

REPÚBLICA DOMINICANA
UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA
-UNIBE-



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

**PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO**

**“Análisis de la idoneidad de la figura del fideicomiso como
instrumento jurídico para estructurar Alianzas Público-Privadas para
la provisión de infraestructuras y servicios de interés social en la
República Dominicana”**

SUSTENTANTE

MARÍA MERCEDES REDONDO MENICUCCI

**ASESOR METODOLÓGICO
PROF. OSCAR P. VALDEZ GUILLÉN**

**ASESOR DE CONTENIDO
PROF. BORIS DE LEÓN REYES**

Los conceptos expuestos en la presente
investigación son de la exclusiva
responsabilidad de la misma.

AGOSTO DE 2021

ÍNDICE GENERAL

TEMA	i
JUSTIFICACIÓN	ii
DELIMITACIÓN DEL TEMA	v
I. Delimitación temporal	v
II. Delimitación territorial	v
III. Delimitación sustantiva	v
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	vii
INTERROGANTES CLAVES	ix
MARCO TEÓRICO	x
I. Breves referencias a estudios anteriores al tema	x
II. Desarrollos teóricos atinentes al tema	xi
III. Definición de términos básicos	xiv
OBJETIVOS	xvi
I. Objetivo general	xvi
II. Objetivos específicos	xvi
METODOLOGÍA	xvii
I. Tipo de investigación	xvii
II. Métodos	xvii
INTRODUCCIÓN	1
1.º CAPÍTULO: ALIANZAS PÚBLICO-PRIVADAS AL SERVICIO DEL INTERÉS SOCIAL	2
1.1. Concepto y alcance de las Alianzas Público-Privadas	2
1.1.1. Elementos que configuran una Alianza Público-Privada	4
1.1.1.1. <i>Provisión, gestión u operación de bienes o servicios de interés social</i>	4
1.1.1.2. <i>Contrato de largo plazo</i>	6
1.1.1.3. <i>Inversión total o parcial por parte de agentes privados</i>	6
1.1.1.4. <i>Aportes tangibles o intangibles por parte del sector público</i>	7
1.1.1.5. <i>Distribución de riesgos entre ambas partes</i>	8
1.1.1.6. <i>Remuneración asociada al desempeño</i>	9

1.1.2. Esquemas contractuales de Alianzas Público-Privada	9
1.1.2.1. Según el tipo de activo o servicio involucrado	10
1.1.2.2. Según las funciones transferidas al ente privado	10
1.1.2.3. Según el mecanismo de pago	11
1.1.3. El contrato de Alianzas Público-Privadas	11
1.2. Factores justificativos del mecanismo de Alianza Público-Privada	13
1.2.1. Financiamiento externo que mitiga la falta de liquidez del Estado	13
1.2.2. Cierre de la brecha infraestructural y de servicios de interés social	14
1.2.3. Tecnología, experiencia y capacidades técnicas del sector privado	16
1.2.4. Retribución atada al desempeño que conduce a la eficiencia	17
1.2.5. Asignación eficiente de los riesgos	18
1.3. Conflictos de interés por la ejecución directa (autoridad contratante- adjudicatario) de proyectos de Alianzas Público-Privadas	19
2.º CAPÍTULO: EL FIDEICOMISO COMO ESTRUCTURA JURÍDICA PARA LA EJECUCIÓN DE ALIANZAS PÚBLICO-PRIVADAS	22
2.1. Regulación del fideicomiso como estructura jurídica	22
2.1.1. Actores que componen el fideicomiso	23
2.1.1.1. El fideicomitente	23
2.1.1.2. El fiduciario	23
2.1.1.3. El Fideicomisario o beneficiario	24
2.1.2. Afectación de bienes para la constitución de un patrimonio autónomo	24
2.1.2.1. Naturaleza de la propiedad fiduciaria	25
2.1.2.2. Obligaciones respaldadas por los bienes fideicomitidos	26
2.1.3. Relación de voluntad y confianza entre el fideicomitente y el fiduciario	27
2.1.4. Flexibilidad respecto al propósito legal por el que se constituye	28
2.1.5. Vocación temporal del fideicomiso	28
2.2. El Fideicomiso Público como precursor del Fideicomiso de Alianzas Público-Privadas (FAPP)	29
2.2.1. Elementos personales que emanan del ámbito público	30
2.2.2. Elementos reales vinculados al ámbito público	32

2.2.3. Finalidad que persigue el Fideicomiso Público	33
2.2.4. Naturaleza jurídica del Fideicomiso Público	34
2.3. El Fideicomiso de Alianzas Público-Privadas (FAPP).....	35
2.3.1. Naturaleza jurídica del Fideicomiso de Alianzas Público Privadas	36
2.3.2. Elementos regulatorios que viabilizan y justifican el uso del FAPP	40
2.3.3. Carácter potestativo de su utilización	42
3.º CAPÍTULO: ANÁLISIS DE LOS MECANISMOS DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN DEL FIDEICOMISO DE ALIANZAS PÚBLICO-PRIVADAS	43
3.1. Controles ordinarios suprimidos por la naturaleza privada del Fideicomiso de Alianzas Público-Privadas (FAPP)	43
3.1.1. Sustracción del ámbito de aplicación de las normas y procedimientos legales que rigen la contabilidad y el registro de los créditos públicos	43
3.1.2. Sustracción del ámbito de aplicación de las normas y procedimientos legales que rigen la contratación pública	47
3.1.2.1. <i>Proceso de selección del fiduciario</i>	47
3.2. Mecanismos de supervisión y controles que ofrece el FAPP	48
3.2.1. Fiduciarios como entes regulados y sujetos obligados al cumplimiento de las normas de prevención de lavado de activos	48
3.2.2. Impedimentos que aseguran la calidad de “tercero neutral” del fiduciario..	52
3.2.3. Controles al Dominio Fiduciario	52
3.2.4. Régimen de responsabilidad aplicable al fiduciario	54
3.2.5. Órganos Auxiliares del fideicomiso	55
3.2.6. Auditorías externas respecto a las cuentas y gestiones del FAPP	57
3.2.7. Fiscalización estatal de los recursos públicos aportados	58
3.2.8. Potestad fiscalizadora de la Dirección General de APP	60
3.2.9. Rendición de cuentas a la sociedad	61
3.2.10. Controles ante la posibilidad del fracaso del proyecto.....	62
CONCLUSIÓN -----	i
RECOMENDACIONES -----	ii
BIBLIOGRAFÍA -----	iii

TEMA

El tema elegido para la investigación que ha de constituir el trabajo final de esta Licenciatura en Derecho es el *“Análisis de la idoneidad de la figura del fideicomiso como instrumento jurídico para estructurar Alianzas Público-Privadas para la provisión de infraestructuras y servicios de interés social en la República Dominicana”*.

JUSTIFICACIÓN

El Estado dominicano se enfrenta a rígidas limitaciones presupuestarias y de disponibilidad de fondos, sobre todo por el alto nivel de endeudamiento que, con el transcurrir del tiempo, ha ido comprometiendo cada vez más el gasto público para atender a tal adeudo. Más aún, con la inesperada llegada de la situación de emergencia sanitaria que arrojó al mundo un año atrás, el endeudamiento ha continuado aumentando, causando que las limitaciones presupuestarias del sector público se hayan agudizado de manera significativa.

No obstante, no ha subsistido la necesidad de erigir una base estructural y de servicios que contribuya a cerrar la brecha infraestructural del país y que permita atender las demandas de la población. Por el contrario, la experiencia ha demostrado que la carencia de estos bienes y servicios limitan el crecimiento y la calidad de vida de los habitantes. Contar con estas infraestructuras y servicios que sirven al interés colectivo resulta fundamental para el desarrollo económico, la creación de empleos, la reducción de la pobreza, la desigualdad y para contribuir a la mejora del bienestar de la población de manera generalizada.

En este sentido, las referidas limitaciones presupuestarias del Estado no pueden ni deben ser excusa válida para que los entes públicos evadan su responsabilidad de abastecer a la población de infraestructuras y servicios de interés colectivo, de manera constante y con la calidad que ameritan. Cuando esto sucede, resulta de gran interés plantearse la posibilidad de acudir a mecanismos que permitan atraer ingresos externos como, por ejemplo, el aprovechamiento de los recursos y de la eficiencia que traen a la mesa los inversionistas privados, y como alternativa para limitar endeudamiento público y las carencias financieras estatales.

Esta posibilidad se contempla constitucionalmente al establecer el artículo 147.1 de nuestra Carta Magna que el Estado debe de garantizar el acceso a servicios públicos

de calidad directamente o por delegación, mediante cualquier modalidad contractual que sea conforme a la Constitución y las leyes.

Así las cosas, resulta relevante el estudio y análisis de la provisión y ejecución de los servicios e infraestructuras públicas mediante la conjugación del esquema de Alianzas Público-Privadas (en lo adelante “APP”), donde el vehículo jurídico para concretizarlo sea el fideicomiso, o de manera concreta, utilizando el “*Fideicomiso de Alianzas Público-Privadas*” (en lo adelante “FAPP”), nueva modalidad de fideicomiso que consagra expresamente la novedosa Ley No. 47-20 sobre Alianzas Público-Privadas (en lo adelante “Ley No. 47-20”).

Por medio de las APP es posible vincular al sector privado para atender necesidades colectivas que, en razón de los limitados recursos estatales, o de una deficiente planificación de las políticas públicas, no suelen ser satisfechas de manera oportuna. De aquí que las APP surjan como un mecanismo para permitir que el Estado, conjunto con actores privados, tenga la capacidad de satisfacer de satisfacer requerimiento de infraestructuras y servicios públicos con mayores niveles de eficiencia. En este sentido, el sector privado juega un rol importante al representar un nuevo esquema de financiamiento donde se mitiga el endeudamiento y la inversión pública que se requiere para el desarrollo de tales proyectos, haciendo posible la ampliación del alcance de la gama de servicios e infraestructuras brindadas a la población.

En apoyo a lo anterior, la experiencia comparada ha demostrado que la asociación estratégica de ambos sectores contribuye al crecimiento equilibrado, continuo y sostenible de la economía, a la generación de empleos, a incrementar el bienestar social y a asegurar a la población el acceso a bienes y servicios básicos.

En consonancia a lo expuesto, el artículo 51 de la Ley No. 47-20 dispone que “*cuando se trate de Alianzas Público-Privadas que conlleven, de forma firme o contingente, la transferencia de recursos del Estado, el contrato de Alianzas Público-Privadas preferiblemente dispondrá la constitución de un Fideicomiso de Alianzas Público-*

Privadas, que administre los bienes y derechos aportados o que gestione cualquier otro aspecto del proyecto, según lo convenido entre las partes”.

Al establecer que adicionalmente las APP se estructuren en base a la figura del fideicomiso, se lograrían ventajas adicionales: Blindar la inversión como consecuencia del patrimonio separado y autónomo que esta figura jurídica provee, encomendar la administración del mismo a un tercero (fiduciario) quien responde exclusivamente a instrucciones previamente definidas, dotando de mayor transparencia a las gestiones efectuadas por las partes y contribuyendo, en definitiva, a la seguridad jurídica de los proyectos.

Analizar a fondo la posibilidad y conveniencia de aprovisionar servicios y ejecutar proyectos de infraestructuras de interés colectivo por medio de la convergencia de las figuras jurídicas antes mencionadas, es decir, la APP con el fideicomiso, resultará provechoso para identificar si esta estructura pudiera resultar favorable para atraer la liquidez del sector privado, eficientizar la administración y gestión de los recursos aportados, mitigar los riesgos que resulten de conflictos de intereses entre las partes, y de la usual falta de transparencia en el manejo de los recursos públicos en la administración de proyectos, como es el caso de las sobrevaluaciones presupuestarias y las irregularidades asociadas a la falta de controles sobre la ejecución de las contrataciones públicas.

Finalmente, siendo esta figura tan novedosa en nuestro ordenamiento, resulta relevante analizar si el marco regulatorio a la fecha brinda controles suficientes que permitan una adecuada implementación y fiscalización de los FAPP, respecto a la gestión de los aportes públicos que en menor o mayor medida deben ser aportados para cumplir los objetivos de las APP. De no ser así, será relevante para esclarecer si deben replantearse o complementarse las regulaciones aplicables al FAPP, para lograr que su potencial sea plenamente explotado y verdaderamente suponga una herramienta idónea para ejecutar infraestructuras y servicios de interés social en el país, bajo el esquema de asociación entre el sector público y el sector privado.

DELIMITACIÓN DEL TEMA

I. Delimitación temporal

El lapso temporal de la investigación es desde la entrada en vigencia de la Ley No. 189-11 para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana del 16 de julio de 2011 hasta la actualidad.

II. Delimitación territorial

Se abordará específicamente la utilización de la figura jurídica del fideicomiso al momento de estructurar y gestionar proyectos bajo el esquema de Alianzas Público-Privadas en el territorio de la República Dominicana.

III. Delimitación sustantiva

1. Legislación Nacional

- i. Constitución de la República Dominicana del 10 de julio del 2015.
- ii. Código Civil de la República Dominicana.
- iii. Decreto No. 434-20 del 1 de septiembre del 2020, que dispone la aprobación y puesta en vigencia del Reglamento de Aplicación de la Ley No. 47-20 de Alianzas Público Privadas del 20 de febrero del 2020.
- iv. Decreto No. 95-12 del 2 de marzo del 2012, que dispone el Reglamento de Aplicación de la Ley No. 189-11 sobre Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso del 16 de julio del 2011.
- v. Ley No. 10-04 de la Cámara de Cuentas de la República Dominicana del 20 de enero del 2004.
- vi. Ley No. 10-07 que instituye el Sistema Nacional de Control Interno y de la Contraloría General de la República del 8 de enero de 2007.
- vii. Ley No. 108-05 sobre el Registro Inmobiliario del 23 de marzo de 2005.

- viii. Ley No. 155-17 contra el Lavado de Activos Provenientes y el Financiamiento del Terrorismo del 1ro de junio de 2017.
- ix. Ley No. 1832 que crea la Dirección General de Bienes Nacionales del 23 de noviembre de 1970.
- x. Ley No. 189-11 para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana del 16 de julio de 2011.
- xi. Ley No. 340-06 sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones con modificaciones de la Ley No. 449-06.
- xii. Ley No. 47-20 sobre Alianzas Público-Privadas del 20 de febrero del 2020.
- xiii. Ley No. 6-06 de Crédito Público del 20 de enero del 2006.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

La motivación del presente trabajo de investigación resulta relevante debido a que la necesidad de erigir una base estructural y de servicios para atender las demandas sociales y económicas de la población subsiste, no obstante existan limitaciones presupuestarias estatales, haya un alto nivel de endeudamiento comprometiendo el gasto público del Estado y el país esté atravesando una situación sanitaria que ha acentuado las carencias económicas antes mencionadas. De igual manera, aun bajo esta realidad, subsiste la necesidad de aprovechar estos momentos para crear la estructura necesaria para posicionarnos y mantenernos dentro del mercado internacional como el país referente en lo que respecta a la inversión extranjera.

Estudios demuestran que resulta de gran interés acudir a estructuras de financiamiento presupuestario externo, que permitan limitar el endeudamiento público y demás carencias financieras expuestas por medio del aprovechamiento de los recursos y de la eficiencia que traen a la mesa los agentes privados.

En tal sentido, resulta de interés aprovechar y explotar la novedosa Ley No. 47-20, la cual no solo plantea la posibilidad de que el agente privado auxilie en el financiamiento, diseño, construcción, ejecución, entre otros, de los proyectos de interés colectivo, sino también recomienda la utilización de la figura jurídica del fideicomiso para llevar a cabo la administración y gestión de los bienes y derechos aportados para la consecución de dichos proyectos cuando se trate de alianzas que conlleven transferencias de recursos del Estado.

No obstante, si bien este tipo de Alianzas traen consigo beneficios que superan los inconvenientes, es sustancial para el debido desarrollo y ejecución de estos tipos de proyectos que los riesgos que puedan devenir sean mitigados de la manera más efectiva posible. Así, entre los riesgos que pudieran surgir al enlazar al ente público y al agente privado en relación a proyectos de interés colectivo, pueden ser mencionados las sobrevaluaciones de costos de proyectos, malversación de fondos, una

administración ineficiente de los recursos y del proyecto mismo, deficiencia en la transparencia y comunicación entre las partes, así como demás riesgos técnicos, políticos, económicos y de cualquier otra índole susceptible a presentarse.

Así las cosas, resulta relevante analizar si éste mecanismo, es decir, los FAPP permiten efectivamente proteger a la inversión de los riesgos antes mencionados, al igual que indagar si esta vía cuenta con suficientes medios o mecanismos de control para fiscalizar la inversión de fondos públicos que intervienen en la ejecución de los proyectos bajo el esquema de APP, para garantizar así el mayor nivel de eficiencia y transparencia a las partes intervinientes y a la comunidad.

En este sentido, este trabajo pretende resolver el siguiente problema de investigación:
¿Es el fideicomiso el vehículo jurídico el mecanismo idóneo para estructurar Alianzas Público-Privadas para la provisión de infraestructuras y servicios de interés social en la República Dominicana?

INTERROGANTES CLAVES

En virtud de lo anterior se formulan las siguientes preguntas:

1. ¿Cuáles son los elementos regulatorios que justifican y/o incentivan a las partes a utilizar el fideicomiso como vehículo jurídico para estructurar APP?
2. ¿De qué manera puede la figura jurídica del fideicomiso mitigar los riesgos que devienen de la provisión de servicios públicos e infraestructuras de proyectos ejecutados bajo el esquema de APP?
3. ¿Deberían estructurarse todos los proyectos de APP por medio del fideicomiso?
4. ¿Resulta correcta, justificada y conveniente la naturaleza privada que se le ha atribuido al FAPP? ¿Cuáles consecuencias se derivan de que el FAPP se considere como un sujeto de derecho privado?
5. ¿Resulta pertinente y justificado excluir al FAPP del ámbito de aplicación de las normas y procedimientos legales que rigen la contratación pública, así como de las normas y procedimientos legales que rigen el registro y contabilidad de créditos públicos?
6. ¿Cuenta el FAPP con adecuados controles internos y/o externos para supervisar a las fiduciarias, así como fiscalizar la gestión y los recursos públicos aportados para la ejecución de los proyectos de infraestructuras y servicios de interés colectivo?

MARCO TEÓRICO

I. Breves referencias a estudios anteriores al tema

Aponte Cedeño, María Altagracia. 2020. *“El fideicomiso como herramienta legal y estratégica para el financiamiento de proyectos en la República Dominicana”*. Tesis de Postgrado, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM).

Bello Knoll, Susy Inés. 2011. *“Fideicomiso Público”*. Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca (USAL).

Dallaglio, Matías y Fontanini, Gastón. 2013. *“La regulación incompleta de los contratos de Fideicomiso Público y su impacto en el abordaje por parte de los organismos de control externo”*. Argentina: XXII Congreso Nacional de Tribunales de Cuentas.

De La Riva, Ignacio. 2017. *“Nuevos modelos de financiación de infraestructuras públicas”*. Revista Digital de Derecho Administrativo: 193-212.

Hernández Sepúlveda, Alejandro y Zea, Camilo. 2018. *“Análisis de la estructuración financiera de la alianza público-privada Aeropuertos de Oriente, S.A.S. a partir de la metodología Project Finance”*. Tesis, Universidad de los Andes (ULA).

Li, Bing, Akintoye, Akin, Edwards, Peter y Hardcastle C. 2005. *“The allocation of risk in PPP/PFI construction projects in the UK”*. International Journal of Project Finance Management 23: 25-35.

Mertehikian, Eduardo. 2007. *“Acerca de la utilización de fideicomisos por el sector público”*. En *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*. República de Argentina: Universidad Austral, Ediciones Rap.

Terranova, Ivana. 2011. *“Fideicomiso como herramienta financiera”*. Trabajo de Investigación, Universidad Nacional de Cuyo.

Ventura Figueroa, Persia Iluminada. 2017. *“Fideicomiso público: instrumento jurídico-financiero para la ejecución de políticas públicas en la República Dominicana, 2012-2016”*. Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid (UCM).

II. Desarrollos teóricos atinentes al tema

Con vistas a desentrañar la funcionalidad de la figura jurídica del fideicomiso para estructurar de proyectos de provisión de servicios y ejecución de infraestructuras de interés social bajo la modalidad de APP, los trabajos de otros autores citados a continuación pueden tener una utilidad complementaria:

De acuerdo con De La Riva, a fin de superar la escasa disponibilidad de presupuestos públicos que hubo en Colombia a finales del siglo XX, en tiempos donde la colaboración privada debió incrementar para poder aprovisionar bienes y servicios públicos, *“surgieron nuevos modelos aptos para dar cabida a un mayor aporte privado en el financiamiento de infraestructuras, como el empleo de, entre otras, asociaciones público-privadas y el Fideicomiso Público”*.

En esta misma tesitura, el autor Hernández Sepúlveda destaca cómo el gobierno colombiano, en miras de impulsar el desarrollo de infraestructuras, fue en búsqueda de nuevas herramientas que permitiesen ofrecer al sector privado oportunidades de negocios que brindaran mayor eficiencia y niveles de rentabilidad. Conforme a los autores, esta relación entre el sector público y el privado, fue lograda por medio de la implementación de contratos de APP, donde el objetivo principal es *“la construcción, mantenimiento y operación de los activos públicos para que la ejecución de estos megaproyectos logre ser eficaz y transparente”*.

Bajo esta exacta postura le acompañan Bing, Akintoye, Edwards y Hardcastle al dictar en su estudio como *“la contratación pública-privada (APP) se considera una forma eficaz de lograr una buena relación calidad-precio en proyectos de infraestructura pública”*.

La autora Aponte, por su parte, destaca cómo por medio de fideicomiso, es posible *“optimizar los medios de financiación que se destinan al proyecto, ya que su estructura le permite actuar como un tercero imparcial entre el Estado y el sector privado, así como brinda transparencia en la administración de los recursos que son aportados”*.

Asimismo, los resultados del estudio de Ventura Figueroa concuerdan con lo antedicho, al establecer que devienen muchas ventajas de la utilización de la figura del fideicomiso como instrumento jurídico-financiero para la ejecución de políticas públicas, entre ellas, menciona su *“flexibilidad estructural que permite efficientizar y controlar según convenga, la afectación del patrimonio a una finalidad específica, aislando los activos adecuadamente y disminuyendo la posibilidad de que se desvíen, así como dota de seguridad dicha separación patrimonial respecto a la responsabilidad frente a terceros”*.

No obstante, Ventura Figueroa, contrasta destacando cómo la figura del fideicomiso como instrumento jurídico-financiero para la ejecución de políticas públicas únicamente resulta provechosa si se administra y ejecuta correcta y rigurosamente, pues de esta herramienta devienen riesgos como *“manipulación presupuestaria debido a una falta de control, inseguridad jurídica cuando no se establecen límites o un debido control interno, que pudiera llevar a una fraudulenta o inadecuada ejecución del fin por el que se crea, entre otros”*.

Esto mismo ha sido igualmente expresado por los autores Dallaglio y Fontanini, es decir, entienden que en los fideicomisos donde participan tanto entes públicos como privados, median fondos públicos, donde la administración de dichos fondos se separa bajo el encargo de un fiduciario y se destinan principalmente a obras públicas, origina la necesidad de que toda su operación se registre y refleje oportunamente en los

estados contables correspondientes. En este sentido, dichos autores destacan que para esto se necesita:

“Una imperiosa adecuación de los organismos de control, actualizando sus recursos y técnicas de auditoría, con el fin de ayudar a las distintas reparticiones públicas a alcanzar los resultados esperados, mediante un uso eficaz, eficiente y transparente de los recursos públicos y brindar a la comunidad información sobre la marcha de la gestión”.

Del mismo modo, el autor Mertehikian, concuerda con la necesidad de una rigurosa aplicación de la figura del fideicomiso para que esta sea de provecho, al resaltar que:

“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 licenciarios se trata, en aras de asegurar los principios de equidad, transparencia y eficiencia en la asignación de los recursos públicos”.

Por su parte, Terranova, citando a Oscar Martínez en su obra “El Fideicomiso - Una estrella del sistema financiero”, le acompaña al autor precedente con desventajas que puede traer el fideicomiso, al establecer cómo *“si bien el instrumento parece ser eficiente para lograr los objetivos, una desventaja que es el costo, que suele ser extremadamente alto”*. Esta autora cita que *“para emitir un fideicomiso hay que sumar los costos del asesoramiento legal, el de los organizadores, balances y auditores y la calificación de riesgo”*.

Por último, y en otra tesitura, la autora Bello Knoll, discute la naturaleza privada que le califica la Ley de APP de la República Dominicana a los Fideicomisos de APP. En el caso particular, la referida autora argumenta que un fideicomiso debe catalogarse como público cuando el ente público actúa como fideicomitente, en este caso, en una APP que busque llevar a cabo un fin lícito de interés público. Continúa estableciendo como si bien la calificación de Fideicomiso Público no desnaturaliza el concepto del fideicomiso de derecho común o privado, si debe hacerse una distinción ya que con la participación del Estado y el carácter de interés social conducen a que deban aplicarse normas y disposiciones de Derecho Administrativo, sobre todo en lo que respecta su constitución, modificación y extinción.

III. Definición de términos básicos

Por “**Alianza Público Privada**” se denomina al mecanismo por el cual agentes públicos y privados suscriben voluntariamente un contrato de largo plazo, como consecuencia de un proceso competitivo, para la provisión, gestión u operación de bienes o servicios de interés social en el que existe inversión total o parcial por parte de agentes privados, aportes tangibles o intangibles por parte del sector público, distribución de riesgos entre ambas partes, y la remuneración está asociada al desempeño conforme a lo establecido en el contrato.¹

Se entiende por “**fideicomiso**” al 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.²

¹ Ley No. 47-20, sobre Alianzas Público-Privadas (República Dominicana: Congreso Nacional, 2020), artículo 4, numeral 6.

² Ley No. 189-11 para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana, artículo 3.

Se define al “**Fideicomiso Público**” a aquel fideicomiso constituido por el Estado o cualquier entidad de Derecho Público con respecto a bienes o derechos que formen parte de su patrimonio o con el objetivo de gestionar, implementar o ejecutar obras o proyectos de interés colectivo.³

Se conoce como “**Fideicomiso de Alianzas Público-Privadas**” a aquel fideicomiso que carece de personalidad jurídica, se considera sujeto de derecho privado, con capacidad jurídica para ser titular de derechos y obligaciones e intervenir en justicia, que se constituye con el objeto exclusivo de gestionar una APP, administrar los bienes y derechos aportados, así como emitir y respaldar emisiones de oferta pública de valores para los fines anteriores.⁴

Se denomina “**recursos públicos**” a todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y derechos que pertenezcan al Estado o a sus instituciones, independientemente de sus fuentes de procedencia, incluyendo los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier título, realicen a favor de aquellas personas naturales, jurídicas u organismos nacionales o internacionales, los cuales no pierden su calidad de “públicos” aun sean administrados por personas físicas, corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías comerciales y otras entidades de derecho privado, cualquiera que hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución.⁵

³ Decreto No. 95-12 que establece el Reglamento para regular aspectos en forma complementaria a la Ley No. 189-11 para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana, artículo 4, literal d.

⁴ Ley No. 47-20, sobre Alianzas Público-Privadas (República Dominicana: Congreso Nacional, 2020), artículo 4, numeral 15.

⁵ Ley No. 10-04 de la Cámara de Cuentas de la República Dominicana, artículo 3.

OBJETIVOS

I. Objetivo general

Analizar la idoneidad de utilización de la figura jurídica del fideicomiso para estructurar Alianzas Público-Privadas para la provisión de infraestructuras y servicios de interés social en la República Dominicana.

II. Objetivos específicos

- a. Desarrollar los beneficios que resultan de la utilización del instrumento jurídico del fideicomiso y la conveniencia de conjugar esta figura con el esquema de APP para estructurar proyectos de interés colectivo en la República Dominicana.
- b. Precisar si es correcta la calificación de naturaleza privada que la Ley No. 47-20 le ha atribuido a los FAPP y determinar las consecuencias que se derivan de que se considere como un sujeto de derecho privado.
- c. Analizar la pertinencia de excluir a los FAPP del ámbito de aplicación de las normas y procedimientos legales que rigen la contratación pública, así como de las que rigen el registro y contabilidad de créditos públicos.
- d. Identificar si los FAPP proveen controles internos y externos adecuados para supervisar a sus fiduciarios en el ejercicio de sus funciones y para fiscalizar la gestión de los recursos y bienes públicos que sean aportados para la ejecución de los proyectos de infraestructuras y servicios de interés colectivo en el país.

METODOLOGÍA

I. Tipo de investigación

Puesto que nuestra investigación analizará si la figura jurídica del fideicomiso resulta idónea para estructurar APP para la provisión de infraestructuras y servicios de interés social en la República Dominicana, podemos considerar que posee un enfoque cualitativo, ya que se buscará reconstruir, por medio de un análisis de carácter descriptivo-correlacional, la realidad a partir de figuras jurídicas previamente definidas.

Ahora bien, en la medida en que nuestra hipótesis busca determinar si resulta idóneo conjugar las figuras jurídicas del fideicomiso y APP para perseguir el desarrollo de infraestructuras y servicios de interés social en el país, debemos igualmente cuestionar si los presupuestos normativos vigentes de dichas figuras suplen las necesidades actuales o si deben ser propuestos cambios o reformas, por lo que esta investigación también debe ser considerada como propositiva.

II. Métodos

Para determinar de qué manera puede la figura jurídica del fideicomiso proteger las inversiones y mitigar los riesgos que devienen de la provisión de servicios públicos e infraestructuras de proyectos que implican financiamiento del agente privado bajo el esquema de APP, iniciaremos utilizando el método dogmático-exegético para analizar de manera separada el ordenamiento jurídico aplicable a cada figura, para continuar con un análisis vía los métodos hermenéutico y lógico-deductivo para determinar la conveniencia de conjugar ambas figuras.

Para dirimir si es correcta la calificación de naturaleza privada que la Ley No. 47-20 le ha atribuido a los FAPP y determinar las consecuencias que se derivan de que se considere como un sujeto de derecho privado, acudiremos al método dogmático y al método hermenéutico.

Para desentrañar si los FAPP proveen controles internos y externos adecuados para supervisar a sus administradores en el ejercicio de sus funciones y para fiscalizar la gestión de los recursos y bienes públicos que sean aportados para la ejecución de los proyectos de infraestructuras y servicios de interés colectivo en el país, utilizaremos el método descriptivo-explicativo. De ser necesaria la proposición de soluciones para suplir la carencia de controles, en caso de que así se determine, se abordará la investigación desde el método propositivo.

Tal enfoque deberá ser completado con la proposición de un sistema, igualmente bajo el método dogmático, para suplir las deficiencias o contradicciones de las referidas figuras, si aplicase, por medio de la exposición de argumentos en sentido contrario y proposición de soluciones bajo un razonamiento hermenéutico-deductivo.

INTRODUCCIÓN

A partir del presente estudio se busca analizar la idoneidad del fideicomiso como instrumento jurídico para estructurar Alianzas Público-Privadas (APP) para la provisión de infraestructuras y servicios de interés social en el país.

Para tales fines, abordaremos el estudio desde un enfoque cualitativo, ya que se reconstruirá, por medio de un análisis de carácter descriptivo-correlacional, la realidad a partir de las figuras jurídicas previamente mencionadas. Del mismo modo, se indentificará si los presupuestos normativos vigentes de dichas figuras suplen las necesidades actuales o si deben ser propuestos cambios o reformas, por lo que esta investigación también será desarrollada con una metodología propositiva.

Este estudio resulta necesario para esclarecer si el Fideicomiso de Alianzas Público Privadas (FAPP) contiene elementos regulatorios adecuados para brindar mayor seguridad, transparencia y eficiencia para el desarrollo de proyectos de interés social. En particular, se analizará si el ordenamiento jurídico prevé controles suficientes para fiscalizar el uso de los fondos públicos aportados a los FAPP y si son adecuados para asegurar que los beneficios perseguidos por este esquema sean verdaderamente obtenidos.

En el primer capítulo se detalla qué comprende una APP, cuáles factores justifican su uso, identificando a la vez los riesgos que pueden asociarse a la figura. En el segundo capítulo se abordan los elementos regulatorios del fideicomiso, haciendo énfasis en el Fideicomiso Público como precursor de lo que hoy se consagra formalmente como FAPP, para luego abordar en qué consiste éste último y cuáles ventajas puede ofrecer a las partes. Finalmente, en el tercer capítulo se analizan los sistemas de supervisión y fiscalización del FAPP, desde el punto de vista de los controles que ofrece y de los que se ve privado. Finalmente, se culmina expresando las precisiones a tomar en cuenta a fin de contar con un FAPP completo y verdaderamente idóneo para estructurar APP para la provisión de infraestructuras y servicios de interés social en el país.

1.º CAPÍTULO: ALIANZAS PÚBLICO-PRIVADAS AL SERVICIO DEL INTERÉS SOCIAL

1.1. Concepto y alcance de las Alianzas Público-Privadas

El Estado es considerado como el responsable principal de garantizar el interés general. De hecho, la propia Constitución establece en su artículo 8 que la función esencial del Estado consiste en proveer los medios para que las personas puedan desarrollarse bajo un marco de bienestar general y dignidad. Asimismo, en su artículo 147, la Carta Magna dispone que los servicios públicos están destinados a satisfacer las necesidades del interés colectivo, precisando que el Estado debe garantizar *“el acceso a servicios públicos de calidad”*, sobre la base de los principios de *“universalidad, accesibilidad, eficiencia, transparencia, continuidad, calidad, razonabilidad y equidad tarifaria”*, sea de manera directa o vía delegación, mediante cualquier modalidad contractual.

Sin embargo, la experiencia ha demostrado que el Estado no siempre es capaz por sí solo de cumplir dichos objetivos cuando se trata de infraestructuras y gestión de servicios públicos que requieren de inversiones significativas, puesto que no siempre cuenta con los recursos necesarios ni con las herramientas de planificación y ejecución adecuadas. Si bien hay proyectos que para el Estado no son económicamente viables, sí lo son socialmente, lo cual genera la necesidad de acudir al apoyo del sector privado, quien suele tener a su disposición un mayor presupuesto, experticia y/o alta tecnología para lograr tales fines que configuran el bienestar común.

En este sentido, las APP son mecanismos jurídicos que, de ser estructurados adecuadamente, permiten alinear los intereses de rentabilidad del sector privado y el bienestar social que procura el sector público.

Conforme dispone la tercera versión de la Guía de Referencia sobre Alianzas Público-Privadas del Banco Mundial (en lo adelante *“Guía de Referencia sobre APP”*), aunque

globalmente no existe una definición única y concreta sobre qué comprende una APP, si pueden englobarse diversas concepciones y sintetizarlas en que son *“contratos de largo plazo entre un ente privado y una entidad gubernamental, para proveer bienes o servicios públicos, en el que el ente privado asume un riesgo significativo y la responsabilidad de gestión y la remuneración está vinculadas al desempeño”*.⁶

De manera particular, en la República Dominicana se delimita la definición de Alianza Público-Privada por medio del artículo 4, numeral 6 de la Ley No. 47-20, a saber:

“Una APP es el mecanismo por el cual agentes públicos y privados suscriben voluntariamente un contrato de largo plazo, como consecuencia de un proceso competitivo, para la provisión, gestión u operación de bienes o servicios de interés social en el que existe inversión total o parcial por parte de agentes privados, aportes tangibles o intangibles por parte del sector público, distribución de riesgos entre ambas partes, y la remuneración está asociada al desempeño conforme a lo establecido en el contrato”.

La entidad responsable de la estructuración, promoción, supervisión y regulación de las APP es la Dirección General de Alianzas Público-Privadas (en lo adelante *“DGAPP”*).

La antes mencionada Guía de Referencia sobre APP, hace mención de cómo a partir de las experiencias de otros países que tienen larga data implementando esta figura, la misma ha demostrado ser superior a la contratación pública tradicional, pues la falta de incentivos que muchas veces existe en el sector público causa que no se cumpla con el cronograma de ejecución de obras previsto, que la calidad de las infraestructuras, del mantenimiento de las mismas, o de la prestación de los servicios asociados sean deficientes o, peor aun, que caiga en los brazos de la corrupción y del soborno.⁷

⁶ El Grupo del Banco Mundial, et al, *“Public-Private Partnerships Reference Guide”* 3ra versión (EE.UU.: PPP Knowledge Lab, 2017), 1.

⁷ *Ibidem*, 16.

Contrario a lo anterior, según se detallará más adelante, la estructura de APP concibe incentivos para los agentes privados para que estos actúen de manera eficiente.

1.1.1. Elementos que configuran una Alianza Público-Privada

El alcance de esta ley es bastante amplia, pues abarca todo proyecto que busque proporcionar activos nuevos, readecuar activos preexistentes y/o prestar servicios relacionados, dentro dentro de cualquier sector, siempre que medie un interés social en la prestación de tales servicios o provisión de infraestructuras y que, de manera general, la ejecución del proyecto sea susceptible a ajustarse a la definición de APP dispuesta en el artículo 4, numeral 6 de la Ley No. 47-20, a saber:

“Una APP es el mecanismo por el cual agentes públicos y privados suscriben voluntariamente un contrato de largo plazo, como consecuencia de un proceso competitivo, para la provisión, gestión u operación de bienes o servicios de interés social en el que existe inversión total o parcial por parte de agentes privados, aportes tangibles o intangibles por parte del sector público, distribución de riesgos entre ambas partes, y la remuneración está asociada al desempeño conforme a lo establecido en el contrato”.

En este sentido, si desmenuzamos los componentes de esta definición, es posible identificar cuáles son cada uno de los elementos que deben suscitarse conforme al referido artículo para que la ejecución de un proyecto proceda bajo el esquema de APP. Estos elementos son los siguientes: **1)** La provisión, gestión u operación de bienes o servicios de interés social; **2)** un contrato de largo plazo; **3)** una inversión total o parcial por parte de agentes privados; **4)** aportes tangibles o intangibles por parte del sector público; **5)** distribución de riesgos entre ambas partes; y, **6)** remuneración asociada al desempeño conforme a lo establecido en el contrato.

1.1.1.1. Provisión, gestión u operación de bienes o servicios de interés social

Según el principio de generalidad, todas las APP están obligadas a proveer u operar bienes o servicios de interés social. El interés social perseguido es un requisito esencial de toda APP; la DGAPP no declarará el interés público de la iniciativa y la misma será descartada si el fin no se dirige a esto.

Se entiende por bienes o servicios de interés social a toda obra, activo o actividades destinadas a satisfacer necesidades de interés colectivo o social, incluyendo los bienes o servicios públicos (art. 4, numerales 9 y 29).

El interés colectivo comprende las funciones que son encomendadas a los poderes públicos que sobrepasan los intereses concretos de los ciudadanos como particulares.⁸ Por su parte, el interés social se refiere al interés general o colectivo conjugado directamente con la definición del Estado como social y de derecho, en razón de su misión de búsqueda del bienestar general del ser humano en sociedad.⁹

Dicho de otra manera, conforme a la cláusula social del Estado, la Administración actúa como “garante” de los intereses generales, asegurando que determinadas necesidades sociales como la salud, la vivienda, bienes de consumo, la educación, el desarrollo infraestructural, seguridad ciudadana, el medio ambiente, etc., sean suplidas a los usuarios bajo condiciones de calidad, regularidad, asequibilidad y de manera oportuna.¹⁰

Por su parte, los bienes o servicios públicos son las distintas prestaciones o daciones a las que se obliga el Estado frente a la ciudadanía para satisfacer sus necesidades inmediatas, que son declarados como como tal por ley. Estos bienes y servicios representan de manera inequívoca necesidades de interés general, que deben ser satisfechas de sea de manera directa por parte de la Administración Pública o de manera indirecta, conviniendo el Estado con particulares para que ellos ejecuten o

⁸ Definición “*interés general*”, Diccionario panhispánico del español jurídico, 2020.

⁹ Sentencia No. C-053/01 de la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia del 24 de enero del 2001.

¹⁰ Martha Alejandra Soto Alzamora, “*Apuntes sobre la naturaleza jurídica de las concesiones y las Asociaciones Público-Privadas a la luz de la colaboración público-privada*” (Perú: Universidad de Piura, 2020), 28.

presten los bienes o servicios, pero siempre bajo la responsabilidad final del Estado.

En este sentido, para que un proyecto cumpla con este requisito, el mismo deberá ser congruente con los fines y metas establecidas por las estrategias nacionales de desarrollo establecidas por el Gobierno y/o con las prioridades del Sistema Nacional de Planificación e Inversión Pública (artículo 43, Ley No. 47-20).

1.1.1.2. Contrato de largo plazo

El artículo 4, numeral 17 de la Ley No. 47-20 entiende por largo plazo a todo lapso que sea igual o superior a 5 años, pero limitando dicha duración a un plazo de vigencia máximo de 40 años (según sea justificado en el pliego de condiciones), pudiendo renovarse una única vez por máximo de la mitad del tiempo pactado, siempre que sea igualmente justificada la necesidad en términos financieros y técnicos.

1.1.1.3. Inversión total o parcial por parte de agentes privados

Según dispone la Guía de Referencia de APP del Banco Mundial, la inversión e integración total bajo la responsabilidad de una sola parte (ente privado), del diseño y la construcción iniciales con la entrega de servicios, operación, mantenimiento y renovación continuos, puede reducir los costos del proyecto e incentivar a la parte responsable a completar cada fase bajo un marco de eficiencia y calidad, ya que ésta verá las remuneraciones y el retorno de su inversión sujetas a su desempeño.¹¹

No obstante, si bien en principio la financiación parcial del sector público debilita los incentivos del sector privado a crear valor por dinero y les facilita abandonar el proyecto si el mismo falla, hay ciertas ocasiones particulares donde la financiación parcial del Estado sí pudiese resultar favorable. Por ejemplo, cuando un determinado proyecto resulta necesario para satisfacer una necesidad social, pero este no es rentable para el

¹¹ El Grupo del Banco Mundial, et al, "Public-Private Partnerships Reference Guide" 3ra versión (EE.UU.: PPP Knowledge Lab, 2017), 18.

sector privado o para reducir el costo de la financiación, pues el gobierno suele tener acceso a financiamientos en condiciones más favorables.¹²

1.1.1.4. Aportes tangibles o intangibles por parte del sector público

Se tratan de los recursos estatales cedidos a la sociedad gestora del proyecto o a un tercero para perseguir los fines de la APP. Dicha cesión puede ser a título de usufructo (temporal) o puede ser una enajenación (definitiva).

Se entiende por aportes tangibles a aquellos activos que *“tienen una forma física, es decir, se pueden ver y tocar”*.¹³ Por ejemplo, los bienes muebles (maquinarias, materias primas, dinero, etc.) y los bienes inmuebles. Los aportes intangibles son aquellos activos capaces de generar utilidades que son *“identificables, de carácter no monetario, que no se pueden ver, tocar o medir físicamente, y se crean a través del tiempo y el esfuerzo”*.¹⁴ Por ejemplo, procesos operativos, derechos de uso, licencias, permisos, arrendamiento financiero, etc.¹⁵

La Ley No. 47-20 también reconoce que los compromisos de recursos del Estado, podrán tomar la forma de transferencias firmes y/o contingentes, los cuales deberán ser siempre identificados al momento de presentar cualquier iniciativa de APP.

El gobierno apoya al proyecto por medio de transferencias firmes por medio de: i) apoyo directo (ej. financiamiento parcial del proyecto o adquisición de terrenos), ii) exenciones de tasas, costos u otros pagos que el adjudicatario tendría que pagar al sector público; iii) pagos por disponibilidad (pagos fijos por mantenimiento) o peajes sombra (pagos recurrentes al adjudicatario tomando en cuenta la cantidad de usuarios del servicio), etc. Asimismo, puede comprometerse por medio de transferencias

¹² Ibídem, 49.

¹³ Andrés Sevilla Arias, *“Activo tangible”* (España: Economipedia, s.f.).

¹⁴ Dirección de Normas y Procedimientos, *“Procedimiento de Activos Intangibles”* (República Dominicana: Dirección General de Contabilidad Gubernamental, 2018), apartado 3.

¹⁵ Norma Internacional de Contabilidad No. 38 (NIC 38), *“Activos intangibles”* (Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad, 1998), artículo 2.

contingentes, lo que significa que si bien no financia directamente, asume ciertos pasivos contingentes a modo de garantía (ej. indemnizaciones por déficit de ingresos, vía deudas contingentes como, por ejemplo, cuando se contempla que el Estado emita bonos solo en caso de que el agente privado no logre colocar la deuda).¹⁶

Estos compromisos no pueden superar el 3% (sujeto a revisión cada 3 años) de la estimación total del PIB del año en que se suscriba el contrato y al momento de definirlos deberá tomarse en cuenta siempre la capacidad fiscal del Estado.

1.1.1.5. Distribución de riesgos entre ambas partes

La Ley No. 47-20 considera riesgos a los factores de amenaza relevantes que pudiesen afectar el cumplimiento de manera ordinaria del contrato, afectar la calidad del bien o servicio de interés social perseguido, o afectar la rentabilidad del proyecto, debiendo contemplarse, a parte de aquellos específicos a cada proyecto, como mínimo aquellos riesgos de carácter social, político, institucionales y jurídicos, operacionales, financieros, ambientales y tecnológicos.

Dicha normativa no exige que los riesgos sean distribuidos equitativamente entre las partes, sino más bien insta a que los riesgos, una vez identificados, sean asignados a la parte contractual que mejor los pueda gestionar, controlar y administrar. Aun así, conforme establece la Guía de Referencia de APP del Banco Mundial, la transferencia de riesgos a la parte privada es fundamental para alinear los intereses privados con el interés público.¹⁷

Precisamente lo que debe buscar una APP es que el sector privado asuma la mayor carga económica y financiera del mismo, ya que si todo el riesgo lo asume el Estado, no sería una APP sino una obra pública con pago diferido o ejecución larga. El riesgo retenido por el Gobierno en la propiedad y operación de la infraestructura generalmente

¹⁶ The World Bank, "Government Support in Financing PPPs" (Estados Unidos: Public-Private Partnership Legal Resource Center, 2021), s.p.

¹⁷ El Grupo del Banco Mundial, et al, "Public-Private Partnerships Reference Guide" 3ra versión (EE.UU.: PPP Knowledge Lab, 2017), 1.

conlleva un costo oculto sustancial y, a menudo, no valorado. Asignar parte del riesgo a la parte privada que puede administrarlo mejor, puede reducir el costo general del proyecto para el gobierno y minimizar el riesgo para el contribuyente.

Lo anterior se constata por medio de lo dispuesto en el artículo 61 del texto legal antes mencionado, pues establece que al momento de distribuir los riesgos en el contrato de APP, debe transferirse *“una parte significativa de los riesgos al agente privado, a cambio de una remuneración que puede consistir en el cobro de tarifas, derechos, tasas, transferencias de recursos del Estado, pagos por disponibilidad o cualquier otra modalidad prevista contractualmente.”*

1.1.1.6. Remuneración asociada al desempeño

Esto significa que la retribución económica de la parte privada está condicionada a que se cumplan los objetivos de prestación de los bienes o servicios de interés social, en los niveles de calidad y de especificaciones técnicas estipuladas en el contrato.

Esto crea más valor por dinero *“value for money”* —elemento que permite determinar si la participación privada en el proyecto a largo plazo resulta más beneficioso a que se ejecute bajo un esquema de inversión exclusivamente público— pues el adjudicatario se preocupa por que la ejecución y operación del proyecto verdaderamente funcione, viéndose incentivado a utilizar los mejores recursos, las últimas tecnologías, reducir los costos, maximizar la eficiencia, etc.

1.1.2. Esquemas contractuales de Alianzas Público-Privada

Pueden suscitarse diversas tipologías contractuales de APP, tomando en cuenta que no hay un esquema preestablecido ni obligatorio, sino que cada APP es estructurada conforme a las necesidades de cada proyecto. A fin de tener un marco referencial, las APP suelen definirse a partir de tres parámetros: **1)** El tipo de activo involucrado; **2)** las funciones que se transfieren al ente privado; y, **3)** cómo es remunerado el ente privado.

1.1.2.1. Según el tipo de activo o servicio involucrado

Puede tratarse de un proyecto que implique el financiamiento, diseño, construcción, operación, etc. de un nuevo activo o de la operación-administración y/o renovación de activos preexistentes.¹⁸

1.1.2.2. Según las funciones transferidas al ente privado

La Ley de APP reconoce en su numeral 11, artículo 4, ciertas funciones o condiciones que son establecidas en el contrato de APP, más no limita ni exige que dichas funciones sean específicamente asignadas a una u otra parte al momento de estructurar un proyecto de APP. Esto permite que se distribuyan las funciones del proyecto dependiendo del tipo de activo y/o servicio involucrado y la necesidad que se pretenda suplir o subsanar con dicho proyecto.

Las funciones que *usualmente* se transfieren a la parte privada son: i) Diseño (desarrollo del concepto inicial y las especificaciones para la construcción); ii) construcción o rehabilitación, según corresponda; iii) financiamiento (cuando se va a construir o rehabilitar un proyecto, usualmente el ente privado financia total o en parte el capital necesario); iv) mantenimiento (para asegurar un estándar de calidad particular durante la vigencia del contrato); v) operación y/o gestión (varía dependiendo del tipo de bien o el servicio asociado); vi) administración total o parcial de los bienes o servicios de interés social.¹⁹

Estas funciones son necesariamente combinadas para formar “*nomenclaturas contractuales*” a partir de la voluntad de las partes, transfiriendo a la parte privada en el contrato de APP, aquellas funciones que respondan a los objetivos de cada proyecto en particular (creando trajes a la medida).

¹⁸ *Ibidem*, 6.

¹⁹ *Ibidem*.

1.1.2.3. Según el mecanismo de pago

El proyecto puede ser *autofinanciado*, lo cual significa que el agente privado es retribuido por medio de cobro de tarifas directamente a los usuarios de la infraestructura o servicio, *cofinanciados*, por medio de pagos efectuados exclusivamente por parte del gobierno, o combinando ambas formas.²⁰

1.1.3. El contrato de Alianzas Público-Privadas

Las APP se constituyen por medio de la suscripción de un contrato entre la autoridad contratante (agente público de mayor relación respecto al objeto de la APP) y el agente privado que resulte adjudicado tras haber agotado el proceso establecido en la Ley No. 47-20 para tal efecto. Se necesitará que el Congreso Nacional apruebe dichos contratos si éstos suponen la venta de bienes del Estado, afectación de rentas nacionales, operaciones de crédito público o implique exenciones de impuestos.

A fin de determinar la naturaleza jurídica de este contrato, resulta interesante citar lo dispuesto por el profesor Dickson Morales, a saber:

*“En términos jurídicos conceptuales un contrato de APP no es más que una concesión con algunas particularidades que tienen los proyectos bajo esa modalidad. Así lo ha establecido la Comisión Europea desde las primeras reflexiones jurídicas sobre este tema hasta la Directiva 2014/23/UE, que la APP se trata de una forma de colaboración entre el sector público y el privado, por lo que las mismas pueden ser realizada de acuerdo a diversas formas contractuales, siendo la más utilizada la concesión”.*²¹

²⁰ *Ibidem*, 8.

²¹ Rafael Dickson Morales, “El proyecto de Alianzas Público-Privada: Necesario para la inversión pero requiere urgente revisión,” Acento, 4 de febrero de 2019, sección Opinión.

Aclaremos que, conforme a la Ley No. 47-20, el término y las disposiciones relativas a las concesiones dispuestas en la Ley No. 340-06, sobre Compras y Contrataciones fueron derogadas para pasar a aplicar entonces las disposiciones de la referida Ley No. 47-20. Si bien el profesor Dickson Morales menciona lo anterior para traer a la mesa la necesidad de mantener vigentes las disposiciones de la Ley No. 340-06 para los proyectos que no se sujeten a la definición de APP (al no contar dichos proyectos con algunas de las particularidades que hacen más complejas a las APP respecto a las concesiones), usamos la precisión citada precedentemente para auxiliarnos al momento de determinar la naturaleza jurídica del contrato de APP.

En este sentido, al igual como se entiende para las concesiones, podemos decir que el contrato de APP constituye un acto jurídico de derecho público, que al ser bilateral y suponer un acuerdo de voluntades entre el ente público y el adjudicatario, se transforma en un contrato de derecho administrativo.²²

Puede reiterarse que el contrato de APP se trata de un contrato de naturaleza administrativa al contener éste los elementos necesarios para que se configure como tal, a saber, una de sus partes está representada por el Estado (autoridad contratante), su objeto persigue satisfacer necesidades de interés social o colectivo, incluyendo bienes o servicios de carácter público y sus disposiciones están sometidas al régimen exorbitante, independientemente tengan o no cláusulas exorbitantes.²³

La Ley No. 47-20 deja entrever la aplicabilidad del régimen exorbitante en el contrato de APP por medio de disposiciones dispersas, por ejemplo, por medio del artículo 72 se prevé la posibilidad de que el Estado, vía la autoridad contratante, termine anticipadamente y de manera unilateral el contrato de APP por la facultad del Estado de resolución unilateral, sin necesidad de indemnizar ni de compensar por el lucro cesante, al igual que otorga dicha prerrogativa en caso de que así lo exija el interés público o la seguridad nacional.

²² Gabriel Arévalo Mascareño, "La desnaturalización jurídica de la concesión. Apuntes teórico-prácticos" (México: Revista Perspectiva Jurídica UP de la Universidad Panamericana, s.f.) s.p.

²³ Gabino Oliva, "La flexibilidad del contrato administrativo: Fundamentos jurídicos y económicos a la luz de la verdad jurídica objetiva" en *Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, Año 20 (Argentina: Editorial Abeledo Perrot, 2008), 111.

No obstante, cabe destacar que igualmente en la Ley No. 47-20 vemos como algunas de las potestades del Estado se ven limitadas en *pro* de respetar el equilibrio contractual. Por ejemplo, el *ius variandi* se ve limitado, pues la posibilidad de modificar los términos del contrato queda sujeta a que así se haya determinado en el contrato, teniendo inclusive la autoridad contratante como obligación el velar por la estabilidad y el equilibrio contractual conforme lo establecido en el contrato de APP (artículo 73).

1.2. Factores justificativos del mecanismo de Alianza Público-Privada

Como se ha plasmado, el mecanismo de APP se basa esencialmente en la convergencia de los esfuerzos de tanto el sector público como el sector privado, con la finalidad de complacer las necesidades estructurales y de servicios de interés colectivo que amerita la sociedad. En esta unión, el sector privado básicamente asume el rol de socio estratégico del sector público para auxiliar a éste último a cumplir con la función social que constitucionalmente le encomienda incursionar en las políticas públicas que sean necesarias para proveer los medios que permitan el debido desarrollo y bienestar de la colectividad.

De manera particular, pueden mencionarse los siguientes factores que devienen de la vinculación de estos dos sectores, que justifican el uso del mecanismo de APP al momento de ejecutar proyectos infraestructurales y de proveer servicios de interés social en el país, a saber:

1.2.1. Financiamiento externo que mitiga la falta de liquidez del Estado

Sin ánimos de adentrarnos a profundidad en temas económicos, tal como fue mencionado al inicio del presente estudio, el Estado dominicano se enfrenta a rígidas limitaciones presupuestarias y de disponibilidad de fondos, sobre todo por el alto nivel de endeudamiento del sector público no financiero que, con el transcurrir del tiempo, ha ido comprometiendo cada vez más el gasto público para atender a tal adeudo,

sumados a los gastos ineludibles o corrientes que debe asumir de manera fija el Estado (ej. los salarios de los funcionarios públicos), así como las alícuotas del presupuesto comprometidas por leyes,²⁴ la baja presión fiscal que no permite disponer de los recursos suficientes, la mala calidad del gasto público y/o la politización del mismo, los casos de corrupción, entre otros.

A esto se le agregan también los montos que se han tenido que destinar para los proyectos, programas y acciones a favor de la reactivación económica y paliar las consecuencias económicas de la pandemia.²⁵ Estos compromisos limitan la flexibilidad del gobierno al momento de conducir los fondos disponibles a favor de reparar los fuertes rezagos infraestructurales y de servicios de interés social en el país.

Podemos reflejar lo anterior por medio de las declaraciones presentadas en un foro de APP por el actual Director de la DGAPP, Sigmund Freund, el cual presentó el dato de que en la República Dominicana durante el período 2008-2015 solo se invirtió un aproximado del 2% del PIB en infraestructuras y servicios de interés social, cuando lo recomendado por el Banco Mundial para Latinoamérica es al menos un 5%.²⁶

En tal sentido, las APP son un respiro para las finanzas públicas, ya que fomentan y atraen el financiamiento externo por parte del sector privado, que cuenta con un superávit de recursos disponibles, permitiendo paliar las referidas limitaciones del sector público.²⁷

1.2.2. Cierre de la brecha infraestructural y de servicios de interés social

El Índice Global de Competitividad del Foro Económico Mundial de 2019, el cual mide la capacidad de un país de generar oportunidades de desarrollo a sus ciudadanos a

²⁴ Elvio Gutiérrez Santana, *“La Rigidez del Gasto Público y las Restricciones del Presupuesto Dominicano”* (República Dominicana: Departamento de Normas y Políticas Tributarias del Ministerio de Hacienda, 2007), 1.

²⁵ *“Abinader promulga Ley de Presupuesto General para el 2021”*, Presidencia de la República, 2 de diciembre de 2020, sección Noticia.

²⁶ Sigmund Freund, *“APPs, Aliadas para el progreso, enfoque en República Dominicana”* (Participación en el Foro Virtual: APPs: Aliadas del Progreso, 6 de mayo, 2021).

²⁷ Persia Iluminada Ventura Figueroa, *“Fideicomiso público: instrumento jurídico-financiero para la ejecución de políticas públicas en la República Dominicana, 2012-2016”*. Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017), 272-273.

partir de 12 pilares, entre ellos, la infraestructura,²⁸ ubicó a la República Dominicana en la Posición número 78 de 141 de las economías a nivel mundial.²⁹

De manera particular, en el pilar correspondiente a la infraestructura— que incluye tanto infraestructuras de transporte vial, aéreo y marítimo, como infraestructuras de servicios públicos como la calidad y el acceso a la energía, agua potable, etc.— obtuvimos una calificación general de 64.9 (mientras más se aleje del cero más deficiente se considera la brecha), posicionándonos en la posición número 79 de 141 países.³⁰

A lo anterior se suma lo dispuesto por el Plan Nacional de Infraestructura 2020-2030 preparado por el Ministerio de Economía, Planificación y Desarrollo junto con el Banco Interamericano de Desarrollo, el cual calcula que *“el valor de la brecha de largo plazo para el horizonte temporal 2020-2040 en República Dominicana asciende a USD 9.926 millones”* (este estudio calcula dicho valor a partir del resultado de multiplicar los costos unitarios por las magnitudes de brecha física).³¹

Las calificaciones otorgadas por el antes mencionado Índice, como los exorbitantes cálculos que proyectan el monto que debería invertirse en en los próximos veinte años para poder cerrar la brecha infraestructural, definitivamente nos colocan en una situación donde resulta fundamental plantear políticas públicas que permitan contribuir, en la mayor medida posible, a la provisión de las infraestructuras y servicio que deben ser ofrecidos a la sociedad conforme la función social del Estado.

Precisamente las APP contribuyen a cerrar la referida brecha infraestructural y de servicios de interés colectivo en el país, en razón de que, tal como mencionamos

²⁸ World Economic Forum, *“¿Qué es y cómo se mide el Índice Global de Competitividad?”* (Colombia: Presidencia de la República de Colombia, s.f.), s.p.

²⁹ Klaus Schwab, World Economic Forum, *“The Global Competitiveness Report 2019”* (Suiza: World Economic Forum, 2019), xii.

³⁰ *Ibidem*, 191.

³¹ Plan Nacional de Infraestructura, 2020-2030 (República Dominicana: Ministerio de Economía, Planificación y Desarrollo y Banco Interamericano de Desarrollo, 2020), 19.

previamente, la participación de los agentes privados permiten romper con los limitados recursos estatales disponibles.

Del mismo modo, contribuyen a ampliar la gama de tales infraestructuras y servicios ofrecidos a la población. Por medio de la presentación de iniciativas privadas (aquellas ideadas conceptualmente el sector privado) se permite proponer al Estado la ejecución de proyectos que tal vez no habían identificado como necesarios (efectivamente siéndolos) o que por cuestión de tiempo o falta de incentivos no son concebidas por el sector público en la forma de iniciativas públicas.

Asimismo, la asignación de responsabilidades como el financiamiento, diseño, construcción, ejecución, entre otros, de los proyectos, a cargo de diversos agentes privados, permiten ejecutar una mayor cantidad de proyectos en menos tiempo. Esto en el sentido de que podrán ejecutarse simultáneamente diversos proyectos por parte del sector privado, sin que los limitados recursos, como por ejemplo, maquinarias, personal, etc., del Estado supongan una limitante. Esta delegación permite al Estado asignar de manera más eficiente sus esfuerzos a las funciones que no puede delegar.

1.2.3. Tecnología, experiencia y capacidades técnicas del sector privado

Los proyectos de infraestructura y servicios de interés colectivo ameritan ser ejecutados o provistos bajo los más altos estándares de calidad posible. La experiencia ha demostrado cómo el sector público no siempre cuenta con los incentivos adecuados, el conocimiento técnico o especializado, y/o los recursos o tecnologías necesarias para cumplir con tales estándares, lo cual se ha traducido en deficiencias en la calidad de las infraestructuras, del mantenimiento de éstas o en la prestación de los servicios asociados.

Esta situación hace conveniente involucrar la participación privada, pues éstos, con incentivos adecuados, ofrecen al sector público las ventajas comparativas que ostenta en virtud de los conocimientos adquiridos por medio experiencias previas en el

desarrollo de proyectos que requieren una alta capacidad técnica. También traen consigo innovaciones tecnológicas en provecho de los proyectos en cuestión.³²

Durante el proceso competitivo de selección del adjudicatario que prevé la Ley No. 47-20 se depuran los oferentes que no puedan demostrar por medio de los estudios correspondientes que cuentan con las capacidades técnicas y económicas necesarias para poder llevar a cabo el proyecto y dar fiel cumplimiento a los pliegos de condiciones. Esto asegura que el agente privado que resulte adjudicado por haber presentado la propuesta más conveniente económicamente al interés social, esté capacitado técnicamente para llevar a cabo el proyecto.

1.2.4. Retribución atada al desempeño que conduce a la eficiencia

Como se mencionó, el sector público no siempre tiene incentivos adecuados para desarrollar, mantener o prestar servicios o infraestructuras interés social de manera eficiente y con la calidad que ameritan, a pesar de que lo anterior deviene de un mandato constitucional. En muchos casos podemos palpar a simple vista como los cronogramas de las obras suelen retrasarse de manera desmesurada, no se cumple con el presupuesto previsto o se desvía éste a la corrupción.

En contraposición a lo anterior, las APP prevén que la remuneración del agente privado se encuentre atada o condicionada a su desempeño. Esto representa un gran incentivo para que los agentes privados dirijan su accionar a lograr la mayor eficiencia posible. El agente privado se esforzará por construir a la mayor calidad y rapidez posible y así poder recibir sus ingresos.³³ Tomando en cuenta que el sector privado trabaja para lograr resultados y que su esfuerzo supone un costo de dinero, éstos suelen entregar a tiempo (contrario al sector público) y, de igual modo, suelen ser mejores estimando costos y son menos burócratas.

³² Persia Iluminada Ventura Figueroa, *"Fideicomiso público: instrumento jurídico-financiero para la ejecución de políticas públicas en la República Dominicana, 2012-2016"*. Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017), 272-273.

³³ María Altagracia Aponte Cedeño, *"El fideicomiso como herramienta legal y estratégica para el financiamiento de proyectos en la República Dominicana"* (Tesis de Postgrado, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, 2020), 60.

Por ejemplo, en el caso de una carretera, el agente privado tratará de construir a la mayor brevedad posible para así poder cobrar los peajes, al igual que tratará de utilizar desde un inicio los mejores materiales y de gestionar el servicio de la mayor manera posible para que la calidad del proyecto no decaiga durante los años que esté bajo su cargo.

1.2.5. Asignación eficiente de los riesgos

Uno de los principales factores que contribuyeron a la mala reputación de las concesiones ante la sociedad, el cual se ha trasladado como una preocupación respecto a las APP, fue el no prever un marco expreso que previera la asignación eficiente de los riesgos que devienen de ejecutar grandes proyectos de infraestructura o provisión de servicios ligados al bienestar colectivo. Esta carencia se tradujo en que muchas veces el Estado asumió desequilibradamente muchos de los riesgos asociados al proyecto, mientras paralelamente cedió grandes beneficios económicos a favor del sector privado inversionista.³⁴

El no preverse de manera concreta antes de la promulgación de la Ley No. 47-20 la asignación de riesgos a la parte que mejor los pueda mitigar, se tradujo en ocasiones en críticas a algunos proyectos y al modelo concesionario. Un ejemplo manifiesto del peligro de no distribuir los riesgos adecuadamente se ve en el caso de la criticada concesión para la construcción y operación de la autopista Santo Domingo-Cruce Rincón de Molinillos (Samaná).

Al momento estructurar el proyecto se calculó erróneamente un alto flujo vehicular para los 30 años de la concesión, con los cuales se contaba para el pago de los peajes (método de retribución de la inversión del para el agente). No obstante, la realidad es que el flujo de automóviles que transitan la misma no corresponde ni cerca de la mitad de lo proyectado. Al no haberse previsto una distribución efectiva de los riesgos, el Estado ha tenido que asumir, de manera contingente, el subsidio de grandes

³⁴ Jaime M. Senior Fernández, "El riesgo en las concesiones y alianzas público privadas", Acento, 11 de marzo de 2021, sección Opinión.

cantidades de dinero vía “peajes sombra”, a fin de asegurar los ingresos mínimos que le garantizó a la concesionaria en el contrato.

Contrario a las preocupaciones antedichas, uno de los elementos esenciales e inherentes a todo modelo de APP, es la gran importancia que se le da a que los riesgos sean debidamente asignados a la parte que mejor pueda administrarlos, controlarlos y gestionarlos. El Decreto No. 434-20, que dispone el Reglamento de Aplicación de la Ley No. 47-20 sobre Alianzas Público-Privadas (en lo adelante “Reglamento de Aplicación No. 434-20”) dispone como todo contrato obligatoriamente debe contener el esquema de tratamiento de los riesgos imprevisibles, al igual que deberá especificar los tipos de riesgos previsibles, la forma de identificarlos y evaluar su probabilidad de ocurrencia, así como la forma de cuantificarlos y gestionarlos, conforme a su correspondiente plan de mitigación.

Cabe resaltar que no se trata de hacer desaparecer los riesgos (pues esto resulta imposible), sino de que sean mitigados por parte de quién esté en mejores condiciones de hacerlo. Una adecuada asignación de riesgos generará confianza, así como se traducirá en un menor impacto fiscal para el Estado en la gestión de los mismos. Esto en el sentido de que la asignación de riesgos al sector privado tiene como corolario una reducción del impacto fiscal en la respuesta de los reclamos cuando (si) ocurren, ya que la respuesta financiera es responsabilidad del privado en la medida en que se han asignado dichos riesgos.³⁵

1.3. Conflictos de interés por la ejecución directa (autoridad contratante-adjudicatario) de proyectos de Alianzas Público-Privadas

A fin de determinar los principales riesgos que devienen de ejecutar APP bajo el esquema ordinario de contratación (autoridad contratante-adjudicatario), resultará de interés plantear el llamado “problema o teoría de agencia”. Citando al autor Ruiz González, esta teoría se puede resumir en lo siguiente:

³⁵ Sigmund Freund, “APPs, Aliadas para el progreso, enfoque en República Dominicana” (Participación en el Foro Virtual: APPs: Aliadas del Progreso, 6 de mayo, 2021).

*“Es el problema que se presenta cuando una persona o entidad (el “agente”), es capaz de tomar decisiones o acciones sobre, en nombre de o que afecte a otra persona o entidad (el “principal”). Este dilema existe, sobre todo, en circunstancias en las que los agentes están motivados para actuar en su propio interés, que puede ser contrario al de los principales”.*³⁶

En este caso, asimilamos al “agente” en la figura del adjudicatario (agente privado) y al “principal” en la figura de la autoridad contratante (agente público).

En este sentido, ante una APP median siempre dos intereses: El interés público y el interés privado. El sector privado, representado generalmente por sociedades comerciales, tiene como interés fundamental el generar ganancias y rentabilidad en beneficio de particulares (como socios, accionistas, propietarios, etc.).³⁷ Por el contrario, el interés del sector público se contrapone en el sentido de que su actuación se dirige a alcanzar el bienestar colectivo.³⁸

A partir del problema de agencia se deriva lo que se entiende por “asimetría de la información”, lo cual ocurre cuando uno de los partícipes dentro de una determinada transacción, tiene más o mejor información en comparación con su contraparte, lo cual puede causar que el primero se aproveche de la falta de información del segundo.³⁹

Vemos cómo este problema de agencia, en particular la asimetría de la información, se suscita en las relaciones que conforman una APP en el sentido de que el adjudicatario (agente) es el que se encarga de las gestiones cotidianas del proyecto que se trate y, por ende, es quien toma las decisiones.

³⁶ Carlos Ruiz González, “Teoría de agencia, un concepto útil e interesante,” *El Financiero*, 5 de febrero de 2021, sección Opinión.

³⁷ María Estela Raffino, “*Empresa privada*” (Argentina: Concepto.de, 2021), s.p.

³⁸ “*Interés público*”, Enciclopedia Jurídica, 2020.

³⁹ Javier Arreola-Rosales, “*La asimetría de la información: ¿puede ayudar en tu negocio?*” (Suiza: World Economic Forum, 2016).

Lo anterior abre paso para que el agente privado se aproveche de la situación y, por ejemplo, incurra en sobrevaluaciones de proyectos o sobrecostos generados a partir de una gestión ineficiente. Respecto a las sobrevaluaciones, el agente privado pudiera aprovecharse de su condición como constructor de la obra para presentar cubicaciones con precios de materiales alterados o innecesarios, así como pudiera utilizar los materiales excedentes en provecho propio.

De igual modo, el agente privado pudiera gestionar de manera inadecuada los recursos y que, consecuentemente, no sean suficientes para ejecutar completamente la obra, o utilizar materiales más baratos a lo acordado para retener la diferencia.⁴⁰

Por otro lado, también pudiera suscitarse el caso de que los intereses del sector público y del sector privado se alineen (siendo en este ejemplo los “agentes”) en perjuicio del interés colectivo, es decir, de la sociedad (en este ejemplo, el “principal”). A modo ilustrativo, esto puede darse cuando el funcionario público concierta con el sujeto privado para defraudar al Estado (ej. funcionarios que asignan proyectos y se combinan para sobrevalorarlos).

En este tenor, resulta imperante plantear un mecanismo que permita mitigar los riesgos que impidan el debido desarrollo de los proyectos, como las sobrevaluaciones de proyectos, malversación de fondos, administración ineficiente de los recursos y del proyecto mismo, deficiencia en la transparencia y comunicación entre las partes, así como cualquier otro riesgo relacionado, susceptible a presentarse al enlazar al sector público y al privado al ejecutar proyectos mediante el mecanismo de APP.

Ante un contexto como el descrito, resulta interesante plantear la posibilidad de conjugar el esquema de contratación de APP con el fideicomiso, pues como examinaremos, éste supone un mecanismo que de ser efectivamente implementado y de contar con una correcta regulación, otorga mayor transparencia y controles.

⁴⁰ María Alttagracia Aponte Cedeño, *“El fideicomiso como herramienta legal y estratégica para el financiamiento de proyectos en la República Dominicana”* (Tesis de Postgrado, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, 2020), 81.

2.º CAPÍTULO: EL FIDEICOMISO COMO ESTRUCTURA JURÍDICA PARA LA EJECUCIÓN DE ALIANZAS PÚBLICO-PRIVADAS

2.1. Regulación del fideicomiso como estructura jurídica

La figura jurídica denominada *fideicomiso*, fue formalmente instituida en el ordenamiento jurídico dominicano en el año 2011, con la promulgación de la Ley No. 189-11 para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana (en lo adelante “*Ley No. 189-11*”).

De conformidad al referido texto legal, esta herramienta opera de la siguiente manera: En base a una relación de voluntad y confianza, una persona denominada “fideicomitente”, transfiere derechos de propiedad (todo o parte de su patrimonio) a un tercero neutral llamada “fiduciario”, conformando con dichos bienes transferidos un patrimonio separado conocido como “fiducia”, para que el fiduciario lo administre o ejerza en apego a las instrucciones y requerimientos que le formule el fideicomitente. Dicha administración o gestión se hace en favor de un fideicomisario o beneficiario, a quién el fiduciario deberá entregarle los bienes y/o frutos generados al momento de la extinción del fideicomiso.

Como disponen los autores Dallaglio y Fontanini, puede considerarse que el fideicomiso “*no constituye un fin en sí mismo, sino, en verdad, un vehículo apto para dotar de mayor seguridad jurídica a un determinado negocio*”.⁴¹

Este vehículo jurídico se constituye por medio de un acto auténtico o bajo firma privada (sujeto régimen de publicidad registral ante el Registro Mercantil) y permite estructurar negocios jurídicos con cualquier propósito o finalidad legal, siempre que no sea contrario a la moral, orden público y las buenas costumbres.

⁴¹ Matías Dallaglio y Gastón Fontanini, “*La regulación incompleta de los contratos de Fideicomiso Público y su impacto en el abordaje por parte de los organismos de control externo*” (Argentina: XXII Congreso Nacional de Tribunales de Cuentas, 2013), 12.

Según el autor Huamani Sablich citando a Bravo Escate, puede considerarse que el contrato de fideicomiso reúne las siguientes características: i) es *formal* (intermedia un Notario para instrumentar el documento o legalizar las firmas); ii) es *bilateral* (como mínimo se necesita la participación de un fideicomitente y un fiduciario); iii) es *consensual* (se perfecciona con el consentimiento de las partes); iv) puede ser *oneroso* o *gratuito*, aunque se presume oneroso (de no preverse en el contrato, la ley fija la remuneración del fiduciario al 0.5% anual del valor del patrimonio neto); y, v) es *temporal*, ya que tiene una vigencia limitada en el tiempo.⁴²

A partir de la definición que corresponde a la figura jurídica del fideicomiso, vale la pena extraer y desarrollar sus elementos:

2.1.1. Actores que componen el fideicomiso

Se conforma un fideicomiso con al menos un fideicomitente y un fiduciario. El contrato de fideicomiso puede referirse al fideicomisario/beneficiario, sin embargo, éstos no son propiamente parte del contrato y su designación no es obligatoria al momento de suscribir el contrato.

2.1.1.1. El fideicomitente

El fideicomitente es la persona física o jurídica que transfiere los derechos para la constitución del fideicomiso y establece las instrucciones que el fiduciario deberá cumplir al gestionar dichos bienes. Es esencial que el fideicomitente tenga capacidad para disponer de los bienes que afecta. Más de una persona puede constituirse como fideicomitente y éstos pueden ocupar simultáneamente la calidad de fideicomitidos.

2.1.1.2. El fiduciario

⁴² Charles Alexander Sablich Humani, "El Contrato de Fideicomiso: Regulación y Perspectivas de Desarrollo en Perú" (Tesis de Postgrado. Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica, 2010), 38-39.

El fiduciario es una persona *jurídica* constituida con el fin exclusivo de ejercer como Gestor Fiduciario, es decir, como representante legal del fideicomiso y como el que recibe los bienes fideicomitidos para administrar, usar, disponer y/o reivindicar los mismos con amplias potestades, aunque limitadas por las instrucciones establecidas por fideicomitente en el contrato de fideicomiso. El rol del fiduciario es fundamental para el fideicomiso, pues es en base a quién gira el esquema legal de esta figura.⁴³ Pueden ser designados varios fiduciarios de manera conjunta o sucesiva.

2.1.1.3. El Fideicomisario o beneficiario

El fideicomisario es la persona física o jurídica a favor de quien los fiduciarios administran los bienes dados en fideicomiso, mientras que el beneficiario quien recibe los beneficios/frutos de la administración sin ser el destinatario final de los bienes fideicomitidos. Lo *usual* es que en la misma persona coincidan ambas calidades. Su designación en el acto constitutivo del fideicomiso puede ser determinada o determinable y pueden ser designados varios para que reciban simultánea o sucesivamente los frutos del fideicomiso.

2.1.2. Afectación de bienes para la constitución de un patrimonio autónomo

Puede constituirse un fideicomiso sobre bienes y derechos de cualquier naturaleza, sean mobiliarios o inmobiliarios (salvo los bienes que sean estrictamente personales de su titular), tangibles o intangibles, los cuales pueden ser determinados o determinables al constituir el fideicomiso. El conjunto de dichos bienes y derechos, así como los frutos que generen, constituyen un patrimonio de afectación, autónomo e independiente (legal y financieramente) al de los fideicomitentes, fiduciarios (incluyendo los demás fideicomisos que pueda administrar) y fideicomisarios.⁴⁴

Así las cosas, de este apartado pueden ser extraídas dos consecuencias:

⁴³ Fernando Roberto Lenardon, "*Fideicomiso gubernamental*" (Argentina: Osmar D. Buyatti Librería Editorial, 2008), 45.

⁴⁴ Ley No. 189-11, para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana, artículos 6-8.

2.1.2.1. Naturaleza de la propiedad fiduciaria

El fideicomiso es una ficción jurídica que, sin dotar de personalidad jurídica, permite al fideicomitente desprenderse de su propiedad para afectarla a *una masa de naturaleza autónoma e independiente* al de las partes, conocida como fiducia.⁴⁵ Es más, una vez los fiduciarios reciben tales bienes, deben proceder a registrarlos en cuentas contables y financieras independientes a las suyas.⁴⁶

Precisamente el elemento esencial de todo contrato de fideicomiso es la transferencia de la propiedad *a título fiduciario*,⁴⁷ es decir, al dominio que temporalmente ostenta el fiduciario cuando el fideicomitente afecta los bienes al fideicomiso.⁴⁸ El Decreto No. 95-12 que establece el Reglamento para regular complementariamente la Ley No. 189-11 (en lo adelante “*Reglamento de Aplicación No. 95-12*”) define al *Dominio Fiduciario* como las facultades que se le otorgan al fiduciario al momento en que es constituido un fideicomiso, para que ejerza plenos poderes de administración y disposición sobre los bienes afectados hasta la extinción del fideicomiso.

En esta tesitura, resulta importante recordar los tres caracteres del dominio: exclusividad, perpetuidad y absolutez. Un dominio se considera *perfecto* si es perpetuo y no se encuentre gravado con ningún derecho real a favor de otras persona. No obstante, el dominio que ejerce el fiduciario no es pleno, más bien, es un dominio *imperfecto (propiedad degradada al no contar con todos sus atributos)*.⁴⁹ Si bien el fiduciario tiene el control exclusivo y absoluto, su dominio sobre la fiducia no pretende ser perpetua ni le otorga facultades de disposición ilimitadas. Además, dicha propiedad representa un efecto económicamente neutro en el patrimonio del fiduciario, ya que el valor que representan dichos bienes, así como sus frutos, no le pertenecen.

⁴⁵ *Ibíd*em, artículo 7.

⁴⁶ Decreto No. 95-12, que establece el Reglamento para regular de forma complementaria la Ley No. 189-11 sobre el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en República Dominicana, artículo 27

⁴⁷ Luis Moisset de Espanés y María del Pilar Hiruela, “*Algunos lineamientos generales del fideicomiso de la Ley 24.441,*” en *Revista de Derecho Privado y Comunitario 3* (Argentina: Editorial Rubinzal Culzoni, 2001), s.p.

⁴⁸ Elías Guastavino, “*La propiedad participada y sus fideicomisos*” (España: Editorial La Roca, 1994), s.p.

⁴⁹ Marisol Vicens Bello, “*Aspectos Generales del Fideicomiso: Ley No. 189-11*” (Rep. Dominicana: Seminario sobre Fideicomiso Instituto OMG, 2013).

Examinando la situación vemos como el fiduciario nunca administra en beneficio propio, sino en interés del fiduciario/beneficiario, así como se ve su dominio limitado por las instrucciones previstas en el contrato de fideicomiso que ha celebrado con el fideicomitente,⁵⁰ el cual reconoce el carácter temporal que tiene este negocio jurídico y, consecuentemente, el dominio temporal que ostenta sobre los bienes afectados.

2.1.2.2. Obligaciones respaldadas por los bienes fideicomitidos

En principio, los bienes que conforman la fiducia solo responden por las obligaciones contraídas con cargo al fideicomiso. La fiducia es un patrimonio independiente al de las partes que conforman el fideicomiso, por ende, las obligaciones contraídas en nombre de cualquiera de dichas partes no pueden ser respaldadas por la masa fideicomitada.⁵¹ En otras palabras, los acreedores de los fideicomitentes, fideicomisarios y fiduciarios no pueden perseguir los bienes del fideicomiso ya que no pertenecen al patrimonio de ellos y, por ende, no pertenecen a su prenda común.⁵²

No obstante, es importante aclarar que resultaría erróneo entender que lo anterior implica que el fideicomiso es en todo momento “inembargable”, pues los bienes fideicomitados sí pueden ser perseguidos, secuestrados o embargados por los daños, deudas u obligaciones contraídas por el fiduciario con cargo al propio fideicomiso, en miras de cumplir las finalidades establecidas por el o los fideicomitentes. Se considera que una obligación se contrae con cargo al fideicomiso cuando así lo precisa el fiduciario de manera expresa, previendo la Ley No. 189-11 la pena de que el fiduciario responda con sus bienes personales en caso no cumplir con este requerimiento.

Del mismo modo, de manera excepcional se admite la persecución de los bienes que conforman la masa fideicomitada en los siguientes escenarios:

⁵⁰ Matías Dallaglio y Gastón Fontanini, “La regulación incompleta de los contratos de Fideicomiso Público y su impacto en el abordaje por parte de los organismos de control externo” (Argentina: XXII Congreso Nacional de Tribunales de Cuentas, 2013), 12.

⁵¹ Ley No. 189-11 para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana, artículo 9.

⁵² Verónica Gottlieb, Malvina Vezzoni, Sebastián C. Coppoleta, “El acreedor laboral frente al fideicomiso” (Argentina: Revista Jurídica La Ley, Tomo 2008-F), 917.

- Cuando el fideicomiso se constituye en fraude a terceros y en perjuicio de sus derechos: Se admite que los acreedores de los fideicomitentes persigan los bienes si sus acreencias son previas a la afectación de los bienes y estén garantizados por cualquier tipo de afectación legal sobre éstos (cargas y gravámenes).⁵³
- Cuando los frutos que genere el fideicomiso deban ser entregados por el fiduciario al fideicomisario: Se admite que los acreedores del fideicomisario persigan dichos frutos para la satisfacción de sus acreencias.⁵⁴

2.1.3. Relación de voluntad y confianza entre el fideicomitente y el fiduciario

La palabra fiducia significa “confianza” en latín. Bajo el fundamento de la confianza, esta figura jurídica permite separar la gestión y el disfrute del patrimonio. Cuando hablamos del fideicomiso estamos ante un contrato que implica, por una parte, la transmisión real de bienes y derechos a otra parte, para que ésta última quede obligada a cumplir la finalidad del negocio jurídico.⁵⁵

Al fiduciario— tercero neutral— se le encomienda la custodia y administración de los bienes fideicomitados, para que los utilice para dar fiel cumplimiento a las instrucciones y requerimientos indicados por el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso, en miras de satisfacer el fin por el cual fue constituido.⁵⁶ Resulta fundamental que el fiduciario se ajuste a las instrucciones dadas por el fideicomitente y lo administre y gestione en base a las actuaciones de un buen padre de familia y con la diligencia de un buen hombre de negocios. De lo contrario, es pasible de ciertas responsabilidades (*detalladas en el siguiente capítulo*).

⁵³ Ley No. 189-11 para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana, artículo 10.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Julián E. Neirotti. “Manual práctico de fideicomiso, doctrina, jurisprudencia, legislación, y modelos contractuales” (Argentina: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2006), s.p.

⁵⁶ L. Carlos Rosenfeld, “Antecedentes históricos del Fideicomiso” (Argentina: Revista Jurídica La Ley, Tomo 1998-E, s.f.), 1193.

2.1.4. Flexibilidad respecto al propósito legal por el que se constituye

Esta herramienta ofrece seguridad a las partes al momento de estructurar negocios jurídicos que ameritan estructuras bien flexibles y adaptables, ya que puede ser constituida bajo cualquier modalidad siempre que no contraríe el ordenamiento jurídico, las buenas costumbres y responda a fines lícitos.

No obstante, si bien esta figura jurídica ofrece una gran flexibilidad al momento de elegir el fin a perseguir por medio del fideicomiso, la Ley No. 189-11 dispone ciertas limitantes a esta libertad o flexibilidad. A saber, castiga con nulidad a todo fideicomiso que carezca de objeto o causa, o cuyo objeto o causa sea ilícito. A demás, prohíbe todo fideicomiso cuyo negocio fiduciario pretenda ser secreto (que su finalidad no conste por escrito), aquel que estipule que el fiduciario sea el beneficiario final y el que pretenda constituirse en fraude respecto a los acreedores o la Administración Tributaria.⁵⁷

2.1.5. Vocación temporal del fideicomiso

La constitución de esta estructura tiene una vocación temporal, un estatus jurídico transitorio hasta tanto se produzca la causal de extinción aplicable al fideicomiso,⁵⁸ una vez se logra la finalidad del fideicomiso, su existencia no tiene razón de ser.⁵⁹

La extinción del fideicomiso puede ser pura y simple o estar sujeta a una condición o plazo. Por lo general, la extinción del fideicomiso se determina a partir de la llegada del término convenido, por el cumplimiento del objeto por el cual se constituyó o al cumplimiento de alguna condición resolutoria que se haya dispuesto en el acto constitutivo, o cualquier otra causal dispuesta en el artículo 53 de la Ley No. 189-11.

Extinguido el fideicomiso, se entregan los bienes aportados y los frutos generados a los

⁵⁷ Ley No. 189-11 para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana, artículos 50 y 51.

⁵⁸ L. Carlos Rosenfeld, *"Antecedentes históricos del Fideicomiso"* (Argentina: Revista Jurídica La Ley, Tomo 1998-E, s.f.), 1193.

⁵⁹ Susy Inés Bello Knoll, *"El Fideicomiso Público"* (Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2011), 122.

fideicomisarios/beneficiarios designados. De no haberse especificado, son devueltos a los fideicomitentes o sus sucesores o, en su defecto, entregados al Estado.

2.2. El Fideicomiso Público como precursor del Fideicomiso de Alianzas Público-Privadas (FAPP)

Según el art. 4 del Reglamento de Aplicación No. 95-12, el Fideicomiso Público es una modalidad de fideicomiso *“constituida por el Estado o cualquier entidad de Derecho Público con respecto a bienes o derechos que formen parte de su patrimonio o con el objetivo de gestionar, implementar o ejecutar obras o proyectos de interés colectivo”*.

Nuestro ordenamiento jurídico se caracteriza por una falencia normativa que regule y desarrolle de manera concreta la modalidad del Fideicomiso Público. A la fecha, la única disposición expresa que existe sobre esta modalidad es la anteriormente citada. Al momento de implementar este tipo de fideicomisos, el Estado ha estructurado los mismos por medio de la convergencia de las normas de derecho privado aplicables a todos los fideicomisos con ciertas normas de derecho administrativo.

En este sentido, el Fideicomiso Público se diferencia respecto a las otras modalidades en el sentido de que el fideicomitente es el Estado, representado por un órgano de la Administración Pública y en que los bienes aportados son parte del patrimonio estatal o el fin perseguido es consecuente con objetivo de satisfacer necesidades de interés colectivo (la definición mencionada al inicio deja abierta la posibilidad de que se trate de una o ambas situaciones aquí detalladas, sin embargo, para poder utilizar fondos públicos, necesariamente deberá mediar un interés colectivo).

Si bien la estructura contractual de este tipo de fideicomisos no varía respecto a los fideicomisos privados y la mayoría de las regulaciones le aplican, ciertos aspectos se ven modificados o matizados. Por ejemplo, para constituir un fideicomiso donde el Estado actúa como fideicomitente, debe emitirse un acto administrativo [Decreto]

ordenando su constitución vía contrato, que en algunos casos deberá, a su vez, ser aprobado por el Congreso Nacional.

Entendemos que el Fideicomiso Público supone un precedente de lo que hoy se conoce formalmente como *Fideicomiso de Alianzas Público-Privadas* (en lo adelante “FAPP”), en virtud de que aún previo a la institución formal de las APP en nuestro ordenamiento jurídico en el año 2020, ya esta modalidad de fideicomiso se utilizaba para estructurar proyectos de vivienda de bajo costo bajo una participación mixta entre el Estado y el sector privado al amparo del art. 134 de la Ley No. 189-11, donde dichas partes constituían en conjunto la fiducia por medio de aportes parciales o totales de los inmuebles requeridos y/o de los recursos necesarios para el financiamiento.

Un ejemplo práctico de esto es el caso del desarrollo del proyecto habitacional Ciudad Juan Bosch, vinculado al El Fideicomiso para la Construcción de Viviendas de Bajo Costo República Dominicana, el cual supuso el primer fideicomiso ejecutado bajo un convergencia de sector público y privado en miras de satisfacer el interés colectivo. En este caso particular, el Estado aportó al patrimonio fideicomitado los inmuebles donde se desarrolló el proyecto, mientras que el sector privado se encargó financiar y construir las unidades habitacionales del proyecto.

En tal sentido, antes de proceder a estudiar la nueva modalidad de fideicomiso (FAPP), resulta de interés analizar los elementos que caracterizan al Fideicomiso Público y lo diferencian de las modalidades de fideicomiso estructuradas únicamente en base a las reglas de Derecho Privado, a fin de demostrar cómo por medio del grado de similitud que ambos presentan, puede catalogarse al FAPP como una subcategoría del Fideicomiso Público y, por ende, cómo su experiencia puede servir de base para comprender los novedosos FAPP.

2.2.1. Elementos personales que emanan del ámbito público

Las partes que componen un fideicomiso público son las mismas que para cualquier otro fideicomiso; en este caso el ente público participa en el rol de algunas de ellas:

2.2.1.1. El fideicomitente

En principio, recae en el Estado, representado por la dependencia de la Administración Pública que esté más vinculada al objeto del fideicomiso (debidamente apoderadas vía Decreto). Para que un fideicomiso tenga una naturaleza pública, es esencial que el Estado participe en su constitución actuando como fideicomitente.

Sin embargo, destacamos que no existen limitantes para que también otras partes ajenas al Estado también se constituyan luego como fideicomitentes en virtud de aportes que efectúen a la masa fideicomitada. Por el contrario, el artículo 136 de la Ley No. 189-11, reconoce expresamente la posibilidad de que tanto el Estado, acreedores financieros e inversionistas privados en general, coincidan en el rol de fideicomitentes siempre que éstos concomitantemente hubiesen afectado bienes a la masa fideicomitada. Como se detallará debajo, este es uno de los aspectos que reiteran el alto grado de similitud, sino subordinación entre el Fideicomiso Público y el FAPP.

2.2.1.2. El fiduciario

No varía, aunque el fideicomiso tenga naturaleza pública, el fiduciario es una institución regulada que se rige bajo las normas del derecho privado. El rol del fiduciario puede limitarse a la administración, o bien puede administrar y ser el brazo operativo del negocio jurídico respaldado por este vehículo jurídico.

2.2.1.3. El fideicomisario o beneficiario

Puede determinarse que sea el Estado quien reciba los bienes y/o los frutos al finalizar el fideicomiso, al igual que puede determinarse que sean los inversores

privados quienes asuman este rol, o cualquier otro destinatario que determine el Estado en base al interés público.

2.2.2. Elementos reales vinculados al ámbito público

Los bienes del Estado están sujetos a un régimen legal distinto al derecho de propiedad privada. Así lo interpreta el Tribunal Constitucional por medio de la Sentencia No. TC/0194/13 del 31 de octubre de 2013, al establecer que el patrimonio nacional está constituido por bienes tanto de dominio público como de dominio privado.

Así, desde el punto de vista real, pueden ser aportados al fideicomiso bienes de dominio público o privado del Estado. Dichos bienes se afectan a un patrimonio autónomo para ejecutar una actividad determinada en miras de satisfacer el interés social.⁶⁰ Resulta importante determinar bajo qué régimen se encuentran los bienes estatales a ser aportados, pues de esto dependerá el procedimiento a seguir para poder traspasarlos al patrimonio de afectación (sea a título de usufructo, es decir, temporal o de manera definitiva vía enajenación).

Conforme dicta la Sentencia precedente, los bienes de dominio privado del Estado son aquellos *“de larga duración, que por su importancia económica y por sus posibilidades de ser reasignados son inventariados y controlados periódicamente en relación a su existencia y estado”*.⁶¹ El artículo 93 de la Constitución dispone que si se trata de una *enajenación* de dichos bienes, queda sujeta a la aprobación del Congreso Nacional.

Por su parte, los bienes estatales de dominio público son aquellos que no pertenecen a nadie individualmente y se dan al Estado en guarda para asegurar su utilización de manera colectiva.⁶² Esto mismo fue aseverado por el precedente jurisprudencial antes

⁶⁰ Susy Inés Bello Knoll, *“Capítulo Cuarto: Los nuevos contratos de la administración y los regímenes especiales”* en Tratado General de los Contratos Públicos, Tomo 3. Juan Carlos Cassagne (Argentina: La Ley, Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2013), s.p.

⁶¹ Manual de Bienes Inmuebles del Estado Dominicano (República Dominicana: Dirección General de Contabilidad Gubernamental, 2008), numeral 18, glosario de términos.

⁶² Marisol Vicens Bello, *“Franja marítima: Necesaria coexistencia del dominio público y del respeto al derecho de propiedad”*, Gaceta Judicial No. 288 (noviembre 2010), 59.

mencionado, al establecer que “*esta última categoría de bienes [dominio público] no es susceptible de propiedad privada porque le pertenece a todos los dominicanos*”.⁶³ De dicho precepto deviene que los bienes de dominio público de la Nación son inalienables, imprescriptibles e inembargables y no están sujetos a tributos. Se consideran bienes de dominio público aquellos que se determinan como tal por ley. Esto representa una limitante cuando se trata de afectar bienes de dominio público a un patrimonio fideicomitado de capital mixto, en el sentido de que no pueden *enajenarse, gravarse ni permutarse* sin que antes pierdan su calidad de “dominio público” y pasen a ser de “dominio privado” (el proceso de desafectación o liberación del dominio público que, conforme dicta la Ley 108-05 de Registro Inmobiliario, los transforma en dominio privado, entrando en el comercio, por medio de la declaración de una ley).⁶⁴

Ambas categorías están bajo la custodia de la Dirección General de Bienes Nacionales y toda enajenación debe ser suscrita por ésta.

Cuando se trate de una cesión usufructuaria respecto a los bienes del Estado, es decir, de aportes con carácter temporal en el sentido de que los bienes estén supuestos a retornar al Estado una vez se extinga el fideicomiso, la Ley No. 1832 que crea la Dirección General de Bienes Nacionales dispone que su Director General será el encargado de celebrar y suscribir los contratos correspondientes, de conformidad con las instrucciones y los poderes recibidos por parte del Presidente de la República.

Nada impide en nuestro ordenamiento el usufructo de bienes estatales, así como esto no supone que tales recursos públicos pierdan su condición de tales (es decir, públicos) por ser administrados por cualquier entidad de derecho privado.⁶⁵

2.2.3. Finalidad que persigue el Fideicomiso Público

⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional No. TC/0194/13, del 31 de octubre de 2013.

⁶⁴ Persia Iluminada Ventura Figueroa, “*Fideicomiso público: instrumento jurídico-financiero para la ejecución de políticas públicas en la República Dominicana, 2012-2016*” (Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017), 221.

⁶⁵ Ley No. 10-04 sobre la Cámara de Cuentas, artículo 3.

Desde el punto de vista del fin perseguido, se busca satisfacer necesidades de interés público y, por ende, los lineamientos que rijan la gestión del fideicomiso, deben siempre dirigirse a satisfacer dicho interés. De antemano destacamos como, contrario a la definición de Fideicomisos Públicos, el fin perseguido por los FAPP no se limita al desarrollo de infraestructuras de interés colectivo; también incluye la provisión de *servicios* de la misma naturaleza.

2.2.4. Naturaleza jurídica del Fideicomiso Público

El Fideicomiso Público tiene una naturaleza mixta en el sentido de que se rige por las disposiciones aplicables a los fideicomisos en general, es decir, las reglas de Derecho Privado, sin embargo, al mismo tiempo la participación del Estado en calidad de parte, los aportes y el interés público que se persigue, hacen que se habiliten reglas de Derecho Público.

Si bien los regímenes de Derecho Privado y Público son distintos, contrario pudiera parecer, ambos regímenes no son siempre excluyentes entre sí, pues nada impide que se utilicen las normas de uno para completar el otro. La realidad es que muchas veces un régimen termina supliendo al otro.

Así como expone la autora Ventura Figueroa, los fideicomisos tanto públicos como privados cuentan con elementos comunes como *“la existencia de una relación fiduciaria, la afectación de bienes a una finalidad y la separación patrimonial, siendo el elemento diferenciador la vinculación con la cosa pública [y la participación del ente público]”*. En este sentido, la autora continúa exponiendo cómo, ante la modalidad de Fideicomiso Público, nos vemos ante la necesidad de *“equilibrar el rigorismo administrativo y la flexibilidad comercial, donde el Derecho Público y el Derecho Privado se armonizan en bienestar de la sociedad”*.⁶⁶

A este respecto, vemos cómo si bien el Fideicomiso Público nace del Derecho Privado

⁶⁶ Persia Iluminada Ventura Figueroa, *“Fideicomiso público: instrumento jurídico-financiero para la ejecución de políticas públicas en la República Dominicana, 2012-2016”*. (Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017), 225-226.

y la mayoría de las regulaciones se aplican de manera invariable, ciertos aspectos de su constitución, modificación y extinción quedan sujetas a las disposiciones del Derecho Administrativo.

Los elementos “públicos” que distinguen a este tipo de fideicomiso de los demás, pueden sintetizarse en que: i) el proceso de constitución (al igual que ciertos aspectos de la modificación y extinción) de un fideicomiso se rige en base al Derecho Administrativo, es decir, el proceso inicia a partir de un Decreto que ordena que se constituya por medio de un contrato; ii) la Administración actúa como parte interviniente; y, iii) el patrimonio afectado para la consecución del interés social se conforma en menor o mayor medida por bienes estatales.

2.3. El Fideicomiso de Alianzas Público-Privadas (FAPP)

La Ley 47-21 trae consigo una nueva modalidad de fideicomiso conocida como “*Fideicomiso de Alianzas Público-Privadas*”, considerada sujeto de derecho privado, con capacidad plena para ser titular de derechos, obligaciones e intervenir en justicia, contraer deudas y otorgar garantías sobre los bienes fideicomitados y sus accesorios, incluyendo la facultad de otorgar derechos de subrogación administrativa, derechos de intervención en favor de sus acreedores o del Estado, el cual se constituye con el fin de administrar los bienes y derechos aportados, gestionar cualquier otro aspecto de la APP según lo convenido en el contrato, así como para emitir y respaldar emisiones de oferta pública de valores con cargo al patrimonio fideicomitado.⁶⁷

Como se expone en el Capítulo I, el fideicomiso es un vehículo jurídico apropiado para ejecutar y administrar proyectos donde median intereses diversos, ya que se transfiere la gestión a una entidad neutra y regulada, para que ésta se asegure de que las instrucciones y los fines del fideicomiso sean cumplidos. Como todo fideicomiso constituido conforme al ordenamiento jurídico dominicano, el FAPP se trata de un

⁶⁷ Ley No. 47-20 sobre Alianzas Público-Privadas, artículo 4, numeral 5 y artículo 51.

patrimonio autónomo ensamblado por los bienes y derechos afectados para cumplir un fin específico, en este caso, el interés social que la APP persiga.

Bajo esta modalidad de fideicomiso, la fiduciaria pasa a ser de una manera u otra, la “garante de la sociedad civil”, pues es quien se encarga de que las pautas acordadas entre el Estado y el ente privado sean cumplidas. Como fue expresado en el capítulo anterior, esto contribuye a una mayor transparencia y seguridad al romper con los intereses encontrados que suelen suscitarse entre las partes al momento de desarrollar proyectos de gran envergadura y relevancia para la sociedad.

Respecto a las partes, el fideicomitente será la autoridad contratante, es decir, el agente público que representa al Estado en razón del objeto de la APP (de no ser estructurada la APP vía un FAPP, es la autoridad contratante y no el fiduciario quien se encarga de la administración del contrato) y el agente privado que resulte adjudicado (que se encarga del financiamiento total o parcial del proyecto).

2.3.1. Naturaleza jurídica del Fideicomiso de Alianzas Público Privadas

Tal como dispone la definición brindada por el numeral 15 del artículo 4 de la Ley No. 47-20, el FAPP *“sin contar con personalidad jurídica, será considerado como un sujeto de derecho privado, con capacidad jurídica plena para ser titular de derechos y de obligaciones e intervenir en justicia como demandante o demandado”*. A partir de lo *supra* indicado, resulta relevante plantear las siguientes preguntas: ¿Es correcta la naturaleza privada que se le otorga al FAPP? ¿cuáles son las implicaciones de que el FAPP se considere un sujeto de derecho privado?

Si nos remontamos al concepto de Fideicomiso Público expresado previamente, vemos que se caracteriza en que: i) Es constituido por el Estado o cualquier entidad de Derecho Público; ii) el patrimonio fideicomitado se conforma respecto a bienes o derechos del Estado; y, iii) se constituye con el fin de gestionar, implementar o ejecutar obras o proyectos de interés colectivo.

Por su parte, al retomar la definición del FAPP, vemos como este se caracteriza en que: i) Es constituido al amparo de la legislación sobre la materia (Ley No. 189-11 y su Reglamento), ii) se considera un sujeto de derecho privado; y, iii) se constituye con el fin de gestionar una APP, administrar los bienes y derechos aportados, así como para emitir y respaldar emisiones de oferta pública de valores de APP.

No obstante, recordando lo dispuesto por los autores Dallaglio y Fontanini, el fideicomiso no constituye un fin en sí mismo, sino más bien un vehículo que permite dotar de mayor seguridad a un determinado negocio.⁶⁸ Por ende, no se puede concebir una definición que otorgue una naturaleza desasociada al negocio jurídico que se pretende estructurar y respaldar por medio de dicha herramienta. Es decir, si estamos ante un negocio jurídico que presenta todas las características y elementos para ser considerado en gran medida como público, no se puede pretender privarle de las disposiciones del derecho administrativo, por la sola disposición en una ley, cuando esto no representa la realidad del contrato de APP.

Al calificar un fideicomiso sujeto de derecho privado, no puede olvidarse tampoco los elementos que lo constituyen. En un FAPP el proceso se inicia partir de un Decreto que ordena la constitución de un fideicomiso vía contrato, el cual, bajo ciertas circunstancias, debe ser aprobado por el Congreso Nacional. Del mismo modo, si bien el financiamiento puede hacerlo total o en parte el ente privado, para que pueda considerarse un proyecto apto para ser desarrollado vía APP, el ente público también debe efectuar aportes de recursos públicos. Por último, el fin perseguido por una APP es siempre la ejecución de obras o la provisión de servicios de interés social.

Al analizar las similitudes entre lo que se persigue por medio de los Fideicomisos Públicos y los FAPP, puede deducirse que el segundo es una subcategoría del primero, pues todos sus elementos (reales, personales, su naturaleza y su fin) coinciden:

⁶⁸ Matías Dallaglio y Gastón Fontanini, "La regulación incompleta de los contratos de Fideicomiso Público y su impacto en el abordaje por parte de los organismos de control externo" (Argentina: XXII Congreso Nacional de Tribunales de Cuentas, 2013), 12.

- Respecto a la forma de su constitución, ambos coinciden exactamente (acto administrativo que ordena su constitución).⁶⁹
- El fin perseguido por medio de ambos es satisfacer necesidades de interés social.
- En ambos necesariamente se aportan recursos o derechos públicos. Respecto a los aportes privados, en los FAPP esto es un requisito. En los Fideicomisos Públicos, tal como se abarcó previamente, no se limita esta posibilidad (ej. proyectos de vivienda de bajo costo desarrollados bajo participación mixta). La posibilidad de efectuar aportes por parte del sector privado, no es suficiente para retirarle el carácter “público” a tales fideicomisos (ej. Fideicomiso Ciudad Juan Bosch).
- Al igual que en el Fideicomiso Público, el Estado se constituye como fideicomitente en los FAPP. A raíz de la definición de APP, vemos como el ente público de una manera u otra siempre se constituirá como fideicomitente, pues aunque no sea necesario que el financiamiento venga de él (ya que el ente privado puede financiar totalmente), sí es un requisito que efectúe aportes. Sin embargo, ante un FAPP estamos ante la particularidad de que como tanto el ente público y el agente privado aportan, ambos pueden coincidir en calidad de co-fideicomitentes.
- Respecto a la naturaleza, en ambos casos se conjugan las normas de derecho privado (ya que la estructura contractual no varía respecto a los fideicomisos privados) y público (por la participación del Estado y el aporte de sus recursos, necesarios para crear una fiducia dirigida a satisfacer necesidades de interés social).

No se trata aquí de esas ocasiones donde la participación del Estado tiene un carácter privado, pues las relaciones jurídicas entre particulares y la Administración se rigen por las normas del derecho privado cuando el Estado participa como un particular más, es decir, se ve despojado de sus prerrogativas,⁷⁰ en razón de que las consecuencias que

⁶⁹ Susy Inés Bello Knoll, “Capítulo Cuarto: Los nuevos contratos de la administración y los regímenes especiales,” en Tratado General de los Contratos Públicos, Tomo 3. Juan Carlos Cassagne (Argentina: La Ley, Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2013), s.p.

⁷⁰ Jennifer Isabel Arroyo Chacón, “El acto administrativo en la legislación costarricense” (Costa Rica: Universidad Estatal a Distancia, s.f), 6.

se derivan de la realización del acto en el que participa, solo afectan a las partes intervinientes y, en consecuencia, el fin perseguido no es un interés público relevante.⁷¹

Aunque se haya dictado la Ley No. 47-20 en miras de atraer participación e inversión, no debe perderse de vista el objetivo que persiguen las APP (negocio jurídico respaldado por el FAPP): Satisfacer necesidades de interés social. En tal sentido, es fundamental tener presente que la actividad administrativa debe resultar racional, coherente y orientada exclusivamente a la satisfacción de dichos intereses; de no serlo, su actuación se califica de arbitraria y contraria al ordenamiento jurídico.⁷²

Es evidente que la Ley No. 47-20 incurre en contradicciones o imprecisiones al establecer que el FAPP se considera exclusivamente de naturaleza privada. Al igual como fue explicado en el tema de los Fideicomiso Públicos, ante el FAPP tampoco estamos ante un régimen donde solamente sea aplicable el derecho privado o el público de manera excluyente a todo el instituto. Claramente estamos ante una figura que nace del Derecho Privado, sin embargo, hay etapas del mismo en que obligan a recurrir a las normas del Derecho Administrativo.⁷³

Debe buscarse avenencia entre ambos para lograr un balance justo; sus elementos permiten sacar conclusiones válidas que superan las contradicciones que parecieran existir. Tal como establece Silié Ruiz, limitar la naturaleza del FAPP a un carácter privado exclusivamente: *“No resulta trivial y precisa corregirse, pues de ello se desprenden múltiples efectos. Por ejemplo, por su naturaleza pública, a este tipo de fideicomisos deberán aplicárseles, con más o menos matizaciones, las normas que integran el Ordenamiento jurídico – administrativo dominicano”*.⁷⁴

⁷¹ Hans Kelsen, *“Teoría general del Derecho y del Estado”* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995), s.p.

⁷² Jorge Correa Fontecilla, *“Algunas consideraciones sobre el interés público en la Política y el Derecho”* (Chile: Revista Española de Control Externo, s.f.): 135.

⁷³ Susy Inés Bello Knoll, *“Capítulo Cuarto: Los nuevos contratos de la administración y los regímenes especiales,”* en *Tratado General de los Contratos Públicos, Tomo 3*. Juan Carlos Cassagne (Argentina: La Ley, Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2013), s.p.

⁷⁴ Carolina Silié Ruiz, *“Fideicomisos de alianzas público-privadas: ¿cuál debe ser su naturaleza?”*, Acento, 3 de octubre de 2020, sección Opinión.

La motivación de limitar a una naturaleza privada al FAPP deviene en interés de retirar al fideicomisos de ciertos controles públicos, como no tener por facultad ni efecto la constitución de deuda pública y la supresión de los regímenes de contratación, contabilidad y registro de los créditos públicos (artículo 51, párrafo II, Ley No. 47-20). No obstante, como se detallará en el tercer capítulo, no es necesario catalogar al FAPP de naturaleza privada para excluir la aplicación de las normas.

2.3.2. Elementos regulatorios que viabilizan y justifican el uso del FAPP

Tras haber analizado los aspectos legales aplicables a todos los fideicomisos, incluyendo aquellos con elementos públicos, pueden identificarse aspectos que viabilizan e incentivan a las partes a estructurar las APP en base a esta figura, a saber:

- Transfiere la administración y gestión del negocio jurídico a un tercero imparcial, extraño a los intereses de las partes, obligado por mandato de ley a actuar con toda la prudencia y diligencia que caracteriza a un bien hombre de negocios al manejar el fideicomiso y al mediar las contingencias que puedan darse entre las partes.⁷⁵
- En virtud de su obligación a rendir cuentas, el fiduciario proveerá a las partes cierta seguridad de que su negocio es manejado bajo transparencia. El hecho de que las partes se refieran a un tercero neutral para agenciarse de información respecto a la gestión del fideicomiso, elimina el riesgo que supondría el que dicha información deba ser solicitada directamente entre las partes interesadas, quienes pudieran tener intereses encontrados, que los conduzcan a obviar ciertos aspectos relacionados a la gestión o administración del proyecto que se trate (asimetría de la información),
- Aísla del control de la Administración Pública los recursos públicos aportados, logrando asegurar por un tiempo definido la disponibilidad de fondos y la estabilidad del programa público perseguido por el fideicomiso. Es decir, garantiza que los

⁷⁵ Susy Inés Bello Knoll, "El Fideicomiso Público" (Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2011), 123-124.

bienes estarán disponibles y que serán utilizados para el fin previsto.⁷⁶ De igual modo, asegura que los flujos recaudados por el fideicomiso se mantienen en las cuentas de éstos, es decir, no entren al aparato nacional.

- El fiduciario aleja la ejecución y gestión del fideicomiso de la burocratización, de las usuales ineficiencias y variaciones de las voluntades políticas del sector público. La responsabilidad de cumplir el objetivo pasa de manera exclusiva al fiduciario.⁷⁷
- Es una alternativa de financiamiento para ejecutar infraestructuras de interés colectivo. Permite que personas privadas inviertan en proyectos de impacto social.
- Protege los bienes afectados de persecuciones de acreencias ajenas al fideicomiso.
- Le aplica un régimen tributario especial que garantiza neutralidad fiscal (que el constituir un fideicomiso no produzca impacto fiscal añadido al que se hubiese originado de no utilizar la figura).⁷⁸ Esto se logra garantizando que la entrada de los activos al momento de constituir-modificar el fideicomiso no generen impacto fiscal (excepto el impuesto de transferencia, salvo se trate de oferta pública), sin embargo, equilibra gravando la transferencia y la ganancia de capital al momento de transferir los frutos al fideicomisario.

Del mismo modo, este régimen busca ofrecer paridad fiscal (que las operaciones del fideicomiso sean fiscalmente tratadas de igual forma que cualquier otra estructura de organización de activos). Esto lo concreta gravando las rentas y utilidades de los inmuebles de la fiducia capaz y las ganancias de capital resultantes de la enajenación de activos de capital, así como los ingresos del fideicomitente y fideicomisario por los rendimientos del fideicomiso.

⁷⁶ *Ibíd.*, 275.

⁷⁷ Matías Dallaglio y Gastón Fontanini, "La regulación incompleta de los contratos de Fideicomiso Público y su impacto en el abordaje por parte de los organismos de control externo" (Argentina: XXII Congreso Nacional de Tribunales de Cuentas, 2013), 16.

⁷⁸ Leonel Melo Guerrero, "Ventajas y desventajas de los mecanismos impositivos establecidos en la Ley: Propuestas de mejora para el desarrollo del fideicomiso" (República Dominicana: Cámara Americana de Comercio de la República Dominicana, 2012).

2.3.3. Carácter potestativo de su utilización

El artículo 51 de la Ley No. 47-20 establece que cuando en una APP procedan transferencias de recursos del Estado, preferiblemente se constituirá un FAPP a fin de que administre los bienes y derechos aportados y/o gestione cualquier otro asunto del proyecto. Es decir, no le otorga un carácter obligatorio.

Salvo por los efectos que se desprenden de catalogar—erróneamente— al FAPP de naturaleza privada, los cuáles serán detallados en el capítulo siguiente y que precisan ser corregidos, a raíz de los beneficios detallados en el apartado precedente, se deduce que al utilizar el vehículo jurídico del fideicomiso para estructurar APP se desprenden diversos beneficios que hacen que esta sea la opción más idónea.

Esto mismo fue entendido previo a dictarse la Ley No. 47-20, pues ya la Ley No. 189-11 disponía que todo proyecto de vivienda de bajo costo que se realizare mediante aportes del sector público y participación del sector privado, debía estructurarse *siempre* por medio de la incorporación de un fideicomiso.

3.º CAPÍTULO: ANÁLISIS DE LOS MECANISMOS DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN DEL FIDEICOMISO DE ALIANZAS PÚBLICO-PRIVADAS

La falta de límites y de un debido control conlleva a la inseguridad jurídica, lo cual pudiera llevar a una fraudulenta o inadecuada ejecución del fin por el que se crea el FAPP. En este sentido, las bonanzas que ofrece la figura del fideicomiso sólo podrán ser aprovechadas al momento de ejecutar la APP, si el FAPP, como vehículo jurídico cuenta con adecuados mecanismos de control y supervisión.

En el presente capítulo, nos proponemos a analizar los mecanismos existentes a fin de determinar si los mismos efectivamente logran dotar de seguridad jurídica, transparencia y eficiencia al FAPP o si, por el contrario, es necesario adecuar tales mecanismos para asegurar el debido desarrollo de esta figura en el país.

3.1. Controles ordinarios suprimidos por la naturaleza privada del Fideicomiso de Alianzas Público-Privadas (FAPP)

3.1.1. Sustracción del ámbito de aplicación de las normas y procedimientos legales que rigen la contabilidad y el registro de los créditos públicos

Al retirar los FAPP del ámbito de aplicación de las normas y procedimientos legales que rigen la contabilidad y registro de créditos públicos, debe entenderse la exclusión de las disposiciones de la Ley No. 6-06 de Crédito Público, así como la Ley No. 126-01 que crea la Dirección General de Contabilidad Gubernamental (que lleva un registro sistemático de todas las transacciones relativas a la situación económica y financiera del sector público), y sus respectivos Reglamentos.

La Ley No. 6-06 dispone los procedimientos para aprobar las operaciones que considera de crédito público, al igual que mantiene un registro sobre el endeudamiento público y, por medio de éstos, establece las estimaciones y proyecciones presupuestarias del servicio de deuda pública, para luego suministrar dicha información

a la Oficina Nacional de Presupuesto y la Tesorería Nacional. Además, controla que los recursos obtenidos por dichas operaciones se destinen a los fines por los que fueron aprobados.

Particularmente, entre las operaciones que la ley entiende son de crédito público (de las cuáles resulta la deuda pública) se encuentran la contratación de préstamos con instituciones financieras, la emisión y colocación de obligaciones financieras, la ejecución de contratos de bienes, obras o servicios cuyo pago completo o parcial sea en más de un ejercicio financiero posterior al que se devenga el gasto y la deuda contingente generada por avales, fianzas o garantías que excedan el ejercicio fiscal.

Suprimir los procedimientos que consagra esta ley supone que los FAPP, al efectuar una de las actividades antedichas, no tendrán que contar con la aprobación del Congreso Nacional y que la Dirección General de Crédito Público no incluirá dichas transacciones en el registro de todas las operaciones de crédito público que debe realizar a fin de orientar las proyecciones del Presupuesto Nacional.

Los bienes y derechos que conforman el patrimonio fideicomitado podrán ser otorgados en garantía para respaldar endeudamientos y/o financiamientos (de cualquier índole derivados de créditos, financiamientos o colocación de instrumentos financieros) contraídos por el fiduciario, *siempre con cargo al patrimonio fideicomitado*, conforme a las instrucciones previamente dadas, no debiendo exceder dichas garantías el plazo de duración del fideicomiso.

El hecho de que los endeudamientos que contraiga el fiduciario por cuenta y orden del FAPP para perseguir sus fines, se garanticen y paguen exclusivamente con cargo al patrimonio fideicomitado, significa que, en el entendido de que los bienes, derechos, productos y, en general, los ingresos de la fiducia, no fuesen suficientes para cubrir las obligaciones, el riesgo correrá exclusivamente a cargo de los acreedores o los terceros que hayan asumido el riesgo respectivo (de ahí a que no originen deuda pública).

Asimismo, lo anterior se justifica bajo el entendido de que a fin de constituir una APP que conlleve de forma firme o contingente, la venta de bienes estatales, la afectación de rentas nacionales, la realización de operaciones de crédito público o exenciones de impuestos, deberá pasar por el proceso de aprobación por parte del Congreso Nacional. En tal sentido, al momento de utilizar cualquiera de esos recursos para respaldar una obligación contraída por el fideicomiso, ya los mismos se consideran afectados a una masa independiente respecto a las cuentas del Estado (y los compromisos de transferencias firmes y/o contingentes asumidos por éste ya fueron contemplados en el contrato de APP, tomando en cuenta la capacidad fiscal estatal).

Si esto es verdaderamente así, es decir, el hecho de que las obligaciones contraídas con cargo al propio FAPP no se consideran deuda pública porque los compromisos de transferencias firmes y/o contingentes asumidos por el Estado ya fueron contemplados en el contrato de APP tomando en cuenta su capacidad fiscal, pues no tendríamos objeción, en principio.

No obstante, retenemos la idea de que la calificación de sujeto de derecho privado debe ser modificada. El no constituir deuda pública es un mecanismo ya usado y previsto en fideicomisos públicos previos, incluyendo entre ellos el Fideicomiso Ciudad Juan Bosch (que representa una verdadera alianza entre ambos sectores, aun previo a la promulgación de la Ley No. 47-20). Para prever esto en los contratos no fue necesario calificar de privado a dichos fideicomisos, pues el efecto se logra, no por la naturaleza privada, sino por el efecto inherente que causan los fideicomisos: Crean un patrimonio autónomo que aísla los bienes afectados de las acreencias de terceros.

Del mismo modo, se acepta la idea siempre y cuando sea bajo el entendido de que las obligaciones asumidas por el Estado, si bien no se reflejen a partir de las actuaciones del FAPP, si se reflejen y se tomen en cuenta al momento de suscribir el contrato de APP o modificarlo, pues de confundir la no constitución de deuda pública ante el escenario de los FAPP con el escenario de los contratos de las APP *per se*, se estaría creando un efecto atroz para el presupuesto estatal.

Es importante mantener un ojo a lo anterior, pues experiencias comparadas demuestran como la no constitución de deuda pública ha sido utilizada en los contratos de APP como un mecanismo para ocultar la deuda pública por medio de prácticas contables carentes de transparencia, lo cual permite eludir las restricciones presupuestarias y aplazar a largo plazo el cómputo de los compromisos monetarios que resultan de ejecutar los proyectos.⁷⁹ Los políticos suelen aprovecharse de esto para aprobar proyectos ofrecidos a los votantes, mientras mantienen aparentemente las cuentas y los límites presupuestarios bajo control.⁸⁰

Esta exclusión del régimen público de control lo que realmente ocasiona es incentivos perversos—*aquellos que tienen un resultado indeseado, contrario a lo que se pretendía lograr con el mismo*—,⁸¹ ya que ocultar los compromisos que pudiesen suscitarse a mediano y largo plazo se traduce en que no serán tomados en cuenta al momento de planificar el presupuesto.⁸² A su vez, de suscitarse algún riesgo o llegar el momento de afrontar el compromiso asumido, la falta de planificación provocará una reducción del *espacio fiscal*⁸³ estatal.

En virtud de lo anterior, resulta esencial contar con un proceso presupuestario estrechamente integrado. No son pocos los proyectos que deben responder por pasivos contingentes e, inclusive, los que deben llegar a renegociarse o rescindirse por una inadecuada planificación del gasto y presupuesto, y pasan a significar entonces un gran peso para las finanzas públicas.

Es de tal alcance la importancia de contar con mecanismos de transparencia en esta materia que, tal como expresa la Guía de Referencia sobre APP, *“la mayoría de las*

⁷⁹ María José Romero y Mathieu Vervynckt, *“El peligroso espejismo de las asociaciones público-privadas al descubierto”* capítulo 7 en *La recuperación de los servicios públicos* (Países Bajos y Francia: The Transnational Institute, 2017), 118.

⁸⁰ *Ibidem*, 127.

⁸¹ Michael G. Vann, *“Of Rats, Rice, and Race: The Great Hanoi Rat Massacre, an Episode in French Colonial History”* (Francia: French Colonial History Society, 2003), 191-203.

⁸² Mathieu Vervynckt y María José Romero, *“Asociaciones Público-Privadas: cómo desactivar la bomba de relojería”* (Bélgica: European Network on Debt and Development, 2017), 3.

⁸³ Fondo Monetario Internacional: Define al “espacio fiscal” como el margen de maniobra que existe dentro del presupuesto público para proporcionar recursos para un fin deseado sin comprometer la sostenibilidad financiera del Estado.

*normas internacionales de información y estadísticas están de acuerdo en que incluso cuando los compromisos de APP no se reconozcan como pasivos, deben divulgarse en notas a las cuentas y los informes”.*⁸⁴

3.1.2. Sustracción del ámbito de aplicación de las normas y procedimientos legales que rigen la contratación pública

3.1.2.1. Proceso de selección del fiduciario

Dada la naturaleza privada que le otorga la Ley No. 47-20 a los FAPP, ésta suprime la aplicabilidad de las normas y procedimientos que rigen la contratación pública, es decir, de la Ley No. 340-06, sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones y sus modificaciones (en lo adelante, “Ley No. 340-06”) y su Reglamento de Aplicación No. 543-12. De igual modo, dicha ley dispone *expresamente* por medio del artículo 67 como la vinculación de subcontratistas en APP se regirá por las disposiciones del derecho privado.

No obstante, entendemos que cuando se trate del el proceso de selección de fiduciario, el cual debe darse previo a la celebración del contrato de FAPP, deben aplicar las normas y procedimientos dispuestas en la Ley No. 340-06.

No existe un marco regulatorio concreto respecto a los fideicomisos donde median elementos públicos. Esto se ha traducido en una carencia normativa, pues no se ha determinado, por ejemplo, que el proceso de selección del fiduciario deba hacerse al amparo de un proceso competitivo en base a las reglas de contrataciones públicas (ni para los Fideicomisos Públicos ni ahora para los FAPP).

Esto representa una inobservancia a las disposiciones previstas en la Ley No. 340-06, pues en este tipo de fideicomisos se está ante la situación de que se contrata con una entidad estatal (autoridad contratante que siempre se constituye como fideicomitente

⁸⁴ El Grupo del Banco Mundial, et al, “*Public-Private Partnerships Reference Guide*” 3ra versión (EE.UU.: PPP Knowledge Lab, 2017), 93.

en razón del requisito de que efectúe aportes públicos a la masa fideicomitida para poder conformar una APP). En efecto, conforme expresa el numeral 1, del artículo 5, de la Ley No. 340-06 sus disposiciones aplican a todos aquellos contratos no excluidos expresamente o sujetos a un régimen especial. El contrato del fideicomiso no está excluido expresamente y para que las disposiciones de esta ley no apliquen a la selección del fiduciario, debe estarlo.

Incluso, la propia Dirección General de Contrataciones Públicas, por medio de la Circular Núm. DGCP-05-2020 del 20 de agosto del 2020, ha advertido sobre la importancia de no delegar los procedimientos de contratación pública cuando no exista una habilitación previa de la ley, derecho u ordenanza que así lo establezca.

Sin embargo, actualmente las partes eligen a los fiduciarios en base a la libre voluntad, quienes suelen escoger a partir de la reputación, capacidad técnica y capacidad financiera. Ante esta ausencia de criterios objetivos de selección de los fiduciarios por parte de la Administración Pública, y ante lo mencionado en el párrafo anterior, se entiende como una necesidad inminente contar con normas generales preestablecidas al respecto, para asegurar el cumplimiento de los principios rectores de la Ley No. 340-06, como la eficiencia, igualdad y libre competencia, transparencia y publicidad, economía y flexibilidad, equidad y participación.

3.2. Mecanismos de supervisión y controles que ofrece el FAPP

3.2.1. Fiduciarios como entes regulados y sujetos obligados al cumplimiento de las normas de prevención de lavado de activos

Durante el transcurso del presente trabajo de investigación se ha destacado la relevancia del rol del fiduciario, al recaer en éste el mandato de confianza de gestionar y administrar el fideicomiso bajo amplias potestades. Lo anterior hace indispensable contar con regulaciones que recaigan sobre esta figura, a fin de prevenir desvíos en la tarea confiada y/o en actuaciones impropias en razón de intereses encontrados.

De acuerdo al artículo 3 del Reglamento de Aplicación No. 95-12, en el país existen tres órganos gubernamentales distintos encargados de la regulación y supervisión de las fiduciarias. La competencia de estos organismos dependerá del tipo de fiduciaria que se trate, a saber:

- La *Superintendencia de Bancos* (en lo adelante, “SIB”) regula a los bancos múltiples, las asociaciones de ahorros y préstamos y demás EIF que ejerzan la actividad fiduciaria, asimismo, las sociedades comerciales constituidas con el objeto exclusivo de ejercer como fiduciarios cuando pertenezcan o presten servicios a EIF o a su controladora bajo el esquema de un grupo financiero.
- La *Superintendencia de Valores* (“SIV”) regula a las administradoras de fondos de inversión, puestos de bolsas y demás intermediarios de valores autorizadas por ella; adicionalmente, regula a los bancos múltiples, las asociaciones de ahorros y préstamos, demás EIF y las sociedades constituidas para ser fiduciarias, cuando emitan valores de oferta pública en nombre del fideicomiso que tenga a su cargo.
- La *Dirección General de Impuestos Internos* (“DGII”) regula a las sociedades comerciales con objeto exclusivo de ejercer como fiduciarios, siempre que no sea propiedad de una EIF o de su sociedad controladora bajo grupo financiero.

A fin de poder incorporarse, las fiduciarias deberán sujetarse a rigurosos procesos de no objeción, autorización y/o registro para poder actuar como tal ante los órganos reguladores que le correspondan según tipo de fiduciaria que se trate, los cuáles verificarán, en síntesis, la situación patrimonial, operativa y financiera, con el fin de determinar si éstas se encuentran en condiciones para prestar servicios fiduciarios.

Por otro lado, según la Ley No. 189-11, todas las fiduciarias se consideran sujetos obligados al cumplimiento de las normas de detección, prevención y mitigación de riesgos de lavado de activos. Como tal, desde momento de su constitución hasta su

extinción, quedan sometidas a las disposiciones de la Ley No. 155-17 contra el Lavado de Activos Provenientes y el Financiamiento del Terrorismo (“Ley No. 155-07”).

Dicha condición de “sujeto obligado” supone un mecanismo de control-fiscalización respecto las actuaciones de los fiduciarios (a quienes se les confía, bajo amplias libertades, la gestión de un patrimonio ajeno), en el sentido de que la sujeción a las normas de prevención de lavado de activos previstas en la Ley No. 155-17 implica que deben ajustarse a estrictas políticas de cumplimiento y someterse a rigurosos procedimientos de supervisión que promueven altos estándares de transparencia y evitan desviaciones ilícitas respecto a sus actividades.

Por ejemplo, dichas normas obligan a las fiduciarias a adoptar un Plan de Cumplimiento de Prevención de Lavado de Activos basado en el establecimiento de políticas y procedimientos internos para evaluar y mitigar los riesgos de lavado de activos, así como para garantizar estándares elevados al momento de la contratación y capacitación de sus empleados. Igualmente, obliga a que las fiduciarias se sujeten a códigos de ética y buena conducta y se sometan a auditorías externas para asegurar la efectividad del Plan, previendo la imposición de sanciones ante incumplimientos.⁸⁵

En esta misma tesitura, el artículo 41 de la Ley No. 155-17 obliga a los fiduciarios a efectuar debidas diligencias periódicas con el fin de mantener actualizadas las informaciones que permitan identificar y verificar a cada una de las partes fideicomiso, incluyendo el beneficiario final, para así poder determinar si las transacciones efectuadas por los fideicomisos verdaderamente corresponden con el conocimiento que se tiene del cliente, su actividad comercial, el origen de los fondos, etc.⁸⁶

La DGII, la SIB y la SIV, como supervisoras de sujetos obligados, cuentan con ciertas potestades habilitadas con el artículo 98 de la Ley No. 155-17 como facultades regulatorias, de supervisión basada en riesgos (a mayor riesgo, mayores medidas), de

⁸⁵ Ley No. 155-17 contra el Lavado de Activos Provenientes y el Financiamiento del Terrorismo, artículos 33 y 44.

⁸⁶ Unidad de Análisis Financiero, SIB, SIV y DGII, “*Estudio Sectorial de los Fideicomisos en la República Dominicana, y su incidencia en Materia de Lavado de Activos*” (República Dominicana: Dirección General de la Unidad de Análisis Financiero, s.f.), 30.

vigilancia, de fiscalización, de requerir informaciones y de realizar supervisiones in situ (de campo) y extra situ, a fin de verificar que cumplan con disposiciones relativas a la prevención del lavado de activos y, en su defecto, de aplicar las sanciones administrativas que correspondan.

En consonancia con lo anterior, el Reglamento de Aplicación No. 95-12, dispone que durante toda la vida de las fiduciarias, éstas estarán obligadas a presentar al órgano que les supervise (SIB, SIV o DGII), el tipo de información que mediante normas, los formatos y periodicidad de remisión de las informaciones que éstos determinen. Esta disposición se complementa por el art. 57 de la Ley No. 155-17, el cual limita el secreto fiduciario al establecer que éste no supone un impedimento para las fiduciarias cumplir con las obligaciones de información que le corresponden por ser sujetos obligados.

Por ejemplo, tienen la facultad de solicitar copias de las rendiciones de cuentas presentadas por los fiduciarios a las partes, las cuales contienen, como mínimo, informaciones relativas a las actividades realizadas por el fiduciario, el estado y situación jurídica de los bienes afectados, los estados financieros, informes de auditoría externa (si aplicase) y la relación de las inversiones que conforman la fiducia. De igual modo, tienen la facultad de exigir que el fiduciario requiera que los fideicomitentes presenten una declaración jurada sobre la legitimidad de los bienes afectados a la fiducia, disponiendo la nulidad del fideicomiso en caso contrario.

Adicionalmente, esta ley obliga a las fiduciarias a mantener un registro, durante al menos 10 años luego de extinguido el fideicomiso, de las informaciones que tengan respecto a los fideicomisos que gestionen y de las demás partes que los conforman. Dichas informaciones podrán ser solicitadas por la DGII, la SIB o la SIV, según corresponda, a fin de recabar medios de pruebas ante investigaciones de infracciones administrativas en materia de lavado de activos.⁸⁷ Esto sin perjuicio de las transacciones irregulares o sospechosas que las reguladoras puedan identificar

⁸⁷ Ley No. 155-17 contra el Lavado de Activos Provenientes y el Financiamiento del Terrorismo, artículos 43 y 51.

(quienes deberán ser comunicados a la Unidad de Análisis Financiero, encargada de elevar al Ministerio Público los informes de posibles infracciones penales).⁸⁸

3.2.2. Impedimentos que aseguran la calidad de “tercero neutral” del fiduciario

El artículo 41 de la Ley No. 47-20 dispone ciertos impedimentos para el fiduciario, estableciendo limitantes de quiénes pueden ocupar dicho rol a fin de evitar conflictos de interés y de evitar que se pierda la característica de que el fiduciario es un “tercero neutral”. En tal sentido, no pueden ocupar el rol las siguientes personas:

- Autoridades y funcionarios del Estado dominicano y sus parientes hasta el 2do o hasta el 4to grado en caso de los miembros del Comité Técnico (*ver debajo*).
- El asesor de cualquiera de las partes en la evaluación de una iniciativa, manteniéndose la prohibición en este caso y en el anterior hasta los 24 meses posteriores a su salida del cargo.
- El demandado y condenado por incumpliendo contractual por parte del Estado.
- El fiduciario que se encuentre sometido a un proceso de reestructuración o liquidación judicial.
- Si sus directivos se encuentran como imputados o cumpliendo condena respecto a los delitos dispuestos como soborno, tráfico de influencia, malversación de fondos, uso de información privilegiada, relacionados al lavado de activos y similares.

3.2.3. Controles al Dominio Fiduciario

Tal como fue mencionado en el segundo capítulo, en principio, el fiduciario ejerce plenos poderes de administración y disposición sobre los bienes afectados para conformar la fiducia, hasta tanto llegue el término del fideicomiso que se trate (a esto se le llama “Dominio Fiduciario”). No obstante, recordamos cómo dichas potestades se ven limitadas al ostentar el fiduciario un dominio imperfecto.

⁸⁸ *Ibidem*, artículo 81.

En efecto vemos cómo esto ocurre al limitar el ejercicio de la masa fideicomitido a las instrucciones dadas previamente por los fideicomitentes en el contrato en sus modificaciones posteriores y las limitaciones contenidas en el ordenamiento jurídico, necesarias para dar cumplimiento a la finalidad por el que fue constituido este vehículo jurídico,⁸⁹ nunca para beneficio propio, sino en interés del fideicomisario.

En este sentido, tanto el artículo 31 de la Ley 189-11 como el artículo 27 del Reglamento de Aplicación No. 95-12, obligan al fiduciario a mantener separadas las cuentas y registros del fideicomiso respecto a sus propios bienes o los de otros fideicomisos que maneje, prohíbe que éste se estipule como fideicomisario, le prohíbe efectuar operaciones, actos, contratos, préstamos con los bienes fideicomitados, adquirirlos para sí o concertar cualquier otro acto en beneficio e interés propio o que lo sitúen en una posición de conflicto de interés respecto al fideicomisario.

A tales efectos, para supervisar el debido cumplimiento de estas obligaciones por parte del fiduciario, la Ley No. 189-11 consagra a favor de los fideicomitentes y fideicomisarios ciertos *controles y mecanismos de vigilancia*, como:

- El derecho a exigir rendición de cuentas a los fiduciarios respecto a las gestiones que realizan en nombre del fideicomiso, debiendo informar sobre todas las situaciones o hechos comprobados, documentados y pormenorizados relativos a la gestión del fiduciario, tendentes a afectar el desarrollo ordinario de la gestión del fideicomiso, ya sean de carácter económico, jurídico, administrativo o contable.⁹⁰

Para los fiduciarios esto representa una obligación que deben cumplir conforme a la periodicidad dispuesta en el acto constitutivo o, en su defecto, al menos dos veces por año y al momento de extinguirse el fideicomiso. De negarse, el fideicomitente y/o fideicomisario afectado puede exigir la información ante el ente que la regule.⁹¹

⁸⁹ Persia Iluminada Ventura Figueroa, "*Fideicomiso público: instrumento jurídico-financiero para la ejecución de políticas públicas en la República Dominicana, 2012-2016*" (Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017), s.p.

⁹⁰ Decreto No. 95-12 que establece el Reglamento para regular aspectos en forma complementaria a la Ley No. 189-11, artículo 37.

⁹¹ *Ibidem*, artículo 38.

- La potestad de revocar el mandato de los fiduciarios si éstos incumplen con sus deberes, ponen en riesgo los intereses del fideicomiso, se niegan a entregar los bienes fideicomitados o a rendir cuentas—si el acto constitutivo le permite—, o en su defecto, demandar ante la justicia su remoción.
- El derecho a que le sean inoponibles y a ejercer la acción en nulidad en contra cualquier acto de disposición efectuado por el fiduciario, que vaya en contravención de lo pactado o que exceda sus facultades. La Ley No. 189-11 dispone el plazo de 2 años desde que se toma conocimiento del acto sujeto a anulación para accionar.

Adicionalmente, los fideicomitados pueden reivindicar al patrimonio los bienes que por dichos actos (ya sea por negligencia, mala fe, exceso del ejercicio de facultades, etc.) hayan salido del patrimonio, sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes a título oneroso y precio no irrisorio.

3.2.4. Régimen de responsabilidad aplicable al fiduciario

Cuando el fiduciario no ejerce las amplias potestades que le son otorgadas bajo las instrucciones dadas, como buen hombre de negocio y con los mejores intereses del fideicomiso como fundamento, la Ley 189-11 habilita ciertas consecuencias en contra las faltas de éstos, a fin de salvaguardar a los fideicomitentes y fideicomisarios y/o de repararles los daños que sus actuaciones les pudiesen haber causado.

Por ejemplo, dicha normativa establece que si al momento de contraer obligaciones el fiduciario no establece expresamente que está actuando con cargo al fideicomiso, éste quedará obligado a responder con sus propios bienes.

Respecto a la responsabilidad civil del fiduciario, la Ley No. 189-11 (artículo 32) determina que de comprobarse que cualquiera de los fiduciarios incurre en una falta dolosa, negligente, imprudente, por impericia o por incumplimiento de sus obligaciones

contractuales, éste se torna en el responsable por las pérdidas o deterioros que hubiese sufrido la fiducia, debiendo reintegrar el valor de lo perdido al fideicomiso y asumir una indemnización por los daños y perjuicios soportados.

Respecto a la responsabilidad penal del fiduciario, el artículo 33 de ley antedicha, dicta que de demostrarse que éste o sus empleados utilizan los bienes del fideicomiso para una finalidad distinta a la establecida en el contrato, para beneficio propio o de un tercero y/o dispone, grava o perjudica los bienes fideicomitados, puede ser condenado por multas de quinientos mil a diez millones de pesos (ajustables por inflación anual) y de penas privativas de libertad de 3 a 10 años. Esta sanción no limita cualquier otro tipo de responsabilidad penal que pudiere aplicar conforme al ordenamiento jurídico.

En razón de que las funciones de los fiduciarios son indelegables, éstos son responsables frente a los fideicomitentes y fiduciarios de las acciones u omisiones que incurran los auxiliares que realicen actos del fideicomiso a instrucciones de éste.

Ante pluralidad de fiduciarios, éstos se reputan solidariamente responsables de la ejecución del fideicomiso, salvo el contrato de fideicomiso disponga lo contrario o uno de ellos no haya participado o aprobado la decisión (excepto si es por falta de vigilancia). Asimismo, si se sustituye el fiduciario, el sustituto no se hace responsable de los actos del anterior a menos que tenga conocimiento de que ciertos bienes hayan sido adquiridos de manera ilícita y no tome las medidas de lugar.

3.2.5. Órganos Auxiliares del fideicomiso

Constituir un fideicomiso para llevar a cabo un determinado negocio jurídico supone la creación de una capa de autonomía, protección patrimonial y seguridad jurídica. A su vez, esto se traduce en que agrega niveles de gestión respecto al régimen contractual adjudicatario-contratista, suponiendo entonces la necesidad de contar con elementos propios de buena gobernanza para su debido desarrollo.⁹²

⁹² Omar Victoria Contreras, "El gobierno corporativo y la eficacia de las Alianzas Público-Privadas", Acento, 29 de abril del 2020, sección Opinión.

En este sentido, el Reglamento de Aplicación No. 95-12 faculta al fideicomitente a constituir juntas o comités en su representación, para que actúen como una especie de consejos de administración o asamblea, con funciones determinadas en miras de asegurar que se ejecute de manera adecuada el objeto del fideicomiso, donde el fiduciario necesitará la aprobación de dichos comités para el ejercicio de algunas acciones, limitando así las facultades de éste.⁹³

En otras palabras, tienen la finalidad de instruir al fiduciario, resolver las cuestiones necesarias para lograr el objeto y los fines del fideicomiso y de asegurar que las instrucciones dispuestas sean cumplidas, dentro del ámbito de sus facultades, expresamente otorgadas por el fideicomitente por medio del contrato o cualquier memorando adicional de voluntad⁹⁴ (adenda) al mismo.

Estos Comités pueden tomar todas las decisiones necesarias para el cumplimiento de los fines del fideicomiso, sin embargo, la ejecución de las mismas corresponde al fiduciario. En ningún caso pueden suponer la sustitución del fiduciario en sus labores administrativas. Es más, al carecer estos Órganos de personalidad jurídica para obligarse respecto a cualquier persona, que no sea un elemento personal de la relación jurídica fiduciaria, cuando el fiduciario actúa acatando los acuerdos del Comité, no responsabiliza al referido Comité (ni se exime de responsabilidad ante los fideicomitentes ni frente a terceros), sino a sí mismo.⁹⁵

A su vez, el Reglamento permite que estos Órganos se estructuren bajo criterios sumamente flexibles, pues deja que las partes determinen libremente en el contrato todo lo concerniente a su funcionamiento, integración, recurrencia de las convocatorias y tipo de sesiones, la forma de la toma de decisiones, la remuneración o no de sus

⁹³ Persia Iluminada Ventura Figueroa, *"Fideicomiso público: instrumento jurídico-financiero para la ejecución de políticas públicas en la República Dominicana, 2012-2016"* (Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017), 217.

⁹⁴ También llamado "Carta de Deseos", es un acto bajo firma privada que permite a los fideicomitentes expresar indicaciones y orientaciones complementarias para el manejo y operación del fideicomiso, sin que representen una variación al objeto, términos y condiciones dispuestas en el acto constitutivo del fideicomiso; proceden cuando los fideicomitentes no se hayan reservado la posibilidad de modificar el contrato en el acto constitutivo, *ver artículo 24 del Reglamento de Aplicación No. 95-12*.

⁹⁵ Gerardo Guerra Vargas, *"Fideicomiso como medio auxiliar de administración, fuente de repago y garantía de obligaciones crediticias"* (Tesis de Postgrado, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2002), 50.

miembros, atribuciones y límites a sus facultades, etc., debiendo tomar en cuenta siempre no rebasar la actuación del fiduciario.⁹⁶ Se permite tal flexibilidad en razón de que, al no existir un modelo ideal de buena gobernanza en sentido general, tampoco sería prudente establecer un modelo fijo en el caso de los FAPP, pues todo dependerá de la complejidad y necesidades particulares de los proyectos.⁹⁷

Asimismo, se indica que la creación de estos Órganos dependerá de “*si así la naturaleza del fideicomiso lo justifica*”, sin ofrecer parámetros para facilitar identificar cuándo proceden y, por ende, sin determinar su obligatoriedad. En tal sentido, si tomamos en cuenta la naturaleza mixta de los FAPP, en particular, que estaremos ante una situación donde tanto el Estado como el agente privado que resulte adjudicatario, se constituirán como fideicomitentes, determinar la creación de esta figura en el acto constitutivo puede entenderse como provechoso.

Lo anterior en el sentido de que este es un mecanismo que lograría organizar y encauzar las instrucciones de una pluralidad de fideicomitentes (cuyos intereses no suelen siempre estar completamente alineados), por medio de un comité conformado por la cantidad de personas que cada una de las partes nombren en su representación, las cuáles tendrán la potestad de deliberar en conjunto, conforme al mecanismo de votación previamente determinado, a fin de que éstas aseguren en conjunto la adecuada ejecución del objeto y del cumplimiento de los fines del fideicomiso.

3.2.6. Auditorías externas respecto a las cuentas y gestiones del FAPP

El artículo 39 del Reglamento de Aplicación No. 95-12, dispone que deben efectuarse auditorías externas anualmente con carácter obligatorio cuando se trate de EIF que presten servicios fiduciarios. Por el contrario, dispone que las auditorías externas anuales son opcionales cuando se trata de sociedades comerciales constituidas

⁹⁶ *Ibidem*, 51.

⁹⁷ Omar Victoria Contreras, “*El gobierno corporativo y la eficacia de las Alianzas Público-Privadas*”, Acento, 29 de abril del 2020, sección Opinión.

exclusivamente para ser fiduciarias y, para que procedan, deben preverse expresamente en el acto constitutivo del fideicomiso (o addendum si se permite).

Entendemos que cuando se trate de un FAPP, donde el negocio subyacente concierne el interés público y median aportes públicos, resulta necesario disponer un carácter obligatorio de efectuar auditorías de las cuentas y las gestiones llevadas a cabo por cualquier tipo fiduciario, por medio de auditores externos independientes (contables que no tengan lazos de dependencia o subordinación con ninguna de las partes).

3.2.7. Fiscalización estatal de los recursos públicos aportados

Vale reiterar que, de conformidad con la Ley No. 10-04, por “recursos públicos” debe entenderse al conjunto de todos los *“bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y derechos que pertenezcan al Estado o a sus instituciones, independientemente de sus fuentes de procedencia, incluyendo los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier título, realicen a favor de aquellas personas naturales, jurídicas u organismos nacionales o internacionales, los cuales no pierden su calidad de “públicos” aun sean administrados por personas físicas, corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías comerciales y otras entidades de derecho privado, cualquiera que hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución.”*

Por ello, aparte de las auditorías internas y externas que pueda ordenar el fiduciario, los controles sobre los recursos aportados al fideicomiso deben reforzarse por medio de la fiscalización efectuada por la Contraloría General y por la Cámara de Cuentas. Esto así mismo lo asevera el artículo 126 de nuestra Constitución al disponer que el control y fiscalización sobre el patrimonio, los ingresos, gastos y *uso* de los fondos públicos se llevará a cabo por los organismos antedichos.

En tal sentido, según la Ley No. 10-07 del Sistema Nacional de Control Interno y de la Contraloría General de la República (en lo adelante, “Ley No. 10-07”), corresponde a la

Contraloría General de la República ejercer el control interno de los fondos y recursos públicos y fiscalizarlos a fin de velar por la buena recaudación e inversión de las rentas nacionales. Dicha ley, a parte de incluir bajo su ámbito de aplicación a todas las entidades y organismos gubernamentales, también incluye a quienes recauden, reciban o administren a cualquier título (*por ejemplo, fideicomisos*), fondos o recursos públicos, o que presten servicios públicos no sujetos a la libre competencia.

En el caso de éstas últimas, la ley las obliga a ejercer su propio proceso de control interno tomando como guía las normas emitidas por la Contraloría, rendir cuentas a la entidad u organismo público que más se acerque a la naturaleza de su actividad y proporcionar a la Contraloría los informes financieros que le solicite respecto a los recursos públicos recaudados, recibidos o administrados.

Por su parte, conforme a la Ley No. 10-04, corresponde a la Cámara de Cuentas (órgano superior de control externo de los recursos públicos) examinar las evidencias que respalden las operaciones, registros, estados financieros y presupuestarios de preparados por los sujetos a quienes le aplica la ley, verificar la legalidad de tales operaciones, verificar que el control interno esté funcionando, asegurar que se estén manejando los fondos bajo eficiencia, economía y transparencia y que las operaciones estén cumpliendo con sus objetivos. Incluye igualmente bajo su ámbito de aplicación a quienes que recauden, administren o reciban a cualquier título recursos públicos o que contractualmente estén vinculados con el Estado.

Ambas tienen la potestad de establecer las responsabilidades de carácter administrativo y civil que detecten en ejercicio de sus atribuciones. La Cámara de Cuentas también *señala* los indicios de responsabilidad penal que identifique.

Fideicomisos previos como Fideicomiso RD VIAL y Fideicomiso Ciudad Juan Bosch (verdadero fideicomiso mixto aun previo a la Ley No. 47-20),⁹⁸ ven los ingresos que recaudan y las operaciones que realizan sujetas a auditorías por parte de la Contraloría

⁹⁸ Oficina Coordinadora General De Fideicomiso RD-Vial, “¿Qué es RD Vial?”, página web oficial, sección Quiénes Somos y el Contrato de Fideicomiso Ciudad Juan Bosch, artículo 21.5.

General, al igual que la Cámara de Cuentas es competente para revisar todas las operaciones que efectúa dicho fideicomiso.

Aunque la ley catalogue al FAPP como un instrumento de naturaleza privada, lo cierto es que se trata de una estructura en la cual, debido a la participación de entes y recursos públicos, debe estar sujeta al régimen de control aplicable a los actos y contratos públicos susceptibles de generar gasto público. Incluso cuando el proyecto sea financiado totalmente por el ente privado, pues se trata de proyectos que persiguen la satisfacción del interés social, y ante los cuáles el Estado no puede quedar indiferente.

3.2.8. Potestad fiscalizadora de la Dirección General de APP

El rol de “supervisor del contrato” es ejercido por la autoridad contratante, en coordinación con la DGAPP (tiene a la Sub-Dirección de Gestión y Supervisión, encargada de coordinar los procesos y actividades de gestión de los contratos de APP).

No obstante, la DGAPP tiene entre sus funciones mitigar los riesgos de los proyectos bajo la modalidad de APP. Uno de los medios que la ley le otorga para esto es la potestad de fiscalización, que incluye la función de controlar el cumplimiento, supervisión y el monitoreo de la normal ejecución de los contratos de APP (pudiendo solicitar la realización de auditorías de cumplimiento).⁹⁹ Asimismo, podrá aplicar el régimen sancionador administrativo ante la comisión de faltas administrativas por parte del adjudicatario.¹⁰⁰

Por ejemplo, incurre en una infracción administrativa grave, pasible de que le sean ejecutadas ciertas garantías, se le impongan las penalidades establecidas en el contrato, se le inhabilite temporalmente de participar en otros procesos competitivos para APP y multa de 1,000 salarios mínimos, si incumple a sus obligaciones

⁹⁹ Ley No. 47-20 sobre Alianzas Público-Privadas, artículos 5 y 9.

¹⁰⁰ Ley No. 47-20 sobre Alianzas Público-Privadas, artículos 80-84.

contractuales respecto a la obra o servicio, incumple los tiempos de inicio y desarrollos de la obra previstos en el contrato (excepto caso fortuito o fuerza mayor).

Asimismo, si incurre en infracciones muy graves, puede ser pasible de las mismas sanciones previamente detalladas pero siendo la inhabilidad de carácter permanente y la multa de 3,000 salarios mínimos. Un ejemplo de esto es si soborna a los funcionarios públicos para modificar los términos del contrato.

3.2.9. Rendición de cuentas a la sociedad

Entre los principios bajo los cuáles la Administración Pública debe sujetar su actuación, bajo los términos del artículo 138 de la Carta Magna, se encuentran el principio de transparencia y de publicidad.

La falta de transparencia y escrutinio público abre las puertas a la toma de decisiones encaminadas a lo corrupto y lo deficiente (traduciéndose normalmente en mayores costos).¹⁰¹ En consonancia con lo anterior y citando a la autora Sandoval:

*“El ejercicio de los asuntos públicos no debe funcionar sobre la base de la confianza, sino 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”.*¹⁰²

Esto mismo fue entendido por el legislador, pues por medio del artículo 3, numeral 14 de la Ley No. 47-20 establece que el proceso de ejecución de las APP debe incluir los *“mecanismos de registro, reporte, monitoreo, evaluación y fiscalización que permitan un*

¹⁰¹ Jane Lethbridge y Pippa Gallop, *“¿Por qué las Asociaciones Público Privadas (APP) no son lo que aparentan?”* (Bélgica: European Network on Debt and Development, 2020), 9.

¹⁰² Irma Eréndira Sandoval, *“Opacidad en el manejo de recursos públicos: El caso de fondos y fideicomisos”* en Derecho a Saber: Balance y Perspectivas Cívicas (México: Fundar Centro de Análisis e Investigación, 2014), 204.

adecuado ejercicio de rendición de cuentas a la sociedad en general, a fin de garantizar la priorización del bien común y la promoción del derecho de los usuarios.” No puede pretenderse utilizar el secreto fiduciario para obstaculizar este mandato.

3.2.10. Controles ante la posibilidad del fracaso del proyecto

Puede entenderse que el fideicomiso realmente puede ser una figura idónea para ejecutar grandes proyectos de infraestructuras, sin embargo, ¿cuáles herramientas prevé la norma para cuando se presentan situaciones de crisis? ¿quién responde a la sociedad ante el fallo de brindar de manera continua los bienes y servicios que se persiguen? ¿cómo se responde a los acreedores?

Conforme dispone el artículo 51 de la Ley No. 47-20, cuando las APP se estructuren bajo la modalidad de fideicomiso, tendrá la facultad de otorgar derechos de intervención (conocidos como “*step-in-rights*”) en favor de sus acreedores o del Estado, debiendo contener el contrato, obligatoriamente, los términos y condiciones del derecho de intervención en caso de los agentes públicos.

El referido texto legal define al derecho de intervención o subrogación por “*la facultad o prerrogativa reconocida en beneficio de los acreedores para asumir directamente determinados derechos o facultades que originalmente corresponden a su deudor, [o en beneficio del Estado], en caso de incumplimiento total o parcial de sus obligaciones contractuales*”.¹⁰³

Cuando el gobierno o el adjudicatario celebran un contrato de largo plazo cuyo fin es el proveer un servicio o infraestructura de carácter público, es de interés para ambas partes e, inclusive, no partes (como la sociedad y los acreedores con los cuáles se consigue el financiamiento) que el contrato opere correctamente hasta tanto se cumpla

¹⁰³ Ley No. 47-20 sobre Alianzas Público-Privadas, artículo 4, numeral 12.

su fin en el plazo previsto. La inclusión de cláusulas de derechos a intervención suponen un mecanismo de control que brinda seguridad a las partes interesadas.¹⁰⁴

Por medio de estas cláusulas se prevé que ante un incumplimiento de sus compromisos que causen un grave impacto adverso en el proyecto, el adjudicatario se retire de la operación (dejando de ser el constructor o proveedor de servicios) y ocupen su puesto el Estado o los acreedores.¹⁰⁵ Los acreedores, por un lado, para poder recuperar lo prestado al adjudicatario de los ingresos generados por las operaciones del proyecto y, el Estado, porque está obligado a continuar con el mismo, pues se trata de necesidades de interés colectivo que por mandato constitucional debe suplir, a propósito de las disposiciones de los artículos 8 y 147 de la Carta Magna.

Se aclara que los acreedores no asumen realmente las operaciones. Contratan a un operador o contratista calificado para que realice el trabajo u optan por controlar el proceso de toma de decisiones del adjudicatario.¹⁰⁶

Si de todos modos los problemas persisten y los acreedores deciden perseguir sus acreencias, el FAPP responderá sólo con los flujos de ingresos y bienes fideicomitados que lo integran (siempre que no sean bienes de dominio público cedidos a título de usufructo, pues como vimos, estos son inembargables), trasladándose el riesgo del impago o insolvencia a los acreedores, ya que los endeudamientos suscritos por los FAPP en ningún caso generan deuda pública.

Sin embargo, si un proyecto se ve ante la situación de que sus recursos (al menos los que nos son de carácter de dominio público) son ejecutados, el proyecto de todos modos se verá atrozmente golpeado y el Estado se verá en la necesidad, de todos modos, de subsidiar para que el proyecto siga adelante y no falte una infraestructura pública o un servicio necesario para la población. Esto en función de que el Estado es

¹⁰⁴ Alberto Agra, "Dissecting PPP Contracts No. 1: Step-in rights", Business Mirror, 25 de junio de 2017, sección Opinión.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

siempre responsable de prever los servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de interés colectivo, aun utilizando el mecanismo de delegación.¹⁰⁷

Cuando un proyecto fracasa, aunque los riesgos hayan sido transferidos al sector privado, el Estado nunca termina desentendiéndose de los mismos. Inclusive, la misma Ley No. 47-20 por medio de su artículo 73 dispone que la autoridad contratante tendrá entre sus obligaciones mínimas el *“rescatar el servicio por causas de afectación a utilidad pública”*.

Varios casos en el mundo ilustran esta situación. Por ejemplo, la adjudicataria para estructurar dos hospitales en Reino Unido quebró sin antes finalizarlos, debiendo el Estado transferirse la responsabilidad (riesgo no previsto en el contrato), para asegurarse que la sociedad contara con las referidas estructuras de salud.¹⁰⁸

También sucedió con el caso de la autopista M1/M15 en Hungría, donde el adjudicatario asumió todo el riesgo financiero (incluyendo el riesgo de la demanda) a cambio de cobrar peajes. Al final, el tráfico fue la mitad de lo pronosticado y los bancos se negaron a financiar, causando que el riesgo financiero que únicamente se había transferido al sector privado, fuese inevitablemente asumido por el sector público quien debió responder por las obligaciones de deuda y la operación del proyecto.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Constitución dominicana, artículo 147.

¹⁰⁸ Simon Goodley, *“The four contracts that finished Carillon: The construction giant’s collapse is a disaster not just for employees and taxpayers, but for PPP policy”*, The Guardian, 15 de enero de 2018, sección Noticias.

¹⁰⁹ Leah Matthews y Erica Stahl, *“Asocio público-privado en El Salvador: Análisis de impacto y recomendaciones”* (El Salvador: Fundación de Estudios para la Aplicación de Derecho FESPAD, 2012), 37.

CONCLUSIÓN

En esta tesis se analizó la idoneidad de utilización de la figura jurídica del fideicomiso al momento de estructurar los esquemas de gestión, administración y/o financiamiento de los proyectos de interés colectivos llevados a cabo bajo el esquema de APP en el país a fin de dotar de mayor transparencia y blindar las inversiones efectuadas.

Según el objetivo específico 1, se demostraron los beneficios que resultan de conjugar el instrumento jurídico del fideicomiso con el esquema de APP para estructurar proyectos de interés colectivo en país, pues esto causa que se traslade la administración y gestión a una fiduciaria neutral y que los fondos creen un patrimonio de afectación que no alcanza las acreencias de las partes.

Según el objetivo específico 2, se determinó como incorrecta la calificación de naturaleza privada que la Ley No. 47-20 le ha atribuido a los FAPP, pues su realidad fáctica corresponde a una naturaleza mixta y determinar que se considere como un sujeto de derecho privado hace que dicha figura se vea privada de ciertos controles.

Según el objetivo específico 3, se determinó improcedente excluir a los FAPP del ámbito de aplicación de las reglas de contratación pública, pues esto promueve la corrupción administrativa y falta de transparencia al momento respecto a las compras y contrataciones que proceda, en particular, al momento de seleccionar el fiduciario.

Según el objetivo específico 4, se identificó que los FAPP, salvo ciertos ajustes que deben efectuarse, contienen elementos regulatorios adecuados para brindar mayor seguridad, transparencia y eficiencia al llevar a cabo los proyectos, en particular, prevén controles internos y externos para supervisar a los fiduciarios en el ejercicio de sus funciones y para fiscalizar la gestión de los recursos públicos aportados.

RECOMENDACIONES

Establecidas las conclusiones de esta investigación, se identifican algunas precisiones respecto a los controles existentes que deben incluirse en el ordenamiento jurídico, a fin de poder contar explotar el máximo potencial que nos ofrecen los FAPP, a saber:

1. Modificar la naturaleza jurídica del FAPP: Conforme a lo explicado en el transcurso del presente estudio, la naturaleza que se le adjudica al FAPP no es correcta y de esto se derivan ciertas consecuencias que perjudican el debido desarrollo de la figura. En este sentido, entendemos este aspecto puede modificarse y así dar cabida a que se rectifique y se disponga que ciertas contrataciones se lleven a cabo bajo las normas de la Ley No. 340-06, particularmente a lo concerniente a la selección del fiduciario que participaría en la constitución del FAPP. Por igual, debe precisarse de manera expresa que el FAPP se encuentra sujeto al control por parte de la Contraloría General de la República y de la Cámara de Cuentas.
2. Determinar de que cuando se trate de FAPP sea obligatorio efectuar auditorías de las cuentas y las gestiones llevadas a cabo por el fiduciario, por medio de auditores externos independientes. Actualmente el texto legal que rige la figura del fideicomiso sólo dispone la obligatoriedad de esta medida para las EIF que presten servicios fiduciarios. Sin embargo, al estar ante una figura que tiene a su cargo fondos públicos para satisfacer un interés colectivo, se hace necesario contar con controles rígidos para fomentar y garantizar la transparencia y buenas prácticas.
3. Aprobar un Reglamento que regule las particularidades que se desprenden de los FAPP, para subsanar los vacíos legales que causa la actual falencia normativa y brindar mayor seguridad al momento de estructurar proyectos bajo esta modalidad.

BIBLIOGRAFÍA

Agra, Alberto. “*Dissecting PPP Contracts No. 1: Step-in rights*”, Business Mirror, 25 de junio de 2017, sección Opinión.

Aponte Cedeño, María Altagracia. 2020. “*El fideicomiso como herramienta legal y estratégica para el financiamiento de proyectos en la República Dominicana*”. Tesis de Postgrado, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM).

Arroyo Chacón, Jennifer Isabel. s.f. “*El acto administrativo en la legislación costarricense*”. Costa Rica: Universidad Estatal a Distancia.

Arévalo Mascareño, Gabriel. s.f. “*La desnaturalización jurídica de la concesión. Apuntamientos teórico-prácticos*”. México: Revista Perspectiva Jurídica UP de la Universidad Panamericana.

Arreola-Rosales, Javier. 2016. “*La asimetría de la información: ¿puede ayudar en tu negocio?*”. Suiza: World Economic Forum

Bello Knoll, Susy Inés y Castro Videla, Santiago. 2020. “*El Fideicomiso Público: la necesidad de control específico para que sea una herramienta útil y transparente*”. Revista de Contrataciones Públicas No. 4 (diciembre), IJ Editores.

Bing Li, Akin Akintoye, Peter Edwards y C. Hardcastle. 2005. “*The allocation of risk in PPP/PFI construction projects in the UK*”. International Journal of Project Finance Management 23: 25-35.

Castañeda Niebla. 2003. “*Los fideicomisos públicos*”. México: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

Correa Fontecilla, Jorge. s.f. *“Algunas consideraciones sobre el interés público en la Política y el Derecho”*. Chile: Revista Española de Control Externo.

Dallaglio, Matías y Fontanini, Gastón. 2013. *“La regulación incompleta de los contratos de Fideicomiso Público y su impacto en el abordaje por parte de los organismos de control externo”*. Argentina: XXII Congreso Nacional de Tribunales de Cuentas.

De La Riva, Ignacio. 2017. *“Nuevos modelos de financiación de infraestructuras públicas”*. Revista Digital de Derecho Administrativo: 193-212.

Dickson Morales, Rafael. 2019. *“El proyecto de Alianzas Público-Privada: Necesario para la inversión pero requiere urgente revisión”*. Acento, 4 de febrero de 2019, sección Opinión.

El Grupo del Banco Mundial. 2017. *“Public-Private Partnerships Reference Guide” 3ra versión*. EE.UU.: PPP Knowledge Lab.

Freund, Sigmund. 2021. *“APPs, Aliadas para el progreso, enfoque en República Dominicana”*. Participación en el Foro Virtual: APPs: Aliadas del Progreso, 6 de mayo, 2021.

Goodley, Simon. *“The four contracts that finished Carillon: The construction giant’s collapse is a disaster not just for employees and taxpayers, but for PPP policy”*, The Guardian, 15 de enero de 2018, sección Noticias.

Gottlieb, Verónica, Vezzoni, Malvina y Coppoletta, Sebastián C. *“El acreedor laboral frente al fideicomiso”*. Argentina: Revista Jurídica La Ley, Tomo 2008-F.

Guastavino, Elías. 1994. *“La propiedad participada y sus fideicomisos”*. Editorial La Roca.

Gutiérrez Santana, Elvio. 2007. *“La Rigidez del Gasto Público y las Restricciones del Presupuesto Dominicano”*. República Dominicana: Departamento de Normas y Políticas Tributarias del Ministerio de Hacienda.

Hernández Sepúlveda, Alejandro y Zea, Camilo. 2018. *“Análisis de la estructuración financiera de la alianza público-privada Aeropuertos de Oriente, S.A.S. a partir de la metodología Project Finance”*. Tesis, Universidad de los Andes (ULA).

Kelsen, Hans. 1995. *“Teoría general del Derecho y del Estado”*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Lenardon, Fernando Roberto. 2008. *“Fideicomiso gubernamental”*. Argentina: Osmar D. Buyatti Librería Editorial.

“Abinader promulga Ley de Presupuesto General para el 2021”. Presidencia de la República, 2 de diciembre de 2020, sección Noticias.

Matthews, Leah y Stahl, Erica. 2012. *“Asocio público-privado en El Salvador: Análisis de impacto y recomendaciones”*. El Salvador: Fundación de Estudios para la Aplicación de Derecho FESPAD.

Melo Guerrero, Leonel. *“Ventajas y desventajas de los mecanismos impositivos establecidos en la Ley: Propuestas de mejora para el desarrollo del fideicomiso”* (República Dominicana: Cámara Americana de Comercio de la República Dominicana, 2012).

Mertehikian, Eduardo. 2007. *“Acerca de la utilización de fideicomisos por el sector público”*. En Cuestiones de Procedimiento Administrativo. República de Argentina: Universidad Austral, Ediciones Rap.

Moisset De Espanés, Luis e Hiruela, María del Pilar. 2001. “*Algunos lineamientos generales del fideicomiso de la Ley 24.441*” en Revista de Derecho Privado y Comunitario 3. Argentina Editorial Rubinzal Culzoni.

Neirotti, Julián E. 2006. “*Manual práctico de fideicomiso, doctrina, jurisprudencia, legislación, y modelos contractuales*”. Argentina: Nova Tesis Editorial Jurídica.

Olivia, Gabino. 2008. “*La flexibilidad del contrato administrativo: Fundamentos jurídicos y económicos a la luz de la verdad jurídica objetiva*” en Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, Año 20. Argentina: Editorial Abeledo Perrot.

Pachecoy, Ramiro S. “*Responsabilidad objetiva del fiduciario en la Ley 24.441*”. Argentina: Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F.

Plan Nacional de Infraestructura, 2020-2030. 2020. República Dominicana: Ministerio de Economía, Planificación y Desarrollo y Banco Interamericano de Desarrollo.

Raffino, María Estela. 2021. “*Empresa privada*”. Argentina: Concepto.de.

Rosenfeld, L. Carlos. s.f. “*Antecedentes históricos del Fideicomiso*”. Argentina: Revista Jurídica La Ley, Tomo 1998-E.

Ruiz González, Carlos. 2021. “*Teoría de agencia, un concepto útil e interesante*”. *El Financiero*, 5 de febrero de 2021, sección Opinión.

Sablich Huamani, Charles Alexander. 2010. “*El Contrato de Fideicomiso: Regulación y Perspectivas de Desarrollo en Perú*”. Tesis de Postgrado, Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica.

Sandoval, Irma Eréndira, *“Opacidad en el manejo de recursos públicos: El caso de fondos y fideicomisos”* en Derecho a Saber: Balance y Perspectivas Cívicas. México: Fundar Centro de Análisis e Investigación.

Senior Fernández, Jaime M. 2021. *“El riesgo en las concesiones y alianzas público privadas”*. Acento, 11 de marzo de 2021, sección Opinión.

Schwab, Klaus. 2019. *“The Global Competitiveness Report 2019”*. Suiza: World Economic Forum.

Sevilla Arias, Andrés. s.f. *“Activo tangible”*. España: Economipedia.

Silié Ruiz, Carolina. 2020. *“Fideicomisos de alianzas público-privadas: ¿cuál debe ser su naturaleza?”*. Acento, 3 de octubre de 2020, sección Opinión

Terranova, Ivana. 2011. *“Fideicomiso como herramienta financiera”*. Trabajo de Investigación, Universidad Nacional de Cuyo.

The World Bank, *“Government Support in Financing PPPs”* (Estados Unidos: Public-Private Partnership Legal Resource Center, 2021)

The World Bank. 2021. *“Objetivos del Gobierno: Beneficios y Riesgos de las Asociaciones Público-Privadas”*. Estados Unidos: Public-Private Partnership Legal Resource Center.

Unidad de Análisis Financiero, Superintendencia de Bancos, Superintendencia de Valores y Dirección General de Impuestos Internos. s.f. *“Estudio Sectorial de los Fideicomisos en la República Dominicana, y su incidencia en Materia de Lavado de Activos”*. República Dominicana: Dirección General de la Unidad de Análisis Financiero.

Guerra Vargas, Gerardo. 2002. *“Fideicomiso como medio auxiliar de administración, fuente de repago y garantía de obligaciones crediticias”*. Tesis de Postgrado, Universidad Autónoma de Nuevo León.

Ventura Figueroa, Persia Iluminada. 2019. *“Fideicomiso público: instrumento jurídico-financiero para la ejecución de políticas públicas en la República Dominicana, 2012-2016”*. España: Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid.

Vicens Bello, Marisol. 2010. *“Franja Marítima: Necesaria coexistencia del dominio público y del respeto al derecho de propiedad”*. Gaceta Judicial No. 288 (noviembre): 59.

Vicens Bello, Marisol. 2013. *“Aspectos Generales del Fideicomiso: Ley No. 189-11”*. República Dominicana: Seminario sobre Fideicomiso Instituto OMG.

Villar Rojas, Francisco José. 2020. *“La potestad de secuestro o de intervención del servicio público”*. España: Revista de Administración Pública 212, Universidad de La Laguna.

World Economic Forum. s.f. *“¿Qué es y cómo se mide el Índice Global de Competitividad?”*. Colombia: Presidencia de la República de Colombia.

NORMATIVAS Y SIMILARES

Circular No. DGCP-05-2020 de la Dirección General de Contrataciones Públicas del 20 de agosto del 2020.

Constitución Dominicana del 10 de julio del 2015.

Código Civil de la República Dominicana.

Decreto No. 434-20 del 1 de septiembre del 2020, que dispone la aprobación y puesta en vigencia del Reglamento de Aplicación de la Ley No. 47-20 de Alianzas Público Privadas del 20 de febrero del 2020.

Decreto No. 95-12 que establece el Reglamento para regular aspectos en forma complementaria a la Ley No. 189-11 para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana del 16 de julio del 2011.

Dirección de Normas y Procedimientos. 2018. *“Procedimiento de Activos Intangibles”*. República Dominicana: Dirección General de Contabilidad Gubernamental.

Ley No. 10-04 de la Cámara de Cuentas de la República Dominicana del 20 de enero del 2004.

Ley No. 10-07 que instituye el Sistema Nacional de Control Interno y de la Contraloría General de la República del 8 de enero del 2007.

Ley No. 108-05 sobre el Registro Inmobiliario del 23 de marzo del 2005.

Ley No. 155-17 contra el Lavado de Activos Provenientes y el Financiamiento del Terrorismo del 1ro de junio del 2017.

Ley No. 1832 que crea la Dirección General de Bienes Nacionales del 23 de noviembre del 1970.

Ley No. 189-11 para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana del 16 de julio del 2011.

Ley No. 249-17 sobre el Mercado de Valores de la República Dominicana del 19 de diciembre del 2017.

Ley No. 340-06 sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones con modificaciones de la Ley No. 449-06.

Ley No. 47-20 sobre Alianzas Público-Privadas del 20 de febrero del 2020.

Ley No. 6-06 de Crédito Público del 20 de enero del 2006.

Manual de Bienes Muebles e Inmuebles del Estado Dominicano. 2008. República Dominicana: Dirección General de Contabilidad Gubernamental.

Metodología de Análisis de Impacto Fiscal. 2021. República Dominicana: Dirección General de Alianzas Público-Privadas.

Norma Internacional de Contabilidad No. 38 (NIC 38). 1998. "Activos intangibles". Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad.

Sentencia del Tribunal Constitucional No. TC/0194/13, del 31 de octubre de 2013.