

UTILIZACIÓN DE FIDEICOMISOS POR EL SECTOR PÚBLICO Y LA LEY N° 26.095 QUE CREA CARGOS ESPECÍFICOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE INFRAESTRUCTURA ENERGÉTICA * .

Eduardo Mertehikian

SUMARIO: I. Breve aproximación al problema. II. Los fondos fiduciarios integrados con aportes del Estado en el derecho nacional argentino. a) Creación y previsiones necesarias en las leyes del presupuesto del Estado. b) Apuntes sobre la regulación legal de los fondos fiduciarios en el derecho argentino y de su aplicación a los creados por el sector público. III. La creación de “cargos específicos” para atender la ampliación de la infraestructura energética. IV. Colofón.

I. Breve aproximación al problema.

Sabido es que para el cumplimiento de sus cometidos específicos, el Estado acude a la técnica contractual y por muy obvio que resulte, cuando el obligado al pago de la contraprestación por la obra, provisión o servicio que ha encomendado a un particular, es el propio Estado, configura un elemento esencial que cumpla con dicha obligación en tiempo y modo pues su contratante particular ha tenido especialmente en considera-

* Este trabajo expuesto en las Primeras Jornadas de Derecho Administrativo de la Ciudad de Rosario en Homenaje al Profesor Antonio Chede, toma como base el publicado por el autor en *Documentación Administrativa* – DA – 267-268 página 235 y siguientes – Septiembre 2003 – Abril 2004 – Instituto de Administraciones Públicas de España – INAP y ha sido actualizado con la reciente legislación dictada en la República Argentina (Ley N° 26.095) para obtener financiamiento por los usuarios con destino a obras de infraestructura energética.

ción esa circunstancia al tiempo de formalizar su propuesta y celebrar el contrato¹. El principio rector vigente en esta materia, según el cual los contratos se celebran para ser cumplidos en la estricta medida de las obligaciones recíprocamente asumidas por las partes, es predicable de los contratos que celebra el Estado².

Como lo viene señalando la doctrina en nuestro medio, cada declaración de emergencia a la que se acude, sea que esta abarque únicamente al sector público o a determinadas funciones del mismo (verbigracia; Leyes Nros. 23.696, 23.697, 23.982, 25.344) o que –como sucede actualmente– se le asigne carácter público en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria (verbigracia; Leyes Nros. 25.561, 25.790, 25.820³) para de ese modo habilitar el ejercicio de la delegación legislativa con sustento en el Artículo 76 de la Constitución Nacional, no hacen sino producir una degradación tanto del derecho público, cuanto del derecho privado⁴; dado que pone no solamente en crisis los criterios básicos sobre los que reposa la idea misma del contrato que como acuerdo de voluntades obliga a las partes como la ley misma (Art. 1197 Código Civil) sino del propio *Estado de Derecho*⁵.

¹ Con relación al contrato de obra pública, “El precio es un elemento esencial del contrato”, señala Barra Rodolfo C. en su obra *Contrato de Obra Pública*, T. 3, p. 874 (Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1988).

² Así lo ha entendido expresamente la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en innumerables pronunciamientos, para cuyo estudio nos remitimos a Coviello, Pedro J. J., “La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, incluido como Estudio Preliminar de nuestra obra *Estudios sobre Contratación Pública*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996. Sacristán, Estela B., en “Los Contratos de prestación de los Servicios Públicos en la Perspectiva constitucional”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap:* 301 (Año XXVI), Buenos Aires – Argentina. En sentido análogo por un fortalecimiento del principio del *pacta sun servanda* particularmente en los contratos que tienen por objeto la prestación de un servicio público puede verse Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, p. 94.

³ Cuando este trabajo ingresó a prensa, el Senado de la Nación había aprobado la prórroga de la declaración de emergencia pública hasta finales del año 2007, circunstancia inexplicable en un país que durante quince trimestres consecutivos ha tenido superávit fiscal y tasas de crecimiento anual del 8% promedio del Producto Bruto Interno y que todos los análisis macroeconómicos ubican en el 7,5% aproximadamente para el año 2007, vaticinándose que la República Argentina será el país de mayor crecimiento económico en toda la región en ese período.

⁴ Mairal, Héctor A., “Los contratos administrativos en el marco de la emergencia pública Argentina”, en la obra de varios autores, *El derecho administrativo de la emergencia, III* (Coordinador Sebastián D. Alanis), Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. 129 y sigs.

⁵ Es que –como también lo apunta la doctrina– el abuso a utilizar el instituto de la emergencia ha degenerado en el actual estado de emergencia del derecho argentino, en el cual la ley no inspira confianza; Urrutigoity, Javier, “Del Derecho de la Emergencia al Derecho de la Decadencia”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap:* 289:261 (Año XXV-Octubre 2002). Canosa, A. - Mihura Estrada, G., “La emergencia y una degradación a la tutela judicial efectiva”, *El Derecho*, del 04-12-2000.

Así las cosas, el desafío por dotar de una imprescindible certeza a una obligación tan connatural al contrato, como es la de asegurar la percepción por parte del contratista de su remuneración pactada, por la contraprestación que la Administración recibe y que constituye elemento esencial de los contratos que celebra el sector público con sujetos particulares (especialmente cuando se trata de contratos de larga duración) no es por cierto una cuestión nueva, pero se acentúa en cada crisis económica o financiera que aqueja las arcas públicas, renovándose la necesidad de articular mecanismos que con eficacia los alejen de la propia interferencia estatal y frustren en última instancia el cometido público cuya satisfacción se procura con la participación de sujetos privados⁶.

Pero el problema no se agota en impedir que las circunstanciales dificultades económicas o financieras por las que pueda –en un momento dado– atravesar la ejecución del presupuesto público, frustren el normal desarrollo en la ejecución del contrato administrativo, ya que también en las figuras contractuales en donde los recursos provienen del público usuario o beneficiario, el objetivo es evitar que tanto sea por una indebida interferencia estatal (verbigracia; la mentada declaración de emergencia) o bien por efecto de las contingencias patrimoniales que afectan a los sujetos encargados de llevar a cabo esos cometidos (verbigracia; los procesos singulares o universales como la quiebra o el concurso del contratista) se impida la normal consecución del cometido de interés público que se persigue.

Se viene dando en nuestro medio el fenómeno de la creciente utilización por parte del sector público, ya sea en forma aislada o simultánea con otros procedimientos, de un instituto propio del derecho común como es el de los fondos fiduciarios o si se prefiere de los fideicomisos públicos, que si bien posee –como luego veremos– el atractivo de sustraer de la acción de los acreedores particulares de los sujetos contrayentes los bienes y recursos económicos necesarios para concretar la ejecución del objeto de los contratos que utilicen este mecanismo de financiación, no ha quedado exento de severas críticas en virtud de la ausencia de procedimientos claros de rendición de cuentas por parte de quien actúa como fiduciario⁷, quien si bien tiene establecido el alcance de la encomienda tanto por el contrato que celebra cuanto por el acto que crea el fideicomiso público, no deja de ser un instrumento jurídico basado en la *confianza* depositada en la persona de quien actúa como sujeto fiduciario.

Ahora, más allá de circunstancias que en un momento dado pueden afectar el normal desenvolvimiento presupuestario, el empleo de mecanismos tales como el de los

⁶ Las recurrentes declaraciones de emergencia administrativa, económica y financiera a las que el Estado argentino ha acudido en los últimos años ha motivado que un sector de la doctrina señalara, en una visión sumamente crítica del fenómeno, que el derecho administrativo argentino desde 1983 en adelante se ha transformado en un instrumento autoritario y opresivo violatorio de las garantías constitucionales. Crivelli, Julio César, “La Emergencia Económica Permanente”, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2001, p. 30.

⁷ Cfr. Editorial del Diario *La Nación* del 16-10-2003, p. 24, bajo el elocuente título “Dudas sobre los fideicomisos públicos” y en el mismo periódico del día 20-04-2003, Sección Economía & Negocios, Nota de Tapa “La historia del presupuesto paralelo”, cuyo autoría corresponde al periodista Hugo Alconada Mon.

fondos fiduciarios por parte del sector público puede traer como valor añadido restarle, cuando no suprimir, contenido de discrecionalidad a las decisiones de los órganos administrativos a cuyo cargo se encuentra la ejecución del presupuesto, pues siendo que los compromisos de aportes financieros para la constitución de tales fondos deben ser incluidos en las respectivas leyes anuales de presupuesto –tal como más adelante se examinará– la voluntad del legislador que aprueba el presupuesto y de esa manera habilita el ejercicio de la competencia administrativa⁸ –en tanto los recursos respectivos sean efectivamente recaudados–⁹ no quedará subordinada a las decisiones de los órganos administrativos a cuyo cargo se encuentre cumplir con la voluntad del legislador.

Sin embargo, no debe omitirse que la configuración de mecanismos de financiación como el de los fideicomisos públicos debe estar también orientado a dotar de mayor transparencia y por lo tanto de una competencia efectiva, a los procedimientos de selección del contratista particular y consecuentemente al de formación de los precios que el sector público abona por los bienes y servicios que demanda, o que los propios usuarios o beneficiarios solventan cuando de actividades de prestación a cargo de concesionarios y licenciatarios se trata, en aras de asegurar los principios de equidad, transparencia y eficiencia en la asignación de los recursos públicos¹⁰, *principios*¹¹ que nuestro sistema jurídico ha adoptado definitivamente y que por lo tanto son jurídicamente exigibles y subordinan a su efectiva vigencia toda actuación estatal.

⁸ Ya nos hemos manifestado partidarios del criterio de que la ley de presupuesto, desde la perspectiva del derecho administrativo, actúa como una norma habilitante de la competencia de los órganos administrativos, plasmándose como la norma jurídica autorizante de derechos y obligaciones en cabeza del órgano administrativo. (Cfr. “Ley de Administración Financiera y Control de Gestión”, p 14, 9ª. Edición, Suplemento Especial de la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2003).

⁹ Cfr. Artículos 28, 30, 38 de la Ley N° 24.156 y 5° de la Ley N° 24.629.

¹⁰ Es que como lo ha señalado Luciano Parejo Alfonso: “[...] En la valoración social, política, práctica y, también, jurídica de la Administración pública como parte de la estructura de los Poderes públicos tienen hoy destacada importancia los valores de la eficiencia y eficacia. De aquella se exige primariamente no sólo que obre o actúe, sino que al hacerlo, “resuelva” los problemas sociales, es decir, que produzca, en cada caso, un determinado resultado efectivo, es decir, una “obra”, cabalmente la pretendida y señalada como fin u objetivo al diagnosticar el problema de que se trate. Surge así la “efectividad” o, si se prefiere, el “éxito” como criterio de legitimidad de la Administración pública”. (Cfr. “Eficacia y Administración - Tres Estudios”, MAP - Ministerio para las Administraciones Públicas - INAP, Madrid, 1995, p. 89).

¹¹ Me refiero entre otros a los que se plasman en el Artículo III, inciso 5, de la Convención Interamericana contra la Corrupción aprobada por la Ley N° 24.759, que dispone como medida preventiva la regla según la cual los sistemas de adquisición de bienes y servicios por parte del Estado deben asegurar la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas. En ese orden puede verse la opinión de Agustín Gordillo quien tiene dicho: “[...] La Constitución y el orden jurídico supranacional e internacional no sólo tienen normas jurídicas supremas, tienen también y principalmente *principios* jurídicos de suma importancia [...]”. (Cfr. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 1, Parte General, 8ª. Edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. VI-26, parágrafo 6). En el mismo sentido debe decirse que en la actual formulación de nuestro derecho administrativo no puede prescindirse de la circunstancia de que toda actuación de los órganos administrativos no solamente está subordinada al principio de legalidad, entendido el mismo como de estricta sujeción al texto legal formal, sino también a su necesaria *legitimidad* pues también debe ser oportuna, conveniente y razonable (Conforme lo hemos dejado así expuesto en nuestro trabajo: “Algunas

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

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

En el orden del derecho nacional argentino, la Ley N° 24.156 de Administración Financiera y Control del Sector Público con el propósito de dotar de cierto grado de certeza el normal desenvolvimiento contractual, establece (Artículo 15) que la inclusión en la ley de presupuesto anual de información suficiente acerca de la ejecución de una obra o la provisión de un bien o prestación de un servicio que por su envergadura económica abarque más de un período presupuestario, implica la autorización a contratar por el monto total de ese bien, obra o servicio, llevando en ello el explícito compromiso de la asignación de los recursos económicos necesarios en los presupuestos de los años siguientes que aseguren la ejecución y culminación normal de la prestación que constituye el objeto contractual. Sin embargo y en vista a que la norma tropieza con el serio inconveniente de que no existen –en principio– medios jurídicos que permitan compeler al legislador a cumplir con su compromiso de asignar anualmente los créditos presupuestarios necesarios, tampoco confiere la certeza necesaria, ni un estímulo suficiente ya que no se confiere protección legal adecuada¹².

De frustraciones análogas no quedan al margen los contratos en los cuales los recursos provienen de usuarios y beneficiarios del servicio, obra o actividad a cargo de concesionarios o licenciatarios, ya que dichos contratos, afectados por las sistemáticas

consideraciones Jurídicas acerca del Control Parlamentario del Sector Público Nacional”, en la obra colectiva: *Derecho Administrativo* –Juan Carlos Cassagne Director–, en Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1998, p. 419 y sigs., y en especial p. 421). Calificada doctrina nacional se ha ocupado del fenómeno descrito utilizando la locución *juridicidad* por considerar que ella representa la idea que se espera del accionar de la Administración pública. (Cfr. Comadira, Julio Rodolfo, “Función Administrativa y Principios Generales del Procedimiento Administrativo”, en la obra *130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación*, p. 84; y en su obra *Derecho Administrativo*, Capítulo IV, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1996, p. 115 y sigs., en especial p. 123).

¹² Decimos que en principio esto es así, pues nuestra jurisprudencia contencioso administrativa registra valiosos antecedentes de acciones que ordenan al Estado prestaciones positivas, tal como sucede en la sentencia recaída en la causa “Viceconte Mariela c/ Ministerio de Salud de la Nación” (cfr. del autor “La protección de la salud como un derecho de incidencia colectiva y una sentencia que le ordena al Estado que cumpla aquello a lo que se había comprometido”, *La Ley* 1998-F-303). Ampliar en Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 2, Capítulo III, 6ª. Edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

declaraciones de emergencia no sólo son sometidos –como ocurre actualmente– a la revisión de sus términos originales –por el impacto que en ellos produjeron los cambios habidos en la economía general del país– sino que son objeto de una constante interferencia estatal cuyas consecuencias se trasladan –fatalmente– a usuarios y beneficiarios. Cabe apuntar que en estos últimos se ha generalizado también el empleo de los fondos fiduciarios, ya que en razón de que éstos conforman en nuestra legislación un patrimonio separado de los patrimonios de los respectivos contrayentes del contrato, se intenta asegurar con ellos la adecuada asignación de los recursos que financian la ejecución de la infraestructura asociada a la prestación de un servicio público.

En ese orden de ideas, el legislador nacional ha sancionado una ley cuyo proyecto tuvo inicio en la Cámara de Diputados de la Nación, por el que crea cargos específicos como aportes a los Fideicomisos constituidos o a constituirse para el desarrollo de obras de infraestructura energética que atiendan a la expansión del sistema de generación, transporte y/o distribución de los servicios de gas natural, gas licuado y/o electricidad, delegando en el Poder Ejecutivo Nacional la facultad para fijar el valor de dichos cargos específicos y a ajustarlos en la medida que resulte necesario a fin de atender al repago de las inversiones y cualquier otra erogación que se devengue con motivo de la ejecución de dichas obras, disposición de la que nos ocuparemos más adelante.

II. Los fondos fiduciarios integrados con aportes del Estado en el derecho nacional argentino.

a. Creación y previsiones necesarias en las leyes del presupuesto del Estado.

En nuestro sistema jurídico, la Ley N° 24.156 de Administración Financiera y Control del Sector Público dispone¹³ que sus disposiciones son aplicables a los “*Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado Nacional*”. A su turno, el Artículo 5°, inciso a) de la Ley N° 25.152¹⁴ dispone: “Toda creación de organismo descentralizado, empresa pública de cualquier naturaleza y Fondo Fiduciario integrado total o parcialmente con bienes y/o fondos del Estado Nacional requerirá del dictado de una Ley”. Cabe citar que la redacción original del artículo no incluía los Fondos Fiduciarios, inclusión que es llevada a cabo por la mencionada Ley N° 25.565 que aprueba el Presupuesto de la Administración pública nacional para el ejercicio financiero del año 2002 y que –como se ha apuntado también– modificó el citado Artículo 8° de la Ley N° 24.156.

Debe repararse en la circunstancia de que si bien todo Fondo Fiduciario que se constituya parcialmente con bienes del Estado Nacional debe ser creado por ley formal

¹³ Artículo 8°, inciso d) en su redacción actual según el texto dado a dicha disposición por el Artículo 70 de la Ley N° 25.565.

¹⁴ Texto según la redacción dada por el Artículo 48 de la Ley N° 25.565.

(Artículo 5º, inciso a) Ley Nº 25.152)¹⁵ solamente resultan aplicables las disposiciones de la Ley Nº 24.156 de Administración y Control del Sector Público Nacional a aquellos en los que la titularidad de los bienes aportados corresponda al Estado Nacional en forma total o mayoritaria. La distinción en el tratamiento de ambos supuestos reviste toda lógica y se justifica en que nada amerita que no siendo mayoritario el aporte estatal se apliquen las normas que regulan el funcionamiento de la administración financiera y control del sector público, lo que no significa relevar al fiduciario de su obligación de rendición de cuentas. Las disposiciones examinadas se complementan con lo establecido en el Artículo 2º) de la mencionada Ley Nº 25.152 al disponer que la Ley de Presupuesto General de la Administración de cada ejercicio, deberá contener “[...] los flujos financieros que se originen por la Constitución y uso de los fondos fiduciarios [...]”.

La práctica de los últimos tiempos denota –como se ha mencionado– una variada utilización de este instituto, que ha adoptado diversas modalidades dentro de las distintas variantes que la doctrina ha ido clasificando, e incluso se evidencian combinaciones entre ellas¹⁶.

b. Apuntes sobre la regulación legal de los fondos fiduciarios en el derecho argentino y de su aplicación a los creados por el sector público.

Conforme con la regulación que en esta materia proviene en exclusividad en nuestro sistema jurídico del Código Civil, el dominio fiduciario configura una de las tres especies que como género constituye el dominio imperfecto¹⁷. De este último se ocupa el Artículo 2507 del citado cuerpo dispositivo estableciendo que es tal “[...] el que

¹⁵ A pesar de tan terminante disposición, se ha seguido acudiendo al dictado de reglamentos de necesidad y urgencia por parte del Poder Ejecutivo Nacional para la creación –entre otros– del Fondo Fiduciario de Desarrollo Provincial (Decreto Nº 1.299/2000 modificado por su similar Nº 676/2001). La circunstancia de que sea necesario el dictado de una ley formal para la creación de dichos fondos se justifica en la naturaleza dispositiva del patrimonio estatal del acto de integración y de la transferencia en propiedad, si bien como dominio imperfecto –como se verá seguidamente– de los bienes que el Estado aporta a la constitución del fondo fiduciario.

¹⁶ De tal suerte interesa señalar que a través del Decreto de Necesidad y Urgencia –DNU– Nº 1.299/2000, el Poder Ejecutivo Nacional, con la finalidad de fijar el marco jurídico dirigido a promover la participación del sector privado en el desarrollo de infraestructura y con un alcance federal (Art. 1º), ha creado el Fondo Fiduciario de Desarrollo de Infraestructura, el cual instituye un fideicomiso *de garantía* (Art. 4º) por un plazo de treinta (30) años –máximo autorizado por la ley– designando como sujeto *fiduciario* al Banco de la Nación Argentina, entidad bancaria de propiedad del Estado Nacional argentino, a quien le asigna la competencia de *administrar* (fideicomiso de administración) los recursos de dicho fondo con sujeción a las instrucciones que le imparta el Consejo de Administración creado por el propio decreto como órgano encargado de supervisar el cumplimiento del régimen (Art. 5º).

¹⁷ Para el estudio del régimen que en nuestro medio posee actualmente el dominio fiduciario, nos remitimos a Lisoprawski, Silvio V. - Kiper, Claudio M., “Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización”, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1996. Análogamente para un análisis del tratamiento tributario de los fondos fiduciarios nos remitimos a Hansen, Leonardo H., *Tratamiento Tributario. Fideicomisos Financieros*, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 2000.

deba resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición, o si la cosa que forma su objeto es un inmueble, gravado respecto de terceros con un derecho real”. La citada disposición debe examinarse en conjunto con los Artículos 2661 y 2662 del mismo código, que –en lo que aquí interesa– establece la primera de ellas: “[...] dominio imperfecto es el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble [...]”, en tanto que la segunda determina: “Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley” (texto del artículo según la redacción dada por la Ley N° 24.441).

En orden a ello, la Ley N° 24.441 –sancionada con el explícito propósito de hacer operativo el instituto que, según la doctrina especializada, carecía de interés práctico en nuestro medio¹⁸–, dispone en su Artículo 1°: “Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario) y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”.

La ley solamente diferencia entre “los fideicomisos financieros” y los “fideicomisos no financieros”, de modo que no adopta las clasificaciones que comúnmente realiza la doctrina de esta figura, posibilitando de ese modo que la voluntad de las partes sea la que establezca las características del negocio jurídico que bajo esta modalidad se desea celebrar¹⁹.

Me apresuro en señalar que la circunstancia de que la creación de los fondos fiduciarios públicos resida primariamente en la ley, como consecuencia de la cual se celebrará el respectivo contrato, no significa que el régimen jurídico de los bienes integrantes del fideicomiso sea diferente del que le corresponde a dichos bienes por las normas del derecho común, pues en nuestro sistema jurídico el deslinde entre las cosas que pertenecen al dominio privado y las que pertenecen al dominio público está deferido en exclusividad al legislador nacional (Art. 75, inciso 12 de la Constitución Nacional) y

¹⁸ Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil – Derechos Reales*, T. I, numeral 273, 4ª. Edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, p. 243.

¹⁹ En ese orden de cosas, señala Guastavino: “[...] los actos fiduciarios genéricos fundados en la autonomía de la voluntad se pueden conceptuar como los que determinan una modificación subjetiva de la relación jurídica preexistente y el surgimiento de una nueva relación. La modificación subjetiva en la relación preexistente consiste en la transmisión *plena* del dominio *perfecto* u otro derecho, efectuada con fines de administración, facilitación de encargos o garantía, que por sí mismos no exigirían tal transmisión. La nueva relación que surge simultáneamente con aquella transmisión consiste en la obligación que incumbe al adquirente de restituir el derecho al transmitente, o de transferirlo a una tercera persona, una vez realizada la finalidad, todo por la confianza que el transmitente dispensa al adquirente” (Guastavino, Elías P., *La Propiedad Participada y sus Fideicomisos*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1994, p. 56). Sobre la afirmación que vertimos en el texto puede también confrontarse Hansen, Leonardo H., *op. cit.*, con cita de Freire, Bettina, *El fideicomiso*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1997.

ese deslinde que establece la distinción básica en la condición legal del bien o naturaleza jurídica de las cosas es llevado a cabo por el Código Civil²⁰. Es decir que cualquiera sea la modalidad que adopte el fideicomiso integrado con bienes aportados total o parcialmente por el Estado (verbigracia; de garantía, financiero, de administración, etcétera) el régimen jurídico aplicable a esos bienes será el que le fije la legislación de derecho común.

Tal como se anticipó, la Ley N° 24.441 adoptó el criterio de que los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado tanto del patrimonio del fiduciario como del patrimonio del fiduciante (Art. 14)²¹; que los mismos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario y que tampoco podrán sufrir la agresión de los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude (Art. 15). Por su parte, los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos (Art. 15). También debe mencionarse que salvo estipulación en contrario, el fiduciario puede disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario (Art. 17)²².

En cuanto a los aportes, estos pueden consistir en toda clase de bienes, con la particularidad de que si se tratara de bienes integrantes del dominio público, corresponderá que se lleve a cabo su previa desafectación *formal* de dicho régimen y ello será teniendo en cuenta la naturaleza del bien involucrado²³. Tratándose de bienes del dominio privado del Estado la Ley N° 22.423 autoriza al Poder Ejecutivo Nacional a proceder a su enajenación cuando no sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones²⁴.

III. La creación de “cargos específicos” para atender la ampliación de la infraestructura energética.

Como más arriba se mencionó, finalmente fue sancionada la Ley N° 26.095 y su reglamentación aprobada por el Decreto N° 1.216/2006, régimen por medio de la cual se crean cargos específicos para atender –mediante aportes a fondos fiduciarios crea-

²⁰ Cfr. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. V, cuarta edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 99.

²¹ Respecto del Fondo Fiduciario de Desarrollo de Infraestructura creado por el DNU N° 1.299/2000, su Artículo 9° dispone: “[...] el patrimonio del Fondo quedará irrevocablemente afectado a la garantía de los pagos debidos bajo los contratos”.

²² En orden a ello pueden verse las distintas alternativas que prevé el Artículo 8° del aludido DNU N° 1.299/2000.

²³ Cfr. Marienhoff, Miguel S., *op. y lugar cit.*, numeral 1752, p. 222 y sigs.

²⁴ Diversas disposiciones legales y reglamentarias complementan dicho marco jurídico, tales como las contenidas en el Capítulo V (Arts. 51 a 54) de la Ley de Contabilidad (Decreto Ley N° 23.254/1956) que aún permanece vigente. (Para su análisis nos remitimos a “Ley de Administración Financiera y Control de Gestión”, *op. cit.*, p. 231 y sigs).

dos²⁵ o por crearse— al desarrollo de obras de infraestructura energética, delegando en el Poder Ejecutivo Nacional amplias facultades²⁶ para su determinación específica, montos, etcétera.

La sanción de la ley ha venido precedida de un debate en ambas Cámaras del Congreso Nacional y seguramente el análisis de la constitucionalidad del dispositivo legal ocupará tanto a la doctrina científica como el desarrollo de precedentes judiciales, ya que la disposición ciertamente tiene aristas sumamente controvertibles, aún cuando el procedimiento de financiación y pago —por lo anteriormente explicado— pueda ofrecer ventajas de seguridad considerables frente a aquellos mecanismos que no utilicen fondos fiduciarios.

Dentro de esos aspectos aparece como el principal el de la naturaleza de los señalados “cargos específicos”, los parámetros que el Poder Ejecutivo Nacional adoptará para su concreta determinación —habida cuenta la amplia delegación de facultades y subdelegación operada a través del decreto reglamentario— y quienes —en definitiva— serán los sujetos a quienes alcance la obligación de pago, obligación que habrá de subsistir hasta que se verifique la íntegra cancelación de los títulos de deuda que emitan los fideicomisos respectivos (cfr. Art. 5° Ley N° 26.095).

Si bien la norma instaura un sistema legal de financiamiento para atender el desarrollo de obras vinculadas a la infraestructura energética, que atiendan a la expansión del sistema de transporte o distribución de los servicios de gas natural, gas licuado y energía eléctrica y nada específica respecto de los sujetos a quienes alcanza, debemos asumir que serán en último término los usuarios de los servicios públicos asociados a ese desarrollo.

Lo anterior es en rigor una implicancia de lo dispuesto en el Artículo 7° de la ley sancionada y su reglamentación (ver Art. 5°, Decreto N° 1.216/2006), en cuanto establece que los sujetos encargados de la facturación y percepción de los referidos cargos específicos, serán quienes cuenten con título habilitante para actuar como generadores de energía eléctrica, transportistas o distribuidores de energía eléctrica o gas natural, por cuenta y orden de los Fideicomisos creados a tal fin y deberán incluirlos, en forma discriminada, en la factura o documento equivalente que emitan por los servicios que prestan, pero —como se aprecia— no define en términos precisos los sujetos obligados al pago.

²⁵ El Artículo 14 del Decreto Reglamentario N° 1.216/2006 establece que las disposiciones de la ley rigen también a los Fondos Fiduciarios y cargos específicos que se destinen al financiamiento de las obras constituidos por el Decreto N° 180/2004.

²⁶ Como bien lo ha señalado Juan Manuel Hubeñak, dichas facultades han sido atribuidas al Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios (cfr. del citado autor el minucioso y completo análisis que realiza en “La regulación de los mercados y segmentos del gas natural y la energía eléctrica durante la emergencia pública”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*, Separata de esta misma edición 339, disponible también en www.rapidigital.com).

A su turno, el Artículo 9º, segundo párrafo, autoriza al Poder Ejecutivo Nacional a exceptuar a las categorías de pequeños usuarios que él mismo determine, pero de nuevo incurre en idéntica omisión, aunque esto último parece revelador de quiénes son –en definitiva– los obligados al pago de los cargos que se establezcan, esto es los usuarios.

Es de señalar que el tema ya ha merecido mayores y ricos desarrollos²⁷ y que las posturas adoptadas por los legisladores que votaron a favor y en contra del proyecto sancionado, en lo relativo a la naturaleza de los referidos “cargos específicos”, es reveladora de la discusión centrada en la naturaleza jurídica de los mismos. En definitiva, la cuestión medular pasa por establecer si se trata en el caso de una extensión de la tarifa o si nos encontramos en presencia de cargos tributarios inconstitucionalmente creados²⁸.

Si a dichos cargos específicos se le asignara el tratamiento que corresponde a las contribuciones que autoriza a fijar al Congreso Nacional el Artículo 4º de la Constitución Nacional, entonces la delegación operada en términos tan laxos estaría en contradicción con los requisitos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha exigido en forma reiterada, según los cuales los aspectos sustanciales del derecho tributario no tienen cabida en las materias respecto de aquellas que la Constitución Nacional (Artículo 76) autoriza, como excepción y bajo determinadas condiciones, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo Nacional (*Fallos*: 326:4251)²⁹.

Partiendo de la base de que –a mi modo de ver– cuando el Estado no debe intervenir, el sistema más eficiente de financiamiento para la ejecución de obras es aquel que garantiza estrictamente que quienes usan o se benefician con la obra son los responsables de solventarla, corresponde mencionar que ese aspecto no está definido en la disposición sancionada, ya que no solamente será el Estado quien aplique los fondos recaudados del público usuario, sino que quienes en definitiva solventen la obra con el pago de los cargos específicos que se les impongan, pueden no ser aquellos quienes con las obras se benefician en forma directa aunque en definitiva dichas obras hagan parte de un sistema interrelacionado (verbigracia; ampliación de la capacidad de transporte en alta tensión).

²⁷ Ver Hubeñak, Juan Manuel, *op. cit.*, pp. 32-34; Eliashev, Nicolás, “Los cargos tarifarios para obras en gas y electricidad. Una etapa más en una demolición oculta”, *Jurisprudencia Argentina – Suplemento de Derecho Administrativo Año 2006-II*, Lexis Nexis, pp. 17/24. Silveti, Elena M., “Cargos específicos. ¿Tributos encubiertos?”, *Res Pública Argentina*, 2006-2, Ediciones Rap s.a., p. 43 y sigs.

²⁸ Confrontar la reseña de las diversas posiciones y dictámenes elaborados en el seno del Congreso de la Nación que realiza Hubeñak, Juan Manuel, *op. y lugar cit.*, especialmente nota 185 donde se alude al dictamen de las Comisiones del Congreso que intervinieron en el tratamiento de la ley y postura adoptada en el mismo en el sentido de que se trata de un elemento integrante de la “tarifa” que abonon los usuarios.

²⁹ “Selcro S.A. c/ Jefatura de Gabinete de Ministros Decisión Administrativa N° 55/2000 (Decretos Nros. 360/1995 y 67/1996) s/ amparo Ley N° 16.986”, del 21-10-2003. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap – Año XXVI – 310 – 83 y sigs.*, fallo anotado por Hugo Eduardo Frare bajo el título: “¿Existe la posibilidad de aplicar analógicamente los límites del Artículo 99, inc. 3º, a la delegación legislativa del Artículo 76 de la Constitución Nacional?”.

Desde ese ángulo la ley sancionada –tal como ha sido diseñada– se hallaría en contradicción con los criterios que ha dejado expuestos la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde que ha exigido la existencia de una necesaria relación entre el usuario que financia y el servicio o el beneficio que obtiene de la obra ejecutada con su aporte (*Fallos*: 314:595)³⁰.

Es cierto que desde hace algunos años y sobre la base de un *principio solidario* existen fondos específicos como el instaurado por la Ley N° 23.681 para la Provincia de Santa Cruz, en el cual –precisamente– los aportes para obras eléctricas provienen de usuarios que no están vinculados o servidos por las obras que se ejecutan con sus aportes.

Se podrá sostener –incluso– que el sistema de fondos específicos –vigente desde hace muchos años en nuestro país (verbigracia; el creado para obras viales)– no es una herramienta desconocida en nuestro medio y merced a él el Estado recauda del público aportes por vía de tributos y contribuciones que luego se aplican a financiar obras cuya ejecución de otro modo no sería posible debido a su baja o nula rentabilidad para ser financiadas por medios de tarifas, peaje o contribuciones de mejoras; pero la diferencia radica en el procedimiento de fijación y aplicación de dichos fondos que –entre otras medidas– deben ser incluidos en los presupuestos anuales y ejecutarse conforme a sus principios y controles.

Con la instauración del sistema sancionado, un conjunto de usuarios podría estar financiando obras cuyos resultados –medidos en mayor eficiencia– no se verán reflejados en el servicio que ellos propiamente reciben.

Añadidamente y sin que constituya una cuestión menor, genera una interferencia innecesaria de parte del Estado no solamente en el esquema de regulación económica, aún no definido después de la declaración de emergencia pública³¹, sino también en el desarrollo de los planes de mejora y expansión de las obras asociadas a la prestación del servicio público que puede generar –a su vez– graves inconvenientes en la dilucidación de los límites de las responsabilidades de los prestatarios que utilicen esas obras si no tienen a su cargo las obras de construcción.

Ello no significa en modo alguno que el Estado no deba por vía de la planificación y de la regulación que le corresponde dictar, establecer los criterios de asignación de prioridades en los planes de mejora y expansión de los servicios públicos o que deba dejar librado al absoluto criterio de los propios prestatarios los procedimientos de selección de sus contratistas, tal como desde hace años lo dejamos expuesto, aunque ciertamente sin mucho éxito³².

³⁰ “Nación Argentina c/ Arenera El Libertador S.R.L. s/ cobro de pesos”, del 18-06-1991.

³¹ Conforme también lo que ha dejado especialmente expuesto Nicolás Eliashev en el trabajo ya citado.

³² Cfr. Mertehikian, Eduardo, “La Regulación de los Servicios Públicos Privatizados”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 197:5 (Febrero, 1995). Solución que propugnamos también cuando tuvimos oportunidad, junto al Profesor Ismael Mata, de elaborar el Anteproyecto de Actualización de la Ley Nacional de Obras Públicas N° 13.064 por invitación que nos cursara en el año 1994 el entonces Ministerio de Justicia de la Nación y en cuya redacción y coordinación cupo importante intervención al Profesor Armando N. Canosa. Es esa la solución que adopta la Ley N° 25.551 de Compre Trabajo Argentino.

Las industrias y los segmentos del gas natural y de la energía eléctrica deben retornar a un esquema de regulación claramente definido, circunstancia que a partir de la declaración de emergencia pública el Estado no ha concretado, al menos no en forma completa y suficiente. El establecimiento de un sistema de financiamiento mediante la instauración de los así denominados cargos específicos a cargo de los usuarios profundiza aun más esa falta de definición en el esquema de planificación y regulación global que debe ser –imprescindiblemente– claro, predecible y suficientemente articulado con el esquema de desarrollo económico que se pretenda en el mediano y en el largo plazo.

Con el sistema sancionado se viene a generalizar el empleo de una herramienta útil y necesaria en ciertas circunstancias pero esa generalización puede terminar degradando la institución cuando a ella acude, indiscriminadamente, el propio Estado.

IV. Colofón.

Para ir concluyendo, puede decirse que por lo anteriormente apuntado los bienes que constituyan el patrimonio fiduciario dejarán de formar parte del dominio del Estado (fiduciante), configurando a partir de allí un patrimonio separado y afectado al cumplimiento del objeto fijado en el acto de su constitución y en el contrato de fideicomiso, obligación que recae en el sujeto fiduciario. El Estado viene a quedar así obligado a respetar la propiedad ajena, que ha dejado de ser pública³³ y que se encuentra afectada –de acuerdo con la modalidad que hubiese adoptado el fideicomiso– a financiar el cometido público cuya satisfacción se procura y que constituye el objeto del contrato que ha celebrado.

Es válido entonces que el Estado acuda al instituto del fideicomiso, pero sabiendo que se somete al régimen jurídico que lo regula, y en el que el contrato respectivo actúa como un instrumento cuyo objeto –bien vale decirlo– no se encuentra sometido al derecho público, aún cuando ciertos aspectos del proceso de formación contractual intervengan parcialmente el derecho administrativo³⁴.

El establecimiento de cargos específicos a cargo de los usuarios de servicios públicos en las condiciones establecidas por la legislación anotada, tropieza con serios y fundados inconvenientes tanto en lo relativo a su diseño, como en el orden constitucional.

³³ Tal como lo ha señalado el profesor Marienhoff, en nuestro sistema jurídico “[...] *sin ley que le sirva de fundamento, ningún bien o cosa tendrá carácter dominical [...]*” de modo que siempre es necesaria la voluntad del legislador y por lo tanto “[...] *el acto estatal que establezca la dominialidad de una cosa –cualquiera sea el origen o índole de ésta–, es siempre atributivo del carácter público del bien, nunca meramente declarativo*” (el destacado está en el texto original). Cfr. *Tratado de Derecho Administrativo*, numerales 1725 y 1726, pp. 140 y 143 respectivamente.

³⁴ De allí que a mi juicio no estén alcanzados por las disposiciones de los Artículos 8º, 9º y 10 de la Ley N° 25.561 que declaró la emergencia pública y autorizó al Poder Ejecutivo a renegociar los contratos celebrados por la Administración pública que estuvieran sometidos al derecho público. En contra parece expresarse un sector de la doctrina y así nos remitimos a Farrando, Ismael (h) –Director–, *Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2002, pp. 26/27, aunque les asiste razón cuando señalan que las sucesivas leyes de emergencia han creado un panorama incierto sobre la continuidad del funcionamiento de estos fideicomisos públicos.