

## **El fideicomiso público: la necesidad de control específico para que sea una herramienta útil y transparente**

Por Susy Inés Bello Knoll<sup>1</sup> y Santiago Castro Videla<sup>2</sup>. Publicado el 29 de diciembre de 2020 en Revista de Contrataciones Públicas No. 4. IJ Editores.

**Sumario:** 1. Preliminar: el marco del fideicomiso público. 2. Los conceptos generales de control dentro del fideicomiso público. 3. Cuestiones particulares del control en el fideicomiso público. 4. Necesidad de control específico del fideicomiso público.

### **1. Preliminar: el marco del fideicomiso público<sup>3</sup>**

La cada vez más creciente utilización por parte del Estado Nacional de la figura del fideicomiso público<sup>4</sup>, sumada a la inexistencia de normas generales que regulen de manera homogénea su régimen jurídico aplicable, justifican hacer este breve análisis focalizándolo en uno de los aspectos más difíciles de su funcionamiento: el del control.

Ahora bien, para enmarcar el análisis referido al control del denominado "fideicomiso público" resulta a su vez indispensable puntualizar preliminarmente algunos de sus extremos conceptuales, así como las principales características de su funcionamiento.

En este sentido, uno de nosotros ha planteado con anterioridad, como definición de la figura, que se trata de "*un negocio jurídico complejo de carácter personal y real en sentido amplio, originado en una decisión pública por la cual la Administración a través de la suscripción de un contrato transfiere bienes de su propiedad creando un patrimonio de afectación a un fin público*"<sup>5</sup>.

Los elementos esenciales de este negocio jurídico complejo son, así:

---

<sup>1</sup> Abogada y Contadora por la Universidad de Buenos Aires. Master en Derecho Empresario por la Universidad Austral. Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca. Premio Extraordinario de Doctorado 2011-2012. Cursando estudios post doctorales en dicha Universidad.

<sup>2</sup> Abogado y Master en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Diplomado en Derecho Constitucional Profundizado y Especializado por la misma Universidad.

<sup>3</sup> Los autores agradecen especialmente a la Dra. Miriam Ivanega quien tuvo la generosidad de dedicar tiempo para leer y revisar este trabajo realizando valiosos aportes y sugerencias. El texto final es plena responsabilidad de los autores.

<sup>4</sup> Para tener una idea, conforme se desprende del mensaje de elevación del proyecto de ley de presupuesto y su Anexo, el Poder Ejecutivo da cuenta de que en el ejercicio del año 2021 "se proyecta un universo de 26 fondos fiduciarios" y que "los ingresos totales estimados para el total de fondos fiduciarios, en el ejercicio 2021, alcanzan los \$492.190,2 millones, con un gasto total de \$373.162,5 millones" (Mensaje de Elevación del Poder Ejecutivo nacional (Anexo) de fecha 16-09-20, disponible en <https://www.economia.gob.ar/onp/documentos/presutexto/proy2021/mensaje/mensaje2021.pdf>, consultada por última vez el 10-11-20, punto 8.1.

<sup>5</sup> BELLO KNOLL, Susy Inés, *El fideicomiso público*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, p. 177.

- a) desde el punto de vista personal, básicamente la presencia como constituyente del Estado Nacional, v. gr., a través de la Administración Pública, en la mayoría de los casos;
- b) desde el punto de vista real, bienes que son propiedad del Estado Nacional<sup>6</sup>; y, por último,
- c) el fin público perseguido por el fideicomiso, que debe estar necesariamente ordenado, como tal, a satisfacer una necesidad pública general o sectorial.

La base de la constitución del fideicomiso público supone por ello una decisión estatal de recurrir a él, en ejercicio de competencias propias que tiene constitucional y legalmente atribuidas el Estado Nacional, como forma instrumental para el logro de una finalidad pública que propenda al bien común<sup>7</sup>.

Cuando es la Administración Pública quien constituye el fideicomiso, en su carácter de *fiduciante* –y sin perjuicio de lo que veremos luego acerca de la exigencia de una ley del Congreso para su constitución– debe emitir un acto administrativo estableciendo quién será el *fiduciario*, esto es, la persona que llevará adelante el funcionamiento efectivo del fideicomiso sin posibilidad –en principio– de delegar sus responsabilidades.

Además, y directamente vinculado con el fin perseguido, en su decisión la Administración debería describir a *los beneficiarios* del fideicomiso indicando a quienes está dirigida la acción estatal. Habitualmente ello no sucede, pero

---

<sup>6</sup> Una de las cuestiones discutidas en este punto es en relación a la posibilidad de que los bienes del “dominio público” sean dados en propiedad fiduciaria mediante fideicomisos públicos. Como se ha señalado, la doctrina nacional que se ha ocupado del tema es, en muchos casos, contraria a admitir que los bienes del dominio público puedan ser objeto de fideicomiso (cfr. CASSAGNE, Juan Carlos - DE LA RIVA, Ignacio M., “Formación, trayectoria y significado actual del dominio público en la Argentina”, RDA 2014-93, 05/05/2014, 799, punto VI.2, y sus citas). Los citados autores, sin embargo, destacan que bajo determinadas circunstancias “dado el carácter instrumental y temporal (es decir, no pleno ni definitivo) del dominio fiduciario, su transferencia supondría, per se, un acto de disposición no necesariamente incompatible en todos los casos con la inalienabilidad de los bienes del demanio” (ibídem).

<sup>7</sup> Al respecto, cabe destacar que la Corte Suprema, refiriéndose al Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional creado por la Ley 24.855, luego de concebir al “fideicomiso” como “el resultado de una relación fiduciaria originada en el contrato, cuya finalidad típica es la transmisión de la propiedad fiduciaria, patrimonio de afectación distinto del de aquéllos que lo conformaron” sostuvo que “no obstante que la ley 24.441, que regula la especie, no contiene previsiones respecto a los *fideicomisos públicos*, puede sostenerse que la finalidad instrumental de esta modalidad de fideicomiso consiste en fomentar el desarrollo socio económico y el crecimiento de las distintas regiones geográficas del país, a través del manejo de recursos aportados, y administrados por una institución fiduciaria, en el caso, el Banco de la Nación Argentina -según el artículo 6º de la ley 24.855- quien lo administra de acuerdo a las instrucciones otorgadas por el Consejo de Administración, y sólo podría actuar por cuenta y orden de las jurisdicciones que lo soliciten (Estado Nacional, Provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires...)” (“La Pampa, Provincia de c/ Fondo Fiduciario de Infraestructura Regional s/ incumplimiento de contrato”, Causa originario L. 337. XL, sentencia del 8-10-2013, consid. 10).

entendemos que es esencial establecer los beneficiarios, aunque resulten personas indeterminadas, parte de la comunidad o bien toda la comunidad.

A continuación, aportamos algunas reflexiones acerca de las personas intervinientes a tener en cuenta:

- a) En la designación del *fiduciario*, figura esencial en la ejecución del fideicomiso, la elección suele recaer sobre un ente público, aunque nada obsta que se elija a un ente privado para ese cometido. La realidad muestra que suelen nombrarse como fiduciarios a entes públicos que en la mayoría de los casos están directamente vinculados o son subalteros del constituyente. Sin duda, este hecho supone la posibilidad de la existencia de un control deficiente.
- b) En algunas jurisdicciones que poseen normativa específica sobre fideicomiso público como México, se designa, a su vez, un *Comité de Administración* o Comité Técnico o Comité de Dirección que resulta el responsable de la adecuada ejecución del objeto del fideicomiso y puede ayudar, según los casos, a la existencia de un control concomitante efectivo<sup>8</sup>.
- c) El beneficiario final o *fideicomisario* habitualmente es el Estado Nacional, quien en dicho carácter recibe los bienes a la conclusión del fideicomiso.

Desde el punto de vista del elemento real, la particularidad esencial del fideicomiso público es que se separan bienes de propiedad del Estado para asignarlos a la ejecución de una actividad determinada, creándose a ese fin un patrimonio de afectación.

Por otra parte, es importante señalar que el plazo de cumplimiento del objeto del fideicomiso puede (a) estar determinado temporalmente, o (b) establecido en orden al cumplimiento del objeto, o bien (c) sometido a una condición y es importante a los fines del control de la figura. La realidad demuestra que el término excede el año calendario.

En lo que refiere al régimen de fondo aplicable a los fideicomisos públicos, están en principio regulados por su ley o norma de creación, sujetos a sus previsiones, debiendo aplicarse analógicamente las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación referidas al fideicomiso, que sustituyeron el régimen establecido previamente por la Ley 24.441<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Aunque ello dependerá, claro está, de quienes integren ese Comité y qué facultades se le atribuyan. Sobre este punto, se ha planteado que si sus facultades importan una limitación a las atribuciones propias del fiduciario o se requiere a éste la aprobación por aquel de sus decisiones "en estos casos existe un riesgo cierto de desnaturalizar el instituto, transformando al fiduciario en un mero mandatario" y que, en cualquier caso, la "incorporación de un Consejo de Administración debe importar un nuevo régimen de responsabilidad para el fiduciario" (cfr. BARRA, Rodolfo, *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2010, p. 95 y nota al pie n° 49).

<sup>9</sup> Cfr. BELLO KNOLL, Susy Inés, *El fideicomiso público*, cit., p. 235; en similar sentido, Guiridlian Larosa afirma que "[s]i bien en principio el fideicomiso público se regirá por los actos normativos que hayan autorizado su constitución y las cláusulas contractuales que en concreto lo implementen, lo cierto es que nada obsta a que se aplique analógicamente la ley 24.441, en tanto la misma constituye un cuerpo acabado que regula en forma pormenorizada el instituto en cuestión (GUIRIDLIAN LAROSA, Javier, "El fideicomiso público como técnica de financiación contractual administrativa", EDA-2003, 546, Cita Digital: ED-DCCLXIII-727, punto III, p. 3).

Finalmente, cabe hacer alguna referencia a la cuestión de la creación o constitución de los fideicomisos públicos. Si bien coexisten fideicomisos públicos constituidos por ley<sup>10</sup>, por decreto<sup>11</sup> y otros simplemente por resoluciones ministeriales<sup>12</sup>, debe destacarse que actualmente se impone –como principio– su constitución por leyes formales del Congreso de la Nación<sup>13</sup>.

En efecto, así lo dispuso en el año 2002 la Ley 25.565 al modificar el artículo 5, inciso a) de la Ley 25.152, y establecer que “Toda creación de organismo descentralizado, empresa pública de cualquier naturaleza y *Fondo Fiduciario integrado total o parcialmente con bienes y/o fondos del Estado Nacional* requerirá del dictado de una Ley”<sup>14</sup>.

Esa regla, sin embargo, fue luego flexibilizándose, pues (a) la Ley 27.431 la modificó en el año 2018 y dicho artículo exceptúa ahora expresamente a los fondos fiduciarios constituidos por empresas y sociedades del Estado referidas en el inciso b) del artículo 8º Ley de Administración Financiera<sup>15</sup>; (b) el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 2209/2002 dispuso a su vez que no será necesaria la sanción de una ley para la constitución de los fideicomisos integrados total o parcialmente por el Banco de la Nación Argentina, el Banco de Inversión y Comercio Exterior Sociedad Anónima y al Fondo Fiduciario de Asistencia a Entidades Financieras y de Seguros<sup>16</sup>; y (c) se ha entendido que la Agencia de Administración de Bienes del Estado, sobre

---

Barra, por su parte, también entiende que cada fideicomiso se regirá por la respectiva norma que lo haya creado, aunque postula la aplicación “supletoria” y, en su caso, “análoga” del régimen de derecho privado (cfr. BARRA, Rodolfo, *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, cit., p. 68).

<sup>10</sup> Ejemplo: ley 23.877 que crea el Fondo para la promoción y fomento de la Innovación. No contiene mecanismos de control en sus normas.

<sup>11</sup> Ejemplo: Decreto 342/2000 que crea el Fondo para reconstrucción de empresas. No contiene mecanismos de control en sus normas.

<sup>12</sup> Resolución 657/99 del Ministerio de Economía que en su artículo 2 constituye un Fondo Fiduciario para Transporte Eléctrico Interprovincial. No contiene mecanismos de control en sus normas.

<sup>13</sup> El énfasis es agregado. Si se considera que bajo determinadas circunstancias la creación de un fideicomiso público cabe dentro de las materias determinadas de administración a las que refiere el artículo 76 de la Constitución, cabría también la posibilidad de que fueran constituidos por un decreto del Poder Ejecutivo en ejercicio de facultades legislativas que eventualmente le delegue el Congreso a ese fin, siempre que se cumplan, claro está, las exigencias constitucionales allí previstas. Ver al respecto, sin embargo, el cuestionamiento constitucional a la exigencia de ley formal efectuado por cierto sector de la doctrina, al que nos referimos en la nota siguiente.

<sup>14</sup> La constitucionalidad de esta disposición de la Ley 25.152, específicamente en cuanto refiere a los fondos fiduciarios, fue expresamente cuestionada por Barra, quien sostiene que “la norma, referida a un fideicomiso sobre fondos dinerarios y en la medida en que se la interprete como constitutiva de una competencia exclusiva del Congreso y por ello como una prohibición al Poder Ejecutivo de crear fideicomisos –a pesar de contar con la autorización presupuestaria para el gasto– debe ser considerada inconstitucional. Esta conclusión será así siempre que el fideicomiso no se encuentre vinculado o destinado a la financiación de entes, obras o servicios que, a pesar de ser administrativos, la Constitución los ha reservado al legislativo” (BARRA, Rodolfo, *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, cit., p. 86, nota al pie nº 39).

<sup>15</sup> Cfr. artículo 50, Ley 27.431, que modificó el artículo 2, inciso a), de la Ley 25.152.

<sup>16</sup> Cfr. artículo 1, DNU 2209/2002.

la base de lo dispuesto en el DNU 1382/12, puede celebrar contratos de fideicomisos sin necesidad de una nueva ley especial que lo autorice<sup>17</sup>.

## **2. Los conceptos generales de control dentro del fideicomiso público**

Habiendo indicado brevemente la estructura fiduciaria y los elementos relevantes de la misma corresponde detenerse en el concepto de control.

El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico<sup>18</sup> (en adelante DPEJ) en su acepción general de control indica que es la "actividad desarrollada por las Administraciones Públicas consistente en la verificación y vigilancia de la legislación o las exigencias establecidas en autorizaciones, licencias, concesiones y otros actos mediante las que se habilita el ejercicio de actividades privadas".

En el marco de esta definición destacamos lo que refiere a la "verificación y vigilancia de la legalidad" y de "las exigencias establecidas". Allí se indican, además, como sublemas las definiciones de control a priori, control concomitante y control a posteriori que resultan útiles para el desarrollo de esta nota, a saber:

- a) Control a priori: "comprobación que realiza el órgano de control interno sobre actos del sector público que dan lugar al reconocimiento de derechos o a la realización de gastos e ingresos y pagos que de ellos deriven, antes de que aquellos actos sean aprobados, con el fin de asegurar que la gestión se ajuste a la normativa aplicable".

---

<sup>17</sup> Así lo entendió la Procuración del Tesoro de la Nación, sobre la base de lo dispuesto en su Dictamen N° 118/2016 de fecha 27-07-2016 (publicado en *Dictámenes* 297:218), donde afirmó expresamente que si bien la Ley N.º 25.152, en su artículo 5.º, inciso a), modificado por el artículo 48 de la Ley N.º 25.565, establece que "Toda creación de organismo descentralizado, empresa pública de cualquier naturaleza y Fondo Fiduciario integrado total o parcialmente con bienes y/o fondos del ESTADO NACIONAL, requerirá del dictado de una ley", el Decreto de Necesidad y Urgencia N.º 1382/12 -ratificado por el Congreso de la Nación con fecha 21-11-12- en su artículo 8º inciso 10), faculta a las autoridades del AABE a celebrar todo tipo de contratos y, en particular, contratos de concesión de uso, con o sin el derecho de introducir mejoras, de publicidad en los bienes a su cargo, de anticresis, de alquiler con derecho de compra, factoraje, fideicomiso, y cualquier otro contrato civil o comercial, típico o atípico, nominado o innominado, que fuera conducente para el cumplimiento de su objeto (v. art. 6.º de la norma referida) con personal físicas y/o jurídicas (el destacado no es del original). Tratándose de una norma de igual jerarquía, posterior y especial, cabe interpretar, como lo han hecho los servicios jurídicos preopinantes, que el AABE se encuentra facultado para celebrar contratos de fideicomisos sin precisar para ello de una nueva ley especial que lo autorice" (Dictamen N° 118/2016, cit., punto I.5).

<sup>18</sup> El Diccionario panhispánico del español jurídico se presentó, bajo la presidencia de su majestad el rey Felipe VI, el 15 de diciembre de 2017 en el paraninfo de la Universidad de Salamanca y la Real Academia Española presentó el jueves 2 de julio de 2020 la edición en línea. Se trata de una herramienta de gran utilidad que enlaza directamente con las legislaciones de los distintos países que la conforman.

Su acceso es universal y gratuito y está disponible para su consulta <https://dpej.rae.es/>

La co-autora del presente trabajo agradece a la Real Academia Española y a la Universidad de Salamanca haberla designado para dirigir el equipo de trabajo de Derecho Mercantil para la República Argentina.

- b) Control concomitante: "comprobación preceptiva que realiza el órgano de control interno conjuntamente con los actos de gestión, por lo que los condiciona o determina".
- c) Control a posteriori: "comprobación que realiza el órgano de control sobre las cuentas aprobadas y rendidas o sobre la gestión ya realizada".

Ivanega en su trabajo de control comienza indicando que "la diversidad de manifestaciones de control público impide abarcar todas las regulaciones y procedimientos que implica"<sup>19</sup> por lo que esta clasificación del DPEJ resulta meramente ejemplificativa y no refiere en particular a la normativa vigente en una determinada jurisdicción. Es de destacar que existen numerosas clasificaciones de control y combinaciones de las mismas<sup>20</sup>.

Al igual que en el ejercicio de la auditoría de cuentas privada, las características del control que resultan importantes son el servicio para el interés público que realizan los controladores a través de sus tareas, el aporte de sus conocimientos complejos para cumplirlas y la confianza que la sociedad deposita en ellos.<sup>21</sup>

A su vez, la rendición de cuentas se define, en el DPEJ, como la "obligación del cuentadante de justificar la gestión realizada mediante la dación o presentación ante el Tribunal de Cuentas de las cuentas que la ley establece con la consecuencia, de no hacerlo, de incurrir en el caso en un supuesto de responsabilidad contable, compatible con las responsabilidades disciplinaria y penal a que hubiere lugar".

En el caso del fideicomiso privado la rendición de cuentas supone una obligación legal del fiduciario que deberá presentar "informaciones completas y fidedignas" ya que "el negocio se organiza en torno a la realización de los fines"<sup>22</sup> tal como sucede en el fideicomiso público. Además, dichos informes deberán ser oportunos.

El texto vigente, con relación específica al fideicomiso, en el Código Civil y Comercial es el de los artículos 1.675 y 1.676 que indican que "la rendición de cuentas puede ser solicitada por el beneficiario, por el fiduciante o por el fideicomisario, en su caso, conforme a la ley y las previsiones contractuales; deben ser rendidas con una periodicidad no mayor a un año" y "el contrato no puede dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, ni de la culpa o dolo en que puedan incurrir él o sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos"<sup>23</sup>.

El citado Código define la rendición de cuentas en su artículo 858, en el Título I de Obligaciones en general, del siguiente modo: "se entiende por cuenta la descripción de los antecedentes, hechos y resultados pecuniarios de un negocio, aunque consista en un acto singular. Hay rendición de cuentas cuando se las pone en conocimiento de la persona interesada, conforme a lo dispuesto en los artículos siguientes".

---

<sup>19</sup> IVANEGA, Miriam Mabel, *Control público*, Astrea-RAP, Buenos Aires, 2016, p. 1.

<sup>20</sup> Ver IVANEGA, Miriam Mabel, *Control público*, cit., 2016, Capítulo II.

<sup>21</sup> MEIGS, Witthington and Meigs, *Principles of auditing*, Séptima edición, Richard D. Irwin Inc., Illinois, 1982, p. 40/41.

<sup>22</sup> RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *Negocios fiduciarios*, Legis, Colombia, 2005, p. 307.

<sup>23</sup> El artículo 7 de la ley 24.441 derogado por la ley 26.994 disponía que el contrato de fideicomiso "no podrá dispensar al fiduciario de rendir cuentas, la que podrá ser solicitada por el beneficiario conforme las previsiones contractuales ni de la culpa o dolo en que pudieran incurrir él o sus dependientes ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos En todos los casos los fiduciarios deberán rendir cuentas a los fiduciarios con una periodicidad no mayor a un año".

Conforme a esto, en el artículo siguiente establece los requisitos de la rendición de cuentas<sup>24</sup>.

Control y rendición de cuentas son considerados por nosotros esenciales ya que el fideicomiso público “partiendo de un correcto cumplimiento del principio de legalidad, debe avanzar en la evaluación de resultados o cumplimiento de objetivos a través del fino tamiz formado por los principios de eficacia y eficiencia”<sup>25</sup>. Precisamente por ello adquiere particular relevancia el control de gestión<sup>26</sup> en el fideicomiso público ya que el mismo contiene en su seno una manda particular que impone alcanzar objetivos específicos. De este modo todas las acciones realizadas por el fiduciario deberán ser dirigidas hacia el fin previsto requiriéndose la supervisión de que así sea.

La utilización de medios instrumentales fundados en normativa de origen privada “no elimina” el control que ejerce el Gobierno y la Administración porque no tienen autonomía plena porque su propia existencia depende del cumplimiento de la función que se les asigna tal como plantea Rivero Ortega<sup>27</sup>.

### **3. Cuestiones particulares del control en el fideicomiso público**

#### **a) La aplicación de la Ley de Administración Financiera 24.156**

La transparencia en un Estado de Derecho es “un principio democrático básico de notable ascendencia en el actuar de la Administración”<sup>28</sup> que, a nuestro criterio, resulta plenamente aplicable respecto a los fideicomisos públicos.

Por ello es preocupante que, frente a la inexistencia de una normativa específica que regule de manera uniforme el sistema de control del fideicomiso público, no se establezcan y detallen los mecanismos apropiados de vigilancia en su acto de constitución.

Lo primero que cabe decir al respecto es que, al no existir actualmente esa normativa específica y uniforme en materia de control de los fideicomisos públicos, resultan de aplicación a esos fines las normas vigentes a nivel nacional, provincial o municipal, según sea el caso, por lo que la regulación de estos extremos en su mayoría se encuentra dispersa y descoordinada.

En este sentido, y en el orden federal, los fideicomisos y fondos fiduciarios<sup>29</sup>, cuando son “integrados total o *mayoritariamente* con bienes y/o fondos del Estado nacional”, están incluidos en el concepto de Sector Público Nacional a los efectos de la aplicación

---

<sup>24</sup> Artículo 859: La rendición de cuentas debe: a) ser hecha de modo descriptivo y documentado; b) incluir las referencias y explicaciones razonablemente necesarias para su comprensión; c) acompañar los comprobantes de los ingresos y de los egresos, excepto que sea de uso no extenderlos; d) concordar con los libros que lleve quien los rinda.”

<sup>25</sup> NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro T., *Legalidad y Buena Administración. Garantías del ciudadano frente a la corrupción y las malas prácticas en la gestión pública*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Colección Internacional No. 19, Bogotá, 2009, p. 39.

<sup>26</sup> Ver análisis de la evolución del concepto en IVANEGA, Miriam Mabel, *Control público*, cit., Capítulo I.

<sup>27</sup> RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Derecho administrativo económico*, Cuarta edición, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 92.

<sup>28</sup> NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro T., *Legalidad y Buena Administración...*, cit., p. 194.

<sup>29</sup> La Ley 27.431 de presupuesto para el ejercicio 2018, en su artículo 46, estableció expresamente que “[a] los efectos de lo establecido en las leyes 11.672, 24.156, 25.152 y 25.917, sus normas modificatorias, reglamentarias y complementarias, considéranse equivalentes los términos “fideicomiso” y “fondo fiduciario””.

de la Ley 24.156 de Administración Financiera (en adelante LAF), tal como dispone expresamente su artículo 8, inciso d)<sup>30</sup>. Por ello, se encuentran sujetos en principio tanto al control interno como externo previsto en la LAF<sup>31</sup>.

Si bien existieron fideicomisos públicos que estuvieron expresamente excluidos de ciertas disposiciones de la LAF en sus respectivas normas de creación, como es el caso –por ejemplo– del fideicomiso constituido con los montos de la tasa de gasoil<sup>32</sup> y el fideicomiso de infraestructura hídrica<sup>33</sup>, hay que tener en cuenta que tales normas fueron recientemente derogadas por la Ley 27.431, por lo que también esos fondos fiduciarios se encontrarían actualmente sujetos a las disposiciones de la LAF<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> Esta norma dispone expresamente que “[l]as disposiciones de esta Ley serán de aplicación en todo el Sector Público Nacional, el que a tal efecto está integrado por: (...) d) *Fondos Fiduciarios* integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del *Estado nacional*” (el énfasis es agregado). Barra ha destacado que cuando la norma dice “Estado Nacional” debe interpretarse como “Gobierno Nacional” (en realidad “Federal”) pues, a su criterio, interpretar la ley “en un sentido restringido –relativa al Estado-persona jurídica– permitiría burlar fácilmente la decisión de someter a estos ‘fondos’ al régimen de administración y control establecido en la misma LAF”; ello así, pues a su entender “bastaría crear una entidad descentralizada, otorgarle fondos suficientes, y dejar que esta, como fiduciante, constituya el fideicomiso; como la fiduciante no es el ‘Estado-persona jurídica’, este fideicomiso quedaría fuera de los alcances de la LAF, en violación, también, de lo dispuesto en el art. 85 de la Const. Nacional”; por ello, concluye que a su entender “el legislador utilizó la expresión ‘Estado’ no como ‘Estado-persona jurídica’, sino en el sentido de ‘Estado organización’ o Gobierno” (BARRA, Rodolfo, *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2010, p. 94).

<sup>31</sup> Cfr. BARRA, Rodolfo, *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, cit., p. 81 y 97; y también BUENADER, Eduardo, “Algunas consideraciones sobre los fondos fiduciarios”, EDA-2011, 437, Cita Digital: ED-DCCLXXII-9, punto 3, p. 7. Sostiene este último autor que “las normas [de la LAF] relativas al sistema presupuestario, de contabilidad y de control interno y externo resultan aplicables a los fondos fiduciarios” y que “[a]l integrar el sistema de Administración Financiera del Sector Público Nacional están bajo el control de los organismos de control interno y externo que pueden actuar sin limitación alguna en sus funciones” (ibidem).

<sup>32</sup> El Decreto 976/2001, en su artículo 12, establecía que “[e]l FIDEICOMISO no estará regido por la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156 y sus modificatorias, sin perjuicio de las facultades que otorga a la SINDICATURA GENERAL DE LA NACION y la AUDITORIA GENERAL DE LA NACION”.

<sup>33</sup> El Decreto 1381/2001, en su artículo 10, establecía que “[e]l FIDEICOMISO no estará regido por la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156 y sus modificatorias, sin perjuicio de las facultades que otorga a la SINDICATURA GENERAL DE LA NACION y la AUDITORIA GENERAL DE LA NACION”.

<sup>34</sup> En efecto, el artículo 47 de la Ley 27.431 de presupuesto para el ejercicio 2018 dispuso que “[a] Derógase toda disposición que exceptúe a los fondos fiduciarios total o parcialmente integrados con bienes y/o fondos del Estado nacional del cumplimiento de lo establecido en la ley 24.156, sus modificaciones, normas reglamentarias y complementarias” (artículo incorporado a la Ley 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto). Por lo demás, la citada ley sustituyó también el artículo 16 de la Ley 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto, el que ahora establece que “[e]n todos los casos, los fondos fiduciarios referidos en este artículo están alcanzados por el control de la Sindicatura General de la Nación y de la Auditoría General de la Nación, en el ámbito propio de sus competencias” (texto en su redacción según el artículo 51 de la Ley 27.431).



## **b) Algunos aspectos sobre el sistema presupuestario y el control interno y externo en el marco de la LAF**

### *i. El sistema presupuestario*

En lo que refiere al sistema presupuestario, cabe aclarar que, si bien el Capítulo III del Título II de la LAF refiere expresamente en su encabezamiento a los "Fondos Fiduciarios y otros entes no comprendidos en la Administración Nacional", los artículos que componen dicho Capítulo sólo se refieren a las empresas públicas y los entes no comprendidos en la Administración nacional, sin hacer mención o establecer una regulación específica para los fondos fiduciarios. No se establece allí, en este punto, una diferencia de tratamiento, por lo que se asume que conforme las distintas leyes de presupuestos es el Jefe de Gabinete de Ministro quien debe presentar ante el Congreso Nacional informes periódicos sobre los fondos fiduciarios<sup>35</sup>.

En efecto, ya desde el año 2003<sup>36</sup> se ha incluido en las leyes de presupuesto la obligación del Jefe de Gabinete de presentar ante ambas Cámaras del Congreso informes cuatrimestrales (luego trimestrales) sobre el flujo y uso de los fondos fiduciarios, detallando en su caso las transferencias realizadas y las obras ejecutadas y/o programadas, así como todas las operaciones que se realicen con fuentes y aplicaciones financieras. Incluso, actualmente, se le exige que esa información esté presentada individualizada para cada uno de los fondos fiduciarios existentes. Esta obligación del Jefe de Gabinete que se mantuvo para el ejercicio 2019<sup>37</sup>, está prevista incluso en el proyecto de Ley de Presupuesto para el ejercicio 2021<sup>38</sup>.

Al respecto, la ley 25.152 de Administración de los Recursos Públicos establece que deben incluirse en la Ley de Presupuesto de la Administración Nacional "los flujos financieros que se originen por la constitución y uso de los fondos fiduciarios", sin perjuicio de lo dispuesto por la ley 24.156 y 24.629<sup>39</sup>.

La Ley 11.672 Complementaria Permanente del Presupuesto, asimismo, exige que los agentes fiduciarios de los fondos fiduciarios "integrados total o parcialmente, en forma directa o indirecta, por bienes y/ fondos del Estado Nacional" deben "suministrar a la Subsecretaría de Presupuesto, dependiente de la Secretaría de Hacienda del Ministerio de Hacienda la información relacionada con los estados presupuestarios, contables y financieros de los fondos fiduciarios involucrados, conforme con los lineamientos que a tal efecto determine esa Subsecretaría, y cualquier otra información que ésta le requiera"<sup>40</sup>.

Asimismo, el artículo 17 de la citada Ley 11.672 establece que "al finalizar el ejercicio financiero los Fondos Fiduciarios procederán a informar a la CONTADURIA GENERAL DE LA NACION el cierre de las cuentas de sus presupuestos y toda otra información que ésta determine, dentro de la cual se deberá incluir un informe sintético de los resultados obtenidos en la gestión anual, los cuales serán analizados por la OFICINA

<sup>35</sup> LENARDÓN, Fernando R., *Fideicomiso Gubernamental*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, 2008, p.117.

<sup>36</sup> Véase artículo 47 de la Ley 25.725 de presupuesto para el ejercicio 2003.

<sup>37</sup> Véase artículo 57 de la Ley 27.467 de presupuesto para el ejercicio 2019.

<sup>38</sup> Véase artículo 55 del Proyecto de Ley de Presupuesto para el ejercicio 2021, disponible en <https://www.economia.gob.ar/onp/documentos/presutexto/proy2021/ley/pdf/proy2021.pdf>, consultada por última vez el 12-11-20.

<sup>39</sup> Cfr. Artículo 2, inciso a), última parte de la ley 25.152.

<sup>40</sup> La norma establece asimismo que "La jurisdicción o entidad en la órbita en las que se encuentran esos fondos fiduciarios deberán suministrar toda información requerida por la Subsecretaría de Presupuesto al respecto".

NACIONAL DE PRESUPUESTO y cuyas conclusiones deberán incorporarse al informe requerido en el tercer párrafo del Artículo 43 de la Ley N° 24.156 y sus modificaciones<sup>41</sup>, referido a la cuenta de inversión.

En este sentido, cabe señalar que la Oficina Nacional de Presupuesto realiza informes trimestrales en los que analiza la ejecución presupuestaria, acumulada por trimestre, del consolidado de fondos fiduciarios constituidos mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado Nacional<sup>42</sup>. La información que utiliza a esos fines, conforme surge de tales informes, es la suministrada por los agentes fiduciarios de dichos fideicomisos a la propia Oficina Nacional de Presupuesto en cumplimiento de lo establecido en la Ley 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto.

Informar, sin embargo, no tiene el mismo significado que controlar. Supone sólo poner en conocimiento y, en su caso, el Congreso ejercerá el control que le corresponde al sancionar la ley de presupuesto o aprobar la cuenta de inversión.

*ii. El control interno*

Respecto al control interno, como es sabido, en el régimen de la LAF se encuentra a cargo de la Sindicatura General de la Nación (en adelante SIGEN) y las respectivas Unidades de Auditoría Interna<sup>43</sup>.

Sin embargo, no resulta claro exactamente cuáles son los alcances del control interno que deben realizar en este punto. Existen, sí, algunas disposiciones específicas referidas al control interno de los fideicomisos y los fondos fiduciarios, que surgen de la estructura orgánica establecida por la Resolución SIGEN 157/2018<sup>44</sup>.

En efecto, allí se establece que la Gerencia de Control del Sector Productivo, de la Secretaría de Supervisión de Control Interno de la SIGEN tiene, entre sus responsabilidades primarias, la de entender en "la ejecución de las actividades de control de gestión y evaluación de programas de los organismos y entidades dependientes, y los fondos fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado Nacional en el ámbito de las áreas temáticas de Turismo y Ambiente, Transporte, Producción, Trabajo, e Interior, Obras Públicas y Vivienda"<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> Artículo 17, párrafo tercero, de la Ley 11.672. Esta disposición exige a su vez que "[l]as máximas autoridades de los Entes comprendidos en los incisos b), c) y d) del Artículo 8° de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156 y sus modificaciones, deberán remitir a la OFICINA NACIONAL DE PRESUPUESTO, antes del día 15 del mes posterior al que se informa, la ejecución económica y financiera de sus presupuestos, de acuerdo con los lineamientos establecidos a tal fin por la SECRETARIA DE HACIENDA del MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PUBLICAS" (Artículo 17, párrafo cuarto, de la Ley 11.672).

<sup>42</sup> Los mismos pueden compulsarse en <https://www.economia.gob.ar/onp/empresas/2020>, consultada por última vez el 11-11-20.

<sup>43</sup> Cfr. artículos 3, 7 y el título VI (arts. 96 a 115 y concordantes) de la LAF. Ampliar en IVANEGA, Miriam Mabel, *Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad*, Ábaco, 2003, Capítulo III, y, de la misma autora, *Control público*, cit., en particular Capítulo III.

<sup>44</sup> Boletín Oficial del 20-09-2018.

<sup>45</sup> El texto completo del Anexo II de la Resolución SIGEN 157/2018 dice, en al describir su "responsabilidad primera", lo siguiente: "Entender en la evaluación del sistema de control interno, en la supervisión y coordinación de la operatoria de las Unidades de Auditoría Interna, en la ejecución de las actividades de control de gestión

Además, se incluye entre las acciones comprendidas dentro de esa responsabilidad primaria de la Gerencia de Control del Sector Productivo, las de: (a) "coordinar y supervisar" las tareas atinentes "a los Síndicos y Comisiones Fiscalizadoras en las empresas, sociedades, y fondos fiduciarios bajo su ámbito de control, así como el cumplimiento del plan anual"<sup>46</sup>; (b) realizar "los controles de los fondos fiduciarios existentes en su ámbito de control"<sup>47</sup>; y (c) participar en el "asesoramiento a las autoridades responsables de la gestión, en el ámbito de los Ministerios, incluidos sus organismos dependientes y los fondos fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado Nacional, así como a los responsables de la gestión, en el ámbito de empresas, sociedades, entidades financieras y los fondos fiduciarios del Estado Nacional, bajo su ámbito de competencia"<sup>48</sup>.

Similar responsabilidad primaria y acciones se prevén para (a) la Gerencia de Control del Sector Social, aunque en relación a los fondos fiduciarios bajo su ámbito de competencia, que comprende las áreas temáticas de Educación, Cultura, Ciencia, Universidades, Salud, Desarrollo Social, Seguridad Social, INSSJP, Justicia y Seguridad<sup>49</sup>, así como para (b) la Gerencia de Control del Sector Económico e Institucional, cuyo ámbito de competencia comprende las áreas temáticas de Hacienda, Ingresos Públicos, Defensa, Relaciones Exteriores, Presidencia Jefatura de Gabinete de Ministros y Modernización<sup>50</sup>.

Por otra parte, cuando órganos o entes que integren el Sector Público Nacional participen en fideicomisos o fondos fiduciarios, incluso cuando los bienes del Estado Nacional que lo integren sean *minoritarios*, la constitución y funcionamiento de tales fondos estaría igualmente comprendida por el control interno a través del control que la SIGEN y –en su caso– las Unidades de Auditoría Interna realizan respecto de tales sujetos.

En otros términos, tal como señala Barra, incluso en los casos de fideicomisos públicos integrados *minoritariamente* por bienes y/o fondos del del Estado nacional, resultarían de aplicación, para ciertos extremos, los controles previstos en la LAF. Ello así pues, a criterio del citado autor, "aun en el supuesto de una participación *minoritaria* del sector público en el patrimonio fiduciario, las organizaciones de control tanto interno como externo –la Sindicatura General de la Nación y la Auditoría General de la Nación– tendrán competencias de control sobre la decisión de participar en el fondo, la regularidad legal y especialmente presupuestaria de tal participación, la actuación del ente público participante en el ejercicio de sus derechos con relación al fondo, como también todo lo relativo a la regularidad de la constitución del fondo

---

y evaluación de programas de los organismos y entidades dependientes, y los fondos fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado Nacional en el ámbito de las áreas temáticas de Turismo y Ambiente, Transporte, Producción, Trabajo, e Interior, Obras Públicas y Vivienda.

Entender en la fiscalización de la administración y de todos los actos de los órganos societarios de las empresas, sociedades y entidades financieras y cualquier otra organización empresarial donde el Estado tenga participación accionaria, en los términos de la Ley N° 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional y las normativas aplicables a los organismos incluidos en el art. 8° de la citada Ley".

<sup>46</sup> Resolución SIGEN 157/2018, Anexo II, p. 7, "Acciones", punto 6.

<sup>47</sup> Resolución SIGEN 157/2018, Anexo II, p. 8, "Acciones", punto 8.

<sup>48</sup> Resolución SIGEN 157/2018, Anexo II, p. 8, "Acciones", punto 9.

<sup>49</sup> Cfr. Resolución SIGEN 157/2018, Anexo II, p. 12-13, "Responsabilidad primaria" y "Acciones", puntos 6, 7 y 10.

<sup>50</sup> Cfr. Resolución SIGEN 157/2018, Anexo II, p. 17-18, "Responsabilidad primaria" y "Acciones", puntos 6, 8 y 10.

y su funcionamiento en todo aquello que pueda afectar los intereses públicos comprometidos<sup>51</sup>.

En este punto, la Ley 27.431 establece que las Empresas y Sociedades del Estado y demás entidades incluidas en el inciso b) del artículo 8° de la LAF, que "hubiesen constituido o constituyan fondos fiduciarios con bienes y/o fondos propios" deben "consolidar la operatoria presupuestaria de esos fondos fiduciarios en sus respectivos presupuestos"<sup>52</sup>. Por su parte, la Ley 27.467 dispone su vez que las "jurisdicciones y entidades del Estado nacional" deberán reflejar presupuestaria y contablemente "toda actividad a su cargo que demande la contratación de obras, y de bienes y servicios, financiada a través de fondos fiduciarios existentes, o por aquellos que puedan crearse en el futuro, integrados con recursos del Estado nacional"<sup>53</sup>.

Asimismo, cabe señalar que mediante el DNU 906/2004 se creó el Consejo Consultivo de Inversiones de los Fondos Fiduciarios del Estado Nacional, en el ámbito de los Ministerios de Economía y Producción y de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, quien debía instruir sobre la inversión de las disponibilidades líquidas sin aplicación temporaria de los fondos fiduciarios referidos. Sin embargo, el referido DNU fue derogado expresamente por la Ley 27.341<sup>54</sup> y, actualmente, las decisiones sobre la inversión de tales disponibilidades líquidas deben ser adoptadas por los agentes fiduciarios con una previa recomendación de inversión de la Secretaría de Hacienda y de la Secretaría de Finanzas, ambas del Ministerio de Hacienda<sup>55</sup>.

### *iii. El control externo*

En lo que refiere al control externo, se encuentra a cargo de la Auditoría General de la Nación (en adelante AGN), prevista expresamente en el artículo 85 de la Constitución nacional<sup>56</sup>. Es materia de su competencia el control externo y posterior de la gestión presupuestaria, económica, financiera, patrimonial y legal de la Administración central, los organismos descentralizados y las Empresas y Sociedades del Estado, entre otros, así como dictaminar sobre los estados contables financieros de los organismos bajo su control<sup>57</sup>.

<sup>51</sup> Cfr. BARRA, Rodolfo, *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, cit., p. 97.

<sup>52</sup> Artículo 49 de la Ley 27.431 (incorporado a la Ley 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto).

<sup>53</sup> Artículo 59, primera parte, de la Ley 27.467 (incorporado a la Ley 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto).

<sup>54</sup> Cfr. artículo 35, Ley 27.341.

<sup>55</sup> Cfr. artículo 56, Ley 27.467.

<sup>56</sup> El artículo 85 de la Constitución, en lo que aquí interesa, establece que "[e]l control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo" así como también que "[e]l examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación" y que "[t]endrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, y las demás funciones que la ley le otorgue. Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos".

<sup>57</sup> Cfr. artículo 85 de la Constitución y artículos 117, 118 y concordantes de la LAF. Para ampliar, véase BEE SELLARÈS, Marcelo, "Auditoría General de la Nación: Análisis a 25 años de su creación", RDA 2020-127, 06/02/2020, 103, Cita Online: AR/DOC/4127/2019; y MERTEHIKIAN, Eduardo, "Algunas consideraciones jurídicas acerca del control parlamentario del sector público nacional", en CASSAGNE, Juan C.

La AGN ha emitido dos Informes Especiales sobre "Relevamiento de la actividad fiduciaria del Sector Público Nacional", uno de ellos en el año 2005<sup>58</sup> y otro muy recientemente, referido al 2016<sup>59</sup>.

En el año 2005 el Informe Especial fue crítico, destacando –entre otras cosas– que:

- "Los fideicomisos no cuentan con plan de cuentas ni criterios contables comunes a los fondos fiduciarios públicos, que permitan la homogeneización de la información a efectos de hacerla comparable. En general no se encuentra prevista la obligación de que los estados contables de los fondos fiduciarios sean auditados por auditor externo, ni que sean publicados periódicamente. Las cifras que se incluyen en este informe y anexos no han sido auditadas por la AGN, y en solo tres fideicomisos (Secretaría de Hacienda-BICE, FFFIR y Fondo Fiduciario de Capital Social), se cuenta con informe de auditor externo en sus últimos estados contables anuales disponibles".
- "Se han observado discrepancias en los criterios utilizados para la preparación de la información contable de los fideicomisos analizados, aún cuando en la mayoría de los casos es el BNA el que cumple tal función. Asimismo se verificaron atrasos en los registros contables, producidos por la precariedad de los sistemas de registración contable empleados. En algunos fondos fiduciarios la registración contable se encontraba a cargo de profesionales externos al fiduciario, contratados en cumplimiento con las decisiones adoptadas por los respectivos órganos de administración".
- "No existe una legislación general sobre fondos fiduciarios públicos que brinde un marco de referencia para la definición de ciertos aspectos de los contratos de fideicomiso, por ejemplo la delimitación de responsabilidades y funciones de los fiduciarios y los comités técnicos o de administración, o los criterios de selección de los agentes fiduciarios".
- "Se detectaron casos de inconsistencias entre las disposiciones de las diferentes normas de creación y los contratos de fideicomisos".
- "De la documentación puesta a disposición de esta Auditoría no surgen evidencias de procedimientos destinados a la coordinación de objetivos entre fideicomisos públicos y de éstos con otros organismos públicos ni del análisis de la conveniencia de la utilización de la figura del fideicomiso público frente a otras alternativas posibles para el logro de los objetivos buscados por el Estado Nacional en la creación de los fondos relevados".
- "Los planes de acción de los fondos fiduciarios, preparados por los órganos de administración y presentados juntamente con la información presupuestaria, no cuentan con la información necesaria para poder analizar la gestión prevista de los activos fideicomitidos; también que "de la documentación analizada no se ha observado una obligación de presentar informes de gestión periódicos y estandarizados por parte de los órganos de administración de los

---

(director), *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 419-430.

<sup>58</sup> Informe Especial al 30/09/04 que se encuentra disponible en [https://www.agn.gob.ar/sites/default/files/informes/2005\\_023info\\_0.pdf](https://www.agn.gob.ar/sites/default/files/informes/2005_023info_0.pdf), consultada por última vez el 12-11-2020.

<sup>59</sup> Informe Especial al 31/12/16 que se encuentra disponible en <https://www.agn.gob.ar/sites/default/files/informes/2020-060-Informe.pdf>, consultada por última vez el 12-11-2020.

fideicomisos a la dependencia estatal correspondiente, excepto los relacionados con la información presupuestaria”.

En el último Informe Especial antes mencionado sobre “Relevamiento de la actividad fiduciaria del Sector Público Nacional al 21/12/2016”, destaca en su texto que fue realizado por la AGN en virtud de las funciones conferidas por el artículo 85 de la Constitución Nacional y en uso de las facultades establecidas por el artículo 118 de la Ley 24.156. Aclara sin embargo que consistió en un relevamiento de la actividad fiduciaria llevada adelante por el Estado Nacional (en concreto, del Sector Público Nacional), que no constituyó una “auditoría” pero que tuvo el objetivo de contribuir a mejorar el conocimiento respecto de la administración y/o gestión gubernamental en este punto<sup>60</sup>.

Existen a su vez diversos informes de auditoría en relación a los distintos fondos fiduciarios, la mayoría de los cuales se encuentran disponibles en su página web [www.agn.gob.ar](http://www.agn.gob.ar).

### **c) La cuestión de la aplicabilidad del Decreto 1023/2001 y el Régimen de Contrataciones de la Administración**

Finalmente, una cuestión distinta que también presenta dificultades es la aplicabilidad o inaplicabilidad del régimen de contrataciones establecido en el Decreto 1023/01 respecto de los fideicomisos públicos y fondos fiduciarios previstos en el artículo 8, inciso d) de la LAF.

Existen quienes, como Barra, afirman que “[e]n el caso de que el fiduciario sea una persona privada, estaremos frente a un contrato administrativo de fideicomiso, el que deberá celebrarse de acuerdo con la regulación establecida por el decreto de legislación delegada 1023/01 (ref. decr. 666/03), aprobatorio del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional”<sup>61</sup>. En cambio, otros como Buenader, entienden que la aplicación de las disposiciones del Decreto 1023/2001, particularmente en lo que refiere a las prerrogativas contractuales de la Administración, resultan incompatibles con la naturaleza misma del negocio

---

<sup>60</sup> En relación al alcance del trabajo de la AGN reflejado en el citado Informe Especial, destacó en él que “fue realizado de conformidad con las Normas de Control Externo Gubernamental (NCEG) aprobadas por la Resolución 26/15-AGN, dictadas en virtud de las facultades conferidas por el artículo 119, inc. b) de la Ley 24.156 y lo dispuesto en las Normas de Control Externo de la Gestión Gubernamental (NCEGG) aprobadas por la Resolución 186/16-AGN, aplicable a aquellos trabajos sobre determinados aspectos o transacciones de la gestión que no constituyen una auditoría pero que contribuyen a mejorar el conocimiento respecto de la administración y/o gestión gubernamental. El trabajo consistió en el relevamiento de los datos más destacados relacionados con los fondos fiduciarios del Sector Público Nacional (SPN operativos al 31/12/16, a través del cual, se ha tomado conocimiento de los aspectos más importantes de su funcionamiento, en particular en materia normativa, económica y financiera, como así también en relación al volumen de sus operaciones, mecanismos de control administrativo y resguardo de los patrimonios fideicomitidos”.

<sup>61</sup> BARRA, Rodolfo, *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, cit., p. 87.

fiduciario, aunque concluye que sí resultaría discutible la inaplicabilidad de la exigencia de licitación pública para la selección del fiduciario<sup>62y63</sup>.

La misma cuestión se plantea en relación a las contrataciones que realice el fiduciario cuando se trata de una entidad privada. En este aspecto, la Ley 27.467 de presupuesto para el ejercicio 2019, estableció expresamente que “[l]os procedimientos de selección y contratación de obras o de bienes y servicios realizados por fideicomisos públicos deberán cumplir con los principios rectores del régimen de contratación del sector público nacional”<sup>64</sup>.

Parecería que esta disposición legal presupone la inaplicabilidad en términos generales del Régimen de Contrataciones previsto en el Decreto 1023/2001 respecto de los fideicomisos y fondos fiduciarios, cuando estos realizan contrataciones, resultando sólo aplicables a su respecto los “principios rectores del régimen de contratación del sector público nacional”. De ser así, se habría receptado normativamente un esquema similar al propuesto por vía interpretativa por Buenader, al que hicimos referencia recién. De todos modos, la cuestión no es clara.

#### **4. Reflexión final: sobre la necesidad de un control específico del fideicomiso público**

---

<sup>62</sup> Cfr. BUENADER, Eduardo, “Algunas consideraciones sobre los fondos fiduciarios”, cit., punto 2.7, p. 5. Sostiene allí el citado autor que “Por lo general, la norma de creación del fideicomiso, al fijar todos los elementos necesarios para la configuración del negocio fiduciario dispone la aplicación supletoria de la LF no dejando resquicio para la aplicación del decreto 1023/01, pues con ello se desnaturalizaría la figura del negocio jurídico del fideicomiso. Es por ello que las prerrogativas del Estado (v. art. 12 del decreto 1023/01) en un contrato administrativo son incompatibles con el funcionamiento del negocio jurídico fiduciario. Y, aunque nada dijera la norma de creación sobre la aplicación supletoria de la LF, la aplicación de las prerrogativas del Estado en un contrato administrativo resulta claramente incompatible con la lógica del fideicomiso. Ello es así, pues la esencia de la figura jurídica del fideicomiso radica en la transmisión del dominio a título fiduciario de los bienes al fiduciario; por ello, no puede el fiduciante ejercer facultades de interpretar y dirigir el contrato –típicas del contrato administrativo– al margen del fiduciante, so riesgo de desnaturalizar al negocio jurídico fiduciario basado en la fides, es decir, en la confianza depositada por el fiduciante en el fiduciario al transmitirle el dominio de los bienes. En cambio, parece más dudoso afirmar que no se pueda aplicar el procedimiento de la licitación pública al único efecto de designar a la figura del fiduciario, aclarando que por esta vía no puede llegarse a la aplicación del art. 12 del decreto 1023/01, pues, si así fuese, se desvirtuaría la esencia del fideicomiso” (ibidem).

<sup>63</sup> Mertehikian, por su parte, entiende que “[e]s válido entonces que el Estado acuda al instituto del fideicomiso, pero sabiendo que se somete al régimen jurídico que lo regula, y en el que el contrato respectivo actúa como un instrumento cuyo objeto – bien vale decirlo– no se encuentra sometido al Derecho público, aún cuando en el proceso de su formación intervenga parcialmente el Derecho administrativo (verbigracia; competencia, procedimiento, forma, causa)” (MERTEHIKIAN, Eduardo, *Ley de Administración Financiera y Control de Gestión*, RAP, Buenos Aires, 2004, p. 333 y “Nuevas alternativas de financiación de la contratación administrativa (Acerca de la utilización de fideicomisos por el sector público)”, en *Documentación Administrativa* 2003/2004, núms. 267-268, p. 334-335).

<sup>64</sup> Artículo 59, última parte, de la Ley 27.467, incorporado a la Ley 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto.

En primer lugar y en virtud de que parte de la doctrina<sup>65</sup> ha indicado el riesgo de la utilización de estos instrumentos es que creemos que resulta necesaria una normativa específica, hoy inexistente, que establezca los lineamientos generales para la constitución, funcionamiento y, particularmente, el control del fideicomiso público<sup>66</sup>.

Como se ha podido ver en estas breves líneas, existen normas que no resultan claras, que en muchos casos se encuentran dispersas y descoordinadas, lo que no favorece la seguridad jurídica ni, tampoco, la realización de un control estricto, transparente y eficiente de los fideicomisos públicos en aspectos que resultan esenciales.

De todos modos, hasta tanto dicha normativa sea sancionada, creemos conveniente que, como práctica institucional:

- a) En el acto de constitución del fideicomiso se describa a los beneficiarios del fideicomiso público.
- b) El fiduciario designado sea identificado específicamente y diferenciado del fiduciante o constituyente del fideicomiso, conforme a una selección objetiva<sup>67</sup>.
- c) Si el fiduciario habrá de ser un sujeto privado, se respeten los principios rectores del Régimen de Contrataciones de la Administración establecido por el Decreto 1023/2001, debiendo en su caso realizarse una licitación pública al efecto.
- d) En el supuesto de que el fiduciario a designar resulte un ente público, éste sea independiente de la autoridad constituyente, aunque actúe en "cooperación administrativa"<sup>68</sup>, además de tener capacidad suficiente y ser profesionalmente apto o técnicamente competente.
- e) Resulta asimismo aconsejable la creación de una Comisión de control dentro de la estructura fiduciaria para realizar una revisión concomitante de la gestión del fideicomiso público, pero con facultades que no importen una desnaturalización del instituto.
- f) Finalmente, para favorecer el control el acto de constitución del fideicomiso debería enumerar y describir (i) las responsabilidades del fiduciario claramente (ii) los bienes o recursos que deben ser transferidos válidamente conforme la normativa vigente.

Es asimismo necesario que tanto los organismos de control interno como externo, cumplan adecuadamente con las funciones previstas en la LAF y demás normas referidas a lo largo del presente, además de que los fideicomisos públicos –salvo los

---

<sup>65</sup> Cfr. MARTORELL, Ernesto E., "Los llamados 'fideicomisos públicos': réquiem para una figura vergonzante", *El Derecho* 223, 790, Cita Digital: ED-DCCLXIX-571 y LISOPRAWSKI, Silvio V. - CATUOGNO, Juan Luis, "El denominado Fideicomiso público existe pero no existe", *La Ley Sup. Act.* 27/02/2007, p. 1, Cita Online: AR/DOC/798/2007.

<sup>66</sup> BELLO KNOLL, Susy Inés, *El fideicomiso público*, cit., p. 254.

<sup>67</sup> RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *Negocios fiduciarios*, cit., p. 533.

<sup>68</sup> NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro T., *Legalidad y Buena Administración...*, cit., p. 139.



supuestos legalmente exceptuados- sean constituidos mediante leyes formales sancionadas por el Congreso de la Nación<sup>69</sup>.

---

<sup>69</sup> Ha dicho Mertehikian que “[l]a circunstancia de que sea necesario el dictado de una ley formal para la creación de dichos fondos se justifica en la naturaleza dispositiva del patrimonio estatal del acto de integración y de la transferencia en propiedad, si bien como dominio imperfecto (...) de los bienes que el Estado aporta a la constitución del fondo fiduciario” (MERTEHIKIAN, Eduardo, “Nuevas alternativas de financiación de la contratación administrativa... cit., p. 331, nota al pie de página n° 15.