



Boletín Informativo

La Uruca, San José, Costa Rica, viernes 25 de mayo del 2012. Nº 5

Opinión Jurídica : 122 - J del 14/11/2008

OJ-122-2008

14 de noviembre, 2008

Señora

Rosa María Vega Campos

Jefa de Área

Comisión Especial de Educación

Asamblea Legislativa

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Procuradora General, me refiero a su atento oficio CE 042-08 de 21 de octubre último, por medio del cual consulta el criterio de la Procuraduría General de la República, en relación con el Proyecto de Ley intitulado "Reforma al artículo 14 de la Ley de la Administración Financiera de la República y presupuestos públicos, Ley N. 8131 del 18 de septiembre de 2001", Expediente N. 17148.

De previo al análisis correspondiente, corresponde recordar que nuestra Ley Orgánica configura a la Procuraduría General de la República como un órgano consultivo de la Administración Pública. Función consultiva que se ejerce a petición de una autoridad administrativa. De ese hecho, el artículo 4º de la Ley autoriza a las autoridades administrativas a consultar el criterio jurídico de este Órgano, otorgándole la competencia correspondiente. La emisión de los dictámenes, caracterizados por su efecto vinculante, depende de que la consulta sea formulada por una autoridad administrativa competente. En el presente caso, la consulta no proviene de una autoridad administrativa, sino de una Comisión legislativa y en relación con un proyecto de ley. No obstante, que las Comisiones legislativas y los señores Diputado carecen de facultad legal para consultar, la Procuraduría ha adoptado la práctica de evacuar las consultas que éstos le planteen, como una forma de colaborar con el desempeño de las altas funciones que el ordenamiento les asigna. El pronunciamiento que así se emite, sin embargo, no puede producir efectos vinculantes, máxime cuando concierne un proyecto de ley cuya aprobación compete exclusivamente al Poder Legislativo en ejercicio de la potestad legislativa. Es por lo anterior que el presente pronunciamiento debe considerarse como una opinión consultiva.

Asimismo, cabe aclarar que el plazo de ocho días no resulta vinculante para esta Institución, por cuanto no nos encontramos ante ninguno de los supuestos previstos en el artículo 157 del Reglamento de la Asamblea Legislativa (consulta al Tribunal Supremo de Elecciones, la Universidad de Costa Rica, el Poder Judicial o una institución autónoma).

Como un medio de favorecer la educación nacional y, en particular, la educación pública, se pretende reformar el artículo 14 de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos, a efecto de que se permita utilizar el fideicomiso como medio de financiamiento para realizar obras de infraestructura para la educación pública. Se utilizaría el ahorro público a través de los fideicomisos de titularización. La pretensión es que se faculte a las partes para que realicen emisión de títulos valores para ser colocados en el mercado bursátil; el dinero que generaría la emisión se utilizaría para construir las obras requeridas.

De acuerdo con la Exposición de Motivos, no se generaría un pasivo para el Estado ni cuentas por pagar en las finanzas de la institución. Se obtendría dinero líquido, producto de la venta de los títulos valores a los inversionistas. El fideicomiso amortizaría el pago de los bonos de una manera paulatina.

Para ese efecto, se incluirían dos párrafos nuevos en el artículo 14, excluyendo de la prohibición establecida en el primer párrafo los fideicomisos de titularización en donde no se aporten fondos públicos para su constitución. Además, no se trataría de todo fideicomiso de titularización sino los constituidos para la ejecución de una obra de infraestructura o adquisición de equipo para darlo en arrendamiento con opción de compra a una institución pública. Las instituciones se encuentran autorizadas a ceder el usufructo de bienes inmuebles durante la duración del contrato de fideicomiso y aportar los recursos materiales que sean necesarios.

La titularización de activos constituye un mecanismo de financiamiento de las empresas. Se pretende autorizar a los organismos públicos para su realización por medio de fideicomisos. El punto es que activos pueden ser utilizados en esa operación y, en particular por los organismos encargados de la educación pública.

A- LA CREACION DE FIDEICOMISOS POR LOS ENTES PUBLICOS

El fideicomiso es un negocio jurídico comercial financiero, de naturaleza fiduciaria y dirigido a crear un patrimonio de afectación. Esta creación justifica que los entes públicos requieran una autorización legal para constituir fideicomisos.

1. Un negocio comercial dirigido a crear un patrimonio de afectación

El contrato de fideicomiso tiene como objeto la creación de un patrimonio autónomo para el cumplimiento de determinados fines. En ese sentido, es un negocio traslativo de la propiedad para disponer de bienes o derechos dentro

de los límites y con sujeción a las modalidades previstas para el cumplimiento de determinados fines. Empero, se trata de una propiedad imperfecta o limitada. El fideicomiso se constituye para la ejecución de un encargo respecto de un bien, por lo que la facultad de disposición del fiduciario es reducida.

En ese orden de ideas dispone el artículo 633 del Código de Comercio:

“Por medio del fideicomiso el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos; el fiduciario queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo”.

El fideicomiso entraña la transmisión de derechos, tanto reales como personales, al fiduciario para que los destine al cumplimiento de un fin que es determinado en el acto constitutivo. El contrato de fideicomiso tiene su origen en el “*trust*” anglosajón entendido como sistema de doble propiedad fundamentado en la confianza. En este caso específico el “*trust*”, concepto que ostenta múltiples acepciones, refiere a la operación mediante la cual el propietario de bienes o derechos, los coloca en situación de confianza, en manos de un tercero -*trustee*-, quien a su vez debe darle a la propiedad el destino convenido. El *trustee* aparece ante terceros como dueño de los bienes o derechos, aun y cuando su poder sobre ellos está determinado en el acto constitutivo.

La nota característica de este contrato es la transferencia de la propiedad del bien o derecho sobre el que recae el negocio a título fiduciario. Es un negocio traslativo de la propiedad para disponer de bienes dentro de los límites y con sujeción a las modalidades previstas para el cumplimiento de los fines. Empero, se trata de una propiedad imperfecta o limitada. No puede desconocerse, al efecto, que las facultades del fiduciario son restringidas y, particularmente, que le está prohibido dar al bien traspasado un destino diferente del determinado en el acto constitutivo. El fideicomiso se constituye para la ejecución de un encargo respecto de un bien. En ese sentido, la facultad de disposición del fiduciario es reducida.

El fideicomitente transmite la propiedad en fiducia. En consecuencia no se trata de un traspaso que genere una propiedad absoluta del fiduciario. Obsérvese que desde el punto de vista legal, el fiduciario tiene la administración de los bienes en los términos en que el Código de Comercio y el acto constitutivo del fideicomiso disponen. Por consiguiente, no tiene la propiedad absoluta de los bienes y derechos en el fideicomiso. Es precisamente, porque la propiedad fideicomitente no se transmite en forma absoluta, que el fiduciario carece de una facultad de disposición libre.

El patrimonio fideicometido es un patrimonio autónomo, por lo que no puede ni debe confundirse con el patrimonio del fideicomitente, del fiduciario o del fideicomisario: es independiente de los patrimonios de las partes del contrato. Son bienes separados del resto del activo, lo que implica cuentas separadas; pero, además, dichos bienes están excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciario, por cuanto solo responden por las obligaciones derivadas del fideicomiso. Lo que reafirma que el patrimonio del fideicomiso debe utilizarse exclusivamente para los fines establecidos en el acto constitutivo y dentro de los límites establecidos por la ley.

Al respecto, el Código de Comercio dispone:

“ARTÍCULO 634.-

Pueden ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes o derechos que legalmente estén dentro del comercio. Los bienes fideicometidos constituirán un patrimonio autónomo apartado para los propósitos del fideicomiso". (La cursiva no es del original).

El principio de la autonomía patrimonial significa que los bienes o derechos fideicometidos son los únicos recursos que pueden y deben utilizarse para la consecución de los fines del fideicomiso. Se trata de la afectación de un patrimonio a un determinado fin: una unidad completa y autosuficiente en sí misma. De modo tal que el patrimonio en cuestión no podría ser perseguido por deudas que contraiga el fideicomitente, el fiduciario o el fideicomisario -o viceversa-, excepto si el fideicomiso se ha constituido en fraude de los acreedores, según los términos que al efecto dispone el artículo 658 del Código de Comercio.

El contrato de fideicomiso normalmente cuenta con tres partes: el fideicomitente quien es el propietario de los bienes o derechos que se traspasan, el fiduciario quien recibe los bienes para la realización de los fines lícitos establecidos en el acto constitutivo y el fideicomisario o beneficiario del contrato de fideicomiso. No obstante, en el fideicomiso por titularización pueden intervenir más partes, consecuencia misma de la operación que se realiza.

El fideicomiso es detalladamente regulado tanto por el acto constitutivo, en el que se establecen sus fines, como por la ley. La actuación del fiduciario debe traducirse en el buen manejo del capital fideicometido y, por ende, en la garantía de la exitosa realización de los fines del fideicomiso.

El contrato de fideicomiso es un contrato de naturaleza eminentemente privada en tanto su regulación se encuentra establecida en el Código de Comercio. Al constituir este contrato, las partes se someten a la legislación correspondiente, salvo disposición legal que ampare lo contrario. Además, los contratos que realice el fideicomiso son, en principio, operaciones sujetas al Derecho Privado. No obstante, en tratándose de fideicomisos constituidos por los organismos públicos, esa sujeción debe ser matizada.

2. La constitución de fideicomisos por organismos públicos

Los fideicomisos constituidos por organismos públicos regidos por la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos deben sujetarse a lo dispuesto en el artículo 14 de dicha Ley:

“ARTÍCULO 14.-

Sistemas de contabilidad

Los entes establecidos en el artículo 1 no podrán constituir fideicomisos con fondos provenientes del erario de no existir una ley especial que los autorice. Dicha ley regulará las condiciones generales que se incluirán en el contrato de fideicomiso. Estos entes se sujetarán a la legislación vigente en lo relativo a la contratación tanto de bienes y servicios como del recurso humano necesario para la consecución de los objetivos. Asimismo, dichos contratos de fideicomiso serán de refrendo obligado por parte de la Contraloría General de la República, la cual, para todos los efectos y en acatamiento del mandato constitucional, deberá fiscalizar el uso correcto de los dineros, aprobar los presupuestos de ingresos y egresos, así como emitir las directrices atinentes a procurar un manejo sano de ellos”

La necesidad de una norma legal especial que autorice la creación del fideicomiso es manifestación del principio de legalidad, de acuerdo con el cual la Administración sólo puede realizar los actos que están expresamente autorizados por el ordenamiento jurídico. Por lo que puede establecerse que los entes públicos sólo pueden constituir fideicomisos si una norma legal expresamente los autoriza, máxime que el fideicomiso permite que un tercero participe en la administración de parte de su patrimonio.

Así, el principio es que los organismos sujetos a la Ley 8131 requieren de una autorización legal, norma expresa, para constituir fideicomisos. Para la creación del fideicomiso, el organismo debe sujetarse a la legislación sobre contratación administrativa y una vez suscrito el contrato de fideicomiso, debe someterlo a refrendo de la Contraloría General de la República. Lo cual impide que el fideicomiso se convierta en un mecanismo para obviar el régimen relativo a la administración de los recursos públicos. En ese sentido y a través de una prohibición implícita de crear fideicomisos sin ley, el artículo 14 es una norma de protección de los fondos públicos. Norma que establece cómo se crearán y operarán los fideicomisos pero que no autoriza la constitución de ningún fideicomiso. Antes bien, remite al legislador para que autorice dicha constitución. Se sigue de lo expuesto que el artículo 14 no es el fundamento de la constitución de un fideicomiso por parte de un organismo público. Debe existir, entonces, otra norma legal que autorice esa constitución y regule cómo se regirá el nuevo fideicomiso.

Empero, le está prohibido al legislador autorizar a los órganos del Estado (en concreto, del Poder Ejecutivo) la constitución de fideicomisos que impliquen un desconocimiento del principio de caja única, como sucede con los fideicomisos de inversión (dictamen C-297-2005 de 18 de agosto de 2005).

Las disposiciones del artículo 14 tienden a evitar, además, la burla de las reglas que rigen el empleo público e incluso de normas sobre competencia. No puede dejarse de lado, al respecto, que Administraciones Públicas han delegado el ejercicio de su competencia en fideicomisos o han encargado a estos la prestación indirecta de los servicios públicos que le corresponde gestionar al ente.

Fuera de estas disposiciones referidas al manejo de los fondos públicos, el operar del fideicomiso constituido por un ente público se rige por la ley de creación y supletoriamente por el Código de Comercio. Ello aún cuando no se indique en el articulado de la ley correspondiente.

Cabe recordar, por demás, que el artículo 14 se aplica a todos los organismos cubiertos por la Ley de la Administración Financiera y Presupuestos Públicos. Solo por norma expresa emitida con posterioridad a la vigencia de la Ley 8131 de cita cabría excepcionar un organismo de la aplicación del artículo 14 de mérito. El proyecto de ley pretende modificar dicha situación.

B. UN FIDEICOMISO DE TITULARIZACIÓN SOBRE BIENES PUBLICOS

El proyecto de ley tiene como objeto permitir a los organismos cubiertos por la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos la suscripción de fideicomisos de titularización. Esa autorización surtiría efectos en tanto se cumplan ciertas condiciones, entre ellas la no constitución con fondos públicos y que el objeto sea la ejecución de una obra o la adquisición de un equipo que pueda ser dado en arrendamiento con opción de compra a una institución pública. Lo que nos obliga a referirnos a la titularización como proceso de financiamiento y a las condiciones que se proponen.

1. El fideicomiso de titularización

El desarrollo del mercado de capitales ha originado un tipo particular de operaciones de financiamiento del sector empresarial: la titularización.

La titularización es un mecanismo que permite recurrir al mercado de capitales para obtener un financiamiento que se requiere sin recurrir a la intermediación financiera. Implica la emisión de bonos u obligaciones para ser colocados en inversionistas institucionales. Es por ello que ha sido definida como el mecanismo que permite “transformar en efectivo activos fijos o de lenta rotación, o flujos cuyos ingresos se espera, a través de la emisión y colocación en el mercado de títulos homogéneos, respaldadas en un patrimonio autónomo constituido en la transferencia previa de aquellos”. Sergio Rodríguez Azuero: **Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina**, Legis, 2005, p. 508.

Los activos se transforman en valores negociables en el mercado de valores, posibilitando obtener liquidez en mejores condiciones que si se acudiera al crédito. Los valores deben ser negociables en el mercado secundario y, por ende, pueden ser adquiridos por los inversionistas en forma directa.

Este mecanismo no es exclusivo de la actividad bancaria ni de los fideicomisos pero puede ser llevado a cabo bajo un esquema fiduciario. Por ello se habla del fideicomiso de titularización.

La titularización adopta el esquema fiduciario cuando determinados activos se transfieren en fideicomiso a efecto de que constituyan un patrimonio separado y con base en él se emitan los valores. El patrimonio fiduciario respalda el pago de los derechos conferidos a los titulares de los valores emitidos con cargo a dicho patrimonio. Ese patrimonio es generalmente no transable o de lenta rotación (cartera de créditos o de cuentas por cobrar, inmuebles) pero a través de esta operación se le da forma de instrumento transable en el mercado (emisión y colocación de valores). La transferencia de ese activo implicará una inversión en el fideicomiso con la posibilidad de que esos derechos fiduciarios se transformen en efectivo.

La figura presupone, entonces, que una persona tiene activos movilizables, activos de lenta rotación o activos inmovilizados como los bienes inmuebles o expectativas derivadas de la capacidad operacional de la empresa respecto de los cuales se espera recibir ingresos en el futuro derivados de la actividad (flujos de caja). Se pretende que esos activos se conviertan en recursos líquidos para solucionar las necesidades de financiamiento.

El inversionista puede ser público o privado. Si es privado, podremos hablar de que los recursos líquidos son obtenidos de la inversión de recursos privados en valores emitidos bajo esquema de titularización.

Un esquema a que podrían recurrir los organismos públicos según el proyecto de ley, a condición de que se cumplan ciertas condiciones.

2. Un fideicomiso de titularización sin aporte de fondos públicos

El proyecto pretende autorizar los fideicomisos de titularización a condición de que no sean constituidos con aporte de fondos públicos. Ergo, los fideicomisos tendrían que ser constituidos con aportes de recursos privados, lo que implica que los activos que se titularizarían no son públicos.

El fideicomiso de titularización supone la existencia de activos financieros que pueden ser transformados en valores. Estos activos pueden ser una cartera de crédito, cartera de cuentas por cobrar, inmuebles, flujos de caja futuros, contratos de arrendamiento.

Como el proyecto de ley autoriza la constitución de fideicomisos de titularización por parte de organismos públicos, tendríamos que el organismo público tendría que aportar un activo para que constituya la propiedad fiduciaria. Es de advertir que si el organismo aporta un activo de su propiedad necesariamente está realizando un aporte con fondos públicos. Cabe recordar que los bienes propiedad de las Administraciones Públicas son fondos públicos y forman parte de un patrimonio público, ergo de la Hacienda Pública. El concepto de fondos públicos está referido a todos los bienes, recursos, valores que son patrimonio de un organismo público. Dispone el artículo 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República:

"FONDOS PUBLICOS Fondos públicos son los recursos, valores, bienes y derechos propiedad del Estado, de órganos, de empresas o de entes públicos".

Sobre los alcances de este artículo, indicamos en la Opinión Jurídica OJ-107-98 de 17 de diciembre de 1998:

"Podría afirmarse que el concepto de "fondos públicos" es indeterminado, en cuanto existe un núcleo que nos permite determinar que cierto bien es fondo público, pero el alcance del concepto es también difuso y depende de cada ordenamiento. En nuestro caso, es el artículo 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, el que pretende normar y definir los fondos públicos. Dispone dicho artículo:

"Fondos públicos son los recursos, valores, bienes y derechos propiedad del Estado, de órganos, de empresas o de entes públicos".

El elemento determinante de la publicidad del fondo es de carácter orgánico. En efecto, es determinante la titularidad de un organismo público, sea este órgano o ente o bien esté organizado bajo formas de Derecho Público o de Derecho Privado. Lo importante es que el organismo de que se trate pueda ser conceptualizado, de conformidad con los principios que rigen el ordenamiento, como público. En ese sentido, todos los bienes y derechos de la organización pública serán públicos.

Parafraseando a Jacques Magnet al referirse al concepto (Comptabilité publique, PUF, Paris, 1978, p.36), los elementos integrantes del concepto fondo público son tres: los fondos y valores, la posesión de éstos por parte de organismos públicos y el hecho de que esa posesión se ejerce a título de propiedad. De lo que se desprende que no todo bien o servicio que esté a cargo del organismo público podría ser considerado para efectos del concepto "fondo público" como tal.

El término "recursos" podría ser entendido como todos los medios de pago de curso legal y poder liberatorio y las cuentas bancarias correspondientes. Valores comprende el portafolio que al respecto posea el organismo: bonos, certificados, obligaciones, acciones, etc.; es decir títulos que sean negociables. Puesto que la Ley habla de bienes y

derechos, habría que entender que "bienes" está referido a los materiales distintos de los antes indicados y los derechos reales de dichos organismos.

En tanto derechos se refiere en general a los bienes inmateriales que pueda poseer el organismo, en particular los créditos a su favor.

En el plano orgánico, interesa resaltar que para efectos de la Ley, la naturaleza jurídica del organismo y concretamente cuando se está en presencia de empresas públicas, es irrelevante. En consecuencia, debe concluirse que los recursos, valores, bienes y derechos de las empresas públicas organizadas como sociedades anónimas son fondos públicos, sometidos al régimen jurídico correspondiente”.

Se sigue de lo expuesto que si una Administración Pública tiene interés en constituir un fideicomiso, para lo cual constituye un patrimonio separado, necesariamente debe hacerlo con fondos públicos. Sencillamente, todo su patrimonio lo es.

La condición que se establece hace, entonces, inaplicable la excepción que se pretende, puesto que esa excepción se dirige a organismos que sólo pueden aportar fondos públicos.

Si de “fondos privados” puede hablarse es de los fondos que se invierten en los títulos emitidos por el fideicomiso y ello en la medida en que los inversionistas sean privados. Por demás, estos fondos de origen privado pasarán a ser fondos públicos cuando ingresen al patrimonio de un organismo público.

3. El activo transferido no puede ser un bien demanial

Dado que la reforma legal tiene como objeto financiar la infraestructura en el sector educativo, cabría considerar que el activo movilizable no será ni flujo de caja ni cartera de préstamos o de valores. Probablemente se trate de inmuebles o de deuda pública.

Para el caso de que se esté en presencia de un inmueble, debe tomarse en cuenta que este no esté afecto a un servicio público. Particularmente, no podría ser la escuela o colegio. El otorgar el inmueble afecto a la escuela o colegio en patrimonio fiduciario podría conducir a la desafectación de hecho del inmueble, al incumplimiento del fin público o en su caso, se obstaculizaría la realización del fin público correspondiente.

En igual forma, debe resultar claro que si un terreno no construido se aporta para constituir el fideicomiso, no debe estar destinado a un fin público.

Lo anterior es importante porque el proyecto autoriza a las instituciones públicas (término que excluye a las corporaciones públicas) a ceder el usufructo de bienes inmuebles durante el plazo del contrato de fideicomiso. El fideicomiso puede recibir el derecho de uso de terrenos en el tanto en que no estén afectos a un fin público. Nótese que a partir de que el fideicomiso recibe ese derecho de uso en propiedad fiduciaria puede destinarlo al fin del fideicomiso, que no necesariamente coincide con el fin propio del inmueble. Se trata de un aspecto que debe quedar aclarado.

Partimos, en todo caso, de que no se trata de que el Estado dé en usufructo el inmueble para que allí se construya la escuela o colegio y luego este sea alquilado al Estado. En cuyo caso, el Estado alquilaría una edificación construida en su propio terreno, lo que obligaría a diferenciar entre la propiedad del terreno y la propiedad de la edificación. Posibilidad excluida por definición cuando se está en presencia de bienes de dominio público. Sencillamente dar en usufructo un bien demanial implicaría una desafectación material del bien.

4. El fin del fideicomiso

De acuerdo con la excepción, se constituiría un fideicomiso para ejecutar una obra de infraestructura o adquirir equipo, que sería dado en arrendamiento con opción de compra a una institución pública.

El fideicomiso tendría como objeto ejecutar obras o adquirir equipo no para su propio uso sino para darlo en arriendo. El equipo o la obra serían propiedad del fideicomiso (lo que implica que la obra no podría ser una carretera, un puerto o un aeropuerto nacional). Este financiaría su adquisición o construcción y luego se lo arrendaría con opción de compra a una entidad pública. Esta sería arrendataria del equipo o del inmueble, teniendo la opción de compra.

Bajo esa modalidad, entonces, una escuela o colegio públicos podría realizar sus actividades en una edificación arrendada al fideicomiso. La edificación sólo pasaría a ser propiedad pública cuando se ejerza la opción de compra.

5. La autorización del Ministerio de Hacienda

Los fideicomisos de titularización requerirían la autorización del Ministerio de Hacienda. Esa autorización sería necesaria para que se garanticen los recursos necesarios para cumplir las obligaciones adquiridas. Es decir, porque el Ministerio de Hacienda debe presupuestar los recursos para cumplir obligaciones financieras derivadas del fideicomiso.

En primer término, es necesario recordar que el artículo 14 tiene un ámbito de aplicación determinado por el artículo 1 de la propia Ley 8131. Conforme este artículo, la Ley se aplica no sólo a la Administración Central sino también a los entes descentralizados y a las empresas públicas. Entidades que tienen un presupuesto propio, el cual les permite hacer frente a las distintas obligaciones en que puedan incurrir. Además, esas entidades gozan de autonomía administrativa y en algunos casos de autonomía política (entes autónomos). Consecuentemente, no existe fundamento para imponerle al Ministerio de Hacienda la obligación de garantizarles recursos para el cumplimiento de sus obligaciones. Solicitar autorización del Ministerio de Hacienda implicaría, bajo esas condiciones, una limitación a la autonomía administrativa propia de todo ente, lo que sería particularmente grave en tratándose de entes autónomos.

Por el contrario, cabe afirmar que la autorización del Ministerio de Hacienda y la garantía del aporte de recursos sólo se justifica cuando las entidades descentralizadas o las empresas públicas financian su funcionamiento u operación con transferencias del Presupuesto de la República.

En segundo lugar, no queda claro si “los recursos necesarios para cumplir las obligaciones” califica el aporte de recursos materiales al fideicomiso, si se refiere al pago del arrendamiento del equipo o de la obra construida o a las obligaciones que se incurre con los inversionistas.

6. Los fideicomisos de titularización se sujetan al Derecho Público.

La reforma al artículo 14 tiende a permitir, como se indicó, los fideicomisos de titularización. Es respecto de esa figura que se legisla. Pero ese reconocimiento expreso de la titularización no implica en forma absoluta la desprotección de los fondos públicos.

Como se indicó, los fideicomisos de titularización requieren aportes en fondos públicos. Esa presencia justifica un tratamiento de Derecho Público. Es por ello que el tercer párrafo del artículo 14 permitiría que los fideicomisos se sigan rigiendo como lo establece actualmente ese numeral. Es decir, con sujeción a la legislación vigente en la materia de contratación administrativa, el sometimiento a las normas relativas a la contratación de servidores y el control de la Contraloría General de la República.

CONCLUSION

Por lo antes expuesto, es criterio no vinculante de la Procuraduría General de la República que:

1. El fideicomiso constituye un contrato de índole comercial, por el cual se crea un patrimonio “separado” destinado exclusivamente al cumplimiento de los fines del fideicomiso.

2. La Administración Pública puede recurrir a este mecanismo, sujetándose a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos.

3. Dicha disposición tiene como objeto proteger los fondos públicos. Naturaleza que tienen todos los bienes, valores, recursos financieros que pertenecen a un organismo público cubierto por dicha Ley.

4. Se sigue de lo expuesto que si una Administración Pública separa un patrimonio para crear un fideicomiso, necesariamente debe hacerlo con fondos públicos, porque esta es la naturaleza de su patrimonio y capital.

5. El proyecto de ley de modificación al artículo 14 de mérito pretende autorizar los fideicomisos de titularización, a condición de que no sean constituidos con aporte de fondos públicos.

6. La condición que se establece hace, entonces, inaplicable la excepción que se pretende, puesto que esa excepción se dirige a organismos que sólo pueden aportar fondos públicos.

7. El fideicomiso de titularización supone la existencia de activos financieros que pueden ser transformados en valores. Estos activos pueden ser una cartera de crédito, cartera de cuentas por cobrar, inmuebles, flujos de caja futuros. Por lo que el organismo interesado en la constitución del fideicomiso tendría que aportar uno de esos activos para constituir la propiedad fiduciaria.

8. Los bienes que se transfieren en el patrimonio fiduciario no deben ser bienes demaniables ni estar afectos a un servicio público. El traspasar un bien afecto a un fin público podría conducir a la desafectación de hecho del inmueble, al incumplimiento del fin público o en su caso, se obstaculizaría la realización del fin público correspondiente.

9. La constitución de fideicomisos por parte de los entes descentralizados y empresas públicas solo puede sujetarse a autorización del Poder Ejecutivo, cuando esas entidades financian sus actividades o parte de ellas con recursos del Presupuesto del Estado.

10. Por consiguiente, la autorización del Ministerio de Hacienda procede sólo cuando se trata de obligaciones financiadas por el Presupuesto del Estado.

11. Debe aclararse el objeto de la cesión del usufructo de los bienes inmuebles, así como prohibir dicha cesión en tratándose de inmuebles afectos a un fin público.

Atentamente,

Dra. Magda Inés Rojas Chaves

Procuradora Asesora

MIRCH/Kjm