, 357-369.

debe ser un análisis que lleve a la emisión de instrumentos apropiados (*Sabatier, 2000 en Lascoumes y Le Galès, 2004: 8*).

C) Instrumentación de la política pública

La instrumentación de la política pública, según *Lascoumes y Le Galès*⁶¹, tiene que ver con el conjunto de problemas que plantea la elección y utilización de los instrumentos y que permiten a la política del gobierno hacerla material y operativa. Es un medio que sirve para orientar las relaciones entre la sociedad política y la sociedad civil y se expresa por lo general de una forma estandarizada. La elección de un instrumento por parte de la autoridad se conoce como instrumentación de la política pública, es una cuestión política que estructurará en parte el proceso y sus resultados de tal manera que puede favorecer a los actores más poderosos y limitar a otros.

La mayoría de políticas públicas se define a través de sus instrumentos. Por otro lado, “la instrumentación aumenta los conflictos entre los diferentes actores, intereses y organizaciones”. “En la instrumentación generalmente los actores más poderosos son inducidos a apoyar la adopción de ciertos instrumentos en lugar de otros”⁶². Los efectos que tienen los instrumentos dependerán de la instrumentalización que se les dé.

Por lo tanto, la instrumentación de políticas públicas es un medio de orientar las relaciones entre la sociedad política (a través del ejecutivo administrativo) y la sociedad civil (a través de sus sujetos administrados), a través de intermediarios en forma de dispositivos que se mezclan los componentes técnicos (de medición, el cálculo, el Estado de Derecho, procedimiento) y los componentes sociales (representación, símbolos). Esta instrumentación se expresa en una forma -un paso obligado más o menos estandarizado para la política pública y combina obligaciones, las relaciones financieras (deducciones

⁶¹ LASCOUMES PIERRE, LE GALÈS PATRICK (2007): *Introduction: Understanding Public Policy through Its Instruments: From the Nature of Instruments to the Sociology of Public Policy Instrumentation en Governance 20 (1), 1-21.*

⁶² LASCOUMES, PIERRE Y LE GALES, PATRICK (2004): *Gouverner par les instruments. Paris: Presses de Sciences Po Gouvernances, pág. 11-44, 357-369.*

fiscales, la ayuda económica), y los métodos de aprendizaje sobre las poblaciones (observaciones estadísticas).⁶³.

En este sentido nos solo los actores alternos y subalternos participan en la instrumentación de la política, sino los actores intermediarios y el contexto en el que se encuentran.

D) Lógica de lo adecuado

La lógica de lo adecuado analiza cómo la acción humana se ha de interpretar, impulsada por reglas de comportamiento apropiado organizado en las instituciones. Se caracteriza no sólo por las técnicas o instrumentos a utilizar, sino también razona sobre los efectos que se buscan alcanzar. Estas reglas o “normas adecuadas de comportamiento incluyen tanto componentes cognitivos como normativos”⁶⁴ y se traducen en el comportamiento real a través de una interpretación constructiva. Las normas, comprendidas como la expresión de los roles individuales y colectivos, las identidades, derechos, obligaciones, intereses, valores, visiones del mundo, etc., permiten coordinar actividades simultáneas de tal manera que las hace coherentes entre sí y reduce la incertidumbre⁶⁵.

Es decir, las normas afectan el comportamiento. Uno de los principales factores que influyen en el comportamiento es el proceso mediante el cual algunas reglas son atendidas en una situación particular, dependiendo de la pertenencia a determinada comunidad o grupo político, la ética, la moral, las prácticas y las expectativas de sus instituciones que hacen lo que consideran apropiado en determinado contexto⁶⁶

⁶³ LASCOUMES, PIERRE Y LE GALES, PATRICK (2004): *Gouverner par les instruments*. Paris: Presses de Sciences Po Gouvernances, pág. 7.

⁶⁴ MARCH JAMES G. Y OLSEN JOHAN P. (2006): *The Logic of Appropriateness*, en: M. Moran, M. rein, R. E. Goodin (Ed.), *The Oxford Handbook of Public Policy*. Oxford University Press

⁶⁵ MARCH JAMES G. Y OLSEN JOHAN P. (2006): *The Logic of Appropriateness*, en: M. Moran, M. rein, R. E. Goodin (Ed.), *The Oxford Handbook of Public Policy*. Oxford University Press

⁶⁶ MARCH JAMES G. Y OLSEN JOHAN P. (2006): *The Logic of Appropriateness*, en: M. Moran, M. rein, R. E. Goodin (Ed.), *The Oxford Handbook of Public Policy*. Oxford University Press

Se deben entender también los factores que pueden fortalecer o debilitar la relación entre las reglas y acciones, ya que, según *March y Olsen*, “las personas tienen múltiples roles, por lo que las identidades, el número y variedad de reglas permiten que sólo una fracción de normas pertinentes sean asumidas en determinado momento y lugar”.

En este sentido, los actores pueden saber qué hacer, pero no son capaces de ejecutarlo, porque las reglas y las capacidades para desarrollarlas son incompatibles y, consecuentemente, los actores se encuentran limitados. Estas limitaciones surgen por la complejidad de las demandas sobre ellos, la capacidad de la organización, la distribución y regulación de los recursos, es decir; son limitados por la capacidad institucional para actuar adecuadamente, creando así una brecha entre las reglas de política prescritas, y los objetivos/capacidades para aplicar las normas y alcanzar los objetivos⁶⁷

En este contexto, el comportamiento político se ve afectado por las normas, las leyes y las instituciones, las cuales proporcionan parámetros para la acción en lugar de dictar una acción específica, en donde, a veces los actores desarrollan una “habilidad para adaptarse a las circunstancias cambiantes sin modificar las reglas básicas y las estructuras” (*Olsen, 2003, en March y Olsen, 2006*). Por ello, en un sistema de gobierno con instituciones legítimas, estables y bien definidas, es más probable que exista una relación directa y casi automática entre las normas y la acción. La acción es gobernada por una institución dominante con procedimientos claros y recursos suficientes; es decir, prescribe la acción realizable de forma inequívoca⁶⁸.

⁶⁷ MARCH JAMES G. Y OLSEN JOHAN P. (2006): *The Logic of Appropriateness*, en: M. Moran, M. rein, R. E. Goodin (Ed.), *The Oxford Handbook of Public Policy*. Oxford University Press

⁶⁸ MARCH JAMES G. Y OLSEN JOHAN P. (2006): *The Logic of Appropriateness*, en: M. Moran, M. rein, R. E. Goodin (Ed.), *The Oxford Handbook of Public Policy*. Oxford University Press

E) Instrumentos de política pública

Según *Lascoumes y Le Galès*⁶⁹, la elección de un determinado instrumento de política pública está íntimamente ligado al diseño de políticas; es decir, la selección de instrumentos y la dimensión de evaluación son indicadores muy eficaces para comprender y trazar el cambio de políticas en el tiempo, en este sentido proponen que los tipos de instrumentos pueden ser: reglamentarios, económicos y fiscales. Según *Lascoumes y Le Galès*, el instrumento tiene un alcance genérico, es decir, se pretende aplicar a los diversos problemas sectoriales que se movilizarán por las políticas que son muy diferentes en su forma y su justificación⁷⁰

Según *Howlett y Ramesh*⁷¹, “la categorización de los instrumentos de política se puede generar en un sistema parsimonioso, mediante el análisis de un número limitado de recursos que el gobierno puede emplear”. “Los instrumentos de política sirven para alcanzar un número relativamente limitado de fines políticos” (*Lasswell en Howlett y Ramesh, 2007: 88*).

Los instrumentos de política pública, entendidos como instituciones, se clasifican, de acuerdo con *Howlett y Ramesh*⁷², en tres tipos. Primero, los instrumentos basados en la organización, dentro de los cuales se encuentran: provisión directa, caracterizado porque el gobierno realiza determinada tarea por sí mismo, como la entrega de bienes y servicios; empresas públicas, entendidas como instrumentos de política que ofrecen una serie de servicios; organizaciones voluntarias, que implican las actividades que son realmente voluntarias; creación del mercado (herramientas como reglamentarias, financieras y de información para afectar a las actividades de mercado); y de reorganizaciones del gobierno, que implica “alterar los procesos políticos de tal manera que los gobiernos puedan

⁶⁹ LASCOUMES PIERRE, LE GALÈS PATRICK (2007): *Introduction: Understanding Public Policy through Its Instruments: From the Nature of Instruments to the Sociology of Public Policy Instrumentation en Governance 20* (1), 1-21

⁷⁰ LASCOUMES, PIERRE Y LE GALES, PATRICK (2004): *Gouverner par les instruments. Paris: Presses de Sciences Po Gouvernances*, pág. 6.

⁷¹ HOWLETT, MICHAEL Y RAMESH M. (2007): *Studying Public Policy: Policy Cycles and Policy Subsystems. Oxford: Oxford University Press. Chapter 4: “Policy Instruments”, pág. 87-117.*

⁷² HOWLETT, MICHAEL Y RAMESH M. (2007): *Studying Public Policy: Policy Cycles and Policy Subsystems. Oxford: Oxford University Press. Chapter 4: “Policy Instruments”, pág. 87-117.*

conservar su legitimidad o la capacidad de actuar” (*Howlett, 2000 en Howlett y Ramesh, 2007:102*).

Un segundo tipo de instrumentos de política son los instrumentos de base en la autoridad, dentro de los cuales se encuentran: comando y el reglamento de control, que se caracterizan por el proceso o la actividad en que el gobierno requiere o prohíbe ciertas actividades o comportamientos por parte de individuos e instituciones, a través de las agencias reguladoras (*Reagan, 1987: 17 en Howlett y Ramesh, 2007:103*); los de autorregulación, donde los gobiernos permiten a los actores no gubernamentales regularse a sí mismos; y, los comités de asesoramiento y organismos paraestatales, en el que los gobiernos también pueden utilizar sus recursos de autoridad para afectar los procesos políticos⁷³.

La última categorización corresponde a los: instrumentos de base en el tesoro, que se refiere a “todas las formas de transferencias financieras a las personas, empresas y organizaciones de los gobiernos o de otras personas, empresas u organizaciones bajo la dirección del gobierno”⁷⁴, dentro de esta tipología se encuentran: las subvenciones, incentivos fiscales y préstamos; los desincentivos financieros; el interés de financiación del grupo; las campañas de información pública, en donde el gobierno pone a la información con la expectativa de que los individuos y las empresas modifiquen su comportamiento de la manera deseada; de exhortación; y, las comisiones de investigación, y la legislación de la información, cuyo objetivo es “alterar la naturaleza de las percepciones de los actores en los subsistemas de políticas con el fin de manipular la naturaleza de los procesos políticos actuales y futuros (*Termeer y Koppenjan, 1997 en Howlett y Ramesh, 2007: 115*).

⁷³ HOWLETT, MICHAEL Y RAMESH M. (2007): *Studying Public Policy: Policy Cycles and Policy Subsystems*. Oxford: Oxford University Press. Chapter 4: “Policy Instruments”, pág. 106.

⁷⁴ HOWLETT, MICHAEL Y RAMESH M. (2007): *Studying Public Policy: Policy Cycles and Policy Subsystems*. Oxford: Oxford University Press. Chapter 4: “Policy Instruments”, pág. 108.

4. ELEMENTOS QUE INFLUYEN EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Para Pierre y Peters⁷⁵, la gobernanza permite repensar el rol del Estado, donde aquellos fuertes han desarrollado una *capacidad de adaptación* a los cambios, mientras los Estados débiles no tienen la habilidad de identificar los patrones de intercambio de cooperación público privada. Esta capacidad de adaptación del Estado radica en dos factores, 1) *la adaptación a los cambios externos*, a través de una modificación de las instituciones y de los procesos para mantener y mejorar la capacidad de gobierno; y 2) *la capacidad de actuar*, derivada de las evaluaciones constitucionales y legales de las instituciones. Por consiguiente, un Estado fuerte es menos adaptable que otros, pues debido a su centralidad tiene menos contacto con la sociedad; es decir, tiene menores interacciones de sus instituciones con el entorno.

De ahí que exista una interdependencia de las políticas públicas con otros actores, instituciones y fenómenos, dado que “la acción pública evoluciona bajo el efecto de fenómenos concomitantes, como son la globalización, la incidencia de la sociedad civil, y la descentralización de los mecanismos de poder”⁷⁶.

A) Globalización

La globalización entendida como “sinónimo de movilidad de capital con el objetivo de mantener altos niveles de inversión para el crecimiento económico de un Estado”⁷⁷, ejerce una fuerte presión sobre las políticas públicas; así como también, disminuye la capacidad

⁷⁵ PIERRE, JHON Y GUY, PETERS B.: (2000): *Governance, Politics and the State*. London, Macmillan Press, pág. 164.

⁷⁶ FONTAINE, GUILLAUME (2010): *Petropolítica: una teoría de la gobernanza energética*. Quito: FLACSO - Sede Ecuador, Abya – Yala, Instituto de Estudios Peruanos, pág. 104.

⁷⁷ HAY, COLIN (2006): *Globalization and Public Policy in: M. Moran, M. Rein, R.E. Goodin (Ed.), The Oxford Handbook of Public Policy*. Oxford University Press, pág. 589

de formulación de la política pública y autonomía del Estado-Nación, generando un desplazamiento de las funciones públicas a órganos cuasi-Políticos⁷⁸.

De acuerdo con *Hay*, la globalización es vista como un obstáculo más que como una oportunidad en términos de política pública, puesto que restringen a la política interna a través de varios mecanismos. Sin embargo, *Pierre y Peters* sostienen que, no es que la globalización ha destruido la capacidad de gobernar de los estados, sino que existen más complejidades que son asumidas y analizadas por la gobernanza⁷⁹.

Es por ello que, se entiende a las políticas públicas como una variable dependiente, es decir que está sujeta a las variaciones de las variables independientes, como las instituciones, estructura demográfica y territorial, modo de gobierno, sistema económico, o la globalización, ya que una difusión de un modelo de política entre varios países es entendida como una forma de adaptación del Estado a la globalización, inserto en una política global con riesgos y problemas. En este sentido es necesario el apoyo de otro tipo de variables “explicativas” que se articulan a partir de las perspectivas teóricas y que se establecen a priori. *Grau* señala que “esto puede condicionar la investigación”, a menos de que se realice una investigación científica que explique la realidad con apoyo en un método científico, de recogida y de análisis de datos, con claridad en la presentación de los resultados, y la generalización y lógica interna de los conceptos que son sujetos de evaluación crítica y comprobación por parte de la comunidad científica⁸⁰.

⁷⁸ HAY, COLIN (2006): *Globalization and Public Policy in: M. Moran, M. Rein, R.E. Goodin (Ed.), The Oxford Handbook of Public Policy. Oxford University Press, pág. 589*

⁷⁹ PIERRE, JHON Y GUY, PETERS B.: (2000): *Governance, Politics and the State. London, Macmillan Press, pág. 192.*

⁸⁰ GRAU CREUS MIREIA Y MATEOS, ARACELIS (2002): *Análisis de políticas públicas en España: enfoques y casos. Valencia: Tirant lo Blanch*

B) Respuesta del Estado

Desde el punto de vista institucional, el desarrollo del Estado⁸¹ moderno en reacción a los factores externos, fue en gran medida una cuestión de elaboración de estructuras, instrumentos y procesos, orientados a asumir las responsabilidades en la actividad pública⁸², en donde las decisiones políticas y los procesos son determinados por procesos nacionales y globales institucionalizados, en el sentido de rutinización y de consolidación de hábitos y de reglas que inciden en las políticas.

Un Factor para enfrentar la incertidumbre es la legitimidad del Estado, ya que un gobierno respaldado por la ciudadanía va a determinar el grado de legitimidad de la política, que es una consecuencia de legitimación de la acción del Estado.

5. LA POLÍTICA PÚBLICA COMO RESULTADO DE LA GOBERNANZA

A) Concepto de Gobernanza

Si partimos de que la política pública se entiende como el quehacer del Estado, la forma como esta política se presenta responde al cómo se institucionalizan los problemas dentro de una agenda política. Tomando en cuenta que los problemas son el resultado de las interacciones que existen entre los actores interesados en determinada situación y su forma de regulación.

En este tenor, la gobernanza estudia la regulación de las interacciones entre los actores, a través de un acercamiento a factores: *diversos, complejos y dinámicos*. Los *diversos*

⁸¹ El Estado es entendido como: proveedor de bienestar, el principal agente para el desarrollo de infraestructura, mediador en el conflicto entre los intereses organizados o como un protector de estrategias comerciales en las negociaciones internacionales (PIERRE, JHON Y GUY, PETERS B.: (2000): *Governance, Politics and the State*. London, Macmillan Press, pág. 164.)

⁸² GRAU CREUS MIREIA Y MATEOS, ARACELIS (2002): *Análisis de políticas públicas en España: enfoques y casos*. Valencia: Tirant lo Blanch

factores son las características particulares de los elementos del sistema, como resultado de un sinnúmero de actores, situaciones y problemas; por ejemplo, las intenciones y potestades de los actores políticos y sociales. Los factores *complejos* permiten entender el esquema de las relaciones entre las partes de un sistema, el conjunto y su entorno, donde lo que se analiza son las interrelaciones o estructuras entre los distintos niveles de acción. Los factores *dinámicos* surgen de las tensiones que existen en un sistema y entre sistemas, sometidos al constante movimiento de un estado a otro por los factores que inciden en ellos.⁸³.

Según *Fontaine*⁸⁴, “la complejidad se aplica a los niveles de interdependencia entre los actores, mientras que el dinamismo, es producido por las interacciones, y la diversidad resulta del hecho del que los actores, de sus representaciones del mundo y del sentido que dan a su actuar”.

Tomando en cuenta esto, los factores que posibilitan la acción de la política pública afectan las relaciones entre Estado y sociedad, cambiando el modo de gobierno unilateral por uno multilateral, según el cual la calidad del sistema pasa por el reconocimiento recíproco de los otros actores, de las necesidades comunes, así como de las capacidades para resolverlas, a través de arreglos institucionales; para finalmente entender cómo funciona un sistema político social⁸⁵.

Una forma de definir gobernanza sería como “un sistema de administración en red, en la que actores públicos y privados comparten la responsabilidad de definir políticas y regular y proveer servicios. Por lo que una variedad de actores, tanto gubernamentales como no gubernamentales, tales como empresas, organizaciones, asociaciones profesionales, entidades no lucrativas, se incorporan a la toma de decisiones públicas de maneras muy diferentes. Tomando en cuenta la perspectiva del principio de participación, todos aquellos

⁸³ KOOIMAN, JAN (2006): *Governing as Governance*. Londres. Sage Publications, pág. 18

⁸⁴ FONTAINE, GUILLAUME Y NARVÁEZ, IVÁN (2007): *Problemas de la gobernanza ambiental en el Ecuador. En Yasuní en el siglo XXI. El Estado ecuatoriano y la conservación de la Amazonía*, Guillaume Fontaine e Iván Narváez (coords.). Quito: FLACSO-Ecuador, IFEA, Abya-Yala, Petrobras, CEDA, WCS, pág. 19.

⁸⁵ KOOIMAN, JAN (2006): *Governing as Governance*. Londres. Sage Publications, pág. 18

actores que ostenten intereses, recursos o visiones deberán poderse incorporar en las redes de acuerdo con las normas y pautas que en cada momento se establezcan”.

En el ámbito de las políticas públicas, la gobernanza está ligada al gobierno. La noción de Gobernanza emerge frente al diagnóstico de una “incapacidad” de los gobiernos para responder a los problemas que le son sometidos a consideración y para adaptarse a las nuevas formas de organización social, económica y pública.

Podemos definir la gobernanza como “un proceso de coordinación de actores, de grupos sociales, de instituciones, con el ánimo de alcanzar objetivos definidos y discutidos colectivamente. A los que nos referimos, entonces, a un conjunto de instituciones, de redes, de directivas, de reglamentos, de normas, de usos políticos y sociales, así como a actores públicos y privados que contribuyen a la estabilidad de una sociedad y de un régimen político, a su orientación, a la capacidad de dirigir y de proporcionar los servicios y asegurar su legitimidad”⁸⁶.

Otra forma de definición sería que la gobernanza se refiere a “la formación de reglas que reducen los costos de transacción y mejoran la eficiencia de las políticas públicas mediante la organización de la competencia entre agencias. Los temas de la gobernanza se limitan a la coordinación y a la eficiencia de la acción colectiva para corregir las fallas del mercado”⁸⁷.

“La gobernanza negociada se define como un mecanismo que permite a los actores llegar a decisiones recíprocamente satisfactorias y vinculantes, y resolver conflictos por medio de la negociación y la cooperación”⁸⁸.

⁸⁶ BOUSSAGUET LAURIE, JACQUOT SOPHIE, RAVINET PAULINE (2009): *Diccionario de Políticas Públicas. Primera Edición en Castellano. Universidad de Externado de Colombia. Colombia, pág. 261.*

⁸⁷ BOUSSAGUET LAURIE, JACQUOT SOPHIE, RAVINET PAULINE (2009): *Diccionario de Políticas Públicas. Primera Edición en Castellano. Universidad de Externado de Colombia. Colombia, pág. 263.*

⁸⁸ BOUSSAGUET LAURIE, JACQUOT SOPHIE, RAVINET PAULINE (2009): *Diccionario de Políticas Públicas. Primera Edición en Castellano. Universidad de Externado de Colombia. Colombia, pág. 264.*

La gobernanza significa “una nueva forma de gobernar siendo más cooperativa, en la que las instituciones públicas y las no públicas, actores públicos y privados, participan y cooperan en la formulación y aplicación de la política y las políticas públicas”, “El surgimiento de la gobernanza supone un cambio en las maneras tradicionales de proceder por parte de los poderes públicos. La asignación imperativa, la dirección jerárquica y el control de los procesos políticos están siendo sustituidos por nuevas formas de regulación basadas en la negociación y la coordinación e, incluso, la persuasión, mediante las cuales los responsables públicos tratan de movilizar recursos políticos dispersos entre actores públicos y privados”⁸⁹.

La gobernanza implica una forma nueva y diferente de gobernar caracterizada por lo interacción entre una pluralidad de actores, las relaciones horizontales, la búsqueda del equilibrio entre poder público y sociedad civil y la participación en el gobierno de la sociedad en general, y no de un único actor, sea éste político, económico, social o cultural. De aquí que el interés por usar el concepto de gobernanza radique en su capacidad de englobar todas las instituciones y relaciones implicadas en los procesos de gobierno⁹⁰.

El enfoque o concepto de gobernación/gobernanza, particularmente cuando se habla de “nueva gobernanza” (*new governance*), comenzó a significar el proceso que la sociedad contemporánea sigue para definir sus valores y objetivos de convivencia y coordinarse para hacerlos reales, con la característica resaltada de que incluyen y valoran las formas de auto organización y autogobierno de la sociedad en razón de su real o supuesta productividad y utilidad (particular o hasta general) y que éstas se eslabonan con las actividades de la dirección gubernamental, la cual adquiere naturalmente perfiles más horizontales, interactivos y asociativos⁹¹.

⁸⁹ CERRILLO I MARTÍNEZ, AGUSTÍ (2005): *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia. Instituto Nacional de Administración Pública (Estudios Goberna)*, 1ra. Edición. Madrid.

⁹⁰ CERRILLO I MARTÍNEZ, AGUSTÍ (2005): *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia. Instituto Nacional de Administración Pública (Estudios Goberna)*, 1ra. Edición. Madrid.

⁹¹ AGUILLAR VILLANUEVA, LUIS F. (2006): *Gobernanza y gestión pública*. Fondo de cultura económica. México, pág. 89

Por gobernación/gobernanza se entiende hoy, espontáneamente, el proceso o conjunto de acciones mediante el cual el gobierno dirige o conduce a la sociedad. Pero examinada a fondo, la dirección de la sociedad supone e implica definición de objetivos comunes, la aceptación social suficiente de los mismos, la participación directa e indirecta de la colectividad en la realización de los objetivos comunes y la coordinación de las múltiples acciones de los actores sociales para posibilitar y/o asegurar su realización⁹².

Entiendo por gobernación/gobernanza el “proceso mediante el cual los actores de una sociedad deciden sus objetivos de convivencia –fundamentales y coyunturales- y las formas de coordinarse para realizarlo: su sentido de dirección y su capacidad de dirección. El concepto implica dos dimensiones fundamentales de la vida humana en sociedad: la intencionalidad social, el rumbo y la capacidad social de transformar los propósitos o intenciones en realidades concretas”⁹³.

Por otro lado, es “el proceso mediante el cual se define la manera como se dividirá el trabajo y se distribuirá la autoridad y la responsabilidad entre los varios agentes sociales a fin de que se contribuyan con sus recursos, competencias, especializaciones, destrezas, acciones y productos que deben realizar los objetivos sociales deseados. La dimensión valorativa de la sociedad deseada, intencionada, se plasmara en normas (éticas, jurídicas) de convivencia, a fin de asegurar la cohesión social, mientras la dimensión factual se plasmara en normas técnicas y en procedimientos gerenciales a fin de asegurar la realización de lo deseado”⁹⁴.

La gobernación/gobernanza es este sentido, “un proceso de la dirección de la sociedad, cuyo despliegue, modo y alcance de actividades está estructurado por un orden normativo, que incluye desde principios valorativos de la existencia humana y normas jurídicas de comportamiento de los miembros de la sociedad hasta normas técnicas para efectuar los

⁹² AGUILLAR VILLANUEVA, LUIS F. (2006): *Gobernanza y gestión pública*. Fondo de cultura económica. México, pág. 90

⁹³ AGUILLAR VILLANUEVA, LUIS F. (2006): *Gobernanza y gestión pública*. Fondo de cultura económica. México, pág. 90

⁹⁴ AGUILLAR VILLANUEVA, LUIS F. (2006): *Gobernanza y gestión pública*. Fondo de cultura económica. México, pág. 91

objetivos y procedimientos y estándares de dirección, gerencia y operación para estar en condiciones de realizarlos. Por consiguiente, gobernanza es un proceso estructurado institucional y técnicamente en sus actividades de definición del sentido de dirección y de realización del sentido, que articula las instituciones con las prácticas políticas y con los procedimientos técnicos del análisis y de la gestión”⁹⁵.

Por consiguiente, “la gobernanza en tanto proceso de construcción social de la dirección de la sociedad es un proceso mayor, que engloba la acción del gobierno y delimita (configura, estructura) el ejercicio gubernativo del gobierno: sus roles, facultades, instrumentos y alcance, su modo de conducirse y conducir. La gobernanza es entonces un proceso superior al actuar del gobierno, en tanto lo contiene y sobre determina”⁹⁶.

La Organización para la Cooperación de Desarrollo Económico (OCDE) (2000) define la gobernanza como: “la suma de las numerosas maneras como los individuos y las organizaciones públicas y privadas dirigen/manejan asuntos comunes. Se trata de un proceso permanente de ajuste entre sus intereses diversos o en conflicto y de impulsos a acciones de cooperación. Por consiguiente, incluye las instituciones formales y los organismos encargados de asegurar su observación, así como los arreglos informales que las gentes y las instituciones pactan o consideran de su interés y utilidad”. Más recientemente la OCDE la define como: “el proceso mediante el cual los ciudadanos resuelven colectivamente sus problemas y responden a las necesidades de la sociedad, empleando al gobierno como instrumento”⁹⁷.

El Programa de la Naciones Unidas para el desarrollo –PNUD-(1997), señala y acentúa, a la manera OCDE, que, “la gobernación contemporánea consiste en un proceso que incluye la interacción/asociación multimodal entre el gobierno y los actores (económicos y no) de la sociedad civil, entre actores gubernamentales y no gubernamentales”. La gobernación

⁹⁵ AGUILLAR VILLANUEVA, LUIS F. (2006): *Gobernanza y gestión pública*. Fondo de cultura económica. México, pág. 92

⁹⁶ AGUILLAR VILLANUEVA, LUIS F. (2006): *Gobernanza y gestión pública*. Fondo de cultura económica. México, pág. 93

⁹⁷AGUILLAR VILLANUEVA, LUIS F. (2006): *Gobernanza y gestión pública*. Fondo de cultura económica. México, pág. 128-129

acertadamente consiste en “conjunto de mecanismos, procesos, relaciones e instituciones mediante los cuales los ciudadanos y grupos articulan sus intereses, ejercen sus derechos y obligaciones, concilian diferencias...” Tres son las instancias importantes de gobernación para lograr el desarrollo humano sustentable, a saber: “el Estado (las instituciones políticas gubernamentales), las organizaciones de la sociedad civil y el sector privado”. El sistema de gobernación es la estructura institucional formal y organizativa del proceso de decisión vinculante del Estado moderno, en la que concurren, influyen y se ajustan mutuamente gobierno, empresa privada y agrupaciones sociales⁹⁸.

Según el libro de Salomón, *The Tools of Governance. A guide to the new Governance*, como se cita en Le Galès, (2009), “la gobernanza no ha reemplazado al gobierno”, la gobernanza incluso la *new governance* no es solo una articulación entre redes o un problema de coordinación de actores múltiples al menor costo. Ésta suscita reflexiones sobre las decisiones colectivas, los valores, el debate controversial, el enfrentamiento entre intereses diversos, el interés general, la legitimidad, la democracia, en resumen la política⁹⁹.

Kooiman define: ...“Que no toda estructura de gobernanza es capaz de producir gobernabilidad. Tampoco toda gobernabilidad garantiza desarrollo. El análisis de la gobernabilidad de un sistema implica el de su gobernanza, es decir, el descubrimiento del mapa de actores, sus expectativas, sus conflictos y las estructuras de procesos de su interacción. Ese análisis nos describe los equilibrios de poder y distributivos y subyacentes a las estructuras y procesos de gobernanza, así como, los conflictos actuales y potenciales entre los actores estratégicos, incluidos los emergentes”¹⁰⁰.

Hyden, partiendo de una perspectiva politológica ha desarrollado un concepto de “governance”, basado en el concepto de “régimen” la define como una convención para

⁹⁸ AGUILLAR VILLANUEVA, LUIS F. (2006): *Gobernanza y gestión pública*. Fondo de cultura económica. México, pág. 129.

⁹⁹ RODRÍGUEZ BERNAL, NANCY PATRICIA (2012): *Tesis La Gobernanza Negociada como base para la construcción de políticas públicas territoriales en el marco de análisis de la industria petrolera en Colombia. Colombia*.

¹⁰⁰ ASTOCAZA.PONCE, NELLY E. (2010): *El Paradigma Emergente de la Gobernanza y sus Posibilidades para el Replanteamiento de la Gestión Pública y de la Democracia en el Perú*. <http://www.eumed.net/rev/cccss/08/neap.htm>

designar “las normas explícitas e implícitas que definen quienes son los actores políticos relevantes y a través de que canales y con qué recursos se posicionan activas y políticamente”. Basada en la definición de Guillermo O’ Donnell. “Un régimen no es un conjunto de actores políticos, sino más bien un conjunto de reglas fundamentales sobre la organización del espacio público. Esta noción de espacio público comprende tanto al estado como a la sociedad civil y traza la línea divisoria entre público y privado. La governace concierne a la institucionalización de los valores normativos y proveer cohesión de los miembros de una sociedad. Esto implica que es imposible que pueda emerger un estado fuerte en ausencia de una sociedad civil vibrante”¹⁰¹.

B) Modos de gobernanza

La política surge como resultado de innumerables de interacciones que no se regulan en función de un tipo de Estado sino en función de un modo de gobernanza. Hay tres modos de gobernanza: la auto-gobernanza *self-governing*, la co-gobernanza *cogoverning*, y la gobernanza jerárquica *hierarchical governing*. La auto-gobernanza está relacionada con la capacidad de los actores de gobernarse de forma autónoma, concentran el poder independientemente del contexto. La co-gobernanza es de carácter igualitario y compartido entre el Estado y los actores; y la gobernanza jerárquica es de carácter dirigista sobre el control desde el Estado hacia a otros actores¹⁰².

Según *Kooiman*, finalizando los años ochenta y a inicios de los noventa, la gobernanza autónoma fue ideológicamente popular. La co-gobernanza desde un punto de vista metodológico tuvo su relevancia y a mediados de los años noventa, nace la gobernanza jerárquica, en vista de que se percibía la necesidad de un gobierno fuerte, caracterizado por definir una orientación a todas las etapas de la acción pública, para cumplir sus objetivos a través de la creación de instrumentos que le permitan tener control sobre el proceso de la política.

¹⁰¹ ASTOCAZA.PONCE, NELLY E. (2010): *El Paradigma Emergente de la Gobernanza y sus Posibilidades para el Replanteamiento de la Gestión Pública y de la Democracia en el Perú*. <http://www.eumed.net/rev/cccss/08/neap.htm>

¹⁰² KOOIMAN, JAN (2006): *Governing as Governance*. Londres. Sage Publications.

De acuerdo a *Kooiman*, “las interacciones que se producen en el sistema, se regulan en función de un modo de gobernanza, y están basadas en el reconocimiento de su interdependencia, como la expresión de un equilibrio dinámico que tiene que ver con el nivel de exigencias de la sociedad y la capacidad de los gobiernos para atenderlas. Para ello, se definen prioridades en las políticas públicas, ya que, ningún actor por sí solo puede solucionar problemas complejos, dinámicos y diversos; por lo tanto, el sistema de gobernanza debe tener la capacidad de generar y preservar las condiciones para que los actores puedan enfrentar una diversidad de soluciones, entre ellas, la institucionalización de acuerdos”¹⁰³.

¹⁰³ KOOIMAN, JAN (2006): *Governing as Governance*. Londres. Sage Publications.

III. APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y DESARROLLO DE LA FIGURA DEL FIDEICOMISO

Haremos una introducción a la figura del fideicomiso iniciando, en un principio, de una perspectiva histórica, la cual se ha caracterizado por tener distintas manifestaciones de figuras antecesoras al fideicomiso actual, adoptando diferentes denominaciones, definiciones y múltiples usos.

Para entender su importancia, realizamos esta revisión a través del tiempo y del espacio, se expondrán los antecedentes que le dieron origen a esta figura, haremos visible la génesis y el desarrollo de la institución objeto de este estudio. Cada conocimiento adquirido nos ayudará a tener una visión más clara de ésta figura jurídica que ha sido grandemente utilizada, en el transcurrir de su existencia.

“Sin duda a través de los fundamentos históricos se comprenderá su esencia”¹⁰⁴, los cuales nos ayudarán a aplicar los conocimientos de una manera más efectiva.

Reconocemos que hablamos de una figura controvertida, más que abandonada, recreada en diferentes contextos para traer soluciones y certezas a problemas de implementación de negocios jurídicos¹⁰⁵, no sólo a nivel privado sino también, grandemente utilizada, en el sector público.

¹⁰⁴ BARBIEREI, JAVIER: *El fideicomiso desde sus orígenes hasta el Derecho actual* en Revista Impuestos, Buenos Aires, t. 2000-A, p. 1350.

¹⁰⁵ VILLAGORDOA LOZANO, JOSÉ MANUEL (2003): *Doctrina General del Fideicomiso*, 4ta ed., Porrúa, México, pág. 103.

1. DERECHO ROMANO

Como tantas otras instituciones del Derecho privado contemporáneo, la historia del fideicomiso arranca de la experiencia jurídica romana, cuya dilatada vida se ha prolongado hasta el momento presente; Por lo que no sería posible entender la formación y el desarrollo del derecho continental europeo y particularmente del francés, sin reconocer la influencia significativa que tuvo el derecho romano.

Recordemos el papel jugado por Napoleón I, quien designó una comisión, en aquella época, para la preparación del Código Civil, que vino a soportar buena parte de las legislaciones civiles de occidente en los dos últimos siglos, la cual tuvo, entre sus fuentes, el estudio del derecho romano que se había realizado en Francia desde principios del siglo XIII con base en la compilación justiniana.¹⁰⁶

Justiniano hizo un gigantesco trabajo, pero ésta compilación dejó fuera importantes figuras utilizada en el período clásico del derecho romano, en algunos casos, y en otros, aportaron al conocimiento de la figura sus propias interpretaciones, como es el caso de la figura *fiducia*, que a través de la historia fue sustituida por la figura *pignus*¹⁰⁷, destacando la función de garantía como la relevante en la institución fiduciaria, en el sentir de quienes interpolaron los textos¹⁰⁸¹⁰⁹.

¹⁰⁶ ALVAREZ CORREA, EDUARDO (1976): *Curso de Derecho Romano*. Ed. Pluma, Bogotá, pág. 109.

¹⁰⁷ VOLTERRA, EDUARDO (1986): *Instituciones de derecho privado romano*. Ed. Civitas. Madrid, pág. 488-489. Al referirse a la fiducia, Volterra sostiene que “en realidad se trata de un instituto cuya historia y evolución no es fácil de describir y cuya tutela judicial se produce relativamente tarde, parece que por obra del pretor. La dificultad de su reconstrucción aumenta por el hecho de que los textos clásicos contenidos en el Digesto, y que lo mencionaban, fueron sistemáticamente interpretados por los compiladores, sustituyendo la palabra *fiducia* por el término *pignus*.”

¹⁰⁸ KUNKEL, WOLFGANG (1991): *Historia del derecho romano*. Ed. Ariel, Barcelona, pág. 179. VENTURA SILVA, SABINO (2006): *Derecho Romano. Curso de Derecho Privado*. 7ma edición. Ed Porrúa, pág.252.

¹⁰⁹ El propio Justiniano nos informa (Cons, Tanta 10) que su comisión codificadora efectuó numerosas modificaciones de mucha importancia en el contenido de los textos de los manuscritos clásicos para adaptarlos a las necesidades de la época y a las finalidades de la codificación.

Indiscutiblemente, el derecho romano mostró su propio y extenso desarrollo a través de una historia de más de doce siglos, esto es prácticamente el mismo tiempo que transcurrió entre la caída del Imperio Romano de Occidente, a finales del siglo V de la era cristiana a la muerte de Justiniano, casi un siglo después, y la expedición del Código Napoleón a comienzos del siglo XIX¹¹⁰.

En la historia de Roma se conocen 4 períodos, todo parece apuntar que las primeras expresiones de la figura fiducia corresponden al período inicial, llamado arcaico, que corresponde desde sus orígenes, alrededor del año 753 a. C. hasta la publicación de las XII Tablas, alrededor del año 450 a. C.; la mayor parte de ésta época fue una monarquía absoluta y su costumbre fue la principal fuente de derecho. Su uso se extendió en la época de la República hasta la fundación del Imperio con Augusto en el año 27 a. C. con un constante desarrollo hasta la muerte de Justiniano en el año 565 d. C.¹¹¹. “En la época post clásica no tiene ya aplicación; y los compiladores sustituyen sistemáticamente este contrato por la prenda o hipoteca o por el depósito o el comodato”¹¹².

En la época romana, la figura *mancipatio* o *la in jure cesio*¹¹³ era utilizada para transferir o traspasar propiedad o bienes de una persona a otra, la persona que lo recibía tenía la obligación de devolverla cuando era cumplida su finalidad. Sus principales aplicaciones eran de formas contractuales o acuerdos de voluntades.

En éste contexto del derecho romano, se podía identificar las dos principales formas de la fiducia¹¹⁴: las cuales eran el *pactum fiduciare cum amico* y el *pactum fiduciae cum creditore*. Siendo más antigua la primera que la segunda, denominándose fiducia pura o fiducia-

¹¹⁰ RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO (2005): *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*, 1a ed., Legis Editores, Colombia, pág. 2

¹¹¹ RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO (2005): *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*, 1a ed., Legis Editores, Colombia, pág. 4.

¹¹²GARCÍA GARRIDO, MANUEL DE JESÚS (1984): *Derecho privado romano*, 2a ed., revisada, Dykinson, Madrid, pág. 361.

¹¹³ PETIT, EUGENE (1995): *Tratado de Derecho Romano*. Ed. Porrúa, S. A. México.

¹¹⁴ RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO (2005): *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*, 1a ed., Legis Editores, Colombia, pág. 5.

gestión y la segunda se le denominaba fiducia-garantía¹¹⁵. Adicionalmente, dentro del contexto del derecho sucesoral también se desarrolló el *fideicommissum*, como disposición de última voluntad¹¹⁶.

A) Fideicommissum

El *fideicommissum* parece haber tenido sus orígenes en “la necesidad de eludir la falta de capacidad para suceder de aquella persona a la que el testador quería instituir realmente como heredero”¹¹⁷, ya que el derecho romano clásico tenía reglamentado las capacidades para heredar.

Fundamentalmente radicaba en transferir bienes, por vía testamentaria, de una persona a otra, con la finalidad de que, a quien se le transfería, figurara como propietario, los empleara en beneficio de una o varias terceras personas, quienes más adelante, se les transmitía los bienes.

Para entender la figura, es imperativo partir de la comprensión del significado de la misma. Desde el punto de vista etimológico,¹¹⁸ *Fides*, es un sustantivo que en su acepción religiosa significa “fe”, “creencia”, “confianza”, “rectitud”, y por extensión “buena fe”. En lenguaje de derecho¹¹⁹ significa “compromiso solemne”, “garantía dada” o “juramento”.

¹¹⁵ DUNAND, JEAN PHILIPPE (2007): *La fiducia o las fiducias en Derecho suizo: una protección desigual y lagunosa de los patrimonios fiduciarios* en ARROYO I AMAYUELAS, ESTHER (dir.), *El trust en el Derecho civil*, Bosch, Barcelona, pág. 230

¹¹⁶ RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO (2005): *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*, 1a ed., Legis Editores, Colombia, pág. 5

¹¹⁷ RASCÓN, CÉSAR (2008): *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*. 3ra. Ed. Ed. Tecnos, Madrid, pág. 354.

¹¹⁸ SABLICH HUAMANI, CHARLES ALEXANDER (2016): *El contrato de fideicomiso: Regulación y perspectiva de desarrollo en el Perú*. Disponible : <http://www.eumed.net/libros-gratis/2010e/836/CONTRATO%20DE%20FIDEICOMISO%20INTRODUCCION.htm>

¹¹⁹ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. Y DE REINA TARTIÉRE, G. (2011): *El fideicomiso de garantía, Análisis integral, función y régimen*. Buenos Aires, Heliasta, pág. 640

Commissum es sustantivo neutro, derivado del verbo *committo*, *-mittis*, *-misi*, *-issum*, *-mittere*, que significa “emprender”, “encargar”, “encomendar” o bien “dar encargo”, “entregar”¹²⁰. Significa, en suma, “a la conciencia fiel”¹²¹.

Por tanto, *el fideicommissum* es una encomienda de buena fe¹²². Es “un encargo¹²³ que se hace a una persona en virtud de la confianza o fe que se tiene en ella y que en ese acto se deposita; es, luego, un encargo de fe”.¹²⁴ “En suma, una petición de confianza que el testador encomendaba para después de su muerte a la fidelidad del heredero (*fidei alicuius committere*)”¹²⁵.

Como hemos dicho, “la figura era utilizada para satisfacer la necesidad de poder realizar la voluntad del testador a través de una figura que, salvando los inconvenientes legales, pudiese hacer efectiva su última voluntad”¹²⁶. “El auge de la figura se debió a la posibilidad de burlar por medio de ella las leyes limitadoras de la capacidad para adquirir por testamento o legado, como era el caso de la prohibición de la *Lex Voconia*, que impedía a la mujer recibir herencias de personas de la primera clase del censo, o la prohibición de *manumitir* e instituir heredero al esclavo menor de treinta años¹²⁷, *personae incertae*¹²⁸, peregrinos, soltero o casado sin hijos”¹²⁹.

¹²⁰ BELLO KNOLL, SUSY INÉS (2013): *El fideicomiso público*. 1ra. Edición. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 330p. pág. 23

¹²¹ FUENTESECA, PABLO (1978): *Derecho privado romano*, Imprenta E. Sánchez, pág. 521.

¹²² Reyes Mora, Advisors. *Elementos legales y técnicos del fideicomiso*. Disponible: <http://doctrina.blex.com.mx/vid/elementos-legales-tecnicos-fideicomiso-218485193>

¹²³ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. Y DE REINA TARTIÉRE, G. (2011): *El fideicomiso de garantía, Análisis integral, función y régimen*. Buenos Aires, Heliasta, pág. 640

¹²⁴ BELLO KNOLL, SUSY INÉS (2013): *El fideicomiso público*. 1ra. Edición. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 330p. pág. 22

¹²⁵ FUENTESECA, PABLO (1978): *Derecho privado romano*, Imprenta E. Sánchez, pág. 521.

¹²⁶ RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO (2005): *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina, 1a ed.*, Legis Editores, Colombia, pág. 11.

¹²⁷ FUENTESECA, PABLO (1978): *Derecho privado romano*, Imprenta E. Sánchez, pág. 522-523

¹²⁸ FUENTESECA, PABLO (1978): *Derecho privado romano*, Imprenta E. Sánchez, pág. 523.

¹²⁹ LEMOS POSSO, CÉSAR AUGUSTO Y MESA SARMIENTO, JOSÉ FERNEY. (1991): *Sobre la fiducia, tesis de grado*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Santafé de Bogotá, DC, República de Colombia, pág. 1.

En este caso, es importante tener en cuenta la época de los *aliena juris*, quienes por definición eran aquellas personas que carecían del *testamenti factio pasiva*, es decir, el derecho para recibir herencias o libertades¹³⁰.

El legado, figura de esa época, consistía en un pedido formal, la cual debía realizarse con palabras imperativas; sin embargo el fideicomiso era un pedido informal con palabras rogativas: «Te ruego, confío en que, te pido»¹³¹; a la persona que tomaría los bienes a heredar, para darle la disposición que el causante indicara. Se denominaba *fideicommissum hereditatis*¹³² o *universitatis* y podía ser una herencia entera o una cuotaparte de ella¹³³. El fideicomiso en ningún caso consistía en la transmisión de la propiedad de la cosa entregada¹³⁴.

Según Ulpiano, “Fideicomiso es lo que se deja con palabras no directas sino de ruego, y que no proviene del rigor del derecho civil sino de la voluntad del que lo deja. Así, el fideicomiso en general puede definirse, todo aquello que el testador deja en su última voluntad con palabras indirectas”.¹³⁵

En la época clásica se produce la diferencia teórica entre el *legatum o legato* y el *fideicommissum*. “El legado era una disposición formal del testador, ordenada en testamento o codicilo mediante el que se le atribuye a una persona, a cargo del patrimonio hereditario o del propio heredero, un determinado bien, con lo que resultaba ser una sucesión a título

¹³⁰ COMITRE, PULO; BAZÁN, MARLENE; FARFÁN, DIANA; GUTIÉRREZ, RONALD; NAVARRETE, JOE; VALDEZ, MÁRLLUTY (2015): *El fideicomiso y el financiamiento público*. Serie Gerencia para el desarrollo No. 51. Lima: Universidad Esan, 176p.

¹³¹ AMÉNDOLA, MANUEL ALEJANDRO: *Fideicomiso testamentario: cuestiones controvertidas* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, t. 2008-A, pp. 952-958.

¹³² ROSENFELD, L. CARLOS: *Antecedentes históricos del Fideicomiso* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, t. 1998-E, p. 1194.

¹³³ ROSENFELD, L. CARLOS: *Antecedentes históricos del Fideicomiso* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, t. 1998-E, p. 1191.

¹³⁴ ROSENFELD, L. CARLOS: *Antecedentes históricos del Fideicomiso* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, t. 1998-E, p. 1192.

¹³⁵ ROSENFELD, L. CARLOS: *Antecedentes históricos del Fideicomiso* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, t. 1998-E, p. 1192.

singular”¹³⁶, realizadas con palabras imperativas y dotadas de eficacia civil (*civilia verba*). “La pérdida de formalismo de los legados los llevó a un acercamiento a los fideicomisos”¹³⁷.

Cabe destacar que a quienes se les había hecho el ruego, no estaban obligado a actuar en contra de su voluntad, para cumplir con lo que le habían pedido. En estos fideicomisos, donde se le dejaba herencia a quienes legalmente no podían recibirlo por testamento, no tenían ningún vínculo de derecho, solo se tomaba en cuenta la honradez de aquel que le había hecho el pedido. La existencia de la confianza predominaba. “Es por eso que en esta etapa puede hablarse de un negocio fiduciario puro, en donde la confianza es absoluta y se traduce en la posibilidad de abuso por parte del fiduciario”.¹³⁸

La figura se fue deteriorando en razón de que el adquirente que se había dejado el encargo de los bienes, para todos los efectos propietarios, “podía abusar de su posición negándose a transferir los bienes al beneficiario, guardando para sí los frutos producidos por ellos e incluso enajenándolos a un tercero, frustrando de esta forma la voluntad del causante”.¹³⁹

“Entonces, la debilidad jurídica del instituto, proveniente de la falta de acción para exigir su cumplimiento, era superada por las ventajas que concedía su utilización, que principalmente eran dos: 1) la carencia de toda formalidad de legal y 2) la posibilidad de recurrir a este medio para alcanzar fines que de otro modo no se podían obtener”¹⁴⁰

Hacia finales de la República romana e inicios del Imperio, las acciones de mala fe y deslealtad, por parte de los fiduciarios, aumentaron. Al *fideicommissum* no originarse a

¹³⁶ TAMAYO ERRAZQUIN, JOSÉ ANGEL (2007): *Libertis Libertabusque. El fideicomiso de alimentos en beneficio de libertos en Digesta y Responsa de Q. Cervidius Scaevola*, Universidad del País Vasco, Argitalpen Zerbitzua Servicio Editorial, Vitoria, Gasteiz, pág. 103.

¹³⁷ FUENTESECA, PABLO (1978): *Derecho privado romano*, Imprenta E. Sánchez, pág. 521.

¹³⁸ GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO: *Curso histórico exegetico del derecho romano comparado con el español*. T. I. Ed. Librería Sánchez. 5ta Edc. Madrid, pág. 695.

¹³⁹ RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO (2005): *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina, 1a ed., Legis Editores, Colombia, pág. 11.*

¹⁴⁰ BARBIERI, JAVIER: *El fideicomiso desde sus orígenes hasta el derecho actual* en Revista Impuestos, Buenos Aires, Tomo 2000-A, pág. 1350

través de un *obligatio*, no tenía el pertinente *actio*; por lo que el cumplimiento del acto no era exigible. Por esta debilidad, emperador Augusto, comisiona a los cónsules mediar en los litigios que tenían que ver con éstas figuras para obligar a que se cumpliera las promesas¹⁴¹, por lo que el fideicomiso fue sometido al control jurisdiccional, donde los cónsules interpusieron su autoridad con recursos administrativos¹⁴²¹⁴³ por la falta de *actio*.

En razón de que la figura fue perdiendo pureza, a través de su evolución, se siguieron creando controles tendientes a lograr obtener el correcto cumplimiento del encargo, como la figura del *pretor*, quien fue el encargado de realizar esta tarea¹⁴⁴, llamados pretores especiales (*praetor fideicommissarius*¹⁴⁵) solamente para los asuntos fideicomisarios. La materia relacionada a los fideicomisos se discutían ante el *prefecto del pretorio* y en las provincias ante el gobernador provincial (*praeses provinciae*)¹⁴⁶.

Se dictaron numerosos *senado-consultos* a los fines de regular las diferentes hipótesis que podrían presentarse, entre las cuales se destaca el *Senado Consulto Traveliano*¹⁴⁷, del 56 d. C. de la época de Nerón. El mismo instauró la posibilidad del traspaso del patrimonio, a través de un acto único, del heredero fiduciario al fideicomisario, donde éste último se convierte en acreedor y deudor en vez del heredero y eliminó la responsabilidad que pudiera tener el fiduciario por las deudas que tuviese bienes fideicomitados.

¹⁴¹ FUENTESECA, PABLO (1978): *Derecho privado romano*, Imprenta E. Sánchez, pág. 522.

¹⁴² CAMERINI, MARCELO A.: *El fideicomiso civil y el fideicomiso financiero* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, t. 2007-F, p. 998

¹⁴³ En el ámbito de una *cognitio* extraordinaria, al margen del *ordo indiciorum*, se daba la *persecutio fideicommissi*, según FUENTESECA, PABLO (1978): *Derecho privado romano*, Imprenta E. Sánchez, pág. 523.

¹⁴⁴ GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO: *Curso histórico exegético del derecho romano comparado con el español*. T. I. Ed. Librería Sánchez. 5ta Edc. Madrid, pág. 695

¹⁴⁵ En la época de Claudio se crearon estos dos pretores especiales, siempre *extraordinem* según ROSENFELD, L. CARLOS: *Antecedentes históricos del Fideicomiso* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, t. 1998-E, p. 1191. En igual sentido, LEMOS POSSO, CÉSAR AUGUSTO Y MESA SARMIENTO, JOSÉ FERNEY. (1991): *Sobre la fiducia*, tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Santafé de Bogotá, DC, República de Colombia, pág. 1.

¹⁴⁶ FUENTESECA, PABLO (1978): *Derecho privado romano*, Imprenta E. Sánchez, pág. 523.

¹⁴⁷ ROSENFELD, L. CARLOS: *Antecedentes históricos del Fideicomiso* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, t. 1998-E, p. 1191-1200

Otro importante fue el *senado-consulta Pegasiano*¹⁴⁸, de la época de Vespasiano (69 d. C.) donde se somete al fideicomiso a la *Ley Falcidia*, la cual estableció, como retribución al fiduciario-heredero, el cuarto de la herencia,¹⁴⁹¹⁵⁰ remuneración conocida con el nombre de “*cuarta falcidia*”. Estos dos senados abrieron una brecha al formalismo y rigor del derecho romano para darle al fideicomiso mayor informalidad.¹⁵¹

El fideicomiso se convirtió en una figura completamente libre de formas pero, como sucedió con otras figuras, en tiempos de la República, donde disposición de Augusto fueron sometidas al ordenamiento, sufrió el acoso por parte de la jurisprudencia a través del tratamiento *extra ordinem* para que se sometiera determinadas formalidades como el resto de los institutos¹⁵².

El *fideicommissum*, tuvo diferentes formas, como la pura o simple, la condicional, la particular, la universal y la gradual; dichas categorías las fueron estableciendo los diferentes intérpretes del Derecho romano, porque las únicas distinciones que registraron los textos romanos originales eran *fideicommissaria haereditas*, que se refería a todo o parte de la herencia, *fideicommissum singulae rei*, que era aquel en que se dejaban cosas determinadas,¹⁵³ fideicomisos de familia y *fideicommissum libertas*.¹⁵⁴

¹⁴⁸ RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO (2005): *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina, 1a ed., Legis Editores, Colombia, pág. 12.*

¹⁴⁹ FUENTESECA, PABLO (1978): *Derecho privado romano*, Imprenta E. Sánchez, pág. 525., indicando que se trata de la *cuarta Pegasiana* que concede al heredero gravado con un fideicomiso la facultad de retener una cuarta parte del patrimonio hereditario que no es más que la extensión del sentido de la *cuarta Falcidia* de los legados a los fideicomisos.

¹⁵⁰ TAMAYO ERRAZQUIN, JOSÉ ANGEL (2007): *Libertis Libertabusque. El fideicomiso de alimentos en beneficio de libertos en Digesta y Responsa de Q. Cervidius Scaevola*, Universidad del País Vasco, Argitalpen Zerbitzua Servicio Editorial, Vitoria, Gasteiz, pág. 99.

¹⁵¹ TAMAYO ERRAZQUIN, JOSÉ ANGEL (2007): *Libertis Libertabusque. El fideicomiso de alimentos en beneficio de libertos en Digesta y Responsa de Q. Cervidius Scaevola*, Universidad del País Vasco, Argitalpen Zerbitzua Servicio Editorial, Vitoria, Gasteiz, pág. 99.

¹⁵² TAMAYO ERRAZQUIN, JOSÉ ANGEL (2007): *Libertis Libertabusque. El fideicomiso de alimentos en beneficio de libertos en Digesta y Responsa de Q. Cervidius Scaevola*, Universidad del País Vasco, Argitalpen Zerbitzua Servicio Editorial, Vitoria, Gasteiz, pág. 98.

¹⁵³ RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO (2005): *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina, 1a ed., Legis Editores, Colombia, pág. 13.*

¹⁵⁴ Cada uno de estos fideicomisos presentaban matices propios: en el fideicomiso de herencia el fideicomitente rogaba al heredero fiduciario que restituya el total de la herencia o una parte de ella al

Justiniano¹⁵⁵ pronunció dos constituciones en los años 529 y 531 d. C., donde el fideicomiso y el legado fueron fusionados, expresamente se indicó que las disposiciones de cualquiera de las dos figuras se podían utilizar indistintamente, con la salvedad de que, en caso de existir preceptos contradictorios, debían prevalecer las normas del fideicomiso por ser consideradas más humanas y moderadas que las del legado¹⁵⁶.

Roma ha sido cuna de muchas figuras del derecho, no menos cierto ha sucedido con la figura del fideicomiso, dejando sus huellas y una trayectoria de uso efectivo, que nos ha llegado hasta nuestros días, que nos sirven de modelo y guía en el estudio jurídico del tema.

“Debemos recordar aquí el papel central de la doctrina y la literatura jurídica en la Baja Edad Media y en la Edad Moderna, independientemente de la legislación vigente en ese tiempo, que han dado a conocer los detalles de numerosas instituciones romanas del Derecho privado, interpretándolas y adaptándolas a las realidades sociales y económicas de cada momento dando lugar a su reconstrucción fructuosa”¹⁵⁷.

“El *fideicommissum* se empleaba para actos *mortis causa*, siendo esencialmente un acto de disposición jurídica supeditada a la muerte del testador para dar continuidad patrimonial a

fideicomisario; en la *fideicommissarias libertas* el fideicomitente encargaba al fiduciario que manumita a un esclavo, haciéndose el fiduciario en patrono del esclavo *manumitido*; el fideicomiso de familia los bienes eran restituidos a las personas indicadas por el testador.

¹⁵⁵ El Derecho justiniano que establece los siguientes principios: a) las acciones hereditarias se transfieren al fideicomisario de acuerdo con las normas del *senadoconsulto Trebeliano* y en consecuencia se suprimen las estipulaciones. b) El heredero fiduciario tiene siempre derecho a la *cuarta* llamada *Falcidia*, *Trebeliana* o *Pegasiana*. c) El fiduciario puede ser obligado judicialmente a aceptar el fideicomiso según ROSENFELD, L. CARLOS: *Antecedentes históricos del Fideicomiso* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, t. 1998-E, p. 1191

¹⁵⁶ ROSENFELD, L. CARLOS: *Antecedentes históricos del Fideicomiso* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, t. 1998-E, p. 1191. En igual sentido FUENTESECA, PABLO (1978): *Derecho privado romano*, Imprenta E. Sánchez, pág. 521. citando el Digesto 30,1: *per omnia exaequata sunt legata fideicommissis*.

¹⁵⁷ CUENA BOY, FRANCISCO (2004): *El fideicomiso de residuo en el Derecho romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, pág. 67.

la familia, y por estar librado a la buena fe del fiduciario ya que el fideicomitente daba el encargo confiando en la buena fe y lealtad del fiduciario”¹⁵⁸.

“El causante realizaba un determinado acto jurídico, donde éste disponía la entrega de un bien a un tercero, para que éste lo entregara al verdadero destinatario. Este acto estaba fuera de la tutela legal, depositándose toda la confianza en la buena fe de la persona designada para cumplir el encargo”. “A este tipo de disposición se la denominaba *fideicommissum*, al encargado de confianza *fiduciarius* y al beneficiario *fideicommissarius*”¹⁵⁹.

En síntesis, “el *fideicomisum*, tenía una estructura simple, donde involucra tres sujetos, el fideicomitente como propietario de la cosa o del bien era quien efectuaba el encargo; el fiduciario quedaba obligado a hacer llegar los bienes al heredero fideicomisario; y el fideicomisario recibía la cosa o el bien al término establecido en el fideicomiso”.

“En una aproximación general, la figura se le ha definido como un encargo realizado en virtud de un ruego para que una persona, llamada fiduciaria, haga llegar ciertos bienes después de la muerte del causante, llamado fideicomitente, a un tercero, llamado fideicomisario, dentro de los límites de su adquisición”.

B) La fiducia

La fiducia tiene su origen en el Derecho romano clásico, fue una figura utilizada entre vivos, consistía en un negocio jurídico fundamentado en la «*fides bona*» negocial¹⁶⁰, buena fe negocial; los cuales engendran vínculos de sumisión personal, en vez de contractual.

La etimología de la palabra «*fiducia*» es el vocablo latino *fides*, que significa «*fe*» o «*confianza*». “La lealtad a la palabra dada, representaba un fenómeno ético religioso

¹⁵⁸ PANERO GUTIÉRREZ, RICARDO (2004): Derecho Romano.3ra. Ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 758

¹⁵⁹ CAMERINI, MARCELO A.: *El fideicomiso civil y el fideicomiso financiero* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, t. 2007-F, p. 998.

¹⁶⁰ DE ARESPACOHAGA, JOAQUÍN (2000): *El «trust», la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, Madrid, pág. 17.

fundado en la confianza que el transmitente depositaba en la palabra empeñada por el adquirente de obrar conforme al fin propuesto”¹⁶¹, y convirtiéndose en la esencia de múltiples formas para negociar por los romanos de aquella época.

La fiducia era un acto entre vivos, donde una persona entregaba o transmitía, a otra persona, por *mancipatio* o por *in jure cesio*, la propiedad de una cosa con un único fin de garantía o de protección. Esta figura se utilizaba para transmitir, por ejemplo, los fundos itálicos, esclavos, animales de tiro y carga, ciertos bienes para que fueron protegidos mientras se iban a la guerra, etc., llamados *res mancipi*.

Esta figura representaba una venta simulada, *imaginaria venditio*, sólo traspasaba la cosa bajo el poder o *potestas (in mancipio)* del *accipiens*, por lo que no podía usucapirla¹⁶². “Algunos autores indican que no existe como causa específica, *causa fiduciae*, porque la fiducia o confianza es un componente ético, pero no es causa en sentido jurídico”¹⁶³.

La confianza era el motor que motivaba a realizar éste acto jurídico, *actio fiduciae*, de la época clásica romana, donde se transmitía la propiedad, *causae fiduciae*, para un fin específico y se realizaba a través del *pactum fiduciae*.¹⁶⁴

a) Pactumfiduciae

“Es el pacto donde se concretaba el contenido del contrato y el momento y circunstancia de la obligación del fiduciario”¹⁶⁵. “A diferencia del *fideicommissum*, que consistía en una transmisión por causa de muerte, el *pactum fiduciae* implicó un acuerdo con la obligación

¹⁶¹ CÁMARA LAPUENTE, SERGIO: *La fiducia de garantía en Navarra*. En *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 14, julio-diciembre de 1992, p. 164.

¹⁶² FUENTESECA, CRISTINA (1997): *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Prólogo de Manuel Albaladejo García, Primera Edición, José María Bosch, Barcelona, pág. 67.

¹⁶³ FUENTESECA, CRISTINA (1997): *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Prólogo de Manuel Albaladejo García, Primera Edición, José María Bosch, Barcelona, pág. 69.

¹⁶⁴ BADOSA COLL, FERRAN (2007): *Sobre los patrimonios fiduciarios en Cataluña*. en ARROYO I AMAYUELAS, ESTHER (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, Editorial Bosch, Barcelona, pág. 417.

¹⁶⁵ GARCÍA GARRIDO, MANUEL DE JESÚS (1984): *Derecho privado romano*, 2a ed., revisada, Dykinson, Madrid, pág. 359

para el adquirente de retransmitir los bienes en determinadas circunstancias”¹⁶⁶, de acuerdo a lo preestablecido por las partes. A través de este acto, el que entregaba el bien podía exigir la restitución de los mismos.

“El *pactum fiducie* es relación obligacional que complementa la transferencia del dominio del bien¹⁶⁷, donde el deber del fiduciario es hacer sólo un uso limitado del bien adquirido para restituirlo luego al transmitente o a un tercero, por aquél, indicado”¹⁶⁸.

Respecto al fiduciario, BONFANTE indicaba que "...en sustancia él no podía gozar o usufructuar la cosa, que llamábase también fiduciar, sino conforme al *pacto*. La *actio fiduciae* establecida para obtener la restitución del objeto fue extendida poco a poco para garantizar toda violación de lo pactado y todo ilícito de la cosa. El fiduciario debía tratarla precisamente como fiducia, restituir los frutos, si la cosa era fructífera y si él la poseía y emplear con ella la diligencia debida..."¹⁶⁹.

El *pacto fiduciae* o *pactu conventum* establecía las condiciones en que se realizaría la devolución, al fiduciante, por parte del fiduciario, a través de él, se indicaba si se estaba en presencia de una *fiducia cum creditore* (para garantizar el pago de deudas) o de una *fiducia cum amico*¹⁷⁰ (para custodia o depósito del bien), esta versatilidad era lo que diferenciaba este instituto de cualquier otro contrato, como la prenda (*pignus*), el comodato y el depósito que surgieron con posterioridad¹⁷¹. De tal forma que la figura contenía elementos de actos jurídicos de naturaleza bilateral con traslación de dominio. Así, tenemos dos modalidades de fiducias:

¹⁶⁶ RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO (2005): *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*, 1a ed., Legis Editores, Colombia, pág. 7.

¹⁶⁷ DE ARESPACOHAGA, JOAQUÍN (2000): *El «trust», la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, Madrid, pág. 21.

¹⁶⁸ LENARDON, FERNANDO ROBERTO (2008): *Fideicomiso gubernamental*. Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, pág. 37.

¹⁶⁹ ROSENFELD, L. CARLOS: *Antecedentes históricos del Fideicomiso en Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 1998-E, p. 1191.

¹⁷⁰ RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO (2005): *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*, 1a ed., Legis Editores, Colombia, pág. 7 y nota 11.

¹⁷¹ BARBIEREI, JAVIER: *El fideicomiso desde sus orígenes hasta el Derecho actual en Revista Impuestos*, Buenos Aires, t. 2000-A, p. 1350.

a) Fiducia cum amico contrata (encargo de confianza)

Es un acto a título no oneroso, podríamos decir que se trata de la manifestación original y pura de la fiducia. “Esta fiducia se trataba de la gestión de cosa ajena con las características del mandato”¹⁷². Era un negocio fiduciario de custodia o de administración, para poner seguro determinados bienes.

“Buscaba transferir los bienes para que éste pudiese disponer de los mismos y ejercitar las facultades inherentes al dueño, tales como administrarlos, celebrar contratos en torno a ellos, defenderlo contra el ataque a terceros, etc”¹⁷³, y su objeto era poner a resguardo bienes de propiedad de quien los entregara en fiducia.

Cuando el propietario tenía que ir a la guerra, y se ausentaba, solía entregar a un amigo, de su entera confianza sus bienes. Esto se hacía a través de un contrato, donde se manifestaba su simple tenencia, que debía devolverlo y le otorgaba poderes para que gozara el bien, lo protegiera como un buen padre de familia.

En la *fiducia cum amico* existe en general una finalidad de guarda¹⁷⁴. El *pater familiae* encargaba a un amigo, el *emptor familiae*, no sólo su patrimonio sino su familia entera.

Uno de los grandes usos que se le dio a esta figura, fue cuando las personas sufrían persecución política, donde la pena o condena consistía en un exilio que los alejaba de su hogar, y muchas veces les confiscaban su patrimonio; por lo que la persona traspasaba los bienes a alguien de plena confianza, con la garantía de que éste se los devolviera si superaba la persecución y el fiduciante retornaba a Roma¹⁷⁵.

¹⁷² VIRGOS SORIANO, MIGUEL (2006): *El Trust y el derecho español*. Primera Edición, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, pág. 53

¹⁷³ RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO (2005): *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina, 1a ed.*, Legis Editores, Colombia, pág. 10

¹⁷⁴ FACCO, JAVIER HUMBERTO: *El fideicomiso y su modalidad contractual de garantía* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, t. 2008-A, pp. 609-639

¹⁷⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, ANTONIO (2007): *Sistema Contractual Romano*. 3ra. Ed., Ed. Dykinson, Madrid, pág. 575

Esta figura, también era empleada para el depósito, comodato, arrendamiento, mandato, manumisión, donaciones mortis causa y donaciones por personas interpuestas¹⁷⁶.

b') *Fiducia cum creditore* contrata (fiducia de garantía)

A diferencia de la anterior, la *fiduciae cum creditore* era un negocio a título oneroso. Es la más antigua de las garantías y también el antecedente más remoto de lo que hoy conocemos como fideicomiso en garantía.

Consistía que el deudor entregaba al acreedor la propiedad de una cosa en garantía de la obligación que los vinculaba, con cargo de devolvérsela al producirse el pago.

Mientras no existió acción para reclamar la restitución de la cosa, el deudor debió confiar exclusivamente en la buena fe de su acreedor, de quien dependía el cumplimiento de lo pactado. Todos los riesgos eran entonces asumidos por el deudor, sobre la base de la confianza que le inspiraba su acreedor a quien entregaba una garantía de singular vigor.¹⁷⁷

Pero cuando se consagró la *actio fiduciare* emergente del *pacto de fiducia*, el deudor pudo obligar al acreedor a restituir la cosa o bien indemnizar los daños y perjuicios originados, si es que la restitución devenía por su culpa imposible.

“Se suponía, en fin, el ofrecimiento de una garantía al acreedor”¹⁷⁸. “Se trataba de la constitución de un derecho real de garantía a favor del fiduciario”¹⁷⁹, de tal forma que haciendo valer la confianza, se entregaba el bien, con el compromiso que si el deudor cumplía con el pago, se le debía restituir el bien. En caso de que no cumpliera con su obligación, el fiduciario vendía el bien, a los fines que el acreedor, con el producto de la venta, cobrara la deuda.

¹⁷⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, ANTONIO (2007): *Sistema Contractual Romano*. 3ra. Ed., Ed. Dykinson, Madrid, pág. 575

¹⁷⁷ CARREGAL, MARIO A. (2008): *Fideicomiso, teoría y aplicación a los negocios*. 1ra. Ed. Buenos Aires, Heliasta, pág. 39.

¹⁷⁸ DE ARESPACOHAGA, JOAQUÍN (2000): *El «trust», la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, Madrid, pág. 17.

¹⁷⁹ VIRGOS SORIANO, MIGUEL (2006): *El Trust y el derecho español*. Primera Edición, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, pág. 53.

Como hemos dicho, el *pactum* otorgaba amplias facultades al acreedor, éste podía disponer de la cosa como dueño y ejercer todas las facultades inherentes al dominio. Si la enajenaba, el deudor fiduciante carecía en principio de acción contra el tercero adquirente. En cambio, si el deudor no pagaba en término su deuda se consolidaba el dominio en cabeza del acreedor y no quedaba obligado a restituir suma alguna al deudor, aun cuando su valor excediese el crédito que garantizaba¹⁸⁰.

Tenía la particularidad que servía para darle seguridad real al acreedor, siendo un fiduciario respecto de la cosa; pero una vez cumplida la obligación, debía transmitir, el bien, a su dueño original. “El cual constituyó el único derecho real de garantía clásico, en la época clásica, antes de la aparición de la prenda y la hipoteca”.¹⁸¹ Pero, en verdad, poco a poco, la prenda y la hipoteca terminaron desplazando a la *fiducia cum creditore*; así como el depósito y el comodato a la *fiducia cum amico*¹⁸².

C) Característica del fideicomiso romano

Entre las principales características del fideicomiso romano, podemos mencionar las siguientes:

- a.- Nace como una figura del derecho sucesorio y, por tanto tiene carácter eminentemente sucesorio.

- b.- La transferencia de la propiedad es completa, es decir, existe una transmisión del derecho de propiedad con todas sus atribuciones.

- c.- El elemento central de la figura es la confianza en el fiduciario, en torno a la cual girará el encargo que se le encomienda.

¹⁸⁰ CLARET Y MARTI, P. (1946): *De la fiducia y el trust. Estudio de derecho comparado*, Barcelona, Bosch, pág. 9

¹⁸¹ SCHULZ, FRITZ (1960): *Derecho romano clásico*. Ed. Bosch. Barcelona, pág. 387.

¹⁸² BARBIEREI, JAVIER: *El fideicomiso desde sus orígenes hasta el Derecho actual* en Revista Impuestos, Buenos Aires, t. 2000-A, p. 1350.

d.- El fideicomiso romano carecía de acciones para hacer cumplir su finalidad. Las que se dictaron posteriormente no eran acciones reales, por lo cual no tenían como efecto la restitución de la propiedad (es decir, el cumplimiento de la finalidad por la que se constituyó el fideicomiso).

e.-“La fiducia desde su origen muestra su doble naturaleza civil y comercial, lo que permite que sea utilizada profusamente en el ámbito negocial”¹⁸³.

d.- La fiducia en Roma presentaba, dos modos distintos conforme el fin para el cual se constituía, a saber: la llamada *fiduciae cum creditore* y la denominada *fiduciae cum amico*.

Dos negocios jurídicos diferentes se producen a través de la fiducia, dentro uno solo. Uno es la transmisión del bien y por el otro lado la obligación personal de confianza.

“Con ambas modalidades se podía atender a varias finalidades, la cual facilitó considerablemente la gestión y transmisión de los bienes, pago de garantías reales y otros fines relacionados en gran medida con el ámbito familiar”¹⁸⁴.

“Así la fiducia, con estas características básicas, como negocio complejo, llega hasta nuestros días¹⁸⁵ con cambios en algunos casos sutiles y en otros muy profundos que la hacen irreconocibles frente a esta génesis romana”.

Muchos negocios jurídicos, de uso cotidiano, tienen a la confianza, como el elemento característico, tales como, el depósito, el mandato y la prenda con desplazamiento¹⁸⁶.

¹⁸³ RAISBERG, CLAUDIA: *El fideicomiso en garantía frente al concurso* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-C, pág. 1242-1245.

¹⁸⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, ANTONIO (2007): *Sistema Contractual Romano*. 3ra. Ed., Ed. Dykinson, Madrid, pág. 575

¹⁸⁵ DE ARESPACOHAGA, JOAQUÍN (2000): *El «trust», la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, Madrid, pág. 18.

Hoy, como en los patrimonios fiduciarios no hay adquirentes, la causa no es un concepto que se necesite considerar para la creación de un fideicomiso porque el único concepto controlador pareciera ser la finalidad¹⁸⁷. La causa del contrato de fideicomiso (*causae fidei*), entendida en su acepción objetiva como la función económico-social que el mismo desempeña, puede ser muy variada (inversión, gestión, custodia, garantía), y de allí que es deber afirmar la atipicidad en este género de negocios¹⁸⁸. La denominada atipicidad de la *causae fidei* es el rasgo característico de los negocios fiduciarios, toda vez que en ellos se verifica una relación de excedencia entre el medio jurídico empleado (contrato de fideicomiso) y el fin práctico perseguido (causa fin objetiva)¹⁸⁹.

2. DERECHO GERMÁNICO

La figura del fideicomiso en el derecho germánico nace, evidentemente, por influencia del derecho romano, pero adaptada, con particularidades determinadas por el contexto y la cultura de los pueblos germánicos.

Tres son las figuras que se ubican como antecedentes del fideicomiso en este derecho; a) La Prenda Inmobiliaria; b) El manusfidelis; y c) El Salman o Treuband.

A) La prenda inmobiliaria

¹⁸⁶ LISOPRAWSKI, SILVIO: *Fideicomiso: ni ángel ni demonio* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, t. 2007-E, p. 1038 y ss.

¹⁸⁷ BADOSA COLL, FERRAN (2007): *Sobre los patrimonios fiduciarios en Cataluña*. en ARROYO I AMAYUELAS, ESTHER (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, Editorial Bosch, Barcelona, pág. 438.

¹⁸⁸ FACCO, JAVIER HUMBERTO: *El fideicomiso y su modalidad contractual de garantía* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, t. 2008-A, pp. 609-639.

¹⁸⁹ FACCO, JAVIER HUMBERTO: *El fideicomiso y su modalidad contractual de garantía* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, t. 2008-A, pp. 609-639

A través de este mecanismo, el deudor transmitía -como garantía de cumplimiento- un inmueble a su acreedor mediante la "*carta venditionis*", y éste simultáneamente se obligaba con una "*contracarta*" a devolver, cuando se le pagase, el primer documento junto al inmueble pignorado.

En este caso, nos encontramos ante la *fiducia cum creditore* romana, es decir, una especie de fideicomiso en garantía a favor del acreedor del constituyente, pero con dos esenciales diferencias:

- Este tipo de fideicomiso solo podía recaer sobre bienes inmuebles.
- Estaba amparado en documentos que servían de prueba de la transferencia de la propiedad al acreedor, así como de su posterior devolución. Esto indica una evolución de la figura, puesto que el fideicomiso romano consistía únicamente en un pacto.

B) Manus fidelis

Esta figura era utilizada por aquella persona que deseaba efectuar una donación a su muerte o antes, siendo el mecanismo, a groso modo, el siguiente: el donante traspasaba el bien a un fiduciario denominado "*manusfidelis*", utilizando como documento la "*carta venditionis*", este trasladaba casi de inmediato el bien al donatario designado, reservando para el donante un derecho de goce vitalicio más o menos amplio sobre lo donado.

La figura realmente era utilizada como instrumento para transgredir la normativa que tipificaba limitaciones para adquirir la calidad de heredero legítimo. La persona que desempeñaba el cargo de *manusfidelis* era escogida por lo general del *Clero*, en razón de que las facultades que le concedía la *carta venditionis* eran casi absolutas, pudiendo incluso disponer de los bienes en su provecho. Proceder del *Clero* constituía entonces una garantía de cumplimiento tanto para el donante como para el donatario, puesto que la

responsabilidad que en sus manos se depositaba ameritaba la escogencia de una persona de absoluta confianza.

Este tipo de fideicomiso está constituido por los elementos básicos de la figura, es decir, la transferencia de dominio a favor de un tercero con la finalidad de cumplir con un encargo. Sin embargo, encontramos dos diferencias:

- La transferencia se realizaba a través de una donación (*inter vivos o mortis causa*).
- El transferente o constituyente del fideicomiso se reservaba un derecho de goce vitalicio sobre el bien.

C) El Salman o Treuband

Otros autores¹⁹⁰ reconocen un tercer tipo de fideicomiso en el derecho germánico: el *Treuband*.

Este se aleja de la figura originaria del fideicomiso, por cuanto aquí el apoderado actuaba como una especie de representante del constituyente, un tipo de intermediario entre el fideicomitente —propietario original del bien— y el beneficiario o fideicomisario —propietario final—.

Generalmente esta figura era concebida como un intermediario que efectúa la transmisión de un inmueble de su propietario original al adquirente definitivo, existiendo con el *manusfidelis* congruencias e incongruencias.

La figura del *Salman* poseyó en este derecho dos configuraciones diferentes, en dos momentos históricos igualmente distintos. En efecto, en el derecho germánico antiguo era un fiduciario que recibía sus poderes del vendedor, y se obligaba frente a él a transmitir ese

¹⁹⁰ MARTÍN MATO, M. (2009): *Los fideicomisos en los tiempos modernos*. Lima, Perú. ESAN.

bien a su adquiriente, mientras en el derecho moderno era del adquiriente del que recibía sus poderes, y obviamente ante él asumía sus obligaciones.

D) Diferencias con el fideicomiso romano

Con respecto a las diferencias que existían entre el fideicomiso romano y el germánico, la doctrina ha señalado dos muy importantes:

a) En la fiducia romana existía una transferencia total del derecho de propiedad a favor del fiduciario, como ya se ha analizado en el punto anterior. En el derecho germánico, en cambio, el *Treuhänder* o fiduciario adquiría la propiedad del bien, pero dentro de ciertos límites que venían fijados por la finalidad del fideicomiso, es decir, por la voluntad y encargo del constituyente. En consecuencia, el fiduciario era propietario del bien siempre dentro de los términos del encargo que debía cumplir.

b) De esta diferencia se genera la segunda y la más importante: en tanto que el fiduciario veía encuadrado su derecho de propiedad dentro de los límites del encargo otorgado, en caso de faltar a su obligación, es decir, de incumplir con la finalidad del fideicomiso, el fideicomisario o constituyente podía reivindicar el bien mediante acciones que tenían como sustento el documento probatorio de transferencia de la propiedad.

Dichas acciones, a diferencia de las que existían en el derecho romano —de carácter personal—, eran reales, por lo que permitían reivindicar el bien incluso frente a terceros adquirentes.

En conclusión, las diferencias entre la fiducia romana y la germánica nos muestran a esta última como una figura en la cual el fiduciario actuaba casi a la manera de un intermediario entre el constituyente y el beneficiario final —acotación afirmada por la figura del *Treuband*—, en la que el fideicomitente conservaba el derecho real sobre el bien, a diferencia del fideicomiso romano, en el cual existía una transferencia plena, un derecho real a favor del fiduciario.

3. ESTUDIO DE LA FIGURA DEL TRUST

A) El trust en el Derecho Anglosajón

a) La doble jurisdicción en el derecho inglés

Para poder entender la figura del fideicomiso inglés, es importante hacer una aproximación al derecho anglosajón. Se requiere diferenciar, conceptualmente, el *common law* y el *equity*. Conocido esto, podremos profundizar en la característica principal del fideicomiso inglés, es decir, el denominado *desdoblamiento del derecho de propiedad*.

El derecho inglés ha sido para los países de habla inglesa, reunidos hoy, en su inmensa mayoría, en la *Commonwealth*¹⁹¹, lo que el derecho romano fue para el derecho continental europeo o para los países conocidos como del *civil law* por contraste con aquellos que se denominaban como el *common law*.¹⁹²

En efecto, los historiadores destacan cómo, a partir de la conquista normanda, a comienzos del siglo XI, y frente a las dispersas regulaciones locales propias de la época y de la influencia local de los señores, la Corona decidió crear un derecho aplicable en general a todos aquellos casos en los que estuviera presente su interés¹⁹³.

No era, entonces, un sistema universal, propiamente hablando, que permitiera a los súbditos someter diferencias a las cortes reales, sino limitado a conocer cualquier tema en el que mediase el interés real y se conoció como el *common law*.

¹⁹¹ El vocablo inglés *Commonwealth* (de *common*, común, y el antiguo *weal*, que derivó en *wealth*, riqueza) significa literalmente “riqueza común” o en una sola palabra: **Mancomunidad**. El significado deriva del término latín “*Res publica*” (cosa pública) y actualmente se usa en relación con una comunidad política. La más conocida con esta denominación en el mundo actual es la “*Commonwealth of Nations*”, una comunidad de naciones vinculada al Reino Unido.

¹⁹² DAVID, RENÉ Y BLANC-JOUVAN, XAVIER (1994): *Le Droit Anglais*. Presse Universitaires de France, 7ma édition, París.

¹⁹³ RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO (2005): *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*, 1a ed., Legis Editores, Colombia, pág. 15.

De tal forma, lo podemos definir al *common law* como el conjunto de precedentes prácticos vinculantes que deben ser aplicados por abogados y jueces para resolver los casos que se les presenten, es decir, el conjunto de jurisprudencia vinculante que ha de utilizar en casos o controversias similares; es el derecho común aplicable para todo el país.

Fue muy difícil lograr su aplicación, pues resultaba necesario, como requisito de procedibilidad, lograr la previa aceptación de competencia por la *Corte Real*, sino que el procedimiento, enderezado fundamentalmente a resolver conflictos, era tremendamente complejo y formalista. Y por ello, quienes no podían acceder a sus pronunciamientos, acudían directamente al Rey para que este, en conciencia, resolviera los conflictos, lo cual originó la aplicación de reglas de equidad, esto es, del *equility law*, cuya administración fue delegada en el canciller¹⁹⁴.

La figura *equility law*, emerge como contraposición al derecho común, *common law*. Con Enrique IX (hacia el comienzo del siglo XV) fue reconocido el Tribunal de la Cancillería o *equility jurisdiction*.

La *equility jurisdiction* surgió como una emancipación de la reserva de jurisdicción que competía al soberano, que se ponía en movimiento para evitar situaciones carentes de equidad que se podrían originar con la aplicación estricta del Derecho común. Distinguía entre acciones legales (*action in law*) y procedimientos de equidad (*proceeding in equity*), según el demandante apoyara su petición en el *common law* o en el *equity law*¹⁹⁵.

A diferencia del *common law*, los tribunales de equidad eran manejados por el canciller inglés, es decir por la clase política de la época, y no por jueces.

¹⁹⁴ RENGIFO, RAMIRO (2001): *La fiducia, legislación nacional y derecho comparado*. Ed. Colección Pequeño Foro. Bogotá, p 40 y ss.

¹⁹⁵ BERNATE, ALEJANDRO: *El trust en los Estados Unidos* en Revista de la facultad de derecho de la Universidad Nacional. Facultad de derecho No. 27, 1968, p 55.

Ellas no desconocían la existencia ni la validez del *common law*, pero permitía adoptar soluciones basadas en principios morales y de buen juicio, separado de las rígidas concepciones que este manejaba y sobre todo, no requería de la intervención de un jurado.

Podemos afirmar que el dualismo característico del Derecho inglés tuvo su origen en la necesidad de atenuar el rigorismo del *commonn law*, nacido a partir de la conquista normada como un medio para unificar las costumbres locales.

Como se puede apreciar, no se trata estrictamente de figuras contrarias, sino más bien complementarias, en cuanto el *equity* parte del hecho de que el *common law* existe, y tiene como finalidad alcanzar justicia cuando esto no es posible a través de la aplicación uniforme y vinculante del *common law*, tomando en cuenta las circunstancias particulares de cada caso.

Estas dos ramas del derecho inglés se fueron aproximando con el paso del tiempo, sin llegar a fusionarse. El sistema de doble jurisdicción se mantuvo, hasta segunda mitad del siglo XIX (1873), en que fueron unificadas¹⁹⁶. Mediante las Leyes de la Judicatura del 1873 y 1875 (*Judicature Acts*) se lleva a cabo esta reforma, con lo que se logra una simbiosis que evitaría la dualidad de procedimientos. Y es así, que en adelante, se podrán invocar y aplicar las normas de *Common Law* y las de *equility* en un procedimiento único y ante una jurisdicción única: el Tribunal Supremo de Justicia.

b) Aparición del trust

“El *trust* ha sido considerado por muchos como uno de los aportes más formidables del derecho inglés a la cultura jurídica universal a pesar de la dificultades de asimilación para los juristas de formación latina”¹⁹⁷.

¹⁹⁶ SÉROUSSI, R. (1998): *Introducción al derecho inglés y norteamericano*. Barcelona, Ariel, pág. 17

¹⁹⁷ RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO (2005): *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*, 1a ed., Legis Editores, Colombia, pág. 23.

El *trust* inglés, tiene su antecedente con el nombre de *use*; que consistía en la transmisión de inmuebles a favor de una persona, quien debía administrarlas en beneficio del propio transmitente o de un tercero.

Las primeras manifestaciones parecen haber estado ligadas a la reacción contra las numerosas cargas sobre tierras que existían a favor del soberano y cuyas controversias, desde luego, tenían que resolverse aplicando el *common law*¹⁹⁸

La transmisión podía operarse por acto de última voluntad o entre vivos, y en algunos casos tenía por finalidad lograr objetivos lícitos no previstos en la leyes, pero en otros podía perseguir propósitos fraudulentos, como eludir la acción de los acreedores o frustrar demandas reivindicatorias.

Las partes intervinientes eran beneficiario o *cestui que use*, el constituyente o *feoffor to use*, el encargado de cumplir su voluntad o *feoffee to use* (peyorativamente llamado prestanombres o testafarro).

Entre las causas que parecen haber originado el *use* se citan entre otras: a) el régimen feudal; b) ciertas prohibiciones que afectaban al marido para transmitir por testamento a la esposa; y c) la promulgación del llamado “Estatuto o Ley de manos muertas” (*statute of mortmain*) del año 1217 que impedían a las congregaciones religiosas o eclesiásticas ser propietarias de bienes inmuebles) que se impuso en función del alto porcentaje de tierra que concentraban), sin embargo, se les permitía el goce de los beneficios económicos que de ellas obtenían. De esta forma utilizaban la figura del *use* para burlar algunas prohibiciones de la época y disfrutar el dominio de la tierra sin tener la titularidad, pero gozando de sus beneficios y frutos¹⁹⁹.

¹⁹⁸ BERAUDO, JEAN PAUL (1992): *Le trust anglo-saxons et le droit francais*. Ed. L:G:D:J, París.

¹⁹⁹ COMITRE, PULO; BAZÁN, MARLENE; FARFÁN, DIANA; GUTIÉRREZ, RONALD; NAVARRETE, JOE; VALDEZ, MÁRLLUTY (2015): *El fideicomiso y el financiamiento público*. Serie Gerencia para el desarrollo No. 51.Lima: Universidad Esan, 176p. pág. 26

Varios son los orígenes que se atribuyen al *use*, entre ellos el romano, tomado del fideicomiso; el germano y el aborigen o autóctono. Para este último, el *use* se habría originado en las reglas sobre el mandato que contiene el *common law*²⁰⁰.

La figura sirvió a los denominados traidores de la época, refiriéndose a los perdedores de las guerras civiles del país, quienes eran castigados con la confiscación de sus propiedades. Para evitar la sanción, ellos utilizaban la figura del *use* para traspasar sus tierras.

El mecanismo también se utilizó para proteger a un caballero que partía para las cruzadas y transfería entonces los bienes a una persona de su entera confianza, en beneficio de su esposa y sus hijos, como, por cierto se había hecho en Roma cuando alguien se enrolaba en las Legiones y utilizaba, al efecto, el *pactum fiducie cum amico*.

También se utilizaba para engañar a los acreedores, ya que al transmitir a un tercero sus propiedades, lograban simular una insolvencia, útil para el momento, a pesar de que la transferencia de propiedad se realizaba a favor suyo; es decir, el mismo deudor o constituyente se designaba beneficiario del *use*.

La historia distingue cuatro etapas en la vida del *trust*:

a.- De la aparición de los uses hasta principios del siglo XV.

Aun cuando en esta época no gozaron de protección legal, si se dictaron algunas leyes para evitar la transmisión en fraude de acreedores (1376) y la transmisión llevada a cabo por el despojante (1377).

b.- De principios del siglo XV a la promulgación de la Ley de Uses

Como se aprecia, el cumplimiento del *use* quedaba supeditado solamente a un deber de conciencia, por lo que pasaron a convertirse en un derecho indiscutible, recibiendo

²⁰⁰ CARREGAL, MARIO A. (2008): *Fideicomiso, teoría y aplicación a los negocios*. 1ra. Ed. Buenos Aires, Heliasta, pág. 43.

protección de la Cancillería como derecho de equidad, transmisible por cesión o causa de muerte. Por lo tanto aun cuando los tribunales del *common law* no reconocían derecho alguno al *cestui que use*, el canciller, basado en principio de la *equity*, protegió su posición en forma eficaz.

Pero su utilización frecuente para eludir el pago de numerosas cargas que pesaban sobre la tierra, preocupó a la corona, por lo cual decidió dejarlo sin efecto, llevando a las autoridades de la época a promulgar *status of uses*, que declaraba propietarios plenos de la tierra a los poseedores, y permitía declarar embargables el *use* que se realizaba con fines fraudulento.

c.- De la Ley de Usos (siglo XVI) a fines del Siglo XVIII

Con el tiempo, se limitó el alcance del *status of uses*, de cuyas normas fueron sustraídas importantes formas de *uses*, especialmente aquellas de naturaleza activa. Se trataba de los casos en que el *feoffee to use*, que era distinta la situación cuando actuaba como mero intermediario o cuando lo hacía como testaferro, por lo que debía realizar actos positivos tendientes a la conservación de la cosa, o bien percibir los frutos o realizar inversiones, y recibiendo el nombre de *trust*.

d.- De fines del siglo XVIII a la época contemporánea

La figura se desarrolló rápidamente. La Ley sobre Organización Judicial de 1873 estableció que en caso de conflictos entre las normas de derecho común y las de equidad, prevalecían éstas, y aun cuando en la actualidad los dos sistemas se han fusionado, los problemas del *trust* son conocidos por una sala especial de la Corte de Justicia.

Por este camino, en 1893 se dictó la *Trust Act*, que constituía una recopilación de las decisiones de los tribunales en esta materia y representa una riquísima fuente de consulta sobre la evolución de esta interesante institución.

Numerosas disposiciones se han dictado posteriormente, siendo la más reciente el *Trust Act* del año 2000, que entró en vigencia el 1ro de febrero del 2001 y regula las facultades de que dispone el *trustee* en relación con la inversión de los fondos fiduciarios, la designación de agentes, custodios y asesores, así como un nuevo deber estatutario de cuidado, su remuneración y la facultad de asegurar la propiedad fiduciaria²⁰¹.

c) Naturaleza jurídica del trust

La particularidad que distingue al *trust* de otras formas jurídicas similares está dada por el reconocimiento de la existencia de dos categorías distintas del derecho de propiedad, que recae simultáneamente sobre la misma cosa.

Existen dos propietarios de una misma cosa, el *trustee* es considerado el propietario legal y el beneficiario el propietario en equidad, en razón de que éste último goza de la protección de sus derechos frente a los adquirentes que conocen la existencia del *trust*, o frente a los herederos del *trustee*.

El origen de esta dualidad se fundamenta en la actitud asumida por los cancilleres en los casos que se sometían a su decisión.

El *trust* constituye una relación de naturaleza fiduciaria referida a ciertos bienes que genera obligaciones personales y de equidad en cabeza del fiduciario o *trustee* emergentes del encargo de manejar esos bienes en beneficio de otro. Justamente la existencia de un derecho de propiedad del *trustee* sobre los bienes que conforman el objeto del encargo, distinguen a esta figura con las que tiene algunos puntos de semejanza, especialmente el depósito y el mandato.

²⁰¹ RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO (2005): *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina, 1a ed., Legis Editores, Colombia, pág. 22*

d) Elementos que intervienen en el trust

a') Sujetos

Settlor

Es el constituyente o sujeto que pone en marcha el *trust*. Es la persona que transmite la propiedad de un bien a un tercero, con el propósito de lograr, a través de esa tercera persona o intermediario, un fin o destino determinado en beneficio de alguien. Su función es únicamente transmitir el bien y deberá tener capacidad para enajenar el bien, constituyendo un *trust*.

Trustee

Es el destinatario de la propiedad del bien que se transmite. Es quien inspira la confianza que requiere la operación, y por lo tanto sobre quien se arma el esquema. Debe ser alguien con capacidad para recibir y mantener la propiedad de los bienes de que se trate y aptitud para cumplir el encargo que se le confiere.

En caso de que incumpla sus obligaciones, puede ser removido de su responsabilidad y sometido al tribunal competente. En la actualidad, el *trustee* puede ser una persona física como jurídica.

Cuando el rol del *settlor* y del *trustee* es desempeñado por la misma persona, no se produce una transmisión de la propiedad, sino una simple separación patrimonial de los bienes que integran su patrimonio.

Ahora bien, sobre los bienes afectados que forman el *trust*, nace un derecho de propiedad paralelo a favor del beneficiario, quien no ostente la falta de transferencia del dominio, será considerado el propietario en equidad.

El propietario fiduciario no puede abusar de la propiedad que recibe, debe compartir sus derechos con el propietario en equidad o beneficiario. La ley describe sus obligaciones a su

cargo; la prudencia y dedicación del *trustee* en el mantenimiento, administración e inversión de los bienes son elementos esenciales de su proceder.

Beneficiario o cestui que trust

Es el destinatario final de los bienes afectados o de los frutos que con ellos se obtengan. Gozan de protección de *equidad*, por lo que pueden accionar ya sea para que el *trustee* realice determinadas operaciones con los bienes afectados, ya para que se abstenga de celebrar respecto a ellos ciertos contratos, cuando no se ajusten a las facultades otorgadas al *trustee*, entre otras.

b') Objeto

El elemento patrimonial u objeto del *trust* es el conjunto de bienes, específicos, afectados a un fin determinado por el *settlor* y transmitido al *trustee*. Pueden ser objeto del *trust*, salvo prohibición legal expresa, los bienes muebles e inmuebles, corporales o inmateriales, que estén en el comercio.

Los bienes no sólo deben quedar separados del patrimonio del *settlor*, sino que también lo están del patrimonio del *trustee*, que no deben confundirse con el resto de sus bienes ni con los que constituyen el objeto de otros *trust*; igual sucede con respecto al patrimonio del beneficiario, el que si bien es considerado el propietario en equidad carece de facultades directas de disposiciones sobre éstos.

En síntesis, ocurre una transferencia de la propiedad al beneficiario una vez cumplida la finalidad o el encargo del constituyente. La constitución podía hacerse *inter vivos* o mediante testamento, y existían tres partes: (i) el constituyente o transferente del derecho de propiedad, denominado *settlor*; (ii) el fiduciario o *trustee*, que podía ser incluso el mismo constituyente (de darse este supuesto, no se realizaba la transferencia de propiedad sino una especie de separación de algunos de los bienes del constituyente de la totalidad de su

patrimonio); y (iii) el beneficiario o *cestui que trust*, que podía ser el mismo transferente o un tercero.

e) Diferencias entre el trust anglosajón y el fideicomiso romano

Estas dos figuras nacieron en dos pueblos diferentes, con idiosincrasias propias y utilizadas en situaciones diferentes, en razón de que presentaron soluciones válidas en dos sistemas jurídicos disímiles.

a.- El *fideicommissum* romano y la *fiducia cum amico* eran un acto bilateral en sus orígenes, designando un beneficiario, mientras que el *trust* era un acto bilateral, un pacto entre las partes.

b.- El *fideicommissum* nació con fines sucesorios, mientras que el *trust* se empleó en múltiples formas, tales como de manera elusiva, fraudulenta, etc.

c.- En el *fideicommissum* existió un único derecho de propiedad, detentado por el constituyente del fideicomiso, quien transfería el derecho de propiedad a favor del fiduciario, transmisión que era plena y real; en el *trust* inglés, hay un claro desdoblamiento del derecho de propiedad, con la existencia de una doble jurisdicción y la posibilidad de que hubiera dos propietarios sobre la misma cosa, uno *in law* y otro *in equity*.

Es decir, en el *trust* ocurre un desdoblamiento del derecho de propiedad, que no es más que el resultado de la dualidad del sistema inglés (*common law y equity*), de la evolución de la figura del *use* y de la necesidad de evitar los usos fraudulentos de este. Existe un derecho de propiedad que es consecuencia de la transferencia de propiedad que realiza el *setlor* al *trustee*, quien es el dueño del bien en cuanto al *trust*; y por otro lado, el del beneficiario, quien ostenta uno de los elementos de la propiedad, es decir el disfrute. Este

último derecho es reconocido y protegido por los tribunales del *equity*, y no por el derecho común.

d.- Actualmente, el *trust* es una figura utilizada con múltiples finalidades, desde la formalización de ventas y bienes raíces hasta la herencia de bienes, siendo incluso utilizado con fines públicos, como la constitución de fondos de ayuda (pensionarios, médicos, etc.), inversiones con fines de beneficencia, etc.

e.- Esta evolución de los usos o finalidades del *trust* ha originado también una especialización de la figura y, sobre todo, cambios en la figura del *trustee* o fiduciario, quien dejó de ser aquella persona que ejecutaba un encargo de confianza del fideicomitente. A este se le exigía ahora determinadas facultades de administración de activos y especialización en el manejo, por lo cual la figura del fiduciario se institucionalizó, restringiéndose algunos de sus poderes de administración.

La transformación de las funciones iniciales del *trust* se debería a los siguientes motivos²⁰²:

(i) los originales bienes objeto del *trust*, como las tierras familiares, han sido desplazados por activos financieros; (ii) las responsabilidades de los *trustees*, que han dejado de ser solo gente de confianza y se han convertido en gestores activos de portafolios; (iii) la personalidad de los *trustees*, que han dejado de ser solo gente de confianza y se han vuelto fiduciarios institucionales; y (iv) el lugar de salvaguarda de los beneficiarios reside en la *Trust Law*, y como derecho fiduciario vino a restringir los poderes de los administradores.

No obstante lo señalado, la figura del *trust* sigue utilizándose también con fines privados en el derecho inglés, manteniendo sus finalidades originarias, es decir, la regulación de intereses de los privados, de las personas comunes, no comerciales. Tales usos no existen en nuestra actual legislación sobre fideicomisos.

²⁰² LANGBEIN, J.: *The contractarian basis of the law of trust* en *Yale Law Journal*, 105, 1995

B) El trust angloamericano

Nos parece oportuno, explicar con más detalle la estructura y funcionamiento del *trust*, como figura contemporánea, luego de su reseña histórica en Inglaterra.

Cuando hacemos referencia al “*Derecho angloamericano*” queremos significar la estructura de instituciones jurídicas del *Derecho estadounidense* y de los países que conforman el *Commonwealth* (Inglaterra, etc), solamente que para los efectos prácticos empleamos el término “*Derecho angloamericano*”, no obstante, entender que uno es el Derecho inglés, y otro semejante, el Derecho norteamericano, el cual tiene rasgos propios.

El *trust* angloamericano tiene claras diferencias respecto del *trust* inglés, aunque la estructura es similar. Asimismo las distintas jurisdicciones dentro de los Estados Unidos mantienen diferencias significativas con Inglaterra y las actuales y ex-colonias que integran el *Commonwealth*²⁰³. Este instituto es el que más se parece al *trust* inglés entre todas las figuras que lo han adaptado en el resto del mundo siguiendo su modelo²⁰⁴

El *trust* representa un control de la propiedad dividido entre el que posee el título legal del *trustee* y el derecho del beneficiario a sus frutos. Estos derechos, además, pueden ser divididos en el tiempo y sujetos a varias condiciones lo que resulta imposible en los sistemas continentales²⁰⁵

Los países regidos por derecho continental²⁰⁶, el derecho de propiedad están muy bien definido, será propietario el que mejor pueda justificar su título ante el tribunal, en cambio,

²⁰³ AYUSO, JAVIER ENRIQUE, Y LEMMA, JAVIER MARTÍN: *El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de "De Luca" y "Eurnekian"* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131.

²⁰⁴ SERRANO DE NICOLAS, ANGEL (2007): *Trust y derecho de sucesiones* en ARROYO I AMAYUELAS, ESTHER (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, Editorial Bosch, Barcelona, pág. 61.

²⁰⁵ AYUSO, JAVIER ENRIQUE, Y LEMMA, JAVIER MARTÍN: *El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de "De Luca" y "Eurnekian"* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131.

²⁰⁶ Derecho continental europeo, o simplemente derecho continental (en ocasiones denominado Sistema romano francés o Sistema romano germano francés) es el sistema jurídico derivado de aquél aplicado en Europa continental, cuyas raíces se encuentran en el derecho romano, germano y canónico y que es

en el sistema angloamericano, por principio, el *trustee* no detenta un dominio imperfecto por transitorio o resoluble, como detecta el fiduciario en los ordenamientos latinoamericanos²⁰⁷.

Aquí se otorga supremacía a la voluntad del *settlor* en que ésta no sea contraria a la ley o el orden público. Así los tribunales respetan la libertad privada para constituirlos y estructurarlos (*freedom of trust*)²⁰⁸.

Podemos definir la figura angloamericana como una relación fiduciaria, en virtud de la cual un sujeto, denominado *trustee*, ostenta la titularidad de determinados bienes con la obligación de administrarlos, junto con sus frutos, en beneficio de las personas designadas como beneficiarios del *trust*. La estructura de la figura es extraordinariamente simple y esa simplicidad es precisamente la que hace que resulte útil en situaciones muy diversas. Sólo se requiere que un sujeto (el *settlor*) transfiera la propiedad de determinados bienes o de una masa patrimonial a otro (el *trustee*), que asume la tarea de administrarlos en beneficio de un tercero. En ocasiones estas tres figuras se solapan, como cuando el propio *settlor* asume las funciones de *trustee*, o es uno de los beneficiarios del *trust*, o cuando el *trustee* es diferente del *settlor* pero es a su vez uno de los beneficiarios del *trust*. Ahora bien, nota común a cualquier *trust* es la segregación de patrimonios bajo la titularidad de una misma persona y la existencia de un patrimonio afecto a un fin (que puede ser el de beneficiar a sujetos concretos o cumplir una determinada finalidad – *purpose trusts*-). Sólo así se entiende el que el *settlor* pueda transmitirse la propiedad de bienes a sí mismo, pasando a ostentar su titularidad como *trustee*, y que sin embargo no tenga derecho a beneficiarse,

utilizado en gran parte de los territorios europeos y en aquellos colonizados por éstos a lo largo de su historia. Se suele caracterizar porque su principal fuente es la ley, antes que la jurisprudencia, y porque sus normas están contenidas en cuerpos legales unitarios, ordenados y sistematizados (códigos). El otro gran sistema jurídico europeo es el Derecho anglosajón o *Common Law*. El nombre de *derecho continental* proviene de la separación geográfica entre las Islas británicas, de donde proviene el derecho anglosajón, y el resto del continente europeo (central y occidental). Los Estados anglosajones llaman *Civil law* al derecho continental.

²⁰⁷ BELLO KNOLL, SUSY INÉS (2013): *El fideicomiso público*. 1ra. Edición. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 330p.

²⁰⁸ AYUSO, JAVIER ENRIQUE, Y LEMMA, JAVIER MARTÍN: *El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de "De Luca" y "Eurnekian" en Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131

necesariamente, de dicho patrimonio. Lo tendrá si, además de *trustee*, es también beneficiario del *trust*, no lo tendrá en caso contrario. Y sólo así se entiende, también, el que, a pesar de que los bienes puedan seguir bajo la titularidad de una misma persona, el ostentarlos en calidad de *trustee* impide que los bienes se confundan con el resto del patrimonio personal de su titular y con ello que puedan ser embargados por deudas personales de su titular. Segregación y afectación a un fin son los dos elementos indiscutibles de cualquier *trust*.

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

- a) El *trustee*.
- b) La separación patrimonial de los bienes del constituyente.
- c) El derecho real del que goza el beneficiario.
- d) Las instrucciones del constituyente.
- e) La inexistencia de instrucciones dadas por los beneficiarios²⁰⁹

Sin lugar a dudas en el Derecho angloamericano la figura del *trust*, semejante a nuestra fiducia mercantil, ha tenido un amplísimo desarrollo doctrinario y jurisprudencial habida consideración, por una parte del carácter atípico del *trust*, y de la otra, el gran tráfico comercial que se da en aquellos países²¹⁰.

El *trust* en el sistema financiero norteamericano tiene su origen aproximadamente hacia 1790, con el propósito de colocar títulos de deuda pública del Tesoro y fue igualmente

²⁰⁹ VIRGOS SORIANO, MIGUEL (2006): *El Trust y el derecho español*. Primera Edición, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, pág. 17 y ss.

²¹⁰ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, MARCO ANTONIO (2007): *Estudio sobre el fideicomiso*. Grupo editorial Ibañez, Bogotá, D.C., Colombia, pág. 22

utilizado para que con los *taxes* recaudados por el I.R.S. se ejecutaran planes y encargos estrictamente delimitados.

La figura ha sido utilizada, en los últimos años, fundamentalmente, en la inversión en activos, por lo que se ha puesto acento en la operatoria y en la regulación del funcionamiento para dar seguridad a los inversores. Por ello la legislación ha sufrido profundos cambios durante la década de 1990 en la gran mayoría de las jurisdicciones de la familia angloamericana con el propósito de flexibilizar la administración de las inversiones y adaptarla a los mercados financieros globales.

Debemos reconocer que el derecho inglés llegó hasta nuestros días con una figura vigorosa, fundamentada en la cultura anglosajona, pero con una gran influencia en la actualidad.

Esta figura es grandemente utilizada en innumerables campos, tales como planeación patrimonial, derecho de familia, régimen sucesoral, filantrópico, etc..

C) Ley aplicable al Trust en el Convenio de La Haya de 1985

La Convención de La Haya relativa a la Ley Aplicable al *trust*, es prácticamente desconocida en Latinoamérica, pero en interés de presentar la evolución de la figura, ponemos a disposición una síntesis de la misma.

El resultado de la convención fue producto de la inquietud de juristas de diferentes países por los conflictos producidos alrededor de la figura *trust* en el ámbito del Derecho Privado²¹¹, aunque el *trust* no tenga real equivalencia en las instituciones del Derecho Civil.

La discusión sobre la noción y alcance del *trust*, ha ayudado a entender la diferencia profundas existentes entre los países del *commonlaw* (derecho común) y el *civil law* (derecho

²¹¹ DE ARESPACOHAGA, JOAQUÍN (2000): *El «trust», la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, Madrid, pág. 42.

civil), producto de sus evoluciones a través de los siglos, adquiriendo características comunes, en algunos casos y en otros, propias²¹².

El principal problema que ha tenido la figura para su entendimiento y alcance entre los legisladores y juristas de los países de derecho civil, ha sido, por lado, que en sus inicios, se le reconocía, a la figura dos propietarios, respecto de un solo bien y por otro lado su aplicación en el sistema de los países *civil law*, donde la noción de propiedad es inequívoca, consolidada y absoluta²¹³.

Esta convención no busca introducir la categoría del trust en el derecho interno de los estados que no la tienen; sino más bien crear una ley uniforme de derecho internacional privado, a los fines que sea una regla de solución de conflictos, de tal forma que puedan reconocer el trust aunque no exista en su derecho interno.

El Convenio fue abierto al período de firmas el 1 de julio de 1985²¹⁴ y fue suscripto por Australia, Canadá, los Estados Unidos de América, Francia, Holanda, Italia, Luxemburgo y el Reino Unido, entrando en vigor el 1º de enero de 1992.

El artículo 2 de la Convención indica textualmente que: “a los efectos del presente Convenio, el término "*trust*" se refiere a las relaciones jurídicas creadas -por acto *inter vivos* o *mortis causa*- por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un *trustee* en interés de un beneficiario o con un fin determinado”²¹⁵. Esta

²¹² RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO (2005): *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina, 1a ed., Legis Editores, Colombia, pág. 96*

²¹³ RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO (2005): *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina, 1a ed., Legis Editores, Colombia, pág. 97*

²¹⁴ NAVAU MARTINEZ-VAL, MARÍA PILAR. *El trust anglosajón y la armonización de la fiscalidad del ahorro en Revista Noticias de la Unión Europea* Número 208, Mayo de 2002, Año XVIII, pág. 57

²¹⁵ BORRAS, ALEGRÍA Y GONZÁLEZ CAMPOS, JULIO D. (2008): *Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1951-2007), 2ª edición, Editorial Marcial Pons, Madrid*

descripción, que no es un concepto, se ha alejado de la noción anglosajona para acercarse a figuras del Derecho Civil internacional que se le parecen estructuralmente²¹⁶.

Otras indicaciones importantes son:

- a) Independencia de patrimonio. Los bienes del *trust* constituyen una masa distinta y no forman parte del patrimonio del *trustee*;
- b) El título sobre los bienes del *trust* se establece en nombre del *trustee* o de otra persona por cuenta del *trustee*.
- c) El *trustee* tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del *trust* y las obligaciones particulares que la ley le imponga.

El hecho de que el constituyente conserve ciertas prerrogativas o que el *trustee* posea ciertos derechos como beneficiario no es incompatible necesariamente con la existencia de un *trust*²¹⁷

En relación a la Ley aplicable, para solucionar los posibles conflictos están estipulados en los artículos 6 y 7 del Convenio. El artículo 6 establece que la Ley aplicable al *trust* será la ley elegida por el constituyente indicando que la ley aplicable en virtud de este principio no surtirá efecto, si en el ordenamiento elegido por el constituyente se desconoce la institución del *trust*. Por otra parte el artículo 7 establece como criterio de conexión subsidiario el principio de proximidad según el cual será aplicable al *trust* la ley con la que el *trust* esté más estrechamente vinculado según los criterios comprendidos en el mismo artículo²¹⁷

²¹⁶ MARTIN SANTISTEBAN, SONIA (2005): *El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, pág. 37.

²¹⁷ NAVAU MARTINEZ-VAL, MARÍA PILAR. *El trust anglosajón y la armonización de la fiscalidad del ahorro en Revista Noticias de la Unión Europea* Número 208, Mayo de 2002, Año XVIII, pág. 58

La Convención de La Haya tiene un invaluable valor porque permite tener un puente entre los sistemas del *common law* y el *civil law* en torno al *trust*. Como dijimos, su propósito no es introducir en las legislaciones internas una figura si ellas no la tienen, sino más bien, presenta un modelo para aquellos países que quisieran adoptar el *trust* o su equivalente, como es el caso de algunos países de América Latina.

Definitivamente, se reconoce, bajo en ámbito de las Convenciones de La Haya, la importancia cardinal de este instrumento, cuya elasticidad y capacidad de maniobra deberían poder resultar en otros países tan aplicables como lo ha sido, por centurias, en el derecho anglosajón.

D) El fideicomiso en la legislación Latinoamérica

La exportación del *trust* anglosajón a los países de Derecho continental se halla íntimamente unida a la existencia de una economía globalizada y a la constante y progresiva internacionalización de los negocios particularmente financieros²¹⁸.

Países pertenecientes a la órbita del Derecho Civil han llevado adelante una regulación legislativa del instituto tratando de evitar la inclusión de aquellos de sus elementos que no armonizaran con sus sistemas lo que demuestra que la fiducia puede ser introducida en sistemas de Derecho Civil puro²¹⁹ con los cambios suficientes para no violentar el orden público nacional.

Es por esto que la figura del *trust* ha logrado una simbiosis atrayente con las legislaciones latinoamericanas para acomodar la figura a sus estructuras de derecho privado, claramente inspiradas en el derecho continental europeo.

²¹⁸ NAVAU MARTINEZ-VAL, MARÍA PILAR. *El trust anglosajón y la armonización de la fiscalidad del ahorro en Revista Noticias de la Unión Europea* Número 208, Mayo de 2002, Año XVIII, pág. 54

²¹⁹ ARROYO I AMAYUELAS, ESTHER (2007): *El trust en el Derecho Civil*, Editorial Bosch, Barcelona, pág. 33.

El fideicomiso en América Latina ha tenido un gran desarrollo y actualmente se encuentra legislado en la mayoría de los países., ya sea a través del código de Comercio, legislaciones específicas o incluso en el Código Civil; con características propias y diferenciadas del *trust* angloamericano. Es una figura segura, transparente y sobre todo flexible para adecuarse a cualquier tipo de negocio.

Al igual que sucedió en las culturas romana, germana y anglosajona, la figura del fideicomiso ha ido evolucionando en América Latina, de la mano de los múltiples usos que se le han atribuido. La figura representa un vehículo ideal para canalizar el ahorro, transparentar y controlar recursos, administrar bienes y derechos, promocionar en forma efectiva programas de desarrollo económico y/o social, contribuyendo de esta manera al crecimiento y desarrollo económico de Latinoamérica en forma estratégica.

Entre sus principales característica podemos mencionar la capacidad de permitir la separación patrimonial legal de bienes, de tal forma, que se constituye un nuevo patrimonio, distinto de los diferentes patrimonios que tienen los personajes involucrados (fiduciario, fiduciante y beneficiarios).

El fideicomiso latinoamericano tiene su antecedente más cercano al *Trust*²²⁰ de los Estados Unidos de América. La legislación de los *trusts* en Estados Unidos se origina fundamentalmente en el proyecto *David Dudley Field*²²¹ para un Código de Derecho Sustantivo de Nueva York, que no obstante que fue rechazado por la legislatura de ese Estado, acabó siendo adoptado con algunas modificaciones en los Estados de California, Montana, North Dakota, Oklahoma y South Dakota.”

²²⁰ ACOSTA ROMERO, MIGUEL Y ALMAZÁN ALANIZ, PABLO ROBERTO (1999): *Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso*. Editorial Porrúa, Tercera Edición, México, pag. 15.

²²¹ *David Dudley Field II* (13 febrero 1805 a 13 abril 1894) fue un abogado y reformador ley neoyorquino que hizo importantes contribuciones al desarrollo del código civil y del procedimiento civil estadounidense.

En cuanto a los orígenes del fideicomiso latinoamericano no podemos dejar de mencionar la contribución de *Andrés Bello*²²², quien, alejándose de la tradición francesa que había eliminado la fiducia de ese derecho y con el conocimiento que tenía del derecho romano y del derecho inglés, introdujo la propiedad fiduciaria en el Código Civil Chileno. El término Fideicomiso había sido ya empleado por éste para denominar en el Código chileno los preceptos que regulan la propiedad fiduciaria. Se refería al tipo romano, y sólo podía ser constituido sobre herencia o sobre donación.

A principios del siglo XX, debemos reconocer la definida influencia a los trabajos y esfuerzos del jurista panameño *Dr. Ricardo Alfaro*,²²³ a través del Proyecto de reglamentación del año 1920²²⁴, quien sobre el concepto del *mandato* diseñó un instituto que denominó “fideicomiso”. Dicho Proyecto de Fideicomiso fue presentado en la Tercera Conferencia Científica Panamericana, celebrada en Lima, Perú, en el año 1924, en el cual desarrolla esta institución y “la necesidad y conciencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución civil nueva semejante al *trust* del Derecho inglés”, el cual fue del agrado de los países presentes en la conferencia, por lo cual se procedió a su estudio y posterior adopción de la figura en los países de Hispanoamérica. Finalmente, el proyecto se convirtió en ley el 6 de enero de 1925.

A través de su estudio del fideicomiso, comienza por admitir la naturaleza jurídica del “*trust*”, apoyada en el concepto dual del derecho de propiedad (legal y equitativo), inadmisibles en los códigos latinoamericanos, por ser el dominio un derecho exclusivo; y de

²²² Andrés Bello López (1781-1865) fue un polímata chileno-venezolano. Fue a la vez filósofo, poeta, traductor, filólogo, ensayista, educador, político y diplomático. Considerado como uno de los humanistas más importantes de América, contribuyó en innumerables campos del conocimiento. Fue el principal y casi exclusivo redactor del Código Civil chileno entre 1840 y 1855, considerado una de las obras más originales de la legislación americana. Impulsor de la Universidad de Chile, fue designado su primer rector, desempeñando el cargo hasta su muerte.

²²³ Ricardo Joaquín Alfaro Jované (1882-1971). Estadista, escritor, jurisconsulto, historiador, lingüista, diplomático, considerado como uno de los más importantes internacionalistas panameños del siglo XX. Asumió el cargo en funciones de Presidente de Panamá el 16 de enero de 1931. El Dr. Alfaro no sólo se dio a conocer como un civilista en Panamá, sino que sus aportes también se vieron en las legislaciones de otros países.

²²⁴ FERNANDO ROBERTO (2008): *Fideicomiso gubernamental*. Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, pág. 30.

esa manera busca la fórmula jurídica latina que presenta mayor similitud con el “*trust*”, y tomándola como base le da forma al nuevo fideicomiso²²⁵.

Al tratarse de una materia nueva, *Ricardo J. Alfaro* se encarga de darla a conocer en foros internacionales y así capacitar a los juristas internacionales que no tenían dominio sobre esta materia. Estas conferencias se dieron alrededor de 1924 en donde parte de ellos aceptaban la ley de *Alfaro*, mientras que otros, refutaban sus teorías, en razón de haber concebido al fideicomiso como un mandato irrevocable transmisor de bienes; pero la realidad es que fue el inspirador de todo el movimiento posterior con relación a la figura en América Latina²²⁶.

La inclusión normativa del instituto fue muy resistida ya que suponía un cambio de paradigma con relación a los derechos reales y personales reconocidos por la ley²²⁷ en las legislaciones latinoamericanas que tienen una tradición jurídica romano-germánica; pero a pesar de las críticas algunos de los países que agregaron esta institución a su legislación fueron: Puerto Rico, México, Venezuela, Costa Rica, Chile, México, Honduras, Cuba, Ecuador, entre otras.

Las primeras legislaciones de los años 20 estaban más próximas a la figura del mandato o al depósito que al *trust* angloamericano pero las legislaciones venezolana del año 1956, colombiana del año 1971 (en su código de comercio), boliviana del año 1977, panameña del año 1984, ecuatoriana del año 1998, peruana del año 1993 (fideicomiso en la Ley de Mercado de Valores desde 1998) y en cuanto a Uruguay y Argentina abandonaron los perjuicios de las anteriores y acercaron más la figura al *trust* adaptándolo a sus propios sistemas legales²²⁸.

²²⁵ ALFARO, RICARDO J. (1948): *Adaptación del trust del derecho anglosajón al derecho civil*. 1 vol.; La Habana, Cuba: Ed. Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, pág. 41

²²⁶ FACCO, JAVIER HUMBERTO: *El fideicomiso y su modalidad contractual de garantía* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, t. 2008-A, pp. 609-639.

²²⁷ CAMERINI, MARCELO A.: *El fideicomiso civil y el fideicomiso financiero* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, t. 2007-F, p. 998

²²⁸ MARTIN SANTISTEBAN, SONIA (2005): *El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, pág. 200.

Sólo en Ecuador el fideicomiso goza de personalidad jurídica. Los Códigos civiles de Chile, Argentina y Brasil comparten una peculiaridad dogmática ausente en las legislaciones europeas cual es, la expresa regulación de la propiedad fiduciaria como dominio fiduciario o propiedad resoluble²²⁹.

En el caso de Argentina, tenía incorporada la figura en su código civil de 1886, pero su adopción fue a través de la Ley 24.441 de 1995.

En varios países de Latinoamérica, también influyó, las leyes bancarias adoptadas por la Misión Kemmerer²³⁰, concibiendo las secciones o departamentos de comisiones de confianza (como se denominó en Chile) o fideicomisos (“mandato” como se denominó en la legislación ecuatoriana).

Así como también las valiosas contribuciones de *Roberto Goldschmidt*²³¹ en su obra de “Fideicomiso Comparado”, donde establece que la figura del *trust*, es la mayor contribución del derecho angloamericano a la teoría general del derecho.

En el caso México, no sólo se reconoce la influencia del *Dr. Alfaro*, sino que los redactores de la Ley General de Títulos y Operaciones de Créditos, reconoce la influencia de las ideas de *Pierre Lepaulle* (doctor en derecho y profesor de la universidad de Harvard). Así, México tuvo la necesidad de que su sistema legal utilizara la figura del *trust* para aplicarlo a su problemática con la deuda pública y especialmente, con la emisión de obligaciones para la consolidación de la deuda de los ferrocarriles nacionales en 1905, mucho antes de que

²²⁹ CUENA BOY, FRANCICO (2004): *El fideicomiso de residuo en el Derecho romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, pág. 210

²³⁰ La Misión Kemmerer consistió en una serie de propuestas de remodelación de los sistemas monetarios, bancarios y fiscales, que luego se convirtieron en leyes (algunas de las cuales perduran hasta hoy). “La Misión” –que en realidad fueron varias- se desarrolló principalmente en Latinoamérica, entre 1919 y 1931. Los trabajos fueron liderados por Edwin Walter Kemmerer, economista estadounidense, profesor de Economía en la Universidad de Princeton, contratado como asesor financiero y económico por los gobiernos de Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, México y Perú, con el fin de consolidar la estabilidad monetaria.

²³¹ En su obra “Fideicomiso Comparado” destaca que “la contribución más característica y más valiosa proporcionada por el derecho angloamericano a la teoría general del derecho, ha sido el fideicomiso (trust).”

existiera una previsión legislativa que concibió al fideicomiso como una operación típica de crédito.

En México se conocieron varios proyectos de ley que fueron los antecedentes legislativos del fideicomiso, tales como los proyectos Limantour que lo trabajó el profesor Jorge Vera Estañol (1905, que no se llegó a aprobar), el de Enrique Creel (1924, que tampoco se aprobó) y el Vera Estañol (1926). Si bien la primera ley de fideicomiso mexicana se expide en 1926, en 1924 la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios había recogido expresamente la existencia de los “bancos de fideicomiso”, que sirven al público en la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios²³².

La concepción básica del fideicomiso en función de sus elementos, se reconoce cuando se expiden las siguientes leyes²³³:

- 1) La Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, publicada en el diario oficial del 29 de noviembre de 1926 (que reemplazó la Ley de Bancos de Fideicomiso que tuvo una vida efímera de cuatro meses y que se había visto influida por ideas de Alfaro y Creel. Esta nueva ley duró apenas seis años); y,
- 2) La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOPC), publicada en el diario oficial de 27 de agosto de 1932. A decir, de Carlos Felipe Dávalos Mejía constituye la que “regula sustantivamente el fideicomiso, de cuya organización se desprende su contenido eminentemente contractual”.

Luego de México, sigue Panamá en adoptar una ley de fideicomiso, en 1925, fundamentada en el proyecto del Dr. Ricardo Alfaro. Actualmente la ley que está vigente es la No. 1 del 5 de enero de 1984.

²³² GONZÁLEZ TORRE, ROBERTO (2008): *Aspectos jurídicos del fideicomiso en Latinoamérica*. Paper, Caracas, Venezuela.

²³³ GONZÁLEZ TORRE, ROBERTO (2008): *Aspectos jurídicos del fideicomiso en Latinoamérica*. Paper, Caracas, Venezuela.

Puerto Rico, la adopta en 1928; en el caso de Honduras, la figura fue adoptada en su código de comercio de 1950. Se atribuye al autor español *Joaquín Rodríguez* la elaboración de la legislación de Honduras en materia de fideicomiso

Por su parte Colombia ha sido un país que influyó notablemente en las legislaciones del cono sur. Los antecedentes de su legislación se encuentran en 1923, cuando a partir de la misión Kemmerer, se expidió la Ley 45 que preveía -al igual que muchos otros países latinoamericanos- las secciones de mandato o fiduciaria²³⁴. La reglamentación sustancial del fideicomiso, que se denomina en ese país como “fiducia”, se halla prevista actualmente en el título XI de su Código de Comercio de 1972²³⁵. Es importante indicar que la fiducia es catalogada, al igual que en el derecho ecuatoriano (que recogió la realidad jurídica colombiana) como “negocio fiduciario”, junto con la figura del encargo fiduciario

En el caso de Venezuela, se atribuye al tratadista *Roberto Goldschmidt* la génesis de la Ley de Fideicomiso del 23 de julio de 1956, publicada en la gaceta oficial No. 496 del 17 de agosto del mismo año, dicho proyecto fue un encargo del Ministerio de justicia de aquella época. Luego en 1993, se promulga la Ley General de Bancos y otras instituciones financieras, regulando las operaciones de fideicomiso que puedan realizar las instituciones bancarias.

En el caso de Ecuador, ha sido legislado en varias ocasiones, el contrato del fideicomiso mercantil, inspirado en la legislación mexicana, se promulga en 1963, la Ley de Títulos de Crédito y la Ley General de Operaciones de Crédito, donde el fideicomiso se concibió como un contrato donde se destinan ciertos bienes a un fin lícito, cuyo fin sería realizado por una fiduciaria, se consideraba el patrimonio de afectación, la fiduciaria administraba y se consideró la regresión en manos del constituyente. Luego, siguiendo la experiencia colombiana, se legisla, la figura, a través del Código de comercio en el año 1993 y la del año 1998, a través de la Ley de mercado de Valores.

²³⁴ GONZÁLEZ TORRE, ROBERTO (2008): *Aspectos jurídicos del fideicomiso en Latinoamérica*. Paper, Caracas, Venezuela.

²³⁵ “Fiducia: Persona o entidad que actúa en nombre propio y por cuenta de otra, ocultando, en su relación con terceros, el nombre del principal”.

En cuanto a la República del Perú, a diferencia de los códigos de otros países, no tuvo referencia alguna en su código civil a la propiedad fiduciaria ni al fideicomiso. Se dice que desde la vigencia de la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y Seguros de 1993 (No. 26.702), se recoge por primera vez la figura del fideicomiso. Al igual que en el Ecuador y otros países, la figura del fideicomiso se utiliza en el Perú para emprender titularizaciones.

País	Normativa	Año de incorporación	Fiduciario	Principales Fideicomisos
Colombia	Código de Comercio	1923, 1941, 1971	Sociedades Fiduciarias de Objeto Exclusivo	Inmobiliario, Garantía, Público, Fondo de Inversión, Titularización, Fondo de Pensiones
México	Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito	1924, 1926, 1932	Bancos y entidades de crediticias autorizadas	Inmobiliarios, Públicos, Garantías, Titularizaciones, Culturales, Filantrópicos y Turísticos
Panamá	Ley No. 09	1925, 1941, 1984	Personas físicas, sociedades especializadas (para el fideicomiso profesional)	Garantía, Fondo de Pensiones, Administración, Microcrédito
Chile	Código Civil	1925		
Puerto Rico	Ley No. 41	1928	Cualquier persona física o jurídica	Testamentarios
Bolivia	Código de Comercio	1928 pero en suspenso hasta 1955 ²³⁶ , 1977	Bancos	Escaso desarrollo
Perú	Ley No. 27008	1931, 1993, 1996	Diversas entidades financieras y sociedades de objeto exclusivo	Público, Garantía, Inmobiliarios, medioambientales, Responsabilidad Social Corporativa
Costa Rica	Código de Comercio	1936, 1964	Cualquier persona o entidad con capacidad jurídica	Medioambientales, Garantía, Titularización, Públicos, Responsabilidad Social Corporativa
Venezuela	Gaceta Oficial No. 496	1940, 1956, 1993	Bancos y Compañías de Seguros	Inmobiliarios, Laboral, Público, Fondos de Pensiones
Nicaragua	Ley 741	1940, 2011	Bancos, personas físicas y sociedades de objeto exclusivo	Escaso desarrollo
Guatemala	Código de Comercio	1946, 1970	Bancos y Entidades Crediticias Autorizadas	Públicos, Inmobiliarios, Agrícolas, Garantía

²³⁶ LENARDON, FERNANDO ROBERTO (2008): *Fideicomiso gubernamental*. Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, pág. 30.

Ecuador	Código de Comercio	1948, 1963, 1993 y 1998	Sociedades especializadas	Inmobiliario, Garantía, Titularización, Públicos
Honduras	Código de Comercio (Ley 73-1950), complementada con la Ley del Sistema Financiero Decreto 129-2004	1950	Bancos y Entidades Crediticias Autorizadas	Inmobiliarios, Públicos, Garantías
Brasil	Leyes especiales	1965	Acreedor	Garantía
Argentina	Ley 24441	1965, 1995	Cualquier persona (fideicomiso ordinario), Bancos y entes autorizados (fideicomiso financiero)	Público, Inmobiliario, Financiero, Mercado de Valores
El Salvador	Constitución y Código de Comercio	1970	Bancos y Entidades Crediticias Autorizadas	Escaso desarrollo
Paraguay	Ley No. 921	1996	Bancos y entidades de objeto exclusivo (en la práctica sólo bancos)	Titularización, Inversión, Garantía, Inmobiliario
Uruguay	Ley 17703	2003	Cualquier persona física o jurídica (se requiere autorización para ser fiduciario profesional)	Garantía, Testamentarios, Financieros, Titularización
República Dominicana	Ley 189-11	2011	Sociedades Especializadas y Autorizadas	Inmobiliarios, Garantías, Públicos

Tabla 1. Relación de adopción de la figura fideicomiso.
Elaboración propia.

Por lo que podemos establecer que Panamá y México fueron los pioneros, de América latina, en redactar su ley, fundamentada en el *trust* anglosajón, lo que sirvió de modelo a los otros países de Latinoamérica. La utilización de la figura en países como México, Panamá y

Colombia tiene mucha historia y antecedentes, logrando transmitir esa experiencia a otros países de Latinoamérica que finalmente lo adoptaron

Es una figura usada con mucho éxito y su grado de madurez en la región es desigual, ya que algunos países recién están iniciando su estudio y aplicación, como es el caso de República Dominicana, que la adoptó en el año 2011, mientras que otros están en pleno crecimiento y desarrollo de su aplicación en negocios de la economía real o financieros.

Pero indiscutiblemente que los antecedentes prácticos de la figura del fideicomiso en las naciones en las cuales esta figura tiene una amplia trayectoria, demuestran su rápido crecimiento y su enorme versatilidad en diferentes áreas de la economía. Particularmente su presencia es significativa en la actividad comercial e industrial, en las inversiones estatales y privadas, en la orquestación de esquemas de alianzas, en la actividad financiera, especialmente en el ámbito de las garantías, del mercado hipotecario y en el desarrollo del mercado de valores, entre otras tantas modalidades de inversión.

Inclusive la experiencia de México, Colombia, Ecuador –para citar unos ejemplos- revela que incluso el Sector Público y el Estado como tal, lo ha utilizado para muchas finalidades que van desde fondos de fomento micro empresarial, agrícola, productivo, manejo de fondos de dinero especiales hasta como forma de manejo de proyectos de infraestructura; todo ello al margen de las ideologías y de las convicciones políticas de nuestros pueblos, ayudando a cumplir las políticas públicas de los Estados.

IV. FIDEICOMISO Y SUS CARACTERÍSTICAS

1. CONCEPTO DE FIDEICOMISO

El fideicomiso es una interesante figura jurídica destinada a brindar seguridad a ciertos negocios que requieren de una estructura con suficiente flexibilidad para adaptarse a sus particulares modalidades²³⁷. Es un instrumento de uso muy extendido en el mundo.²³⁸

En sentido general, la definición del fideicomiso tiene diferencias sutiles entre las legislaciones del mundo. Por lo que no todas las legislaciones proceden a definir el fideicomiso, sino más bien describen el negocio jurídico como tal²³⁹.

Dicho esto, habrá fideicomiso cuando una persona, denominada fiduciante transmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra, denominada fiduciario quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato como beneficiario, y a transmitirlo, al cumplimiento de un plazo o condición, al propio fiduciante o al beneficiario (s)²⁴⁰.

Esta relación jurídica se da, cuando una persona llamada fideicomitente, transfiere bienes en fideicomiso, a otra persona llamada fiduciario, con esos bienes se constituirá un patrimonio fideicomitado, el cual estará bajo el dominio del fiduciario, pero que deberán cumplir un fin determinado en beneficio del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario.

²³⁷ CARREGAL, MARIO A. (2008): *Fideicomiso, teoría y aplicación a los negocios*. 1ra. Ed. Buenos Aires, Heliasta.

²³⁸ DALLAGLIO, MATÍAS Y FONTANINI, GASTÓN (2013): *Los fideicomisos públicos: Abordaje desde las perspectivas de los organismos de control*. 1ra. Edición. Buenos Aires. Librería Editorial Osmar D. Buyatti.

²³⁹ BELLO KNOLL, SUSY INÉS (2013): *El fideicomiso público*. 1ra. Edición. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 330p.

²⁴⁰ BELLO KNOLL, SUSY INÉS (2013): *El fideicomiso público*. 1ra. Edición. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 330p.

De acuerdo a la legislación dominicana, la definición establecida en el Art. 3, de la Ley 189-11²⁴¹ “El fideicomiso es el acto mediante el cual una o varias personas, llamadas fideicomitentes, transfieren derechos de propiedad u otros derechos reales o personales, a una o varias personas jurídicas, llamadas fiduciarios, para la constitución de un patrimonio separado, llamado patrimonio fideicomitado, cuya administración o ejercicio de la fiducia será realizada por el o los fiduciarios según las instrucciones del o de los fideicomitentes, en favor de una o varias personas, llamadas fideicomisarios o beneficiarios, con la obligación de restituirlos a la extinción de dicho acto, a la persona designada en el mismo o de conformidad con la ley. El fideicomiso está basado en una relación de voluntad y confianza mutua entre el fideicomitente y el fiduciario, mediante la cual éste último administra fielmente los bienes fideicomitados, en estricto apego a las instrucciones y a los requerimientos formulados por el fideicomitente”.

Párrafo.- El fideicomiso puede ser puro y simple o, sujeto a condición o plazo. Asimismo, puede establecerse sobre todo o parte del patrimonio del fideicomitente.

En el fideicomiso, debe recordarse, que las partes gozan de amplia libertad para regular su actuación²⁴². Lo dicho pone de relieve la importancia de expresar claramente la finalidad del fideicomiso en el instrumento de creación del mismo²⁴³.

Por la que hemos visto, el fideicomiso es el negocio mediante el cual una persona transmite la propiedad de ciertos bienes a una fiduciaria con la finalidad de cumplir un fin determinado. Debemos hacer notar que este instrumento jurídico tiene una característica muy especial, permite separar la gestión y el disfrute del patrimonio²⁴⁴

²⁴¹ Ley 189-11, *Ley para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el fideicomiso en la República Dominicana*, promulgada el 16 de julio del año 2011

²⁴² ROSENFELD, L. CARLOS: *Antecedentes históricos del Fideicomiso* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, t. 1998-E, p. 1193.

²⁴³ MALUMIÁN, NICOLÁS, DIPLOTTI, ADRIÁN Y GUTIÉRREZ, PABLO (2006): *Fideicomiso y securitización. Análisis legal, fiscal y contable*. 2da. Edición. Editorial La ley.

²⁴⁴ ARROYO I AMAYUELAS, ESTHER (2007): *¿Y si universalizamos el trust, también en Cataluña?*, en ARROYO I AMAYUELAS, ESTHER (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, Editorial Bosch, Barcelona, pág. 462.

De esta conceptualización sobresalen dos aspectos importantes, (1) la transferencia de la propiedad fiduciaria del bien; y (2) un mandato de confianza.

Así como dos relaciones jurídicas, (1) el contenido real que consiste en la transmisión de los bienes y derechos; y (2) el contenido personal, que consiste en la obligación de cumplir el encargo que es la finalidad del fideicomiso. Sólo por las mencionadas características, no se puede calificar al fideicomiso simplemente como contrato²⁴⁵. En sus comienzos, la base sobre la que se fundamentó fue la confianza que el transmitente de un bien depositaba en el adquirente²⁴⁶

Cuando hablamos de propiedad fiduciaria, podemos decir que es la propiedad que temporariamente ejerce una persona física o jurídica, llamada fiduciario, y que le ha sido transmitida por otra persona física o jurídica denominada fiduciante. Es por esto que al dominio fiduciario se le considera como derecho real de dominio pero imperfecto, en razón de que no tiene todas las características del dominio pleno. Tiene las características de ser un dominio exclusivo y absoluto, pero le falta la característica de la perpetuidad.

El fideicomiso representa un vehículo apto para dotar de mayor seguridad jurídica a un determinado negocio; básicamente porque los bienes en fideicomiso se mantienen separados del patrimonio de todos los participantes en el negocio y del mismo receptor de los bienes, que es el fiduciario. Por lo que la propiedad que la fiduciaria tiene, desde el punto de vista jurídico, carece de contenido económico, pues éste le pertenece al beneficiario o bien al fideicomisario, que puede ser el propio transmitente (fiduciante o fideicomitente)²⁴⁷.

En esencia, su utilización permite al inversor invertir su capital en un negocio que será manejado por un experto que actúa con la prudencia y diligencia del buen hombre de

²⁴⁵ VIRGOS SORIANO, MIGUEL (2006): *El Trust y el derecho español*. Primera Edición, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, pág. 102

²⁴⁶ NEIROTTI, JULIÁN E. (2006): *Manual práctico de fideicomiso, doctrina, jurisprudencia, legislación, y modelos contractuales*. Editorial Nova Tesis, Editorial Jurídica.

²⁴⁷ DALLAGLIO, MATÍAS Y FONTANINI, GASTÓN (2013): *Los fideicomisos públicos: Abordaje desde las perspectivas de los organismos de control*. 1ra. Edición. Buenos Aires. Librería Editorial Osmar D. Buyatti.

negocios. Se propone como instrumento jurídico, puesto que es consistente con los principios de confianza con los que muchos negocios se llevan a cabo desde hace décadas. La transmisión del bien produce el efecto jurídico de hacer nacer el patrimonio separado en cabeza del fiduciario transformándose, así, en un bien fideicomitido.

Es por esto, que entre las razones para seleccionar la utilización de esta herramienta, frente a otras alternativas, se encuentra la creación de una red de seguridad que busca cumplir con el fin previsto por los contratantes, cuyos riesgos son casi nulos. De allí la importancia creciente en la estructuración de negocios complejos y en proyectos que requieren importantes recursos financieros.

A través de su utilización, se inmuniza un patrimonio evitando las contingencias que puedan ocurrir a las partes integrantes del negocio, y asimismo, se evita que los terceros ajenos al mismo, agredan a éste, que solo responda a las deudas originadas con motivo o en ejecución de los fines expresamente previsto en el encargo. Es decir que permite neutralizar los riesgos, y asegurarse de que se dé el destino previsto a los bienes dados en fiducia.²⁴⁸

2. PARTES ESENCIALES

Los elementos que intervienen en la conformación de un fideicomiso son:

1) El fiduciante, fideicomitente, constituyente o *settlor* (cualquiera de ellas, son nominaciones válidas), es el propietario del bien que se transmite en fideicomiso y formula el encargo y que podrá coincidir con la persona del beneficiario y/o fideicomisario, en algunas legislaciones.

²⁴⁸ DALLAGLIO, MATÍAS Y FONTANINI, GASTÓN (2013): Los fideicomisos públicos: Abordaje desde las perspectivas de los organismos de control. 1ra. Edición. Buenos Aires. Librería Editorial Osmar D. Buyatti.

2) El fiduciario es que es quien debe cumplir con las obligaciones que impone el contrato. Es quien recibe y adquiere los bienes en propiedad fiduciaria, y que, está sujeto a un estricto control de gestión porque, en general, no se permite que el contrato exima al fiduciario de rendir cuentas.

3) El beneficiario o *beneficial owner*, que es el sujeto que recibe, precisamente, los beneficios que emanan de la gestión del fiduciario sobre los bienes fideicomitidos. Aquel en favor de quien se constituye el fideicomiso.²⁴⁹

A estos sujetos, le agregaremos un cuarto sujeto, asumidas en algunas legislaciones o regulaciones del fideicomiso:

4) El fideicomisario es quien, en definitiva, recibirá para sí los bienes en última instancia, una vez concluido el fideicomiso, sería el beneficiario final.

El fideicomisario tiene únicamente una simple expectativa de adquisición, por lo que su derecho es necesariamente de naturaleza condicional²⁵⁰, pero como es la persona a favor de quien debe llevarse a cabo la restitución, es indispensable que exista, él o su sustituto, al tiempo de la restitución, aunque no haya sido determinado en la constitución del fideicomiso²⁵¹.

Todos estos sujetos pueden ser personas físicas o jurídicas.

²⁴⁹ CARREGAL, MARIO A. (2008): *Fideicomiso, teoría y aplicación a los negocios*. 1ra. Ed. Buenos Aires, Heliasta.

²⁵⁰ CUENA BOY, FRANCISCO (2004): *El fideicomiso de residuo en el Derecho romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, pág. 199.

²⁵¹ RODRIGUEZ AZUERO, SERGIO (2005): *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*. Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, pág. 47.

A) Fideicomitente

Si el fiduciante, fideicomitente o constituyente es el sujeto que trasmite la propiedad fiduciaria de los bienes. Es quien instruye al fiduciario sobre el cometido que deberá cumplir²⁵².

De acuerdo al Art. 21, de la Ley 189-11, “Se entenderá como fideicomitente, a la persona física o jurídica que transfiere derechos de propiedad u otros derechos reales o personales al o a los fiduciarios, para la constitución de uno o varios fideicomisos”.

“Para constituir un fideicomiso se requerirá capacidad legal para disponer de los bienes y derechos objeto del fideicomiso. Una persona podrá ser al mismo tiempo fideicomitente y fideicomisario o beneficiario, siempre que se estipule en el acto constitutivo” (Art. 22, Ley 189-11).

Podríamos decir que la función del fideicomitente es transitoria, ya que una vez que realiza la transferencia patrimonial para un fin determinado, desaparece su razón de ser; por lo que la transferencia del bien es definitiva e irrevocable²⁵³²⁵⁴

a) Derechos del fideicomitente

En adición a los derechos que el o los fideicomitentes se hubieren reservado en el acto constitutivo del fideicomiso para ejercerlos directamente sobre los bienes fideicomitados, el o los fideicomitentes tendrán por lo menos los siguientes derechos, siempre y cuando no vayan en contra de los intereses del o de los fideicomisarios o beneficiarios, o cuando con ellos no se desnaturalice la institución del fideicomiso, están las siguientes (art. 23, Ley 189-11):

²⁵² GREGORINI CLUSELLAS, EDUARDO L.: *Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas en Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E, pág. 1226.

²⁵³ RODRIGUEZ AZUERO, SERGIO (2005): *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*. Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, pág. 27.

²⁵⁴ Irrevocabilidad del fideicomiso. Excepciones. El fideicomiso se presume irrevocable y no podrá ser objeto de modificaciones, salvo que se establezca expresamente lo contrario en el acto constitutivo Art. 5, Ley 189-11

- a.- Exigir el cumplimiento de lo establecido en el acto constitutivo

- b.- Exigir al o los fiduciarios la rendición de cuentas

- c.- Nombrar a los sustitutos del fiduciario. En caso de sustitución de fiduciarios, deberá realizar la transmisión de bienes al nuevo fiduciario

- d.- Obtener la devolución de los bienes y derechos fideicomitidos al momento de la extinción del fideicomiso, siempre y cuando no exista un destino definido en el acto constitutivo.

- e.- En caso que fuere necesario, le corresponderá ejercer la acción civil o penal en contra del fiduciario por dolo o falta en su gestión.

- f.- Podrá revocar el mandato otorgado al fiduciario, siempre y cuando no se lesione derechos adquiridos a terceros.

- g.- Podrá realizar modificaciones al acto constitutivo, siempre que no se lesione derechos adquiridos a terceros.

- h.- Cualquier otro establecido en el acto constitutivo del fideicomiso

El más importante de los derechos del fideicomitente es controlar la actuación del fiduciario y el cumplimiento de las obligaciones a su cargo²⁵⁵.

²⁵⁵ GREGORINI CLUSELLAS, EDUARDO L.: *Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas en Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E, pág. 1226

B) Fiduciario

El fiduciario es quien recibe los bienes dados o derechos cedidos en fideicomiso para cumplir con ellos las instrucciones del o de los fideicomitentes (art- 24, Ley 189-11)”.

Es quien lleva adelante el contrato procurando el logro de los objetivos propuesto, por lo que su participación, en el fideicomiso, es de suma importancia. La responsabilidad y las actividades inherentes al rol de fiduciario son únicas y fundamentales para asegurar el éxito en la adecuada aplicación de la figura, especialmente cuando se trata de negocios de la economía real²⁵⁶. El esquema legal de la figura gira alrededor de él, por lo que indiscutiblemente es el personaje central de la figura²⁵⁷, y por ende el único sujeto imprescindible²⁵⁸.

Su función es cardinal. El fiduciario es una parte indispensable del fideicomiso y es convocado para cumplir de la mejor manera posible, los intereses de todos los involucrados en el negocio, siendo esto una obligación directa con los fiduciantes y beneficiarios pero también, hacia los otros participantes necesarios en la operatoria regular²⁵⁹. De su competencia, de la diligencia que emplee en el cumplimiento de las instrucciones recibidas y del buen juicio con que tome las decisiones requeridas para el cumplimiento de la finalidad, dependerá la suerte y eficacia de la figura.²⁶⁰

Por ello entendemos que la aceptación de su encargo debe ser expresa²⁶¹, ya que la admisión tiene carácter constitutivo²⁶²; y entonces el fiduciario tendría un derecho previo

²⁵⁶ PERTIERRA CANEPA, FRANCISCO MARIA: “El fiduciario es la clave del fideicomiso” en Serie Documentos de trabajos (working paper) Nos. 502, Universidad del Cema, Buenos Aires, Argentina, Noviembre 2012

²⁵⁷ MOREAU, RÉMI (2007). *Protección de los espacios naturales y fiducia de utilidad social: la experiencia quebequesa*, en ARROYO I AMAYUELAS, ESTHER (directora), “El trust en el Derecho Civil”, Editorial Bosch, Barcelona, pág. 261.

²⁵⁸ MARTIN SANTISTEBAN, SONIA (2005): *El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, pág. 57

²⁵⁹ PERTIERRA CANEPA, FRANCISCO MARIA: “El fiduciario es la clave del fideicomiso” en Serie Documentos de trabajos (working paper) Nos. 502, Universidad del Cema, Buenos Aires, Argentina, Noviembre 2012

²⁶⁰ RODRIGUEZ AZUERO, SERGIO (2005): *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*. Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, pág. 225

²⁶¹ GREGORINI CLUSELLAS, EDUARDO L.: *Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E, pág. 1226.

antes de configurarse como fiduciario que es aquel de aceptar o rechazar el nombramiento en ese carácter, ya que ello supone el perfeccionamiento o no del contrato²⁶³. La aceptación de la fiducia es esencial para que ésta resulte plenamente constituida²⁶⁴.

El fiduciario es titular de un patrimonio independiente, sin embargo no puede ejecutar las mismas reglas que tiene cualquier sujeto titular.²⁶⁵, tiene las limitaciones propias de la temporalidad del mandato recibido por el fideicomitente y las derivadas de la naturaleza de los bienes que constituyen el patrimonio fideicomitado²⁶⁶.

El ejerce sobre el patrimonio fideicomitado dominio fiduciario²⁶⁷ y deberá ejercerlo, siempre en beneficio de un tercero, hasta la finalización del fideicomiso, y deberá transmitir el dominio al beneficiario, y es quien contrata con los terceros pero no participa de las utilidades ni responde por las pérdidas²⁶⁸.

En cuanto a las calidades, el fideicomitente reposa sobre la confianza que el fiduciario le merece. Sobre las calidades morales y profesionales. Porque va a poner en sus manos el logro de una finalidad normalmente delicada y que le es cara, por lo que el fiduciario podrá ser cualquier persona con capacidad suficiente para cumplir con lo indicado en el fideicomiso²⁶⁹.

²⁶² AMÉNDOLA, MANUEL ALEJANDRO: *Fideicomiso testamentario: cuestiones controvertidas* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, t. 2008-A, pp. 952-958

²⁶³ LENARDON, FERNANDO ROBERTO (2008): *Fideicomiso gubernamental*. Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, pág. 45.

²⁶⁴ Así lo determina, por ejemplo, el artículo 1265 del Code civil du Quebec, conforme MOREAU, RÉMI (2007). *Protección de los espacios naturales y fiducia de utilidad social: la experiencia quebequesa*, en ARROYO I AMAYUELAS, ESTHER (directora), "El trust en el Derecho Civil", Editorial Bosch, Barcelona, pág. 261.

²⁶⁵ ALLENDE, LISANDRO A., Y BORDA, GUILLERMO J.: *Apuntes sobre la práctica del fideicomiso* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-D, pág. 1267.

²⁶⁶ SCOCCO, MÓNICA: *Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-D, pág. 1417-1425.

²⁶⁷ En el caso de que los bienes sean registrables, el registro se hará a nombre del fiduciario como indica, por ejemplo a) La ley 189-11, de República Dominicana, en su art. 27; b) la Ley 3284, Código de Comercio de Costa Rica; c) la ley argentina 24.441, art. 13.

²⁶⁸ GOTLIEB, VERÓNICA; VEZZONI, MALVINA, Y COPPOLETTA, SEBASTIÁN C.: *El acreedor laboral frente al fideicomiso*. en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-F, pág. 917 y ss.

²⁶⁹ GREGORINI CLUSELLAS, EDUARDO L.: *Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E, pág. 1226.

Las legislaciones latinoamericanas han introducido en su mayoría una restricción respecto a la persona del fiduciario, profesionalizando la función y reservándola, frecuentemente, a entidades que hacen parte del sector financiero. Por tal virtud y donde así ocurre, solo pueden actuar a partir de la autorización previa que reciban del Estado.

En el caso de República Dominicana, la Ley 189-11, sobre Desarrollo de Mercado Hipotecario y el fideicomiso, en su art. 25, establece “Sólo podrán fungir como fiduciarios y realizar el negocio de fideicomiso las personas jurídicas, constituidas de conformidad con las leyes de la República Dominicana, cuyo fin exclusivo sea actuar como tales, las administradoras de fondos de inversión, los intermediarios de valores, los bancos múltiples, las asociaciones de ahorros y préstamos, y otras entidades de intermediación financiera previamente autorizadas a esos fines por la Junta Monetaria”.

Igual suerte ocurre en México²⁷⁰, Panamá, Venezuela²⁷¹, Colombia²⁷² y Perú²⁷³, donde para ser fiduciario se requiere una autorización especial.

Nada impide que pueda actuar más de un fiduciario y así lo puede autorizar o prohibir el propio fideicomiso. La Ley 189-11, en su art. 26, expresa “El o los fideicomitentes podrán designar varios fiduciarios para que, conjunta o sucesivamente, ejerzan sus funciones, indicando el orden y las condiciones en que deben operar o en que hayan de sustituirse según el caso. Cuando el acto constitutivo establezca que los fiduciarios deban actuar

²⁷⁰ Sólo las instituciones financieras pueden serlos, conforme GREGORINI CLUSELLAS, EDUARDO L.: *Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E, pág. 1226

²⁷¹ Artículo 12 de la Ley Venezolana sólo pueden serlo “las instituciones bancarias y las empresas de seguros constituidas en el país, a las cuales conceda autorización el Ejecutivo Nacional, por Resolución del Ministerio de Hacienda o de Fomento, respectivamente, conforme MARTIN SANTISTEBAN, SONIA (2005): *El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, pág. 203

²⁷² Artículo 1226.3 de la Ley Colombiana, los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia bancaria conforme MARTIN SANTISTEBAN, SONIA (2005): *El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, pág. 203

²⁷³ Sólo están autorizadas algunos tipos de empresa. Ley 26.702: “Art. 242.—Empresas autorizadas a desempeñarse como fiduciarios. Están autorizadas para desempeñarse como fiduciarias, COFIDE, las empresas de operaciones múltiples a que se refiere el inciso A del artículo 16 y las empresas de servicios fiduciarios que señala el inciso b-5 del artículo mencionado, así como las empresas del numeral 1º del artículo 318”.

conjuntamente, se denominarán cofiduciarios. El número de fiduciarios siempre deberá ser impar y sus decisiones las tomarán por mayoría de los integrantes. El acto constitutivo deberá indicar a cuál de los fiduciarios se traspasarán los bienes para la conformación del patrimonio fideicomitado”.

Ante la quiebra o liquidación forzosa del fiduciario, los bienes constituidos en fideicomiso no entraran en la masa de la quiebra. Sólo serán devuelto al fideicomitente, beneficiarios, según haya sido estipulado en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando no haya la posibilidad de designar otro fiduciario (art. 38).

a) Obligaciones del fiduciario

Las obligaciones del fiduciario tienen dos fuentes principales, que son la ley y las cláusulas del propio contrato de fideicomiso, el cual va a variar en forma importante según su naturaleza y finalidad.²⁷⁴

Una vez aceptado el compromiso como fiduciario del fideicomiso, el Art. 129, de la Ley 189-11, establece claramente sus obligaciones:

- a) Registrar las transferencias de los bienes registrables que formaran el patrimonio fideicomitado.
- b) Ajustarse estrictamente a las instrucciones del o de los fideicomitentes, estipuladas en el acto constitutivo.
- c) Administrar el fideicomiso como un buen padre de familia, con la debida diligencia y cuidado, realizando las operaciones e inversiones en beneficio del patrimonio, con seguridad y al menor riesgo.

²⁷⁴NEIROTTI, JULIÁN E. (2006): *Manual práctico de fideicomiso, doctrina, jurisprudencia, legislación, y modelos contractuales*. Editorial Nova Tesis, Editorial Jurídica.

d) Manejar con la mayor idoneidad las cuentas propias del fideicomiso y rendir cuentas al o los fideicomitentes y al o los fideicomisarios.

e) Suministrar al o a los fideicomisarios, a su requerimiento, información completa y exacta acerca de la naturaleza, cantidad y situación de los bienes en fideicomiso.

f) No delegar en otra persona la realización de actos propios de su cargo, salvo los casos expresamente indicados en la presente ley o en el acto constitutivo.

g) Ejecutar las diligencias razonables para tomar y conservar el control de los bienes en fideicomiso, iniciar las reclamaciones que fueren necesarias a ese fin y contestar las acciones ejercidas contra el fideicomiso, tanto contra terceros como contra el o los fideicomisarios, en caso de ser necesarias.

h) Conservar la propiedad de los bienes en fideicomiso separada de sus propios bienes, llevando para ello contabilidad separada o independiente.

i) Pagar al fideicomisario en los plazos establecidos en el acto constitutivo del fideicomiso cuando éste sea creado para pagar renta por período determinado.

j) Participar en la administración del fideicomiso cuando haya pluralidad de fiduciarios, e informar al o a los fideicomitentes y al o a los fideicomisarios de cualquier violación cometida por un cofiduciario, así como iniciar las acciones tendentes a obtener la corrección o reparación de las violaciones cometidas por este último.

k) Llevar las cuentas y registros sobre la administración del fideicomiso conforme a las mejores prácticas de contabilidad aceptadas, y rendir cuentas al o a los fideicomitentes o al o a los fideicomisarios, conforme lo que prevea el acto constitutivo

l) Guardar el secreto fiduciario frente a los terceros respecto de las operaciones, actos, contratos, documentos e información que se relacionen con los fideicomisos, con los

mismos alcances que la legislación en materia económica y penal vigente en la República Dominicana establece para el secreto bancario o secreto profesional, tanto durante la vigencia como luego de la terminación del fideicomiso, por la causa que fuere. Dicha obligación de confidencialidad no será aplicable a informaciones contenidas en el acto constitutivo del fideicomiso, a cualquier otro acto sujeto a registro público o a cualquier otra información que deba hacerse pública en virtud de la ley.

m) Proteger con pólizas de seguro los riesgos que corran los bienes fideicomitidos, de acuerdo a lo pactado en el acto constitutivo o, en su defecto, conforme a las buenas prácticas de gestión.

n) Cumplir con las obligaciones tributarias puestas a su cargo.

ñ) Transferir los bienes del patrimonio fideicomitado al o a los fideicomitentes, o al o a los fideicomisarios al concluir el fideicomiso, según corresponda, o al fiduciario sustituyente en caso de sustitución o cese en sus funciones.

Párrafo I.- El fiduciario será considerado como sujeto obligado al cumplimiento de las normas de detección y prevención de lavados de activos, y en tal consideración queda sometido a las previsiones legales establecidas en los artículos 38 al 53 de la Ley contra el Lavado de Activos Provenientes del Tráfico Ilícito de Drogas y Sustancias Controladas y

En adición a lo establecido en la ley, podemos agregar:

1.- Deberá cumplir la función asignada en el acto, ajustándose estrictamente a la ley y hacerlo de buena fe, es decir con ausencia de toda intención defraudatoria²⁷⁵, comportarse conforme la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios en quien se ha

²⁷⁵ CUENA BOY, FRANCICO (2004): *El fideicomiso de residuo en el Derecho romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, pág. 28

depositado la plena confianza²⁷⁶: Pero en todos los casos debe hacerlo con un criterio de buena fe sin extraer provecho de su función y evitando conflictos de intereses²⁷⁷.

2.- Preservar el patrimonio fideicomitado de acuerdo a su finalidad y dar aviso inmediato de cualquier desmejora, depreciación, usurpación, daño o riesgo que pueda afectar al patrimonio fideicomitado, al fideicomisario y al beneficiario²⁷⁸, hasta el momento de la transmisión efectiva del mismo.

3.- Buscar tener conocimiento sobre el estado de solvencia del fiduciante por las implicancias que podría tener la aceptación de bienes en fideicomiso de una persona insolvente²⁷⁹²⁸⁰.

Finalmente, consideramos que sería inútil que la ley enumere taxativamente todas las obligaciones, porque en ningún caso podría pensarse en la limitación al número, e incluso podría haberse planteado contradicción con la eventual voluntad del fiduciante.²⁸¹

b) Derechos del fiduciario

Algunos de los derechos del fiduciario son:

a) Derecho al reintegro de gastos.

²⁷⁶ CARREGAL, MARIO A.: *Fideicomiso: Le malade imaginaire*. En Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2009-F, pág. 959-967.

²⁷⁷ MARTIN SANTISTEBAN, SONIA (2005): *El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*. Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, pág. 59.

²⁷⁸ ROSENFELD, L. CARLOS: *Antecedentes históricos del Fideicomiso en Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 1998-E, p. 1193.

²⁷⁹ SOLER, OSVALDO H., Y, CARRICA, ENRIQUE D.: *El fideicomiso y el fraude en Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2000-B, pág. 1193-1198.

²⁸⁰ Entiéndase por persona insolvente aquella incapaz de pagar sus deudas por el desequilibrio patrimonial que sufre.

²⁸¹ NEIROTTI, JULIÁN E. (2006): *Manual práctico de fideicomiso, doctrina, jurisprudencia, legislación, y modelos contractuales*. Editorial Nova Tesis, Editorial Jurídica.

b) Derecho a ejercer libremente las acciones tendientes a cumplir con el mandato incluido en el fideicomiso.

c) Derecho a exigir transparencia en la transferencia de derechos a su favor.

d) Derecho a detentar el dominio fiduciario de los bienes. Dicho carácter fiduciario del dominio tendrá efecto entre las partes desde su constitución, y frente a terceros desde que se cumplen las formalidades y recaudos exigibles por cada legislación y de acuerdo a la naturaleza de los bienes transferidos²⁸².

e) Derecho a percibir una remuneración por su función.

A estos fines, el Art. 35, Ley 189-11, establece el Régimen de remuneración. El fideicomiso se presumirá siempre remunerado, salvo que en el acto constitutivo del fideicomiso se establezca expresamente que el fiduciario no recibirá remuneración por sus servicios. En ausencia de disposición, la remuneración será de 0.5% anual del valor del patrimonio neto y será exigible una vez el fiduciario haya rendido cuentas de su gestión y las mismas se tengan por aprobadas de conformidad con las disposiciones de la presente ley, pudiendo en este caso ser cobradas de los flujos del fideicomiso.

c) Responsabilidad del fiduciario

Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que solo serán satisfechas con los bienes fideicomitados, es decir, responderá el fiduciario con los bienes fideicomitados por las deudas contraídas en la ejecución del fideicomiso²⁸³.

²⁸² GREGORINI CLUSELLAS, EDUARDO L.: *Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E, pág. 1226

²⁸³ PACHECOY, RAMIRO S.: *Responsabilidad objetiva del fiduciario en la Ley 24.441* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 1301.

No obstante, el fiduciario es responsable de todo daño causado al fideicomitente, fideicomisario o al beneficiario, derivado de la no ejecución total o parcial de las obligaciones emergentes del fideicomiso y en tales casos deberá repararlos, salvo el que se debe a un caso fortuito o fuerza mayor, su incumplimiento traería aparejado responsabilidad civil y/o penal.²⁸⁴

Entendemos que as responsabilidades potenciales del fiduciario, van más allá de las inherentes al ejercicio de la propiedad fiduciaria sobre los bienes fideicomitados, conforme al encargo recibido. En efecto, el acto mismo de la celebración del contrato con el fiduciante o fideicomitente lo coloca frente a riesgos derivados de la especial situación en la que su contraparte puede hallarse en relación a terceros acreedores.

En este aspecto, quien participa a título de fiduciario, debe adoptar al momento de suscribir el convenio, los recaudos necesarios a los fines de evitar quedar involucrado en una operatoria en eventual fraude de los acreedores del fiduciante²⁸⁵.

Por tales situaciones, no se puede dispensar la responsabilidad por dolo o culpa por actos en los que el fiduciario o sus dependientes hayan intervenido en virtud de cláusulas especiales; y si existieren éstas, deberán ser de interpretación restrictiva, tal como surge de la actual tendencia doctrinaria y jurisprudencial²⁸⁶.

El art.36 establece las condiciones de remoción del fiduciario, en razón de que el mismo podrá ser removido por incumplimiento de sus obligaciones, dolo, muerte o incapacidad judicialmente declarada, disolución, quiebra, liquidación. Como su incumplimiento no produce la revocación del dominio a favor de fiduciante, deberá solicitarse una remoción judicial por el Juzgado de Primera Instancia competente, por el fideicomitente, o cofiduciarios o fideicomisarios o sus representantes o tutores legales.

²⁸⁴NEIROTTI, JULIÁN E. (2006): *Manual práctico de fideicomiso, doctrina, jurisprudencia, legislación, y modelos contractuales*. Editorial Nova Tesis, Editorial Jurídica.

²⁸⁵NEIROTTI, JULIÁN E. (2006): *Manual práctico de fideicomiso, doctrina, jurisprudencia, legislación, y modelos contractuales*. Editorial Nova Tesis, Editorial Jurídica..

²⁸⁶ DE HOZ, MARCELO: *Contrato de fideicomiso e ineficacia sobreviniente* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-A, pág. 1067-1070.

d) Operaciones prohibidas

De acuerdo a la Ley 189-11, art. 31, se considerarán operaciones prohibidas a los fiduciarios las siguientes:

- a) Mezclar activos de un patrimonio fideicomitado con los propios.
- b) Mezclar activos de un fideicomiso con los de otros fideicomisos.
- c) Afianzar, avalar o garantizar de algún modo al o a los fideicomitentes o fideicomisarios el resultado del fideicomiso o las operaciones, actos y contratos que realice con los bienes fideicomitados.
- d) Realizar operaciones, actos o contratos con los bienes fideicomitados, en beneficio propio o de sus directores, accionistas, empleados, así como sus parientes hasta el segundo grado inclusive, o de las personas jurídicas donde cualquiera de éstos tenga una posición de dirección o control, salvo autorización conjunta y expresa en el acto constitutivo del o de los fideicomitentes y del o de los fideicomisarios.
- e) Otorgar préstamos con fondos provenientes de los fideicomisos en provecho propio o a sus directores, accionistas, empleados, así como sus parientes hasta el segundo grado inclusive, o de las personas jurídicas donde cualquiera de éstos tenga una posición de dirección o control, salvo autorización conjunta y expresa en el acto constitutivo del o de los fideicomitentes y del o de los fideicomisarios.
- f) Adquirir para su beneficio por sí o por interpósita persona, los bienes dados en fideicomiso.
- g) Realizar cualquier otro acto o negocio jurídico con los bienes fideicomitados respecto del cual tenga un interés propio, salvo autorización conjunta y expresa del o de los fideicomitentes y del o de los fideicomisarios.

h) Delegar sus funciones, salvo en los casos expresamente indicados en la presente ley. No obstante, podrá designar bajo su responsabilidad a los auxiliares y apoderados que demande la ejecución de determinados actos del fideicomiso. La responsabilidad del fiduciario ante los beneficiarios no se extingue por la delegación²⁸⁷.

Párrafo I.- En principio los fiduciarios no podrán estipularse como fideicomisarios. De llegar a coincidir tales calidades, el o los fiduciarios no podrán recibir los beneficios del fideicomiso en tanto la coincidencia subsista.

En la normativa comparada no se acepta en general que el fiduciario reúna además la calidad de beneficiario, porque se produciría una desnaturalización del negocio fiduciario.²⁸⁸

C) Fideicomisario o Beneficiario

“Se entenderá por fideicomisario o beneficiario, la persona física o jurídica a favor de quien el o los fiduciarios administran los bienes dados en fideicomiso” (Art. 40, Ley 189-11). La legislación dominicana asume como sinónimos fideicomisario y beneficiarios.

El beneficiario es un tercero, ajeno al acuerdo fiduciario, a quien se busca favorecer, al margen de toda intervención suya en el negocio que origina el fideicomiso²⁸⁹. Es el sujeto que durante la vigencia del fideicomiso está recibiendo las ventajas de esos bienes. Puede o no coincidir con el destinatario final de los mismos.

El fideicomitente podrá designar uno o varios fideicomisarios para que reciban simultáneamente o sucesivamente el provecho del fideicomiso, en el acto constitutivo del fideicomiso (art. 41). En el abanico de posibilidades debemos incluir a los menores, a los

²⁸⁷ GIOVENCO, ARTURO C.: *La delegación de funciones en el fideicomiso financiero. Límites, condiciones y deberes de control* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, La Ley, Tomo 2009-D, pág. 1281.

²⁸⁸ BELLO KNOLL, SUSY INÉS (2013): *El fideicomiso público*. 1ra. Edición. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 330p.

²⁸⁹ ROSENFELD, L. CARLOS: *Antecedentes históricos del Fideicomiso* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, t. 1998-E, p. 1193.

incapaces, (a través de un representante legal) a instituciones con o sin fines de lucro, las privadas o públicas. Ahora bien, de conformidad con las leyes de un país, los considerados indignos o incapaz de recibir determinado bienes, no podrán adquirirlos tampoco a través del negocio fiduciario, a los fines de evitar que el fideicomiso realice negocios prohibidos por la ley.²⁹⁰

No es necesario que el beneficiario acepte su carácter para la validez del fideicomiso, pero es esencial que exista por lo menos un beneficiario y que se encuentre individualizado o pueda ser individualizado a futuro porque si no, no tendrá validez jurídica el fideicomiso²⁹¹.

A falta de estipulación contraria en el acto constitutivo del fideicomiso, en el evento de faltar o ante la renuncia del o de los fideicomisarios designados y, no existiendo fideicomisarios sustitutos o continuadores jurídicos, se tendrán como fideicomisarios a los sucesores de éstos. En caso de ausencia de sucesores todos los fideicomisarios originariamente designados, se tendrán como fideicomisarios al o a los fideicomitentes.

El acto constitutivo del fideicomiso deberá individualizar al o a los fideicomisarios o beneficiarios, quienes pueden o no existir al tiempo del otorgamiento del acto constitutivo del fideicomiso. En este último caso deberán constar los datos que permitan su individualización futura o contener por lo menos los criterios para determinar los requisitos exigibles a los fideicomisarios o beneficiarios. En el caso de persona física que no haya nacido al momento de la constitución del fideicomiso, bastará que nazca viva y viable para que su designación se haga efectiva, sin perjuicio del cumplimiento de las demás condiciones que pudieren haber sido estipuladas en el acto constitutivo del fideicomiso o de lo dispuesto en la ley 189-11.

En los fideicomisos de carácter público generalmente los beneficiarios son indeterminados²⁹²

²⁹⁰ RODRIGUEZ AZUERO, SERGIO (2005): *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*. Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, pág. 245

²⁹¹ LENARDON, FERNANDO ROBERTO (2008): *Fideicomiso gubernamental*. Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, pág. 38

Podrán ser uno o varios beneficiarios, que gocen de sus derechos en forma conjunta o sucesiva y en caso de no especificarse su participación en el beneficio, se presume que se beneficiarán por partes iguales. Esto significa que existe plena libertad contractual para determinar la medida del beneficio que a cada uno de ellos les corresponde, el orden de prelación que observará el fiduciario en la asignación del interés beneficiario, los plazos o condiciones suspensivos o resolutorios a que queden sujetos los derechos de todos o algunos de los beneficiarios y cualquier otra modalidad que afecte su aptitud beneficiaria.

En su art. 44, contempla la designación de fideicomisarios sustitutos; asimismo el art. 32, párrafo I, establece las condiciones en que el beneficiario puede sustituir al fiduciario, que sería cuando éste último faltare a sus deberes o ponen en peligros los intereses que le fueron confiados, pero en principio los fiduciarios no podrán ser designado fideicomisarios. El beneficiario no puede ser el fiduciario ya que “éste –por hipótesis- debe actuar en beneficio de otro”

Sólo se puede prescindir del sujeto beneficiario cuando el patrimonio fiduciario esté constituido con la intención de llevar a cabo una determinada finalidad que puede ser cultural, educativa, filantrópica, científica, religiosa, conservacionista u otras similares donde no haya beneficiarios determinados o determinables²⁹³.

a) Derechos del Beneficiario

A los fideicomisarios o beneficiarios les corresponderán las facultades siguientes (Art. 43, Ley 189-11):

a) Ejercer determinados derechos directamente sobre los bienes afectados, de conformidad con lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso.

²⁹² BELLO KNOLL, SUSY INÉS (2013): *El fideicomiso público*. 1ra. Edición. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 330p.

²⁹³ ARROYO I AMAYUELAS, ESTHER (2007): *¿Y si universalizamos el trust, también en Cataluña*. en ARROYO I AMAYUELAS, ESTHER, *El trust en el Derecho Civil*, Editorial Bosch, Barcelona, pág. 481

- b) Exigir la rendición de cuentas al o a los fiduciarios.
- c) Pedir la remoción del o de los fiduciarios de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley.
- d) Ejercer la acción en responsabilidad contra el o los fiduciarios.
- e) Atacar la validez de los actos que se cometan en su perjuicio, siempre que hayan sido cometidos con negligencia, mala fe o en exceso de las facultades del o de los fiduciarios
- f) Exigir al o a los fiduciarios los beneficios que del patrimonio fideicomitado se generen
- g) Requerir al o a los fideicomitentes o, de ser el caso, a sus causahabientes, que se integren al patrimonio fideicomitado los bienes que según el acto constitutivo deban conformar dicho patrimonio.
- h) Otros derechos que se determinen en el acto constitutivo o reglamentariamente, con fines de transparentar la operación de fideicomiso que se trate.

Además podrá rechazar el fideicomiso. No se estipulan obligaciones a realizar por el beneficiario, salvo que se estipule en el acto constitutivo.

D) Patrimonio Fiduciario

El gran problema en esta materia ha sido conciliar los derechos del fiduciario con los del constituyente y los del beneficiario, ante la imposibilidad de estructurar, en forma conceptual, una doble titularidad como la existente en el derecho inglés. Por ello se ha acudido en las definiciones y en las normas que los desarrollan, a establecer un conjunto de limitaciones al fiduciario, precisando que, si bien es propietario frente a terceros, carece de facultades dispositivas ilimitadas, salvo aquellas que le haya conferido el acto constitutivo o le resulten necesarias para el cumplimiento de la finalidad prevista o le conceda la ley.

Se ha optado también por introducir la noción de que los bienes transferidos al fiduciario constituyen un patrimonio especial o autónomo, con notas que lo individualizan del general del fiduciario y del beneficiario y traducen una serie de ventajas desde el punto de vista fiscal, de posibles embargos por parte de terceros, etc. Así como en la consagración de normas contables, financieras y tributarias en consideración a la peculiaridad de la figura.

La esencia del contrato de fideicomiso es la transferencia de la propiedad a título fiduciario, El fideicomiso puede ser constituido sobre bienes y derechos de cualquier naturaleza, sean estos muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, determinados o determinables en cuanto a su especie, salvo aquellos derechos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular²⁹⁴. Podrán añadirse bienes al fideicomiso después de su creación, ya sea por el fideicomitente o, sujeto a las condiciones establecidas por esta ley, por un tercero, siempre que cuente con la aceptación del fiduciario (art. 6). Las legislaciones en general establecen que el fideicomiso debe constituirse sobre cosas ciertas, en algunos casos indicando que se trata de cosas dentro del comercio²⁹⁵ y en otros impidiendo su constitución sobre universalidades²⁹⁶.

Los bienes transferidos en fiducia constituye un patrimonio de afectación y distinto del patrimonio del fideicomitente, del patrimonio del fiduciario y del patrimonio del beneficiario, sobre el cual ninguno de ellos tiene un derecho real. Conforman un patrimonio diferente que no puede ser afectado por las vicisitudes que corran los patrimonio de quien dio en fiducia, ni de quien lo recibió para administrar, ni del destinatario final.²⁹⁷ La imposibilidad de agredir los bienes fideicomitados por los acreedores del fiduciante, como asimismo por los acreedores del beneficiario se funda en que no son acreedores del fiduciario con motivo del fideicomiso²⁹⁸.

²⁹⁴ GUASTAVINO, ELIAS P. (1994): *La propiedad participada y sus fideicomisos*. Editorial La Roca.

²⁹⁵ Ley 3284, *Código de Comercio de Costa Rica*, CAPÍTULO XII Del fideicomiso: "Art. 634.— Pueden ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes o derechos que legalmente estén dentro del comercio...".

²⁹⁶ LENARDON, FERNANDO ROBERTO (2008): *Fideicomiso gubernamental*. Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, pág. 51.

²⁹⁷ MOISSET DE ESPANÉS, LUIS Y HIRUELA, MARÍA DEL PILAR: *Algunos lineamientos generales del fideicomiso de la ley 24.441* en Revista de Derecho Privado y Comunitario, No. 3. Editorial Rubinzal Culzoni. Año 2001.

²⁹⁸ GOTTLIEB, VERÓNICA; VEZZONI, MALVINA, Y COPPOLETTA, SEBASTIÁN C.: *El acreedor laboral frente al fideicomiso*. en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-F, pág. 917 y ss.

Los bienes fideicomitidos que ingresan al patrimonio del fiduciario producen un efecto económicamente neutro en éste. La transmisión de la propiedad de los bienes es patrimonialmente intrascendente para el fiduciario²⁹⁹. La transferencia fiduciaria convierte al fiduciario en el soporte jurídico de la propiedad del inmueble, y nada más que eso; pero la titularidad del valor económico del bien así adquirido no le pertenece, por lo que no corresponde desde el punto de vista tributario gravar la transferencia fiduciaria, pues allí no hay transferencia económica³⁰⁰.

El fiduciario, en rigor de verdad, no es titular de un derecho real de dominio, sino un administrador que tiene a su cargo la gestión, administración y disposición de los bienes fideicomitidos en pro de un beneficio o interés ajeno.³⁰¹

Una característica de la propiedad fiduciaria es su transitoriedad ya que la misma está restringida a que el fiduciario la transmita en cumplimiento de la voluntad del constituyente. Dicha transmisión no es otra cosa que la consecuencia del cumplimiento del encargo de que el bien sea entregado al fiduciante, al beneficiario o a un tercero, dándose, así, por extinguido el carácter fiduciario del bien con ese nuevo traspaso.³⁰²

Como ya hemos expresado, la propiedad fiduciaria no tiene por objeto perdurar en el tiempo sino que constituye un *status* jurídico transitorio destinado a concluir cuando se produjere una causal de extinción del fideicomiso que provenga de un hecho de las partes o de un hecho ajeno a su voluntad³⁰³. El dominio fiduciario establece un dominio pleno en cabeza del titular fiduciario, limitado por el pacto de fiducia en términos de relación obligacional. Hemos afirmado que, en este aspecto, es un dominio imperfecto, aunque el mismo se consolida con la transmisión fiduciaria.

²⁹⁹ PACHECOY, RAMIRO S.: *Responsabilidad objetiva del fiduciario en la Ley 24.441* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 1301 mencionando a CARREGAL.

³⁰⁰ CARREGAL, MARIO A.: *Problemas registrales del fideicomiso* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2000-A, pág. 1059-1060.

³⁰¹ MOISSET DE ESPANÉS, LUIS Y HIRUELA, MARÍA DEL PILAR: *Algunos lineamientos generales del fideicomiso de la ley 24.441* en Revista de Derecho Privado y Comunitario, No. 3. Editorial Rubinzal Culzoni. Año 2001

³⁰² DALLAGLIO, MATÍAS Y FONTANINI, GASTÓN (2013): *Los fideicomisos públicos: Abordaje desde las perspectivas de los organismos de control*. 1ra. Edición. Buenos Aires. Librería Editorial Osmar D. Buyatti.

³⁰³ ROSENFELD, L. CARLOS: *Antecedentes históricos del Fideicomiso* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, t. 1998-E, p. 1193, citando a CARREGAL.

Los bienes de fiduciario no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, “las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos”. Ello con la salvedad de que, en el ejercicio de su función, el fiduciario o sus dependientes hayan incurrido en culpa o dolo, respondiendo en ese caso, personalmente, de los daños y perjuicios causados.³⁰⁴

El dominio fiduciario carece igualmente del carácter de ser absoluto, propio del dominio perfecto, porque se le transfiere al fiduciario para que cumpla con un fin y cuando éste se cumple, se produce la extinción del dominio fiduciario; lo que se desprende de las circunstancias fundamentales que tipifican el fideicomiso y la titularidad que surgen en su constitución. Por otra parte, la propiedad es ejercida a favor del beneficiario y nunca el fiduciario podrá adquirir los bienes para sí³⁰⁵. El beneficiario, al cumplirse el plazo o condición, dispondrá una acción personal para solicitar la transferencia de los bienes fideicomitidos³⁰⁶.

El patrimonio quedará afectos al fin que se destinen. Sólo responden por las obligaciones del fideicomiso, salvo por las que se reservare el fiduciante, o las adquiridas previamente, Art. 9, Ley 189-11.

Hay que tener mucho cuidado con las cesiones de derechos futuros ya que podría ocasionar situaciones que afecten la garantía de los acreedores., convirtiéndose en un fraude a los acreedores.

“Los acreedores del o de los fideicomisarios no podrán perseguir los bienes fideicomitidos mientras éstos se encuentren integrados al fideicomiso, pero se admite que podrán perseguir, para la satisfacción de sus créditos, los frutos que el fideicomiso genere y

³⁰⁴ NEIROTTI, JULIÁN E. (2006): *Manual práctico de fideicomiso, doctrina, jurisprudencia, legislación, y modelos contractuales*. Editorial Nova Tesis, Editorial Jurídica.

³⁰⁵ LENARDON, FERNANDO ROBERTO (2008): *Fideicomiso gubernamental*. Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, pág. 53.

³⁰⁶ GOTTLIEB, VERÓNICA; VEZZONI, MALVINA, Y COPPOLETTA, SEBASTIÁN C.: *El acreedor laboral frente al fideicomiso*. en *Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-F, pág. 917 y ss*

hayan de ser entregados por el o los fiduciarios al fideicomisario de que se trate”, Art. 9, Ley 189-11.

E) Contrato de Fideicomiso

a) Objeto

El objeto del contrato de fideicomiso es obtener el cumplimiento del encargo respecto del bien que se trasmite al fiduciario. Como consecuencia de la celebración de este contrato, las partes intervinientes contraen obligaciones que imponen prestaciones recíprocas, bajo los controles de moralidad y legalidad que rigen a los contratos en general.³⁰⁷

El cumplimiento del encargo contractualmente recibido, deberá ser ejecutado con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios.

Por lo que la ejecución del encargo por parte del fiduciario constituye el objeto del contrato de fideicomiso, entendido como el resultado que pretende obtenerse de la conducta contractualmente impuesta al fiduciario, del mismo modo que los bienes fideicomitados constituyen el objeto sobre el que recae la ejecución del encargo.

En ese sentido, ningún contrato tiene como objeto una cosa u otro bien cualquiera, sino que el comportamiento jurídicamente exigible al que se comprometen las partes intervinientes en la convención, es la condición necesaria para modificar el status legal de los bienes sobre los que recae el deber ser contractual.

Es un absurdo afirmar que el objeto del contrato de fideicomiso es la transmisión de los bienes. El objeto del contrato está constituido por la operación jurídica que las partes se proponen realizar, mientras que las prestaciones recíprocas son el objeto de la obligación que cada parte asume y que reconoce precisamente al contrato como causa fuente.

³⁰⁷ CARREGAL, MARIO A. (2008): *Fideicomiso, teoría y aplicación a los negocios*. 1ra. Ed. Buenos Aires, Heliasta, pág. 39.

Dicho esto, el objeto del contrato está constituido no por las obligaciones o prestaciones aisladas o independientes de cada uno de los contratantes sino por el contenido concreto e integral del acuerdo, apreciado en la organizada y unitaria realidad de sus efectos y resultados prácticos, directos o indirectos, inmediatos o remotos, tenidos en cuenta o conocidos al menos por las partes, al celebrarlo.³⁰⁸

De lo dicho se desprende, como derivación lógica, que el fideicomiso o la promesa de constituir fideicomiso (según se trate o no de una transferencia de propiedad fiduciaria contemporánea a la celebración del contrato) debe describir el objeto (existencia del encargo) sin que se requiera la efectiva transferencia de los bienes, aun cuando deban estar allí individualizados o deban constar los elementos necesarios para hacerlo.³⁰⁹ Por lo que el objeto del fideicomiso debe ser determinado o determinable³¹⁰, no indeterminado y posible³¹¹.

Mientras exista el fideicomiso no puede sufrir modificaciones de las disposiciones dadas al fiduciario. En caso de requerir modificar el objeto o alguna parte sustancial, se requiere la aprobación de cada uno de los beneficiarios, en virtud de que modificaciones posteriores podrían afectar derechos adquiridos. Por lo que el fideicomiso se presume irrevocable y no podrá ser objeto de modificaciones, salvo que se establezca expresamente lo contrario en el acto constitutivo, (Art. 5).

Por ello la individualización de los bienes objeto del fideicomiso debe ser precisa y, de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del contrato, deberán describirse los requisitos y características a reunir por los bienes. Así se deberá determinar

³⁰⁸ BARCIA LÓPEZ, A. (1966): *La causa ilícita en las obligaciones y en los actos jurídicos. El pensamiento de Vélez Sarsfield, los textos del Código y la jurisprudencia más reciente de los tribunales*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

³⁰⁹ Como remarcan Kiper y Lisoprawski, “no estamos frente a un contrato real porque la tradición de la cosa es una obligación que puede cumplirse con posterioridad. KIPER, CLAUDIO M. Y LISOPRAWSKI, SILVIO V. (2002): *Teoría y práctica del fideicomiso*. Buenos Aires, Depalma.

³¹⁰ ROSENFELD, L. CARLOS: *Antecedentes históricos del Fideicomiso en Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 1998-E, p. 1193.

³¹¹ LEMOS POSSO, CÉSAR AUGUSTO Y MESA SARMIENTO, JOSÉ FERNEY. (1991): *Sobre la fiducia, tesis de grado*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Santafé de Bogotá, DC, República de Colombia, pág. 14

el modo en que esos y otros bienes podrán incorporarse al fideicomiso y además se deberá indicar el destino de los bienes objeto del fideicomiso a su finalización³¹².

b) Forma

El fideicomiso sólo puede nacer por contrato, salvo cuando una disposición de última voluntad, quedando descartado el acto unilateral de voluntad como fuente de su existencia. Entonces, el fideicomiso puede constituirse por dos medios: el contrato y el testamento; aunque la relación fiduciaria que germina en los fideicomisos también puede haber sido prevista por la ley, como es el caso de los fideicomisos públicos.³¹³

Tratándose de un contrato, el fideicomiso se halla sujeto a las reglas sobre capacidad, consentimiento, legitimación, objeto y reglas generales del género.

La redacción del instrumento que constituye el fideicomiso debe cumplir con los requisitos de simplicidad, claridad y flexibilidad³¹⁴. Sin duda el contrato debe ser formal, donde el principio general es el consensualismo, es decir que queda concluido para producir sus efectos propios desde que las partes hubiesen recíprocamente manifestado su consentimiento.³¹⁵

Es bilateral, en cuanto a que las partes se obligan recíprocamente, la una hacia la otra, y a favor de terceros, beneficiarios y/o fideicomisarios; además de ser un contrato formal.

En cuanto al carácter oneroso o gratuito del contrato, será oneroso cuando el fiduciario recibe una retribución por la ejecución de los encargos encomendados, onerosidad que se

³¹² GREGORINI CLUSELLAS, EDUARDO L.: *Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E, pág. 1226

³¹³ GUASTAVINO, ELIAS P. (1994): *La propiedad participada y sus fideicomisos*. Editorial La Roca.

³¹⁴ DE ARESPACOHAGA, JOAQUÍN (2000): *El «trust», la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, Madrid, pág. 108.

³¹⁵ MALUMIÁN, NICOLÁS, DIPLOTTI, ADRIÁN Y GUTIÉRREZ, PABLO (2006): *Fideicomiso y securitización. Análisis legal, fiscal y contable*. 2da. Edición. Editorial La ley, pág. 3, 169, 405-411.

presume salvo convención en contrario, o gratuito si no es acreedor a contraprestación alguna.³¹⁶

Sin embargo, desde otro punto de vista, la especie bien puede ser definida como contrato neutro incoloro, ya que la transferencia fiduciaria no es onerosa porque el fiduciario no le otorga nada a cambio al fiduciante y tampoco es gratuita porque no le dona la propiedad a aquél, quien la recibe para ejecutar un determinado encargo, debiendo, una vez extinguido el contrato, entregar los bienes al fideicomisario.³¹⁷

De acuerdo al Reglamento 95-12 de fecha 2 de marzo de 2012 para la aplicación de la Ley 189-11 de fecha 16 de julio de 2012 para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso, Ley 189-11, y el art. 13 de la referida Ley, establecen el contenido del acto que crea el fideicomiso:

El fideicomiso puede constituirse bien sea por acto auténtico instrumentado por ante un notario público o mediante acto bajo firma privada, requiriéndose en este último caso que la firma sea legalizada por un notario público.

El acto de constitución del fideicomiso debe contar con la aceptación expresa del fiduciario; o en su defecto, dicha aceptación debe hacerse constar mediante acto separado. El mismo deberá ser registrado en las oficinas de Registro Mercantil de las Cámaras de Comercio y Producción correspondientes a los domicilios del o de los fiduciarios.

Los actos constitutivos de fideicomiso siempre deben constar por escrito y, su validez dependerá, entre otros, del cumplimiento de las disposiciones de la Ley 189-11 relativas a su contenido; entre las cuales se encuentran, la declaración expresa de la voluntad del fideicomitente de constituir un fideicomiso, declaración jurada de los fideicomitentes sobre procedencia legítima de los bienes transferidos; designación del fiduciario y de los

³¹⁶ MALUMIÁN, NICOLÁS, DIPLOTTI, ADRIÁN Y GUTIÉRREZ, PABLO (2006): *Fideicomiso y securitización. Análisis legal, fiscal y contable*. 2da. Edición. Editorial La ley, pág. 3, 169, 405-411.

³¹⁷ DALLAGLIO, MATÍAS Y FONTANINI, GASTÓN (2013): *Los fideicomisos públicos: Abordaje desde las perspectivas de los organismos de control*. 1ra. Edición. Buenos Aires. Librería Editorial Osmar D. Buyatti.

fideicomisarios; identificación de los bienes objeto del fideicomiso; plazo o condición a que está sujeto; indicación de la irrevocabilidad del fideicomiso.

Adicionalmente, el Reglamento 95-12 establece que dichos actos deberán expresar, de manera enunciativa, el objeto, finalidad, detalle de los bienes presentes y futuros, destino de los bienes en la finalización del fideicomiso, obligaciones de las partes, rendición de cuentas, entre otros.

Conforme dispone la Ley 189-11, el fideicomiso surtirá efectos con respecto a terceros desde la fecha de su inscripción en los registros públicos correspondientes, tales como Superintendencias de Bancos o de Valores o la Dirección General de Impuestos Internos, según aplique.

Sin importar la causa de extinción del fideicomiso, esta deberá ser notificada por escrito a las oficinas de Registro Mercantil de las Cámaras de Comercio y Producción de los domicilios del o de los fiduciarios, sin perjuicio de la inscripción, registro o cualquier otra formalidad que de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes de que se trate, deba hacerse conforme a la Ley No. 189-11, según indicamos anteriormente.

Se prohíbe que el acto constitutivo del fideicomiso contenga cláusulas que signifiquen o contengan la imposición de condiciones inequitativas e ilegales y que desnaturalicen el negocio fiduciario, desvíen su objeto original, o se traduzcan en menoscabo ilícito de algún derecho ajeno, de conformidad con lo estipulado en el Artículo 14, de la Ley No. 189-11, entre otros.

La finalidad del fideicomiso, plasmada en el contrato, es fundamental para determinar el tenor y los límites de las facultades del fiduciario en el ejercicio de la propiedad fiduciaria, y su responsabilidad³¹⁸. Lo dicho pone en relieve la importancia de expresar claramente la finalidad del fideicomiso en el instrumento de creación del mismo³¹⁹.

³¹⁸ KENNY, MARIO O. (2002): *Titularización y fideicomiso financiero*. Editorial Errepar, pág. 29-69.

³¹⁹ MALUMIÁN, NICOLÁS, DIPLOTTI, ADRIÁN Y GUTIÉRREZ, PABLO (2006): *Fideicomiso y securitización. Análisis legal, fiscal y contable*. 2da. Edición. Editorial La ley, pág. 3, 169, 405-411.

En estos contratos la regla es la forma como medio para garantizar el correcto funcionamiento y transparencia de la actividad contractual. Los requisitos formales, en este caso, pueden ser anteriores o posteriores, pero se deben cumplir irremediamente con ellos³²⁰.

Será nulo el fideicomiso que se constituya sin los requerimientos de forma y de fondo relativos al acto constitutivo del fideicomiso, conforme a lo dispuesto en la Ley 189-11.

Será nulo, igualmente, el fideicomiso que carezca de objeto o causa; que tenga un objeto o causa ilícita; o, que sea celebrado por persona incapaz sin contar con la debida representación. Si una disposición del acto constitutivo del fideicomiso no es válida por cualquier razón, las demás disposiciones del mismo se mantendrán, salvo que la disposición nula no pueda ser separada de las otras sin desvirtuar los propósitos de la creación del fideicomiso (Art. 50).

3. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO

Como todo contrato, el fideicomiso está destinado a llevar a cabo un fin, dándose en muchos casos una supervivencia respecto de la propia vida de la persona que le diera origen y que manifestó su voluntad al momento de decidir su realización.³²¹

De acuerdo a la Ley No. 189-11, sobre Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso de la República Dominicana, en sus arts. 52, 53 y 54 establecen las condiciones de extinción. De tal suerte que el fideicomiso se extinguirá por la verificación de una cualquiera de las causas siguientes:

³²⁰ MAURY DE GONZÁLEZ, BEATRIZ (2004): *Tratado teórico práctico de fideicomiso*. Editorial Ad-hoc S.R.L., Buenos Aires, pág. 334.

³²¹ NEIROTTI, JULIÁN E. (2006): *Manual práctico de fideicomiso, doctrina, jurisprudencia, legislación, y modelos contractuales*. Editorial Nova Tesis, Editorial Jurídica..

- a) Por la llegada del término indicado en el acto constitutivo.

- b) Por la realización del objeto para el cual fue constituido, cuando dicho objeto fuere realizado previo a la llegada del término.

- c) Por haberse cumplido la condición resolutoria a que hubiese estado sujeto.

- d) Por pérdida o extinción total de los bienes objeto del fideicomiso.

- e) Por la imposibilidad del cumplimiento de sus fines.

- f) Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o por no haberse verificado dentro del término señalado en su constitución.

- g) Por convenio expreso entre el o los fideicomitentes, el o los fideicomisarios y el o los fiduciarios.

- h) Por revocación hecha por el o todos los fideicomitentes cuando éstos se hayan reservado expresamente este derecho en el acto constitutivo.

- i) Por la muerte del fideicomitente, salvo en los casos en que éste haya suscrito el acto auténtico requerido en ocasión de los fideicomisos constituidos para fines de planificación sucesoral conforme prevé la presente ley.

- j) En caso de ausencia, renuncia o muerte del o de los fideicomisarios, siempre que no se exprese quiénes los sustituyan de conformidad con las normas previstas en el acto constitutivo o en esta ley.

- k) Por renuncia o remoción del o de todos los fiduciarios, siempre que no haya posibilidad de nombramiento de sustituto dentro del plazo previsto en el acto constitutivo y a falta de disposición al respecto en el término de un (1) año a partir de la renuncia o remoción.

l) Por quiebra, liquidación forzosa o cualquier otro procedimiento equivalente del fiduciario que tenga la titularidad de los bienes que integran el patrimonio fideicomitado, siempre que no haya posibilidad de nombramiento de sustituto dentro del plazo previsto en el acto constitutivo y, a falta de disposición al respecto, en el término de un (1) año a partir de la quiebra, liquidación forzosa o cualquier otro procedimiento equivalente.

m) Por acciones de terceros que pongan fin al fideicomiso.

n) Por confundirse en una sola persona la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario, sin que pueda ser subsanado mediante el nombramiento de nuevo fiduciario o fideicomisario por parte del fideicomitente.

La ley establece que para que la extinción del fideicomiso produzca efectos con respecto a los terceros, se cumplirán formalidades de publicidad similares a las exigidas para su constitución, de conformidad.

Extinguido el fideicomiso, los bienes afectados al mismo que queden en poder del o de los fiduciarios, serán devueltos por éstos a la persona o personas que tengan derecho según el acto constitutivo y de acuerdo con las circunstancias de la extinción. En caso de que el acto constitutivo no contenga dicha indicación, los bienes serán devueltos al o a los fideicomitentes o a sus sucesores; en ausencia de los mismos, el patrimonio pasará a manos del Estado.

Si el o los fiduciarios no cumplieren con la obligación de transferir los bienes fideicomitados, la parte con derecho a recibirlos puede demandar la transferencia de los mismos y reclamar los daños y perjuicios que la omisión del o de los fiduciarios le hubiere causado.

Ocurrido el vencimiento del plazo o el cumplimiento de la condición, donde el fideicomiso queda extinguido, debe entenderse que mientras el fiduciario no cumpla con la entrega de

los bienes a quien corresponda, subsiste el patrimonio separado que establece el Art. 7 de la Ley No. 189-11, con sus efectos, pues de otro modo quedaría violada la prohibición de que el fiduciario adquiriera para sí los bienes fideicomitidos. Es decir, al cumplirse el plazo ya no existe un derecho de propiedad temporal sino perpetúa, transformando el derecho del fiduciario en una propiedad plena mientras se conserve bajo su titularidad, lo que parece inadmisibles por sus consecuencias incompatibles con la naturaleza y finalidad de la figura jurídica.

Sin duda alguna, independientemente de la voluntad de las partes, la declaración de nulidad del negocio jurídico extinguirá el fideicomiso³²².

4. TIPOLOGÍA DE FIDEICOMISO BAJO LA LEY 189-11

Todas las operaciones comerciales, tienen una función económica, derecho y economía son dos ciencias que interrelacionan en la regulación de los intereses de la comunidad en pro de la satisfacción de las necesidades colectivas. El fideicomiso es probablemente el negocio jurídico comercial de mayor transformación y versatilidad prevista en nuestra legislación.

La finalidad que se pretende con el contrato de fiducia es tan infinita como la imaginación del fideicomitente, basta observar las reglas de Derecho y luego, tener a mano un sinfín de posibilidades económicas que arrojen el mayor rendimiento y seguridad, en que los bienes fideicomitidos no van a desvanecerse en manos del fiduciario; confianza, seguridad y rentabilidad, los tres pilares sobre los cuales se erige el negocio fiduciario cualquiera que sea su forma.

Dicho esto, se hace necesario que, a través del estudio de la figura, conocer su función económica y su estructura técnica. Es necesario analizar el desempeño en el mundo de los

³²² ROSENFELD, L. CARLOS: *Antecedentes históricos del Fideicomiso en Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 1998-E, p. 1193.

negocios que representa el fideicomiso y su actual importancia en el escenario jurídico, de igual forma, la manera en que se desarrolla la operación fiduciaria.

Existe una diversidad de tipos contractuales que se pueden practicar con la fiducia. En efecto, resultando el negocio de la transferencia de un bien –cualquier bien-, para la obtención de una finalidad –cualquier finalidad legítima-, es obvio que las combinaciones son infinitas. Es por eso que haremos una revisión preferencial, con las principales modalidades que pueden ejecutarse a través del fideicomiso. Bajo esta premisa podemos afirmar válidamente conforme la doctrina, que no se puede plantear una enumeración taxativa ya que hacerlo siempre dejaría tipos contractuales de lado.

En la presente sección de nuestro estudio presentaremos las diferentes posibles operaciones fiduciarias contempladas en la Ley No. 189-11 sobre Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana y su incidencia en los negocios modernos.

A) Fideicomiso de planificación sucesoral

Es aquel que se constituye con el objeto de que el fiduciario realice los actos de administración y disposición de bienes existentes o futuros, corporales o incorporeales, así como la distribución de los beneficios derivados de los bienes fideicomitados, tras el fallecimiento del fideicomitente, a fideicomisarios o beneficiarios (Art. 15, reglamento 95-12).

Este instrumento permite a los fideicomitentes conservar el derecho de uso y goce de su patrimonio en vida y dispone de antemano reglas para el caso de su muerte, incapacidad o desaparición, transmitiendo al fiduciario parte o la totalidad de sus bienes con un fin determinado, especificado en el contrato de fideicomiso buscando la protección del patrimonio

Para estos efectos la Fiduciaria realiza junto con el cliente un análisis de la composición de la familia, los bienes muebles, inmuebles, recursos dinerarios o inversiones existentes, sus

posibles beneficiarios, y las condiciones en que se distribuirán los beneficios derivados del contrato fiduciario.

Al cumplirse las condiciones previstas en el contrato, ya sea por fallecimiento del cliente o la llegada de una fecha o edad prevista en el contrato, la Fiduciaria entrega los recursos a los beneficiarios definidos en el acto constitutivo en la forma, lugar, monto y modo que allí se haya estipulado como finalidad, la administración de sumas de dinero u otros bienes, para ser destinados al cumplimiento oportuno y adecuado de las obligaciones que indique el fideicomitente con una destinación específica.

Podrá utilizarse la figura del fideicomiso a los fines de planificación sucesoral, estando el mismo regido por lo dispuesto en la ley 189-11 y, en las leyes aplicables a la materia vigente en la República Dominicana. Una vez constituido el fideicomiso el o los fideicomitentes podrán instrumentar con posterioridad a la constitución del mismo, las instrucciones al o a los fiduciarios sobre los actos de administración y disposición, y la distribución de los beneficios derivados de los bienes fideicomitados en beneficio de sus sucesores o causahabientes y legatarios tras el fallecimiento del fideicomitente. El acto contentivo de dichas instrucciones se reputará una modificación al acto constitutivo del fideicomiso, por lo que sólo podrá ser realizado en los casos de fideicomisos revocables. (Art. 55, Ley 189-11)

Hay autores que cuestionan la conveniencia de haber incorporado esta categoría de fideicomiso³²³. Debido a la importancia de armonizar esta figura con el régimen sucesorio establecido en el Código Civil, con jerarquía de orden público. Respetando la legítima hereditaria, los fideicomisos utilizados para fines de planificación sucesoral, no podrán en ningún momento afectar la reserva legal hereditaria establecida en los artículos 913 y siguientes del Código Civil de la República Dominicana, mientras dichas disposiciones estén vigentes. Esta violación conlleva la nulidad, únicamente, de las disposiciones del

³²³ HAYZUS, J. R. (2000): *Fideicomiso*. Buenos Aires, Astrea. Quien se pregunta para qué introducir el fideicomiso testamentario en una sociedad que no lo reclama.

fideicomiso que violen la reserva legal hereditaria, debiendo simplemente exigirse la reducción correspondiente en la porción que exceda la porción disponible.

La disposición de los bienes del o de los fideicomitentes mediante la constitución de fideicomiso, en cualquier proporción, no implicará una violación a la legítima hereditaria en tanto la distribución de dichos bienes, o de las rentas que generen los mismos, beneficien a los herederos reservatarios del fideicomitente en las proporciones previstas en el Artículo 913 y siguientes del Código Civil de la República Dominicana. En caso de violación a estas reglas, al tiempo de abrirse la sucesión, los herederos reservatarios del fideicomitente o sus causahabientes pueden exigir la reducción de la parte que exceda a la porción disponible, de conformidad con lo establecido en el Artículo 920 y siguientes del Código Civil de la República Dominicana.

Los beneficios de esta figura, son:

- Inembargabilidad de los bienes aportados al fideicomiso
- Seguridad en la administración de los bienes
- Pueden transferir al fideicomiso bienes y derechos de cualquier naturaleza.
- Permite a los beneficiarios ceder o transferir sus derechos dentro del fideicomiso
- Asegura que el proceso sucesoral sea claro y transparente para toda las partes involucradas al ser ejecutado por un tercero independiente.
- Protege a su familia, negocios, ahorros, inversiones, bienes, decisiones sobre salud e hijos menores en una etapa complicada.
- Disminuye los costos asociados a un proceso sucesoral complicado.

- Preserva el legado patrimonial para las futuras generaciones.
- Permite la utilización de los bienes sucesorales para fines específicos.
- Esta herramienta fomenta la ejecución del proceso sucesoral de forma transparente para todos los interesados.

B) Fideicomisos culturales, filantrópicos y educativos

Se refiere a aquellos fideicomisos sin fines de lucro cuyo objeto sea la administración, explotación, el mantenimiento y preservación de todo tipo de bienes y derechos a favor de la colectividad o de patrimonios culturales, tales como: museos, monumentos, reservas naturales o la promoción y fomento de la educación, o la ejecución de labores filantrópicas de cualquier tipo, entre otros, conforme lo estipula el Artículo 56 de la Ley No.189-11.

A estos fines, una persona física o jurídica, destina la disposición de dinero o bienes de su patrimonio con el objetivo de que se desarrollen actividades y establezcan centros culturales que contribuyan a la sociedad. En este caso, la figura del Fideicomiso brinda la confianza a quien aporta los bienes o los recursos de cooperación de que los mismos se destinarán a los fines por ellos previstos.

Los contratos de este tipo de Fideicomisos, generalmente se suscriben entre la Fiduciaria y las entidades encargadas de la administración y custodia de este tipo de bienes o con entes internacionales que brindan recursos de cooperación como apoyo a la educación o la cultura.

Tendrán el mismo tratamiento fiscal que las Asociaciones sin Fines de Lucro. La fiducia correspondiente a esta modalidad podrá ser ejercida por las personas jurídicas a las que se refiere el Artículo 25 por la Ley 189-11, y estará regulada y supervisada por las instancias determinadas para cada caso (Art. 56).

Los fideicomisos culturales, filantrópicos y educativos, por su naturaleza, podrán establecerse por tiempo indefinido, subsistirá en tanto sea factible cumplir el propósito para el que hubiere sido constituido.

La extinción de los mismos deberá ser pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia competente, a solicitud de parte interesada y con calidad para solicitarla.

C) Fideicomiso de inversión

Es la modalidad de fideicomiso celebrado por un fiduciario con sus clientes, para beneficio de éstos, o de terceros designados por ellos, en el cual se consagra como finalidad principal la inversión o colocación, a cualquier título, de sumas de dinero de conformidad con las instrucciones contenidas en el acto constitutivo. Este tipo de fideicomiso solamente podrá ser administrado por las administradoras de fondos de inversión³²⁴ y los intermediarios de valores³²⁵ facultados para la administración de cartera (Art. 57).

En el caso de la República Dominicana, requiere notificación a la Superintendencia de Valores.

El fideicomiso de inversión consiste en que el fiduciario administre, según instrucciones del fiduciante o fideicomitente, un fondo (en dinero, acciones, bonos u otros valores) recurriendo a una inversión determinada³²⁶. En estos fideicomisos caben todas las formas imaginables de colocar los recursos, que van desde la destinación específica e invariable

³²⁴ Se entenderá que las administradoras de fondos de inversión establecidas de conformidad con la Ley sobre Mercado de Valores, fungirán como fiduciarias respecto de los fondos de inversión que estén bajo su administración, cada uno de los cuales deberá constituirse como un patrimonio fideicomitado independiente del patrimonio de la administradora, de acuerdo a la normativa vigente en el mercado de valores. Estos patrimonios fideicomitados recibirán el mismo tratamiento fiscal que los fideicomisos de oferta pública de valores.

³²⁵ Los intermediarios de valores que estén facultados a la administración de cartera, establecidos de conformidad con la Ley sobre Mercado de Valores y su normativa, podrán fungir como fiduciarios respecto de las carteras que administren en los casos en que tales carteras se constituyan en fideicomisos.

³²⁶ ROSENFELD, L. CARLOS: *Antecedentes históricos del Fideicomiso en* Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, t. 1998-E, p. 1197.

señalada al fiduciario, hasta aquella donde se le otorga al fiduciario absoluta discrecionalidad en el manejo de los recursos.³²⁷

Algunos autores consideran que el fideicomiso de inversión es una modalidad del fideicomiso de administración³²⁸, con la cual, a más de la simple administración y manejo de sus bienes –que hace énfasis en la gerencia- el fiduciante busca destinarlos a ciertas actividades de las cuales pueda derivar rendimientos interesantes, poniendo el énfasis, entonces, en las habilidades para la buena colocación de los recursos. Se administran bienes y negocios que van a permanecer inalterados como tales mientras se invierten los recursos líquidos que reciban o el producto de los mismos activos mediante su transformación, enajenación y reemplazo.

Es entendido que en cuanto la fiduciaria cumpla el encargo de acuerdo con las instrucciones previstas en el contrato, las vicisitudes de la inversión corren por cuenta del constituyente o afectan al beneficiario, siempre que no haya dolo o culpa del fiduciario que permita deducirle responsabilidad en el manejo de los bienes. Pero, en principio, no corresponde al fiduciario garantizar las resultas de sus gestiones, de donde puede concluirse que su obligación es fundamentalmente, en este caso, sin duda, de medio y no de resultado.³²⁹

Entre los beneficios de esta figura, podemos mencionar:

- La versatilidad de objetivos que se pueden procurar a través del fideicomiso, lo convierten en un vehículo idóneo para los más diversos proyectos de inversión.
- Mayor rentabilidad dada la flexibilidad del instrumento, el rol del fiduciario y las opciones del mercado.

³²⁷ RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO (2005): *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*, 1a ed., Legis Editores, Colombia, pág. 386.

³²⁸ SCOCCO, MÓNICA: *Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-D, pág. 1417-1425.

³²⁹ Tratándose de la remuneración de la figura ha de tenerse en cuenta que el carácter de obligación de medio y no de resultado que tienen las sociedades fiduciarias, lo mismo se impone para no garantizar un rendimiento fijo que para el efecto de procurar los mayores rendimientos de los bienes objeto del negocio fiduciario.

- La intervención de un fiduciario cuyos intereses están definidos en función del éxito del negocio y remuneración por servicios y no en función de un margen de ganancia.
- El alto grado de seguridad en la inversión dado el carácter autónomo del patrimonio fideicomitado.
- La equidistancia del fiduciario con relación a los intereses en juego, así como sus conocimientos especializados del mercado, permiten alcanzar una mayor confianza del público para la realización del negocio o para la adquisición de los bienes y servicios objeto de comercialización a través del fideicomiso.

D) Fideicomiso de inversión inmobiliaria y de desarrollo inmobiliario

Dentro de los fideicomisos de inversión también podemos mencionar a los denominados fideicomisos inmobiliarios. Con la llegada de la Ley 189-11 para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso, surge la posibilidad de canalizar proyectos inmobiliarios por medio de estructuras fiduciarias.

Es el negocio fiduciario que, en términos generales, tiene como finalidad la administración de recursos y bienes afectos a un proyecto inmobiliario o a la administración de los recursos asociados al desarrollo y ejecución de dicho proyecto, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato³³⁰

Mediante esta modalidad el fideicomitente transfieren activos o derechos para la constitución de un patrimonio autónomo e independiente, a fin de que el fiduciario realice gestiones administrativas y legales, asociadas con la adquisición de bienes inmuebles, su administración, explotación, preservación y el desarrollo de proyectos inmobiliarios en

³³⁰ CHAVEZ BONETTI, EVELYN: “Fideicomiso de Inversión Inmobiliaria y Desarrollo Inmobiliarios”. Ponencia Diplomado Fideicomiso: Práctica legal y regulatoria. Gaceta Judicial, República Dominicana, 2016

distintas fases de diseño, construcción, venta o arrendamiento, en provecho de los fideicomisarios o beneficiarios, en sujeción a lo establecido tanto en el acto constitutivo como en el Artículo 58, de la Ley No. 189-11.

Existen distintas estructuras para llevar a cabo un proyecto inmobiliario por medio de un fideicomiso. En gran medida, la estructura que se elija dependerá de la cantidad de inversionistas existentes, de las características y complejidad del proyecto, y de las estrategias fiscales que se tengan. Sin embargo, podemos decir que un Fideicomiso Inmobiliario, en su más básica dimensión, tiene cinco fases principales.

1. Creación del Fideicomiso: El constructor y el dueño del terreno, en calidad de Fiduciantes, constituyen un fideicomiso. El constructor queda designado como Fideicomisario, recibiendo todos los activos existentes en el fideicomiso al momento de su terminación y liquidación. El dueño del terreno queda designado como Beneficiario Clase A. Los adquirientes de unidades del proyecto serán denominados Beneficiarios de Área, y serán beneficiarios del fideicomiso sólo respecto de la unidad del proyecto que hayan adquirido.

2. Inicio de la Fase de Pre-Ventas: El fiduciario inicia las pre-ventas del proyecto, lo que conocemos con las "ventas en planos", el constructor empieza a mercadear el proyecto y a captar a los adquirientes. Los adquirientes firman con el fiduciario sus Contratos de Adhesión al Fideicomiso para ser beneficiarios de la unidad del proyecto que les interesa, dichos adquirientes realizan el pago inicial en provecho del fiduciario (no del constructor), e inmediatamente quedan vinculados al fideicomiso como beneficiarios de las unidades que han reservado.

Durante el período de preventas, el fiduciario invierte los aportes realizados por los beneficiarios adquirientes en inversiones de bajo riesgo como por ejemplo certificados de depósito o bonos del tesoro, que luego son devueltos al adquiriente o abonados al precio de la unidad adquirida. La Fase de Pre-Ventas debe ser por un tiempo limitado acordado libremente entre el constructor, el dueño del terreno y los adquirientes.

Terminada la primera etapa existen dos escenarios posibles (a) no se logra el punto de equilibrio, se pasa a la etapa de liquidación anticipada del fideicomiso; (b) se logra el punto de equilibrio, se pasa a la fase operativa del fideicomiso.

3. Liquidación anticipada del Fideicomiso: Esta fase es eventual y sólo se produce si no se logran las pre-ventas estimadas. Si las ventas realizadas en la Fase de Pre-Ventas no son suficientes para alcanzar el punto de equilibrio del proyecto o no pudieron asegurarse las fuentes de financiamiento previstas durante el período de preventas. En este caso, el proyecto no pasa a la etapa operativa.

El proyecto no se realiza, entonces el Fiduciario debe reembolsar a cada adquiriente el depósito que cada uno haya realizado al momento de adherirse al fideicomiso, más los intereses que hayan sido generados por dicho depósito al ser invertido en un certificado financiero o en inversiones afines. Por otro lado, el propietario del terreno queda liberado de su obligación contractual de transferir el terreno al fideicomiso, y se procede con la liquidación y terminación del fideicomiso.

4. Fase Operativa del Fideicomiso: Si las ventas realizadas durante la Fase de Pre-Ventas son suficientes para alcanzar el punto de equilibrio del proyecto, es decir, para garantizar que existan recursos dinerarios suficientes para llevar a cabo la obra en el tiempo prometido, ya sea en base a los aportes de los compradores solamente o mediante la combinación de dichos aportes con un financiamiento bancario para la construcción, entonces se inicia la Fase Operativa del Fideicomiso.

En esta fase:

- El fiduciario paga al Beneficiario Clase A (el dueño del terreno) su compensación única por el aporte definitivo del terreno al fideicomiso.
- Los adquirientes que se hayan adherido al fideicomiso para ser beneficiarios de una unidad funcional dentro del proyecto deberán iniciar el plan de pago que establece cada

contrato correspondiente, aportando nuevos fondos al fideicomiso para la construcción del proyecto; y los rendimientos generados por los aportes de los beneficiarios se aportan al precio de adquisición de las unidades que correspondan.

- El fiduciario solicita al banco que haya prestado el financiamiento del proyecto, si lo hubiere, los desembolsos necesarios para la construcción; y
- Se lleva a cabo la construcción del proyecto.

5. Traslaciones a Beneficiarios y Liquidación del Fideicomiso: en esta última fase del fideicomiso lo que se persigue es transferir a los adquirentes las unidades del proyecto que éstos hayan adquirido, y transferir al Fiduciante-Constructor las utilidades generadas por las ventas del proyecto. Cumplidos estos fines, se liquida el fideicomiso.

A continuación se enumera algunas de las ventajas principales que ofrece el Fideicomiso Inmobiliario tanto para el constructor como para el comprador en un emprendimiento inmobiliario.

a) Ventajas para el Constructor:

1.- Inembargabilidad de los Bienes. El inmueble sobre el cual se construye la obra y el dinero necesario para construirla pasan a formar parte de un patrimonio separado, inembargable y de afectación en manos del fiduciario.³³¹ Queda protegido de cualquier demanda que pueda recibir el constructor, el fiduciario o el comprador de forma personal.

En el contexto del fideicomiso inmobiliario, la existencia de este patrimonio separado implica que tanto el terreno donde se edificará el proyecto como los recursos aportados por los beneficiario-adquirentes y por las demás fuentes de financiamiento que existan, pasan a ser propiedad del fiduciario, pero están separados y afectados totalmente al proyecto inmobiliario de que se trate.

³³¹ Art. 7 y 8, Ley 189-11

Como consecuencia, todos estos bienes son inembargables por los acreedores del constructor, pues éstos no pertenecen a él, sino al fiduciario. Igualmente, a menos que exista algún derecho real previamente inscrito sobre el terreno,³³² los acreedores del dueño del terreno ya no pueden alcanzar el inmueble, pues éste ha sido transferido al fiduciario. Por otro lado, los acreedores personales del fiduciario tampoco tienen acceso a los bienes fideicomitidos porque éstos, a pesar de que pertenecen al fiduciario, se encuentran separados de su patrimonio y destinados a los fines del fideicomiso. En cuanto a los acreedores del beneficiario-adquiriente, éstos tampoco pueden alcanzar los bienes del fideicomiso porque aún no pertenecen al beneficiario. En otras palabras, se rodea de seguridad todo el patrimonio vinculado al proyecto, mejorando significativamente sus posibilidades de éxito.

Naturalmente, los bienes del fideicomiso sí responderán por los compromisos y obligaciones asumidas por el fiduciario por cuenta del fideicomiso, como por ejemplo préstamos para financiar la construcción, compromisos con suplidores, etc.

2.- Ventaja Competitiva. Se crea una ventaja competitiva extraordinaria frente a los demás constructores, pues al crear un fideicomiso inmobiliario se ofrece a los compradores la seguridad de que los fondos aportados por ellos se destinarán sólo al desarrollo del proyecto al que se han vinculado. Esto se traduce en una mayor velocidad de ventas.

3.- Mejor acceso al crédito. El fideicomiso inmobiliario brinda transparencia y seguridad, por lo que abre las puertas al financiamiento bancario. Partiendo de que los fondos del proyecto estarían en manos del fiduciario y no del constructor, el banco tiene mejor garantía de repago del préstamo, por lo que el constructor tendría acceso a mejores tasas de interés y mejores condiciones de financiamiento.

4.- Descuentos con Suplidores. El respaldo fiduciario en la operación ofrece seguridad en el cumplimiento de las obligaciones de pago respecto de suplidores, por lo que el constructor

³³² Art. 9, Ley 189-11

tendría mejores herramientas de negociación frente a los mismos, el fiduciario paga directamente a los suplidores los productos e insumos suministrados.

5.- Transparencia y Control: El fideicomiso es administrado por un fiduciario, que es el eje central del esquema. Es quien tiene la propiedad de los bienes del fideicomiso, custodia los fondos del proyecto y se asegura de que sean invertidos sólo en el proyecto objeto del fideicomiso. Esto permite potencialmente al constructor acceso a los más altos estándares de contabilidad, planificación y estrategia. Igualmente, facilita el acceso al crédito bancario y la captación de inversionistas, pues la transparencia genera confianza y reduce el riesgo, y eso es sinónimo de inversión.

Sin embargo, el hecho de que exista transparencia no significa que el constructor pierda el control de su proyecto. Muy por el contrario, el constructor tiene pleno acceso a los fondos del fideicomiso, pudiendo ordenar al fiduciario la realización de pagos a los suplidores, empleados, al prestatario de los fondos, o a cualquier persona que tenga derecho a recibirlos y que sea conforme al presupuesto y los planes del proyecto. De igual forma, el constructor es el responsable del diseño, la construcción, la calidad, el mercadeo y las ventas del proyecto. El fideicomiso es una herramienta del constructor, y no al revés.

b) Ventajas para el Comprador:

1.- Seguridad en la Inversión. Durante las ventas en planos el dinero aportado por el comprador está seguro en manos del Fiduciario, incluso generando plusvalías mediante la inversión en certificados financieros o en inversiones afines.

2.- Devolución de Fondos si no arranca el Proyecto. Si el proyecto no alcanza su punto de equilibrio en el tiempo determinado para la fase de pre-ventas, los fondos aportados por el comprador vuelven intactos a sus bolsillos en adición a los rendimientos generados por la inversión de dichos fondos.

3.- Inversión Exclusiva en el Proyecto. El fideicomiso brinda al comprador la seguridad de que los fondos aportados por él y/o provenientes de financiamientos tomados con cargo a los bienes del fideicomiso, serán invertidos únicamente en el proyecto inmobiliario de que se trate. Si el fiduciario usa esos fondos para cualquier otro propósito o para cualquier otro proyecto que esté desarrollando el constructor, compromete su responsabilidad civil y se encuentra sujeto a multas de hasta RD\$10MM y prisión de 3 a 10 años.

4.- Inembargabilidad de los Bienes. En cualquier momento durante la vigencia del fideicomiso, tanto el dinero aportado por el comprador como el inmueble en sí permanecen inembargables y no constituyen la prenda común de los acreedores del Constructor, del Fiduciario o del mismo Comprador.

5.- Rendición de Cuentas. La ley de fideicomiso obliga a los fiduciarios a rendir cuentas de su gestión al menos dos veces por año. Esto significa que el comprador tendrá en sus manos información fidedigna sobre el progreso de la obra, sobre la inversión de su dinero, y sobre cualquier circunstancia que amenace el desarrollo del proyecto.

En síntesis, el fideicomiso inmobiliario ha gozado de una gran aceptación en la República Dominicana, esta figura ha constituido uno de los aportes más importante al fortalecimiento del sector. Ha permitido realizar las preventas y recibir los anticipos, sin transgredir la ley; dotó a los proyectos de una independencia patrimonial, al garantizar la aplicación de todos los recursos a la construcción de los mismos, sin distracciones; ordenó y garantizó los flujos de caja; permitió manejar volúmenes interesantes con los proveedores y obtener economías por los volúmenes de compra y se constituyó en mecanismos anticíclico al permitir crear grupos interesados en la construcción de un proyecto que proveyeran con anterioridad los fondos y eliminaran el riesgo de no encontrar compradores suficientes y en tiempo para vender las unidades resultantes.

c) Formalidades que deben cumplir los contratos

Los contratos del Fideicomiso de Inversión Inmobiliaria y Desarrollo Inmobiliario, al igual que todos los contratos que constituyen las distintas modalidades de Fideicomisos, deben observar como mínimo las siguientes cláusulas:

- Objeto
- Plazo o vigencia
- Avalúo de los bienes fideicomitidos
- Bienes fideicomitidos y su ``debidia diligencia``
- Desarrollo inmobiliario (memoria descriptiva del proyecto)
- Comercialización
- Construcción
- Obligaciones y derechos de las partes contratantes
- Remuneración
- Gastos
- Gestión de riesgos
- Órganos asesores
- Rendimientos y utilidades
- Liquidación (retorno de la inversión)
- Extinción del fideicomiso (terminación del negocio fiduciario)

a') Cláusulas prohibidas

- Aquellas que desnaturalicen el negocio fiduciario, desvíen su objeto original.
- Aquellas que persigan un fin ilícito.
- Las que concedan facultades al fiduciario para alterar o modificar unilateralmente el contenido del Contrato
- Las que disminuyan las obligaciones legales del Fiduciario
- Las que exoneren de responsabilidad o limiten derechos reconocidos por las leyes.
- Aquellas que ofrezcan ventajas particulares que por su carácter exorbitante, puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso, esto es dejando al aceptante

en circunstancias de inferioridad, dificultad o manifiesta incomodidad para el cumplimiento de sus obligaciones o el reclamo de sus derechos.

d) Ventajas del Fideicomiso de Inversión y Desarrollo Inmobiliario

- Confianza y seguridad, ya que el bien permanece siempre resguardado.
- No existe posibilidad de ejecutar o embargar el patrimonio fideicomitado.
- El fideicomiso es un dispositivo de protección comercial, jurídica y de administración: la entrega de las unidades se realiza con la rigurosidad establecida en el contrato, las acciones y controles ejercidos por el fiduciario y demás actores comprometidos.
- El destino de los bienes afectados al fideicomiso no puede ser cambiado y los plazos estipulados deben ser respetados.
- El Fiduciario tiene la obligación legal de rendir cuentas en forma periódica.
- Ofrece tasa de interés y beneficios más atractivos dada la reducción de riesgos

e) Desventajas del Fideicomiso de Inversión y Desarrollo Inmobiliario

- Entender el Rol de la Fiduciaria
- La Fiduciaria no sustituye al Promotor.
- Garantías de los vicios de construcción, convirtiendo al Fiduciario en constructor, desnaturalizando su función de Administración de Recursos

El Fideicomiso de Inversión Inmobiliaria para Viviendas de Bajo Costo se verá en el Capítulos 6, El fideicomiso al servicios de las Políticas Públicas de la República Dominicana, por entender que la misma sirve como parte de los objetivos del Estado.

E) Fideicomiso de oferta pública de valores y productos

Es la modalidad de fideicomiso constituido con el fin ulterior y exclusivo de respaldar emisiones de oferta pública de valores realizadas por el fiduciario, con cargo al patrimonio fideicomitado, el cual podrá estar constituido por las modalidades de fideicomiso a las que

se refiere esta sección. Este tipo de fideicomiso podrá ser realizado por las entidades indicadas en el Artículo 25 de la ley 189-11 (Art. 60).

Se entenderá por oferta pública de valores la que se dirige al público en general o a sectores específicos de éste, a través de cualquier medio de comunicación masivo, para que adquieran, enajenen o negocien instrumentos de cualquier naturaleza en el mercado de valores.

El uso del fideicomiso en actividades vinculadas a oferta pública de valores y productos, en adición a las disposiciones de la Ley No. 189-11, estará sujeto a la Ley sobre Mercado de Valores, su reglamento y normativa complementaria, así como a la supervisión de la Superintendencia de Valores.

Este tipo de fideicomiso es un mecanismo de financiación que consiste en transformar sus activos o bienes, actuales y futuros, tradicionalmente ilíquidos y de baja rotación (cartera, bienes inmuebles, flujo de caja futuros, etc.), en valores negociables (títulos), para obtener recursos mediante la emisión de títulos en el mercado público dominicano. Este mecanismo es un vehículo importante para optimizar la estructura financiera de su compañía.

Permite monetizar activos o derechos con el acceso al mercado de capitales; La estructuración de un fideicomiso de oferta pública de valores no genera impuestos adicionales más bien se goza de una serie de incentivos fiscales que fueron establecidos buscando el desarrollo del mercado de capitales en la República Dominicana. Es una forma de obtener mejores rendimiento para inversionista con un instrumento regulado por la Superintendencia de Valores.

El Patrimonio Autónomo se constituye con bienes y activos de naturaleza mobiliaria o inmobiliaria, corporal o incorporal, valores y los flujos que generan los mismos, para respaldar un programa de emisiones de valores de oferta pública que realice el Fideicomiso por medio de la fiduciaria. Estos negocios requieren de una autorización de funcionamiento impartida por la Superintendencia de Valores y serán inscritos en el Registro de Mercado

de Valores y Productos los valores de fideicomiso, previa verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley para este tipo de fideicomisos.

La Ley 189-11 establece el régimen de autorización de valores de oferta pública de fideicomisos de inversión por parte de los fondos de pensiones. Este punto lo analizaremos con mayor detalle en el capítulo 6, por la relevancia que reviste el tema y por considerarlo como parte de las políticas públicas de Estado Dominicano.

F) Fideicomiso en Garantía

La fiducia tiene un radio de acción extraordinaria, especialmente en el campo de las garantías, ya que debido al desprendimiento de los bienes fideicomitados el deudor-fideicomitente no puede distraerlos de su patrimonio para incumplir sus créditos para con el acreedor-fideicomisario.³³³

La más antigua de las garantías reales conocidas en Roma, es la llamada *fiducia cum creditore*; donde el deudor para garantizar el pago de la deuda, transmitía al acreedor el dominio sobre la cosa, por medio de una *mancipatio*. El acreedor adquirirá así el pleno dominio sobre la cosa, pero quedaba obligado a restituírsela al deudor, cuando la deuda fuera satisfecha. Si la deuda no era satisfecha a tiempo oportuno, no por eso se hacía el acreedor dueño absoluto de la cosa; él seguía siendo un mero fiduciario. En la práctica moderna resurge como transferencia en garantía.³³⁴

El fideicomiso de garantía ha sido definido como “aquel negocio fiduciario por el cual el propietario pleno de uno o varios bienes determinados (fiduciante), se obliga a transmitir el dominio fiduciario de los mismos a otra persona (fiduciario), para garantizar de ese modo el cumplimiento de un crédito, que puede ser propio o de un tercero.”³³⁵

³³³ PÉREZ VIVES, ÁLVARO (1984): *Garantía civiles*. Editora Temis.

³³⁴ JARAMILLO VÉLEZ, LUCRECIO (1996): *Derecho romano*. Señal Editora.

³³⁵ CINILLO, OSCAR A.: *El contrato de fideicomiso de garantía* en Revista de Derecho Privado y Comunitario. 2001-3-212

“En términos generales podemos afirmar que habrá fideicomiso en garantía cuando una persona (fiduciante) transfiera a otra (fiduciario) la titularidad fiduciaria de bienes con el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación a su cargo o a cargo de un tercero, debiendo el titular fiduciario proceder, una vez acreditado el incumplimiento, de conformidad con lo mandado en el pacto de fiducia”.³³⁶

El fideicomiso de garantía es “aquel en el cual el fiduciante transmite al fiduciario bienes individualizados en garantía de un crédito, propio o ajeno, con el encargo de que, en caso de incumplimiento del deudor, destine los frutos de los bienes o el producido de su liquidación al pago de la deuda”³³⁷

En el fideicomiso en garantía los bienes integrados en el patrimonio fideicomitado están destinados a asegurar el cumplimiento de determinadas obligaciones, concertadas o por concertarse, a cargo del fideicomitente o de un tercero. El fideicomisario, en su calidad de acreedor, puede requerir al fiduciario la ejecución o enajenación de acuerdo al procedimiento establecido en el acto constitutivo. El fideicomiso en garantía sólo disfrutará de los beneficios fiscales establecidos por la Ley No. 189-11 para los fideicomisos de oferta pública cuando éste se constituya como garantía de una emisión de oferta pública de valores y productos realizada por el fideicomitente o un tercero (Art. 61”).

De las definiciones transcritas, se infiere la mecánica del funcionamiento de este negocio jurídico. Hay una transmisión dominial fiduciaria sobre la base de la confianza³³⁸ con la siguiente particularidad, que hace a la causa fin del contrato, y que caracteriza a esta especie de fideicomiso: existe una transmisión de la titularidad sobre los bienes en garantía de una deuda preexistente cuyo cumplimiento se pretende asegurar³³⁹.

³³⁶ PÉREZ HUALDE, FERNANDO: *El fideicomiso de garantía y las posiciones del negocio fiduciario en la ley 24.441*. Citado por MAURY DE GONZÁLEZ, BEATRIZ (2004): *Tratado teórico práctico de fideicomiso*. Editorial Ad-hoc S.R.L, Buenos Aires, pág. 218

³³⁷ MÁRQUEZ, JOSÉ F.: *El fideicomiso de garantía y el concurso del fiduciante* en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2003-1-137.

³³⁸ LORENZETTI, RICARDO L. (2000): *Tratado de los contratos*. t. 3, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pág. 351.

³³⁹ BORETTO, MAURICIO (2005): *Concurso, fideicomiso de garantía, cesión de créditos en garantía y descuento bancario*. Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, pág. 36.

Como podemos advertir, la causa fin del negocio fiduciario de garantía juega un papel fundamental desde un doble punto de vista:

- a) Delinea los límites de la capacidad de derecho con que cuenta el fiduciario para administrar los bienes fideicomitidos;
- b) Se vincula con la condición (falta de pago de la deuda garantizada) a cuyo cumplimiento está sujeta la duración del dominio fiduciario.³⁴⁰

De esta manera, las partes deben precisar en el contrato de fideicomiso, acorde con su fin de garantía, cuándo el fiduciario puede disponer de los bienes fideicomitidos, especificándose la forma en que debe proceder una vez acreditado el incumplimiento de la obligación garantizada. En otras palabras, a la hora de administrar los bienes, el fiduciario debe tener presente la función de garantía.

En cuanto a la condición a cuyo cumplimiento se sujeta la duración del dominio fiduciario, la extinción de éste último guarda relación con el cumplimiento o no de la obligación garantizada, razón por la cual, si se satisface la deuda, el fiduciario debe transmitir los bienes al fideicomisario designado en el contrato (normalmente será el mismo fiduciante deudor o tercero), mientras que, de no verificarse el pago, debe proceder a enajenar los bienes fideicomitidos para, con su producido, satisfacer el crédito garantizado. Una vez cumplidas las obligaciones garantizadas, luego del pago de los gastos y costos del proceso de venta, de existir remanente, deberá el fiduciario entregárselo al fiduciante deudor, o a quien se hubiera convenido en el contrato. La venta fiduciaria no constituye una ejecución forzosa, sino el cumplimiento de una obligación³⁴¹. La causa-fin de este tipo de fideicomiso es el otorgamiento de una garantía³⁴².

³⁴⁰ BORETTO, MAURICIO (2005): *Concurso, fideicomiso de garantía, cesión de créditos en garantía y descuento bancario*. Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, pág. 36

³⁴¹ LENARDON, FERNANDO ROBERTO (2008): *Fideicomiso gubernamental*. Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, pág. 64.

³⁴² VÁZQUEZ, GABRIELA A.: *El fideicomiso de garantías: certezas y vacilaciones* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-A, pág. 1169.

Entre las ventajas más relevantes que se pueden apuntar en favor del fideicomiso de garantía, tenemos que:

a.- Patrimonio separado, lo que permite que el acreedor tenga una posición más sólida y consigue un control mayor que el que podría obtener mediante la constitución de derechos reales de garantía como la prenda y la hipoteca.

La creación de un patrimonio separado logra aislar el bien objeto de la garantía poniéndolo fuera del alcance de los acreedores personales no solo del fiduciante, sino también del mismo fiduciario y del beneficiario. Asimismo, el bien fideicomitado permanece fuera del concurso o quiebra de cualquiera de ellos, dejando a salvo la acción revocatoria en caso de fraude en perjuicio de los acreedores del fiduciante³⁴³.

b.- Garantía autoliquidable, resulta ser muy beneficioso la capacidad de ser una garantía autoliquidable, por la rapidez y extrajudicialidad del procedimiento de ejecución, se evitan los trámites de la ejecución judicial, pudiendo enajenarse el bien en forma privada, con la celeridad y economía que ello supone soslayando las incomodidades propias de demoras y costos surgidos en general del procedimiento de efectivización de los derechos reales de garantía³⁴⁴; lo que redundo en el menor costo económico en que debe incurrir el acreedor para realizar la garantía y, por ende, para lograr el recupero del crédito.³⁴⁵

Dada la característica de garantía autoliquidable que posee el fideicomiso de garantía³⁴⁶, es muy importante que en el contrato de fideicomiso el fiduciante y el fiduciario estipulen con precisión cómo se configurará el incumplimiento de la obligación garantizada. Ello así por cuanto este último acontecimiento es el hecho que activará el mecanismo de realización de la garantía. Todo ello a los efectos de evitar futuras controversias.

³⁴³ FACCO, JAVIER HUMBERTO: *El fideicomiso y su modalidad contractual de garantía* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, t. 2008-A, pp. 609-639

³⁴⁴ PERALTA MARISCAL, LEOPOLDO L.: *Análisis económico del fideicomiso de garantía. Nuevas reflexiones sobre su ilicitud* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2001-F, pág. 1025-1031.

³⁴⁵ BORETTO, MAURICIO (2005): *Concurso, fideicomiso de garantía, cesión de créditos en garantía y descuento bancario*. Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, pág. 36.

³⁴⁶ ALEGRÍA, HECTOR: *Las garantías autoliquidables* en Revista de Derecho Privado y Comunitario, n°2, Garantías, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, pp. 152/153

Los causales de incumplimiento de la obligación deben darse de acuerdo con lo estipulado en el contrato de fideicomiso, no del negocio garantizado, es decir, el hecho generador de incumplimiento debe estar perfectamente delimitado en el contrato fiduciario. Es decir fideicomiso tiene una función de garantía que participa del carácter accesorio propio de esta especie de actos jurídicos. Sin embargo, los efectos propios de toda obligación accesoria deben ser interpretados de acuerdo al fin que particularmente se tuvo en miras al celebrar el contrato³⁴⁷ y con base en el fin último de asegurar el cumplimiento de una obligación³⁴⁸.

Pueden ser garantizadas por este negocio jurídico obligaciones de dar, hacer o no hacer; puras o modales. Asimismo cualquier bien puede ser objeto de transmisión fiduciaria en garantía: cosas muebles, inmuebles, créditos, dinero, valores y derechos en general con o sin desplazamiento del poder de hecho sobre el bien o sin él³⁴⁹³⁵⁰.

Puede utilizarse cualquier tipo de bienes transferible, incluso el flujo futuro de efectivo, bienes futuros y obligaciones futuras, los mecanismos de ejecución será acordado entre las partes.

En algunos países el fideicomiso en garantía ha sustituido en la práctica a las garantías reales de la hipoteca o la prenda³⁵¹. A diferencia de otras formas de garantía como la prenda, la hipoteca o la fianza, el fideicomiso en garantía sustituye el trámite judicial de ejecución y permite una realización ordenada y controlada de los bienes³⁵².

³⁴⁷ RAISBERG, CLAUDIA: *El fideicomiso en garantía frente al concurso* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-C, pág. 1242-1245.

³⁴⁸ FREIRE, BETTINA V. (1997): *El fideicomiso - Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*. Ed. Abaco, Buenos Aires, pág. 143.

³⁴⁹ VÁZQUEZ, GABRIELA A.: *El fideicomiso de garantías: certezas y vacilaciones* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-A, pág. 1170.

³⁵⁰ La Ley de Enajenación Fiduciaria en Garantía de Inmuebles Brasileña del año 1997 otorga la posesión directa al fiduciante y la indirecta al fiduciario según VÁZQUEZ, GABRIELA A.: *El fideicomiso de garantías: certezas y vacilaciones* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-A, pág. 1175.

³⁵¹ VÁZQUEZ, GABRIELA A.: *El fideicomiso de garantías: certezas y vacilaciones* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-A, pág. 1169.

³⁵² LENARDON, FERNANDO ROBERTO (2008): *Fideicomiso gubernamental*. Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, pág. 64.

a) Partes intervinientes en el fideicomiso de garantía

•**La Fiduciaria:** quien actúa como vocera del fideicomiso constituido mediante la transferencia o entrega del bien que realiza el Fideicomitente a la Fiduciaria, en virtud del contrato fiduciario que suscriben.

•**El Fideicomitente:** Es el que transfiere o entrega el bien para que a partir del mismo se constituya el fideicomiso que servirá en garantía a un acreedor o acreedores.

•**El Acreedor Garantizado:** El Acreedor designado es un beneficiario del contrato una vez se vincula a éste mediante su aceptación, o cuando habiendo sido designado posteriormente, recibe el certificado en garantía.

b) Ventajas del Fideicomiso de Garantía frente a Prenda e Hipoteca³⁵³

•Para el Acreedor

- No procesos judiciales
- Inembargabilidad de los bienes

•Para el Deudor

- Sindicalización de acreedores
- Economía en gastos de modificación y ejecución.
- Bajas tasas de interés.

•Para Ambos

- Venta a precio de mercado
- Utilización de bienes de naturaleza no registral como garantía.

³⁵³ MOLINA ESTEVEZ, CHRISTIAN: “El fideicomiso de garantía”. Ponencia Diplomado Fideicomiso: Práctica legal y regulatoria. Gaceta Judicial, República Dominicana, 2016.

c) El fideicomiso de garantía no viola el Pacto comisorio³⁵⁴

El fideicomisario o beneficiario, en su calidad de acreedor, podrá requerir al fiduciario, en caso de incumplimiento del fideicomitente, la ejecución o enajenación de acuerdo al procedimiento establecido en el acto constitutivo; es preciso denotar que esta prerrogativa del fideicomisario conferida por la propia Ley 189-11 constituye una excepción a la prohibiciones establecidas en los Artículos 2078 y 2088 del Código Civil de la República Dominicana y 742 del Código de Procedimiento Civil en virtud de los cuales se considera nula toda cláusula que estipule a favor de que los acreedores dispongan, por falta de pago del deudor, de los bienes otorgados en garantía, sin agotar los procedimientos judiciales correspondientes; esta es la figura denominada comúnmente "pacto comisorio"³⁵⁵.

Por tratarse de una legislación de reciente promulgación, en nuestro país no existe jurisprudencia al respecto de la antes indicada excepción; sin embargo, en otras jurisdicciones, como es el caso de Colombia, donde igualmente el pacto comisorio se encuentra prohibido en su legislación, existe jurisprudencia respecto a la no vulnerabilidad de dicha prohibición por la constitución de un fideicomiso en garantía toda vez que "las estipulaciones contenidas en contratos de fiducia mercantil en garantía... no constituyen una expresión del pacto comisorio, por lo que bien pueden las partes acordarlas, en un todo de acuerdo a esta sentencia, respetando los límites de la autonomía privada" según dispone la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de dicho país en sentencia del 14 de febrero de 2006.

G) Fideicomiso de Fuente de Pago

Son aquellos que se constituyen mediante la transferencia al patrimonio fideicomitado de un flujo futuro de recursos que asegure el ingreso de efectivo en forma periódica al fideicomiso, con los cuales se harán las reservas necesarias para atender el pago de las

³⁵⁴ El pacto comisorio es aquel que permite al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, practicar el comiso o *apropiación directa* e inmediata de la cosa que se halla especialmente vinculada en garantía del cumplimiento de la obligación.

³⁵⁵ OFICINA PELLERANO & HERRERA LAW: "Derecho Económico". Periódico Diario Libre, Sección Noticias, 18 mayo de 2012.

obligaciones financieras al acreedor, al que le han sido cedidos todos los derechos y han sido designados beneficiarios del Fideicomiso³⁵⁶.

Este tipo de fideicomiso no aparece definido en la Ley 189-11, sin embargo puede ser utilizado entre privados con las Entidades de Intermediación Financiera.

La razón por la cual identificamos este fideicomiso como una variante del fideicomiso de garantía es porque se requiere crear un mecanismo acorde a los bienes que conforman este patrimonio, es decir se requiere mecanismo de valoración distinta.

El fideicomiso de fuente de pago, era un fideicomiso innominado, pero fue incorporado por la superintendencia de Bancos en el Reglamento de Evaluación de Activos (REA)

Primera Resolución de fecha 9 de julio de 2015, dictada por la Junta Monetaria, mediante la cual fueron modificados los artículos 4, 16, 31, 32 y 55 del Reglamento de Evaluación de Activos (el “REA”)

- a) Reconoce Garantía Fiduciaria como garantía admisible
- b) Establece los porcentajes de admisibilidad dependiendo del activo subyacente del fideicomiso

•**Circular No. 02/16** emitida en fecha 15 de marzo de 2016 por la Superintendencia de Bancos, mediante la cual fue aprobado el Instructivo sobre Formalización, Registro y Control de Garantías (el “Instructivo de Formalización de Garantías”)

- 1) Establece requisitos de forma y fondo que deben contener los certificados de garantía
- 2) Establece cuales flujos se permiten para fideicomisos de fuente de pago

³⁵⁶ Artículo 4 del Reglamento de Evaluación de Activos de la Superintendencia de Bancos de la República Dominicana

- 3) Mecanismo de tasación de patrimonio fideicomitado
- 4) Concepto de Certificado de Garantía Fiduciaria

Condiciones mínimas fideicomiso de fuente de pago

1. Establecer los derechos económicos que serán utilizados para el repago de la operación a garantizar, incluyendo la duración y proyección de los flujos de efectivo a ser generados durante la vigencia de la operación crediticia a garantizar;
2. Definir las fechas, formas, montos, monedas y grados de prelación respecto a la disposición de los fondos generados por los derechos económicos cedidos al fideicomiso a fin de dar cumplimiento a las obligaciones garantizadas;
3. Establecer la responsabilidad de la fiduciaria respecto a la administración del cobro y pago de los flujos al fideicomisario en calidad de acreedor garantizado;

Flujos futuros admisibles para un fideicomiso de fuente de pago:

- Deben estar amparados en un contrato.
- Deben ser estimables, ciertos y constantes.
- No pueden provenir de un vinculado al deudor.

Pueden provenir de:

1. Instrumentos financieros establecidos en la tabla 8 del Reglamento de Evaluación de Activos (REA);
2. Contratos de cesión de derecho sobre recaudación de peajes;
3. Contratos de concesiones de derechos puertos, aeropuertos y minas;
4. Ventas con tarjetas de crédito o débito, a través de empresas adquirentes autorizadas a operar en el país;

5. Contratos de alquileres de inmuebles;
6. Contratos de telecomunicaciones;
7. Contratos de igualas profesionales y de franquicias;
8. Contratos de venta de inmuebles;
9. Cualquier otro tipo de contrato, previa aprobación de la Superintendencia de Bancos de la República Dominicana.

Mecanismo de valoración de flujos futuros en fideicomisos de fuente de pago:

“En los casos de fideicomisos de fuentes de pago, se determinará el valor de la garantía calculando el valor presente de los flujos futuros a ser generados durante la vigencia de la operación crediticia, utilizando la tasa de interés activa nominal promedio ponderado, publicada en el portal web del Banco Central de la República Dominicana.

Dicha valoración deberá actualizarse mensualmente utilizando la metodología descrita previamente.

Los flujos a valorar deberán mantener correlación con la información histórica de al menos los últimos doce (12) meses y en los casos donde no exista información histórica, se realizará sobre la base de las proyecciones de dichos flujos debidamente sustentadas.

H) Otras clases de fideicomiso

De acuerdo al Art. 62, establece que en adición a las modalidades de fideicomiso descritas en la presente Sección, se podrán constituir otras clases de fideicomisos, los cuales estarán sujetos a las disposiciones de la presente ley, las leyes vigentes en la República Dominicana y de las demás normas que emitan los órganos supervisores competentes.

5. EL FIDECOMISO EN LA LEGISLACIÓN DOMINICANA

A) Antecedentes fideicomiso dominicano

Como hemos visto, por la influencia y versatilidad de la figura, muchos países de Latinoamérica sintieron la necesidad de adecuar su sistema jurídico a los fines de adoptar *trust*.

Es así, como la misma inquietud de adopción del fideicomiso (*trust*) se advierte en nuestro país cuando empieza a aparecer la noción y concepto del *trust* en determinadas disposiciones legales dominicanas que en alguna forma se refieren al fideicomiso³⁵⁷; que, si bien establecían la figura, se limitaba única y exclusivamente a ello, sin regular su funcionamiento. A continuación presentamos, cronológicamente, los antecedentes de la figura en nuestro derecho positivo:

a) Código Civil de la República Dominicana

Consiste en encargar al heredero “que conserve y transmita a un tercero todo o parte de la herencia.

Consagrada en el código civil dominicano en los artículos 1048 y siguientes, capítulo VI: De las disposiciones permitidas a favor de los nietos del donante o testador, o de los hijos de los hermanos y hermanas.

La única institución susceptible de reglamentar la sustitución fideicomisaria era el testamento.

³⁵⁷ PÉREZ, LUIS JULIÁN (1982): *Fideicomiso o trust*. Santo Domingo, República Dominicana, pág.49

b) Ley 356, modifica el artículo 898 del Código Civil de la República Dominicana, año 1940

A través de la ley se introduce, tímida y débilmente, la figura del fideicomiso de origen romano y reza de la siguiente forma: “La disposición por la cual sea llamado un tercero a recibir la donación, la herencia o el legal, en el caso en que el donatario, el heredero instituido o el donatario no lo recojan, no se considerará como una sustitución, y será válida. Tampoco se considerará como una sustitución y será por tanto válida la disposición entre vivos o testamentaria hecha por el padre en favor de una o varias personas con el encargo de administrar, sucesivamente o conjuntamente, los bienes donados y retenerlos para ser restituidos a uno o más de sus hijos cuando lleguen a la mayor edad. Por el acto de disposición, o posteriormente, podrá el padre mandar todo lo concerniente a la administración y conservación de los bienes donados o legados. La *gestión del fiduciario* no estará sujeta a la administración de la tutela. Sus actos, cuando no fueren de simple administración, deberán ser previamente autorizados por el Juez de Primera Instancia³⁵⁸”

De acuerdo a éste artículo, en dos aspectos se avanzaba: (1) el encargo se le podía encomendar a cualquier persona y no a los parientes que señala el código civil y (2) se le permitía retener, conservar y administrar las cosas hasta que el llamado llegare a la mayor edad.

c) Ley No. 586, Ley que crea Banco de Reservas de la República Dominicana, del año 1941³⁵⁹.

Art. 30: “Los departamentos de servicios del banco(...) deberán comprender servicios bancarios relacionados con el fomento de la agricultura, la minería, la industria y el comercio, *así como una sección para servicios fiduciarios o comisiones de fianzas (...)*”

³⁵⁸ Código Civil de la República Dominicana, Art. 898

³⁵⁹ Ley No. 586, Ley Orgánica del Banco de Reservas de la República Dominicana, promulgada el 28 de octubre de 1941, art. 30

d) Decreto 4659, que aprueba los estatutos del Banco de Reservas de la República Dominicana, del año 1947³⁶⁰

Art. 21: “Además de los departamentos señalados (...) podrán crear los demás departamentos o secciones que considere necesarios, autorizados por la Ley, tales como el de *fideicomiso*, el de caja de seguridad, etc.”

e) Propuesta Ley Fideicomiso, Dr. Juan Rafael Pacheco, Hijo, año 1961³⁶¹

En la doctrina local, desde 1961, el Dr. Juan Rafael Pacheco Hijo, mediante su tesis de grado para optar por el título de Licencia en Derecho de la Universidad de Santo Domingo (hoy Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD)), proponía que la República Dominicana instituyera una ley de fideicomiso.

f) Ley No. 5897, sobre Asociaciones de Ahorros y Préstamos, del año 1962³⁶².

Art. 18: “Los tutores, albaceas, *agentes fiduciarios*, apoderados y (...) podrán depositar fondos (...) que son responsables en las Asociaciones y con *este depósito se entenderá cumplida la obligación legal de administrar prudentemente y diligentemente los bienes.*”

Art. 26: “*Los depósitos de ahorros a favor de un beneficiario distinto del depositante serán de libre disposición de éste mientras no haya sido aceptado el depósito por el beneficiario.* (...)”

³⁶⁰ Decreto No. 4659, del 18 de octubre de 1947, que aprueba los estatutos del Banco de Reservas de la República Dominicana.

³⁶¹ PACHECO HIJO, JUAN RAFAEL (1984): *Introducción del fideicomiso en la Legislación civil dominicana*. Santo Domingo, CENAPEC, p 280.

³⁶² *Ley No. 5897, Sobre Asociaciones de Ahorros y Préstamos*, República Dominicana, promulgada el 4 de mayo de 1962, art. 18 y 26

g) Ley No. 5894, Ley Orgánica del Banco Nacional de la Vivienda, del año 1962³⁶³.

Art. 40: “Los créditos otorgados por las asociaciones y entidades aprobadas serán transferible en propiedad en las formas siguientes:

Acápito 3.- (...) El contrato de participación en hipotecas que reglamenta el texto que acaba de ser transcrito es un verdadero *fideicomiso*, en el cual el adquiriente de la hipoteca es a la vez *fideicomitente y fideicomisario*, y la Asociación o entidad Aprobada es el fiduciario: acreedor hipotecario frente a los terceros quien ejerce todas las prerrogativas que corresponden a éste y percibirá una remuneración por sus servicios.”

h) Ley No. 288, Ley Orgánica de la Corporación de Fomento Industria de la República Dominicana, del año 1966³⁶⁴

Art. 25: “A: actuar como *fiduciario* en la emisión de valores...mediante la creación de *fideicomiso*...”

i) 1er. Proyecto de ley Fideicomiso, del año 1969³⁶⁵

El primer Proyecto de Ley sobre Fideicomiso en la República Dominicana fue en el año 1969, durante el primer período del presidente Joaquín Balaguer³⁶⁶, el cual no llegó a remitirse al congreso de la república.³⁶⁷, el mismo tenía 61 artículos.

³⁶³ Ley No. 5894, Ley Orgánica del Banco Nacional de la Vivienda, promulgada el 12 de mayo de 1962, art 40, acápite 3.

³⁶⁴ Ley No. 288, Ley Orgánica de la Corporación de Fomento Industrial de la República Dominicana, promulgada el 30 de junio de 1966, art. 21.

³⁶⁵ Ley No. 288, Ley Orgánica de la Corporación de Fomento Industrial de la República Dominicana, promulgada el 30 de junio de 1966, art. 21.

³⁶⁶ Joaquín Antonio Balaguer Ricardo Poeta, político, abogado y ensayista, nació en Navarrete el 1 de septiembre de 1906 y murió en Santo Domingo el 14 de julio de 2002. Fue seis veces presidente de la República Dominicana, en los periodos 1960-1962, 1966-1978 y 1986-1996.

³⁶⁷ CALDERÓN, AQUILES: Caracterización y antecedentes del fideicomiso en Revista Gaceta Judicial, No. 204. 1ro de abril, 2005. Pág. 44

El Dr. Joaquín Balaguer, instituyó una comisión integrada por el Dr. J. Ricardo Ricourt (entonces consultor jurídico del poder ejecutivo), el Lic. Ambrosio Álvarez Aybar, el Lic. Juan O. Velázquez y el Dr. Juan Rafael Pacheco Hijo, para el estudio del Anteproyecto de Ley de Fideicomiso presentado por el Banco Nacional de la Vivienda. Esta comisión rindió su informe en agosto de 1969, mas no prosperó en el Congreso Nacional.

En este proyecto la figura del fiduciario tenía la prerrogativa de ser persona natural o jurídica³⁶⁸, además en su artículo 59, establecía como tribunal competente para conocer de asuntos de fideicomiso el Juzgado de primera Instancia de la jurisdicción en que tenga domicilio el fideicomitente³⁶⁹,

j) Ley No. 532, de Promoción Agrícola y Ganadera, del año 1969³⁷⁰.

Art. 40: “Los organismos que por su naturaleza tengan que financiar programas de desarrollo o conceder préstamos (...) utilizaran los servicios del Banco Agrícola de la República Dominicana como *fideicomisario de los fondos a prestarse*. El organismo especializado se responsabilizará de la transmisión del préstamo y la supervisión del mismo siendo función del Banco Agrícola de la República Dominicana la custodia, el desembolso y cobros de los *recursos en fideicomiso*”

k) Ley No. 171, sobre Bancos Hipotecarios de la Construcción, del año 1971³⁷¹

Art. 4: “Los Bancos Hipotecarios de la Construcción estarán expresamente facultados para efectuar las siguientes operaciones pasivas:

³⁶⁸ Proyecto de ley sobre Fideicomiso en la República Dominicana, año 1969, Art. 26

³⁶⁹ Proyecto de ley sobre Fideicomiso en la República Dominicana, año 1969, Art. 59

³⁷⁰ Ley No. 532, sobre Promoción Agrícola y Ganadera, República Dominicana, promulgada el 12 de diciembre de 1969, art. 40

³⁷¹ Ley No. 171, Orgánica sobre Bancos Hipotecarios de la Construcción, promulgada el 7 de junio de 1971, art 4, acápite d.

d.- Recibir, para fines de *administración o en fideicomiso*, de acuerdo a contratos o convenios, fondos, valores, títulos públicos o privados”

l) Ley No. 126 sobre Seguros Privados, del año 1971³⁷²

Art. 126, párrafo II: “Se entenderá por negocio controlado el seguro obtenido por el tenedor de la licencia sobre:

d.- La vida, persona, propiedad o intereses de su pupilo, o sus empleados u obreros; o sobre *personas, propiedad o intereses bajo su dominio o custodia como fiduciario*, abogado, agente o síndico de quiebra o administrador o albacea de cualquier sucesión”

m) Ley No. 146, Ley de Minerías, del año 1971³⁷³

Art. 131: “La Junta Monetaria (...) podrá dictar resoluciones (...) relativas a la entrega de divisas (...) por concepto de préstamos y de seguros, así como de otros ingresos, puedan ser recibidos y *aplicados directamente por un mandatario o fiduciario extranjero*”

n) Iniciativa Ley Fideicomiso, 1972

Por iniciativa, en 1972, del Dr. Luis Julián Pérez (entonces Presidente de la Comisión Nacional de Desarrollo), el Poder Ejecutivo designó una comisión para evaluar la intersección del fideicomiso en nuestro derecho, integrada por el Dr. Víctor Almonte, el Lic. Federico Nina hijo, el Lic. Luis Sosa Vásquez, el Lic. José Manuel Pitaluga N. y el Lic. J. A. Turull Ricart. Dicha iniciativa fue frustrada.

³⁷² Ley No. 126, sobre Seguros Privados, República Dominicana, promulgada 20 de marzo de 1971, art. 126

³⁷³ Ley No. 146, Ley de Minería, República Dominicana, promulgada 4 de junio de 1971, art. 131

o) 2do Anteproyecto Ley Fideicomiso, año 1977

Otro intento para introducir la figura del fideicomiso en nuestra legislación fue presentado en el Anteproyecto de Código de Comercio, que preparó una comisión de juristas, por encargo de un grupo de empresas privadas, la cual no prosperó.

p) 3er Anteproyecto Ley Fideicomiso, año 1983

Para el año 1983, también se presentó un Proyecto de ley sobre Fideicomiso, en el gobierno del entonces Presidente Salvador Jorge Blanco³⁷⁴, a la Cámara de Diputados presidida en ese entonces por el Dr. Hugo Tolentino Dipp.³⁷⁵, el mismo tenía 34 artículos.

El proyecto no fue aprobado por el poder legislativo, se pronunciaron en aquel momento, a favor de la iniciativa del presidente Jorge Blanco, el Dr. Luis Julián Pérez, en su destacada obra “Fideicomiso o Trust”, y a través de publicaciones en periódico el Dr. Juan Manuel Pellerano Gómez, el Dr. Carlos Curiel, el Lic. Francisco Elpidio Beras, el Lic. Ambrosio Álvarez y el periodista Francisco Comarazamy³⁷⁶.

Este proyecto establecía que la figura de fideicomiso sólo tenía facultad de ejercer dicho rol personas jurídicas³⁷⁷. En su artículo 32 establecía que el tribunal competente será el domicilio del Fiduciario.³⁷⁸

³⁷⁴ José Salvador Omar Jorge Blanco (1926-2010) fue un político, abogado y escritor dominicano. Presidente de la República Dominicana en el periodo 1982-1986,

³⁷⁵ CALDERÓN, AQUILES: Caracterización y antecedentes del fideicomiso en Revista Gaceta Judicial, No. 204. 1ro de abril, 2005. Pág. 44

³⁷⁶ PACHECO HIJO, JUAN RAFAEL (1984): *Introducción del fideicomiso en la Legislación civil dominicana*. Santo Domingo, CENAPEC, p 280.

³⁷⁷ Proyecto de ley sobre Fideicomiso en la República Dominicana, año 1983, Art. 2

³⁷⁸ Proyecto de ley sobre Fideicomiso en la República Dominicana, año 1983, Art. 32

q) Acuerdo Cooperación Técnica Dirección General de Aeronáutica Civil, 1997

El primer antecedente de fideicomiso público en República Dominicana se remonta a 1997, cuando el entonces presidente de la República, Dr. Leonel Fernández, estableció mediante el decreto 389-97 que, en virtud de un Acuerdo de Cooperación Técnica entre la Dirección General de Aeronáutica Civil de la República Dominicana y la Organización de Aviación civil Internacional (OACI), suscrito por período de cinco (5) años y que buscaba el fortalecimiento de la capacidad normativa y operaciones de la autoridad aeronáutica nacional, se ordenó el aporte del cincuenta por ciento (50%) de los ingresos generados por concepto de la aplicación de las tasas y derechos aeronáuticos correspondientes a los pasajeros transportados por las líneas aéreas, en vuelos regulares o charters, a un fideicomiso en la OACI para cubrir oportuna y eficazmente los gastos para el fortalecimiento, la institucionalización y permanente actualización de la autoridad aeronáutica nacional³⁷⁹.

El decreto 390-97 estableció el reglamento para el manejo de los fondos en fideicomiso, usando como fiduciaria a la OACI. El Tesorero Nacional tenía la obligación de transferir los fondos a una cuenta de la OACI en Canadá. Las operaciones financieras del fondo fiduciario estarían sujetas a la revisión y supervisión de la Controlaría General de la República debidamente auditado.

r) Ley No. 87-01, Sistema Dominicano de Seguridad Social, del año 2001³⁸⁰.

Esta ley establece una especie de fideicomiso, que sin serlo, se asemeja a los fines de la figura,

³⁷⁹ Decreto 389-97, que destina el 50% de los ingresos generados por la aplicación de las tasas y derechos aeronáuticos por pasajeros transportados por las líneas en vuelo no regulares, que será destinado a un fondo en Fideicomiso en la OACI, para cubrir gastos útiles para el fortalecimiento y actualización de la autoridad aeronáutica nacional, dictado por el Poder Ejecutivo en fecha 8 de septiembre de 1997.

³⁸⁰ Ley No. 87-01, *El Sistema de Seguridad Social*, República Dominicana, promulgada el 9 de mayo de 2001, art. 83.

Art. 83: “El patrimonio del Fondo de pensiones es propiedad exclusiva de los afiliados, es inembargable e independiente y distinto del patrimonio de la Administración de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales estarán obligadas a llevar contabilidades separadas: una sobre las cuentas personales , los fondos de pensiones y las inversiones y otra sobre su propio patrimonio y operaciones. La Superintendencia de Pensiones tiene calidad legal para realizar las supervisiones y auditorías que considere necesarias para asegurar el cumplimiento estricto de esta disposición.”

s) Ley No. 183-02, Monetaria y Financiera de la República Dominicana, del año 2002³⁸¹.

Sobre las incompatibilidades del cargo de Miembro por tiempo determinado de la Junta Monetaria, lo siguiente:

Art. 11-3-c: “Tener una participación directa o indirecta en el capital de las entidades sometidas a las disposiciones de esta Ley. Los miembros de la Junta Monetaria que posean participaciones en las entidades de intermediación financiera que no constituyan incompatibilidad deberán poner la administración de dichas *participaciones bajo un contrato de fideicomiso o administración* durante el tiempo que dure su mandato. *El administrador o fideicomisario* estará obligado a administrar dicho portafolio con arreglo a las sanas prácticas comerciales. El miembro de la Junta no podrá ordenar la ejecución de orden alguna y deberá abstenerse de realizar cualquier indicación sobre la administración de dicha cartera”.

t) Anteproyecto Ley Fideicomiso, del año 2008

El 9 de septiembre del 2008, el Diputado Pelegrin Castillo, presentó un anteproyecto de ley.

³⁸¹ Ley No. 183-02, Monetaria y Financiera, República Dominicana, promulgada el 3 de diciembre de 2002, art. 11-3-c

Como hemos visto, la figura del fideicomiso no era del toda ajena a nuestro derecho positivo. Existieron algunos antecedentes, que si bien establecían la figura, se limitaban única y exclusivamente a ello, sin regular su funcionamiento. Lo anterior demuestra, que desde décadas se ha visto la necesidad de incorporar la figura del fideicomiso en nuestro sistema jurídico.

u) Anteproyecto Ley Desarrollo de Mercado Hipotecario, del año 2009

Este proyecto de ley fue elevado por el Lic. Héctor Valdez Albizu, presidente de la Junta Monetaria y Gobernador del Banco Central, el 9 de marzo de 2009, ante el entonces Presidente de la República, Dr. Leonel Fernández Reyna.

El 8 de abril de 2010, la Junta Monetaria dictó su Séptima Resolución mediante la cual aprobó la última versión del Anteproyecto de Ley para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana e instruyó al Gobernador del Banco Central su remisión al Poder Ejecutivo, para los fines correspondiente.

Queda claro, mediante la relación de sucesos precitados en las diferentes leyes, que la figura del fideicomiso no era extraña al derecho positivo, y que desde hace década se contempla, mas no se regula su aplicación, y su presencia ha sido desapercibida.

v) Ley Desarrollo de Mercado Hipotecario y Fideicomiso, del año 2011

Desde aquellos momentos se luchaba por abrir las puertas de República Dominicana al fideicomiso. No fue hasta el 2011, durante el gobierno del Dr. Leonel Fernández, luego de varios proyectos de ley que fueron introducidos al Congreso Nacional, fue aprobada la Ley 189-11, para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana, promulgada por el poder Ejecutivo el 16 de julio del 2011.

B) Ley 189-11, Sobre Desarrollo del Mercado Hipotecario y Fideicomiso

A través de esta ley, República Dominicana crea un marco legal unificado para impulsar el desarrollo del Mercado Hipotecario y de Valores, incorporando la figura del fideicomiso en el suelo dominicano, a los fines de completar la legislación financiera.

El considerando cuarto de esta ley expresa “que la creación de figuras como la del fideicomiso se viene reclamando desde hace varias décadas en la República Dominicana, cuya inexistencia en nuestro derecho nos ha colocado en condición de desventajas frente a la mayoría de las legislaciones extranjeras³⁸²”.

Esta ley tiene por objeto “crear las figuras jurídicas necesarias y fortalecer las existentes, para poder desarrollar el mercado hipotecario dominicano, canalizando recurso de ahorro voluntario u obligatorio, para el financiamiento a largo plazo a la vivienda y a la construcción en general, profundizando el mercado de capitales con la ampliación de alternativas para los inversionistas institucionales y fomentando el uso de instrumentos de deuda que faciliten dicha canalización, lo que, unido a la creación de incentivos especiales, aportes del Estado y economías de procesos, sirvan para promover proyectos habitacionales, especialmente los de bajo costo, así como fomentar el ahorro para la adquisición de viviendas por la población, a fin de mitigar el importante déficit habitacional en República Dominicana³⁸³”.

Las motivaciones fueron:

1.- Establecer políticas que faciliten el desarrollo de proyectos habitacionales (viviendas de bajo costo) a fin de reducir el déficit habitacional de la República Dominicana.

³⁸² Ley 189-11, para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana, promulgada el 16 de julio de 2011, República Dominicana, considerando cuarto.

³⁸³ Ley 189-11, para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana, promulgada el 16 de julio de 2011, República Dominicana, Art. 2.

2.- Inexistencia de la figura del fideicomiso en derecho dominicano, lo cual ha colocado al país en condición de desventaja frente a la mayoría de las legislaciones extranjeras.

3.- Complementar el marco jurídico de figuras, instrumentos y procesos relativos al mercado hipotecario y de valores, actualizándolo a las corrientes internacionales en procura de la dinamización y el sano crecimiento del sector hipotecario y de valores de la República Dominicana.

4.- Impulsar el crecimiento y diversificación del mercado hipotecario y de valores en la República Dominicana.

5.- Mejorar los procedimientos judiciales existentes para la ejecución inmobiliaria.

Mediante la ley se crean figuras, unas necesarias y otras para fortalecer las existentes, las cuales servirán para desarrollar el mercado hipotecario, a través de los siguientes mecanismos:

- Canalizando recursos de ahorro voluntario u obligatorio para el financiamiento a largo plazo a la vivienda y a la construcción en general.
- Profundizando el mercado de capitales con la ampliación de alternativas para los inversionistas institucionales.
- Fomentando el uso de instrumentos de deuda que faciliten la canalización de recursos.
- Creando incentivos especiales, aportes del Estado y economías de procesos, para promover proyectos habitacionales, especialmente los de bajo costo.
- Fomentar el ahorro para la adquisición de viviendas por la población, a fin de mitigar el importante déficit habitacional en la República Dominicana.

La Ley 189-11 corresponde a lo que metafóricamente se ha denominado una “ley ómnibus”, es decir, una pieza legal estructurada con diversos compartimientos cada uno de los cuales lleva una carga completamente distinta, con diferentes remitentes y destinatarios, lo cual explica que respondiendo a una política legislativa utilitaria, se hayan colocado en una misma normativa, previsiones que quizás no respondan a la misma lógica interpretativa, con el interés práctico de resolver problemas diversos mediante una sola reglamentación. Es lo que explica que en una ley que regula el fideicomiso, al mismo tiempo se organice un procedimiento especial de ejecución hipotecaria, a pesar de que cuando se recurre al fideicomiso con fines de garantía, una de las ventajas que se procura es la de contar con un procedimiento extrajudicial para consumir la realización de la garantía y obtener indirectamente el pago de la deuda³⁸⁴.

C) Normativa jurídica sobre fideicomiso en la legislación dominicana

De este modo, y a la fecha, el marco legal que rige en específico la figura del fideicomiso en la República Dominicana, directa o indirectamente y complementando la Ley 189-11, se constituye de la forma siguiente:

Ley 189-11 sobre Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso

El fideicomiso nace en el país como una figura jurídica con la promulgación de la Ley No. 189-11, del 16 de julio del 2011, denominada Ley sobre el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso.

Con esta ley se crea un instrumento que facilitará la interrelación de los recursos del sector público y privado, fomentado la realización de grandes proyectos como la construcción de viviendas a bajo costo para ayudar a las familias de bajo recursos a adquirir una vivienda y, al mismo tiempo, dinamizar el sector financiero, el de construcción y la economía como un todo.

³⁸⁴ CALDERON, AQUILES: El fideicomiso de garantías: ángulos y vertientes. En Revista Gaceta Judicial, Vol 17, No. 324, Noviembre 2013

Reglamento Unificado de Valores e Instrumentos Hipotecarios, de fecha 20 de septiembre de 2011

Dictado mediante la Primera Resolución de la Junta Monetaria. Establece las disposiciones, procedimientos y requisitos necesarios para la emisión de valores e instrumentos hipotecarios, a fin de facilitar el financiamiento a la vivienda y la construcción en la República Dominicana, en el marco de lo establecido en el Capítulo II del Título II de la Ley No.189-11

Reglamento para las Cuentas de Ahorro Programado para la Adquisición de Vivienda de Bajo Costo, de fecha 20 de septiembre de 2011

Dictado mediante la Segunda Resolución de la Junta Monetaria. Establece las disposiciones, formalidades y requisitos necesarios para la apertura, manejo, operación y cierre del producto denominado Cuenta de Ahorro Programado (CAP) para la adquisición de Viviendas de Bajo Costo, según lo dispuesto por la Ley No.189-11.

Reglamento de Disolución y Liquidación de Entidades de Intermediación Financiera, de fecha 6 de octubre de 2011

Dictado mediante la Primera Resolución de la Junta Monetaria. Establece el procedimiento que deberá seguir la Superintendencia de Bancos para la disolución de las entidades de intermediación financiera que hayan incurrido en una o más de las causales contenidas en la Sección VIII DE LA DISOLUCIÓN, Artículo 62, de la Ley No.183-02 Monetaria y Financiera, de fecha 21 de noviembre de 2002.

Reglamento sobre Procedimiento para Autorizar Operaciones de Venta de Cartera de Préstamos Hipotecarios, de fecha 1ro. De noviembre de 2011

Dictado mediante la Primera Resolución de la Junta Monetaria. Establece el procedimiento que deberán de observar las entidades de intermediación financiera, que decidan vender una proporción de sus carteras de créditos hipotecarios, administrar carteras de crédito, y/o adquirir valores provenientes de titularización de carteras de créditos hipotecarias, al amparo de las disposiciones contenidas en la Leyes Monetaria y Financiera, de Mercado de Valores e Hipotecaria

Reglamento sobre Agentes de Garantía, de fecha 24 de noviembre de 2011

Dictado mediante la Primera Resolución de la Junta Monetaria. Establece las disposiciones, formalidades y lineamientos generales aplicables a los entes facultados a fungir como Agente de Garantías, de conformidad con las disposiciones contenidas en los Artículos del 119 al 128 de la Ley No.189-11 para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana, de fecha 16 de julio del 2011.

Reglamento sobre Seguros Hipotecarios, de fecha 15 de diciembre de 2011

Dictado mediante la Undécima Resolución de la Junta Monetaria. Establece las condiciones generales a las que deberán acogerse las entidades de intermediación financiera, cuando aseguren sus préstamos hipotecarios con el Seguro de Fomento de Hipotecas Aseguradas (FHA) que expide el Banco Nacional de Fomento de la Vivienda y la Producción (BNV) o con el Seguro Hipotecario Privado

Reglamento 95-12 de Aplicación de la Ley 189-11

A través del Decreto 95-12, fue promulgado el 2 de marzo del 2012, con el propósito de aclarar y simplificar las partes más relevantes de la Ley 189-11, a los fines de completar la ley ya promulgada.

Define los aspectos relativos al funcionamiento de la figura del fideicomiso en sus diferentes modalidades. Este reglamento es complementario a la Ley 189-11, que se requiere para el funcionamiento de la figura del fideicomiso en sus distintas modalidades, incorporando los procedimientos necesarios al momento de su constitución, operación y extinción; así como la conformación del patrimonio separado que se crea con dicha figura. De igual manera, establece los requerimientos mínimos para las entidades que están autorizadas a fungir como fiduciarias.

Norma General 02-12 sobre Régimen Tributario del Fideicomiso

Dictada por la Dirección General de Impuestos Internos (DGII) en fecha 24 de agosto de 2012.

Establece las bases para el régimen tributario del fideicomiso, tiene como finalidad establecer los requerimientos y procedimientos que deberán cumplir los fideicomisos y las partes que intervienen desde su conformación hasta su extinción.

Esta norma fue promulgada para complementar y ampliar los aspectos tributarios que están establecidos en la Ley 189-11. Establece los requisitos, plazos, remisión de información y demás aspectos tributarios a los cuales se deben ajustar las fiduciarias y los fideicomisos.

Establece el cumplimiento de los deberes formales y pago de impuesto que surjan del proceso de conformación, operatividad o extinción del fideicomiso, los cuales recaen en el fiduciario a nombre del fideicomiso.

Por otro lado, instituye que los servicios fiduciarios están gravados con el Impuesto a la Transferencia de Bienes Industrializados y Servicios (ITBIS), además de que los fideicomisos deberán actuar como agente de retención y percepción de impuesto y de su declaración y pago en todos los casos que las leyes fiscales así lo establezcan.

Según el artículo 18 de la citada norma los beneficios o pérdidas deberán ser entregados al beneficiario después del cierre fiscal, con un plazo no mayor a 60 días. El beneficiario deberá presentar tales ingresos o pérdidas en su declaración de Impuestos sobre la Renta del período que corresponda; en caso de pérdidas se compensarán conforme a lo establecido en la normativa fiscal.

Reglamento de Evaluación de Activos (REA)

El alcance de este Reglamento es definir los criterios, conceptos, variables y clasificaciones que deberán seguir las entidades de intermediación financiera para la evaluación y medición del riesgo de la cartera de créditos, de inversiones, activos fijos, bienes recibidos en recuperación de créditos, otros activos y contingentes, así como establecer los criterios de eliminación o castigo de las partidas irrecuperables del balance

Decreto 85-12

Reglamento sobre el Agente de Garantías

Decreto 359-12, Reglamento para la Acreditación de Proyectos de Vivienda de Bajo Costo

Establece los procedimientos, las condiciones y las características que los proyectos de vivienda deben poseer para poder obtener la acreditación de “*Proyecto de vivienda a bajo costo*”. Estos proyectos gozan de los incentivos establecidos en el artículo 130 de la ley 189-11.

Compensará a través de bonos a los compradores de primera casa, en proyectos de viviendas de bajo costo, debidamente calificados por el Instituto Nacional de la Vivienda (INVI).

El Estado devolverá a través de la Administración Tributaria el ITBIS pagado por los promotores en las compras de materiales e insumos del proyecto.

La institución que realizará las acreditaciones es el Instituto Nacional de la Vivienda (INVI), este se encargará de evaluar los proyectos de viviendas del Ministerio de Obras Públicas y Comunicación (MOPC).

En base a evaluación previa el INVI determinará en base a las características de cada proyecto cual es el monto del ITBIS que incidirá en los costos y gastos del proyecto y remitirá al Ministerio de Hacienda la lista de los proyectos de viviendas de bajo costo.

Decreto 360-12

Sobre el reglamento para la conformación de la Ventanilla Unica del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (MOPC): Regula el funcionamiento de la ventanilla única que es donde los constructores solicitan la licencia de construcción y acreditación de proyectos de vivienda de bajo costo.

Todos los proyectos de vivienda de bajo costo que quieran ser desarrollados mediante fideicomiso tienen que depositar el proyecto, con su debida documentación en esta ventanilla única, como uno de los primeros pasos para que sea considerado un proyecto de vivienda de bajo costo.

Decreto 664-12, crea el Reglamento Mercado de Valores

El Reglamento establece el sistema que determina la organización y funcionamiento del Mercado de Valores dominicano, conforme a lo establecido en la Ley que regula el Mercado de Valores en la República Dominicana, No. 19-00, del 8 de mayo de 2000.

Resolución R-CNV-2013-26-MV

Sobre las Sociedades Fiduciarias que administran Fideicomisos de Oferta Pública y los Fideicomisos de Oferta pública.

Circular de la Superintendencia de Bancos No. 002/13

Sobre los requisitos para prestar servicios fiduciarios en relación a las Entidades de Intermediación Financieras (EIFs)

Decreto 153-13

Promulgado el 30 de noviembre del 2013, establece que los proyectos de viviendas de bajo costo tendrán derecho a una compensación por concepto de ITBIS pagado por los promotores durante el proceso de construcción.

Además, establece que las personas que soliciten financiamientos en las entidades financieras para adquirir una vivienda de bajo costo podrán solicitar al Ministerio de Hacienda un bono o subsidio directo equivalente al monto del ITBIS pagado en el proceso de la construcción de las viviendas de bajo costo.

Este bono será entregado a la institución financiera en la cual el adquiriente haya solicitado el financiamiento.

En cuanto a que el decreto establece como fecha límite el 30 de noviembre de 2013 para gozar de este beneficio, este se sigue aplicando, pues la fecha límite hacía referencia a las constructoras que tenían proyectos registrados en la DGII, cuyos precios eran de bajo costo. Vencido este plazo, solo se entrega este bono a los proyectos de bajo costo creados bajo un fideicomiso.

Estos fondos para los bonos, según el artículo 4 del presente decreto, deberán estar en el Fondo Especial de Reembolsos Tributarios, constituido por el artículo 265 de la Ley 11-92, Título II. Esta reserva para subsidios deberá ser acumulada en una cuenta independiente, destinada exclusivamente a ese fin. Estos recursos serán adquiridos mediante el ITBIS pagado durante el proceso de construcción de las viviendas.

- Reglamento Unificado de Valores e Instrumentos Hipotecarios, dictado mediante la primera Resolución de la Junta Monetaria, de fecha 20 de septiembre de 2011.
- Reglamento para las Cuentas de Ahorro Programado para la Adquisición de Vivienda de Bajo Costo, dictado mediante la Segunda Resolución de fecha 20 de septiembre de 2011.
- Reglamento de Disolución y Liquidación de Entidades de Intermediación Financiera, dictado mediante la Primera Resolución de la Junta Monetaria, de fecha 6 de octubre de 2011.
- Reglamento sobre Procedimiento para Autorizar Operaciones de Venta de Cartera de préstamos Hipotecarios de Entidades de Intermediación Financiera para fines de Titularización y Adquisición de Valores Titularizados, dictado mediante la primera Resolución de la Junta Monetaria, de fecha 1ro. De noviembre de 2011.
- Reglamento sobre Agente de Garantías, dictado mediante la Primera Resolución de la Junta Monetaria, de fecha 24 de noviembre de 2011.

- Reglamento sobre Seguros Hipotecarios, dictado mediante la Undécima Resolución de la Junta Monetaria, de fecha 15 de diciembre de 2011

A través de la Ley No. 189-11, Sobre Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso es que el país cuenta con una regulación específica para la implementación de esta figura. El fideicomiso es una operación que había permanecido históricamente ausente de la cultura jurídica y de negocios de la República Dominicana. Esa situación nos colocaba en una posición de rezago con relación al resto de los países latinoamericanos que han recorrido un largo trecho en la utilización y aprovechamiento de este instrumento jurídico; no obstante, esta realidad tiene también aristas positivas, pues partimos de una legislación adulta que recoge las experiencias y lecciones aprendidas de otros países que tienen una dilatada experiencia en el negocio fiduciario.

Decreto 268-15, Incentivo a los adquirientes de viviendas a bajo costo

Sobre Fideicomisos de Viviendas de Bajo Costo (indexa el precio y modifica el Art. 19 del Reglamento 95-12 en ocasión a las garantías fiduciarias)

Norma de la Dirección General de Impuestos No. 01-2015

La medida tiene como finalidad establecer los requerimientos y procedimientos que deberán cumplir, ante la Administración Tributaria, los fideicomisos y las partes que intervienen desde su conformación hasta su finalización.

Trata sobre el cumplimiento de deberes y obligaciones tributarias del Fideicomiso que establece, entre otras medidas, los mecanismos de compensación del ITBIS en la adquisición de viviendas de bajo costo.

Establece los requerimientos para las fiduciarias y los fideicomisos y el régimen con los deberes de remisión de información de las fiduciarias. Además define el régimen de derecho fiduciario y el régimen de tributación de los fideicomisos, así como los requisitos para solicitud del Bono de Vivienda de Bajo Costo.

Primera Resolución de 9 de julio 2015 dictada por la Junta Monetaria,

Mediante la cual fueron modificados los artículos 4, 16, 31, 32 y 55 del Reglamento de Evaluación de Activos (el “REA”)

- a) Reconoce Garantía Fiduciaria como garantía admisible
- b) Establece los porcentajes de admisibilidad dependiendo del activo subyacente del fideicomiso

Circular de la Superintendencia de Bancos No. 02/16

Emitida en fecha 15 de marzo de 2016, mediante la cual fue aprobado el Instructivo sobre Formalización, Registro y Control de Garantías (el “Instructivo de Formalización de Garantías”)

Circular de la Superintendencia de Bancos No. 004/16

Instructivo de la Debida Diligencia

Decreto 119-16, modifica el Reglamento 664-12

Modifica exclusivamente a la figura de fideicomiso de oferta pública.

Se fundamenta en:

- Necesidad de ampliar la gama de instrumentos de valores de oferta pública
- Dinamizar figuras existentes para hacerlas más efectivas y atractivas al mercado dominicano

Los cambios incluyen certificados de participación o representativos de deuda emitidos a renta fija y establece mecanismos de cobertura a una oferta pública de fideicomiso.

Con esto se logra aumentar

- El interés en fideicomiso de oferta pública

- Adaptación al mercado local. La mayoría de los inversionistas locales tienen un perfil bajo o moderado al riesgo
- Binde una opción de inversión para inversionistas institucionales como los Fondos de Pensión y fondos de Inversión.

a) Normas accesorias que regulan el Fideicomiso en República Dominicana

Accesoriamente, regulan el fideicomiso en República Dominicana, acorde con la Constitución de la República Dominicana, el Código Civil, la Ley No. 183-02, Monetaria y Financiera, la Ley No. 87-01 que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social, la Ley No. 19-00 de Mercado de Valores y su reglamento de aplicación, la Ley No. 479.08, General de Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada, la Ley No. 72-02 Contra Lavado de Activo y Sustancias Controladas y Otras Infracciones Graves, los Reglamentos emitidos por el Poder Ejecutivo y la Junta Monetaria y las disposiciones de rango inferior que en el ejercicio de sus funciones dicten sobre el tema, la Superintendencia de Bancos (SIB), la Superintendencia de Pensiones (SP), Superintendencia de Valores (SV), la Dirección General de Impuestos Internos (DGII) y la Comisión Clasificadora de Riesgos y Límites de Inversión (CCRLI).

D) Obligaciones fiscales del fideicomiso

Los derechos fiduciarios constituyen un activo diferente de las acciones, pues estas últimas son inversiones representativas del derecho que se tiene en una sociedad, mientras que los primeros constituyen activos intangibles representativos de la participación que se tiene dentro de un patrimonio autónomo³⁸⁵.

Los fideicomisos tienen un número de Registro Nacional de Contribuyente (RNC) diferente al de los fideicomitente, de las fiduciarias y de los fideicomisarios. Sin embargo no tienen personalidad jurídica y no obstante a ello, mantiene responsabilidad fiscal.

³⁸⁵ RODRIGUEZ, MILCIADES: “Régimen tributario aplicable fideicomiso”. Ponencia Taller de Fideicomiso. L. Nuñez & Asociados, Asesoría Empresarial, República Dominicana, Junio, 2016.

El fideicomitente no declara dentro de su patrimonio el valor de los bienes transferidos sino, el de los derechos fiduciarios.

Por lo que para fines del pago del impuesto sobre Activos, los derechos fiduciarios recibirán el mismo tratamiento fiscal que las acciones, es decir, estarán exentos del pago del referido impuesto.

El fideicomiso, en su constitución, modificación, revocación y extinción, está exento de cualquier impuesto, derecho, tasas, cargas, arbitrios o contribución con excepción de las tarifas o tasas del Registro Mercantil y el Registro Civil.

a) Régimen tributario aplicable al momento de conformar el patrimonio fideicomitado

- Gravado con el 16% de ITBIS (bienes corporales muebles)
- Gravado con el 3 % de transferencia inmobiliaria (bienes inmuebles)
- Gravado con el 2% de transferencia vehículos de motor
- Exento del Impuesto sobre la Renta y del Impuesto por Ganancia de Capital el traspaso de los activos al Fideicomiso por parte del Fideicomitente.
- Exento de todo tipo de impuesto el traspaso ulterior de los bienes fideicomitados al fideicomitente y/o fideicomisario.
- Exento de impuesto sucesoral o sobre donaciones al momento del traspaso de los bienes al fideicomiso.
- Exento de todo impuesto las rentas y utilidades generadas por el Fideicomiso (patrimonio fideicomitado)
- Gravado por el impuesto sobre las ganancias de capital y por el Impuesto sobre inmuebles, sin incluir la deducción por aproximadamente RD\$7.0MM
- Gravado los ingresos por concepto de rendimientos generados por el patrimonio fideicomitado al momento de ser distribuidos, sin perjuicio de las exenciones impositivas que por ley apliquen en su provecho.
- Obligación de distribuir rendimientos acumulados al 31 de diciembre de cada año. Excepción: a) los sucesorales; y, b) los que tienen como objetivo la emisión de

títulos valores. El fiduciario deberá declarar e ingresar a la Administración Tributaria los impuestos que estuvieren a su cargo.

- Sujetos a una retención de un 10% con carácter de pago único y definitivo, los beneficios pagados o acreditados a los beneficiarios y/o fideicomisarios
- Gravado los ingresos del Fiduciario por sus servicios, tanto con el Impuestos Sobre la Renta como con el ITBIS
- Exento del impuesto por ganancia de capital las transferencias de viviendas económicas realizadas por el fiduciario, fruto del desarrollo de proyectos inmobiliarios de bajo costo con cargo al patrimonio fideicomitado.
- Exento del impuesto por ganancias de capital las enajenaciones de activos de capital realizadas por el fiduciario a título gratuito, en cumplimiento de instrucciones establecidas en el acto constitutivo
- El activo de capital enajenado se considerará como un ingreso en especie del beneficiario y se reputará como un ingreso gravado con el impuesto sobre la renta

b) Modalidades de Fideicomisos y su Tratamiento Fiscal

Fideicomiso de Planificación Sucesoral

- Gravado con impuesto de transferencia y registro al momento de constitución
- Tasas de 18% para el traspaso de bienes corporales muebles
- Tasa de 3 % para el traspaso de bienes inmuebles.
- Tasa de 2% para el traspaso de vehículo de motor
- Gravado con impuesto sucesoral al momento de la muerte del Fideicomitente:
Tasas: 3% para beneficiarios residentes en el país y 4.5% para beneficiarios residentes en el exterior.

Fideicomisos culturales, filantrópicos y educativos

Recibirán el mismo tratamiento fiscal de las Organizaciones sin fines de lucro (ONG). Es decir, gozarán de una exención general de todos los tributos relacionados con la actividad principal.

Nos referimos a todas y cada una de las amplias exenciones fiscales que estipula el Art. 50 de la Ley 122-05, para la regulación y fomento de las Asociaciones sin fines de lucro en la República Dominicana.

Fideicomisos de oferta pública de valores y productos

Exento de los siguientes impuestos, a saber:

- Del 18% del ITBIS en la transferencia de bienes corporales muebles.
- Del impuesto del 3% en la transferencia de bienes inmuebles.
- Del 2% de transferencia de vehículo de motor
- Impuestos de Ganancia de Capital para los bienes que aportan los fideicomitentes.
- Del impuesto sobre propiedad inmobiliaria. (IPI)
- Del impuesto sobre activos.
- De todo impuesto la restitución de todos los activos al fideicomitente

Fideicomiso de inversión

- Estos patrimonios fideicomitados recibirán el mismo tratamiento impositivo que los fideicomisos de oferta pública de valores.
- Solamente tributa el 10%. Único y definitivo sobre rendimiento (Norma 01-15)

Fideicomiso de garantía

- Recibirán igual tratamiento tributario que los fideicomisos de oferta pública sólo cuando se constituya como garantía de una emisión de oferta pública de valores y productos realizada por el fideicomitente o un tercero.
- Gravado son el impuesto de transferencia en el momento de la ejecución de los bienes que fueron puestos en garantía bajo esta modalidad de fideicomiso (3%, 2% y 18% según fuera el caso)

Fideicomiso de construcción para el desarrollo de proyectos de viviendas de bajo costos

Tendrán las siguientes exenciones:

- Impuesto sobre la renta y Ganancias de Capital
- Impuesto sobre activos o patrimonio
- Impuesto sobre propiedad inmobiliaria (IPI) establecido por la Ley No. 18-88 y sus modificaciones.
- Impuesto por transferencias bancarias y expedición de cheques
- Impuestos sobre la construcción, tasas, arbitrios, derechos, cargas que afecten la construcción (medio ambiente, obras públicas, ayuntamiento, etc.)
- Impuestos sobre el traspaso de bienes inmuebles y registro de operaciones inmobiliarias en general (exonerado el 3%)
- Los adquirentes de viviendas recibirán un bono o subsidio que servirá como parte del inicial en la adquisición de la vivienda de bajo costo.
- El mecanismo de compensación será determinado por la DGII mediante norma general.

Fideicomiso Públicos

- Las determinaciones fiscales son incluidas en el instrumento de fideicomiso, el cual es aprobado por el Congreso Nacional.

E) Instituciones intervinientes en el sector fiduciario dominicano

Superintendencia de Bancos



- Cuando se traten de entidades de intermediación financiera o sociedades fiduciarias que presten servicios a entidades de intermediación financiera.
- Autoriza las fiduciarias que están ligadas a instituciones financieras
- Autoriza los fideicomisos creados por las fiduciarias antes mencionadas

- Evalúa la creación de fideicomisos de oferta pública para las entidades financieras que quieran realizar dicho fideicomiso
- Regula las fiduciarias que les correspondan



Superintendencia de valores

- En el caso de que el uso del fideicomiso esté asociado a actividades vinculadas a oferta pública.
- Registrar las entidades de valores que funjan como fiduciarias
- Regular las entidades de bolsa de valores que realicen fideicomisos
- Registrar y supervisar los fideicomisos de ofertas públicas, independientemente de la entidad que lo realice.
- Autorizar la titularización de la cartera hipotecaria, en el caso de los fideicomisos de desarrollo inmobiliario



Dirección General de Impuestos Internos

- Otorgar el Registro Nacional del Contribuyente (RNC)
- Otorgar los números de comprobantes fiscales a cada fideicomiso
- Regular las fiduciarias de objeto exclusivo que no están afiliadas a grupos financieros ni a puesto de bolsas
- Registrar todos los fideicomisos realizados
- Otorgar los bonos de compensación de ITBIS para las viviendas de bajo costo.
- Recaudar todos los impuestos de los fideicomisos
- Fiscalizar en materia impositiva a los fideicomisos y fiduciarias.

Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo

Inscribir todas las fiduciarias que se constituyan

Ministerio de Obras Públicas y Comunicación

- Crea la Ventanilla Única para la tramitación de proyectos de construcción de viviendas de bajo costo.
- Coordinar y acordar los requerimientos que los fideicomisos de proyectos de viviendas de bajo costo deban cumplir.
- Controlar la calidad de los materiales de construcción.
- Controlar el cumplimiento de los plazos y procesos acordados en el reglamento para la ventanilla única.
- Mantener un registro público de los materiales aprobados para el uso y desarrollo de las viviendas de bajo costo.

Instituto Nacional de la Vivienda

- Evaluar y realizar la acreditación de los proyectos de vivienda de bajo costo provenientes de la ventanilla única.
- Comunicar al Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones las acreditaciones otorgadas, quien las dará a conocer a los interesados en construir el proyecto.
- Notificará las calificaciones a los interesados, a través de la Ventanilla Única.

F) Fiduciarias establecidas legalmente en la República Dominicana

Las fiduciarias son las personas jurídicas que se encargan de administrar los fideicomisos bajo las especificaciones del fideicomitente.

Aunque las leyes y reglamentos son las que establecen todos los incentivos para el fideicomiso, los que hacen llegar el instrumento a las personas son las fiduciarias, ya que estas se encargan de promocionar el instrumento, ofrecer los servicios fiduciarios y garantizar la seguridad a las personas de que el instrumento les va a aportar algo significativo a sus operaciones y que vale la pena hacer realizar el proyecto mediante el fideicomiso.

Con fines de aumentar el desarrollo del fideicomiso, fue creada la Asociación de Sociedades Fiduciarias Dominicanas (ASOFIDOM), la cual es una institución sin fines de lucro que reúne a las sociedades fiduciarias del país para defender y promover el desarrollo del fideicomiso.

Entidades autorizadas a realizar fideicomisos

Entidades de Intermediación financiera autorizadas a realizar fideicomisos³⁸⁶

- Citibank, S. A.
- Banco Dominicano del Progreso, S. A.
- Asociación popular de Ahorros y Préstamos.
- Banco BDI

Personas Jurídicas de Objeto Exclusivo (PJOE) de Grupos Financieros

- Fiduciaria BHD, S. A.
- Fiduciaria Popular, S. A.
- Fiduciaria Reservas, S. A.
- Fiduciaria La Nacional, S. A.
- Fiduciarias Scotiabank

Personas Jurídicas de Objeto Exclusivo (PJOE)

- Sociedad Fiduciaria Global, S. A.
- In Commendam, S. A.
- Partners Fiduciario, S. A.
- Sociedad DAF Partners, S. A.
- Parallax Fiducia, S. A.
- Dinamis Trustee Dt, S. A.
- Fiduciaria Universal, S. A.
- Fiducorp, Servicios Fiduciarios, S. A.

³⁸⁶ Fuente superintendencia de Bancos de la República Dominicana

- Fiduciaria Vicentina, S. A.
- Fiduciaria Bantrust, S. A.
- Fiduciaria Advanced Trustee Services, S. A.
- Fiduciaria OMG, S. A.
- Fiduciaria Fenix, S. A.
- JMMB Trust, S. A.
- CCI Trust, S. A.
- Vertex Fiducia, S. A.
- Fiducia TVP, S. A.
- MS Fiduciams, S. A.

Agentes de Garantías³⁸⁷

- Citibank, N. A.
- Banco BHD, S. A.
- Banco Popular Dominicana
- Fiducorp
- Garantías Múltiples, SRL
- Garantías y Avals V & S

Esta institución se ha dedicado a realizar las acciones necesarias para ser reconocida como interlocutor oficial del gremio fiduciario dominicano. Además, tiene como objetivo buscar un mejoramiento en los diferentes procesos que se llevan a cabo en el fideicomiso.

³⁸⁷ Agentes de garantías son personas jurídicas autorizadas para gestionar el proceso de creación, mantenimiento, formalización y ejecución de la garantía. Se registra a su nombre todo lo que fuese otorgado para garantizar la operación del crédito. Por lo general intervienen acreedores internacionales.

V.- FIDEICOMISO PÚBLICO

1. CONCEPTUALIZACIÓN

El Fideicomiso Público es un contrato donde el Estado, en su rol de fideicomitente, transfiere a un fiduciario, la propiedad que ostenta de bienes del dominio público o bienes del dominio privado del estado, o afecta fondos públicos, con el único objetivo de ejecutar un fin lícito y que a la vez sea de interés público³⁸⁸.

El rol de fideicomitente recae en cualquiera de las dependencias de la Administración debidamente facultadas.³⁸⁹

Una definición más extensa, el fideicomiso público “es una entidad, unidad económica u organismo especial que sin gozar de personalidad jurídica propia, constituye una nueva estructura administrativa, en virtud de la cual el Estado, representado por sus órganos administrativos en su carácter fideicomitente, transmite a un fiduciario la titularidad de ciertos bienes o derechos destinados a la realización de un fin lícito determinado a favor del fideicomisario, que pueden ser uno o varios organismos públicos o privados, incluso sectores sociales, sujetándose a modalidades contenidas en el acto constitutivo y en las disposiciones legales aplicables a esta materia”³⁹⁰.

El fideicomiso público “es un negocio jurídico complejo, de carácter personal y real, en sentido amplio, originado en una decisión pública en virtud de la cual la Administración, a

³⁸⁸ MALUMIÁN, NICOLÁS, DIPLOTTI, ADRIÁN Y GUTIÉRREZ, PABLO (2006): *Fideicomiso y securitización. Análisis legal, fiscal y contable*. 2da. Edición. Editorial La le.

³⁸⁹ ACOSTA ROMERO, MIGUEL (1978): *Derecho Bancario*. Editorial Porrúa, Méjico.

³⁹⁰ CASTAÑEDA NIEBLA, ARTURO (2003): Los fideicomisos públicos. México, UNAM, pág. 227-228.

través de la suscripción de un contrato, transfiere bienes de su propiedad creando un patrimonio de afectación a un fin público”³⁹¹.

Es importante destacar que los fideicomisos públicos crea una nuevas estructuras administrativas, con el único objetivo de satisfacer necesidades económicas y sociales de trascendencia colectivas operado por organismos técnicamente independientes de la institución fiduciaria que los maneja, esto así, para poder aprovechar la personalidad jurídica del fiduciario ya que el fideicomiso per set carece de ella y necesita el fiduciario para cumplir la finalidad que persigue³⁹².

“Otros lo denominan simplemente *-fideicomiso gubernamental-*; para no provocar confusión con los fideicomisos que están autorizados a realizar oferta pública”³⁹³.

A través del Estado se genera la iniciativa o él es el receptor de una solicitud de la comunidad. Puede ejecutar el fin junto con el sector privado, pero le corresponderá al Estado diseñar los pliegos con las necesidades y los lineamientos, condiciones y pautas; para luego convocar al sector privado idóneo a sumarse al proyecto aplicando los procedimientos ya previstos por la ley.³⁹⁴

En lo referente a la República Dominicana, la Ley sobre Desarrollo del Mercado Hipotecario y Fideicomiso No. 189-11 no refiere específicamente el caso de fideicomiso público, lo que provoca que se produzca una interacción entre el derecho privado y el derecho público. En esta materia el Derecho Administrativo deberá tener el rol protagónico

³⁹¹ BELLO KNOLL, SUSY INÉS (2013): *El fideicomiso público*. 1ra. Edición. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina

³⁹² RODRIGUEZ, MARIA JOSE: El fideicomiso público, cuestiones de control de la Administración Pública, Administrativo, Legislativo y Judicial en Revista La Ley, 2010, pág. 483-489.

³⁹³ LENARDON, FERNANDO ROBERTO (2008): *Fideicomiso gubernamental*. Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, pág. 35

³⁹⁴ LISOPRAWSKI, SILVIO (1996): *Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización*. 2da. Edición. Editorial Depalma.

y el Régimen de la Ley 189-11 pasa a ser complementario, por lo que deberá aplicarse subsidiariamente en todo lo que no se oponga con el derecho público.³⁹⁵

Los Fideicomisos públicos, así como el fideicomiso en general, se encuadra dentro de la estructura contractual, pero tienen una característica distintiva, los mismos deben ser precedidos por un procedimiento jurídico “sui generis” que se inicia con el acto jurídico que da viabilidad al fideicomiso (ley, decreto, etc.), el cual identifica sus objetivos y característica, determina las condiciones y los término a que se sujetará la contratación,³⁹⁶ y, reiteramos, deberá estar presente el interés público.

Para que exista y sea válido el fideicomiso público requiere la presencia de elementos personales y reales, con características específicas, las cuales ayudan a definir su naturaleza. Utilizaremos el mismo esquema del fideicomiso privado, toda vez que nos ayudaran a conocer los fundamentos cuando la figura es utilizada por la Administración Pública.

2. ELEMENTOS ESENCIALES

La normativa legal constituyente de un Fideicomiso Público deberá precisar:

- el Fideicomitente: el Estado;
- el Fiduciario: ente técnicamente competente;
- el Patrimonio Fideicomitado: los bienes y recursos que serán transmitidos en propiedad fiduciaria;
- la finalidad u objeto del fideicomiso: los intereses y satisfacción de necesidades generales, así como el fomento económico y/o social;
- el plazo o condición al que el fideicomiso esté sometido;
- las causales de extinción;

³⁹⁵ NEIROTTI, JULIÁN E. (2006): *Manual práctico de fideicomiso, doctrina, jurisprudencia, legislación, y modelos contractuales*. Editorial Nova Tesis, Editorial Jurídica.

³⁹⁶ LISOPRAWSKI, SILVIO (1996): *Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización*. 2da. Edición. Editorial Depalma.

- los Beneficiarios, personas físicas y/o jurídicas que sean los receptores del objeto del fideicomiso.

A) Elementos personales

a) El estado como fideicomitente

El fideicomitente es quien transmite los bienes al fiduciario y establece las condiciones del contrato, será siempre el Estado directamente o por algunas de las personas jurídicas públicas.³⁹⁷ Es decir, para que exista fideicomiso público, necesariamente la Administración debe intervenir en su constitución.

El Estado como fideicomitente es quien le da esencia pública a este fideicomiso. Por lo que es el Estado quien promueve la constitución del fideicomiso público, establece su naturaleza, las reglas de organización funcionamiento, el origen de la dotación y de los recursos, el grado y tipo de controles que lo afectan.

Puede participar en la constitución del fideicomiso público tanto la Administración General del Estado, una o varias Comunidades Autónomas, Provincias, Municipios o Administraciones institucionales no estatales. Por ejemplo los municipios podrían constituir fideicomisos públicos, toda vez que tienen la facultad de contratar y de gobernar su propio patrimonio. Para ello deben tener, como el resto de los sujetos nombrados, una habilitación legal.

Recordemos que todos los actos que produce la Administración Pública constituyen el ejercicio de una potestad (reglamentaria, jerárquica, disciplinaria, ejecutiva y jurisdiccional); por lo que he de suponer que aquellos sujetos estatales tienen suficiente potestad para que sus actuaciones generen efectos jurídicos. Por lo que si el órgano estatal no tiene suficiente facultad para emitir el acto administrativo, su nulidad deberá ser absoluta.

³⁹⁷ LISOPRAWSKI, SILVIO (1996): *Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización*. 2da. Edición. Editorial Depalma.

Queda claro que la Administración no podrá hacer modificaciones unilateralmente, salvo que se establezcan en el acto constitutivo. Tampoco podrá ejercer su potestad disciplinaria ni su función tutelar, sin embargo deberá mantener su potestad de investigar la situación de los bienes o derechos de su propiedad transferidos al fideicomiso y podrá exigir al fiduciario que dé cumplimiento al encargo y a las obligaciones que le fueron impuestas por el fideicomiso e iniciar las acciones de responsabilidad que pudieran corresponder, siendo éstos los derechos que generalmente se reserva puntualmente el fideicomitente al momento de la suscripción del contrato de fideicomiso.

El fideicomiso público puede evidenciar la ausencia de diferenciación entre el fideicomitente y el fiduciario. En cualquier caso “los recursos sólo pueden ser aplicados o utilizados por el fiduciario, para el cumplimiento de lo dispuesto por el fideicomitente en el contrato de fideicomiso”, por eso es tan importante que la persona del fideicomitente y del fiduciario estén perfectamente identificadas y sean absolutamente diferentes para evitar; de esta manera, riesgos que puedan ocasionar conflictos de intereses por confusión de roles, lo cual eliminaría la condición de seguridad y transparencia que debe mantenerse sólida y cristalina en cada fideicomiso”

Recordamos aquí que, además del elemento subjetivo, la forma es un elemento esencial de los actos administrativos y por ello el fideicomiso público debe respetar los principios formales establecidos normativamente, que resultan ser la exteriorización de la voluntad del sujeto público fideicomitente.

b) El fiduciario

Es quien recibe los bienes en carácter de propiedad fiduciaria, tendrá la obligación y responsabilidad de administrarlos y darles la finalidad establecida en el contrato, podrá ser un ente privado o el mismo Estado.

Como todo fideicomiso, el rol de la fiduciaria es de mucha importancia, sobre sus hombros recae la responsabilidad de la gestión. Es por eso que el ejercicio de la actividad fiduciaria

debe tener la debida regulación a los fines de evitar cualquier actuación inadecuada que puedan devenir perjudiciales para esta figura.

Más aún cuando se trate de fideicomiso públicos, donde el Estado procura el bienestar general, por lo que deberá contratar con aquellos que revistan condiciones morales y patrimoniales satisfactorias. Se ha dicho que la clave que aleja la posibilidad de un fraude a la ley es la valía del fiduciario que, por su profesionalidad y probidad, no se prestaría, naturalmente, a un ejercicio viciado del encargo³⁹⁸. Resulta ser un aliado de la Administración.

La figura del fiduciario, como administrador de bienes que no le pertenecen se asemeja al ejercicio de los representantes de la Administración, que son siempre gestores de intereses ajenos. Como hemos dicho, el fiduciario tiene el derecho del dueño con las limitaciones propias de la temporalidad característica de esta especie de dominio, como resultado del mandato del fideicomitente y por la naturaleza propia de los bienes fideicomitidos.

En teoría el fiduciario no delega su condición de fiduciario, salvo que el acto constitutivo lo establezca. Bajo esta condición, el fiduciario inicial no será responsables por los actos dolosos o culposos del delegado. El hecho que sea un fideicomiso público no le obliga a que el fiduciario tenga la misma condición, éste puede nombrar un fiduciario privado, donde, en cualquiera de las condiciones, deberá considerar su reputación, idoneidad técnica y su capacidad financiera.

Aunque no existe un procedimiento para la selección del fiduciario, para este tipo de materia, debería aplicarse las normas generales en materia de contrataciones del Estado, tales como la licitación o concurso público o privada.

³⁹⁸ LISOPRAWSKI, SILVIO: *Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 1092.

Entendemos que el fideicomiso público debe ajustarse al Derecho Público y al Derecho Administrativo, con sus respectivos controles como recursos y bienes públicos; por lo que no puede ser visto como un contrato puro y simple.

El fideicomiso lleva implícita la transferencia de la propiedad fiduciaria de algún bien, que para la materia en cuestión, los fideicomisos públicos será de propiedad estatal. La afectación de los recursos públicos deberá estar bajo la custodia del mismo sector público, a través de cualquiera de sus dependencias; sin embargo nada impide que dichos recursos puedan estar separados de los recursos de determinada dependencia, que es lo que sucede en los fideicomisos públicos. El gobierno fideicomitente deberá observar las normas que rigen o restringen su transferibilidad

Es importante establecer las relaciones jurídicas, en el acto constitutivo del fideicomiso público, donde quede claramente las obligaciones recíprocas entre el fideicomitente, que es el Estado y quien sea investido como fiduciario.³⁹⁹

En algunas legislaciones, como la mexicana y la dominicana, nombran, en su acto constitutivos comités técnicos, que funcionan como consejos de administración, con funciones determinadas⁴⁰⁰, donde el fiduciario necesitará la aprobación de dichos comités para el ejercicio de algunas acciones, limitando de esta manera las facultades del mismo⁴⁰¹.

No parece razonable que el fiduciario pueda ser además beneficiario, ya que estaría afectada la transparencia de su gestión y surgiría un interés propio incompatible con la tarea que debe desarrollar⁴⁰².

³⁹⁹ GÓMEZ DE LA LASTRA, MANUEL C.: *El Estado fiduciante* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-E, pág. 1311.

⁴⁰⁰ LISOPRAWSKI, SILVIO: *Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 1092.

⁴⁰¹ GÓMEZ DE LA LASTRA, MANUEL C.: *El Estado fiduciante* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-E, pág. 1311

⁴⁰² DE HOZ, MARCELO: *Aspectos contractuales e impositivos del fideicomiso inmobiliario* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, 11 de septiembre de 2009, pág. 2

Enfatizamos, que para una mayor transparencia y mejor gestión, el fiduciario deberá ser un ente distinto al fideicomitente, así como profundizar en los controles del funcionamiento del fideicomiso público. El Estado Nacional, el fiduciario y el Consejo de Administración, si correspondiere, no deben confundirse⁴⁰³; porque éste es un modo de asegurar transparencia en la gestión fiduciaria.

“El **dominio fiduciario** es el derecho que surge en virtud de la concertación del acto constitutivo que origina un fideicomiso, otorgando al fiduciario las facultades de ejercer plenos poderes de administración y disposición sobre los bienes constituidos en fideicomiso”, conforme las instrucciones y las limitaciones establecidas en la Ley No. 189-11 y en el acto constitutivo que dio origen dicho fideicomiso.

c) Los beneficiarios

Puede ser el Estado, los inversores privados y otros destinatarios que el Estado determine en función del interés público que se desea satisfacer. Los beneficiarios deben ser descriptos de manera clara y transparente en todos los casos⁴⁰⁴, porque son los acreedores de los beneficios del patrimonio especial y pueden exigir, eventualmente, sus derechos dentro de los límites establecidos en el fideicomiso.

Recordemos que hemos indicado que en algunas legislaciones se diferencia un cuarto sujeto: el fideicomisario, que será en definitiva quien reciba para sí los bienes en última instancia una vez concluido el fideicomiso, es decir, una suerte de beneficiario final. En el *trust* se denomina “*beneficiario de capital*”⁴⁰⁵.

⁴⁰³ SCOCCO, MÓNICA: *Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-D, pág. 1417-1425

⁴⁰⁴ DE ARESPACOHAGA, JOAQUÍN (2000): *El «trust», la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, Madrid, pág. 109

⁴⁰⁵ DE ARESPACOHAGA, JOAQUÍN (2000): *El «trust», la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, Madrid, pág. 63

El fideicomisario, el destinatario o beneficiario final de los bienes; una vez cumplido el plazo resolutorio, será el Estado⁴⁰⁶. En caso de no preverse beneficiario final o fideicomisario en el fideicomiso público, debería indicarse para los fideicomisos integrados total o parcialmente con bienes y/o fondos del Estado que el fideicomisario sea siempre el Estado.

B) Elementos reales

En esta sección trataremos sobre la transmisión del bien o derecho que realiza el Estado a través de la figura.

Los bienes fideicomitidos del fideicomiso público pueden ser bienes de dominio público o bienes de dominio privado del Estado, sean estos bienes corporales, incorporales, inmuebles, muebles, derechos reales, valores mobiliarios, dinero en efectivo, derechos derivados de la recaudación tributaria por medio de los impuestos, acciones, títulos de deuda, etc., los cuales son propios del Estado y destinado al uso público.

Es preciso aclarar que cuando se entiende por dominio público como el conjunto de bienes y derechos de titularidad pública destinados al uso público, o a un servicio público o aquellos a los que la ley los clasifique como propiedades de dominio público y aquellos inmuebles destinados al uso público por las leyes y disposiciones administrativas y cuyo uso privativo requieren de un Permiso Administrativo otorgado por cualquier dependencia de la administración pública. Mediante la utilización del servicio público al que el bien está afectado, hacemos uso del dominio público.

El Código Civil de la República Dominicana contiene una serie de disposiciones relativas al dominio público, en sus artículos 538 al 541.

⁴⁰⁶ SCOCCO, MÓNICA: *Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano en Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-D, pág. 1417-1425

Igual como ocurre en el fideicomiso privado, a través del traspaso de los bienes realizados por el fideicomitente al fideicomiso, el fiduciario asume la propiedad fiduciaria con respecto a los mismos. Es una forma especial de propiedad, muy diferente al criterio civil tradicional. El fiduciario goza de una condición de propietario limitado, en razón de que no puede disponer libremente de los bienes, sino bajo los términos que establezca el contrato que le da origen.

Estos bienes adquiridos en propiedad fiduciaria tienen especiales características:

- **Patrimonio autónomo:** El patrimonio fideicometido, se convierte en patrimonio autónomo, quedando separado del que tiene el fiduciario, el fideicomisario y el propio fideicomitente. De tal suerte, que el patrimonio fideicometido, deviene en inembargable, por hechos atribuidos a las partes del contrato de fideicomiso. Este patrimonio, aunque de manera registral o contractual figure como entregado al fiduciario, es verdaderamente propiedad del fideicomiso mismo, considerado éste como entidad patrimonial autónoma. Desde el punto de vista del Derecho Civil de Personas, el fideicomiso no goza de personalidad jurídica, pero desde el punto de vista económico, es una entidad dueña de un haber patrimonial propio.

- **Patrimonio de afectación:** El patrimonio del fideicomiso, queda afecto al cumplimiento de un fin o fines específicos. Será administrado por el fiduciario, siguiendo las instrucciones detalladas en su constitución. Se requiere satisfacer una necesidad pública, clara y definida, para que el Estado aporte bienes de su pertenencia al fideicomiso público. El fiduciario se convierte en el encargado de hacerlos cumplir.

Es importante destacar la necesidad de revisar la normativa aplicable, en razón de que deberá revisarse si los bienes públicos a transferir tenga la característica de bienes de dominio público intransferible, ya que se considera intransmisible el derecho de propiedad

del Estado sobre bienes del dominio público natural, su transmisión requiere la aprobación previa de la Administración Pública⁴⁰⁷.

Recordemos que los bienes públicos son indisponibles, inalienables, inembargables e imprescriptibles y generalmente están sometidos a regímenes especiales, representando un régimen jurídico diferente al del derecho de propiedad privada. Es por esto que los sujetos de Derecho Privado no pueden tener titularidad de bienes de dominio público, por lo que será necesario realizar su desafectación ya que no pueden enajenarse, gravarse ni permutarse sin autorización suficiente. Lo que queremos decir es que para que los bienes públicos puedan ser objeto de un fideicomiso público, éstos deberán perder dicha calidad, es decir, ser desafectados del dominio público y sustraído al uso público al que estaban destinados⁴⁰⁸. Es necesario que los bienes públicos sean excluidos de su régimen natural respetando los procedimientos legales.

El artículo 107, de la Ley No. ,108-05, de Registro Inmobiliario de la República Dominicana establece que la *“desafectación del dominio público se puede realizar exclusivamente por ley y tiene como objeto declarar el inmueble como dominio privado del Estado y ponerlo dentro del comercio”*.

Existe una clara diferencia entre el régimen de bienes privados del Estado y el régimen de derecho privado aplicable a particulares. Se requiere una ley que autorice al órgano administrativo la potestad para disponer de los bienes.

No cabe duda que los bienes de dominio privado del Estado se pueden transmitir fiduciariamente⁴⁰⁹, en vista que el dominio fiduciario es imperfecto ya que no goza de los elementos característicos del dominio pleno y perfecto, es decir, perpetuidad, carácter absoluto y exclusivo en cuyos términos se transfieren los bienes del Estado ya sean de

⁴⁰⁷ CASSAGNE, JUAN CARLOS: *La transmisión de derechos personales y reales en el derecho administrativo. Relaciones con el Código Civil* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1984-B, pág. 741.

⁴⁰⁸ GUIRIDLIAN LAROSA, JAVIER D.: *El fideicomiso público como técnica de financiación contractual administrativa.*, en Revista El Derecho, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003, pág. 549.

⁴⁰⁹ KIPER, CLAUDIO M., Y LISOPRAWSKI, SILVIO V. (2004): *Tratado de fideicomiso*. Editorial Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, pág. 546.

dominio público debidamente desafectados o de dominio privado. Este dominio dura un plazo determinado; no es absoluto, porque las facultades del fiduciario están expresamente indicadas en el fideicomiso y, por último, si bien es exclusivo, es de carácter transitorio⁴¹⁰.

Por lo que entendemos que no existe una desvinculación de los bienes del estado cuando son asignados a un fideicomiso, ya que se pretende que a su término, se incorpore de nuevo al patrimonio del Estado. Ya hemos indicado que el patrimonio fiduciario tiene un único titular o propietario mientras exista el fideicomiso: el fiduciario⁴¹¹ y éste ejerce el dominio fiduciario, que es un dominio imperfecto, como ya expresamos, porque está sometido a un plazo o una condición. El fiduciario no tiene el dominio pleno, porque sólo podrá efectuar con el bien lo que disponga específicamente el fideicomiso.

También el patrimonio puede estar compuesto con bienes del estado y con aportes privado, formando una alianza público-privado; la cual es contemplada en nuestra legislación, las cuales han presentado grandes ventajas para la construcción de viviendas de interés social.

Generalmente estos bienes transmitidos deberán regirse por las leyes de presupuestos y administración financiera, salvo que la ley que crea el fideicomiso establezca disposiciones especiales. Resulta importante definir el régimen jurídico de estos bienes y la forma en que se realizará su traspaso, así como la capacidad y competencia de quien transmite para la conformación del patrimonio.

Recomendamos que la Administración debe realizar rigurosos controles sobre la dinámica de estos bienes que se entregan para formar el patrimonio fiduciario. La fiscalización estatal de esos bienes y su aplicación al fin perseguido resulta en estos casos esencial para la verdadera utilidad del instrumento fiduciario.

⁴¹⁰ ESTÉVEZ CAMBRA, SEBASTIÁN: *El fideicomiso. Una modalidad, el inmobiliario en Revista Anales de legislación argentina*, Boletín informativo, Año 2007, Número 6, Tomo LXVII-B, pág. II.

⁴¹¹ GOTLIEB, VERÓNICA; VEZZONI, MALVINA, Y COPPOLETTA, SEBASTIÁN C.: *El acreedor laboral frente al fideicomiso. en Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-F, pág. 917 y ss.

C) El fin perseguido

Los fideicomisos públicos tendrán como finalidad la satisfacción del interés público, a través de ello el Estado lo utilizará para alcanzar sus políticas públicas o proveerse de los medios suficientes para alcanzarlas. En general el fideicomiso público tendrá como finalidad el fomento económico y social y la satisfacción de las necesidades generales, cuya finalidad deberá ser lícito.

Se constituye el fideicomiso público cuando ciertas necesidades sociales, estructurales o económicas necesitan un tipo de solución o apoyo urgente y temporal, conforme el condicionante político de cada momento⁴¹², y surge con estas características:

- 1) Realización de actividades temporales de naturaleza concreta, fáciles de identificar y de aislar de cualquier otro tipo de relación administrativa;
- 2) Necesidad de concentrar e independizar los bienes que la Administración Pública debe disponer y afectar a la realización del cometido temporal;
- 3) Constitución de un patrimonio separado para la fácil consideración en un presupuesto de egresos o ingresos y por ello, en general, se trata principalmente de fideicomisos de financiamiento;
- 4) La responsabilidad del cumplimiento del fin público es exclusivamente del fiduciario designado y no de la Administración⁴¹³.

El fideicomiso público puede perseguir más de un fin:

⁴¹² MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN: *La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos 50 años* en Revista de Administración Pública, RAP, número 150, septiembre-diciembre 1999, pág. 248.

⁴¹³ LISOPRAWSKI, SILVIO: *Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 1092

- a) De garantía: asegura con la propiedad o su producido el cumplimiento de una obligación del fiduciario;
- b) De administración: el fiduciario debe administrar la propiedad transmitida para su guarda, conservación o cobro de rentas y posterior entrega del producido al beneficiario.
- c) De inversión: tiene la obligación de destinar los bienes a un fin predeterminado y la renta al beneficiario.
- d) De Traslación: cuando debe transmitir la titularidad de los bienes al fideicomisario.
- e) Otros cuya finalidad sea, por ejemplo, el desarrollo económico.

El estado en su interés de realizar actividades de interés social para mejorar las ventajas competitivas de una sociedad, así como su progreso, se apoya en figuras tan eficientes como el fideicomiso público. Muchas áreas, asumidas por la administración pública como propias, pueden ser gestionadas a través de fideicomisos públicos como herramienta estructural.

En la legislación dominicana, Ley No. 189-11, sobre Desarrollo del Mercado Hipotecario y Fideicomiso, no describe el fideicomiso público, sin embargo el Reglamento 95-12, sólo lo define. Algunos autores consideran que es suficiente que el Estado, como fideicomitente, suscriba el contrato de fideicomiso de Derecho Privado sujeto a la Ley 189-11 y que el objeto o finalidad de este fideicomiso sea de "utilidad pública". En vista de que este tipo de fideicomiso no afecta garantías constitucionales; nada impide, a nuestro criterio, la creación de un fideicomiso con finalidad pública en la República Dominicana a pesar de que la figura no esté específicamente contemplada en la legislación.

3. NATURALEZA JURÍDICA

Podríamos decir que los fideicomisos públicos tienen características *sui generis* con relación a los fideicomisos privados. Su carácter público va a estar determinado por la participación del Estado. Según algunos autores se denominan fideicomisos públicos porque participa el Estado no en función del fin buscado por estos fideicomisos⁴¹⁴, sino por su rol de fideicomitente, como parte de los elementos personales. Sin embargo pensamos que las dos condiciones son válidas y necesarias, la participación del Estado como fideicomitente y el cumplimiento del fin para lo que fue creado el fideicomiso, la satisfacción del interés público.

El Derecho Privado y el Derecho Público son dos sistemas separados y excluyentes, con competencias y aplicaciones legales específicas, pero las diferentes realidades en el ejercicio del Derecho, permite que el Derecho Privado sea utilizado para completar las de Derecho Público y viceversa, con el único objetivo de alcanzar un fin determinado.

Esta realidad permite al Estado beneficiarse tanto del Derecho Privado como del Derecho Público. Brindando, el primero, grandes aportes al segundo, convirtiéndose en algunos casos como una normativa supletoria al ejercicio del Derecho Público. La utilización del Derecho Privado se realiza en el caso donde se requiere desarrollar actuaciones privadas, fundamentadas en las ideas de autonomía, igualdad y protección de los intereses individuales. El Derecho Público se utiliza para el desarrollo de su función administrativa, fundamentadas en normas y principios que tienen su razón de ser en la posición dominante del Estado, cuyo fin son los intereses públicos, los cuales debe tutelar y promover.

En el caso que nos ocupa, el fideicomiso público y el fideicomiso privado tienen elementos comunes, tales como la existencia de una relación fiduciaria, la afectación de bienes a una finalidad y la separación patrimonial⁴¹⁵, el elemento diferenciador es la vinculación con la

⁴¹⁴ LENARDON, FERNANDO ROBERTO (2008): *Fideicomiso gubernamental*. Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, pág. 63.

⁴¹⁵ LISOPRAWSKI, SILVIO: *Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 1092

cosa pública, de tal forma que el fideicomiso público es una figura que busca equilibrar el rigorismo administrativo y la flexibilidad comercial, donde el Derecho Público y el Derecho Privado se armonizan en bienestar de la sociedad.

Las características distintivas del fideicomiso público pueden resumirse de la siguiente manera⁴¹⁶:

- a) La constitución de un fideicomiso público tiene origen en el Derecho Administrativo⁴¹⁷, ya que requiere la intervención del Estado, así como su modificación y extinción, sin perjuicio de la aplicación supletoria del Derecho Privado, en todo lo que no se oponga a aquél, dado que sustancialmente se trata de una gestión de Derecho Privado de la Administración⁴¹⁸.
- b) En su constitución interviene la Administración, no actúa como autoridad sino más bien como parte interviniente para lograr un fin.
- c) El patrimonio se conformará con bienes del Estado, para un fin de interés público.
- d) Puede tomar contenidos del Derecho privado, pero sus características y necesidades deben estar afines a la Administración, guiado siempre a satisfacer el interés público

De tal suerte que el fideicomiso público crea una unidad jurídico-económica, la cual está formada, total o parcialmente con bienes del Estado o fondos públicos orientados a la prestación de servicios de interés público, cuya organización y funcionamiento se

⁴¹⁶ GÓMEZ DE LA LASTRA, MANUEL C.: *El Estado fiduciante* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-E, pág. 1311

⁴¹⁷ PRAVATO, LUIS E.: *Algunas consideraciones sobre el fideicomiso público y el derecho administrativo rionegrino*. Revista de Administración Pública, RAP, Buenos Aires, Volumen 376, Sección Legislación Anotada, pág. 79.

⁴¹⁸ KIPER, CLAUDIO M., Y LISOPRAWski, SILVIO V. (2004): *Tratado de fideicomiso*. Editorial Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, pág. 537.

encomienda a una institución fiduciaria, con sujeción al control y vigilancia de la Administración Pública., a través de un contrato celebrado entre la Administración Pública y un fiduciario, regido por el Derecho Público.

Posee un procedimiento jurídico *sui generis* que se inicia en el acto jurídico que da viabilidad al fideicomiso (ley o decreto) y continúa con la suscripción del contrato que se sujetará estrictamente a lo que determine ese acto jurídico antecedente. Donde el interés público se incorpora a la causa. La normativa jurídica aplicable al fideicomiso público, lo aleja de la naturaleza jurídica de los contratos privados y lo acerca de alguna manera al contrato administrativo⁴¹⁹.

Existe mucha confusión sobre la naturaleza jurídica de los fideicomisos públicos. La ley No. 189-11 sobre Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana lo establece en el marco del Derecho Privado y no existe en este país legislación sobre fideicomiso público, por lo que se utiliza la mencionada ley para la constitución de fideicomisos en el ámbito estatal.

Igual sucede en la República Argentina, la cual tiene la ley de fideicomiso 24.441, una figura del Derecho Privado, fue utilizada con fines públicos, a través de los denominados Fondos Fiduciarios Públicos. El Derecho positivo argentino no contempla un marco jurídico específico que les otorgue a estos fideicomisos, en el ámbito público, la tipificación legal correspondiente, tomando algunas características del fideicomiso y del dominio

⁴¹⁹ Para CASSAGNE, “el contrato administrativo, como categoría jurídica peculiar del Derecho Público, es una creación del Consejo de Estado francés y responde a la idea de que los particulares colaboren con la misión que persigue la administración mediante la institución contractual que, correlativamente, le garantiza al contratista privado la intangibilidad de sus derechos económicos. En el contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el Derecho Privado, la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo”. CASSAGNE, JUAN CARLOS (2005): El contrato administrativo, LexisNexis, Buenos Aires, pág. 21.

fiduciario privados⁴²⁰, siendo un ejemplo de esta dualidad privada-pública. Es decir, que en ese país existen los fideicomisos públicos de hecho y no de derecho”⁴²¹.

La permanente duda sobre Derecho a aplicar cuando existen puntos de conflicto entre la normativa pública y la privada, sólo lleva a la merma de la seguridad jurídica⁴²² y a la incertidumbre de los terceros relacionados con el ente o el instrumento jurídico utilizado por la Administración; sin dejar de mencionar que se favorece la creación de espacios para las malas prácticas o la corrupción administrativa, cuando uno de los principios rectores del orden público resulta ser la seguridad jurídica.

Todas las ejecuciones realizadas por el Estado deben gozar de seguridad, y tomando en cuenta que la aplicación conjunta de lo público y lo privado crea incertidumbre, nos proponemos analizar los mecanismos de control que deberán mantenerse en los fideicomisos públicos, respetando la transparencia en el manejo de los fondos públicos.

El fideicomiso público nace del derecho Privado, pero su constitución, modificación y extinción serán regidas por el Derecho Administrativo, respetando las formalidades del Derecho Público.

⁴²⁰ LISOPRAWSKI, SILVIO: *Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 1092.

⁴²¹ CATUOGNO, JUAN LUIS, Y, LISOPRAWSKI, SILVIO: *El denominado fideicomiso público existe pero no existe* en Revista Jurídica La Ley, Sección Actualidad, Buenos Aires, Argentina, martes 27 de febrero de 2007, pág. 1.

⁴²² ORTÍZ VAAMONDE, SANTIAGO, (2004): *El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros*. Editorial La Ley, pág. 95

4. JUSTIFICACIÓN SOCIAL Y ECONÓMICO DEL FIDEICOMISO PÚBLICO

El fideicomiso público sirve de apoyo a las ejecuciones del Estado, se cristaliza cuando algunas necesidades sociales o económicas demandan alguna solución o apoyo, de tal forma que brinda sol siguientes beneficios⁴²³:

- Desde la concepción latinoamericana el fideicomiso público viene a cumplir una función social. Mediante esta figura se busca encontrar rápidas y efectivas soluciones a necesidades públicas de gran envergadura, disminuyendo costos y haciendo realidad proyectos que el Estado, sin el fideicomiso como herramienta, no pudiera sostener económicamente ni administrativamente.
- Por la naturaleza propia del fideicomiso, por lo general, se utiliza para la ejecución de actividades temporales, de tal forma que su desarrollo permite aislarse de la relación administrativa.
- Como su constitución se realiza por un contrato, a través de él se establece, específica y delimita la actividad a desarrollar, en el mismo texto de la convención.
- El fideicomiso, como ninguna otra figura, permite concentrar e independizar los bienes o fondos que la administración pública dispone y afecta a la realización de un objeto que será temporal.
- El carácter de patrimonio separado que adquiere la masa de bienes o fondos fideicomitados permite establecer reglas diferentes y específicas. y por lo mismo, su fácil consideración en un presupuesto de egresos o ingresos.

⁴²³ DAVALOS MEJIA, CARLOS (1992): Derechos Bancarios y Contratos de Créditos. Tomo II, 2da. Edición. Editorial Harla, México.

- Los fondos fiduciarios se convierten en presupuesto asegurado por más de un año, para el financiamiento y estabilidad de un programa público, al cual está relacionado el fideicomiso. Aunque reconocemos que los presupuestos plurianuales, aprobados por ley, garantizan presupuesto por un período mayor a un año.
- El sector público, a través del fideicomiso, permite obtener financiamiento para obras de infraestructura y pago de proveedores sin aumentar la presión fiscal; esto ayuda a canalizar los excedentes económicos, de la región en cuestión, generando más riquezas para la zona. Además personas individuales o institucionales pueden invertir en proyectos de alto impacto social, logrando mejoría en la administración de recursos y a la gestión de las obras públicas, permitiendo complementar los proyectos del sector público con la participación privada.
- Tomando en cuenta las características del fideicomiso público, en relación a su par privado, en cuanto a la responsabilidad que tiene el fiduciario sobre el cumplimiento del objetivo que tuvo la administración pública al crearlo, consideramos que debe ser una responsabilidad atenuada o compartida cuando el fiduciario administre y disponga de los bienes o fondos fideicomitados según las instrucciones que aquél le imparta a través ley o acto administrativo de creación del fideicomiso, en aquellos contratos en que el fiduciario actúa prácticamente como mero soporte dominial con facultades acotadas.

5. FIDEICOMISO PÚBLICO BAJO LA LUPA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

A) Diferencias entre el Contrato Administrativo y el Fideicomiso Público

El Contrato Administrativo es considerado, por algunos autores, como una subcategoría jurídica de los contratos, por lo que, según su criterio, la división entre contratos públicos y contratos privados es incorrecto, ya que no existe una diferencia sustancial, de tal forma que ambos tienen iguales características, bilateral, objeto, causa, consentimiento, etc. Podríamos decir que su diferencia básica está en el plano procesal con diferentes efectos jurisdiccionales;

Los Contratos Administrativos se efectúan entre el Estado y un particular, convirtiéndose en un acuerdo de voluntades en materia administrativa que genera efectos jurídicos. Razón por la cual el órgano del Estado o de la administración que realice el contrato debe haber actuado en ejercicio de su función administrativa y someterse enteramente al Derecho Público, en busca de un fin público, a los fines de obtener la mayor eficiencia; así como también deberá tener la suficiente capacidad jurídica para poder realizarlo para que los mismos tengan validez. Su inobservancia provoca la nulidad del mismo

Se considera que cualquier contrato celebrado por el Estado es administrativo y sus ventajas dependerán de su mayor o menor cercanía a su aplicación del Derecho Público. Algunas normas del Derecho Privado se aplican a muchos contratos de la Administración, de tal suerte que el Estado actúa como sujeto privado, es decir, existen contratos administrativos y contratos privados de la administración.

Entendemos por Contrato Privado de la Administración, aquellos contratos que persiguen un interés público no relevante y que por ello no requieren especial protección y, en consecuencia, se rigen por las normas de derecho común aplicadas a los contratos entre particulares.⁴²⁴ En ellos el Estado interviene en su calidad de persona de Derecho Privado.

El contrato administrativo tiene elementos distintivos y que justifican su naturaleza jurídica:

⁴²⁴ DE SOLAS RAFECAS, JOSÉ MARÍA (1990): *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*. Editorial Tecnos, Madrid. En igual sentido, PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO: *Fideicomiso público*. En *Revista Actualidad en el Derecho Público*, enero-abril 2000, pág. 146

- a.- Una de sus partes está representada por un órgano del Estado.
- b.- Su objeto es un fin público
- c.- Su contenido se encuentra en un contexto de régimen exorbitante, independientemente de que tengan o no cláusulas exorbitante.
- d.- No existe igualdad jurídica entre las partes, la Administración goza de supremacía
- e.- Inexistencia de la autonomía de voluntades en virtud de la voluntad normada de la Administración.
- f.- Capacidad de la Administración de modificar o extinguir el contrato por razones de interés público.

El Contrato Administrativo es una institución donde sus normas y principios están regidos por la actividad administrativa y el Derecho Administrativo, por lo que entendemos que es una figura afín al fideicomiso público. Tanto el Contrato Administrativo como el fideicomiso público persiguen el interés público. Unos consideran que el interés público no siempre es la causa del contrato administrativo.

Sin embargo, a diferencia del Contrato Administrativo, el fideicomitente (la administración) del fideicomiso público no podrá modificar, suspender o rescindir el contrato, sólo se permite en excepciones particulares debidamente justificadas.

No podemos desconocer que a veces el Estado se ha visto perjudicado a través de los Contratos Administrativos, por fraude o dolo en su aplicación, en razón de que existe un amplio margen de discrecionalidad administrativa por lo que se hace necesario la adopción de regulaciones alternativas a los fines de favorecer el desarrollo de los contratos públicos y las prácticas más eficientes de la gestión pública de los encargos⁴²⁵. La figura del fideicomiso público en un contexto como el descrito otorga transparencia, control, mayores posibilidades de expansión y permite una flexibilidad operativa interesante.

⁴²⁵ RIVERO ORTEGA, RICARDO: *¿Es necesaria una revisión del Régimen de los Contratos Administrativos en España?*, en Revista Española de Derecho Administrativo –REDA-, número 120, pág. 571.

Es importante resaltar que en el contrato administrativo, el Estado puede aportar bienes, materiales o no, para su ejecución, sin embargo en un fideicomiso público esos aportes constituyen un patrimonio separado.

Por último, luego de lo apuntado en la comparación, la gran diferencia entre el fideicomiso público y el contrato administrativo es que el fideicomiso público puede, a diferencia del contrato público, implementar un programa plurianual estratégico y estructuras de inversión y desarrollo tanto de infraestructura como de fomento y crear un patrimonio de afectación a un fin público determinado de ágil control.

B) Manifestación de la Potestad Organizatoria

La Administración Pública está sujeta en su actuación a los principios de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado.⁴²⁶ No tiene capacidad jurídica en el ámbito de lo privado, por lo que su finalidad está claramente definida como organizador y regulador del Poder Público, de sus órganos, sus funciones y competencias.

Para ello goza de potestades administrativas, las cuales se definen como poderes que la Ley confiere directamente a las Administraciones Públicas y que las facultan para realizar fines de interés general o público. Estos poderes que les son otorgados las sitúan en una posición de supremacía y de prerrogativa, que además, las faculta para constituir, modificar o extinguir situaciones jurídicas y de que son titulares activos los administrados; imponiéndoles obligaciones y situaciones jurídicas, de forma unilateral e incluso sin contar con su voluntad o consentimiento aunque sujeto al ordenamiento jurídico y ejecutivo.

La Potestad Organizatoria es un componente inherente a cualquier organización y se traduce como el conjunto de facultades que cada Administración tiene para decidir cuál sería el esquema de organización, más idóneo, para lograr el cumplimiento del fin

⁴²⁶ Constitución de la República Dominicana. Art. 138, Promulgada en el 2010.

perseguido, asignados, convenidos o asumidos, según la respectiva forma jurídica asumida, de la mejor forma posible.

Esto se traduce en la necesidad que tiene la administración de tener instrumentos, verdaderamente beneficiosos, para que la misma pueda operar como una verdadera organización. Para lograrlo deberá delimitar su régimen de funcionamiento, identificar las atribuciones y capacidades que les corresponden, diseñar una estructura orgánica, y reconocer los medios y recursos con que cuenta para poder cumplir su objetivo preestablecido. De tal suerte que la Administración pueda actuar entre distintos regímenes jurídicos para aplicarlos en la interrelación entre el Estado y los ciudadanos; logrando de ésta forma una gestión exitosa. Esto ayudará a que la Administración pueda tener políticas públicas más eficaz y eficiente.

Sin lugar a dudas que la Administración Pública deberá tener diferentes respuestas frente a una sociedad que se encuentra en constante transformación, inmersa en crisis financiera, con nuevos sectores de la economía y un notable desarrollo económico y social, lo cual la obliga a realizar una revisión de las normativas de la organización público-administrativa, las cuales están centradas en un modelo de Estado ya superado.

A estos fines, le corresponde a la Administración crear nuevos instrumentos, con lo cual le permitirá servirse de organismos colaboradores y auxiliares para la consecución de sus fines⁴²⁷. Es por esto que el concepto de los entes de la administración ha evolucionado, requiriéndose, a veces, apoyarse de fórmulas privadas, donde se acomoda la gestión de un servicio público a las prácticas del mercado, con un ejercicio menos riguroso pero con la suficiente cautela requerida para manejar la cosa pública; con el firme propósito de ser un servidor público, que colabora con el fin del Estado, cumpliendo y haciendo cumplir las normas jurídicas.

⁴²⁷ ALBALADEJO, MANUEL (2004): *Derecho Civil*. Tomo I, Decimosexta Edición, Edisofer S.L., Madrid, pág. 379.

Reconocemos que el régimen público se torna, a veces, demasiado rígido y difícil de aplicar por las Administraciones. Los nuevos tiempos requieren mayor libertad de acción, mayor flexibilidad, más acercamiento a lo privado, la necesidad de satisfacer nuevas y exigentes necesidades de los ciudadanos, etc.,

Es por esto que a la Potestad Organizatoria, que es consecuencia necesaria de la autonomía, se le debe conceder un margen de discrecionalidad con límites claros de la estructura a diseñar⁴²⁸, para que pueda elegir entre varias alternativas⁴²⁹, incluidos los instrumentos originados en el ámbito del Derecho Privado como las sociedades comerciales o los fideicomisos, teniendo, éste último, una aplicación más flexible de la legislación administrativa.

La figura del fideicomiso público responde a los nuevos tiempos y su utilización será facultad de la Potestad Organizatoria del Estado. Se requiere de la mejora de la figura, con la inclusión de garantías regulatorias del Derecho Administrativo que garanticen la naturaleza verdaderamente “instrumental” de estos entes⁴³⁰ o mecanismos organizativos, respetando las normas y principios del Derecho Público, tales como, control, transparencia, entre otros.

Utilizar el Fideicomiso Público como Manifestación de la Potestad Organizatoria, requiere identificar el status de constitución de la Administración y el régimen de la potestad organizativa. Así como identificar la personalidad, capacidad y actividad de la Administración Pública, en especial determinar los límites constitucionales a esa potestad de organización y, si existiese, la reserva constitucional de Derecho Administrativo o no.

⁴²⁸ RIVERO ORTEGA, RICARDO, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, *“Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros”*.

⁴²⁹ GARRIDO FALLA, FERNANDO (1960): *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pág. 344

⁴³⁰ RIVERO ORTEGA, RICARDO, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, *“Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros”*.

Deberá tomarse en cuenta la normativa y régimen jurídico del fideicomiso, en razón de que la confusión en su ejecución provocaría una multiplicación de entes instrumentales con distintos regímenes jurídicos que podría degenerar en una “Administración invertebrada”⁴³¹, que podría atentar contra la necesaria unidad⁴³² de la Administración, por la incertidumbre de la norma aplicable no sólo al sujeto, sino a las distintas situaciones que se presentan en la realidad práctica, con el riesgo de convertirse en un instrumento de corrupción. Definitivamente que un exceso de ramificación organizativa es criticable desde el punto de vista del control y de los principios constitucionales⁴³³.

La realidad jurídica está dividida en Derecho Público, que asume al Estado cuyo ejercicio es en pos del interés general, y en Derecho Privado, que asume las relaciones entre particulares, cuya clasificación ha servido de poco en la relación operativa fraternal de los entes. En los tiempos actuales, se hace necesario que el Derecho Administrativo asuma una actitud integradora, donde la propuesta sea el equilibrio entre ambos derechos respetando el fin y los intereses involucrados en cada uno de ellos.

De asumir esta apertura, la Administración deberá mantener y mejorar los niveles de control, transparencia, fiscalización, eficientización, en busca de satisfacer el interés público. El empleo de fórmulas privadas de organización no habilita a la Administración a derogar los procedimientos selectivos o vulnerar los principios inspiradores de las normas públicas⁴³⁴.

La estructura de la organización del Estado representa una útil herramienta, la cual deberá ser efectiva, lógica, simplificada; además deberá coordinar las actividades de los diferentes niveles o jerarquías para que puedan tener una operativa homogenizada, con objetivos

⁴³¹ PIÑAR MAÑAS, JOSÉ LUIS: *Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones en Revista Española de Derecho Administrativo*, REDA, número 97, enero-marzo 1998, pág. 47.

⁴³² RIVERO ORTEGA, RICARDO (1998): *Administraciones Públicas y Derecho privado*. Marcial Pons, Madrid, pág. 57.

⁴³³ RIVERO ORTEGA, RICARDO, Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008, “*Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros*”.

⁴³⁴ RIVERO ORTEGA, RICARDO: *¿Es necesaria una revisión del Régimen de los Contratos Administrativos en España?*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, REDA, número 120, pág. 575.

claros y que sus resultados puedan ser medibles, evaluables y con los mecanismos de control necesarios. Es por eso que la Administración se apoya en instrumentos que se adecuen a sus objetivos y poder cumplir con las políticas públicas propuestas.

En este marco el fideicomiso público es un instrumento conveniente, útil, versátil, con una gran flexibilidad donde se distingue claramente la gestión y sus resultados; el cual goza de una pluralidad de usos.

Quizás el esquema del patrimonio autónomo fiduciario sea un modelo apropiado para diseñar la inclusión en el ámbito público de la figura privada del fideicomiso, ya que está basado en un derecho de raíz romana conocido, difundido y de fácil comprensión.

El esquema organizativo del fideicomiso público ha demostrado una mayor agilidad y una mayor informalidad administrativa que han resultado útiles en distintas circunstancias⁴³⁵. A través de ésta herramienta, el Estado, tratará de garantizar y proteger el ejercicio de los derechos constitucionales en equilibrio con las exigencias de la economía general y de la planificación en particular⁴³⁶.

C) Aspectos jurídicos

Se hace necesario y conveniente incluir los entes instrumentales y en particular medios especiales y complejos como el fideicomiso público en el diseño de la organización administrativa. Los beneficios que ofrece la figura del fideicomiso público, requieren que la Administración Pública goce de una ley específica donde se establezcan sus lineamientos, en el caso particular de la República Dominicana, será una cuestión específica de política legislativa.

⁴³⁵ JUNYENT BAS, FRANCISCO, Y, MOLINA SANDOVAL, CARLOS A.: *Bases para una reforma del régimen del fideicomiso a propósito de la necesidad de su inscripción* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 782-790

⁴³⁶ DÍEZ-PICAZO, LUIS (1993): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen Primero, Cuarta Edición, Editorial Civitas, Madrid, pág. 46.

De acuerdo a las legislaciones del mundo, el fideicomiso público tendrá dos características esenciales:

1.- Indispensablemente, para su constitución, deberá intervenir la Administración Pública.⁴³⁷ El Estado es el protagonista imprescindible en la constitución del fideicomiso público y debe establecer sus disposiciones.

2.- El fin está dirigido exclusivamente a la satisfacción de un interés público.

Como hemos dicho, la utilización de esta herramienta estatal requiere de una normativa específica sobre a fideicomisos públicos, sólo a través de ella se podrá unificar los criterios, gozar de una estructura estándar, un régimen legal que establezca sus líneas fundamentales. Esto ayudará a que la figura no sufra deformaciones en su paso de aplicación en el Derecho Privado a su implementación en el marco del Derecho Público

Los puntos estatuarios que se deberá tener en cuenta para una Ley de Fideicomiso Público, son los siguientes:

1.- La constitución de un fideicomiso público deberá ser determinado por ley.

- Esto así porque el papel fundamental que tiene la ley es su fuente de obligaciones en el Derecho Administrativo⁴³⁸, que afirma el principio de eficiencia e imparcialidad que preside la acción administrativa⁴³⁹.
- ⊖ Por ser el Estado el que interviene es necesario además un acto administrativo para su constitución y más concretamente una ley de creación⁴⁴⁰. Pueden nacer de una creación normativa que puede ser seguida o no de un contrato de fideicomiso⁴⁴¹.

⁴³⁷ CASTRO, ROSANA: *El fideicomiso público: régimen federal*, en Revista de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Número 71, enero/marzo 2010, pág. 60

⁴³⁸ GARRIDO FALLA, FERNANDO (1960): *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pág. 6

⁴³⁹ RIVERO YSERN, ENRIQUE: *Derecho público y derecho privado en la organización y actividad de las empresas públicas*, en Revista de Administración Pública, RAP, número 86, mayo-ago. 1978, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pág. 46.

- Asimismo se debe autorizar legislativamente en forma previa al órgano pertinente para celebrar el fideicomiso⁴⁴² y generar las relaciones obligacionales con el fiduciario y éste para con los beneficiarios y el propio fiduciante.
- Esa legislación debe fortalecer las políticas de coordinación sectorial de la Administración Pública, como así distinguir con claridad los elementos suficientes para conocer el grado de eficacia, eficiencia y productividad que puede alcanzar cada fideicomiso.

2.- Se requiere establecer objetivamente los casos en que es posible la constitución del fideicomiso público y su objeto.

- Debe tener carácter de especialidad, se evitará duplicidad de funciones y su objeto será la ejecución de políticas públicas. Además deben ajustarse a los principios de razonabilidad y eficiencia en torno al cumplimiento del interés público comprometido y el resultado esperado⁴⁴³ explicando el porqué de la elección de este instrumento⁴⁴⁴.
- Su objeto será a fin a la dirección que tenga el Estado, quien cualitativa y cuantitativamente establece el accionar de los poderes del Estado.⁴⁴⁵
- Lógicamente que su constitución estará determinada por la orientación que se le dé a las funciones del Estado que dan razón cualitativa y cuantitativa a las actuaciones de los poderes públicos estatales.

⁴⁴⁰ NEIROTTI, JULIÁN E.: *Algunas consideraciones sobre el fideicomiso en el sector público en Zeus*, Colección jurisprudencial, Tomo 98 (Mayo-Agosto 2005), Rosario, Argentina, pág. 147.

⁴⁴¹ CASTRO, ROSANA: *El fideicomiso público: régimen federal*, en Revista de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Número 71, enero/marzo 2010, pág. 63.

⁴⁴² MAURY DE GONZÁLEZ, BEATRIZ (2004): *Tratado teórico práctico de fideicomiso*. Editorial Ad-hoc S.R.L, Buenos Aires, pág. 331.

⁴⁴³ CASTRO, ROSANA: *El fideicomiso público: régimen federal*, en Revista de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Número 71, enero/marzo 2010, pág. 66

⁴⁴⁴ RODRÍGUEZ-ARAMA MUÑOZ, JAIME: *La vuelta al Derecho Administrativo (a vueltas con lo privado o lo público)* en El Derecho, Buenos Aires, Argentina, Volumen 2005 Derecho Administrativo, pág. 541.

⁴⁴⁵ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, JAIME (1991): *La privatización de la Empresa Pública*. Montecorvo, Madrid, pág. 45.

- Todo fideicomiso que haya cumplido su cometido y no se justifique su existencia deberá extinguirse, o se transforme, si es necesario, en organismos descentralizados o cualquier otro tipo que considere la Administración, así como evitar la duplicidad de funciones.

3.- Establecer las condiciones para la modificación del objeto del fideicomiso público

- Se establece, en principio, que el objeto del fideicomiso no se modifica, salvo medidas excepcionales.

4.- Fijar los criterios objetivos de selección del fiduciario y obligaciones a su cargo.

- Establecer el procedimiento de selección, en el marco de una licitación o concurso público, remarcando la necesaria y probada capacidad técnica del futuro fiduciario⁴⁴⁶, respetando los principios de mérito y capacidad, publicidad y concurrencia. El fiduciario recibirá una remuneración por sus servicios.
- La ley deberá establecer las condiciones en que el fiduciario puede ser removido de su encargo; podrá también nombrarse un sustituto en el acto constitutivo.
- Si se constituye un Comité o Consejo de Administración para asistencia del fiduciario, se deben determinar claramente sus funciones a los fines de que no limite las funciones del fiduciario y éste pueda conocer los límites de actuación del Comité o Consejo.

5.- Definir las pautas que establecerán los beneficiarios del fideicomiso público

- Podría llevarse un registro de los beneficiarios y/o bienes adquiridos por cada uno.⁴⁴⁷

⁴⁴⁶ CASTRO, ROSANA: *El fideicomiso público: régimen federal*, en Revista de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Número 71, enero/marzo 2010, pág. 66

⁴⁴⁷ MAURY DE GONZÁLEZ, BEATRIZ (2004): *Tratado teórico práctico de fideicomiso*. Editorial Ad-hoc S.R.L., Buenos Aires, pág. 353

6.- Establecer las bases de diferenciación de las partes del fideicomiso público a fin de evitar un posible conflicto de intereses. .

- En los fideicomisos públicos el carácter de fiduciario puede recaer en una persona jurídica pública en una contratación directa, lógicamente que entendemos que deberá ser distinta del fiduciante, por lo que deberá existir un contrato interadministrativo entre ambos entes.⁴⁴⁸

7.- Determinar la forma de integración del patrimonio fideicomitado.

- La integración del patrimonio puede ser por diferentes formas: (1) el presupuesto anual que autoriza el gasto para su constitución; (2) fondos a través de pluralidad de fideicomitentes; (3) integración paulatina del patrimonio: aportes públicos y/o privados, etc.
- El fiduciante solo transmitirá el dominio fiduciario, deberá contar con los recursos que requiere el fideicomiso público, así como para cubrir con los gastos que se incurra.
- El fiduciario deberá tener autorización y potestad para ejecutar las acciones necesarias a los fines de preservar los bienes fideicomitados, salvo que se limite alguna de ellas en el acto constitutivo.
- El patrimonio fideicomitado tendrá carácter de autonomía y su titularidad le corresponde al fiduciario.

8.- Establecer las causales de extinción del fideicomiso público.

- Estas causas pueden ser: insuficiencia de patrimonio fiduciario, cumplimiento de su objeto, finalización de plazo o si se producen algunas de las condiciones de extinción establecida en la ley, la voluntad de finalización por las partes,

⁴⁴⁸ CASTRO, ROSANA: *El fideicomiso público: régimen federal*, en Revista de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Número 71, enero/marzo 2010, pág. 70

- A su término, los bienes deberán entregarse al beneficiario final o a quien disponga la ley que lo creó.

9.- Fijar los mecanismos de liquidación del patrimonio fideicomitado y el destino de los bienes residuales.

- Después de la liquidación del patrimonio, el fiduciario presentará la rendición de cuentas

10.- Establecer la obligación de que la gestión del fiduciario presente informes periódicos.

11.- Diseñar las herramientas de control, tanto periódicos como permanente

12.- Estructurar los sistemas de información.

13.- Establecer los mecanismos de autorización previa para que los fondos disponibles puedan utilizarse a objetivos no contemplados en su creación.

Esta lista no es limitativa, representa un esquema estatutario, que busca orientar sobre la utilización y constitución de la figura del fideicomiso

Reconocemos que homogenizar la normativa, para que la misma pueda ser aplicable a la diversidad de entes es una tarea difícil, se sugiere trabajar con un esquema legal que satisfaga la mayor cantidad de inquietudes, disminuyendo la mayor cantidad de dudas posibles, tratando de mantener la debida seguridad jurídica y correcta interpretación, a pesar de las dosis de amplitud que se pretende.

D) Cumplimiento de normas de procedimiento

Administrativo

La gran tarea de las normas administrativas es minimizar las irregularidades de los administradores y funcionarios, a estos fines se endurecen los procesos y controles para limitar la posibilidad de alterarlos.

Por lo que todo ente sujeto de Derecho Público deberá estar por normas, procedimientos, autorizaciones y medios, los cuales le brindarán la validez y legalidad a sus actos, por lo cual no se rigen por la autonomía de la voluntad.⁴⁴⁹

El Derecho Administrativo será el garante de todos los intereses generales de la actividad administrativa, para lo cual deberá estar regida por una sucesión de formalidades y controles, a los fines de proteger los legítimos intereses y derechos de los ciudadanos, a través del procedimiento administrativo, así como también busca garantizar el cumplimiento de los principios de eficacia y del buen ejercicio de la administración.

El rol de garante se justifica porque la Administración, a través de las resoluciones que adopte, puede afectar, de una forma u otra; le corresponde respetar los principios de legalidad o juridicidad, impulsión e instrucción de oficio, verdad material, celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites, formalismo moderado y el cumplimiento de los requisitos esenciales y sustanciales previstos específicamente, más los que resulten implícitos en el ordenamiento jurídico⁴⁵⁰. El Derecho Administrativo es el Derecho estatutario de las Administraciones Públicas.

Fundamentado en la Prohibición de Arbitrariedad de la Administración, como principio general del Derecho Administrativo, la Administración no podrá contratar libremente sino dentro de las leyes administrativas.

⁴⁴⁹ MEILÁN GIL, JOSÉ LUIS: *El acto administrativo como categoría jurídica en* Diario Jurídico El Derecho, Buenos Aires, Argentina, viernes 30 de octubre de 2009, pág. 4

⁴⁵⁰ COMADIRA, JULIO R. (2006): *La licitación pública*. Lexis Nexis, Buenos Aires

Los actos preparatorios son actos administrativos, los cuales deberán estar claramente establecidos los postulados, requisito de validez y de eficacia para que los mismos tengan valor jurídico, los cuales facilitaran el cumplimiento del deber de buena administración.

Se necesita la debida aplicación de las normas para lograr los efectos jurídicos ya que no basta sólo la voluntad administrativa. Por lo que constituye un requisito de forma esencial para la validez del acto administrativo, la expresión de la voluntad de constitución del fideicomiso público, el cual deberá ir acompañada por una razonada motivación y una expresa justificación consignando antecedentes de hecho y de derecho, que correspondan a análisis, estudios, consultas y trabajos previos suficientes. Por lo que la debida aplicación de los actos administrativos justificará la legalidad del mismo, inclusive la del sujeto que tiene la iniciativa de constitución de un fideicomiso público.

Destacamos, además, que la publicidad es esencial a todo efecto y particularmente para que el fideicomiso público valga ante terceros⁴⁵¹. La transparencia en los procedimientos basada en la publicidad y la difusión de las actuaciones se facilita a través de los medios informáticos, como por la participación real y efectiva de la comunidad⁴⁵².

6. FUNCIONAMIENTO Y CONTROLES DE LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS

A) Ventajas y riesgos de la utilización de esta figura

La figura del fideicomiso público es una figura con muchas ventajas:

- A través del encargo, se logra un objetivo específico, con eficiencia y control, mediante estructura establecida, instrucciones específicas, que pueden ser diseñados en cada caso particular.

⁴⁵¹ GOTTlieb, VERÓNICA; VEZZONI, MALVINA, Y COPPOLETTA, SEBASTIÁN C.: *El acreedor laboral frente al fideicomiso*. en *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-F, pág. 917 y ss

⁴⁵² CASTRO, ROSANA: *El fideicomiso público: régimen federal*, en *Revista de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Número 71, enero/marzo 2010, pág. 66

- Una gran ventaja es el patrimonio de afectación que crea el fideicomiso, con una finalidad específica, el cumplimiento del encargo, facilita enormemente la flexibilidad y desburocratización de las herramientas afectadas al logro del bien común así como permite aislar activos adecuadamente.
- La seguridad de la separación patrimonial, la responsabilidad frente a terceros y la rapidez de su constitución, debería el fideicomiso público ser preferido sobre otras estructuras.
- Además su estructura representa un equilibrio entre el rigorismo administrativo y la flexibilidad comercial, garantizan el presupuesto mientras tenga vida el fideicomiso y sobre todo, a través de ella, se respetan las normas de procedimiento público.
- Otra ventaja es que no solo puede ser constituido con fondos público, permite alianzas público privada, permitiendo alternativas de financiamiento, ayudando a garantizar las políticas públicas a las que se compromete la Administración, puede ser utilizados para obras de infraestructura, promoción de sectores de la economía y producción.
- El fideicomiso público ofrece gran ventaja con los recursos asignados, ellos serán imputados a un solo centro, limitando su aplicación al fin establecido en el contrato, garantizando un mayor control y disminuyendo la posibilidad de desviación de los mismos, siempre y cuando exista la voluntad política de fiscalizar.
- Con la aplicación de la figura, ofrece una vía más flexible, simple y carente de complejidades, alejándose del sistema rígido estatal, de la demagogia de los funcionarios, acercándose más a la actividad privada, logrando la fijación de orientaciones claras de desenvolvimiento, así como un diseño de la acción y el control ajustados al fin de cada objeto.

Entre sus riesgos, podemos mencionar:

- El riesgo de la manipulación presupuestaria, por el poco control, la mala contabilización o la no consolidación con el Presupuesto de la Administración.
- La inseguridad jurídica que se produce cuando no se establecen los límites o el debido control interno, a pesar que se ha demostrado que en el Derecho Privado representa una figura eficaz y flexible.
- A pesar de que la figura goza de simplicidad en su esquema para cumplir su finalidad eficientemente, corre el peligro de aplicarse de manera fraudulenta o inadecuada cuando se constituye fideicomisos públicos demasiados abiertos en su objeto y sin límites de gestión preestablecidos.
- Hay que tener mucho cuidado al momento de asumir la constitución de un fideicomiso público frente a otras alternativas, deberá prevalecer el interés de la sociedad. Se requerirá de normas legales claras que garanticen la debida decisión de su creación. Claro está, la decisión va a depender de la voluntad política del momento.
- Existe experiencia en Latinoamérica de que la figura se ha utilizado indiscriminadamente hasta llegar a desnaturalizarse. El crecimiento del número de fideicomisos y el abuso de la figura puede producir malformaciones del modelo original que propone rapidez, eficacia y eficiencia, duplicando estructuras o encubriendo organismos descentralizados o empresas⁴⁵³. Generando nuevas burocracias de alto costo,⁴⁵⁴ situación ésta, que va contra la eficacia y economía del instrumento.

⁴⁵³ GUIRIDLIAN LAROSA, JAVIER D.: *El fideicomiso público como técnica de financiación contractual administrativa.*, en *Revista El Derecho*, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003, pág. 553

⁴⁵⁴ KIPER, CLAUDIO M., Y LISOPRAWSKI, SILVIO V. (2004): *Tratado de fideicomiso*. Editorial Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, pág. 535

B) Necesidad de control específico

El fideicomiso público ha causado importantes transformaciones en el ámbito de la Administración, desbordando los modelos clásicos del Derecho Administrativo. Por lo general envuelve grandes cantidades de dinero, por lo que se requiere mejores controles por parte de los organismos del Estado, a través de la aplicación del debido orden jurídico y una normativa ajustada a las características de los fideicomisos públicos.

Lo cierto es que, dado que los fideicomisos públicos no tienen el mismo régimen de control y vigilancia que tienen las dependencias y entidades públicas, su vigilancia y fiscalización se ha complicado en los distintos países en que son utilizados.

Como toda cosa pública, requiere de fiscalización y regulación de controles. Corresponde entonces defender situaciones donde se pone en juego el interés público o los bienes afectados a su satisfacción. Se requerirá normas de responsabilidad que vayan más allá que las establecidas en el Derecho Privado e incluya los principios de fiscalización del Derecho Público.

Por lo que las regulaciones al control interno y externo, utilizadas por esta figura en el ámbito privado, deberán ser ajustadas a la dimensión estatal, como la potestad de rechazo u observación, que tiene el fiduciante, ante la liquidación o rendición de cuenta que realiza el fiduciario, o las disposiciones contractuales que tendrá el fideicomitente sobre su consentimiento para la ejecución de ciertos actos, en el ámbito público.

El fiduciario que acepta el encargo, recibe todo el patrimonio destinado a su cumplimiento, será el gestor de bienes públicos dirigidos a un fin también público; por lo que la selección del fiduciario no puede estar viciada de corrupción administrativa, el sistema de elección del fiduciario debe ser cuidadosamente diseñado y debe resultar objetivo⁴⁵⁵ y debería establecerse un mecanismo con suficiente transparencia y publicidad, donde se cumpla el procedimiento y observar todas las normas administrativas establecidas para la contratación

⁴⁵⁵ RODRIGUEZ AZUERO, SERGIO (2005): *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*. Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, pág. 531

pública con relación a la calidad del contratante. Además de ello, conforme el objeto de cada fideicomiso público, será factible detallar en la norma que da origen al mismo, la especificación suficiente con relación al fiduciario para hacer más estricta la calificación y elección del mismo.

La figura del fiduciario deberá profesionalizarse, contar con la debida regulación y publicidad de los contratos de fideicomiso, plazo de vigencia razonable y compatible con el objeto, establecer el rol específico de los sujetos; fijar un procedimiento de liquidación de los patrimonios fideicomitados cuando los mismos son insuficientes⁴⁵⁶, controlar el cumplimiento del mandato, entre otros.

Partiendo de que el fideicomiso público es constituido por una ley, le corresponderá inicialmente a este Poder recibir la información referida a su gestión y evolución, así como el análisis del flujo y uso de los fondos fiduciarios integrados con bienes o fondos del Estado.

Cada año deberían presentar a la contraloría General el cierre de las cuentas de sus presupuestos y los resultados obtenidos como así la ejecución económica y financiera de dichos presupuestos.

El control gubernamental durante el funcionamiento, la exigencia de capitales mínimos a mantener por el fiduciario y la existencia de una infraestructura técnico administrativa adecuada, en cierta medida garantizarían, a nuestro criterio, un ejercicio más transparente de las funciones del fiduciario⁴⁵⁷ y otorgarían mayor seguridad jurídica mejorando el dinamismo de la economía de los fideicomisos públicos.

Recordamos que la auditoría gubernamental no es un proceso de investigación, porque ello atañe a la organización judicial o a organismos especializados, sino que es la verificación

⁴⁵⁶ DE HOZ, MARCELO: *Aspectos contractuales e impositivos del fideicomiso inmobiliario* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, 11 de septiembre de 2009, pág. 1

⁴⁵⁷ CARREGAL, MARIO A.: *El fideicomiso: su aplicación desde la sanción de la ley 24.441* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-B, pág. 1165-1170.

técnica y profesional respecto de la administración eficiente de los recursos, y propende al cumplimiento eficaz de los objetivos, a la veracidad de la información gerencial administrativa y financiera, como al cumplimiento de las obligaciones de los funcionarios públicos⁴⁵⁸.

La exigencia de mayor transparencia es necesaria a los fines de conceder mayor seguridad jurídica a los ciudadanos; en vista de que se trata de un patrimonio público, el que resulta involucrado en los fideicomisos públicos. Debe quedar claro que la constitución de fideicomisos o patrimonios separados no elimina el control necesario del Gobierno y de la Administración, porque su propia existencia está vinculada al cumplimiento de la función asignada.

Estos fideicomisos gozan de un presupuesto garantizado, por más de un año, fuera del presupuesto nacional, que asegura el financiamiento a largo plazo de un programa público, sin ser alcanzado por las normas de control presupuestario ni consolidados en el presupuesto general de la administración; por lo que se hace necesario revisar esta situación con obligación de consolidación presupuestaria⁴⁵⁹.

Deberá realizarse una revisión técnica, continua, sobre el logro de los objetivos propuestos, la justificación de las partidas, de la inversión de los fondos y una eventual responsabilidad por cómo esos recursos fueron asignados o distribuidos. Por ello, debe llevarse una contabilidad independiente a cada fideicomiso público constituido privilegiando el principio de realidad económica y reflejando apropiadamente los derechos de los beneficiarios, acreedores, y fideicomisarios.

Deberán ser auditados por una firma de auditores externos, además de los organismos estatales, para esos fines. Así mismos los fideicomisos públicos deberán incluirse en el Presupuesto Nacional.

⁴⁵⁸ MASNATTA, HÉCTOR: *La administración financiera y los sistemas de control del sector público nacional* en Revista de Derecho Administrativo, Año 5, enero-agosto 1993, Número 12/13, Buenos Aires, Depalma, pág. 22.

⁴⁵⁹ LENARDON, FERNANDO ROBERTO (2008): *Fideicomiso gubernamental*. Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, pág. 104

Finalmente entendemos que deberá existir la voluntad política de controlar y de permitir el control.

C) Secreto Fiduciario en Fideicomisos Públicos

El secreto bancario o fiduciario es aquella facultad especial, la cual le obliga y permite a bancos y entidades financieras a proteger y mantener, de manera confidencial, toda información sobre sus clientes ante terceros, incluso aunque estos sean administraciones públicas o autoridades tributarias, quienes no tendrán acceso a dicha información, la cual permanece únicamente en poder de los propios bancos y sus correspondientes organismos reguladores financieros o bancos centrales y sólo podrá ser divulgada mediante orden judicial.

Consiste en otorgar una protección, por parte de los bancos e instituciones financieras, a sus clientes de la toda información referente a datos personales y económicos, incluyendo depósitos, número de cuentas, transacciones y captaciones de cualquier naturaleza, que reciban de sus clientes.

La misma representa una garantía de privacidad de las informaciones de los clientes del sistema financiero. Gracias a esta norma, toda persona queda impedida de solicitar informaciones, por ejemplo a un banco, sobre los movimientos de las cuentas de otra persona.

Esta obligación de confidencialidad recae sobre los bancos. Solamente lo bancos pueden suministrar dicha información cuando los clientes lo autoricen. Esta noción se origina en la confianza que depositan los clientes en las instituciones financieras, donde descansan sus depósitos, y es esta confianza la cual constituye la base del sistema bancario.

“La Ley Monetaria y Financiera No. 183-02 (LMF) consagra el secreto bancario en su artículo 56, cuando obliga a las instituciones financieras a *guardar secreto sobre las captaciones que reciban del público en forma desagregada que revele la identidad de la*

persona. Sólo podrán proporcionarse antecedentes personalizados sobre dichas operaciones a su titular o a la persona que éste autorice expresamente". Por lo que el secreto bancario es una obligación legal que debe ser acatada por los bancos, y cuya existencia beneficia a los depositantes.

El secreto fiduciario lo tenemos consagrados en la Ley Sobre Desarrollo del Mercado Hipotecario y Fideicomiso No. 189-11, en su Art. 29, relativas a las Obligaciones del fiduciario, literal L: *"Guardar el secreto fiduciario frente a los terceros respecto de las operaciones, actos, contratos, documentos e información que se relacionen con los fideicomisos, con los mismos alcances que la legislación en materia económica y penal vigente en la República Dominicana establece para el secreto bancario o secreto profesional, tanto durante la vigencia como luego de la terminación del fideicomiso, por la causa que fuere. Dicha obligación de confidencialidad no será aplicable a informaciones contenidas en el acto constitutivo del fideicomiso, a cualquier otro acto sujeto a registro público o a cualquier otra información que deba hacerse pública en virtud de la ley"*.

Hay que señalar que el secreto fiduciario atañe a uno de los requisitos de seguridad jurídica y libertad, a los fines de garantizar todo régimen de derecho y de representar uno de los pilares de la confianza característico de cualquier sistema bancario, que tiene dos dimensiones a saber, es una garantía frente a la autoridad y es un derecho frente a los demás particulares.

El secreto fiduciario implica una tutela legal del derecho a la reserva sobre la información que está en poder de las Instituciones Financieras, en virtud del fideicomiso, nace como una obligación de dichas Instituciones. Cuya finalidad es proteger la privacidad y seguridad, que se sustenta en la confianza en una institución autorizada; el secreto fiduciario es un mecanismo legal cuyo objetivo es proteger el derecho de los particulares a mantener en total confidencialidad la información referente a las operaciones fiduciarias de quienes utilizan sus servicios.

El sigilo fiduciario protege las operaciones que sobre fideicomisos se celebre, así como las que se relacionan con mandatos y comisiones; el secreto fiduciario protege la relación fiduciaria instaurada entre el fideicomitente y la fiduciaria, mediante la reserva en que se mantiene el contrato del negocio fiduciario.

Si bien es cierto que el secreto fiduciario tiene como objeto proteger de los intereses del público, es decir, busca la protección de la información relacionada con las operaciones de crédito que realizan los usuarios del sistema financiero. Dicha disposición está dirigida, básicamente, a particulares. Por la naturaleza del Fideicomiso Público, el secreto fiduciario no debería trasladarse al terreno gubernamental que en esencia debe ser abierto y transparente. Cuando un fideicomiso se constituye dentro de la administración pública, con recursos de gobiernos o por cualquiera de los diferentes estamentos del Estado, la información debe ser disponible salvo contadas excepciones en las que se justifiquen por la protección de intereses privados o por reserva de ley.

Los fideicomisos públicos son entidades que se constituyen con el propósito de auxiliar al Estado en las atribuciones de la Administración para impulsar las áreas prioritarias de desarrollo. Ellos han sido un elemento de desarrollo considerable pero indiscutiblemente requiere cambios para su mejor control.

Se requiere de la transparencia y la rendición de cuentas de los fideicomisos que involucran recursos públicos, los cuales no se ha logrado de manera satisfactoria, ya que la figura legal permite una gran discrecionalidad en el manejo de los recursos. Las instancias gubernamentales que fungen como partes en este tipo de contratos a menudo se amparan en el secreto fiduciario para no dar información a los ciudadanos que llegan a solicitarla a través de los esquemas legales para acceder a ella.

Los fideicomisos públicos se han convertido en una herramienta fundamental para darle menos transparencia al ejercicio del gasto público, por lo que se debe modificar la regulación del fideicomiso público, de tal forma que evite esa opacidad. Toda vez que hay información relevante que debe ser de conocimiento público y que reciba la debida

supervisión del gasto público, así como la eficiencia y eficacia del manejo de los recursos públicos con el fin de lograr una necesaria rendición de cuenta.

No solo sería un medio de control para determinar viabilidad, la necesidad de constitución de los fideicomisos públicos también beneficia el vigilar el buen desempeño de los recursos públicos, que lo tienen por mandato constitucional; además de ver la efectividad en la aplicación del gasto público, pues existen problemas de calidad del gasto, debemos de buscar mecanismos que permitan evaluar el desempeño del gasto público, atendiendo a los sistemas estructurales.

Graves casos de corrupción y de irregularidades en el manejo de recursos tienen relación con los fideicomisos integrados con recursos públicos. De hecho, algunos son representativos de corrupción y malos manejos en la experiencia latinoamericana.

El quehacer gubernamental debe funcionar bajo el principio de máxima publicidad y apegado a un manejo responsable del presupuesto. La máxima publicidad implica un mandato de comportamiento de la autoridad según el cual, por regla general, toda la información es pública salvo que se demuestre una causa de interés público por la cual deba reservarse de manera temporal dicha información. Ninguna instancia debe estar exenta del ejercicio de la rendición de cuentas y de la obligación de permitir el acceso a la información.

Bajo la figura del secreto fiduciario se reserva de manera indefinida el acceso a información sobre todo tipo de operaciones fiduciarias sin distinguir si se trata de clientes/usuarios, particulares/dependencias, recursos privados/públicos.

Creemos pertinente proteger la privacidad de los clientes, en el ámbito privado, sin embargo, en el caso de los fideicomisos públicos, se requiere el grado de publicidad al que, por su naturaleza, deberían de estar sujetos; incluso, éstos son considerados en varias leyes de transparencia, como sujetos obligados directos de dichas disposiciones normativas. Llevar el secreto a fideicomisos públicos resulta anacrónico.

El secreto fiduciario no puede tener la misma suerte en lo público y en lo privado, tomando en cuenta el manejo de recursos públicos que tienen los fideicomisos públicos, se tiene que separar y regularlo las entidades que tienen que ver con la fiscalización de los recursos públicos.

Se requiere cambio respecto de la información considerada reservada sobre secreto fiduciario en la Ley 189-11, el cual deberá establecer que *“No podrá invocarse el secreto bancario o fiduciario cuando el titular de las cuentas sea un Ente Obligado, ni cuando se hubieren aportado recursos públicos a un fideicomiso de carácter privado, en lo que corresponda a la parte del financiamiento público que haya recibido. Tampoco podrá invocarse el secreto fiduciario cuando el Ente Obligado se constituya como fideicomitente o fideicomisario de fideicomisos públicos”*

La opacidad de los recursos públicos dados en fideicomiso es un problema estructural en el manejo del presupuesto. Es de mucha importancia el uso del fideicomiso en la administración pública, en razón de que a través de ella, la Administración puede realizar innumerables acciones distintas. Sin embargo es indispensable transparentar más su operación y el manejo de sus recursos, con interpretaciones claras que pueden ser lineamientos reglamentarios y normativos emanados del propio ejecutivo, o a través de impulsar una ley específica para regular los fideicomisos que involucren recursos públicos.

En este sentido debemos indicar que todavía queda mucho por hacer en materia de fideicomiso público, un primer paso sería el perfeccionamiento de la legislación especial en esa materia y el medio de control para su constitución por el poder legislativo.

VI.- EL FIDEICOMISO PÚBLICO AL SERVICIO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO DOMINICANO

1. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA VIVIENDA A BAJO COSTO

A) Análisis de la Situación Habitacional

El acceso a la vivienda es considerado uno de los derechos universales del ser humano y está consagrado como un derecho individual en la Constitución de República Dominicana. Se acepta el concepto de la vivienda en tanto que un bien primario de defensa contra el clima, de intercambio social, de uso y desarrollo familiar, de mejoramiento de los derechos sociales, de salud y educación, de inversión durable y transable, un bien que transforma a su dueño en sujeto de crédito y que le confiere algo que es esencial para el ser humano: la dignidad.

El acceso a una vivienda adecuada, es decir, una vivienda que cuente con una infraestructura apropiada, servicios básicos y todos los elementos que garantizan el desarrollo de las actividades domésticas, es un derecho económico, social y cultural fundamental para todos los integrantes de una sociedad⁴⁶⁰. No obstante al día de hoy, existen numerosos países, entre ellos República Dominicana, que continúan presentando una situación de déficit en materia de vivienda.

Puede sostenerse que el déficit habitacional, en sus diversas manifestaciones, está asociado a un conjunto de factores:

⁴⁶⁰ CEARA-HATTON, MIGUEL (2010): Política social: capacidades y derechos. Oficina de Desarrollo Humano del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en República Dominicana, Volumen II.

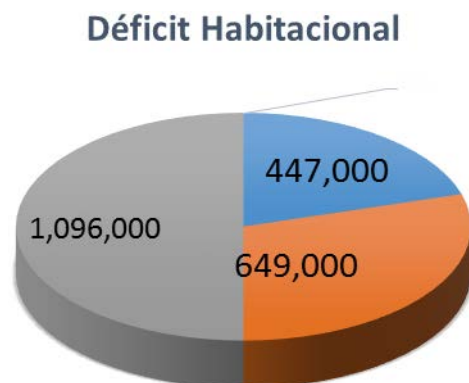
- a) La creciente migración campo-ciudad,
- b) El rápido crecimiento demográfico experimentado a partir de los 60,
- c) El rezago en la política y planificación sectorial;
- d) La falta de planes reguladores urbanos para el control de los usos de suelo y la expansión territorial,
- e) La falta de recursos financieros para la producción de soluciones habitacionales por parte de los promotores privados,
- f) El acceso efectivo y asequible a créditos de largo plazo por parte de los usuarios de las viviendas, y
- g) La falta de una visión de integración social, económica y ambiental de los asentamientos humanos actuales.

El déficit habitacional existente en República Dominicana es una problemática que el estado dominicano ha luchado por resolver y para ello ha puesto en marcha, en diferentes épocas, diversas iniciativas que contribuyan a reducir el número de familias que no poseen un techo propio. Por lo que el déficit habitacional, en nuestro país, se reconoce como un problema de alta dimensiones que debe ser enfrentado por todos los sectores intervinientes en el desarrollo nacional, tanto a nivel del sector público como del privado.

Este déficit está conformado por un lado, por el número de viviendas nuevas que deben construirse y además, por el número de viviendas que presentan una calidad insuficiente, ya sea en infraestructura o en servicios básicos y que por lo tanto, deben ser reconstruidas o readecuadas para garantizar un estándar de calidad de vida aceptable para las familias que viven en ellas. Para finales del año 2013, República Dominicana presentaba un déficit habitacional de aproximadamente 1 millón 100 mil viviendas⁴⁶¹, de las cuales el 40% corresponde al número de nuevas viviendas que se necesitan construir (cuantitativo) y el 60% restante, a las que necesitan ser reconstruidas o readecuadas (cualitativas). Por otro lado, es importante mencionar que cada año dicho déficit presenta un crecimiento de 20 mil

⁴⁶¹ Presidencia de la República Dominicana. "INVI y la Reducción del Déficit Habitacional" <http://new.livestream.com/PresidenciaRD/INVI>

viviendas⁴⁶²: 5 mil en lo que respecta a nuevas viviendas y 15 mil que necesitan inversiones para mejorarlas³.



A grande rasgos, podemos identificar la siguiente situación:

- Las Viviendas nuevas requeridas crecen a un ritmo de unas 5,000 viviendas adicionales cada año,
- Mientras que las que requieren mejoras se incrementan en 15 mil viviendas anuales;
- Lo que significa un incremento anual total de 20,000 viviendas.
- Existe un divorcio entre el tipo de vivienda que se demanda y el que se ofrece.
- Más de la mitad de los demandantes no tendrían capacidad de pago de un vivienda del inventario existente.
- Las principales razones de insatisfacción de la demanda son los precios elevados, la propia capacidad de pago del adquiriente y la dificultad de acceso al financiamiento.
- Las principales limitaciones que tienen los desarrolladores se sustentaban en las altas tasas de interés y en los trámites para legalizar los proyectos.

Si bien, este objetivo ha sido una política de estado por lo menos durante los últimos Cincuenta años éste no se ha podido alcanzar. El país no se preparó para enfrentar la presión demográfica ejercida sobre el sector vivienda. El gobierno decidió promover la

⁴⁶² Resolución Administrativa No. 001-2014, de la Unidad de Gerencia del Fideicomiso VBC RD, de fecha 7 de noviembre del 2014.

implementación de nuevos instrumentos para dinamizar la economía a través del sector de la construcción. Así, como parte de las políticas de viviendas y asentamientos humanos⁴⁶³, la República Dominicana ha puesto su atención a familias de ingresos bajos y medio-bajos.

B) Políticas Públicas Viviendas de Bajo Costo

Dotar de vivienda digna a la población es un derecho consagrado en la Constitución Política de República Dominicana, así lo establece el Artículo 59 *“Toda persona tiene derecho a una vivienda digna con servicios básicos esenciales. El Estado debe fijar las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promover planes de viviendas y asentamientos humanos de interés social. El acceso legal a la propiedad inmobiliaria titulada es una prioridad fundamental de las políticas públicas de promoción de vivienda”*.

La Ley 01-12 sobre La Estrategia Nacional de Desarrollo 2010-2030, marca un hito en la forma de conducir la Nación, a través de la cual se construirá un viaje de transformación hacia un país mejor y establece las pautas de cómo lograrlo. Su Segundo Eje Estratégico postula la construcción de: *“Una sociedad con igualdad de derechos y oportunidades, en la que toda la población tiene garantizada educación, salud, vivienda digna y servicios básicos de calidad, y que promueve la reducción progresiva de la pobreza y la desigualdad social y territorial.”*

Así lo establece su Objetivo General 2.5: Viviendas dignas en entornos saludables.: *“Facilitar el acceso de la población a viviendas económicas, seguras y dignas, con seguridad jurídica y en asentamientos humanos sostenibles, socialmente integrados, que cumplan con los criterios de adecuada gestión de riesgos y accesibilidad universal para las personas con discapacidad físico motora”*.

A través de crear y desarrollar el marco legal e institucional para la definición de una política pública de vivienda, la planificación y desarrollo de asentamientos humanos

⁴⁶³ LIZARDO, MAGDALENA: “Políticas para la Inclusión Social en la República Dominicana”. Ponencia de Misión Permanente de la República Dominicana ante la Organización de las Naciones Unidas 16 de octubre 2015, New York

ordenados, accesibles y sostenibles, sobre la base de planes de uso de suelos municipales, respetando las competencias y atribuciones de los gobiernos municipales, a fin de optimizar el uso del suelo, minimizar riesgos y posibilitar una provisión eficiente de servicios.

Reconocemos que la vivienda propia es uno de los bienes más deseados por las familias, y habitualmente se constituye en uno de sus principales activos. Sin embargo, las familias de menores ingresos tienen rigurosas restricciones de acceso a viviendas dignas, debido a sus insuficientes capacidades de compra en comparación con el precio de los inmuebles; por tal motivo, el financiamiento debe garantizar cuotas de amortización ajustadas al ingreso de la familia, amplios plazos y un sistema de financiación propicio, confiable y sostenible, que sea estable tanto para los deudores de vivienda como para las entidades financieras.

Los principales contenidos de una política de vivienda de bajo costo (VBC) son proporcionar a los hogares de menores ingresos un acceso equitativo a viviendas con estándares adecuados (en cuanto a lotes de terreno, servicios básicos, superficies construidas, materiales y acabados, en términos de costos eficientes de construcción), del apoyo del sector público mediante subsidios, del esfuerzo de las propias familias y en condiciones que permitan superar el déficit de vivienda de los estratos de menores ingresos en plazos razonables.

Indiscutiblemente que la iniciativa gubernamental de mayor trascendencia, en los últimos años, es la promulgación de la Ley No. 189-11, sobre Desarrollo del Mercado Hipotecario y Fideicomiso en República Dominicana, como modelo de desarrollo en donde se plantean proyectos de viviendas económicas, que se ejecutarían a través de una serie de disposiciones regulatorias coordinadas entre los distintos organismos relacionados y bajo determinados incentivos fiscales.

Vivienda de Bajo Costo se considera aquella que se desarrolla para garantizar el derecho de los hogares de menores ingresos a la vivienda, cuyo precio y tipo lo debe determinar el Gobierno Nacional, en cada Plan Nacional de Desarrollo, mediante la consideración de ciertos aspectos como características del déficit habitacional, posibilidades de acceso al

crédito de los hogares, condiciones de la oferta, monto de recursos de crédito disponibles por parte del sector financiero y la suma de fondos del Estado destinados a los programas de vivienda.

C) Fideicomiso para Proyectos de Vivienda de Bajo Costo

Los Proyectos de Viviendas de Bajo Costo son proyectos de soluciones habitacionales, con participación de los sectores públicos y/o privados, cuyas unidades tendrán un precio de venta igual o inferior a dos millones cuatrocientos veintiocho mil setecientos ochenta y seis pesos dominicanos (RD\$2,428,786.00) (para el año 2015), monto que será ajustado anualmente por inflación conforme a las disposiciones del Artículo 327 del Código Tributario de la República Dominicana, y mediante los cuales se facilita el acceso de la familia a una vivienda digna.

Los Proyectos de Viviendas de Bajo Costo podrán beneficiarse del desarrollo y aplicación de los instrumentos legales, financieros y fiscales previstos en la Ley No.189-11, a fin de incrementar los recursos disponibles para el financiamiento de los mismos y su infraestructura, así como para poder reducir los costos de las viviendas.

Deberán acogerse al protocolo para acceder al esquema de la figura “fideicomisos para la construcción de viviendas de bajo costo”, la cual otorga incentivos a promotores, desarrolladores y constructores de proyectos inmobiliarios para fomentar la construcción de viviendas de bajo costo y con bajas tasas de interés.

También beneficia a los adquirentes otorgándoles un bono que podrán utilizar como inicial de su vivienda, en síntesis ofrece un esquema de subsidios directos y de accesibilidad al crédito a precios de mercado, que permite una ágil acción conjunta de los sectores públicos y privados, la cual reorientada adecuadamente, podría resolver la escasez de vivienda en el país.

a) Acreditación de Proyectos como Viviendas a Bajo Costo

Toda empresa de la construcción o promotor, desarrollador, constructor y/o inversionista que se proponga construir proyectos de vivienda de bajo costo, deberá constituir previamente un “Fideicomiso para vivienda de bajo costo”, en base a la Ley 189-11 y al Reglamento del Fideicomiso, y solo en esa condición podrá depositar y tramitar sus proyectos habitacionales a través de la Ventanilla Única del Ministerio de Obras Públicas y Comunicación y ante el Instituto Nacional de la Vivienda, para fines de aprobación y acreditación.

Los criterios para acreditar los proyectos son los siguientes:

1. Se considerará una “vivienda de bajo costo” a toda unidad habitacional cuyo valor de venta se igual o inferior al tope establecido de dos millones cuatrocientos veintiocho mil setecientos ochenta y seis pesos dominicanos (RD\$2,428,786.00) (para el año 2015), monto que será ajustado anualmente por inflación conforme a las disposiciones del Artículo 327 del Código Tributario de la República Dominicana, y mediante los cuales se facilita el acceso de la familia a una vivienda digna. Este valor es el establecido para el año 2015.
2. Los proyectos habitacionales deberán contemplar más de tres (3) unidades habitacionales. Podrán estar conformados por diferentes tipos de viviendas, dentro de las cuales serán consideradas como de Bajo Costo solo aquellas que cumplan con los requisitos establecidos por la Ley 189-11 y sus reglamentos.
3. Las unidades funcionales diseñadas, independientemente de su tamaño, deberán estar dotadas al menos de: 1 (uno) dormitorio, 1 (uno) baño, sala-comedor, cocina.
4. Pueden ser de carácter progresivo con la condición de que dispongan de los espacios mínimos señalados en el párrafo anterior y con la previsión de que las modificaciones y/o ampliaciones futuras deban cumplir con los planos y especificaciones aprobadas originalmente.

5. Se debe ejecutar el proyecto sobre un lote urbanizado.
6. Se podrán construir edificios de hasta 5 niveles sin ascensor.
7. Para edificios de apartamentos no se requerirá escalera de emergencia. Para tales fines la escalera principal deberá cumplir con lo establecido por las normativas existentes
8. La cantidad de estacionamientos exigidos serán como sigue:
 - a. -Cuando el valor de venta de las viviendas se encuentre entre el 50% y el 100% del tope establecido, el proyecto deberá tener como mínimo un número de parqueos equivalentes a por lo menos el 75% del número de unidades habitacionales.
 - b. -Cuando el valor de venta de las viviendas se encuentre debajo del 50% del tope establecido, el proyecto deberá tener como mínimo un número de parqueos equivalentes a por lo menos el 33% del número de unidades habitacionales.
9. Los municipios podrán aumentar la densidad habitacional para los Proyectos de Vivienda de Bajo Costo a fin de aprovechar el espacio y reducir los costos.
10. Si el área de lavado es común, deberá contemplarse un vertedero por cada unidad habitacional, además de instalaciones mínimas necesarias para lavadoras.
11. Las estructuras de las edificaciones podrán ser con nuevas tecnologías o sistemas que propicien abaratamiento de costos, siempre que cumplan con la aprobación del Ministerio de Obras Públicas y Comunicación.
12. Las terminaciones mínimas requeridas para las viviendas son:

- a. -Muros en obra gris o su equivalente, según método constructivo.
- b. -Piso de cemento pulido
- c. -Puertas exteriores e interiores (al menos en baños).
- d. -Ventanas.

13. Los servicios de infraestructura mínimos son: agua potable, disposición de aguas residuales y desechos sólidos, energía eléctrica. Todos estos requerimientos deberán ser aprobados por las instituciones y ministerios correspondientes, a través de la VU.

14. Las áreas de esparcimiento (deportivas, sociales y de recreación) podrán sustituir a las áreas verdes.

b) Cuenta de Ahorro Programado

La Ley para el Desarrollo de Mercado Hipotecario y Fideicomiso No. 189-11, crea el producto financiero denominado Cuenta de Ahorro Programado para la adquisición de viviendas, con el propósito de fomentar el ahorro voluntario para estos fines. Los aportes a las mismas se realizarán a través de los empleadores, en coordinación con las entidades de intermediación financiera seleccionada por el ahorrante, los cuales quedan autorizados a realizar descuentos en el salario al tenor de las disposiciones del Código de Trabajo.

La Cuenta de Ahorro Programado para la adquisición de viviendas, corresponde a la modalidad de contrato de depósito bancario que celebra una o más personas físicas con una entidad de intermediación financiera (EIF), con el objetivo de ahorrar los fondos necesarios para efectuar el pago de la cuota inicial y/o cuotas mensuales para la compra de una vivienda construida al amparo de la ley 189-11. Para los fines correspondientes, los recursos de dichas cuentas serán inembargables (art. 140).

Las cuentas de ahorro programado devengarán intereses según las tasas de interés que fueren determinadas por la entidad de intermediación financiera de que se trate. Los pagos realizados para la compra o adquisición de la vivienda con cargo a la cuenta de ahorro

programado, a través de emisión de cheques o transferencias electrónicas, incluyendo los aportes extraordinarios a la misma, estarán exentos de cualquier impuesto, derecho, tasa, carga o contribución alguna que pudiere ser aplicable a las transferencias bancarias y a la expedición, canje o depósito de cheques. De igual forma, no generarán cobro de tasas o comisiones por parte de la entidad de intermediación financiera que funja como banco pagador con cargo al titular de la cuenta.

El Reglamento para las Cuentas de Ahorro Programado para la Adquisición de Viviendas de Bajo Costo fue aprobado mediante la Segunda Resolución de la Junta Monetaria de fecha 20 de septiembre de 2011.

El sistema de cuenta de ahorro programado es muy parecido al Sistema Bausparen (SB)⁴⁶⁴, En términos simples, el SB tiene dos etapas importantes: primero, las familias acumulan ahorro por un cierto período de tiempo y luego se obtiene un préstamo hipotecario a una tasa de interés fija. Una particularidad fundamental es que es un sistema cerrado que funciona como una cooperativa de la vivienda. Es decir, son grupos de personas que adquieren su vivienda en la medida que van completando sus ahorros y no a través de un sistema abierto como sería el banco privado. La importancia sobre la forma en que se financian los hogares es vital para una economía sana. Esto quedó demostrado con la crisis subprime de 2008, crisis financiera internacional que se generó principalmente en el mercado de financiamiento de las viviendas en varios países desarrollados. A diferencia de Alemania, que basó su estrategia de financiamiento en el ahorro, países como Estados Unidos, España e Irlanda optaron por sofisticadas innovaciones financieras para generar el crédito necesario para pagar sus viviendas que consistieron básicamente, en que los préstamos hipotecarios se asociaron a seguros, es decir, se aseguraba a los inversionistas rentabilidades relativamente altas a bajo riesgo. La importancia sobre la forma en que se financian los hogares es vital para una economía sana⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴ El sistema Bausparen (SB) constituye un sistema de financiamiento sencillo y exitoso, que ha permitido construir, comprar, y modernizar la vivienda en Alemania, así como también en otros países (China, Hungría, República Checa) y que ha ayudado a satisfacer la alta demanda por hogares de la clase media.

⁴⁶⁵ GARCIA, CARLOS J.: "Un nuevo sistema de financiamiento para las vivienda chilenas" en Revista Observatorio Económico No. 83, 2014.

c) Bono ITBIS o Subsidio

Las nuevas políticas de vivienda de bajo costo en todo el mundo recurren a *subsidios de vivienda* con el objeto de ayudar a cabezas de familias y personas de bajos ingresos, para la compra de vivienda. Estos subsidios permiten a sus beneficiarios concurrir al mercado a elegir sus viviendas, sujetos a determinados estándares, precios y disponibilidades. Con tal propósito, la intervención del Estado se centra en el aporte de subsidios directos no reembolsables con exigencias de ahorro previo por parte de las familias beneficiarias.

El subsidio familiar de vivienda es un aporte estatal en dinero no reembolsable, que se otorga por una sola vez al beneficiario, y que constituye un complemento de su ahorro, para facilitarle la adquisición, de vivienda de bajo costo

Los adquirentes de inmuebles en proyectos clasificados por el Instituto Nacional de la Vivienda (INVI) como “Proyectos de Viviendas de Bajo Costo”, con un valor máximo de RD\$2.4 millones y que sean adquiridos por medio de una Entidad de Intermediación Financiera, tendrán derecho a una compensación sobre la base del Impuesto a la Transferencia de Bienes Industrializados y Servicios (ITBIS)⁴⁶⁶, pagado por los constructores en el proceso de construcción de la vivienda. Este bono equivale aproximadamente a un 8% del valor de la vivienda y su aplicación se realiza a través de la DGII.

La compensación será aplicada sobre el inicial del inmueble adquirido, pero en los casos en que el adquirente de una vivienda hubiese completado el inicial de la misma y el préstamo haya sido desembolsado, la compensación será aplicada como abono al capital insoluto del préstamo.

⁴⁶⁶ Impuesto sobre Transferencia de Bienes Industrializados y Servicios (ITBIS) es un impuesto general al consumo tipo valor agregado que se aplica a la transferencia e importación de bienes industrializados, así como a la prestación de servicios. En otros países este impuesto es llamado Impuesto al Valor Agregado (IVA). En cumplimiento con lo establecido en los párrafos I y II del art. 23 de la Ley 253-12, los contribuyentes que la tasa del ITBIS a aplicar a las transferencia de bienes gravadas y/o prestación de servicios a partir del 2016 será del 18%

Sólo se benefician los adquirentes de la **primera y única vivienda** que sea utilizada como casa habitación del adquirente, lo cual estará sustentada mediante Certificación de la Dirección General de Catastro. (En el caso de que una persona sea casada, ambos cónyuges deberán cumplir con dicho requisito). Además deberá ser **beneficiario de un financiamiento** a través de una entidad de intermediación financiera u otra entidad facultada para otorgar créditos.

En lo que respecta a este tema impositivo, el ajuste al Régimen Tributario aplicable al fideicomiso, con miras a hacerlo más compatible con el manejo de la Tesorería del Estado, al plantear que los fideicomisos tendrán derecho a un bono de compensación por concepto de ITBIS, pagado en el proceso de construcción de la vivienda, cuya fuente de financiamiento de dichos bonos sería el Fondo Especial de Reembolsos Tributarios, constituidos al amparo del Art. 265⁴⁶⁷ del Código Tributario de la República Dominicana, cuyos recursos deberán ser anualmente contemplados por el Ministerio de Hacienda en el Presupuesto Nacional.

Requisitos

- Copia del Contrato de Opción a Compra si es para aplicar al inicial o del Contrato Tripartito si es para aplicarlo al saldo insoluto del préstamo ya otorgado.
- Copia de la cédula del adquirente.
- Carta del adquirente autorizando a la Dirección General de Impuestos Internos (DGII) a transferir a favor del fideicomiso el monto de la compensación.
- Estar al día en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

⁴⁶⁷ El Poder Ejecutivo, establecerá un Fondo de Reembolsos para atender con celeridad y eficacia a las solicitudes de reembolsos de los contribuyentes de todos los impuestos. Dicho fondo se nutrirá con 0.50% de la recaudación tributaria de cada mes, con la finalidad de que en todo momento disponga de los recursos necesarios para atender dichas solicitudes

Pasos para adquirir el bono

- Cumplir con las condiciones definidas para ser beneficiario.
- Los proyectos de construcción de viviendas de bajo costo, deben ser calificados como tales por el Instituto Nacional de la Vivienda (INVI), gestión realizada por la constructora.
- El INVI remitirá al Ministerio de Hacienda la lista de proyectos calificados, incluyendo los documentos que avalan la calificación, así como las características de cada proyecto.
- La empresa constructora de un proyecto de viviendas de bajo costo deberá depositar en el Ministerio de Hacienda una certificación de la DGII en la que conste que está al día en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.
- La empresa constructora de un proyecto de viviendas de bajo costo deberá depositar en el Ministerio de Hacienda los documentos requeridos.
- El Ministerio de Hacienda realizará los desembolsos por transferencia electrónica a la cuenta bancaria registrada por el beneficiario de la compensación.
- Tan pronto como se reciba la transferencia La Institución Financiera debitará la cuenta del beneficiario para los fines correspondientes (pago del inicial/abono al capital del préstamo).
- Luego de aplicado los créditos (pago del inicial/abono a préstamo) la Institución Financiera enviará la certificación al Ministerio de Hacienda.

- Las solicitudes de Compensación del bono serán recibidas en el Ministerio de Hacienda los primeros diez (10) días de cada mes y procesadas y tramitadas en los siguientes veinte (20) días.

Posteriormente, el Ministerio de Hacienda realizará el desembolso de la compensación vía transferencia electrónica a la cuenta bancaria registrada por el beneficiario de la compensación, la cual debe pertenecer a la misma entidad que financiará la Vivienda.

d) Exenciones Fiscales

El fideicomiso que goza de mayores privilegios fiscales es el fideicomiso de proyectos de viviendas de bajo costo, que según lo establecido en el artículo 131 de la Ley 189-11, está exento de casi todos los principales impuestos, se benefician de la exención del 100% de los impuestos descritos a continuación

- Impuesto sobre la Renta y Ganancias de Capital, previsto por el Código Tributario de la República Dominicana, y sus modificaciones.
- Cualquier impuesto, derecho, tasa, carga o contribución alguna que pudiere ser aplicable a las transferencias bancarias y a la expedición, canje o depósito de cheques.
- Impuesto sobre activos o patrimonio, incluyendo, pero no limitado, al Impuesto a la Propiedad Inmobiliaria, Vivienda Suntuaria y Solares Urbanos No Edificados (IPI)⁴⁶⁸ establecido por la Ley No.18-88, y sus modificaciones
- Impuestos sobre la construcción, tasas, derechos, cargas y arbitrios establecidos en la Ley que crea un Sistema de Elaboración de Reglamentos Técnicos para la Preparación y Ejecución de Proyectos y Obras Relativas a la Ingeniería, la Arquitectura y Ramas Afines, y su Reglamento de Aplicación, así como cualquier

⁴⁶⁸ Impuesto al Patrimonio Inmobiliario (IPI): Es un impuesto anual que se aplica sobre la suma total del patrimonio inmobiliario gravado que tienen registrados las personas físicas y Fideicomisos.

otra legislación que se haya creado o por crear, que afecte la construcción con el cobro de impuestos, tasas, derechos, cargas o arbitrios, incluyendo cualesquier otros impuestos sobre los servicios de construcción u otros servicios conexos brindados para el beneficio del proyecto.

- Impuestos sobre el traspaso de bienes inmuebles y registro de operaciones inmobiliarias en general.
- ITBIS (Estos proyectos tendrán derecho a una compensación por concepto de impuesto a la transferencia de bienes y servicios industrializado (ITBIS), pagado en el proceso de construcción de la vivienda, que servirá como parte del inicial en la adquisición de la vivienda de bajo costo. El valor de la compensación será calculado sobre la base del costo estándar de materiales y servicios sujetos al ITBIS que forman parte de la construcción de la vivienda. Este valor podrá ser actualizado cada año por el Instituto Nacional de la Vivienda (INVI) en coordinación con la Dirección General de Impuestos Internos (DGII). El adquiriente deberá solicitar la compensación al momento de suscribir el contrato definitivo de venta. Los requisitos y mecanismos de entrega de la compensación deberán ser dispuestos por la Dirección General de Impuestos Internos (DGII) mediante norma general (art. 1, párrafo 1)).

La Dirección General de Impuestos Internos (DGII) financiará la compensación por concepto del Impuesto a la Transferencia de Bienes Industrializados y Servicios (ITBIS), pagado en el proceso de construcción de la vivienda, del Fondo Especial de Reembolsos Tributarios constituido en el Artículo 265 del Código Tributario de la República Dominicana, y sus modificaciones. Para estos fines, el Ministerio de Hacienda, a través de la Dirección General de Presupuesto, incluirá en las asignaciones presupuestarias otorgadas para el Fondo Especial de Reembolso, el monto de las compensaciones (art. 131, párrafo 2).

Los adquirientes de viviendas de bajo costo, recibirán un bono o subsidio directo, en proporción a la carga fiscal que conlleva la construcción de la vivienda. El porcentaje del

subsidio directo será establecido por la Dirección General de Impuestos Internos (DGII), en base a un estudio de la carga fiscal que conlleva la construcción de la vivienda de bajo costo (art. 131, párrafo 3).

D) Alianzas Público – Privada (App)

Se ha señalado que antes que una institución jurídica, las Asociaciones Público-Privadas (APP) constituyen una estrategia del sector público y privado para llevar a cabo un proyecto de infraestructura determinado sobre la base de una relación estable fundada en una comunidad de intereses con adecuado reparto de los riesgos.

La figura jurídica/técnica de las Alianzas Públicas Privadas, han sido utilizadas por los gobiernos como una herramienta para el desarrollo de inversiones en distintos países. La misma ha evolucionado desde sus orígenes (comenzó en el gobierno británico, años noventa), sin embargo la base esencial -conceptual- se mantiene, cuando observamos que dicha figura constituye el fundamento para la ejecución de ciertos proyectos para el desarrollo en infraestructura y servicios estatales con la participación del capital del sector privado.

Podemos definir que las asociaciones públicos-privadas son mecanismo de asociación entre entidades públicas y empresas del sector privado, que tienen como objetivo el desarrollo de infraestructura para la prestación o suministro de bienes de uso público o de uso privado que tengan una finalidad social. Se observa como tendencia en las diferentes modalidades de las APP, la permisibilidad de crearse para cubrir no sólo un sector en específico de inversión, sino para cubrir toda la gama de posibles proyectos que surjan de las necesidades de los diferentes sectores potenciales de inversión (Infraestructura Vial, Servicios Públicos, Educación, Turismo, Salud, etc.).

Dentro de los principales beneficios de realizar un proyecto vía APP se encuentran la posibilidad de proveer un servicio a un menor costo y en menos tiempo, la posibilidad de mejorar la calidad de los servicios y garantizar buenos niveles de servicio durante largos

períodos, la gestión más eficiente de los riesgos del proyecto, la capacidad de atraer innovación tecnológica y otorgar flexibilidad a la provisión de servicios, y que en algunos casos la estructuración financiera de un proyecto puede atraer recursos financieros en condiciones más favorables que si se realizara como un proyecto público.

Existen diversas variantes y diferentes esquemas contractuales para la realización de APP. Estos van desde concesiones hasta esquemas de una extensa gama en responsabilidades para el diseño, la construcción, el mantenimiento, el financiamiento y/o la operación de un determinado servicio/bien, y cuyos riesgos pueden transferirse al operador, de acuerdo con el tipo de proyecto y las habilidades del sector privado involucrado, siempre en vela a los intereses del Estado.

Aunque las APP liberan al Estado de las actividades de ejecución y operación, normalmente este tipo de proyectos exige un mayor esfuerzo en materia de regulación y supervisión por parte del Estado.

La Asociación Público Privada involucra, como elementos fundamentales del contrato, la determinación de los aportes de cada asociado, la retención y transferencia de riesgos entre las partes y la definición de los mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio del bien provisto.

Hay dos tipos de APP: iniciativa pública e iniciativa privada.

Cuando un proyecto es de iniciativa pública, La idea conceptual del proyecto es estructurado por la entidad pública con participación del sector privado. La fuente de pago del proyecto puede ser a través de aportes de recursos públicos, de la explotación económica de la APP o una combinación de éstas.

Cuando el proyecto es de iniciativa privada, la idea conceptual y propuesta proviene del sector privado. En este caso el privado tiene la responsabilidad de realizar, por su propia

cuenta y riesgo, la estructuración del proyecto sin obligación del público a reconocerle los costos asociados.

Estas asociaciones públicas-privadas sirven para facilitar la provisión y mantenimiento a largo plazo de infraestructura y bienes públicos, dentro de unos parámetros de disponibilidad y calidad pactados, para prestar un servicio a los ciudadanos.

El sector público tiene un rol muy importantes en este tipo de asociaciones, tales como:

- Identifica, de acuerdo con las políticas y planes de desarrollo sectoriales, las necesidades de desarrollo respecto a la infraestructura y sus servicios asociados.
- •Prioriza los proyectos a ejecutar y realiza su estructuración.
- •Adelanta los procesos de adjudicación y administra el contrato en su ejecución.
- •En el caso de iniciativas privadas, debe evaluar estos proyectos, determinar si se ejecutan o no y adelantar el proceso de contratación con el originador u otro interesado, de ser el caso.

En cuanto a los activos, todos los activos aportados por el sector público y los asociados al proyecto deben revertir al sector público, una vez finalizado el proyecto de APP.

La participación del sector privado como un socio estratégico del sector público para el desarrollo de la infraestructura pública y sus servicios relacionados, representa un gran aporte e importancia para el desarrollo económico y social del país.

Con sus incentivos adecuados, pone a disposición del sector público las eficiencias y ventajas operativas que posee, derivadas de su conocimiento y experiencia en desarrollos similares. Estas asociaciones representan un mecanismo que permite alcanzar la competitividad que requiere el país; para mejorar el entorno institucional, económico y

normativo para incentivar la participación del sector privado en el desarrollo de la infraestructura pública.

Las alianzas público-privadas podrían representar un respiro para las finanzas públicas, ya que constituyen un método alternativo de inversión en infraestructura, que reduciría los compromisos inmediatos del Gobierno Central y solucionaría problemas prioritarios.

El Congreso Nacional de la República Dominicana tiene, pendiente de aprobación, la Ley de Cooperación público-privada, la cual forma parte de un agrupamiento de reformas que ha estado haciendo el Estado a través de acuerdos con distintos sectores que componen la administración del país. Este conjunto de reformas busca colaborar con el desarrollo económico, social, territorial y administrativo del país

Las asociaciones público-privada, en la República Dominicana, tiene grandes retos:

- Consolidación de Ley de Asociaciones Público Privadas y reglamentos adecuados
- •Crecimiento institucional que asegure aportes con oportunidad y transparencia
- •Fortalecimiento Técnico Institución al que estudie oportunamente proyectos y decida sobre viabilidad
- •Régimen de incentivos adecuados para iniciativa privada que fomente estructuración de proyectos
- •Priorización de políticas y proyectos que orienta la inversión privada a los sectores determinados
- •Estructura que asegure a los privados y al sector financiero recuperación y razonable rentabilidad de su inversión

La Ley No. 189-11, sobre el Desarrollo del Mercado Hipotecario y Fideicomiso contempla la alianza público-privada la construcción de Vivienda de Bajo Costo. Podrán desarrollarse proyectos de viviendas de bajo costo de participación mixta entre el Estado y el sector privado, pudiendo cada uno de éstos aportar parte o la totalidad del o los inmuebles donde

serán construidos dichos proyectos y/o los recursos requeridos para el financiamiento de los mismos (art 134).

Cada proyecto de viviendas de bajo costo realizado mediante aportes del Estado y con participación del sector privado deberá realizarse a través de la incorporación de un fideicomiso para la construcción (art 136).

Serán fideicomitentes el Estado, los acreedores financieros y demás inversionistas privados, siempre que éstos aporten al fideicomiso el o los inmuebles donde será desarrollado el proyecto en condiciones que garanticen su traspaso y/o los recursos necesarios para el desarrollo del mismo. Los acreedores financieros que aporten recursos para este fin, serán a su vez fideicomisarios o beneficiarios del fideicomiso (Art. 136, párrafo I de la Ley)

El fiduciario tendrá la obligación de **licitar** el diseño y construcción de los proyectos de viviendas de bajo costo que cuenten con inversión pública/privada. La contratación que resulte de dicho procedimiento de licitación requerirá la aprobación de los **fideicomitentes** (Art. 137 de la Ley).

El objetivo es que el sector 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 transfiere los bienes que sean necesarios acorde al plan de negocios desarrollado para el proyecto. El Estado se reservará 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 adecuada⁴⁶⁹.

⁴⁶⁹ PERTIERRA CANEPA, FRANCISCO MARIA: El fideicomiso al servicio de las políticas del Estado Argentino; Análisis Comparativo Regional en Serie Documentos de trabajos (working paper) Nos. 429, Universidad Cema, Buenos Aires, 2010.

E) Fideicomiso Público Ciudad Juan Bosch VBC-RD

a) Motivaciones

El Estado dominicano como promotor y facilitador de la política nacional de vivienda y ordenamiento territorial, integra el esfuerzo de todos los sectores de la sociedad para mejorar la calidad de vida y condiciones habitacionales de la población, principalmente, a las de menores recursos y más vulnerables.

En ese sentido, el Estado dominicano tiene el deber de contribuir con la disminución del déficit habitacional, a través de la promoción de proyectos habitacionales integrales, que modernicen la gestión urbana y territorial priorizando la focalización en los sectores de menores ingresos.

Por lo que es voluntad y prioridad del Estado dominicano crear un mecanismo sostenible que asegure una gestión transparente, eficiente y financieramente viable para el desarrollo, construcción y adquisición por parte de la clase trabajadora con limitaciones para el acceso a una vivienda digna.

Dicho esto, en el marco de la Estrategia Nacional de Desarrollo 2030, el Estado dominicano, en cumplimiento de su deber y rol social decide constituir una estructura financiera y administrativa de carácter fiduciario que permita implementar de manera funcional y efectiva políticas estatales para la promoción de la construcción de viviendas para la clase trabajadora y las familias de menos recursos, tanto en la zona rural como urbana.

A estos fines se creó el Programa Desarrollo del Mercado Hipotecario y Fiduciario para facilitar el acceso a la vivienda.

Su objetivo es Impulsar el uso de las figuras jurídicas, instrumentos financieros e incentivos establecidos en la Ley 189-11 sobre el Mercado Hipotecario y Fideicomiso que coadyuven a la generación de ahorros, inversiones y facilidades de financiamiento, que sirvan para promover proyectos de vivienda, especialmente las de bajo costo, para de esta manera

ofrecer mayores oportunidades a un mayor número de familias de bajos ingresos para que tengan acceso a las mismas.

La estrategia se fundamenta en los siguientes pilares:

- Ejecución del Proyecto de Participación Mixta: Ciudad Juan Bosch
- Promover la creación de cuatro proyectos de viviendas de bajo costo con fideicomiso a nivel nacional
- Impulsar un proyecto de renovación urbana a través de un fideicomiso de desarrollo inmobiliario
- Incentivar la inversión privada en proyectos de viviendas de bajo costo a través de fideicomisos

Los beneficios esperados son:

- Disminución del déficit habitacional
- Promoción de la figura del fideicomiso como vehículo legal para producción, financiación y adquisición de viviendas
- Promoción de nuevos instrumentos financieros para la vivienda
- Fusión de recursos del sector público y privado
- Desarrollo de nuevas urbanizaciones para vivienda de bajo costo
- Fomento al empleo
- Dinamización de la economía

En tal virtud se constituye el "*FIDEICOMISO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS DE BAJO COSTO REPÚBLICA DOMINICANA*" (*Fideicomiso VBC RD*)", el cual tiene como propósito la creación de una estructura financiera independiente para la administración transparente y eficiente del patrimonio fideicomitado, con el objeto de asegurar el correcto desarrollo de un programa de Construcción de Viviendas de Bajo Costo, mediante la ejecución de las actuaciones y las obras necesarias para su construcción y habitabilidad, incluyendo las actividades para el financiamiento de dichas obras.

Esto tendrá un Impacto de las políticas de inclusión social: Reducción de las brechas urbano-rural en materia de pobreza.

Las políticas de inclusión social están orientadas a avanzar de forma persistente hacia la garantía de derechos consagrados en nuestro marco constitucional en un contexto de responsabilidad fiscal.

La República Dominicana avanza en el cierre de la gran deuda social acumulada.

b) Descripción del Proyecto

La Ley 189-11 también contempla en su Artículo 134, el desarrollo y construcción de proyectos de viviendas de bajo costo con aportes del Estado y participación del sector privado. En este contexto, el Estado se ha propuesto iniciar el desarrollo de una ciudad satélite en el municipio de Santo Domingo Este, con potencial para iniciativas públicas y privadas orientadas a contribuir con la mitigación del déficit habitacional. Esta ciudad será denominada “Ciudad Juan Bosch”, el cual se creará en un entorno urbano el cual contará con escuelas, estancias infantiles, parques, áreas comerciales, entre otras cosas.

Este importante proyecto ubicado en el municipio de Santo Domingo Este, busca ofrecer un centro urbano novedoso, que a nivel habitacional satisfaga una parte de las necesidades inmediatas de la población dominicana. El mismo se realiza a través de Fideicomisos mixtos (público-privado) de Desarrollo Inmobiliario, contando con el aporte de terrenos urbanizados por parte del Estado de aproximadamente 3.1 millones de metros cuadrados, y que serán desarrolladas por promotores y constructores de mayor y menor escala con sus recursos patrimoniales y financieros, ayudando a una dinamización efectiva de la economía de esa zona. De esta manera, se estimula la participación de empresas constructoras para que, con sus recursos propios, desarrollen y vendan proyectos habitacionales a precios sumamente asequibles a la población, gracias a la aplicación de los incentivos contemplados en la propia Ley No. 189-11.

Se constituye un fideicomiso público “matriz” que tiene a su cargo coordinar todo el desarrollo de un “Macro Proyecto Urbano, consistente en la habilitación de servicios, construcción de vías y viviendas”. Se realizó un Máster Plan⁴⁷⁰, a los fines de conseguir un diseño sostenible, funcional, incluyente y dinámico que establezca un estilo de vida integrado entre residencial y productivo, para que no sea una ciudad dormitorio, sino que tenga todas las actividades propias de un centro urbano habitado, económico y generador de empleos, con las integraciones de apoyo de todos los servicios públicos que requiere la ciudadanía, para evitar desplazamientos largos y así contribuir con el desarrollo de la zona, el ahorro de combustibles y el control y ordenamiento territorial, con miras a convertirse en modelo de desarrollo urbano y productivo para el país y un ejemplo a repetir en cuanto a la gestión de este tipo de proyectos, a través de fideicomisos.

El proyecto contempla construir 25,000 viviendas, en la primera etapa será de 15,000, la cual está siendo desarrollado, en su primera etapa, por 17 empresas constructoras. Se empezaran por las primeras 4,240 viviendas de bajo costo, las cuales serán edificadas de hasta 4 niveles.

El proyecto contará con Obras de Edificaciones Complementarias: A través del Ministerio de Obras Públicas y Comunicación, el fideicomiso VBC RD contrató la ejecución de 4 centros especiales de equipamiento social, que son:

- **El Centro de Atención para Personas Envejecientes:** El “Centro de la Sabiduría”, como se le ha denominado a la estancia para personas de la tercera edad, ofrecerá atención integral a las necesidades básicas de salud, alimentación y entretenimiento de los adultos mayores. A su vez, tendrán la oportunidad de aprender diversas labores manuales y artesanales. Este Centro será operado por el Consejo Nacional de la Persona Envejeciente (CONAPE), y tiene por objetivo la promoción de los mejores valores

⁴⁷⁰ *Máster Plan:* Significa el Plan Maestro de lotificación, urbanización y desarrollo de los proyectos urbanísticos. Al momento de la constitución se considerará el Máster Plan del Proyecto Ciudad Juan Bosch

humanos, fomentando el reconocimiento a la dignidad de la persona y sus potencialidades, sin importar su edad o estatus social.

- **Centro de Atención para Personas con Discapacidad:** brindará atención terapéutica, entrenamiento rehabilitador y consejos para reinserción postraumática a personas discapacitadas, bajo los más altos estándares internacionales. Este servicio será gratuito para todo dominicano y dominicana que necesite de él.
- **Centro de Capacitación Técnico Laboral:** cuyo costo asciende a unos US\$3.5 millones de dólares americanos, será manejado por el Instituto Nacional de Formación Técnico Profesional (INFOTEP), y permitirá que adultos y jóvenes de ambos sexos tengan la oportunidad de aprender un oficio y producir su sustento en un tiempo relativamente corto.
- **Parque Infantil de Educación Vial.**

También contará con otras obras complementarias:

- Dos (2) destacamentos de policía
- Dos (2) estaciones de bomberos. Asimismo
- Tres (3) escuelas
- Tres (3) estancias infantiles
- Un (1) Centro Hospitalario de 40 camas
- Un (1) Centro de Atención Primaria,.

Se creará lo que se denomina un fideicomiso matriz, del cual se desprenderán otros fideicomisos vinculados⁴⁷¹, y un consorcio de fiduciarias administraran los diferentes fideicomisos.

⁴⁷¹ *Fideicomiso Vinculado:* Significa los fideicomisos complementarios al Fideicomiso Matriz, cuya constitución se realiza al amparo de las reglas y procedimientos del presente contrato y que tendrán por objeto la realización de acciones, obras o proyectos orientadas al cumplimiento de los fines del presente fideicomiso; muy especialmente, aquellos fideicomisos de construcción de viviendas de bajo costo que

La Ley establece que cada proyecto de viviendas de bajo costo realizado mediante aportes del Estado y con participación del sector privado deberá realizarse a través de la incorporación de un fideicomiso para la construcción (art. 136).

Serán fideicomitentes el Estado, los acreedores financieros y demás inversionistas privados, siempre que éstos aporten al fideicomiso el o los inmuebles donde será desarrollado el proyecto en condiciones que garanticen su traspaso y/o los recursos necesarios para el desarrollo del mismo. Los acreedores financieros que aporten recursos para este fin, serán a su vez fideicomisarios o beneficiarios del fideicomiso

En el 2015, la Comisión Presidencial para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso, pudo incluir el proyecto “Ciudad Juan Bosch” al Sistema Nacional de Inversión Pública⁴⁷² –SNIP con la asignación del Código SNIP No.13749, en atención a lo dispuesto en la Ley No. 498-06, que establece el Sistema Nacional de Planificación e Inversión Pública, así como su reglamento de aplicación, decreto No. 231-07.

Estas normas garantizan: (1) Mejora de la calidad de entrada de los proyectos al presupuesto, (2) Mejor abordaje de las necesidades ciudadanas, en la definición de las intervenciones públicas, (3) Fomento de la cultura de proyectos en las instituciones públicas nacionales; y así incrementar sus capacidades para rendir cuentas a sus ciudadanos clientes de sus ejecutorias.

El esquema del proyecto “Ciudad Juan Bosch” es el siguiente:

- El Estado aporta unos terrenos al patrimonio autónomo del fideicomiso VBC RD.

constituirán los Desarrolladores con cualquier entidad fiduciaria dominicana, habilitada para tales fines, incluyendo "La Fiduciaria", con el propósito de llevar a cabo la construcción, desarrollo y venta de los proyectos inmobiliarios que les sean adjudicados por el Comité Fiduciario.

⁴⁷² El Sistema Nacional de Inversión Pública es un Conjunto de normas, instrucciones y procedimientos que tienen por objetivo, en el contexto de un Estado moderno, ordenar el proceso de la Inversión Pública, para poder concretar los proyectos de inversión más rentables desde el punto de vista socioeconómico y ambiental para el país.

- El Fideicomiso, bajo la administración de la fiduciaria y con recursos gestionados en el mercado financiero, se encarga de urbanizar los terrenos, mediante la ejecución de las obras de infraestructura del proyecto, así como la construcción de obras menores, las cuales fueron contratadas al Ministerio de Obras Públicas, Empresa distribuidora de Electricidad del Este (EDEESTE) y la corporación del Acueducto y alcantarillado de Santo Domingo (CAASD).
- Concomitantemente a través de la Unidad de Gerencia del Proyecto, se convoca a licitación pública a los constructores que estén en disposición de adquirir mediante venta, lotes de estos terrenos para ser utilizados exclusivamente para el desarrollo de proyectos de vivienda, y que cumplan con los requisitos legales, técnicos y financieros establecidos en el Pliego de Condiciones de los procedimientos.
- Se les adjudican los lotes a los ofertantes que realicen las mejores propuestas, en términos de calidad de ejecución y precios, bajo un contrato que establece las condiciones acordadas para el desarrollo de los proyectos, establecidas en su propuesta.
- La convocatoria se realiza bajo unas condiciones preestablecidas para el desarrollo de las obras, calidad de la construcción y precio de venta de los terrenos.
- Se exige que los desarrolladores también constituyan fideicomisos privados para garantizar que se cumplan los objetivos que han motivado el proyecto, especialmente en cuanto a la obligación de mantener los precios ofertados y en lo que respecta al cumplimiento de los tiempos de terminación y entrega y a la calidad de las obras.
- Estos fideicomisos constituidos por los desarrolladores quedan vinculados al Fideicomiso VBC RD, y se define en su constitución la facultad del Fideicomiso Matriz para supervisar los desarrollos y demandar el cumplimiento del contrato de adjudicación de los terrenos.

Es importante destacar que el Fideicomiso Proyecto Ciudad Juan Bosch, gozará de todos los beneficios, precedentemente citados para los fideicomisos de viviendas de bajo costo.

c) Detalles Contractuales

a') Partes

FIDEICOMITENTE: El Estado dominicano, debidamente representado por el Ministerio de la Presidencia, a través de su Ministro(a).

FIDUCIARIA: La sociedad *Fiduciaria Reservas, S.A.*, debidamente representada por el Presidente de su Consejo de Administración y su Gestor(a) Fiduciario(a).

FIDEICOMISARIO: El propio *Fideicomitente*, el Estado Dominicano, debidamente representado por el Ministerio de la Presidencia, a través de su Ministro

b') Patrimonio Fideicomitado

El Fideicomitente transfiere y afecta de forma irrevocable, por el plazo de duración del mismo, los bienes y derechos que se listan a continuación, con la finalidad de que éstos constituyan el Patrimonio Fideicomitado:

- La suma de Un Millón de Pesos Dominicanos (RD\$ 1,000,000.00);
- El derecho de uso del Máster Plan del proyecto de construcción de viviendas de bajo costo denominado Ciudad Juan Bosch, valorado en Ochenta y Ocho Millones Quinientos Mil Pesos Dominicanos (RD\$88,500,000.00), el cual ha sido pagado por el Estado dominicano en su totalidad y por tanto el Fideicomiso VBC RD, queda liberado de cualquier contingencia relacionada con dicho Máster Plan.
- Un inmueble, que tiene una superficie de un millón cuatrocientos mil metros cuadrados (1,400,000.00 Mts²), ubicado en el Municipio de Boca Chica, Provincia Santo Domingo, amparado en el Certificado de Título Matrícula Núm. 0100116724, a nombre del Estado dominicano, el cual es aportado al Fideicomiso VBC RD por un valor de

Quinientos Cincuenta Millones de Pesos dominicanos con 00/100 (RD\$550,000,000.00); y

- Una porción de terreno con una superficie de un millón veinticinco mil metros cuadrados (1,025,000.00 Mts²), dentro del inmueble Parcela 21-C-2, del Distrito Catastral No. 32, del Distrito Nacional, amparada en la Constancia Anotada Matrícula Núm 4000256194, a nombre del Estado Dominicano, por un valor de Doscientos Cincuenta y Seis Millones, Doscientos Cincuenta Mil Pesos dominicanos (RD\$ 256,250,000.00).

El Fideicomitente se compromete a integrar o procurar que se integren los bienes acordados al Patrimonio Fideicomitado, incluyendo los Inmuebles Aportados, debiendo hacer entrega de toda la documentación necesaria para perfeccionar el traspaso de los mismos al Fideicomiso, así como gestionar la asignación presupuestaria para tales fines y las aprobaciones congresuales que apliquen para la transferencia de dichos bienes.

c') Objeto y Fines

El Fideicomiso VBC RD ha sido constituido como un Fideicomiso Matriz, con el objeto de promover la construcción de proyectos habitacionales de bajo costo y el desarrollo del mercado inmobiliario e hipotecario de la República Dominicana, viabilizando el acceso al financiamiento de los desarrolladores y adquirientes y al mismo tiempo facilitando la implementación de las acciones y ejecutorias necesarias para la construcción de las infraestructuras, obras y edificaciones que integrarán dichos proyectos; mediante la creación de estructuras financieras y administrativas independientes que permitan la administración transparente y eficiente del Patrimonio Fideicomitado.

Dentro de sus principales fines se encuentran:

- La urbanización de nuevos terrenos, incluyendo la construcción de la infraestructura de servicios, lotificaciones, desarrollo de áreas verdes, deportivas, culturales,

institucionales, comerciales, residenciales y demás trabajos necesarios para poder ejecutar y hacer viables los proyectos de viviendas de bajo costo.

- La constitución de Fideicomisos Vinculados a este Fideicomiso Matriz para la Construcción de Viviendas de Bajo Costo, por parte de fideicomitentes privados o públicos, o en conjunto con estos.
- La constitución de otros tipos de Fideicomisos Vinculados a este Fideicomiso Matriz o que tengan relación con su objeto, por parte de otros fideicomitentes, públicos o privados, o en conjunto con estos.
- La cesión o transferencia, bajo cualquier modalidad, a los Fideicomisos Vinculados, de los inmuebles que forman parte del Patrimonio Fideicomitado y en los que serán construidos los proyectos habitacionales por parte de los Desarrolladores.
- La comercialización de los lotes urbanizados, incluyendo los lotes habitacionales, comerciales e institucionales que forman parte del Fideicomiso Matriz y apoyar la comercialización de las unidades habitacionales que integren los fideicomisos vinculados.
- Asegurar la utilización eficiente y transparente de los ingresos o recursos del Fideicomiso.
- La identificación y evaluación de suelos estatales con vocación de desarrollo urbano, que puedan ser integrados a su patrimonio y que sirvan como base para la ejecución de proyectos de vivienda de bajo costo a través de los fideicomisos constituidos por promotores y constructores del sector privado o mediante alianzas público-privadas.

d') Garantía de Deuda

Los Endeudamientos que contraiga *La Fiduciaria* por cuenta y orden del *Fideicomiso VBC RD* para la consecución de los Fines de este Contrato, se garantizarán y pagarán con cargo al Patrimonio Fideicomitado.

En ningún caso se presumirá una garantía soberana o aval del Estado dominicano, por lo que, salvo constitución expresa de garantía o aval del Estado dominicano, previo cumplimiento de las normas constitucionales y legales vigentes aplicables, las deudas que asuma *La Fiduciaria* por cuenta y orden del *Fideicomiso VBC RD* serán obligaciones exclusivamente garantizadas o respaldadas por el Patrimonio Fideicomitado. En el entendido de que el riesgo de que los bienes, derechos y productos y en general los demás ingresos del Patrimonio Fideicomitado, no fuesen suficientes para efectuar dicho pago, correrá exclusivamente a cargo de los Acreedores o los Terceros que hayan asumido el riesgo respectivo, por lo que no originarán deuda pública.

En la medida en que el Estado dominicano otorgue alguna garantía o se obligue a proveer fondos para el mantenimiento de reservas u otras obligaciones de pago o de carácter financiero, *La Fiduciaria* tendrá el derecho de hacer cumplir tales obligaciones en beneficio de dichos Acreedores o Terceros, con cargo al Patrimonio Fideicomitado

e') Exenciones Fiscales

En adición a las exenciones anteriormente descritas, están

Impuesto a la transferencia de Bienes Inmuebles. El *Fideicomiso VBC RD* estará exonerado del pago del impuesto a la transferencia de bienes inmuebles con respecto a: (i) los inmuebles que sean aportados al *Fideicomiso VBC RD* para los fines para los que fue constituido; (ii) los inmuebles que sean adquiridos con recursos del *Fideicomiso VBC RD* para los fines para los que fue constituido; y(iii) los inmuebles que sean transferidos o cedidos, bajo cualquier modalidad, por el *Fideicomiso Matriz* a los *Fideicomisos Vinculados* para el cumplimiento de sus fines.

Las transferencias a los adquirentes de viviendas construidas y vendidas por el Fideicomiso VBC RD o por los Fideicomisos Vinculados, estarán exentas del pago del impuesto a la transferencia de bienes inmuebles cuando la vivienda (i) sea adquirida para fines de residencia del adquirente; (ii) se complete su pago con un préstamo hipotecario con una entidad de intermediación financiera o cooperativa autorizada

Estarán exentos del impuesto sobre la transferencia inmobiliaria los traspasos de inmuebles que realice el Fideicomiso VBC RD a los Fideicomisos Vinculados o a personas físicas o jurídicas con el propósito de desarrollar viviendas de bajo costo, obras de equipamiento social o institucional. Esta exención no aplicará en el caso de transferencia para el desarrollo de áreas comerciales.

Impuesto a la Transferencia de Bienes Industrializados y Servicios (ITBIS). El Fideicomiso VBC RD estará exonerado del pago del Impuesto a la Transferencia de Bienes Industrializados y Servicios (ITBIS) respecto de la Comisión Fiduciaria, y cuando adquiera cualesquiera bienes o servicios relacionados a los fines del Fideicomiso, así como en lo relacionado al desarrollo de infraestructuras, lotificaciones, edificaciones, áreas verdes, calles, aceras, áreas deportivas, culturales e institucionales, o cualquier otra actividad que se ejecute con cargo a su patrimonio, dentro de los proyectos desarrollados.

Aranceles e Impuestos de Importación. El Fideicomiso VBC RD estará exonerado del pago aranceles y cualquier impuesto en la importación, incluyendo ITBIS, que incidan o recaigan sobre la introducción en el país de las maquinarias y equipos, los repuestos de dichas maquinarias y equipos, materiales y otros bienes de cualquier naturaleza que se requieran para la ejecución de las obras relacionadas a los fines del Fideicomiso.

f) Secreto Fiduciario

Es obligación de *La Fiduciaria* guardar el secreto fiduciario frente a los Terceros respecto de las operaciones, actos, contratos, documentos e información que se relacionen con los fideicomisos, con los mismos alcances que la legislación en materia económica y penal vigente en la República Dominicana establece para el secreto bancario o secreto

profesional, tanto durante la vigencia como luego de la terminación del *Fideicomiso VBC RD* por la causa que fuere. Dicha obligación de confidencialidad no será aplicable a informaciones contenidas en el presente acto constitutivo, a cualquier otro acto sujeto a registro público o a cualquier otra información que deba hacerse pública en virtud de la ley. No obstante lo anterior, *La Fiduciaria*, podrá proveer la información que sea necesaria o apropiado incluir en todo prospecto o memorando de oferta de títulos de deuda emitidos con cargo al Patrimonio Fideicomitado, o asimismo, proveer a los agentes o suscriptores de tales títulos de deuda o agentes estructuradores de cualquier otro financiamiento, la información que sea necesaria o apropiado suministrar en relación con dichos financiamientos o endeudamientos

d) Otros Beneficios

En adición a las exenciones fiscales y al Bono Itbis, los adquirientes del Proyecto Ciudad Juan Bosch gozarán de:

- El **Bono Tierra** es una concesión especial del Estado para reducir el pago del inicial a la vivienda. Tendrá un valor mayor para familias con miembros que tengan discapacidad, para adquirientes mayores de 60 años y para familias donde las madres solteras sean jefas de hogar

Este bono corresponde a una proporción del precio del terreno que se calcula, tomando en cuenta el valor actual del terreno urbanizado con relación al valor original del terreno y que se le entrega al comprador para que pueda aplicarlo como abono al precio de venta, equivalente aproximadamente a un 2% del valor de la vivienda (que va desde RD\$15,000 a RD\$35,000).

Para lo cual en los Criterios de Referencia se crearon los siguientes rangos:

Rango de Viviendas	Áreas (MTS2)	Valor (RD\$) Bono Tierra
Primer Rango	45 a 55	35,000.00
Segundo Rango	56 a 69	25,000.00
Tercer Rango	70 a 80	15,000.00

- El **Bien de Familia** es una institución jurídica protegida por el derecho civil que consiste en la afectación de un inmueble a la garantía de las necesidades de sustento y vivienda familiar, es decir que busca la conservación del bien protegido dentro del patrimonio familiar. Dicha figura se caracteriza por atribuir al bien afectado el carácter de inembargable e inajenable, y solo puede ser constituido uno por familia. En nuestro ordenamiento jurídico se encuentra regulado por las leyes Nos.1024 sobre Constitución de Bien de Familia Inembargable y 339 sobre Bien de Familia.

Para fines de viviendas de bajo costo desarrolladas con aportes del Estado y participación del sector privado, al amparo de la presente ley, no será aplicable el régimen de declaración y constitución de Bien de Familia, establecido en la Ley sobre Bien de Familia y sus modificaciones (art. 139).

Las unidades habitacionales edificadas en proyectos de viviendas de bajo costo con aportes del Estado y participación del sector privado, sólo podrán ser asignadas a favor de adquirentes para los cuales dichas unidades constituyen la primera vivienda destinada a la residencia principal y, en ningún caso, secundaria. La inobservancia de la presente condición se sancionará con la nulidad de la asignación de la vivienda y del traspaso de la misma a quien resultare adquirente (art. 138)

- **Encaje Legal⁴⁷³ y Financiamiento:** El Banco Central Liberó 12 mil millones de pesos dominicanos, en diciembre del 2016, para encaje legal de los banco múltiples

⁴⁷³ **Encaje Legal:** Es un mecanismo establecido por el Banco Central, que obliga a todas las instituciones financieras a mantener disponible una determinada proporción de sus pasivos para que puedan enfrentar

y asociaciones de ahorros y préstamos para ser destinados a la construcción de viviendas a bajo costo, especialmente en la ciudad Juan Bosch y para la adquisición de las viviendas a través de la banca nacional, a una tasa fija del 9% durante 20 años, revisable cada cuatro años, sin que la misma exceda 1% anual ni el 12% durante el período de los 20 años. En marzo del 2015 se liberó 10 mil millones para facilitar créditos hipotecarios para viviendas de bajo costo. Lo que hace posible gracias a la liberación de encaje legal, que hace factible para la banca aplicar estas condiciones de financiamiento.

- **Garantía:** Sin perjuicio de que los inmuebles para el desarrollo de este tipo de proyecto hayan sido aportados al fideicomiso para la construcción por el Estado, sobre los mismos podrá ser inscrita hipoteca convencional a favor de los entes que hayan financiado el proyecto a los fines de garantizar sus créditos⁴⁷⁴ (art. 135). La Junta Monetaria aprobó que los intermediarios financieros admitan Certificados de Garantías Fiduciarias para conceder financiamientos de fideicomisos en construcción. Certificado de Garantía Fiduciaria: Es la constancia de ser beneficiario de un fideicomiso de garantía cuyo subyacente sea un activo que cumpla con las características del Artículo 17 del Reglamento de Evaluación de Activos (REA)

STAKEHOLDERS (PRINCIPALES PARTES INVOLUCRADAS)

- Ministerio de Obras Públicas y Comunicación: Facilitar, coordinar y acordar los requerimientos a cumplir por el solicitante para la transmisión.
- Instituto Nacional de la Vivienda: Órgano competente para acreditar los proyectos de vivienda de bajo costo.

los retiros de depósitos de sus clientes. También es usado como instrumento regulador de la cantidad de dinero en circulación y como instrumento selectivo del crédito

⁴⁷⁴ Esta disposición anterior constituye una excepción a la regla general indicada en los artículos 7 y 9 de la Ley.

- Dirección de Impuestos Internos: Órgano competente para la compensación fiscal y demás aspectos tributarios del régimen.
- Ministerio de Hacienda: Órgano encargado de la inclusión en el presupuesto nacional.
- Fideicomiso para la Construcción: Encargado de desarrollo de proyectos
- Adquirientes: Adquirientes de la vivienda

F) Fideicomiso Público Ciudad Juan Bosch Norte VBC RD

Un segundo proyecto urbano integral de construcción masiva de Viviendas de Bajo Costo, iniciado bajo la coordinación del “Fideicomiso para la Construcción de Viviendas de Bajo Costo República Dominicana VBC RD”, lo es “Ciudad Juan Bosch Norte”, ubicado en el Distrito Municipal de Hato del Yaque, en el municipio de Santiago, localizado en la salida de la Ciudad hacia el Oeste, llegando por la Carretera a San José de Las Matas y a unos 15 minutos del centro de la ciudad de Santiago.

El proyecto dispone de una extensión de terreno de aproximadamente 1,600,000 metros cuadrados para la construcción y venta por parte del Sector Privado de unas 10,000 unidades habitacionales de bajo costo dentro de la Ley No. 189-11 con alianza Público - Privada. El Master Plan fue elaborado bajo los lineamientos de un diseño sostenible, funcional, incluyente y dinámico que establezca un estilo de vida integrado como un ejemplo de Desarrollo Urbano Territorial. De igual manera se coordina la ejecución de la infraestructura de servicios básicos con los diferentes ministerios.

El proyecto Ciudad Juan Bosch Norte se desarrollará mediante 23 manzanas cuyo tamaño oscilan entre 6,156 mts² hasta 176,000 mts². El tejido urbano resultante se conformará en núcleos con equipamientos y espacio público compuesto por plazas, edificios comerciales,

entre otros. Estas grandes manzanas están delimitadas en todos sus lados por vías vehiculares públicas y están divididas en lotes con los usos que conforman el master plan.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EL DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURA VIAL

La infraestructura de un país constituye el andamiaje que permite el desarrollo individual y colectivo de sus habitantes, resulta indispensable para el ejercicio de las actividades económicas y es un instrumento insustituible de las políticas dirigidas a disminuir la exclusión social y aumentar el bienestar colectivo.

Indiscutiblemente que la infraestructura conforma la red de instalaciones y obras de uso público que hacen posible la convivencia, el desarrollo individual y colectivo y la actividad económica de una sociedad. Es la existencia de esta infraestructura básica, su amplitud, calidad, sustentabilidad y acceso, la que permite la prestación de los servicios públicos que en buena medida definen el bienestar individual y colectivo, el grado de cohesión de la sociedad y el nivel de productividad de su economía.

Por lo que el sistema vial de las ciudades es el esqueleto sobre el cual se configuran todos los espacios urbanos. Trabaja como conector entre los diferentes puntos del territorio, ya que sirve como plataforma para el desplazamiento de los flujos vehiculares y peatonales, logrando minimizar la distancia entre objetivos y personas. La infraestructura vial soporta la distribución del sistema de transporte público privado, permitiendo el intercambio de mercancías y convirtiéndose en un factor clave del movimiento socioeconómico a diferentes escalas. Por estas razones, la condición en que se encuentren las vías incide en el desarrollo comercial, industrial, laboral, de servicios, entre otros.

La Red Vial Principal ⁴⁷⁵ de la República Dominicana es un bien nacional de uso público y resulta de interés y prioritario para El estado Dominicano, que, asumiendo su función de adoptar medidas que garanticen la adecuada operación, desempeño y desarrollo de la Red Vial del país, crear un mecanismo sostenible que asegure una gestión de conservación y operación vial transparente y eficiente, así como la preservación del patrimonio vial nacional mediante la utilización de los recursos públicos especializados para ello.

Por lo tanto, la constitución de un fideicomiso posee el carácter de actor clave en el desarrollo de la infraestructura vial de República Dominicana, rubro de suma importancia para el desarrollo económico de los países.

A) Fideicomiso RD Vial

a) Características Contractuales

a') Objeto

El Presidente de la República, de conformidad con el Artículo 128 de la constitución de la República Dominicana, que establece en su Numeral 2, las facultades que tienen en su condición de Jefe de Gobierno, cuyo literal d) establece que puede Celebrar contratos, sometiéndolos a la aprobación del Congreso Nacional cuando contengan disposiciones relativas a la afectación de las rentas nacionales, a la enajenación de bienes del Estado, al levantamiento de empréstitos o cuando estipulen exenciones de impuestos en general, de acuerdo con la Constitución, presentó al Congreso Nacional el contrato, de fecha 18 de octubre del 2013 suscrito entre el Estado Dominicano y la Sociedad Fiduciaria Reservas,

Con el interés que dicho congreso apruebe la constitución del "Fideicomiso Público para la Operación, Mantenimiento y Expansión de la Red Vial Principal"⁴⁷⁶ de la República

⁴⁷⁵ Red vial Principal significa la red de carreteras primarias y circunvalaciones caracterizadas por proporcionar un elevado nivel de movilidad, para grandes volúmenes de tráfico. Su función principal es atender el tránsito de larga distancia y conectar las principales ciudades o centros generadores de actividad en la República Dominicana. Las carreteras y circunvalaciones que conforman la Red Vial Principal de República Dominicana

⁴⁷⁶ *Expansión o Ampliación de la Red Vial Principal*: Significa la ampliación de la Red Vial Principal mediante la Construcción de nuevos tramos viales y segmentos o carriles adicionales para complementar o ampliar la Red Vial Principal, incluyendo pero no limitado a las vías y sus obras complementarias entre ellas aceras,

Dominicana (FIDEICOMISO RD VIAL)", por tratarse de un fideicomiso constituido por el Estado Dominicano con bienes y derechos que forman parte de su patrimonio, con el objetivo de implementar y ejecutar obras de interés nacional.

El Objeto del FIDEICOMISO RD VIAL es la creación de una estructura financiera independiente para la administración transparente y eficiente de ciertos bienes y derechos (Patrimonio Fideicomitado), con el propósito de asegurar la adecuada operación de la Red Vial Principal de la República Dominicana; así como, la ejecución de las actuaciones y obras necesarias para su ampliación, rehabilitación, conservación y/o mantenimiento, incluyendo entre ellas, actividades de financiamiento. Dentro de sus principales fines se encuentran:

- 1.- Preservar y ampliar la Red Vial Principal de la República Dominicana, la cual constituye uno de los patrimonios públicos de mayor valor para el Estado Dominicano.
- 2.- Asegurar la utilización eficiente y transparente de los ingresos provenientes de las recaudaciones de las Tarifas de Peajes, de la explotación comercial del derecho de vías, así como de otras fuentes o ingresos especializados o destinados al mismo, de manera que se garantice la operación continua y el mantenimiento rutinario de las vías que conforman la Red Vial Principal del país.
- 3.- Proveer a los usuarios asistencia y servicios viales de alta calidad.

b') Partes del Fideicomiso y Patrimonio Fideicomitado

Las partes del fideicomiso RD Vial son:

barandas, cercas, defensas, brocales e islas, puentes y túneles para paso de peatones, infraestructura física de las Estaciones de Peaje y sistemas tecnológicos; así como, la incorporación de nuevas vías por decisión del Fideicomitente o a través de la adquisición legal de derechos de explotación de vías y recaudo de peajes existentes.

FIDEICOMITENTE: El Estado Dominicano, representado por el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones⁴⁷⁷, quien está facultado para la realización del acto mediante el Decreto No. 277-13 del 25 de septiembre de 2013, modificado por el Decreto No. 301-13 del 16 de octubre de 2013.

FIDEICOMISARIO: El propio Fideicomitente, el Estado Dominicano, por cuanto es el beneficiario directo del FIDEICOMISO RD VIAL y el titular del derecho de reversión del Patrimonio Fideicomitado, una vez termine el mismo.

FIDEUCIARIA: Fiduciaria Reservas, S.A. en su calidad de fiduciaria, quien acepta el cargo y recibe el Patrimonio Fideicomitado para la realización de las actividades que se le encomiendan para la consecución de los fines del FIDEICOMISO RD VIAL, debiendo cumplir las instrucciones impartidas por el Comité Técnico⁴⁷⁸.

En cuanto al **Patrimonio Fideicomitado**:

El Fideicomitente transfiere y afecta de forma irrevocable, por el plazo de duración del mismo, los bienes y derechos que se listan a continuación, con la finalidad de que éstos constituyan el Patrimonio Fideicomitado:

a) Los derechos de uso y explotación de los bienes públicos que sean necesarios para la prestación de los servicios viales, entre los cuales se encuentran los derechos de uso y explotación de la infraestructura de las Estaciones de Peaje⁴⁷⁹, para el mantenimiento, reparación y construcción de autopistas, carreteras y puentes.

⁴⁷⁷ Significa el Ministerio que actualmente tiene entre sus funciones las de construir, ampliar, reparar y dar mantenimiento a las obras de infraestructura de transporte; establecer, supervisar y controlar el Sistema Nacional de Peajes, a fin de asegurar los recursos necesarios para el mantenimiento de las redes viales del país con miras a garantizar la segura y efectiva comunicación terrestre en el territorio nacional.

⁴⁷⁸ Comité Técnico es el órgano auxiliar del FIDEICOMISO RD VIAL que constituye el Fideicomitente de conformidad con el literal h) del Artículo 23 del Reglamento 95-12, con las características, atribuciones y facultades que se establecen en las Cláusulas Novena (9o), Décimo (10°) y Décimo Primera (11o) del Contrato

⁴⁷⁹ **Estación de Peaje**: Significa cada una de las estaciones, casetas o instalaciones ubicadas o a ser instaladas en puntos específicos de los tramos viales para el cobro de la Tarifa de Peaje a los usuarios de las vías de comunicación terrestre de la Red Vial Principal y las ampliaciones o expansiones de las mismas, sea

- b) Los derechos de cobro y recaudación de peajes de las Estaciones de Peaje que actualmente operan en la Red Vial Principal, más los derechos de cobro y recaudación en aquellas otras Estaciones de Peaje que en el futuro se incorporen a la Red Vial Principal.
- c) Los ingresos provenientes del derecho de cobro y recaudación de peajes a que se refiere el inciso b) que antecede.
- d) La explotación comercial de los Derechos de Vía de la Red Vial Principal.
- e) Los ingresos provenientes del derecho de cobro y recaudación de la explotación comercial del Derecho de Vía a que se refiere el inciso d) que antecede.
- f) Los recursos líquidos que se incorporen al Patrimonio Fideicomitado derivados de los derechos y bienes afectos al FIDEICOMISO RD VIAL, su inversión y reinversión, las ganancias de capital, intereses y demás rendimientos financieros que generen los bienes fideicomitados.
- g) Los recursos que se obtengan de Endeudamientos que la Fiduciaria contrate por cuenta y orden del FIDEICOMISO RD VIAL y con cargo al Patrimonio Fideicomitado.
- h) Los recursos provenientes de eventuales emisiones de títulos en el mercado de capitales nacional o internacional o de cualquier otro esquema de financiación de aceptación nacional o internacional.
- i) Las contribuciones futuras que en su caso fueren aportadas por el Fideicomitente como parte del Presupuesto General de la Nación.
- j) Los bienes y/o derechos que en el futuro sean aportados por el Fideicomitente, previa aprobación del Congreso Nacional cuando sea exigido por la Constitución de la República.

mediante la construcción de nuevos carriles o la operación de actividades de cobro y recaudo en carriles adicionales o en doble vía o sentido.

k) Los recursos que terceras personas aporten al FIDEICOMISO RD VIAL en calidad de donativos a título gratuito.

l) Los demás ingresos que reciba o adquiera por cualquier título legal, y que colaboren a la consecución del objeto del FIDEICOMISO RD VIAL.

c') Duración y Garantía de Deuda

FIDEICOMISO RD VIAL tendrá una vigencia de treinta (30) años a partir de su constitución. Transcurrido dicho plazo se llevarán a cabo los trámites necesarios para su extinción y la reversión del Patrimonio Fideicomitado al Fideicomitente, salvo que el Fideicomitente solicite la prórroga del mismo mediante las formalidades legales que se requieran.

Los Endeudamientos que contraiga La Fiduciaria por cuenta y orden del FIDEICOMISO RD VIAL, se garantizarán y pagarán con cargo al Patrimonio Fideicomitado.

En ningún caso se presumirá una garantía soberana o aval del Estado Dominicano, por lo que salvo constitución expresa de garantía o aval del Estado Dominicano, previo cumplimiento de las normas constitucionales y legales vigentes aplicables, las deudas que asuma La Fiduciaria por cuenta y orden del FIDEICOMISO RD VIAL serán obligaciones exclusivamente garantizadas o respaldadas por el Patrimonio Fideicomitado, en el entendido de que el riesgo de que los bienes, derechos y productos, en general los demás ingresos del Patrimonio Fideicomitado, incluyendo por concepto de Tarifas de Peaje no fuesen suficientes para efectuar dicho pago, correrá exclusivamente a cargo de los Acreedores⁴⁸⁰ o los Terceros que hayan asumido el riesgo respectivo, por lo que no originarán deuda pública.

⁴⁸⁰ **Acreedor:** Significa los inversionistas nacionales o internacionales, bancarios, institucionales y/o privados, de inversión, fondos de inversión, entidades multilaterales, entre otros, que otorguen financiamientos al FIDEICOMISO RD VIAL para la consecución de sus fines y con derecho a recibir el pago de sus créditos con cargo al Patrimonio Fideicomitado. Adicionalmente, en los casos en los cuales se emitan valores, los tenedores de bonos que adquieran títulos de cualquier clase que sean emitidos por el FIDEICOMISO RD VIAL también serán considerados como Acreedores.

En la medida en que el Estado Dominicano otorgue alguna garantía o se obligue a proveer fondos para el mantenimiento de reservas u otras obligaciones de pago o de carácter financiero, La Fiduciaria tendrá el derecho de hacer cumplir tales obligaciones en beneficio del mismo con cargo al Patrimonio Fideicomitado.

d') Comité Técnico y Exenciones Fiscales

Con fundamento en el Artículo 23, literal h) del Reglamento 95-12⁴⁸¹, el Fideicomitente constituye en su representación un Comité Técnico, como órgano auxiliar del FIDEICOMISO RD VIAL, sin que sustituya a la Fiduciaria en sus obligaciones y labores administrativas. La Fiduciaria no podrá eximirse de su responsabilidad ante el Fideicomitente ni frente a Terceros, debiendo siempre ejercer su labor como buen padre de familia. La Fiduciaria no será responsable por los actos que el Comité Técnico realice fuera del Contrato o de la ley sin la anuencia de La Fiduciaria.

El Comité Técnico estará integrado por los tres (3) miembros que se indican a continuación, conforme lo dispuesto por el Decreto No. 277-13 del 25 de septiembre de 2013, modificado por el Decreto No. 301-13 del 16 de octubre de 2013:

- El (la) Ministro(a) de Hacienda, quien fungirá como Presidente; y,
- El (la) Ministro(a) de Economía, Planificación y Desarrollo; quien fungirá como Vicepresidente; y,
- El (la) Ministro(a) de Obras Públicas y Comunicaciones, quien fungirá como Secretario Técnico.

Fideicomiso RD VIAL estará exonerado del pago de todo impuesto, contribución, tasa, arancel, arbitrio, sobre sus bienes, capital, reservas y demás operaciones que realice o sean hechas a su favor o a cargo del Patrimonio Fideicomitado, incluyendo, pero no estando limitado al, Impuesto Sobre la Renta⁴⁸², Impuesto a la Transferencia de Bienes

⁴⁸¹ Reglamento 95-12, para la aplicación de la Ley No. 189-11

⁴⁸² **Impuesto sobre la Renta** es el impuesto que grava toda renta, ingreso, utilidad o beneficio, obtenido por personas físicas, sociedades y sucesiones indivisas, en un período fiscal determinado

Industrializados y Servicios (ITBIS)⁴⁸³, Impuesto Selectivo al Consumo⁴⁸⁴, así como cualquier otro impuesto, contribución, tasa, arancel, arbitrio, de cualquier naturaleza, establecido por ley, decreto o resolución de la República Dominicana, o que pueda ser establecido en el futuro.

Asimismo, no estarán sujetas al pago de ninguna clase de impuestos, tasas, sobretasas, contribuciones y derechos de carácter nacional, los permisos de construcción, de viabilidad ambiental y otras autorizaciones gubernamentales requeridas para ejecutar las obras encargadas al FIDEICOMISO RD VIAL, así como las adquisiciones de materiales, equipos, bienes, repuestos y accesorios necesarios y los servicios requeridos para la implementación de las operaciones del FIDEICOMISO RD VIAL.

Los Contratistas Privados y subcontratistas que sean contratados por cuenta del FIDEICOMISO RD VIAL y con cargo al Patrimonio Fideicomitado, para la ejecución de obras de infraestructura en la Red Vial Principal, estarán exonerados del pago de todo impuesto, contribución, tasa, arancel, arbitrio aplicable a los trabajos de ejecución de las obras, incluyendo, pero no estando limitado a: (i) el Impuesto a la Transferencia de Bienes Industrializados y Servicios (ITBIS); (ii) el pago de derechos e impuestos de importación, incluyendo ITBIS, que incidan o recaigan sobre la introducción en el país de las maquinarias y equipos, los repuestos de dichas maquinarias y equipos, materiales y otros bienes de cualquier naturaleza que se requieran para la ejecución de las obras y/o para dar cumplimiento a las obligaciones asumidas por los Contratistas Privados; (iii) el pago de

⁴⁸³ **Impuesto a la Transferencia de Bienes Industrializados y Servicios (ITBIS)** es un impuesto general al consumo tipo valor agregado que se aplica a la transferencia e importación de bienes industrializados, así como a la prestación de servicios. En otros países este impuesto es llamado Impuesto al Valor Agregado (IVA). En cumplimiento con lo establecido en los párrafos I y II del art. 23 de la Ley 253-12, se informa a los contribuyentes que la tasa del ITBIS a aplicar a las transferencia de bienes gravadas y/o prestación de servicios a partir del 2016 será del 18%.

⁴⁸⁴ **Impuesto Selectivo al Consumo** es el impuesto que grava las transferencias de algunos bienes de producción nacional a nivel de fabricación, así como su importación; servicios de telecomunicaciones, de seguros y pagos a través de cheques. Este impuesto se pagará con tasas diversas en función del bien o servicio al cual se aplique, entre los que citamos: (1) Productos del alcohol: montos específicos en función de la cantidad de litros de alcohol absoluto. (2) Productos del tabaco: montos específicos en función de cajetillas de cigarrillos. (3) Servicios de telecomunicaciones: 10%. (4) Cheques y transferencias electrónicas: 1.5 por mil (0.0015). (5) Servicios de seguros en general: 16%. (6) Otros bienes establecidos en la Ley: montos específicos según el bien.

derechos de aduana e impuestos internos sobre los vehículos de motor, destinados al uso del personal asignado a las obras y los repuestos para dichos vehículos.

e') Rendición de Cuentas y Secreto Fiduciario

La Fiduciaria elaborará y remitirá bimensualmente dentro de los primeros cinco (5) días hábiles de cada mes al domicilio de elección del Comité Técnico o vía electrónica con la firma autógrafa o electrónica de su Gestor Fiduciario, a través del correo electrónico que señalen las partes, los estados financieros bimensuales no auditados que manifiesten los movimientos realizados en este FIDEICOMISO RD VIAL durante el período correspondiente.

Adicionalmente, La Fiduciaria deberá efectuar una rendición de cuentas semestral al Comité Técnico, firmada por el Gestor Fiduciario, en la que deberá incluir la información comprobada, documentada y pormenorizada sobre la gestión realizada por La Fiduciaria para cumplir con el Objeto y los Fines del FIDEICOMISO RD VIAL.

Es obligación de La Fiduciaria guardar el secreto fiduciario frente a los Terceros respecto de las operaciones, actos, contratos, documentos e información que se relacionen con los fideicomisos, con los mismos alcances que la legislación en materia económica y penal vigente en la República Dominicana establece para el secreto bancario o secreto profesional, tanto durante la vigencia como luego de la terminación del FIDEICOMISO RD VIAL, por la causa que fuere.

Dicha obligación de confidencialidad no será aplicable a informaciones contenidas en el acto constitutivo, a cualquier otro acto sujeto a registro público o a cualquier otra información que deba hacerse pública en virtud de la ley. No obstante lo anterior, La Fiduciaria, previa autorización escrita del Comité Técnico, podrá proveer la información que sea necesaria o apropiado incluir en todo prospecto o memorando de oferta de títulos de deuda emitidos con cargo al Patrimonio Fideicomitado, o asimismo, proveer a los agentes o suscriptores de tales títulos de deuda o agentes estructuradores de cualquier otro

Financiamiento la información que sea necesaria o apropiado suministrar en relación con dichos Financiamientos o Endeudamientos.

f) Proyectos a Ejecutar

A.- Carreteras

MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y COMUNICACIONES				
PROYECTOS FIDEICOMISO RD VIAL				
NO	PROVINCIA	PROYECTO	CARRILES	KMS
REGION NORTE O CIBAO				
1	PUERTO PLATA	CARRETERA NAVARRETE - PUERTO PLATA, Tramo Navarrete - Maimon	4	36.7
2	PUERTO PLATA	CARRETERA NAVARRETE - PUERTO PLATA, Tramo Navarrete - Maimon	4	8.4
TOTAL REGION NORTE O CIBAO				45.1
REGION GRAN SANTO DOMINGO Y DISTRITO NACIONAL				
3	SANTO DOMINGO	CIRCUNVALACION SANTO DOMINGO - TRAMO I	4	17.5
4	SANTO DOMINGO	CIRCUNVALACION SANTO DOMINGO - TRAMO II (Fase A)	4	16
4	SANTO DOMINGO	CIRCUNVALACION SANTO DOMINGO - TRAMO II (Fase B Y C)	4	20
5	SANTO DOMINGO	CORREDOR DUARTE II, Elevado Carretera Mella - Charles De Gaulle	4	0.4
6	DISTRITO NACIONAL	CORREDOR DUARTE II, Paso inferior Av. Privada - Av. 27 de Febrero	4	0.5
7	DISTRITO NACIONAL	CORREDOR DUARTE II, Solución Av. Republica de Colombia		
8	SANTO DOMINGO	Tramo La Caleta-Boca Chica	4	10.5
TOTAL GRAN SANTO DOMINGO Y DISTRITO NACIONAL				64.9
REGION SUR				
9	BARAHONA	CONSTRUCCION Y RECONSTRUCCION CARRETERA BARAHONA - CIENEGA - PARAISO - ENRIQUILLO	2	52
10	SAN JUAN	CIRCUNVALACION SUR DE SAN JUAN	4	2.32
11	SAN JUAN	CONSTRUCCION Y RECONSTRUCCION CARRETERA SAN JUAN - PRESA DE SABANETA	2	21.8
12	SAN JUAN	CARRETERA PADRE LAS CASAS - BOHECHIO	2	10
TOTAL REGION SUR				86.1
TOTAL				196.1
				KMS

Tabla de realización propia, con datos del portal RD Vial

B.- Peajes

1.- 6 de Noviembre: Ubicado en el Km 5 de la Autopista 6 de Noviembre. Inaugurado en Agosto de 1999. Capacidad 8 carriles

2.- Circunvalación Juan Bosh I: Ubicado en el Km 5.25 de la Circunvalación Juan Bosh, tramo I. Inaugurado en Febrero de 2015. Capacidad 8 carriles

3.- Circunvalación Juan Bosh 2: Ubicado en el Km 8 de la Circunvalación de Juan Bosh tramo II. Inaugurado en Julio de 2015. Capacidad 8 carriles

4.- Circunvalación Santiago: Ubicado en el Km 21.8 de la Circunvalación de Santiago. Inaugurado en Febrero de 2014. Capacidad 6 carriles

5.- Coral 1: Ubicado en el Km 18 de la Autopista #1 Coral. Inaugurado en Agosto de 2012. Capacidad 6 carriles

6.- Coral 2: Ubicado en el Km 52 de la Autopista #1 Coral. Inaugurado en Diciembre de 2012. Capacidad 6 carriles

7.- Duarte: Ubicado en el Km 25 de la Autopista Duarte. Inaugurado en Agosto, 1999. Capacidad 8 carriles

8.- La Romana: Ubicado en el Km 8 de la Circunvalación de La Romana. Inaugurado en Diciembre, 2013. Capacidad 6 carriles

9.- Las Américas: Ubicado en el Km 22 de la Autopista Las Américas. Inaugurado en Agosto de 1999. Capacidad 10 carriles

10.- Sánchez: Ubicado en el Km 12 de la Autopista Sánchez. Inaugurado en Agosto de 1999. Capacidad 8 carriles

b) Evaluación del Fideicomiso RD Vial

Debilidades Contractuales

En cuanto a la parte contractual, nos llama la atención los siguientes puntos.

1.- La República Dominicana cuenta con la **Ley 340-06, sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones**, del 18 de agosto del 2006, modificada por la Ley 449-06, del 4 de diciembre del 2006 y su Reglamento de aplicación, dado por el Decreto 543-12, del 6 de septiembre de 2012. A través de dicho texto legal, se establecen las normas y principios que rigen esa modalidad de contratación la cual, a su vez, es entendida como la obtención de obras, bienes, servicios u otorgamiento de concesiones por parte de las entidades del sector público dominicano.

Bajo el control de esa normativa, se encuentran las contrataciones que realice el Estado dominicano a través del Gobierno Central (Poder Ejecutivo y todos sus ministerios, el Poder Legislativo, Poder Judicial, la Junta Central Electoral y la Cámara de Cuentas), de las instituciones descentralizadas y autónomas financieras y no financieras, las instituciones públicas de la seguridad social, los ayuntamientos, las empresas públicas y cualquier entidad que contrate la adquisición de bienes, servicios, obras y concesiones con fondos públicos (artículo 2 de la Ley).

El mismo texto legal establece los principios que regirán esas compras y contrataciones, a saber: principio de eficiencia, de igualdad y libre competencia, de transparencia y publicidad, de economía y flexibilidad, de equidad, de responsabilidad, moralidad y buena fe, de reciprocidad, de participación y de razonabilidad.

La Administración pública debe atender a la protección que debe sobre los intereses públicos. Razón por la cual se le otorga a la Administración, el privilegio de autotutela, de ejecutividad de sus actos y resoluciones observando las exigencias procedimentales que le imponen las leyes.

Visto lo anterior debemos llegar a la necesaria conclusión de que, tal y como expresa el referido texto legal, todas las compras y contrataciones de servicios, consultoría y alquileres con opción de compra y arrendamiento, salvo aquellos exceptuados por el mismo, deben ser realizados a través de los procedimientos que éste establece: licitación pública, licitación restringida, sorteo de obras, comparación de precios o subasta inversa.

En ese sentido, cabría preguntarse si la contratación del Fideicomiso para la Operación, Mantenimiento y Expansión de la Red Vial Principal de la República Dominicana, suscrita entre el Estado Dominicano y la Fiduciaria Reservas, ha observado los requerimientos legales y atendido a los principios rectores del régimen de compras y contrataciones que hemos enunciado, así como a los principios rectores del régimen económico de la nación que consagra el artículo 217⁴⁸⁵ de la Constitución, el cual se fundamenta en el crecimiento económico, la redistribución de la riqueza, la justicia social, la equidad, la cohesión social y territorial y la sostenibilidad ambiental, en un marco de libre competencia, igualdad de oportunidades, responsabilidad social, participación y solidaridad.

La contratación del referido fideicomiso se efectuó de manera directa, sin que se sometiera una licitación pública, al existir otros oferentes de servicios similares en nuestro país. De esa forma, la Cámara de Diputados aprobó el contrato, en el ejercicio de las funciones que le confiere el artículo 93⁴⁸⁶ de la Constitución.

Sin embargo, la Constitución y leyes deben ser respetados y los procesos que éstas crean deben ser observados por la Administración, para asegurar que el Estado cumpla con su función esencial formulada en el artículo 8⁴⁸⁷ de nuestra Carta Magna, respecto de la “protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención

⁴⁸⁵ **Artículo 217.- Orientación y fundamento.** El régimen económico se orienta hacia la búsqueda del desarrollo humano. Se fundamenta en el crecimiento económico, la redistribución de la riqueza, la justicia social, la equidad, la cohesión social y territorial y la sostenibilidad ambiental, en un marco de libre competencia, igualdad de oportunidades, responsabilidad social, participación y solidaridad

⁴⁸⁶ **Artículo 93.- Atribuciones.** El Congreso Nacional legisla y fiscaliza en representación del pueblo

⁴⁸⁷ **Artículo 8.- Función esencial del Estado.** Es función esencial del Estado, la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas.

de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas”.

El Estado debe regularizar este y cualquier otro proceso de contratación que no se haya ajustado a las normas establecidas. Es deber del Estado lograr la máxima eficiencia en el manejo de los fondos públicos, asegurando adicionalmente, competitividad y transparencia.

2.- **La Ley No. 567-05 de Tesorería Nacional**, promulgada en diciembre del 2005, establece, entre otras regulaciones, lo que se denomina Cuenta Única del Tesoro, en la cual indica que todos los impuestos y tasas cobradas en formas directas por las instituciones del gobierno central y descentralizada sean depositadas en la Tesorería Nacional e integradas al presupuesto nacional y manejadas conforme a la Ley No. 423-06, Ley Orgánica de Presupuesto para el Sector Público.

Estas leyes no fueron observadas en el contrato, los recursos recaudados por el cobro de los peajes serán manejados al margen de la Ley 423-06 de presupuesto nacional y le da la potestad de que dichos recursos sean manejados por la Fiduciaria. El fideicomiso RD Vial, estable que los recursos por el cobro de peajes sean manejados al margen del Presupuesto Nacional⁴⁸⁸.

Situación financiera a septiembre 2016

Fideicomiso RD Vial, constituido por el Estado para aislar las recaudaciones por concepto de peaje, para que sean correctamente reinvertidas, de manera enfocada en las carreteras que las generan. Sin embargo la cultura de la opacidad se impone en medio de fuertes debilidades institucionales. La rendición de cuentas, tan masticada, aludida y poco practicada, debería ser siempre la clave preventiva de crisis de credibilidad, disturbios en la imagen y percepciones que pueden causar pérdidas económicas y hasta políticas.

⁴⁸⁸ Proyecto Presupuesto Nacional 2016, pág. 62.

La información de la situación financiera del Fideicomiso RD Vial, no está disponible al público. Su portal no da ninguna información al respecto. No existe información de lo que ingresa y de lo que invierte. La realidad financiera se supo a través del informe presentado por la Clasificadora de Riesgo Feller Rate⁴⁸⁹.

RD Vial inició operaciones en diciembre de 2013, fecha desde la cual ha realizado múltiples inversiones financiadas por la recaudación de los peajes y mediante deuda bancaria. Con toda su estructura administrativa y legal, la evolución operacional de las plazas de peajes ya existentes experimentó un fuerte incremento, el cual se explica principalmente por mejores y más estrictas políticas de cobranza, ajustes en las categorías de tarifas, mejoramiento en los servicios a los vehículos y mejoramiento de la calidad y estándares de las carreteras.

Las inversiones en sus distintas carreteras por más de RD\$19.6 mil millones o aproximadamente RD\$590 millones al mes. Durante ese mismo tiempo, sus recaudaciones por el cobro de los peajes era menos de RD\$200 millones mensuales. El fideicomiso se fue endeudando al mismo ritmo de que invertía, acumulando un pasivo de RD\$19.2 mil millones, a través de las instituciones bancarias, con un costo financiero muy costoso. Además de su poca rentabilidad y alta deuda, el fideicomiso RD Vial se ha visto afectado por su bajo nivel de liquidez, por lo que el fideicomiso se ha mantenido con un apalancamiento del banco.

Está claro, que al Fideicomiso RD Vial se le han trazado unas metas imposibles de cumplir con las fuentes de ingresos que se le han traspasado. Con una base de recaudación tan diminuta. Con los peajes mentirosos que prevalecen en esas estaciones, el Fideicomiso RD VIAL no resulta viable. Cualquier deuda en que incurra el mismo, sea en forma de préstamo o bono que decida emitir, requerirá necesariamente del respaldo del Ministerio de

⁴⁸⁹ Feller Rate es un apoyo imprescindible para cualquier agente del mercado. A través de sus calificaciones, informes y publicaciones entrega una opinión profesional, fundada e independiente sobre el riesgo de los diversos participantes en el mercado de capitales y los instrumentos que emiten. Pionera en América Latina, Feller Rate opera desde 1988, siendo la calificadora de riesgo líder del mercado.

Hacienda y por, tanto, del Gobierno dominicano. En consecuencia, sus operaciones impactarán el balance del sector público consolidado y la deuda pública.⁴⁹⁰.

Debido a la estructura de su deuda financiera, RD Vial enfrenta un exigente escenario de vencimientos, lo que lo obligó a realizar un aumento en el precio de los peajes y actualmente se encuentra en proceso de realizar su primera emisión de Valores de Deuda de Fideicomiso.

A partir del 5 de septiembre del 2016, La Oficina Coordinadora General del Fideicomiso RD VIAL, aplicó un ajuste por indexación a las tarifas de peaje vigentes desde el año 2002. Además de estos ajustes, se hizo una reclasificación vehicular en todas las estaciones bajo su administración.

Con esa iniciativa se estandariza el criterio de clasificación, relacionando de forma directa el monto del pago a la cantidad de ejes del vehículo, y a partir de la misma algunos usuarios verán aumentos en sus tarifas, mientras que otros percibirán reducciones. El ajuste permitirá aplicar el criterio de proporcionalidad con los servicios que recibe el ciudadano o visitante que transita por las diferentes carreteras del país.

Los recursos recaudados en los peajes que administra RD VIAL se ejecutan un amplio programa de expansión y modernización de la infraestructura vial nacional. Este programa incluye la construcción de nuevas vías que acortan las distancias y tiempos de traslado para la ciudadanía, así como el mantenimiento continuo de toda la red, incluyendo asfaltado, bacheo, drenaje, limpieza y paisajismo. Para ser más rentable, en lo adelante, se requerirán nuevos y más importantes aumentos de peajes y la incorporación de nuevas estaciones de peaje.

A estos servicios se les suman los que ofrecen las unidades de protección y asistencia vial, que recientemente incorporaron ambulancias, grúas, gomeros y talleres móviles.

⁴⁹⁰ Periódico El Caribe, Sección Opinión “Peajes mentirosos y fideicomisos inviables”. Dauhajre Hijo, Andrés, 12 julio, 2016.

Emisión de deuda

Luego de una exhaustiva evaluación, Feller Rate⁴⁹¹ asigna la calificación “AA-” a la solvencia y emisiones de deuda del Fideicomiso para la Operación, Mantenimiento y Expansión de la Red Vial Principal de la República Dominicana (RD Vial).

Su calificación responde al rol estratégico del Estado Dominicano y un marco legal que faculta al Estado Dominicano, a través del Ministerio de Obras Públicas y Comunicación, a aportar activos, recursos y/o crear y modificar las tarifas de los peajes. Adicionalmente, considera que dicho fideicomiso es un portfolio creciente, conformado, actualmente, por 10 plazas de peajes distribuidas en las principales vías carreteras del país, con distintos fundamentos de tráfico.

No obstante, observó que representa una industria intensiva en inversiones, altamente sensible a la evolución de la economía y dependiente de la regulación asociada. Es decir, el recaudo del peaje, el tráfico vehicular es especialmente sensible a la evolución de la economía local, debido a que el desarrollo potencial de éste está sustentado en las actividades económicas y en las expectativas de crecimiento que inciden en el aumento del parque automotor y en el uso de automóviles por la población. También considera el alto apalancamiento del fideicomiso, con una estructura actual con riesgo de refinanciamiento.

En los últimos años el crecimiento económico del país ha sido alto y sostenido, lo que se ha visto reflejado en la evolución del tráfico de las principales carreteras (sin considerar nuevas plazas de peajes), el cual ha crecido un 6,7% durante 2014 y un 11,7% durante 2015. Actualmente, el fideicomiso tiene un backlog de más de 10 proyectos con obras que involucrarán inversiones por más de RD 20.000 millones a ser ejecutadas en los próximos 5 años.

⁴⁹¹ Informe de Calificación Fideicomiso RD Vial. Feller Eade, Calificadora de Riesgo, en fecha 26 de septiembre del 2016. www.feller-rate.com.do

El informe indicó que al cierre de 2015, el tráfico creció en un 19,6% y el ebitda⁴⁹² en un 36,6%, respecto de 2015. Sin embargo, las inversiones realizadas implicaron que la deuda financiera alcanzara los RD\$16.415 millones, a junio de 2016, la cual está estructurada tipo bullet⁴⁹³ en el mediano plazo, generando un riesgo de refinanciamiento. Reiteramos, que desde su creación, el Fideicomiso RD Vial ha llevado a cabo un importante volumen de inversiones, las que fueron financiadas por la recaudación de los peajes y por la adquisición de deuda financiera con bancos locales.

Frente a esto, RD Vial se encuentra realizando una emisión de deuda de fideicomiso por un monto de RD\$25.000 millones a un plazo de 10 años.

La Fiduciaria Reservas S.A., actuando en representación y por cuenta del Fideicomiso para la Operación, Mantenimiento y Expansión de la Red Vial Principal de la República Dominicana, sometió a consideración de la Comisión Clasificadora de Riesgos y Límites de Inversión de la Superintendencia de Pensiones, el Programa de Emisiones de Valores de Fideicomiso Representativos de Deuda del Fideicomiso RD VIAL, por hasta Veinticinco Mil Millones de Pesos Dominicanos con 00/100 (RD\$25,000,000,000.00), mediante 5 emisiones de RD\$5 mil millones, con un plazo de 10 años, con amortización de tipo bullet, como alternativa de inversión para los Fondos de Pensiones; la cual fue aprobada mediante la Resolución No. 120, de fecha 26 de septiembre del 2016.

El uso de fondos será el refinanciamiento de los pasivos financieros del fideicomiso y la inversión de acuerdo a su objetivo, es decir financiar la deuda actualmente contraída con la banca y contratistas.

⁴⁹² El **ebitda** es un indicador financiero, acrónimo del inglés *Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation, and Amortization* (beneficio antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones), es decir, el beneficio bruto de explotación calculado antes de la deducibilidad de los gastos financieros

⁴⁹³ Es el tipo de crédito que se caracteriza porque el inversionista recibe el pago de intereses todos los meses y el capital se paga completo (más el último interés) en la última cuota.

De acuerdo a Ernesto Selman, vicepresidente ejecutivo del Centro Regional de Estrategias Económicas Sostenibles (CREES)⁴⁹⁴, la aprobación de un monto de RD\$25,000 millones como alternativa de inversión para los fondos de pensiones en el Programa de Emisiones de Valores de Fideicomiso para la Operación, Mantenimiento y Expansión de la Red Vial, fue considerado como una de las formas que usa el gobierno para no transparentar por completo el gasto público.

“Agregó que en cierta forma, siendo un fideicomiso independiente, parecería que se busca que esto no se registre en la deuda pública, porque se está financiando obras de infraestructura ya ejecutadas, que no se está registrando como gasto gubernamental. La realidad es que lo que se está financiando son obras de infraestructura que están hechas por el gobierno, que debían estar en la ejecución presupuestaria. Pero esto se está haciendo con un mecanismo a través de un ente que tiene su personalidad jurídica independiente para no registrarse como deuda pública”.

“Dijo que estos financiamientos se consiguen con más facilidad porque el mercado entiende que hay una garantía del Estado detrás, aunque no sea de manera explícita”. Es preocupante, que si el fideicomiso tiene bajo niveles de liquidez, poca solvencia y baja rentabilidad, como podrá hacer emisiones de deuda. De la única forma posible es si el fideicomiso cuenta con la garantía y aval absoluto del Estado

Existen muchas interrogantes sobre esta operación, desde los niveles de rentabilidad y la capacidad de pago hasta el problema de la garantía, pues los activos de la fiduciaria no son enajenables al ser carreteras, puentes y obras públicas, o sea bienes públicos propiedad de todos”. Debemos recordar, que el contrato de fideicomiso establece *“En ningún caso se permitirá una garantía soberana o aval del Estado dominicano, por lo que... las deudas que asuma el fideicomiso RD Vial serán obligaciones exclusivamente garantizadas por el patrimonio fideicomitivo...”*

⁴⁹⁴ Periódico Diario Libre, Sección Economía “Emisión de bonos de Red Vial es para no aumentar la deuda.” Ernesto Selman, 30 de septiembre 2016.

Otra gran preocupación, es la utilización de los fondos de pensiones, esos son fondos son de los trabajadores, y la subsiguiente reflexión: *“No ponemos en duda la legalidad de la operación financiera que ocupa nuestra atención, pero defendemos el derecho que tienen los trabajadores a conocer hasta el mínimo detalle del uso que se pretende y cuáles garantías amparan el retorno de sus fondos en esa operación que ha de cubrir déficit o deudas contraídas por Fideicomiso RD Vial”*.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA TURISMO

El turismo es una actividad compleja con un carácter multisectorial por los encadenamientos con el resto de la economía, por el consumo de una alta variedad de bienes y servicios de transporte, alojamiento, alimentación, bebidas y entretenimiento. Se trata de una cadena sofisticada de servicios que abarca una oferta variada y creciente para el turista desde que abandona su lugar habitual de residencia hasta que regresa a él.

El turismo es una industria blanca que contribuye al desarrollo económico en términos de su capacidad de generación de divisas y de promover la diversificación de las producciones y consumo locales, lo que se traduce en generación de ingresos con vocación a una mejor distribución que los que se generan en otros sectores.

Por ser uno de los servicios más intensivos en mano de obra, tiene además la gran ventaja de crear empleos directos, indirectos e inducidos, en la medida en que sus servicios dinamizan un conjunto de actividades en otros sectores de la economía, tanto para la construcción, equipamiento y mantenimiento de los hoteles como para la alimentación y otras necesidades de los turistas.

Definitivamente que la industria turística en el país es el más dinámico de todos los sectores y subsectores de la economía y una de las generadoras de empleos más importantes, tanto directas como indirectas. Por lo que la experiencia turística dominicana deja sentado el

hecho de que, para que las regiones de escaso desarrollo y con potencial turístico se conviertan en vigorosos polos o regiones turísticas, es necesario que el Estado establezca una diáfana política de fomento e incentivos.

Desde esta perspectiva, un aspecto fundamental a evaluar es la dimensión política, ya que un diseño acorde y una implementación eficaz de las políticas públicas son fundamentales al momento de definir el tipo de turismo que se desea desarrollar y promover en un destino. “Es innegable que el turismo es objeto de políticas públicas por los beneficios económicos, sociales, políticos y culturales que reporta, especialmente para los sectores dominantes”.⁴⁹⁵

Hiernaux-Nicolás⁴⁹⁶ define el turismo como un proceso societario, y asegura que es un fenómeno multidisciplinar. Aclara que no se trata de una actividad económica en sí misma, sino que es un inductor muy importante de ellas y de otro tipo de transformaciones sociales. Por otra parte sostienen que este proceso societario, propio del desarrollo de las sociedades capitalistas, se va modificando, en procesos de expansión o reducción, según sea la situación social, política y económica actual de cada lugar. Esto evidencia la importancia determinante que la dimensión política tiene respecto del turismo, y cómo puede influir en su difusión o retracción.

A) Fideicomiso para el Desarrollo Turístico de Pedernales

La provincia de Pedernales está ubicada al suroeste de la República Dominicana, compartiendo sus fronteras con la República de Haití, país vecino. Se encuentra a 330 kilómetros de Santo Domingo, capital dominicana. Forma parte de la región llamada Enriquillo, y es la séptima provincia de mayor tamaño en el país con 2,042.40 Km². Su territorio es equivalente al 4% del país.

⁴⁹⁵ CAPANEGRA, CESAR ALEJANDRO: “La política turística en la Argentina en el siglo XX” en Revista Aportes y Transferencias, Año 10, volumen 1, Centro de Investigaciones Turísticas, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad Nacional de Mar del Plata, 2006

⁴⁹⁶ HIERNAUX-NICOLAS, D.: “¿Cómo definir el turismo? Un repaso disciplinario” en Revista Aportes y Transferencias, 6 (2), pág. 11-27

Es una provincia con un gran potencial turístico, con sus playas del Parque Nacional Jaragua (Bahía de las Águilas, Playa Blanca y otras), la playa de Cabo Rojo y Pedernales, y la Laguna de Oviedo. También tienen potencial ecoturístico sus islas Beata y Alto Velo. La Sierra de Bahoruco ofrece una amplia diversidad de opciones para el turismo de naturaleza.

Pedernales es considerado como el Cuarto Polo Turístico de la República Dominicana, gracias a sus bellezas naturales. Sin embargo, no se hace una gran explotación de ellas. Este tema ha creado una gran controversia, entre los ecologistas y los empresarios, pues algunos se preguntan si es realmente favorable llevar a cabo actividades hoteleras a los alrededores del Parque nacional Jaragua y los inversionistas consideran que sí es posible realizar explotación de estos recursos sin afectar el medio ambiente.

Se considera que para el desarrollo de una ciudad como destino turístico, la intervención del estado es de una importancia capital. Dado que el diseño, la confección y la ejecución de las políticas que éste lleve a cabo son determinante, marcando el rumbo que la ciudad tomará, se requiere de una presencia activa y una acción comprometida por parte del Estado en materia turística, que oriente sus esfuerzos hacia una política turística verdaderamente integral y a largo plazo, orientada hacia el desarrollo local⁴⁹⁷.

Reconociendo su importancia, el 5 de junio del 2015, el presidente de la República, Danilo Medina promulga el Decreto No. 186-15, donde ordena la constitución de un Fideicomiso Público e Irrevocable, de desarrollo inmobiliario de infraestructuras turísticas, a ser denominado "Fideicomiso para el Desarrollo Turístico de Pedernales" (DTP RD).

Este ambicioso programa fue presentado en el Palacio Nacional en un acto encabezado por el Presidente de la República, donde se destacó la determinación, el valor y la decisión política adoptada por el Estado para que este proyecto se haga realidad.

Las motivaciones del decreto que crea el fideicomiso se fundamentan en:

⁴⁹⁷ CORBO, YANINA ANALIA: "Turismo y políticas públicas locales: el caso del municipio de General Pueyrredón", Centro de Investigaciones Turísticas, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad Nacional de Mar del Plata.

1.- Que el Artículo 10, de la Constitución de la República, establece que "Se declara de supremo y permanente interés nacional la seguridad, el desarrollo económico, social y turístico de la Zona Fronteriza", y dispone a esos fines que "los poderes públicos elaborarán, ejecutarán y priorizarán políticas y programas de inversión pública en obras sociales y de infraestructura para asegurar estos objetivos";

2.- Que uno de los aspectos fundamentales contenidos en la Ley No. 1-12, que establece la Estrategia Nacional de Desarrollo 2030, lo constituye la promoción del desarrollo sostenible de la Zona Fronteriza, dentro de un marco de conservación y protección del medio ambiente y de los ecosistemas;

3.- Que mediante la Ley No. 266-04, quedó establecido como demarcación turística prioritaria, el llamado Polo Área Turística de la Región Suroeste, en las provincias Barahona, Bahoruco, Independencia y Pedernales;

4.- Que es voluntad y prioridad del Estado dominicano lograr el desarrollo estable del sector turismo, en zonas con atractivos turísticos competitivos, por lo que ha elaborado un plan para desarrollar el polo turístico, ecológico y sostenible, que abarcará la provincia Pedernales, con el propósito de convertirla en zona líder de turismo, a través de la diversificación de sus mercados y productos;

5.- Que la figura jurídica del Fideicomiso, establecida en la Ley No.189-11, para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana, es un instrumento eficaz para incentivar las inversiones que permitan el desarrollo turístico en zonas como la provincia Pedernales;

El Fideicomiso DTP RD tendrá por objeto la creación de las estructuras legales, financieras y administrativas independientes para la administración y/o disposición del patrimonio fideicomitado, el cual se compondrá de los derechos y demás bienes muebles e inmuebles que serán aportados por el Estado dominicano y por aquellos activos y recursos que puedan ingresar a dicho patrimonio en cualquier momento, conforme a los mecanismos que sean

previstos en el contrato de fideicomiso, con el propósito de crear un nuevo polo turístico, ecológico y sostenible, que abarcará la provincia Pedernales, con la finalidad de convertirla en zona líder de turismo, a través de la diversificación de sus mercados y productos.

El Fideicomiso DTP RD podrá procurar los recursos que fueren necesarios para viabilizar su objeto mediante:

1. La incorporación de nuevos bienes al patrimonio fideicomitado, solicitados por el Comité Fiduciario y/o realizados por el Estado dominicano, con la aceptación de la Fiduciaria;
2. La venta, alquiler, concesión o disposición de los bienes que conforman el patrimonio fideicomitado, conforme a las instrucciones que sean provistas por el Comité Fiduciario;
3. Financiamientos bancarios o de cualquier naturaleza;
4. La emisión de oferta pública contra garantía del patrimonio;
5. Donaciones o aportes de terceros; y
6. Cualquier otro mecanismo de financiación o capitalización que el Comité Fiduciario estime conveniente.

La duración de este fideicomiso público será de 30 años, contados a partir de la suscripción del contrato constitutivo del fideicomiso. Transcurrido este plazo, salvo prórroga expresa, por decisión del Fideicomitente, se extinguirá el Fideicomiso DTP RD y se revertirán los bienes del patrimonio fideicomitado al Estado dominicano, en su calidad de Fideicomisario.

Queda establecida como zona a desarrollar, a través del Fideicomiso DTP RD, exclusivamente la zona comprendida entre Pedernales (inclusive) y La Cueva (entrada al Parque Nacional Jaragua y a la playa Bahía de las Águilas).

El fideicomiso contará con un Comité Fiduciario, como órgano auxiliar, el cual aprobará los actos que se requieran para el cumplimiento de sus fines, de acuerdo con lo que se

especifique en el contrato constitutivo del fideicomiso y lo dispuesto en la normativa legal aplicable.

Los proyectos que puedan ser desarrollados en la zona objeto del Fideicomiso se llevarán a cabo mediante fideicomisos independientes, que podrán ser privados, públicos o mixtos, los cuales serán constituidos conforme a las condiciones que sean establecidas por el Comité Fiduciario, en función del objeto y las características del proyecto o acto a ejecutar.

De los beneficios que deba percibir el Estado dominicano, a través del Fideicomiso DTP RD y de los demás fideicomisos independientes, se deberá constituir un fondo de garantía, destinado a salvaguardar los derechos de aquellas personas que pudieren obtener ganancia de causa en el proceso de litis sobre derechos registrados, en lo relativo a terrenos ubicados dentro del ámbito de la zona a desarrollar, proceso del cual se encuentra apoderada actualmente la jurisdicción inmobiliaria, el cual será desembolsado únicamente ante una decisión con autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada. Igualmente, servirá dicho fondo de garantía para salvaguardar las inversiones realizadas en los proyectos a desarrollar en el área geográfica determinada.

El patrimonio será administrado por la fiduciaria Reservas, S. A., por un período de 30 años.

Este fideicomiso convocará procesos de selección públicos y transparentes, a los que optarán aquellos grupos privados interesados en el fomento de un desarrollo turístico comercial y ecológicamente sostenible. Su ejecución será a través de alianzas público-privadas.

El gobierno, en este modelo público-privado, aporta los terrenos y se encargará, además, de las infraestructuras básicas para la promoción del turismo en la zona, siempre con estricto respecto a la preservación de los ecosistemas.

Por su parte, los inversores privados, en un marco de seguridad jurídica, podrán realizar nuevas inversiones y consolidar las ya existentes.

A las infraestructuras turísticas que están proyectadas, el Estado recuperará un hotel en Cabo Rojo, Pedernales, así como también la construcción de un aeropuerto.

A través del decreto No. 212-15 se crea el Gabinete Turístico, como instancia de coordinación interministerial encargada del análisis, definición, seguimiento y evaluación de las estrategias, los programas y las acciones vinculadas con el desarrollo turístico de las provincias de la Región Enriquillo del país (Barahona, Bahoruco, Independencia y Pedernales), que sean de competencia concurrente de distintas dependencias de la Administración Pública. Estará integrado por los titulares de los órganos públicos que se indican a continuación:

- 1.- Ministerio de la Presidencia
- 2.- Ministerio de Turismo
- 3.- Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales
- 4.- Ministerio de Economía, Planificación y Desarrollo
- 5.- Ministerio de Hacienda
- 6.- Ministerio de Obras Públicas y Comunicación

De igual forma creó el Consejo Consultivo del Gabinete Turístico, como órgano asesor del Gabinete Turístico, a ser consultado sobre políticas de desarrollo turístico de las provincias de la Región Suroeste, estará integrado por los titulares de las organizaciones siguientes:

- 1.- Asociación de Hoteles y Turismo de la República Dominicana, Inc. (ASONAHORES)
- 2.- Federación Dominicana de Municipios (FEDOMU)
- 3.- Federación Dominicana de Distritos Municipales (FEDODIM)
- 4.- Grupo Jaragua

A la fecha de depósito de esta tesis, no se había realizado el acto constitutivo.

4. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA MUSEOS

Los museos del país son depositarios de bienes muebles representativos del Patrimonio Cultural de la Nación. El Ministerio de Cultura tiene bajo su responsabilidad la protección, conservación y desarrollo de los museos existentes y la adopción de incentivos para la creación de nuevos museos en todas las áreas del Patrimonio Cultural de la Nación. Así mismo estimulará el carácter activo de los museos al servicio de los diversos niveles de educación como entes enriquecedores de la vida y de la identidad cultural nacional.

A partir de la concepción de los museos como lugares que, por antonomasia, son escenarios de construcción de relatos de nación y de memoria colectiva; de espacios dinámicos de encuentro en torno a la recopilación, preservación y difusión del patrimonio cultural, el Ministerio de Cultura establece políticas en procura el fortalecimiento de estas entidades.

A lo antes expuesto, debemos reconocer que el tema de la crisis económica va acaparando la atención de todas las personas. No pasó mucho tiempo hasta que la crisis llegase al mundo de los museos; de tal forma que vemos con preocupación el descenso en el turismo y bajas en los presupuestos. Cuando se habla de crisis de los museos en Latinoamérica, se habla de presupuestos cada más pequeños, de políticas de Administración pública que obliga a los museos a poner sus ganancias en la caja común del Estado sin la posibilidad de reinvertir en su desarrollo museístico.

A) Fideicomiso Público para Reacondicionar Museos

Con el propósito de iniciar el proceso de construcción de una política pública para los museos dominicanos, el Ministerio de Cultura como entidad responsable de la orientación del sector, y como parte de su Plan estratégico-creó en el año 2016, se crea un Fideicomiso para reacondicionar 13 de los 84 museos con que cuenta el país, en vista de la magnitud de deterioro en que se encuentran.

El fideicomiso se realiza con la Fiduciaria Reservas, donde el Banco de Reservas aportará al fideicomiso \$465 millones de pesos dominicanos (unos \$10 millones de dólares), por un periodo de diez años, cuya inversión se haría en infraestructura y en museografía, con lo que se espera un incremento sustancial de los ingresos por concepto del pago por entrada a los centros históricos.

La fiduciaria gestionará el fideicomiso público, se encargará de la recaudación del dinero de cada museo, de tal forma que cada museo pagaría el préstamo para la inversión que se le haría, dedicándose una parte a satisfacer el producto fiduciario, mientras que otra se quedará en la caja de cada museo.

Asimismo el fideicomiso contempla tanto que el Estado canalice tasas o impuestos que pagarán los ciudadanos o usuarios de determinados servicios públicos para que el fideicomiso en cuestión realice acciones específicas como aportes por parte de personas o entes privados, que pueden hacer aportaciones al fideicomiso. Queda establecido, que en ningún caso la operación significaría que esos museos pasarían a ser propiedad del referido banco.

El fideicomiso tendrá un comité técnico, presidido por el ministro, será el órgano que tome las decisiones, establecerá las políticas a seguir, y cuáles son las prioridades.

Los museos integrados en el fideicomiso son:

1.- Museo del Hombre Dominicano: está constituido por diferentes salas de exposición, el cual en su conjunto ha logrado la mayor colección de objetos y reliquias de los habitantes taínos a nivel del caribe, especialmente de la isla La Española. Está ubicada en la Plaza de la Cultura, fue fundado el 12 de octubre de 1973. En sus salas que exponen los restos de figuras precolombinas, se reproducen los ambientes y métodos de vidas de los taínos, además, contienen documentos y relatos propiedad del gobierno dominicano y de importantes arqueólogos de la República Dominicana.

2.- Museo de Arte Moderno: fue inaugurado el 15 de diciembre de 1976, en el complejo de la Plaza de la Cultura 'Juan Pablo Duarte', sector urbano de jardines y edificios, exclusivamente construido para fines culturales, constituyendo un conjunto excepcional en el área del Caribe. Es la principal Institución del Estado Dominicano dedicada a la conservación, puesta en valor y divulgación del arte moderno y contemporáneo dominicano, nacional e internacional. Desde su creación posee algunas de las obras más destacadas de los precursores de la plástica dominicana, a partir de la Independencia Nacional en 1844, hasta las producidas por artistas contemporáneos.

3.- Faro a Colón: es un monumento y museo dominicano construido en honor a Cristóbal Colón, descubridor del Nuevo Mundo. Es un monumento en forma de cruz (recordando la cristianización de las Américas) que mide aproximadamente 800 metros de largo por 36,5 metros de alto. En él, se dice, que se albergan los restos del insigne almirante Cristóbal Colón. Cuando el faro está encendido, proyecta una luz en forma de cruz hacia el cielo nocturno. Dicha luz puede verse a aproximadamente 64 kilómetros de distancia, pero causa problemas con el suministro de electricidad de los barrios aledaños, es la razón por la cual solo se enciende en ocasiones especiales. Dentro del faro hay exhibiciones de diferentes países del mundo. También posee salas para exhibiciones temporales y salas de conferencias.

4.- Alcázar de Colón: es un palacio situado en la Ciudad Colonial de Santo Domingo, República Dominicana, que fue construido sobre un solar cercano a los farallones que miran hacia el río Ozama, concedido a Diego Colón, hijo primogénito del descubridor de América, Cristóbal Colón, por el rey Fernando el Católico, para que edificara una morada para él y sus descendientes en la isla La Española, a la cual llegó en 1509 en calidad de gobernador y en donde actualmente funciona el Museo Alcázar de Colón. Fue construido entre 1511 y 1514, siguiendo las influencias del existente en Mancera de Abajo, en Salamanca, España, del que aún se conservan ruinas.

5.- Museo de las Casas Reales: es uno de los Monumentos Culturales de la Historia Dominicana, ya que fue una de las edificaciones hechas por los españoles durante la época

colonial. Este se encuentra en la Ciudad Colonial, de Santo Domingo, República Dominicana. El Museo de las Casas Reales o **Palacios Reales**, como era llamado durante la época de la colonia, tenía como sede dos palacios, los cuales datan del Siglo XVI. Este palacio real se construyó por órdenes de la Corona Española, bajo el reinado de Fernando II de Aragón, el 5 de octubre de 1511, con la finalidad de alojar a las principales oficinas gubernamentales de la época. Este fue llamado como **Edificio de las Casas Reales**, ya que en él se encontraba la Real Audiencia, la cual fue el primer tribunal del Nuevo Mundo, también era utilizado como *Residencia de los Gobernadores y Generales Capitanes* de la época, a éste segundo se le llamaba como Capitanía General. Este edificio sirvió como morada de muchos personajes importantes, como lo fueron quizás Bartolomé Colón, Louis Ferrand, entre otros.

6.- Casa Museo Juan Ponce de León: Este museo fue la antigua residencia de **Juan Ponce de León**, conquistador español que vivió en esa fortaleza en los años 1510 antes de mudarse a Puerto Rico. Esta es una casa cúbica, construido en piedra con gruesos muros y ventanas pequeñas en medio de un hermoso parque. Dentro del museo hay un poco de muebles y antigüedades. Ponce de León la habitó junto a su esposa Leonor y sus tres hijas hasta 1508 que se trasladó a Puerto Rico, donde fue gobernador en 1509, para luego recibir el permiso de la Corona en 1513 y aventurarse en el descubrimiento de la Florida y su colonizaciones 1521.

7.- Fortaleza San Felipe: es uno de los lugares más representativos de la provincia de **Puerto Plata**. Fue construida durante el siglo XVI como protección contra los ataques de piratas y corsarios franceses e ingleses que continuamente aterrorizaban a los habitantes de la zona. Se alza en una colina en la punta más meridional del malecón que rodea la costa de Puerto Plata, con vista al Océano Atlántico. Su ubicación estratégica servía para proteger la entrada al puerto de la ciudad durante la época colonial. Es una de las fortalezas más antiguas del Nuevo Mundo. La Fortaleza de San Felipe es la única construcción que sobrevivió la destrucción de la ciudad de Puerto Plata en 1600 a manos de los españoles.

8.- Fortaleza de Santo Domingo: La Fortaleza de Santo Domingo, o Fortaleza Ozama, ubicada en la calle Las Damas de la Zona Colonial de Santo Domingo, República Dominicana, es una joya de la arquitectura colonial, y fue la primera estructura militar de la colonia. Considerada como Patrimonio de la Humanidad, junto a los otros monumentos de la Zona Colonial, la fortaleza es uno de los monumentos culturales más importantes de la isla, pues es una de las construcciones más antiguas. Su nombre se debe a su ubicación cercana con el río Ozama. El lugar fue edificado entre 1503 y 1507 por Nicolás de Ovando. El principal objetivo de esta construcción fue proteger a la ciudad de los diversos ataques de los piratas y conquistadores ingleses, franceses y portugueses. La Fortaleza Ozama fue llamada durante la época colonial “Torre del Homenaje”, como una forma de honrar los conquistadores españoles en América. También fue Torre de la Vigía, ya que en la parte superior se podía observar la entrada del río Ozama y el Mar Caribe.

9.- Las Atarazanas Reales: Las Reales Atarazanas fueron los almacenes de la Corona Española en la isla. Allí se recibían las mercancías traídas desde Europa y eran almacenadas hasta su distribución en la colonia. Era el centro de las actividades mercantiles de la isla. Se cree que la construcción empezó en 1509. Fue construida en varias etapas. El lugar tiene una nave central, dos naves laterales y varias bóvedas. El edificio, de estilo gótico, tiene columnas de piedra y paredes de ladrillo. Su terminación se estima que fue en 1544. Las Atarazanas le fueron concedidas a los Welser de Augsburgo por banqueros del emperador Carlos V. Alrededor de estos almacenes se construyó un barrio conocido como Barrio de Las Atarazanas, el primer barrio español de América. Hoy las Atarazanas albergan el museo de las Atarazanas donde se exponen restos arqueológicos de buques, como: cañones, vajillas, monedas, cuberterías, entre otros restos.

10.- Casa del Tostado: Casa de 1505, es una de las primeras casas de la ciudad; toma el nombre de su primer propietario Francisco Tostado de la Peña, escribano del Gobernador. Propietario de muchos campos de caña de azúcar, destinó el primer piso a depósitos de sacos. Heredada por su hijo con el mismo nombre y también escritor, poeta y primer catedrático criollo de la Universidad Santiago de la Paz, quien murió trágicamente en el año 1586, golpeado por una bala de cañón, durante la invasión de Sr. Francis Drake. La casa se

consideró la más lujosa de la Colonia. Sin propietario sirvió como sede del Arzobispado y después como residencia de familias ricas y de poder del país. En la casa funciona hoy el **Museo de la Familia Dominicana del siglo XIX**, dotado de objetos todos auténticos, de mucho interés.

11.- Museo de la Isabela: En el municipio de Luperón, provincia Puerto Plata, en la costa norte de la República Dominicana, se encuentra el Parque Nacional histórico La Isabela, donde los europeos fundaron la primera villa del continente americano, por lo que constituye el primer asiento formal en la isla del Almirante Cristóbal Colón. En la actualidad se pueden observar los cimientos, como testigo de su existencia. Desde este lugar se produjo la exploración de la isla y el paso a La Conquista. Los cimientos que se resguardan en el Parque Nacional La Isabela se remontan al año 1493, donde se preservan los restos de la casa fuerte de Cristóbal Colón, siendo esta la única vivienda del Almirante en América, su estructura es la que más elementos arquitectónicos conserva. También se mantiene un área de viviendas, la iglesia y el cementerio donde fueron encontrados esqueletos de enterramientos españoles, de los cuales uno es expuesto al público. El poblado principal funcionaba como asentamiento militar y estaba protegido por un muro. En el parque, un pequeño museo, cuenta con exposiciones de reliquias taínas y españolas, las que fueron encontradas mediante excavaciones arqueológicas en la zona

12.- Museo Subacuático de la Altagracia.

13.- Museo La Vega

5. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS INDUSTRIAS (PYMI)

Mucho se ha hablado acerca de la importancia de la Pequeña y Mediana Industria (PYMI)⁴⁹⁸ como uno de los sectores de mayor impacto en la generación de empleos y de inversiones, por lo que representa un elemento dinamizador de las economías nacionales, al propiciar un desarrollo nacional equilibrado que puede asegurar una distribución más equitativa del ingreso, respondiendo con mayor flexibilidad que las grandes empresas a los cambios del entorno, absorbiendo las presiones generadas por las variaciones de la oferta y la demanda. Por otra parte, la PYMI representa también un eslabón determinante en la integración de la cadena industrial, permitiendo el desarrollo de esquemas asociativos con la gran industria, sus proveedores y clientes, aprovechando al máximo las ventajas del concepto de economías de escala.

La industria ha sido descrita como el sector que en mayor medida aporta a la diversificación del tejido productivo y mejora las condiciones económicas de aquellos países que buscan un crecimiento equilibrado y sostenible. En este sentido, el informe sobre desarrollo industrial 2016⁴⁹⁹ señala que gran parte de los países en vías de desarrollo y los países de altos ingresos muestran grandes diferencias en la manera en que la industria manufacturera impulsa su crecimiento económico. Mientras que las contribuciones a la producción de los países en vías de desarrollo, provienen directamente de las inversiones de capital, los recursos naturales y la energía; en los países de altos ingresos, provienen de la productividad. Esto le garantiza a los últimos reducir sus costos en mano de obra y de recursos, sin afectar su producción utilizando la misma proporción en factores productivos.

Dicho panorama, se refleja en las Pequeñas y Medianas industrias (PYMI) las cuales se consideran pieza fundamental del entramado industrial en América Latina, su relevancia se

⁴⁹⁸ PYMI son pequeñas y medianas industrias definida en función de los criterios establecidos en la Ley No. 488-08 y que cumplen con las condiciones de artículo 2 de la Ley No. 392-07

⁴⁹⁹ Organización de las naciones unidas para el desarrollo industrial (ONUDI). 2015. Informe sobre el desarrollo industrial 2016. “El rol de la tecnología y la innovación en el desarrollo industrial inclusivo y sostenible”. Resumen. Viena. Fuente: https://www.unido.org/fileadmin/user_media_upgrade/Resources/Publications/IDR/EBOOK_IDR2016_OVERVIEW_SP ANISH.pdf.

centra en el reconocimiento a su importante papel en la incorporación de valor agregado y la capacidad para elaborar productos competitivos, logrando un crecimiento estable a pesar de los desequilibrios sociales y las elevadas diferencias de productividad con respecto a las empresas de los países avanzados⁵⁰⁰

Las PYMIS, en República Dominicana, enfrentan grandes dificultades para financiar sus costos, que han afectado a las unidades productivas durante los últimos y se ancla con las fluctuaciones macroeconómicas del país. Sin embargo, los esfuerzos realizados por organismos e instituciones de fomento PYMI, comienzan por reconocer su papel en el desarrollo económico, en la promoción del empleo, la productividad del sector, innovación tecnológica y su participación directa e indirecta en las exportaciones no tradicionales.

Por esta razón, República Dominicana ha impulsado diversas políticas públicas, de alcance nacionales, tomando en cuenta las potencialidades económicas de las regiones para dirigir el apoyo en el área financiera, técnica y de asesoría de mercado a este sector industrial. Una de esas medidas corresponde a la creación del Centro de Desarrollo y competitividad Industrial PROINDUSTRIA, la cual surge a partir de la promulgación de la Ley No.392-07 de fecha 4 de diciembre del 2007, denominada Ley de Competitividad Industrial, como un ente regulador y representativo de todos los proyectos, planes y medidas del Sector Industrial del país, con el carácter y la responsabilidad necesarios, que permitan hacer real y efectivamente competitivo el mismo. Es el organismo público encargado de ejecutar las políticas de fomento, promoción y desarrollo de las PYMI a nivel nacional.

Es su objetivo principal, el desarrollo competitivo de la industria manufacturera nacional, proponiendo las políticas y programas de apoyo que estimulen la renovación e innovación industrial, a los fines de alcanzar la diversificación del aparato productivo del país, el encadenamiento industrial, mediante el fomento de los Parques, Distritos Industriales, y la vinculación a mercados internacionales. Fomentar el desarrollo industrial de la República Dominicana, estimulando los sectores productivos de la economía, a fin de promover

⁵⁰⁰ Para mayor información consultar los estudios del SELA (2012,2014) referente a experiencias en América Latina y el Caribe con respecto a la productividad de las PYMI.

nuevas industrias, lograr la mayor diversificación y sistematización de los sectores productivos del país y elevar el nivel de vida de la población.

A pesar de la iniciativa oficial para atender al sector manufacturero, se reconocen dificultades para acceder y realizar las peticiones de financiamiento que realiza el sector industrial lo cual afecta su funcionamiento y supervivencia en el actual entorno.

El término financiamiento⁵⁰¹ proviene de la acción y efecto de financiar un proyecto o actividad económica, de tal forma que financiar es proporcionar los fondos necesarios para la puesta en marcha, desarrollo y gestión de cualquier proyecto o actividad económica. Los recursos económicos obtenidos deben ser retornados durante el plazo y retribuidos a un tipo de interés fijo o variable previamente preestablecido, siendo los fondos propios de la empresa otra fuente de financiación.

La importancia del tema del financiamiento a través de los programas dirigidos a las PYMI, contrasta con los escasos recursos financieros al que tienen acceso y las desventajosas condiciones que enfrentan con respecto a las empresas de mayor tamaño, afectando su desempeño y niveles de productividad, elementos claves para entender los principales obstáculos que impiden su consolidación y desarrollo en la región. Así lo indica el informe del Centro de Desarrollo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico junto a la Comisión Económica para América Latina y el Caribe⁵⁰², que además considera que menos del 15% del crédito total en la región tiene como destino el sector de las pymes, aunque éstas conforman la mayor parte de las unidades productivas y son responsables de generar cerca del 80% del empleo.

La escasa⁵⁰³ utilización del crédito bancario por parte de las pymes se atribuye, principalmente, a problemas de asimetrías de información y a los altos riesgos que se

⁵⁰¹ ANDERSEN, ARTHUR (1999). Diccionario de economía y negocios. Editorial Espasa. Madrid. España.

⁵⁰² Centro de desarrollo de la organización para la cooperación y el desarrollo económicos (OCDE/ CEPAL). 2012. Perspectivas Económicas de América Latina 2013. "Políticas de PYMES para el cambio estructural". Fuente: <http://dx.doi.org/10.1787/leo-2013-es>

⁵⁰³ GOLDSTEIN, EVELIN Y MATIAS, KULFAS (2011). "Alcances y limitaciones de las políticas de apoyo a las pymes en América Latina. Debates para un nuevo marco conceptual y de implementación". En: FERRARO,

adjudican al financiamiento de las empresas, lo que genera en las entidades una reticencia a otorgarles préstamos; pero también se debe a los altos costos del financiamiento, a las exigencias de los bancos y a la insuficiencia de garantías de las empresas.

Dichas⁵⁰⁴, fallas generan costos adicionales en el crédito que implican mayores tasas de interés, menores préstamos y plazos más cortos, lo cual conlleva a que las decisiones de inversión de las empresas dependan más de la disponibilidad de efectivo en el corto plazo que de la rentabilidad o el beneficio esperado de esas inversiones, afectando el desempeño industrial de las PYMI.

De esta manera los programas de acceso al financiamiento están estrechamente relacionados con su tamaño, nivel de productividad y capacidad de exportación, persistiendo la necesidad de fortalecer la implementación de mecanismos de financiación adaptados a las exigencias de este sector. En respuesta a ello, en los últimos años los países han producido cambios institucionales, normativos y de intervención que han mejorado y ampliado las políticas vinculadas a las Pymes⁵⁰⁵.

Estos hechos, han impulsado el diseño de políticas públicas que reactiven el sector productivo nacional, con especial énfasis en la actividad industrial, accionando múltiples mecanismos legales que constituyen un esfuerzo para involucrar a las PYMI en el desarrollo del modelo económico vigente.

CARLO (Compilador) (2011) Apoyando a las Pymes: Políticas de Fomento en América Latina y el Caribe. Naciones Unidas-CEPAL-AECID. Chile pp. 429-478

⁵⁰⁴ Focus Americalatina. (2011). "Revista de Investigación para el desarrollo". Corporación Andina de Fomento. Número 1. Documento en Línea. Disponible en: www.caf.com.

⁵⁰⁵ DELFIN SILVA, YASHER HERNAN: "el financiamiento de las pequeñas y medianas industrias (PYMI) en Venezuela" en Revista Internacional de Investigación y Docencia (RIID). Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado (UCLA). Barquisimeto. Estado Lara-Venezuela, 2016.

A) Fideicomiso Fondo de Garantía para las Pequeñas y Medianas Industrias (FIPYMI)

Como hemos dicho, las PYMIS constituyen un soporte importante de la economía dominicana, representan una de las principales fuentes de generación de empleos del país y aportan un significativo porcentaje al crecimiento anual del Producto Interno Bruto. No obstante su aporte considerable al producto, las Pymis enfrentan obstáculos que imposibilitan su crecimiento y la maximización de su contribución al desarrollo económico del país. Específicamente en el área financiera, las Pymis no cuentan con el acceso necesario al crédito para el financiamiento de sus proyectos de inversión, ya que por su propia naturaleza no poseen gran cantidad de bienes con los cuales garantizar los préstamos que pueden otorgar las instituciones tradicionales de intermediación financiera.

En el esfuerzo por apoyar a las empresas de un sector tan significativo, por su nivel de producción y ocupación laboral, se genera esta iniciativa impulsada y financiada por el Estado, se crea el Fondo de Garantía de PROINDUSTRIA se denominará “Fondo de Garantía para el Financiamiento de la Pequeñas y Medianas Industrias” y será reconocido también por las abreviaturas “FIPYMI”.

El objetivo que se persigue con su creación, es el de posibilitar que los pequeños y medianos industriales que carecen de garantías suficientes para obtener préstamos y financiamiento, puedan hacerlo a tasas accesibles por el hecho de asegurarles a las Entidades Financieras un respaldo.

A fin de maximizar el rendimiento de éste Fondo, **PROINDUSTRIA** ha establecido una serie de requisitos que deberán cumplirse para poder acceder a los préstamos con garantía. Los mismos son:

1. El solicitante debe ser una **Pequeña**, o **Mediana Industria**, de acuerdo a los parámetros establecidos en el Art. 2 de la Ley 488-08 y la ley 392-07.

2. Procesar materia prima de origen nacional o importado en instalaciones propias o alquiladas y transformarlas según los criterios definidos en el artículo 3 de la Ley 542-14.

3. Poseer Registro y Calificación Industrial, vigentes y estar al día en sus obligaciones tributarias.

4. **No contar con garantías propias suficientes**, para cubrir el monto de préstamo que requiere.

5. Que el financiamiento sea destinado a la compra de **activos fijos** hasta el equivalente en moneda nacional de cien mil dólares americanos (US\$100,000.00); o a **capital de trabajo** hasta el equivalente en moneda nacional de cincuenta mil dólares americanos (US\$50,000.00). Estos límites pueden ser alcanzados en un solo préstamo, o en varios (acumulando los importes de cada uno) y pueden haber sido gestionados en una sola Entidad Financiera, o en varias.

El fondo de garantía cubrirá hasta un 70% del monto del préstamo otorgado. Que se otorgue ese porcentaje, dependerá de las garantías propias que aporte la Industria y del perfil histórico que tenga como deudor.

Los préstamos para activos fijos pueden ser hasta de cinco años, mientras que los de capital de trabajo, tienen un máximo de dos años.

El patrimonio del Fondo será aprobado por el Consejo Directivo de PROINDUSTRIA, debiendo ser el mismo colocado en una cuenta bancaria aperturada para los fines exclusivos de dicho Fondo. La contabilidad del Patrimonio del Fondo se deberá manejar de forma separada a la contabilidad ordinaria de Proindustria. Este patrimonio, el cual será utilizado como colateral de las garantías otorgadas por FIPYMI, estará integrado por los activos que para tales fines le sean traspasados por PROINDUSTRIA, así como por otros recursos provenientes de la venta de activos, ingresos provenientes del cobro de tasas, y de la rentabilidad de sus recursos, así como de donaciones y otros recursos provenientes de

organismos nacionales e internacionales. Asimismo, el Consejo Directivo de PROINDUSTRIA podrá solicitar al Gobierno Central asignaciones extraordinarias para la capitalización del Fondo.

PROINDUSTRIA podrá contratar la Fiduciaria Reservas para la administración del FIPYMI, constituyendo el fondo en patrimonio fideicomitado de un fideicomiso de garantía, siendo PROINDUSTRIA el fideicomitente y el fideicomisario.

A través de esta iniciativa se permitirá que pueden acceder empresas que normalmente están fuera del sistema financiero tradicional, ya sea por sus calificaciones o inhabilitaciones bancarias, o por insuficiencia de patrimonio o carencia de garantías para ofrecer, podrán utilizar un fondo de cobertura instituido para tal fin.

La herramienta flexibiliza el sistema de garantías tradicionales. Se le otorga la posibilidad de acceder al financiamiento de compra de bienes de capital o necesidades de capital de trabajo, a plazos y tasas más competitivas

Conclusiones y Recomendaciones

1. CONCLUSIONES

En el presente trabajo analizamos la figura del fideicomiso en la República Dominicana., con especial atención al Fideicomiso Público: como Instrumento Jurídico-Financiero para la ejecución de Políticas Públicas en la República Dominicana, 2012-2016.

Las innumerables demandas que tienen los Estados evidencian la necesidad que tienen de buscar nuevos esquemas de financiamiento con la finalidad de viabilizar importantes proyectos para el desarrollo y promoción de la economía; así el Estado empezó a poner su atención a una figura que ha tenido excelentes resultados en su aplicación: el fideicomiso.

El fideicomiso tiene sus orígenes en el Derecho Romano, con una historia de más de doce siglos; fue un fenómeno social en Roma, basado en la lealtad de la palabra empeñada. A través de su revisión evolutiva, pudimos precisar la diferenciación conceptual de los términos *trust*, fiducia y fideicomiso, para concluir que la esencia funcional de todos ellos es similar. Todos estos términos designan una figura con idéntica estructura e iguales funciones.

Es una figura con gran influencia en las legislaciones continentales y latinoamericanas. Actualmente, los fideicomisos son instituciones comunes en varios países latinoamericanos.

Al igual que otros países de tradición civilista (o romano-germánica), la República Dominicana adoptó una normativa especializada para incorporar en su ordenamiento jurídico una institución que funcionalmente permitiera emular los principales atributos que los *trusts* tienen bajo el *Common Law* y la *Equity*. El fideicomiso dominicano existe a

partir de la promulgación de la Ley No. 189-11 para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso, de fecha 16 de julio de 2011 y su normativa complementaria. La promulgación de la Ley de Fideicomisos sirvió para caracterizar el fideicomiso y las relaciones jurídicas que lo constituyen – incluyendo su régimen tributario. Asimismo, se creó la figura del fideicomiso para dar mayor soporte institucional al desarrollo de los mercados hipotecario y de valores

Se hizo un análisis de la figura desde el ámbito del Derecho Privado, donde ha tenido su nacimiento, el cual tiene diferentes tipos, clases o modalidades para sus distintas aplicaciones utilizadas con mucho éxitos en el sector privado, y comienza a expandirse la idea de su necesidad en la administración Pública.

Los fideicomisos públicos son instrumentos jurídicos-financieros creados por la Administración Pública para cumplir con una finalidad lícita y determinada, a los fines de impulsar el desarrollo, tanto económico como social, a través del manejo de los recursos públicos, donde Administración a través de la suscripción de un contrato transfiere bienes de su propiedad creando un patrimonio de afectación a un fin público, los cuales serán administrados por una institución fiduciaria.

A través de la figura, el Estado ejecuta diversos programas y proyectos que persiguen el bien común. Su característica principal es ser una figura muy flexible, capaz de adaptarse a la gran gama de posibilidades que tiene el Estado para la ejecución de sus políticas públicas, a los fines de alcanzar sus metas y satisfacer las necesidades de la población.

Para que exista el fideicomiso deben darse dos condiciones: las obligaciones que se generan, lo que le da un carácter personal y la transferencia de los bienes a la fiduciaria, lo que da un carácter real. Esta transferencia es transitoria en vista de que el fiduciario no tiene mandato de mantener la propiedad, sino que deberá retransmitirla bajo determinada condiciones previstas.

El fideicomiso permite como ninguna otra figura, a través del patrimonio fideicomitado, concentrar e independizar los bienes o fondos que la administración pública dispone y afecta a la realización de un objeto que será temporal. El carácter de patrimonio separado que adquiere la masa de bienes o fondos fideicomitados permite establecer reglas diferentes y específicas. Y por lo mismo, su fácil consideración en un presupuesto de egresos o ingresos.

En el fideicomiso público el Estado debe suscribir un contrato con el fiduciario designado para establecer el mecanismo de entrega de los bienes públicos en propiedad fiduciaria, así como su gestión para la obtención de un fin de interés público. Las transferencias de los bienes públicos que formarán el patrimonio fideicomitado deben estar autorizadas por ley.

El rol del fiduciario tiene responsabilidades y actividades que le son inherentes y únicas, las cuales sirven para garantizar el éxito en la adecuada aplicación de la figura, especialmente cuando se trata de negocios de la economía real. El fiduciario es una parte indispensable del fideicomiso y es convocado para cumplir de la mejor manera posible, los intereses de todos los involucrados en el negocio. Sus derechos y obligaciones variarán de acuerdo al mandato que deberá cumplir. Dada la génesis y el sentido mismo del fideicomiso, podemos afirmar que la tarea desempeñada por el fiduciario es sin lugar a dudas, preponderante y de vital importancia para la adecuada aplicación de la figura y para el éxito del negocio subyacente. El fiduciario no puede ser considerado propietario por la simple razón de que no puede disponer en provecho propio los bienes fideicomitados.

Sobre el contrato del fiduciario, así como de cualquier otro que sea necesario dentro del fideicomiso, deben prevalecer los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, así como su competencia técnica sobre la materia.

Es una figura compuesta por elementos diversos, de tal suerte que es tipificado como un negocio jurídico complejo. A pesar de que muchas doctrinas reconocen la naturaleza contractual del fideicomiso, el fideicomiso público, como especie del género fideicomiso, no puede ser simplemente contractual, por lo que su naturaleza jurídica está fundamentada

en que el Estado participa como fideicomitente y la intervención de la Administración Pública en el cumplimiento de su fin último: la satisfacción del interés público.

Es nuestro interés tutelar la correcta aplicación de la figura de modo de contribuir a garantizar la confianza en las herramientas al servicio de la Administración Pública. Asumiendo que la potestad organizatoria es un componente inherente a cualquier organización y se traduce en la capacidad de decidir el esquema organizativo en orden a la mejor forma de conseguir el cumplimiento de los respectivos fines asignados, convenidos o asumidos según la respectiva forma jurídica asumida, se requiere de sus mejores prácticas que garanticen el bien común.

La construcción del fideicomiso público se inicia necesariamente con un acto administrativo que impone la decisión de su constitución. Para la constitución del fideicomiso público siempre deben confluír: a) la competencia del órgano estatal según el ordenamiento jurídico; b) la expresión de voluntad de acuerdo a las leyes de procedimiento administrativo y c) la habilitación previa, entendiéndose por tal la previa autorización del órgano legislativo, es decir, una ley de creación del fideicomiso. La constitución, modificación y extinción del fideicomiso público tiene siempre origen en el Derecho Administrativo y en virtud de ello está sometido a la esencialidad formal.

Es de sumo interés el rol de la Administración Pública, específicamente como regulador, observando muy de cerca no sólo su constitución y ejecución, sino también el cumplimiento del fin perseguido en la constitución del mismo. Necesariamente deben complementarse con mecanismos de control y seguimiento del cumplimiento de los encargos al fiduciario para evitar cualquier distorsión, tanto en la creación como en la ejecución. El ejercicio de la fiscalización por un sujeto independiente garantizaría no sólo el cumplimiento acabado de la manda fiduciaria sino la protección de los bienes públicos y la certeza de la satisfacción del interés general. Se hace indispensable el control de su funcionamiento y el cumplimiento de objetivos por parte de los fideicomisos públicos y por ello propugnamos que se establezca la obligación de informes periódicos sobre la gestión del fiduciario; se diseñen los mecanismos de control permanente y periódicos; se

estructuren los sistemas de información y se establezcan los mecanismos de autorización previa para afectar los fondos disponibles a objetivos no contemplados en su creación.

La forma, la gestión y operación transparente de fondos fideicomitidos han sido constantemente obstaculizadas con el pretexto del “secreto fiduciario”, evitando de esta forma el escrutinio público en el ejercicio de la rendición de cuentas gubernamental. El ejercicio de los asuntos públicos deben funcionar bajo el principio rector de la responsabilidad gubernamental y, en este sentido, nadie puede estar exento del ejercicio de rendir cuentas y ofrecer información. “Nadie puede eludir esa responsabilidad y los fideicomisos, ya sean públicos, mixtos o privados, deben rendir cuentas de forma pública y periódica, principalmente cuando los recursos manejados por ellos pertenezcan a todos los ciudadanos y afecten sus derechos cívicos.”

La transparencia es una condición fundamental para garantizar un sistema de gobernabilidad y que ésta solo puede lograrse en la medida que contemos con mecanismos de control institucionalizados y adaptados a las particularidades de las modernas herramientas utilizadas por el Estado.

La información de las cuentas públicas debe ser públicas, en este sentido, los logros alcanzados y las gestiones realizadas internamente por los fideicomisos públicos, deberán tener igual destino. Por lo tanto se requiere la adopción de medidas que transparenten la figura del fideicomiso público, que en definitiva, mejorará la eficiencia en su aplicación.

La Administración está llamada a seleccionar instrumentos eficaces para lograr los altos niveles de satisfacción del interés general, por lo que la insólita estructura del fideicomiso resulta ser una herramienta de gestión adecuada y dinámica en el marco de la organización de la Administración Pública. Representa un medio flexible para la instrumentación de una amplia gama de posibilidades de organización y gestión.

Se requiere la instauración de programas de coordinación entre los fideicomisos públicos para la implementación armónica de las políticas públicas en el marco de la planificación

general del Estado. Los fideicomisos públicos más comunes son los de garantía, administración, financiamiento y fomento de actividades económicas, particularmente a través del otorgamiento de créditos en forma de préstamos directos o indirectos con una finalidad generalmente temporal los cuales se comprometen en el cumplimiento de un fin público.

El fideicomiso público sirve de apoyo a las ejecuciones del Estado, se cristaliza cuando algunas necesidades sociales o económicas demandan un tipo de solución o apoyo, de tal forma que desde la concepción latinoamericana el fideicomiso público viene a cumplir una función social. Mediante esta figura se busca encontrar rápidas y efectivas soluciones a necesidades públicas de gran envergadura, disminuyendo costos y haciendo realidad proyectos que el Estado, sin el fideicomiso como herramienta, no pudiera sostener económicamente ni administrativamente.

Los fondos fiduciarios se convierten en presupuesto garantizado por más de un año, para el financiamiento y estabilidad de un programa público, al cual está relacionado el fideicomiso. Aunque reconocemos que los presupuestos plurianuales, aprobados por ley garantizan presupuesto por un período mayor a un año.

El fideicomiso permite al sector público obtener financiamiento para obras de infraestructura y pago de proveedores sin aumentar la presión fiscal; esto ayuda a canalizar los excedentes económicos, de la región en cuestión, generando más riquezas para la zona. Además personas individuales o institucionales pueden invertir en proyectos de alto impacto social, logrando mejoría en la administración de recursos y a la gestión de las obras públicas, permitiendo complementar los proyectos del sector público con la participación privada.

Los fideicomisos actuales impulsados por el Estado con el objetivo de mayor bienestar e interés público, al 2016, son:

Fideicomiso Público Ciudad Juan Bosch VBC-RD

El Estado ejecuta el Fideicomiso Vivienda de Bajo Costo como la expresión de un compromiso de nación al que se integran los diversos estamentos del Estado y constituye una verdadera alianza público privada, que se enmarca dentro de la Estrategia Nacional de Desarrollo 2030, en la cual participan activamente el Estado Dominicano actuando como promotor y facilitador de la política nacional de viviendas y ordenamiento territorial, en cumplimiento de su deber y rol social de contribuir a la disminución del déficit habitacional, disponiendo la constitución de una estructura financiera y administrativa de carácter fiduciario que permita implementar de manera funcional y efectiva políticas estatales para la promoción de la construcción de viviendas para la clase trabajadora y las familias de menos recursos. La construcción de vivienda y, por consiguiente, el financiamiento para su adquisición, constituyen uno de los aspectos de política económica más importantes en cualquier país por el impacto que tiene sobre el crecimiento del PIB:

A través de este fideicomiso se constituye el fideicomiso público “matriz” que tiene a su cargo coordinar todo el desarrollo de un “Macro Proyecto Urbano”, consistente en la habilitación de servicio, construcción de vías y viviendas, denominado “Ciudad Juan Bosch”, que se ejecuta con alianza público-privada. De esta manera, se estimula la participación de empresas constructoras para que, con sus recursos propios, desarrollen y vendan proyectos habitacionales a precios sumamente asequibles a la población.

Fideicomiso RD Vial

El Objeto del FIDEICOMISO RD VIAL es la creación de una estructura financiera independiente para la administración transparente y eficiente de ciertos bienes y derechos (Patrimonio Fideicomitado), con el propósito de asegurar la adecuada operación de la Red Vial Principal de la República Dominicana; así como, la ejecución de las actuaciones y obras necesarias para su ampliación, rehabilitación, conservación y/o mantenimiento, incluyendo entre ellas, actividades de financiamiento. Dentro de sus principales fines se encuentran:

- 1.- Preservar y ampliar la Red Vial Principal de la República Dominicana, la cual constituye uno de los patrimonios públicos de mayor valor para el Estado Dominicano.

2.- Asegurar la utilización eficiente y transparente de los ingresos provenientes de las recaudaciones de las Tarifas de Peajes, de la explotación comercial del derecho de vías, así como de otras fuentes o ingresos especializados o destinados al mismo, de manera que se garantice la operación continua y el mantenimiento rutinario de las vías que conforman la Red Vial Principal del país.

3.- Proveer a los usuarios asistencia y servicios viales de alta calidad.

Fideicomiso para el Desarrollo Turístico de la Provincia de Pedernales

Es voluntad y prioridad del Estado dominicano lograr el desarrollo estable del sector turismo, en zonas con atractivos turísticos competitivos, por lo que ha elaborado un plan para desarrollar el polo turístico, ecológico y sostenible, que abarcará la provincia Pedernales, con el propósito de convertirla en zona líder de turismo, a través de la diversificación de sus mercados y productos. Este fideicomiso será una alianza público-privada, donde el Estado aportará el terreno, un tramo de 14 kilómetros, en la provincia de Pedernales, así como de la infraestructura básica para la promoción del turismo en esa zona. El fideicomiso busca atraer el interés de inversionistas que construyan unas 4,400 habitaciones hoteleras

Fideicomiso Público para Reacondicionar Museos

Con el propósito de iniciar el proceso de construcción de una política pública para los museos dominicanos, el Ministerio de Cultura como entidad responsable de la orientación del sector, y como parte de su Plan estratégico-creó en el año 2016, se crea un Fideicomiso para reacondicionar 13 de los 84 museos con que cuenta el país, en vista de la magnitud de deterioro en que se encuentran.

Canaliza las tasas o impuestos que pagarán los ciudadanos o usuarios de los servicios de los Museos para que el fideicomiso en cuestión realice acciones específicas, de tal forma que cada museo pagaría el préstamo para la inversión que se le haría.

Fideicomiso Fondo de Garantía para Pequeñas y Medianas Industrias (FIPYMI)

Las PYMIS constituyen un soporte importante de la economía dominicana, representan una de las principales fuentes de generación de empleos del país y aportan un significativo porcentaje al crecimiento anual del Producto Interno Bruto. No obstante, las Pymis no cuentan con el acceso necesario al crédito para el financiamiento de sus proyectos de inversión, ya que por su propia naturaleza no poseen gran cantidad de bienes con los cuales garantizar los préstamos que pueden otorgar las instituciones tradicionales de intermediación financiera.

En el esfuerzo por apoyar a las empresas de un sector tan significativo, se genera esta iniciativa impulsada y financiada por el Estado, se crea el “Fondo de Garantía para el Financiamiento de la Pequeñas y Medianas Industrias”. El objetivo que se persigue con su creación, es el de posibilitar que los pequeños y medianos industriales que carecen de garantías suficientes para obtener préstamos y financiamiento, puedan hacerlo a tasas accesibles por el hecho de asegurarles a las Entidades Financieras un respaldo. Las pymis tienen frente a su disposición una herramienta novedosa para sus necesidades de financiamiento y sus proyectos de ampliación de inversión, posibilitando el acceso al crédito mediante la emisión de certificados de garantías autoloquidables y la obtención de mejores tasas de interés.

2. RECOMENDACIONES

- El fideicomiso público representa una alternativa importante para el financiamiento de obra pública y desarrollo de determinados sectores de la economía, pero debe ser utilizado razonablemente y en ocasiones que efectivamente cuadre su aplicación.
- El marco jurídico aplicable a los fideicomisos públicos y a los fideicomisos privados, es el mismo. La utilización del fideicomiso para asuntos públicos ha carecido de una regulación especial aplicable a ese ámbito. (1)Proponemos la

creación de una ley que establezca los principios y requisitos básicos del fideicomiso público. (2) La norma creada deberá regularizar y racionalizar la constitución de los fideicomisos públicos, (3) a los fines de que su creación obedezca y responda a las necesidades del órgano que lo requiere, de tal forma que se pueda reducir la capacidad de discrecionalidad del requirente, (3) cuya finalidad será lograr el interés público, (4) respetando el principio de especialidad⁵⁰⁶; (5) así como especificar los bienes y recursos sobre los que pueden establecerse fideicomisos públicos, y sobre cuales no serían viables su constitución, y sobre todo (6) que cumpla con los principios del Derecho Administrativo

- Se recomienda la creación de un regulador único, ya que actualmente la regulación descansa en varias instituciones. Crear la Autoridad General Fiduciaria, como órgano autónomo del Estado, con personalidad jurídica propia y autonomía presupuestaria, la cual tendrá a su cargo la autorización, registro, regulación y supervisión de las fiduciarias y sus operaciones.
- Establecer la figura del Encargo Fiduciario Público: Afectación de ciertos bienes o derechos, corporales o incorporales, a la consecución de un objetivo de bienestar colectivo, colocándolos temporalmente bajo la administración de un fiduciario, entregando la tenencia de los bienes, sin necesidad de transferir el derecho de propiedad sobre los mismos.
- Las reglas de selección del fiduciario deberán ser normas de procedimiento que garanticen competencia, transparencia y eficacia, aplicándose los principios de igualdad, no discriminación, transparencia, proporcionalidad y reconocimiento mutuo; por lo que deben fortalecerse los mecanismos de selección para evitar la confusión de roles y garantizar el control.

⁵⁰⁶ El principio de la especialidad es el nombre con que la jurisprudencia y la doctrina francesa individualizan la materia, como elemento determinante de la competencia de las normas jurídicas. La atribución de poderes jurídicos o funciones, está condicionada a dichos fines, a su observancia, a su cumplimiento y a su ejecución. Pues no pueden realizar actos ajenos a dichos fines.

- Tomando en cuenta las características del fideicomiso público, en relación a su par privado, en cuanto a la responsabilidad que tiene el fiduciario sobre el cumplimiento de objetivo que tuvo la administración pública al crearlo, consideramos que debe ser una responsabilidad atenuada o compartida cuando el fiduciario administre y disponga de los bienes o fondos fideicomitidos según y sólo por las instrucciones que aquél le imparta a través ley o acto administrativo de creación del fideicomiso, en aquellos contratos en que el fiduciario actúa prácticamente como mero soporte dominial con facultades acotadas.
- La experiencia internacional ha demostrado que a través de los fideicomisos públicos se generan nuevas burocracias de alto costo y en algunos casos se ha implementado un fideicomiso cuando se debió adoptar un camino diverso.
- Es necesario que la constitución y desarrollo de los fideicomisos públicos se realicen en concordancia y de acuerdo con los sistemas administrativos de Presupuesto Nacional, Deuda Pública, Tesoro Público, Bienes Estatales, etc.
- El fideicomiso público necesita una efectiva fiscalización, el cumplimiento de las normas de procedimiento administrativo y la sujeción a controles específicos. El responsable de la fiscalización de los fideicomisos públicos corresponde a la Contraloría General de la República, ya que como fiscalizadora le corresponde velar por la transparencia, probidad, y honestidad de la administración pública; así como promover y vigilar la calidad del gasto público.
- Recomendamos ampliar la gama de fideicomisos convencionalmente admitida en la práctica fiduciaria internacional y compatible con el ordenamiento jurídico dominicano.
- En cuanto a los Bonos de Compensación de ITBIS, es necesario establecer un plazo para otorgar la emisión de bonos a favor de los adquirientes, debidamente acreditados, dentro de los Proyectos de Vivienda a Bajo Costo.

Fue nuestro interés hacer una revisión a la figura del fideicomiso, ajena a nuestra propia tradición y experiencia normativa, consiente de su importancia y de la necesidad de prevenir algunos excesos, en razón de que el fideicomiso público se ha convertido en un aliado estratégico para el gobierno, ha demostrado que a través de él se pueden implementar los más diversos proyectos de inversión y desarrollo, incrementando su capacidad de ejecución de recursos, con modelos innovadores.

Concluimos 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 permite 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.

Indiscutiblemente, que nuestro interés ha sido llamar la atención sobre un campo inexplorado donde se proyecta recoger valiosos frutos. Por lo que alentamos a que se reflexione sobre este instrumento jurídico-financiero para la ejecución de las Políticas Públicas de la República Dominicana.

Bibliografía

Libros

- ACOSTA ROMERO, MIGUEL (1978): *Derecho Bancario*. Editorial Porrúa, Méjico.
- ACOSTA ROMERO, MIGUEL Y ALMAZÁN ALANIZ, PABLO ROBERTO (1999): *Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso*. Editorial Porrúa, Tercera Edición, México.
- AGUILLAR VILLANUEVA, LUIS F. (2006): *Gobernanza y gestión pública*. Fondo de cultura económica. México.
- AGUILAR, LUIS (1992): *Estudio Introductorio en El estudio de las políticas públicas*. Ed. L. Auilar. México D.F.: Miguel Ángel Porrúa.
- ALBALADEJO, MANUEL (2004): *Derecho Civil. Tomo I*, Decimosexta Edición, Edisofer S.L., Madrid.
- ALFARO, RICARDO J. (1948): *Adaptación del trust del derecho anglosajón al Derecho Civil*. Vol. 1, La Habana, Cuba: Ed. Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, pág. 41.
- ALVAREZ CORREA, EDUARDO (1976): *Curso de Derecho Romano*. Ed. Pluma, Bogotá.
- ANDERSEN, ARTHUR (1999). *Diccionario de economía y negocios*. Editorial Espasa. Madrid. España.
- ARROYO I AMAYUELAS, ESTHER (2007): *El trust en el Derecho Civil*. Bosch, Barcelona.
- BADOSA COLL, FERRAN (2007): *Sobre los patrimonios fiduciarios en Cataluña*. En ARROYO I AMAYUELAS, ESTHER (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, Editorial Bosch, Barcelona.
- BARCIA LÓPEZ, A. (1966): *La causa ilícita en las obligaciones y en los actos jurídicos*. El pensamiento de Vélez Sarsfield, los textos del Código y la jurisprudencia más reciente de los tribunales. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- BELLO KNOLL, SUSY INÉS (2013): *El fideicomiso público*. 1ra. Edición. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina.

- BERAUDO, JEAN PAUL (1992): *Le trust anglo-saxons et le droit francais*. Ed. L:G:D:J, París.
- BORETTO, MAURICIO (2005): *Concurso, fideicomiso de garantía, cesión de créditos en garantía y descuento bancario*. Ed. Ad Hoc, Buenos Aires.
- BORRAS, ALEGRÍA Y GONZÁLEZ CAMPOS, JULIO D. (2008): *Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1951-2007)*, 2ª edición, Editorial Marcial Pons, Madrid.
- BOUSSAGUET LAURIE, JACQUOT SOPHIE, RAVINET PAULINE (2009): *Diccionario de Políticas Públicas*. Primera Edición en Castellano. Universidad de Externado de Colombia. Colombia.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. Y DE REINA TARTIÈRE, G. (2011): *El fideicomiso de garantía, Análisis integral, función y régimen*. Buenos Aires, Heliasta.
- CARREGAL, MARIO A. (2008): *Fideicomiso, teoría y aplicación a los negocios*. 1ra. Ed. Buenos Aires, Heliasta.
- CASSAGNE, JUAN CARLOS (2005): *El contrato administrativo*, LexisNexis, Buenos Aires.
- CASTAÑEDA NIEBLA, ARTURO (2003): *Los fideicomisos públicos*. México, UNAM.
- CEARA-HATTON, MIGUEL (2010): *Política social: capacidades y derechos*. Oficina de Desarrollo Humano del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en República Dominicana, Volumen II.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, AGUSTÍ (2005): *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*. Instituto Nacional de Administración Pública (Estudios Goberna), 1ra. Edición. Madrid.
- CHIMINAZZO, T. (2002): *Etica ed Economía: L'utopia deviene realtà*. Franco Angeli, Milano, Italia.
- CLARET Y MARTI, P. (1946): *De la fiducia y el trust*. Estudio de Derecho Comparado, Barcelona, Bosch.
- COMADIRA, JULIO R. (2006): *La licitación pública*. Lexis Nexis, Buenos Aires.
- COMITRE, PULO; BAZÁN, MARLENE; FARFÁN, DIANA; GUTIÉRREZ, RONALD; NAVARRETE, JOE; VALDEZ, MÁRLLUTY (2015): *El fideicomiso y el financiamiento público*. Serie Gerencia para el desarrollo No. 51. Lima: Universidad Esan.

- CORBO, YANINA ANALIA: *Turismo y políticas públicas locales: el caso del municipio de General Pueyrredón*. Centro de Investigaciones Turísticas, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad Nacional de Mar del Plata.
- CUENA BOY, FRANCISCO (2004): *El fideicomiso de residuo en el Derecho Romano y en la tradición romanística hasta los Códigos Civiles*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander.
- DALLAGLIO, MATÍAS Y FONTANINI, GASTÓN (2013): *Los fideicomisos públicos: Abordaje desde las perspectivas de los organismos de control*. 1ra. Edición. Buenos Aires. Librería Editorial Osmar D. Buyatti.
- DAVALOS MEJIA, CARLOS (1992): *Derechos Bancarios y Contratos de Créditos*. Tomo II, 2da. Edición. Editorial Harla, México.
- DAVID, RENÉ Y BLANC-JOUVAN, XAVIER (1994): *Le Droit Anglais*. Presse Universitaires de France, 7ma édition, Paris.
- DE ARESPACOCCHAGA, JOAQUÍN (2000): *El «trust», la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, Madrid.
- DE SOLAS RAFECAS, JOSÉ MARÍA (1990): *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*. Editorial Tecnos, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS (1993): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen Primero, Cuarta Edición, Editorial Civitas, Madrid.
- DUNAND, JEAN PHILIPPE (2007): *La fiducia o las fiducias en Derecho Suizo: una protección desigual y lagunosa de los patrimonios fiduciarios* en ARROYO I AMAYUELAS, ESTHER (dir.), *El trust en el Derecho Civil*. Bosch, Barcelona.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, ANTONIO (2007): *Sistema Contractual Romano*. 3ra. Ed., Ed. Dykinson, Madrid.
- FONTAINE, GUILLAUME (2010): *Petropolítica: una teoría de la gobernanza energética*. Quito: FLACSO - Sede Ecuador, Abya – Yala, Instituto de Estudios Peruanos.
- FONTAINE, GUILLAUME Y NARVÁEZ, IVÁN (2007): *Problemas de la gobernanza ambiental en el Ecuador*. En *Yasuní en el siglo XXI. El Estado ecuatoriano y la conservación de la Amazonía*, Guillaume Fontaine e Iván Narváez (coords.). Quito: FLACSO-Ecuador, IFEA, Abya-Yala, Petrobras, CEDA, WCS.
- FREIRE, BETTINA V. (1997): *El fideicomiso - Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*. Ed. Abaco, Buenos Aires.

- FUENTESECA, CRISTINA (1997): *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Prólogo de Manuel Albaladejo García, Primera Edición, José María Bosch, Barcelona.
- FUENTESECA, PABLO (1978): *Derecho Privado Romano*. Imprenta E. Sánchez.
- GARCÍA GARRIDO, MANUEL DE JESÚS (1984): *Derecho Privado Romano*, 2a ed., revisada, Dykinson, Madrid.
- GARRIDO FALLA, FERNANDO (1960): *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- GOLDSTEIN, EVELIN Y MATIAS, KULFAS (2011). “*Alcances y limitaciones de las políticas de apoyo a las pymes en América Latina. Debates para un nuevo marco conceptual y de implementación*”. En: FERRARO, CARLO (Compilador) (2011) *Apoyando a las Pymes: Políticas de Fomento en América Latina y el Caribe*. Naciones Unidas-CEPAL-AECID. Chile.
- GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO: *Curso histórico exegético del Derecho Romano comparado con el español*. T. I. Ed. Librería Sánchez. 5ta Edc. Madrid.
- GONZÁLEZ TORRE, ROBERTO (2008): *Aspectos jurídicos del fideicomiso en Latinoamérica*. Paper, Caracas, Venezuela.
- GRAU CREUS MIREIA Y MATEOS, ARACELIS (2002): *Análisis de políticas públicas en España: enfoques y casos*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- GUASTAVINO, ELIAS P. (1994): *La propiedad participada y sus fideicomisos*. Editorial La Roca.
- HAY, COLIN (2006): *Globalization and Public Policy* in: M. Moran, M. Rein, R.E. Goodin (Ed.), *The Oxford Handbook of Public Policy*. Oxford University Press.
- HAYZUS, J. R. (2000): *Fideicomiso*. Buenos Aires, Astrea.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, R., FERNÁNDEZ COLLADO, C. Y BATISTA LUCIO, M. (2010): *Desarrollo de la perspectiva teórica: Revisión de la literatura y construcción del marco teórico. Metodología de la Investigación*. 5ta edición, McGrawHill. México.
- HOWLETT, MICHAEL Y RAMESH M. (2007): *Studying Public Policy: Policy Cycles and Policy Subsystems*. Oxford: Oxford University Press. Chapter 4: “Policy Instruments”.
- JARAMILLO VÉLEZ, LUCRECIO (1996): *Derecho Romano*. Señal Editora.

- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, MARCO ANTONIO (2007): *Estudio sobre el fideicomiso*. Grupo editorial Ibañez, Bogotá, D.C., Colombia.
- KENNY, MARIO O. (2002): *Titularización y fideicomiso financiero*. Editorial Errepar.
- KERLINGER, FRED N. (1979): *Investigación del comportamiento*. 4ta. Edición, McGrawHill.
- KINGDON JOHN W. (2003): *Agendas, Alternatives, and Public Policies*. Addison-Wesley Educational Publishers.
- KIPER, CLAUDIO M., Y LISOPRAWISKI, SILVIO V. (2004): *Tratado de fideicomiso*. Editorial Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires.
- KIPER, CLAUDIO M. Y LISOPRAWISKI, SILVIO V. (2002): *Teoría y práctica del fideicomiso*. Buenos Aires, Depalma.
- KOOIMAN, JAN (2006): *Governing as Governance*. Londres. Sage Publications.
- KUNKEL, WOLFANG (1991): *Historia del Derecho Romano*. Ed. Ariel, Barcelona.
- LASCOUMES PIERRE, LE GALÈS PATRICK (2007): *Introduction: Understanding Public Policy through Its Instruments: From the Nature of Instruments to the Sociology of Public Policy Instrumentation en Governance 20 (1)*.
- LASCOUMES, PIERRE Y LE GALES, PATRICK (2004): *Gouverner par les instruments*. Paris: Presses de Sciences Po Gouvernances.
- LENARDON, FERNANDO ROBERTO (2008): *Fideicomiso gubernamental*. Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina.
- LISOPRAWISKI, SILVIO (1996): *Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización*. 2da. Edición. Editorial Depalma.
- LORENZETTI, RICARDO L. (2000): *Tratado de los contratos*. t. 3, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- MALUMIÁN, NICOLÁS, DIPLOTTI, ADRIÁN Y GUTIÉRREZ, PABLO (2006): *Fideicomiso y securitización. Análisis legal, fiscal y contable*. 2da. Edición. Editorial La ley.
- MARCH JAMES G. Y OLSEN JOHAN P. (2006): *The Logic of Appropriateness*, en: M. Moran, M. rein, R. E. Goodin (Ed.), *The Oxford Handbook of Public Policy*. Oxford University Press.
- MARTÍN MATO, M. (2009): *Los fideicomisos en los tiempos modernos*. Lima, Perú. ESAN.

- MARTIN SANTISTEBAN, SONIA (2005): *El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*. Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra.
- MAURY DE GONZÁLEZ, BEATRIZ (2004): *Tratado teórico práctico de fideicomiso*. Editorial Ad-hoc S.R.L, Buenos Aires.
- MENDEZ, CARLOS (2001). *Metodología. "Diseño y desarrollo del proceso de Investigación"*. 3º Edición. Editorial Mc Graw Hill. Colombia.
- MENY, IVES Y THOENING JEAN-CALUDE (1992): *Las políticas públicas*. Barcelona: Editorial Ariel.
- MOREAU, RÉMI (2007). *Protección de los espacios naturales y fiducia de utilidad social: la experiencia quebequesa*, en ARROYO I AMAYUELAS, ESTHER (directora), "*El trust en el Derecho Civil*", Editorial Bosch, Barcelona.
- MULLER, PIERRE (2006): *Las políticas públicas*. Colombia: Ed Francesa..
- NEIROTTI, JULIÁN E. (2006): *Manual práctico de fideicomiso, doctrina, jurisprudencia, legislación, y modelos contractuales*. Editorial Nova Tesis, Editorial Jurídica.
- OSZLAK, OSCAR Y O'DONNELL, GUILLERMO (1981): *Estado y políticas estatales en América Latina: hacia una estrategia de investigación*. Dossier publicado por el Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES), Buenos Aires, Documento G. E. Clacson No. 4.
- ORTÍZ VAAMONDE, SANTIAGO, (2004): *El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros*. Editorial La Ley.
- PACHECO HIJO, JUAN RAFAEL (1984): *Introducción del fideicomiso en la Legislación Civil Dominicana*. Santo Domingo, CENAPEC.
- PANERO GUTIÉRREZ, RICARDO (2004): *Derecho Romano*. 3ra. Ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- PÉREZ, LUIS JULIÁN (1982): *Fideicomiso o trust*. Santo Domingo, República Dominicana
- PÉREZ HUALDE, FERNANDO: *El fideicomiso de garantía y las posiciones del negocio fiduciario en la ley 24.441*. Citado por MAURY DE GONZÁLEZ, BEATRIZ (2004): *Tratado teórico práctico de fideicomiso*. Editorial Ad-hoc S.R.L, Buenos Aires.
- PÉREZ VIVES, ÁLVARO (1984): *Garantía civiles*. Editora Temis.

- PETIT, EUGENE (1995): *Tratado de Derecho Romano*. Ed. Porrúa, S. A. México.
- PIERRE, JHON Y GUY, PETERS B.: (2000): *Governance, Politics and the State*. London, Macmillan Press.
- RASCÓN, CÉSAR (2008): *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*. 3ra. Ed. Ed. Tecnos, Madrid.
- RENGIFO, RAMIRO (2001): *La fiducia, legislación nacional y derecho comparado*. Ed. Colección Pequeño Foro. Bogotá.
- RIVERO ORTEGA, RICARDO (1998): *Administraciones Públicas y Derecho Privado*. Marcial Pons, Madrid.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, JAIME (1991): *La privatización de la Empresa Pública*. Montecorvo, Madrid.
- RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO (2005): *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*. 1a ed., Legis Editores, Colombia.
- ROTH DEUBEL, ANDRÉ-NOËL (2007): *Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Ediciones Aurora.
- ROTH DEUBEL, ANDRÉ-NOEL (2002): *Políticas Públicas. Formulación, Implementación y Evaluación*. Ediciones Aurora. Bogotá.
- SANDOVAL ERENDIRA, IRMA (2007): *Opacidad en el manejo de recursos públicos: el caso de fondos y fideicomisos en FOX, JONATHAN; HAIGHT, LIBBY; HOFBAUER, HELENA; SANCHEZ ANDRADE, TANIA (Coordinadores) en Derecho a Saber, balance y perspectivas cívicas*. Fundar, Centro de Análisis e Investigación, A.C., México.
- SERRANO DE NICOLAS, ANGEL (2007): *Trust y derecho de sucesiones en ARROYO I AMAYUELAS, ESTHER (directora), "El trust en el Derecho Civil"*, Editorial Bosch, Barcelona.
- SÉROUSSI, R. (1998): *Introducción al derecho inglés y norteamericano*. Barcelona, Ariel.
- SCHULZ, FRITZ (1960): *Derecho Romano clásico*. Ed. Bosch. Barcelona.
- SUBIRATS, JOAN; KNOEPFEL, PETER; LARRUE CORINNE; VARONE, FREDERIC (2010): *Análisis y gestión de políticas públicas*. Segunda Impresión. Editorial Planeta. Barcelona.
- TAMAYO ERRAZQUIN, JOSÉ ANGEL (2007): *Libertis Libertabusque. El fideicomiso de alimentos en beneficio de libertos en Digesta y Responsa de Q. Cervidius*

Scaevola. Universidad del País Vasco, Argitalpen Zerbitzua Servicio Editorial, Vitoria, Gasteiz.

TAMAYO SÁEZ, MANUEL (1997): *El análisis de las políticas públicas* en Bañón, Rafael y Carrillo, Ernesto (compiladores), *La nueva administración pública*, UCM-IUOG.

VENTURA SILVA, SABINO (2006): *Derecho Romano. Curso de Derecho Privado*. 7ma edición. Ed Porrúa.

VILLAGORDOA LOZANO, JOSÉ MANUEL (2003): *Doctrina General del Fideicomiso*. 4ta ed., Porrúa, México.

VILLARODA LOZANO, JOSE MANUEL (1982): *Breve estudio sobre el fideicomiso*. México, Porrúa

VIRGOS SORIANO, MIGUEL (2006): *El Trust y el derecho español*. Primera Edición, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra.

VOLTERRA, EDUARDO (1986): *Instituciones de derecho privado romano*. Ed. Civitas. Madrid.

Revistas

ALEGRÍA, HECTOR: *Las garantías autoliquidables* en Revista de Derecho Privado y Comunitario, n°2, Garantías, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996.

ALLENDE, LISANDRO A., Y BORDA, GUILLERMO J.: *Apuntes sobre la práctica del fideicomiso* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-D.

AMÉNDOLA, MANUEL ALEJANDRO: *Fideicomiso testamentario: cuestiones controvertidas* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, t. 2008-A.

AYUSO, JAVIER ENRIQUE, Y LEMMA, JAVIER MARTÍN: *El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de "De Luca" y "Eurnekian"* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C.

BARBIEREI, JAVIER: *El fideicomiso desde sus orígenes hasta el Derecho actual* en Revista Impuestos, Buenos Aires, t. 2000-A.

BERNATE, ALEJANDRO: *El trust en los Estados Unidos* en Revista de la facultad de derecho de la Universidad Nacional, No. 27, 1968.

- CALDERON, AQUILES: *El fideicomiso de garantías: ángulos y vertientes* en Revista Gaceta Judicial, Vol 17, No. 324, Noviembre 2013.
- CALDERÓN, AQUILES: *Caracterización y antecedentes del fideicomiso* en Revista Gaceta Judicial, No. 204. 1ro de abril, 2005.
- CÁMARA LAPUENTE, SERGIO.: *Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español* en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año LXXV, septiembre-octubre 1999, núm. 654.
- CÁMARA LAPUENTE, SERGIO: *La fiducia de garantía en Navarra*. En Revista Jurídica de Navarra, núm. 14, julio-diciembre de 1992.
- CAMERINI, MARCELO A.: *El fideicomiso civil y el fideicomiso financiero* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, t. 2007-F.
- CAPANEGRA, CESAR ALEJANDRO: *La política turística en la Argentina en el siglo XX* en Revista Aportes y Transferencias, Año 10, volumen 1, Centro de Investigaciones Turísticas, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad Nacional de Mar del Plata, 2006.
- CARREGAL, MARIO A.: *Fideicomiso: Le malade imaginaire* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2009-F.
- CARREGAL, MARIO A.: *El fideicomiso: su aplicación desde la sanción de la ley 24.441* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-B.
- CARREGAL, MARIO A.: *Problemas registrales del fideicomiso* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2000-A.
- CASSAGNE, JUAN CARLOS: *La transmisión de derechos personales y reales en el derecho administrativo. Relaciones con el Código Civil* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1984-B.
- CASTRO, ROSANA: *El fideicomiso público: régimen federal*, en Revista de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Número 71, enero/marzo 2010.
- CATUOGNO, JUAN LUIS, Y, LISOPRAWISKI, SILVIO: *El denominado fideicomiso público existe pero no existe* en Revista Jurídica La Ley, Sección Actualidad, Buenos Aires, Argentina, martes 27 de febrero de 2007.
- CINILLO, OSCAR A.: *El contrato de fideicomiso de garantía* en Revista de Derecho Privado y Comunitario. 2001-3-212.
- DE HOZ, MARCELO: *Aspectos contractuales e impositivos del fideicomiso inmobiliario* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, 11 de septiembre de 2009.

- DE HOZ, MARCELO: *Contrato de fideicomiso e ineficacia sobreviniente* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-A.
- DELFIN SILVA, YASHER HERNAN: *El financiamiento de las pequeñas y medianas industrias (PYMI) en Venezuela* en Revista Internacional de Investigación y Docencia (RIID). Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado (UCLA). Barquisimeto. Estado Lara-Venezuela, 2016.
- ESTÉVEZ CAMBRA, SEBASTIÁN: *El fideicomiso. Una modalidad, el inmobiliario* en Revista Anales de legislación argentina, Boletín informativo, Año 2007, Número 6, Tomo LXVII-B.
- FACCO, JAVIER HUMBERTO: *El fideicomiso y su modalidad contractual de garantía* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, t. 2008-A.
- GARCIA, CARLOS J.: *Un nuevo sistema de financiamiento para las vivienda chilenas* en Revista Observatorio Económico No. 83, 2014.
- GIOVENCO, ARTURO C.: *La delegación de funciones en el fideicomiso financiero. Límites, condiciones y deberes de control* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, La Ley, Tomo 2009-D.
- GÓMEZ DE LA LASTRA, MANUEL C.: *El Estado fiduciante* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-E.
- GOTLIEB, VERÓNICA; VEZZONI, MALVINA, Y COPPOLETTA, SEBASTIÁN C.: *El acreedor laboral frente al fideicomiso* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-F.
- GREGORINI CLUSELLAS, EDUARDO L.: *Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E.
- GUERRERO, OMAR: *Políticas Públicas: Una resurrección de la ciencia de la policía* en Revista Teoría y Praxis Administrativa. Volumen II y IV, Número 11,12 y 13. Julio 1989 a marzo 1990. Instituto de Administración pública de Nuevo León, A. C.
- GUIRIDLIAN LAROSA, JAVIER D.: *El fideicomiso público como técnica de financiación contractual administrativa.*, en Revista El Derecho, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003.
- HIERNAUX-NICOLAS, D.: *¿Cómo definir el turismo? Un repaso disciplinario* en Revista Aportes y Transferencias, 6 (2).
- JUNYENT BAS, FRANCISCO, Y, MOLINA SANDOVAL, CARLOS A.: *Bases para una reforma del régimen del fideicomiso a propósito de la necesidad de su inscripción* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C.

- LANGBEIN, J.: *The contractarian basis of the law of trust* en Yale Law Journal, 105, 1995.
- LISOPRAWWSKI, SILVIO: *Fideicomiso: ni ángel ni demonio* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, t. 2007-E.
- LISOPRAWWSKI, SILVIO: *Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C.
- MÁRQUEZ, JOSÉ F.: *El fideicomiso de garantía y el concurso del fiduciante* en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2003-1-137.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN: *La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos 50 años* en Revista de Administración Pública, RAP, número 150, septiembre-diciembre 1999.
- MASNATTA, HÉCTOR: *La administración financiera y los sistemas de control del sector público nacional* en Revista de Derecho Administrativo, Año 5, enero-agosto 1993, Número 12/13, Buenos Aires, Depalma.
- MEILÁN GIL, JOSÉ LUIS: *El acto administrativo como categoría jurídica* en Diario Jurídico El Derecho, Buenos Aires, Argentina, viernes 30 de octubre de 2009.
- MOISSET DE ESPANÉS, LUIS Y HIRUELA, MARÍA DEL PILAR: *Algunos lineamientos generales del fideicomiso de la ley 24.441* en Revista de Derecho Privado y Comunitario, No. 3. Editorial Rubinzal Culzoni. Año 2001.
- NAVAU MARTINEZ-VAL, MARÍA PILAR. *El trust anglosajón y la armonización de la fiscalidad del ahorro* en Revista Noticias de la Unión Europea Número 208, Mayo de 2002, Año XVIII.
- NEIROTTI, JULIÁN E.: *Algunas consideraciones sobre el fideicomiso en el sector público* en Zeus, Colección jurisprudencial, Tomo 98 (Mayo-Agosto 2005), Rosario, Argentina.
- NIETO, ALEJANDRO: *La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo* en Revista de Administración Pública, RAP, núm. 76, 1976.
- PACHECOY, RAMIRO S.: *Responsabilidad objetiva del fiduciario en la Ley 24.441* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F.
- PALLARÉS, F.: *Las Políticas Públicas: El Sistema Político en acción* en Revista de Estudios Políticos, 68.
- PERTIERRA CANEPA, FRANCISCO MARIA: *El fiduciario es la clave del fideicomiso* en Serie Documentos de trabajos (working paper) Nos. 502, Universidad del Cema, Buenos Aires, Argentina, Noviembre 2012.

- PERTIERRA CANEPA, FRANCISCO MARIA: *El fideicomiso al servicio de las políticas del Estado Argentino; Análisis Comparativo Regional en Serie Documentos de trabajos (working paper) Nos. 429*, Universidad del Cema, Buenos Aires, Argentina, 2010.
- PRAVATO, LUIS E.: *Algunas consideraciones sobre el fideicomiso público y el derecho administrativo rionegrino*. Revista de Administración Pública, RAP, Buenos Aires, Volumen 376, Sección Legislación Anotada.
- PERALTA MARISCAL, LEOPOLDO L.: *Análisis económico del fideicomiso de garantía. Nuevas reflexiones sobre su ilicitud en* Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2001-F
- PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO: *Fideicomiso público*. En Revista Actualidad en el Derecho Público, enero-abril 2000.
- PIÑAR MAÑAS, JOSÉ LUIS: *Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones en* Revista Española de Derecho Administrativo, REDA, número 97, enero-marzo 1998.
- RAISBERG, CLAUDIA: *El fideicomiso en garantía frente al concurso en* Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-C.
- RIVERO ORTEGA, RICARDO: *¿Es necesaria una revisión del Régimen de los Contratos Administrativos en España?*, en Revista Española de Derecho Administrativo – REDA-, número 120,
- RIVERO YSERN, ENRIQUE: *Derecho público y derecho privado en la organización y actividad de las empresas públicas*, en Revista de Administración Pública, RAP, número 86, mayo-ago. 1978, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- RODRIGUEZ, MARIA JOSE: *El fideicomiso público, cuestiones de control de la Administración Pública, Administrativo, Legislativo y Judicial en* Revista La Ley, 2010.
- RODRÍGUEZ-ARAMA MUÑOZ, JAIME: *La vuelta al Derecho Administrativo (a vueltas con lo privado o lo público)* en El Derecho, Buenos Aires, Argentina, Volumen 2005 Derecho Administrativo.
- ROSENFELD, L. CARLOS: *Antecedentes históricos del Fideicomiso en* Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1998-E.
- SCOCCO, MÓNICA: *Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano en* Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-D.

SOLER, OSVALDO H., Y, CARRICA, ENRIQUE D.: *El fideicomiso y el fraude* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2000-B.

VALENCIA, GERMÁN Y ÁLVAREZ, YOHAN: *La ciencia política y las políticas públicas: notas para una reconstrucción histórica de su relación* en Revista de Estudios Políticos, No. 33 (julio-diciembre), Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, 2008.

VÁZQUEZ, GABRIELA A.: *El fideicomiso de garantías: certezas y vacilaciones* en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-A.

Ponencias y Conferencias

AGUILAR VILLANUEVA, LUIS: “*Marco para el análisis de las políticas públicas*”, Conferencia pronunciada en el I Encuentro Presencial de la Maestría en Políticas Públicas Comparadas, enero 2007, FLACSO-México. Citado en Políticas Públicas y Sociología Política

CHAVEZ BONETTI, EVELYN: “*Fideicomiso de Inversión Inmobiliaria y Desarrollo Inmobiliarios*”. Ponencia Diplomado Fideicomiso: Práctica legal y regulatoria. Gaceta Judicial, República Dominicana, 2016

LIZARDO, MAGDALENA: “*Políticas para la Inclusión Social en la República Dominicana*”. Ponencia de Misión Permanente de la República Dominicana ante la Organización de las Naciones Unidas 16 de octubre 2015, New York.

MOLINA ESTEVEZ, CHRISTIAN: “*El fideicomiso de garantía*”. Ponencia Diplomado Fideicomiso: Práctica legal y regulatoria. Gaceta Judicial, República Dominicana, 2016.

RIVERO ORTEGA, RICARDO: “*Instrumentos de Administración Municipal: empresas municipales, fundaciones municipales y otros*”. Ponencia para el VIII Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad Do Minho, 5-6- de diciembre de 2008.

RODRIGUEZ JEREZ, RAFAEL: “*Fideicomiso en República Dominicana*”. Ponencia Diplomado en Fideicomiso en la República Dominicana. Universidad del Domínico-Americano (Unicda), Octubre, 2015.

RODRIGUEZ, MILCIADES: “*Régimen tributario aplicable fideicomiso*”. Ponencia Taller de Fideicomiso. L. Nuñez & Asociados, Asesoría Empresarial, República Dominicana, Junio, 2016.

Tesis

ÁLVAREZ MÉNDEZ, YOMAR DANIELA (2012): Tesis *Iniciativa Yasuní-ITT, un instrumento más de la contradicción estatal: Un estudio de la política de conservación desde la agenda pública*. Ecuador.

LEMONS POSSO, CÉSAR AUGUSTO Y MESA SARMIENTO, JOSÉ FERNEY. (1991): *Sobre la fiducia*, tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Santafé de Bogotá, DC, República de Colombia.

RODRÍGUEZ BERNAL, NANCY PATRICIA (2012): Tesis *La Gobernanza Negociada como base para la construcción de políticas públicas territoriales en el marco de análisis de la industria petrolera en Colombia*. Colombia.

Periódicos

DAUHAIJRE HIJO, ANDRÉS: “*Peajes mentirosos y fideicomisos inviables*”. Periódico El Caribe, Sección Opinión., 12 julio, 2016.

OFICINA PELLERANO & HERRERA LAW: “*Derecho Económico*”. Periódico Diario Libre, Sección Noticias, 18 mayo de 2012.

SELMAN, ERNESTO: “*Emisión de bonos de Red Vial es para no aumentar la deuda*” Periódico Diario Libre, Sección Economía, 30 de septiembre 2016

Página Web

ARNOLETTO, EDUARDO (2016): Glosario de conceptos políticos usuales, Ed. EUMEDNET en en <http://www.eumed.net/dices/listado.php?dic=3>)

ASTOCAZA.PONCE, NELLY E. (2010): *El Paradigma Emergente de la Gobernanza y sus Posibilidades para el Replanteamiento de la Gestión Pública y de la Democracia en el Perú*. <http://www.eumed.net/rev/cccss/08/neap.htm>

BELLO KNOLL, SUSY INÉS: Las sociedades comerciales como fiduciario en fideicomisos de administración. Disponible en <http://www.todaviasomos pocos.com/libros/la-experiencia-europea-de-la-participacion-de-los-trabajadores-en-la-administracion-de-las-sociedades-2/>

FELLER EADE, Calificadora de Riesgo. “Informe de Calificación Fideicomiso RD Vial”, en fecha 26 de septiembre del 2016. www.feller-rate.com.do

FOCUS AMERICLATINA. (2011). “Revista de Investigación para el desarrollo”. Corporación Andina de Fomento. Número 1. Documento en Línea. Disponible en: www.caf.com

OCDE/ CEPAL - Centro de Desarrollo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2012. Perspectivas Económicas de América Latina 2013. “Políticas de PYMES para el cambio estructural”. Fuente: <http://dx.doi.org/10.1787/leo-2013-es>

ONUDI - Organización de las naciones unidas para el desarrollo industrial, 2015. Informe sobre el desarrollo industrial 2016. “El rol de la tecnología y la innovación en el desarrollo industrial inclusivo y sostenible”. Resumen. Viena. Fuente: https://www.unido.org/fileadmin/user_media_upgrade/Resou rces/Publications/IDR/EBOOK_IDR2016_OVERVIEW_SP ANISH.pdf.

OPPAL - Observatorio para las Políticas Públicas de América, 2016. http://www.oppal.deusto.es/servlet/Satellite/Page/1206981952085/_cast/%231206981952041%231206981952085/UniversidadDeusto/Page/PaginaCollTemplate

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DOMINICANA. “INVI y la Reducción del Déficit Habitacional” <http://new.livestream.com/PresidenciaRD/INVI>

REYES MORA, Advisors. *Elementos legales y técnicos del fideicomiso*. Disponible: <http://doctrina.blex.com.mx/vid/elemntos-legales-tecnicos-fideicomiso-218485193>

SABLICH HUAMANI, CHARLES ALEXANDER (2016): *El contrato de fideicomiso: Regulación y perspectiva de desarrollo en el Perú*. Disponible: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2010e/836/CONTRATO%20DE%20FIDEICOMISO%20INTRODUCCION.htm>

[Leyes y Decretos](#)

Constitución de la República Dominicana, promulgada en el 2010.

Código Civil de la República Dominicana.

Ley 189-11, para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana, promulgada el 16 de julio de 2011.

Ley No. 1-12, sobre la Estrategia Nacional de Desarrollo 2030

Ley No. 87-01, El Sistema de Seguridad Social, República Dominicana, promulgada el 9 de mayo de 2001.

Ley No. 108-05 de Registro Inmobiliario, Promulgada el 23 de marzo del 2005

Ley No. 126, sobre Seguros Privados, República Dominicana, promulgada 20 de marzo de 1971.

Ley No. 146, Ley de Minería, República Dominicana, promulgada 4 de junio de 1971.

Ley No. 171, Orgánica sobre Bancos Hipotecarios de la Construcción, República Dominicana, promulgada el 7 de junio de 1971.

Ley No. 183-02, Monetaria y Financiera, República Dominicana, promulgada el 3 de diciembre de 2002.

Ley No. 288, Orgánica de la Corporación de Fomento Industrial de la República Dominicana, promulgada el 30 de junio de 1966.

Ley No. 340-06, sobre Compras y Contrataciones Públicas de bienes, obras, servicios y concesiones, modificada por la Ley No. 449-06.

Ley 449-06 del 4 de diciembre del 2006

Ley No. 532, sobre Promoción Agrícola y Ganadera, República Dominicana, promulgada el 12 de diciembre de 1969.

Ley No. 567-05 Tesorería Nacional, promulgada en diciembre 2005

Ley No. 586, Ley Orgánica del Banco de Reservas de la República Dominicana, promulgada el 28 de octubre de 1941.

Ley No. 5894, Ley Orgánica del Banco Nacional de la Vivienda, promulgada el 12 de mayo de 1962.

Ley No. 5897, Sobre Asociaciones de Ahorros y Préstamos, República Dominicana, promulgada el 4 de mayo de 1962.

Ley 3284, Código de Comercio de Costa Rica,

Proyecto de ley sobre Fideicomiso en la República Dominicana, año 1969.

Proyecto de ley sobre Fideicomiso en la República Dominicana, año 1983, Art. 32

Decreto No. 95-12, del 2 de marzo de 2012, que establece el reglamento para regular los aspectos que en forma complementaria a la Ley 189-11 se requieren para el funcionamiento de la figura del Fideicomiso.

Decreto No. 277-13, del 25 de septiembre de 2013, modificado por el Decreto No. 301-13, del 16 de octubre de 2013, para ordenar la constitución del Fideicomiso RD VIAL.

Decreto No. 212-15, del 16 de junio de 2015, que crea el Gabinete Turístico y el consejo Consultivo del Gabinete Turístico

Decreto No. 186-15, del 5 de junio del 2015, que instituye el Fideicomiso para el Desarrollo Turístico de Pedernales

Decreto No. 4659, del 18 de octubre de 1947, que aprueba los estatutos del Banco de Reservas de la República Dominicana.

Reglamento No. 543-12, de la Ley No. 340-06, sobre compras y contrataciones públicas de bienes, obras, servicios y concesiones.

Resolución Administrativa No. 001-2014, de la Unidad de Gerencia del Fideicomiso VBC RD, de fecha 7 de noviembre del 2014.