

ACERCA DE LA UTILIZACIÓN DE FIDEICOMISOS POR EL SECTOR PÚBLICO

EDUARDO MERTEHIKIAN

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

I. INTRODUCCIÓN. DESCRIPCIÓN DE UN FENÓMENO CRECIENTE

Se viene dando en nuestro medio el fenómeno de la creciente utilización por parte del sector público, ya sea en forma aislada o simultánea con otros procedimientos, de un instituto propio del derecho común como es el de los fondos fiduciarios o, si se prefiere, de los fideicomisos públicos. Si bien posee –como luego veremos– el atractivo de sustraer de la acción de los acreedores particulares de los sujetos contratantes los bienes y recursos económicos necesarios para concretar la ejecución del objeto de los contratos que utilicen este mecanismo de financiación, no ha quedado exento de severas críticas en virtud de la ausencia de procedimientos claros de rendición de cuentas por parte de quien actúa como fiduciario.¹ A pesar de que este sujeto tiene establecido el alcance de la encomienda tanto por el contrato que celebra cuanto por el acto que crea el fideicomiso público, no deja de ser un instrumento jurídico basado en la *confianza* depositada en la persona de quien actúa como sujeto fiduciario.

Ahora, más allá de circunstancias que en un momento dado pueden afectar el normal desenvolvimiento presupuestario, el empleo de mecanismos tales como el de los fondos fiduciarios por parte del sector público puede traer como valor añadido restarle, –cuando no suprimir– contenido de discrecionalidad a las decisiones de los órganos administrativos a cuyo cargo se encuentra la ejecución del presupuesto, pues dado que los compromisos de aportes financieros para la constitución de tales fondos deben ser incluidos en las respectivas leyes anuales de presupuesto –tal como más adelante se examinará– la voluntad del legislador que aprueba el presupuesto y

¹ Cfr. Editorial del Diario *La Nación* del 16-10-2003, p. 24, bajo el elocuente título “Dudas sobre los fideicomisos públicos” y en el mismo periódico del día 20-04-2003, Sección Economía & Negocios, Nota de Tapa “La historia del presupuesto paralelo” cuyo autoría corresponde al periodista Hugo Alconada Mon.

de esa manera habilita el ejercicio de la competencia administrativa² –en tanto los recursos respectivos sean efectivamente recaudados–³ no quedará subordinada a las decisiones de los órganos administrativos a cuyo cargo se encuentre cumplir con la voluntad del legislador.

Sin embargo, no debe omitirse que la configuración de mecanismos de financiación como el de los fideicomisos públicos debe estar también orientado a dotar de mayor transparencia, y por lo tanto de una competencia efectiva, a los procedimientos de selección del contratista particular y, consecuentemente, al de formación de los precios que el sector público abona por los bienes y servicios que demanda, o que los propios usuarios o beneficiarios solventan cuando de actividades de prestación a cargo de concesionarios y licenciatarios se trata, en aras de asegurar los principios de equidad, transparencia y eficiencia en la asignación de los recursos públicos;⁴ *principios*⁵

² Ya nos hemos manifestado partidarios del criterio de que la Ley de Presupuesto, desde la perspectiva del Derecho administrativo actúa como una norma habilitante de la competencia de los órganos administrativos, plasmándose como la norma jurídica autorizante de derechos y obligaciones en cabeza del órgano administrativo. (Cfr. *Ley de Administración Financiera y Control de Gestión*, p. 15; 10ª edición, Suplemento Especial de la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2004).

³ Cfr. Artículos 28, 30, 38 de la Ley N° 24.156 y 5° de la Ley N° 24.629.

⁴ Es que como lo ha señalado Luciano Parejo Alfonso “[...] En la valoración social, política, práctica y también, jurídica de la Administración pública como parte de la estructura de los Poderes públicos tienen hoy destacada importancia los valores de la eficiencia y eficacia. De aquella se exige primariamente no sólo que obre o actúe, sino que al hacerlo, ‘resuelva’ los problemas sociales, es decir, que produzca, en cada caso, un determinado resultado efectivo, es decir, una ‘obra’, cabalmente la pretendida y señalada como fin u objetivo al diagnosticar el problema de que se trate. Surge así la ‘efectividad’ o, si se prefiere, el ‘éxito’ como criterio de legitimidad de la Administración pública.” (Cfr. *Eficacia y Administración - Tres Estudios*; MAP - Ministerio para las Administraciones Públicas- INAP; Madrid 1995; p. 89).

⁵ Me refiero entre otros a los que se plasman en el Artículo III, inciso 5, de la Convención Interamericana contra la corrupción aprobada por la Ley N° 24.759, que dispone como medida preventiva la regla según la cual los sistemas de adquisición de bienes y servicios por parte del Estado deben asegurar la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas. En ese orden puede verse la opinión de Agustín Gordillo quien tiene dicho: “[...] La Constitución y el orden jurídico supranacional e internacional no sólo tienen normas jurídicas supremas; tienen también y principalmente *principios* jurídicos de suma importancia.” (Cfr. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 1, Parte General, 8ª edición, p. VI-26, párrafo 6, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003). En el mismo sentido debe decirse que en la actual formulación de nuestro Derecho administrativo no puede prescindirse de la circunstancia de que toda actuación de los órganos administrativos no solamente está subordinada al principio de legalidad, entendido el mismo como de estricta sujeción al texto legal formal, sino también a su necesaria *legitimidad* pues también debe ser oportuna, conveniente y razonable (conforme lo hemos dejado así expuesto en nuestro trabajo “Algunas consideraciones Jurídicas acerca del Control Parlamentario del Sector Público Nacional” en la obra colectiva ‘*Derecho Administrativo*’ –Juan Carlos Cassagne, Director– en Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff; Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 419 y sigs., y en especial p. 421). Calificada doctrina nacional se ha ocupado del fenómeno descrito utilizando la locución *juridicidad* por considerar que ella representa la idea que se espera del accionar de la Administración pública (Cfr. Comadira, Julio Rodolfo; “Función Administrativa y Principios Generales del Procedimiento Administrativo” en la obra *130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación*, p. 84; y en su obra *Derecho Administrativo*, Capítulo IV, Buenos Aires, Abeledo Perrot 1996, p. 115 y sigs., en especial p. 123).

que nuestro sistema jurídico ha adoptado definitivamente y que por lo tanto condicionan toda actuación estatal.

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

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

En el orden del Derecho nacional argentino, la Ley N° 24.156 de Administración Financiera y Control del Sector Público, con el propósito de dotar de cierto grado de certeza el normal desenvolvimiento contractual, establece (Art. 15) que la inclusión en la Ley de Presupuesto anual de información suficiente acerca de la ejecución de una obra o la provisión de un bien o prestación de un servicio que por su envergadura económica abarque más de un período presupuestario, implica la autorización a contratar por el monto total de ese bien, obra o servicio. En ello lleva explícito el compromiso de la asignación de los recursos económicos necesarios en los presupuestos de los años siguientes que aseguren la ejecución y culminación normal de la prestación que constituye el objeto contractual. Sin embargo y en vista a que la norma tropieza con el serio inconveniente de que no existen –en principio– medios jurídicos que permitan compeler al legislador a cumplir con su compromiso de asignar anualmente los créditos presupuestarios necesarios, tampoco confiere la certeza necesaria, ni un estímulo suficiente, ya que no se confiere protección legal adecuada.⁶

De frustraciones análogas no quedan al margen los contratos en los cuales los recursos provienen de usuarios y beneficiarios del servicio, obra o actividad a cargo de concesionarios o licenciatarios, ya que dichos contratos, afectados por las sistemáticas declaraciones de emergencia no sólo son sometidos –como ocurre actualmente– a la revisión de sus términos originales –por el impacto que en ellos produ-

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

jeron los cambios habidos en la economía general del país– sino que son objeto de una constante interferencia estatal cuyas consecuencias se trasladan –fatalmente– a usuarios y beneficiarios. Cabe apuntar que en estos últimos se ha generalizado también el empleo de los fondos fiduciarios, ya que en razón de que éstos conforman en nuestra legislación un patrimonio separado de los patrimonios de los respectivos contrayentes del contrato, se intenta asegurar con ellos la adecuada asignación de los recursos que financian la ejecución de la infraestructura asociada a la prestación de un servicio público.

II. APUNTES SOBRE LA REGULACIÓN LEGAL DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA EN EL DERECHO ARGENTINO Y DE SU APLICACIÓN A ESTOS FONDOS CREADOS POR EL SECTOR PÚBLICO

Debe recordarse la diferencia existente entre los conceptos de *dominio fiduciario* y de *propiedad fiduciaria*, ya que el dominio en tanto derecho real únicamente puede recaer sobre *cosas* (Art. 2311, Código Civil), mientras que el concepto de *propiedad* es más amplio pues –como se sabe– está asociado al concepto jurídico de *patrimonio* el cual abarca no sólo a las cosas, sino a todo tipo de *bienes*, es decir materiales e inmateriales (Art. 2312, Código Civil). Conforme con la regulación que en esta materia proviene en exclusividad en nuestro sistema jurídico del Código Civil, el dominio fiduciario configura una de las tres especies que como género constituye el dominio imperfecto.⁷ De este último se ocupa el Artículo 2507 del citado cuerpo dispositivo estableciendo que es tal “[...] el que deba resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición, o si la cosa que forma su objeto es un inmueble, gravado respecto de terceros con un derecho real.” La citada disposición debe examinarse en conjunto con los Artículos 2661 y 2662 del mismo código, que –en lo que aquí interesa– establece la primera de ellas: “[...] dominio imperfecto es el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble [...]”, en tanto que la segunda determina: “Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, testamento o la ley” (texto del artículo según la redacción dada por la Ley N° 24.441).

En orden a ello, la Ley N° 24.441, sancionada con el explícito propósito de hacer operativo el instituto que –según la doctrina especializada– carecía de interés

⁷ Para el estudio del régimen que en nuestro medio posee actualmente el dominio fiduciario, nos remitimos a Lisoprawski, Silvio V.; Kiper, Claudio M., *Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1996. Análogamente para un análisis del tratamiento tributario de los fondos fiduciarios nos remitimos a Hansen, Leonardo H., *Tratamiento Tributario. Fideicomisos Financieros*, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 2000.

práctico en nuestro medio,⁸ dispone en su Artículo 1º: “Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario) y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.”

De tal suerte entonces que el objeto de la propiedad fiduciaria puede recaer sobre todo tipo de bienes, en tanto que únicamente las cosas pueden ser objeto del dominio fiduciario. Para ir aproximándonos al concepto de fideicomisos públicos, cuando nos referimos a ellos estamos ocupándonos de la propiedad fiduciaria por consistir en un concepto más amplio que el del dominio fiduciario.

En orden a los sujetos que intervienen, deben diferenciarse los *sujetos contratantes* (en cuanto sujetos constituyentes del fideicomiso) de los *sujetos involucrados o ligados* en la figura, de modo tal que celebrantes del acuerdo son exclusivamente *fiduciante* y *fiduciario*, pero sujetos involucrados o ligados son también el *beneficiario* de la propiedad fiduciaria y el *fideicomisario*; figura que corresponde a quien resulte ser el destinatario final de los bienes objeto del fideicomiso, al término del mismo.

En cuanto a la capacidad que deben revestir los sujetos celebrantes o contratantes, será la que se requiera para disponer de los bienes integrantes del fideicomiso, extremo de vital importancia en materia de fideicomisos públicos pues la misma será la asignada por las disposiciones que rijan en cada caso, teniendo en consideración especial el tipo de bienes de que se traten.

Ahora bien, la Ley N° 24.441 solamente diferencia entre “los fideicomisos financieros” y los “fideicomisos no financieros” de modo que no adopta las clasificaciones que comúnmente realiza la doctrina de esta figura, posibilitando de ese modo que la voluntad de las partes sea la que establezca las características del negocio jurídico que bajo esta modalidad se desea celebrar.⁹

Me apresuro en señalar que la circunstancia de que la creación de los fondos fiduciarios públicos resida primariamente en la ley, como consecuencia de la cual se

⁸ Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil – Derechos Reales*, T. I; numeral 273, p. 243; 4ª. edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992.

⁹ En ese orden de cosas, señala Guastavino: “[...] los actos fiduciarios genéricos fundados en la autonomía de la voluntad se pueden conceptuar como los que determinan una modificación subjetiva de la relación jurídica preexistente y el surgimiento de una nueva relación. La modificación subjetiva en la relación preexistente consiste en la transmisión *plena* del dominio *perfecto* u otro derecho, efectuada con fines de administración, facilitación de encargos o garantía, que por sí mismos no exigirían tal transmisión. La nueva relación que surge simultáneamente con aquella transmisión consiste en la obligación que incumbe al adquirente de restituir el derecho al transmitente, o de transferirlo a una tercera persona, una vez realizada la finalidad; todo por la confianza que el transmitente dispensa al adquirente” (Guastavino, Elías P., *La Propiedad Participada y sus Fideicomisos*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1994, p. 56). Sobre la afirmación que vertimos en el texto puede también confrontarse Hansen, Leonardo H., *op.cit.* con cita de Freire, Bettina, *El fideicomiso*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1997.

celebrará el respectivo contrato, no significa que el régimen jurídico de los bienes integrantes del fideicomiso sea diferente del que le corresponde a dichos bienes por las normas del derecho común, pues en nuestro sistema jurídico el deslinde entre las cosas que pertenecen al dominio privado y las que pertenecen al dominio público está deferida en exclusividad al legislador nacional (Art. 75, inciso 12 de la Constitución Nacional) y ese deslinde que establece la distinción básica en la condición legal del bien o naturaleza jurídica de las cosas es llevado a cabo por el Código Civil.¹⁰ Es decir que cualquiera sea la modalidad que adopte el fideicomiso integrado con bienes aportados total o parcialmente por el Estado (v. gr. de garantía, financiero, de administración, etcétera) el régimen jurídico aplicable a esos bienes será el que le fije la legislación de derecho común.

Tal como se anticipó, la Ley N° 24.441 adoptó el criterio de que los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado tanto del patrimonio del fiduciario como del patrimonio del fiduciante (Art. 14);¹¹ que los mismos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario y que tampoco podrán sufrir la agresión de los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude (Art. 15). Por su parte, los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos (Art. 15). También debe mencionarse que, salvo estipulación en contrario, el fiduciario puede disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario (Art. 17).¹²

En cuanto a los aportes, estos pueden consistir en toda clase de bienes, con la particularidad de que si se tratara de bienes integrantes del dominio público, corresponderá que se lleve a cabo su previa desafectación *formal* de dicho régimen y ello será teniendo en cuenta la naturaleza del bien involucrado.¹³ Tratándose de bienes del dominio privado del Estado la Ley N° 22.423 autoriza al Poder Ejecutivo Nacional a proceder a su enajenación cuando no sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones.¹⁴

¹⁰ Cfr. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. V, 4° edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 99.

¹¹ Respecto del Fondo Fiduciario de Desarrollo de Infraestructura creado por el DNU N° 1.299/2000, su Artículo 9° dispone: "El patrimonio del Fondo quedará irrevocablemente afectado a la garantía de los pagos debidos bajo los contratos."

¹² En orden a ello pueden verse las distintas alternativas que prevé el Artículo 8° del aludido DNU N° 1.299/2000.

¹³ Cfr. Marienhoff, Miguel S., *op. y loc. cit.*, numeral 1752, p. 222 y sigs.

¹⁴ Diversas disposiciones legales y reglamentarias complementan dicho marco jurídico, tales como las contenidas en el Capítulo V (Arts. 51 a 54) de la Ley de Contabilidad (Decreto Ley N° 23.254/1956) que aún permanece vigente (Para su análisis nos remitimos a *Ley de Administración Financiera y Control de Gestión*, *op. cit.*, p. 231 y sigs.).

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

CREACIÓN Y PREVISIONES NECESARIAS EN LAS LEYES DEL PRESUPUESTO DEL ESTADO

La doctrina ha caracterizado al *fideicomiso público* como “El contrato por medio del cual el Estado (nacional, provincial o municipal) a través de sus dependencias y en su carácter de fideicomitente transmite la titularidad de bienes de dominio público o privado de su pertenencia, o afecta fondos públicos a un fideicomiso (por lo general instituciones nacionales de crédito) para realizar un fin lícito de interés general.”¹⁵

En el sistema jurídico nacional, la Ley N° 24.156 de Administración Financiera y Control del Sector Público establece¹⁶ que sus disposiciones sean aplicables a los “Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado Nacional”. A su turno, el Artículo 5° , inciso a) de la Ley N° 25.152¹⁷ dispone: “Toda creación de organismo descentralizado, empresa pública de cualquier naturaleza y Fondo Fiduciario integrado total o parcialmente con bienes y/o fondos del Estado Nacional requerirá del dictado de una Ley”. Cabe citar que la redacción original del artículo no incluía los Fondos Fiduciarios; inclusión que realiza la mencionada Ley N° 25.565 que aprueba el presupuesto de la Administración pública nacional para el ejercicio financiero del año 2002 y que –como se ha apuntado también– modificó el citado Artículo 8° de la Ley N° 24.156.

Debe repararse en la circunstancia que, si bien todo Fondo Fiduciario que se constituya parcialmente con bienes del Estado Nacional debe ser creado por ley formal (Art. 5° , inciso a) Ley N° 25.152),¹⁸ solamente resultan aplicables las disposiciones de la Ley N° 24.156 de Administración y Control del Sector Público Nacional a aquellos en los que la titularidad de los bienes aportados corresponda al Estado

¹⁵ Molina de Aleva, Marcela; “Fideicomiso Público”; en AA VV, *Tratado teórico práctico del fideicomiso*; Beatriz Maury de González, Directora – Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 27, citado por Molina Sandoval Carlos A., *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, p. 55 –nota 15–, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.

¹⁶ Artículo 8° , inciso d) en su redacción actual según el texto dado a dicha disposición por el Artículo 70 de la Ley N° 25.565.

¹⁷ Texto según la redacción dada por el Artículo 48 de la Ley N° 25.565.

¹⁸ A pesar de tan terminante disposición, se ha seguido acudiendo al dictado de reglamentos de necesidad y urgencia por parte del Poder Ejecutivo Nacional para la creación –entre otros– del Fondo Fiduciario de Desarrollo Provincial (Decreto N° 1.299/2000 modificado por su similar N° 676/2001). La circunstancia de que sea necesario el dictado de una ley formal para la creación de dichos fondos se justifica en la naturaleza dispositiva del patrimonio estatal del acto de integración y de la transferencia en propiedad, si bien como dominio imperfecto –como se verá seguidamente– de los bienes que el Estado aporta a la constitución del fondo fiduciario.

nacional en forma total o mayoritaria. La distinción en el tratamiento de ambos supuestos reviste toda lógica y se justifica en que nada amerita que, no siendo mayoritario el aporte estatal, se apliquen las normas que regulan el funcionamiento de la administración financiera y control del sector público, lo que no significa relevar al fiduciario de su obligación de rendición de cuentas. Las disposiciones examinadas se complementan con lo establecido en el Artículo 2° de la mencionada Ley N° 25.152 al disponer que la Ley de Presupuesto General de la Administración de cada ejercicio, deberá contener “[...] los flujos financieros que se originen por la Constitución y uso de los fondos fiduciarios [...]”.

La práctica de los últimos tiempos denota –como se ha mencionado– una variada utilización de este instituto, que ha adoptado diversas modalidades dentro de las distintas variantes que la doctrina ha ido clasificando, e incluso se evidencian combinaciones entre ellas.¹⁹

IV. COLOFÓN

Para ir concluyendo estas breves ideas, puede decirse que, por lo anteriormente apuntado, los bienes que constituyan el patrimonio fiduciario dejarán de formar parte del dominio del Estado (*fiduciante*), configurando a partir de allí un patrimonio separado y afectado al cumplimiento del objeto fijado en el acto de su constitución y en el contrato de fideicomiso, obligación que recae en el sujeto fiduciario. El Estado viene a quedar así obligado a respetar la propiedad ajena, que ha dejado de ser pública²⁰ y que se encuentra afectada –de acuerdo con la modalidad que hubiese adoptado el fideicomiso– a financiar el cometido público cuya satisfacción se procura y que constituye el objeto del contrato que ha celebrado.

¹⁹ De tal suerte interesa señalar que a través del Decreto de Necesidad y Urgencia –DNU N° 1.299/2000–, modificado por su similar 676/2001 (ratificados por la Ley N° 25.415) el Poder Ejecutivo Nacional, con la finalidad de fijar el marco jurídico dirigido a promover la participación del sector privado en el desarrollo de infraestructura y con un alcance federal (Art. 1°) ha creado el Fondo Fiduciario de Desarrollo de Infraestructura, el cual instituye un fideicomiso *de garantía* (Art. 4°) por un plazo de treinta (30) años –máximo autorizado por la ley– designando como sujeto *fiduciario* al Banco de la Nación Argentina, entidad bancaria de propiedad del Estado Nacional argentino, a quien le asigna la competencia de *administrar* (fideicomiso de administración) los recursos de dicho fondo con sujeción a las instrucciones que le imparta el Consejo de Administración creado por el propio decreto como órgano encargado de supervisar el cumplimiento del régimen (Art. 5°). Cabe traer aquí el criterio de la Procuración del Tesoro de la Nación (Dictamen de fecha 1-02-2001; *Dictámenes*: 236:182) que en el caso del establecimiento del Fideicomiso para la construcción de establecimientos penitenciarios, ha señalado la diferencia entre el Fideicomiso establecido como Garantía de alguna obligación, de aquel que puede estar conformado como sistema que permita la facilitación de la administración y gestión de bienes o el cumplimiento de un acto o de determinada gestión.

²⁰ Tal como lo ha señalado el profesor Marienhoff, en nuestro sistema jurídico “[...] sin ley que le sirva de fundamento, ningún bien o cosa tendrá carácter dominical [...]” de modo que siempre es necesaria la voluntad del legislador y por lo tanto “[...] el acto estatal que establezca la dominialidad de una cosa –cualquiera sea el origen o índole de ésta–, es siempre **atributivo** del carácter público del bien, nunca meramente declarativo.”(el destacado está en el texto original). Cfr. *Tratado...*; numerales 1725 y 1726, pp. 140 y 143 respectivamente.

Es válido entonces que el Estado acuda al instituto del fideicomiso, pero sabiendo que se somete al régimen jurídico que lo regula, y en el que el contrato respectivo actúa como un instrumento cuyo objeto –bien vale decirlo– no se encuentra sometido al Derecho público, aún cuando en el proceso de su formación intervenga parcialmente el Derecho administrativo (v.gr. competencia para su celebración y procedimiento de selección).²¹

²¹ De allí que a mi juicio no estén alcanzados por las disposiciones de los Artículos 8º, 9º y 10 de la Ley N° 25.561 que declaró la emergencia pública y autorizó al Poder Ejecutivo a renegociar los contratos celebrados por la Administración pública que estuvieran sometidos al Derecho público. En contra parece expresarse un sector de la doctrina y así nos remitimos a Farrando, Ismael (h) –Director– *Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2002, pp. 26/27 aunque les asiste razón cuando señalan que las sucesivas leyes de emergencia han creado un panorama incierto sobre la continuidad del funcionamiento de estos fideicomisos públicos.