

FUNDACIÓN INSTITUCIONALIDAD Y JUSTICIA INC. (FINJUS)

COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY SOBRE FIDEICOMISO PÚBLICO

En las últimas semanas ha tenido lugar un intenso e interesante debate en torno al proyecto de ley sobre fideicomiso público, el cual fuere depositado en el Senado de la República en fecha 2 de marzo de 2022, aprobado por este en fecha 22 de mayo del mismo año, y actualmente en proceso de conocimiento por parte de la Cámara de Diputados (el "Proyecto").

En primer lugar, como ya hemos resaltado desde FINJUS en ocasiones anteriores, el fideicomiso público es una figura relevante que, bien usada, puede generar importantes beneficios al Estado, haciendo viables diferentes proyectos e iniciativas. Asimismo, en ocasiones anteriores hemos resaltado que la adopción de la Ley núm. 189-11 para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso y sus modificaciones y normas de aplicación (la "Ley 189-11"), ha significado un hito para el desarrollo de la figura del fideicomiso en sentido general, siendo necesario su complemento mediante la regulación particular en el caso de los fideicomisos públicos, que son aquellos donde el Estado es el fideicomitente, es decir, quien aporta bienes o derechos de su patrimonio para la gestión o ejecución de obras, bienes, servicios o proyectos de interés público.

Las razones que fundamentan la particular regulación del fideicomiso público la consideramos obvias. Se trata de un mecanismo que, si bien puede ser efectivo y eficiente para el logro de gestiones o proyectos de relevancia social, no deja de constituir una herramienta que compromete el patrimonio y los derechos del Estado y, por tanto, de todos los dominicanos.

Ante esta iniciativa, FINJUS reconoce y valora en su justa dimensión el interés mostrado por el Poder Ejecutivo en dotar a nuestro sistema con un cuerpo legislativo que pueda subsanar el tradicional vacío normativo con el que ha operado esta figura desde hace más de una década, así como la disposición mostrada tanto por éste como el Congreso Nacional para el debate y los aportes en su perfeccionamiento.

En este contexto, la FINJUS considera pertinente aportar al proceso compartiendo sus reflexiones sobre los principales aspectos discutidos en la actualidad, en esta ocasión partiendo de la versión aprobada el pasado mes de mayo de 2022 por el Senado de la República, por la cual debe reconocerse el importante trabajo de mejora, incorporando numerosas observaciones realizadas durante el proceso, incluyendo algunas de las planteadas por la propia Fundación.

Uno de los aspectos esenciales que se trae a colación en cualquier régimen en el que, como el fideicomiso público, el Estado utiliza herramientas de mercado para su funcionamiento u operación, es si esto se puede constituir en una vía de desviación y transferencia de sus funciones esenciales. En este sentido, el Proyecto destaca que los casos que pueden estar sujetos a una ejecución en la modalidad de fideicomiso público deben ser considerados de "interés público". En consecuencia, esta exigencia se traducirá en una oportunidad ideal para requerir que el Estado, al declarar una iniciativa de este tipo, realice una clara -y no genérica- fundamentación sobre las razones que sustentan esta vía como la más idónea para su logro y efectividad.

Por otro lado, el tema del régimen de compras y contrataciones sigue siendo central en este caso. Consideramos que no resulta posible interpretar que el Proyecto se salta o ignora el régimen de compra y contrataciones previsto por la Ley Núm. 340 y sus modificaciones, sino que, por el contrario, referencia su aplicación a éste, en particular vía la observación de sus principios rectores. Si bien una remisión a sus principios pudiera parecer un tanto general, lo que termina de cerrar el círculo en este caso es que, conforme prevé el párrafo del artículo 13 del Proyecto, cada fideicomiso debe operar en base a un reglamento propio previamente remitido a y aprobado por la Dirección General de Contrataciones Públicas ("DGCP").

Lo anterior hace sentido porque permite que, al no hacer una remisión indistinta al régimen de la Ley Núm. 340 y sus modificaciones, los diferentes fideicomisos públicos podrán responder o ajustarse a un régimen de compras y contratación que si bien bajo los mismos principios responderá a la realidad de cada estructura, a la vez que, al someter el reglamento particular a la aprobación -que no es solo registro- de la DGCP, obtendrá la revisión y visto bueno del ente rector de este sistema dentro del Estado dominicano. Cada

reglamento, por tanto, tendrá un carácter vinculante que, en todo caso, no podrá inobservar los principios de ley ya vigentes, evitando procesos contrarios al espíritu de esta. Aquí cabe recordar la importancia que posee continuar y culminar el proceso de aprobación de la modificación para la actualización y modernización de la actual Ley de Compras y Contrataciones Núm. 340.

Un complemento de lo anterior lo es el régimen de transparencia e información previsto en el Proyecto. Este remite -vía su artículo 14-, el régimen de acceso a la información pública de los fideicomisos públicos a lo dispuesto por la Ley General de Libre Acceso a la Información Pública Núm. 200-04, a través de la figura del fiduciario. El Proyecto correctamente aprovecha tal disposición para levantar de forma expresa el llamado "secreto fiduciario", propio de los fideicomisos en general, evitando el uso de esta regla de confidencialidad para la limitación al acceso a información que sea -por vocación- pública.

Otro de los aspectos resaltados en el actual debate ha sido el relacionado con la supuesta capacidad de los fideicomisos públicos para crear deuda pública. Por un lado, el Proyecto prevé que cuando se comprometan o afecten las rentas nacionales, se enajenen bienes del Estado, se levanten empréstitos o cuando se estipulen exenciones de impuestos en general, estos casos estarán sujetos a la aprobación del Congreso Nacional conforme a las reglas constitucionalmente previstas. Además, prevé, como es común en todo régimen de fideicomiso, que el patrimonio fideicomitado creado tendrá carácter autónomo y, por tanto, separado -a efectos de afectación especial- del resto del patrimonio del fideicomitente -que en este caso sería el Estado-, y sometido o atado de forma particular al objeto y las garantías del fideicomiso al cual fue aportado.

Por otro lado, en este mismo sentido el Proyecto establece que, salvo excepción expresa, las deudas, empréstitos y demás obligaciones del fideicomiso público solo estarán garantizadas por el patrimonio fideicomitado, a la vez que éstas no tendrán garantía o aval adicional del Estado, como tampoco carácter de deuda pública. Prevé que las únicas deudas exigibles al Estado -como fideicomitente- serán aquellas validadas y registradas previamente en el Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP).

Si bien lo anterior establece lo que consideramos un marco razonable de limitación al endeudamiento del Estado y al uso de la garantía soberana, cabe hacernos eco de las voces de otros analistas del tema y sugerir que el Proyecto pueda prohibir expresamente el uso de instrumentos o terceros interpuestos para lograr -vía una especie de triangulación- traspasar deuda de los fideicomisos al Estado, por todo lo que ello implica. A su vez, consideramos importante que de forma expresa se prevea que las obligaciones que asuma un fideicomiso público deberán encontrarse documentadas y, sobre todo, debidamente fundamentadas, de forma que se evite a toda costa la emisión de deuda u obligaciones a cargo del fideicomiso para que terceros ejecuten o se adjudiquen bienes o derechos del Estado. Actuaciones dolosas como estas, a su vez, deben formar parte del régimen de consecuencias a cargo de los administradores fiduciarios y de los demás funcionarios vinculados con responsabilidad en la gestión de los patrimonios autónomos que se creen.

De igual manera, cabe comentar en esta ocasión, como ya lo hemos hecho anteriormente en nuestros comentarios al Proyecto original, respecto de la obligación prevista de que el fiduciario tenga que ser una entidad de propiedad estatal. Como se sabe, en nuestro ordenamiento sobre fideicomisos el fiduciario es la entidad o persona jurídica -en régimen de sociedad comercial- encargada de la gestión y administración de fideicomisos, de conformidad al acto constitutivo. Sin embargo, por aplicación del artículo 221 de la Constitución, resulta evidente que una ley -como la que de plantea- no puede otorgar un privilegio a favor de empresas estatales que operen en régimen de libre mercado, como es el caso de las sociedades fiduciarias. En pocas palabras, por regla constitucional el Proyecto no puede establecer que las fiduciarias estatales sean las únicas que podrán fungir en tal calidad en el caso de los fideicomisos públicos.

De igual manera, esta ocasión es propicia para sumarnos a reputadas voces que han abogado porque el Proyecto prevea reglas que impidan que los fideicomisos públicos se conviertan en fuente de desvío para la contratación masiva de personal o, como hemos comentado antes, para el desprendimiento de actividades que sí son propias del Estado, y que no cumplirían una prueba objetiva que demuestre la necesidad de su realización a través del fideicomiso público.

Finalmente, en anteriores comentarios consideramos que en vez de remitir la regulación de los fideicomisos públicos a la Superintendencia de Bancos esta podría ser hecha vía la Administración Monetaria y Financiera, de la cual dicha Superintendencia forma parte, y cuya potestad reglamentaria general recae sobre la Junta Monetaria. No obstante, nuestros comentarios anteriores no deben ser obstáculo para valorar el hecho de que -como hace el Proyecto- se asigne un regulador con las capacidades técnicas de la Superintendencia de Bancos, quien ya desempeña este importante rol en la supervisión de las entidades de intermediación financiera, incluyendo incluso a las sociedades fiduciarias y a los fideicomisos cuando se relacionan con el sistema bancario.

Finalmente, saludamos la recepción de nuestros comentarios al Proyecto inicial, y que a partir de ellos se haya procedido a incluir un régimen expreso de infracciones y sanciones administrativas a cargo del ente supervisor, descartando la idea de una remisión reglamentaria en este sentido que, por su carácter evidentemente contrario a la constitución, sería anulable.

Terminamos nuestra reflexión resaltando nueva vez el importante avance que se ha hecho en la pieza analizada, así como el interés que nuestros poderes públicos han demostrado para que el fideicomiso público pase a ser una figura con regulación y un marco de actuación delimitado. Esta ocasión también es propicia para invitar a tener en consideración que el fideicomiso público no debe ser visto como un fin en sí mismo, sino como una herramienta para la ayuda al Estado en la estructuración de proyectos e iniciativas de interés público, por lo que la legislación que finalmente se apruebe debe ser un canal seguro pero viable para el logro de tal fin.

El Estado debe poder actuar y operar en los mercados con suficiente capacidad para que sus acciones logren fines óptimos de interés colectivo, y así generar estabilidad, crecimiento y bienestar social y económico. Lo anterior invita a que evitemos -basados en el populismo- volver o no salir de reglas y nociones pensadas para otras épocas u otras figuras no compatibles a los tiempos que viven los mercados, y a visualizar a nuestro Estado como un ente capaz de actuar para el bien de la sociedad siguiendo estas tendencias y cánones globalmente probados. Obviamente, todo lo anterior no debe impedir que los ciudadanos asumamos un rol protagónico en el seguimiento y la crítica constructiva a los que hacer del Estado, incluyendo la exigibilidad de alinear

sus actuaciones a los fines correctos y beneficiosos para todos y cada uno de los dominicanos.

Servio Tulio Castaños Guzmán
Vicepresidente Ejecutivo FINJUS