

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA MADRE Y MAESTRA
RECINTO SANTO TOMÁS DE AQUINO
Vicerrectoría de Post grados y Maestrías
Facultad de Ciencias Sociales y Administrativas
Maestría en Derecho de los Negocios Corporativos



Tema:

**El fideicomiso como herramienta legal y estratégica para el
financiamiento de proyectos en la República Dominicana**

Presentado por:

María Altagracia Aponte Cedeño

2018-5658

Memoria Final

Asesor Metodológico:

Miguel Ángel Díaz Villalona

Asesor Contenido:

Dr. Enmanuel Cedeño-Brea

Santo Domingo, D. N., República Dominicana

13 de julio de 2020

Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra
Decanato de Postgrado CSTA Centro de Desarrollo Profesional
Maestría en Derecho de los Negocios Corporativos

**El fideicomiso como herramienta legal y estratégica para el
financiamiento de proyectos en la República Dominicana**

“Yo, María Altagracia Aponte Cedeño, a través del presente documento, autorizo a la Biblioteca de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra a reproducir total o parcialmente mi tesis, tanto en soporte físico como digital, y a ponerla a disposición del público, mediante cualquier medio conocido (físico, en línea) o por conocer. Cualquier reproducción de este documento no debe ser para uso comercial o de lucro.

Asimismo declaro, en mi calidad de autor de esta obra, que cedo de manera formal, gratuita, permanente y absoluta a la PUCMM todos los derechos patrimoniales, de forma no exclusiva, que ostento sobre mi creación, pudiendo expresamente la PUCMM explotarla a su mejor conveniencia, recibiendo si así fuere el caso, regalías por usos onerosos; que como autor exonero a la PUCMM de cualquier responsabilidad por reclamos en contra de lo creado y que autorizo a que la misma sea protegida mediante las vías que a tales fines establece la ley, indicando siempre mi calidad de autor”.

Fecha: 13 de julio de 2020. Firma del autor: _____



AGRADECIMIENTOS

A Dios,

Porque sin su aliento y ayuda no habría podido alcanzar este logro profesional.

A mis padres,

Marco Aponte y Cevera Cedeño, por inspirarme a la consecución de mis metas de vida, por su apoyo emocional y económico.

A mis hermanos,

Especialmente a Claritza Aponte, por siempre apostar a mí, y por comprender cada una de las decisiones tomadas. Marcos Alexander Aponte, por ser una de las razones claves de este proyecto.

A mis amigas,

Sorangel Inirio y Carolina Moreno, por sus constantes oraciones y soporte espiritual.

A mis asesores,

Los señores Miguel Ángel Díaz Villalona y Enmanuel Cedeño-Brea, por dedicar de su tiempo y conocimientos para que este trabajo resulte de provecho a la comunidad académica y jurídica.

TABLA DE CONTENIDO

1. CAPITULO I: INTRODUCCIÓN	1
1.1 Antecedentes del problema	3
1.2 Descripción del problema	7
1.3 Preguntas de investigación	8
1.4 Objetivos	8
1.4.1 Objetivo general	8
1.4.2 Objetivos específicos	8
1.5 Ideas a sustentar	9
1.6 Justificación de la investigación	9
1.7 Limitaciones y delimitaciones de la investigación	11
2. CAPITULO II: MARCO TEÓRICO	13
2.1 Aspectos generales del fideicomiso	13
2.2 El fideicomiso en la República Dominicana.....	16
2.2.1 El acto de fideicomiso	17
2.3 La necesidad de financiamiento para la ejecución de proyectos en la República Dominicana	22
2.3.1 Alianzas Público-Privadas [APP]	24
2.3.2 Técnica del <i>Project Finance</i>	29
2.4 Conflictos de interés entre el Estado y el sector privado	32
2.5 El fideicomiso como herramienta legal y estratégica para el financiamiento de proyectos	35
3. CAPITULO III: METODOLOGÍA	38
3.1 Tipo de investigación	38
3.2 Diseño de la investigación	38
3.3 Estrategias metodológicas	38
3.3.1 Presupuestos epistemológicos: paradigmas	39
3.3.2 Métodos a utilizar	39
3.3.3 Fuentes de información	39

3.3.4 Técnicas de recolección de información	39
4. CAPITULO IV: LA NECESIDAD DE FINANCIAMIENTO PARA LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS EN LA REPÚBLICA DOMINICANA..	41
4.1 <i>Project Finance</i>	41
4.1.1 Características del <i>Project Finance</i>	44
4.2 Factores económicos, políticos y sociales que propician el financiamiento de proyectos	49
4.3 Alianzas Público-Privadas (APP)	55
4.3.1 Contrato de Alianza Público-Privada	62
4.3.2 Elementos del Contrato de Alianza Público-Privada	64
5. CAPITULO V: CONFLICTOS DE INTERÉS ENTRE EL ESTADO Y EL SECTOR PRIVADO EN LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS	73
5.1 Aspectos generales del Fideicomiso	73
5.2 Problemática entre los intereses del Estado y el sector privado	79
5.2.1 Problemas de agencia	80
5.2.2 Asimetría de información	82
5.2.3 <i>Hold-up problem</i>	84
5.2.4 Teoría de la imprevisión	88
5.2.5 Hecho del príncipe	91
5.3 El Fideicomiso como herramienta legal y estratégica para regular las relaciones entre el Estado y el sector privado	94
5.4 Posibles soluciones aplicables a los desafíos en el caso de la República Dominicana	105
6. CAPITULO VI: CONCLUSIONES	110
7. Referencias bibliográficas	114
8. Anexo A	122

ÍNDICE ESPECIAL

Figura No. 1 – Modelo de un <i>Project Finance</i>	49
Tabla No. 1 – Modelo típico de asignación de riesgos en un proyecto carretero	67

GLOSARIO

Alianza Público Privada [APP]: Es el mecanismo por el cual agentes públicos y privados suscriben voluntariamente un contrato de largo plazo, como consecuencia de un proceso competitivo, para la provisión, gestión u operación de bienes o servicios de interés social en el que existe inversión total o parcial por parte de agentes privados, aportes tangibles o intangibles por parte del sector público, distribución de riesgos entre ambas partes, y la remuneración está asociada al desempeño del activo¹.

Cláusula *rebus sic stantibus*: Es aquella cláusula en virtud de la cual el cumplimiento del contrato se sujeta a la condición de que se mantengan las mismas circunstancias bajo las cuales se prestó el consentimiento, es decir, que si por cualquier causa dichas circunstancias sufrieran alguna alteración la parte afectada tendría derecho a modificarlo o rescindirlo².

Fideicomiso: Es el acto mediante el cual una o varias personas, llamadas fideicomitentes, transfieren derechos de propiedad u otros derechos reales o personales, a una o varias personas jurídicas, llamadas fiduciarios, para la constitución de un patrimonio separado, llamado patrimonio fideicomitado, cuya administración o ejercicio de la fiducia será realizada por el o los fiduciarios según las instrucciones del o de los fideicomitentes, en favor de una o varias personas, llamadas fideicomisarios o beneficiarios, con la obligación de restituirlos a la extinción de dicho acto, a la persona designada en el mismo o de conformidad con la ley³.

¹ República Dominicana. Ley No. 47-20 sobre Alianzas Público-Privadas en la República Dominicana. Artículo 4, numeral 6.

² TRENADO, Ricardo Alonso, 2020. El Tribunal Supremo reinterpreta la cláusula “*rebus sic stantibus*”. En: *Abogados en Red* [en línea]. Disponible en: <https://abogadosenred.es/rebus-sic-stantibus/>[fecha de consulta 28 de junio de 2020].

³ República Dominicana. Ley No. 189-11 sobre el desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana. Artículo 3.

Hold-up problem: El problema de retención es aquel que ocurre si antes de una decisión comercial, las ganancias pueden mejorarse mediante inversiones específicas de la relación.⁴

Iniciativas Privadas de Finanzas o *Private Finance Initiative [PFI]:*

El PFI es una política gubernamental diseñada para aumentar la participación del sector privado en la provisión de servicios públicos. Un PFI implica transferir los riesgos asociados con los proyectos de servicio público al sector privado en parte o en su totalidad.⁵

Financiamiento de proyectos o *Project Finance:* Es una técnica de provisión de fondos para un propósito de inversión, que genera los flujos de caja futuros para atender al pago de su deuda o compromisos asumidos⁶.

Entidad de Propósito Especial (SPE) o *Special Purpose Vehicle [SPV]:* Un vehículo de propósito especial, también llamado entidad de propósito especial, es una entidad legal creada por una empresa [conocida como el patrocinador u originador] mediante la transferencia de activos al SPV, para llevar a cabo un propósito específico, o actividad circunscrita, o una serie de transacciones determinadas. Los SPV no tienen otro propósito, que las transacciones para las que fueron creados [la traducción es nuestra].⁷

⁴ SCHMITZ, Patrick W. *On simple contracts, renegotiation under asymmetric information, and the hold-up problem* [en línea]. 2002, 11 [fecha de consulta 06 de julio de 2020]. Disponible en: https://mpr.ub.uni-muenchen.de/12530/1/MPRA_paper_12530.pdf

⁵ ALLEN, Grahame. *The Private Finance Initiative - PFI* [en línea]. 2001, [fecha de consulta 06 de julio de 2020]. Disponible en: <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/rp01-117/>

⁶ MORENO MEZA, Néstor y MONSALVE LÓPEZ, Carlos Humberto. *Ventajas de la utilización del Project Finance para la conformación de proyectos de infraestructura de países en desarrollo: Estudio de casos del sector energético en Colombia* [en línea]. 2014, 3-4 [fecha de consulta 28 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/329168971_VENTAJAS_DE_LA_UTILIZACION_DEL_PROJECT_FINANCE_PARA_LA_CONFORMACION_DE_PROYECTOS_DE_INFRAESTRUCTURA_DE_PAISES_EN_DESARROLLO_ESTUDIO_DE_CASOS_DEL_SECTOR_ENERGETICO_EN_COLOMBIA

⁷ GORTON, Gary y SOULELES, Nicholas S. *Special Purpose Vehicles and Securitization* [en línea]. 2005, 1 [fecha de consulta 06 de julio de 2020]. Disponible en:

Criterio de valor por el dinero o *Value for money*: Este criterio sirve para mostrar al Estado la conveniencia de celebrar un contrato de APP, pese al mayor costo que genera esta contratación comparado con la contratación tradicional, pero que no obstante a lo anterior, suponga mejor calidad y eficiencia que la que conseguiría la Administración Pública si decidiera realizar el proyecto de manera directa.

RESUMEN

En esta investigación, se determina la necesidad de financiar las obras y servicios que requiere un país, mediante la participación de las Asociaciones Público-Privadas [APP] para la consecución de las necesidades actuales de la sociedad. En ese tenor, se comprueba que la iniciativa privada es fundamental para el desarrollo social y económico de un Estado. A su vez, se resalta el uso que los países desarrollados le han dado al *Project Finance*, como técnica de financiación que permite generar los flujos de fondos del proyecto, y cuyos riesgos están afectados al propio negocio. De esta manera, el impulso de las Asociaciones Público-Privadas, y que estas puedan tener acceso a *Project Finance*, permitirá que la responsabilidad de la deuda que se contrae no pase sobre el ente estatal, contribuyendo a no sobrecargar al Estado. De lo anterior, se derivan conflictos de intereses entre el Estado y el agente privado en la administración y gestión de los recursos desembolsados para la ejecución del proyecto público, y en la toma de decisiones imparciales. En ese tenor, nuestras ideas de sustentación constatan que el fideicomiso es la figura ideal, que confiere mayor seguridad jurídica para las partes, porque permite arbitrar intereses diversos de manera imparcial y eficaz. En consiguiente, se llegó a la conclusión de que el Estado necesita establecer una estructura y un procedimiento en base al cual la renegociación de los Contratos de APP pueda tomar lugar de manera transparente y eficaz; se pueda crear un mecanismo de reajuste de la organización financiera del Contrato de APP; el Estado pueda reforzar las funciones de monitoreo, supervisión y administración de todas las fases del proyecto público para regular los componentes de los altos costos de contratación; se establezca una limitante a la prerrogativa del Estado de poder rescindir el Contrato de APP, sino en casos de interés público; y, que los proyectos de APP sean siempre ejecutados bajo el esquema del fideicomiso.

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

La contratación del siglo XXI ha evolucionado debido a los aspectos económicos y tecnológicos que caracterizan a nuestra sociedad. Los contratos se han desprovisto de su excesiva formalidad, para convertirse en instrumentos de expresión de la voluntad de las partes más flexibles y de ágil instrumentación. El desarrollo progresivo de los negocios y el crecimiento del comercio global han transformado al derecho tradicional, pensado sólo como aquel conjunto de normas que buscaban mantener la paz y el orden social, para pasar a ser visto como un objeto meramente económico. Esto debido a que, a medida que va pasando el tiempo, las sociedades de los países cambian, y lo que ayer era útil para el hombre, puede ser que actualmente ya no sea imprescindible. Esta metamorfosis cultural ha impactado al área del derecho, como ciencia social.

En ese tenor, la rapidez con que se cierran las negociaciones actuales, ha influido para que se innove en la forma de estructurar los acuerdos, siendo una de sus particularidades, los acuerdos entre los sectores público y privado para la prestación de servicios y bienes públicos. Estos convenios son una modalidad del Estado para satisfacer las necesidades básicas de la colectividad, y constituyen una nueva manera de hacer negocios que le permite al Estado aumentar su capacidad económica. Siendo otro elemento fundamental de esta nueva concepción del contrato, aquel que se refiere a los riesgos que las partes están dispuestas a asumir en una transacción. Los inversores prefieren pagar grandes sumas de dinero para alcanzar mayor rendimiento en sus inversiones, aún cuando el riesgo de pérdida sea elevado. A diferencia de antes que, las personas buscaban asumir el menor riesgo posible al momento de concretizar un determinado negocio.

Ciertamente, estas transformaciones sociales y económicas trazan un nuevo sistema que optimiza los medios de hacer negocios.

De ahí que en el presente trabajo, se exponen los elementos fundamentales de una investigación basada en analizar los medios en cómo el Estado puede financiar sus proyectos para la satisfacción de las necesidades de infraestructura existente en la República Dominicana. De igual modo, se analizan los medios fundamentales por medio de los cuales el Estado puede disminuir la carga presupuestaria que le resulta adversa, mediante las Alianzas Público-Privadas (APP), las cuales consisten en la participación de la iniciativa privada para llevar a cabo la ejecución de proyectos que el Estado no puede desarrollar por sus restricciones presupuestarias y niveles de endeudamiento. Asimismo, resulta interesante para la presente investigación, presentar los beneficios de utilizar técnicas de financiamiento modernas, como el *Project Finance*, la cual provisiona al Estado y al agente privado de los recursos necesarios para el desarrollo de las obras y servicios públicos.

Partiendo de lo anterior, destacaremos los flagelos que en la práctica se generan entre el Estado y el agente privado, en el manejo de los bienes y recursos que son destinados a la consecución del proyecto público. En ese sentido, explicaremos cómo a través del vehículo de inversión del fideicomiso, se pueden optimizar los medios de financiación que se destinan al proyecto, partiendo de que su estructura le permite actuar como un tercero imparcial en las relaciones jurídicas formadas entre el Estado y el sector privado, así como de una de sus características fundamentales que es la transparencia en la administración de los recursos que son aportados al patrimonio autónomo del fideicomiso.

Para ello, la presente investigación se desarrolla utilizando los métodos deductivo y analítico, toda vez que partiremos de los aspectos generales de las vías de financiamiento para la ejecución de los proyectos como, *Project Finance* y APP, para luego pasar a analizar los factores económicos, sociales y políticos que inciden en la búsqueda de financiación para la ejecución de obras públicas, y las problemáticas que pueden presentarse en las relaciones jurídicas celebradas entre el Estado y el agente privado, como consecuencia de la suscripción de un contrato público o privado. Una vez hayamos estudiado los elementos anteriores, procederemos a presentar las bases que permitirán garantizar la viabilidad de la figura del fideicomiso y sus características primordiales, como herramienta legal y estratégica para la gestión y canalización de la financiación de los proyectos. A tales fines, nos apoyaremos del estudio de la normativa existente en el derecho local, así como las doctrinas y regulaciones jurídicas que predominan en el derecho comparado.

1.1 Antecedentes del problema

El fideicomiso es una operación jurídica que consiste en la transmisión de derechos reales o personales por parte de una persona llamada fideicomitente, a otra persona jurídica llamada fiduciaria, a fines de que ésta última se encargue de administrar los bienes que le son transferidos, en favor y provecho de otras personas denominadas, beneficiarios y fideicomisarios. Según William Headrick, los orígenes del fideicomiso se remontan a la época del derecho romano, frente a la incapacidad para heredar que afectaba a algunas personas. De modo que, el testador antes de morir le entregaba sus bienes a una persona de confianza, quien tenía la responsabilidad de administrarlos y entregar los frutos que se generaban a favor de los beneficiarios

designados, acorde a las instrucciones previas que fueron otorgadas por el testador.⁸

La aparición de la figura del fideicomiso en el ordenamiento jurídico dominicano se traduce en una importante oportunidad de hacer negocios. Esta herramienta se caracteriza por su flexibilidad de adaptación a situaciones peculiares y la infinidad de sus aplicaciones. Al respecto establece Aquiles Calderón que la elasticidad de la figura del fideicomiso permite que ésta pueda hacer frente a situaciones jurídicas complicadas, constituyéndose así en un medio idóneo para la materialización de inversiones y la armonización de intereses encontrados”.⁹

La fiducia se ha convertido en un aliado estratégico para el gobierno, ya que ha incrementado su capacidad de ejecución de recursos con modelos innovadores, sujetos al marco normativo existente. En ese sentido, en los últimos años, los Estados han recurrido a incentivar la participación del sector privado para la consecución de sus proyectos mediante la utilización de las Asociaciones Público-Privadas [APPs], o mediante el requerimiento de *Project Finance* para el cumplimiento de los intereses públicos, utilizando la herramienta del fideicomiso.

Respecto al *Project Finance*, los países desarrollados y en vías de desarrollo se han interesado por recurrir al mismo. Es criterio de Ismael N. de la Piedra y Juan Carlos de los Heros E., que hablar de *Project*

⁸ HEADRICK, William. Fiducia, fideicomiso y trust. *Gaceta Judicial* [en línea]. 2010, 1-13 [fecha de consulta 13 de noviembre de 2019]. Disponible en: https://2019.vlex.com/#search/*/fiducia%2C+fideicomiso+%2C+trust/WW/vid/360767426

⁹ CALDERÓN, Aquiles. El fideicomiso de garantía. Ángulo y vértices. *Gaceta Judicial* [en línea]. 2013, 1-8 [fecha de consulta 13 de noviembre de 2019]. Disponible en: https://2019.vlex.com/#search*/El+fideicomiso+de+garant%C3%ADa.+Ángulos+y+vértices/WW/vid/516280162

Finance no es referirnos a cualquier método de financiamiento, sino a una técnica que ha contribuido al crecimiento de las economías del mundo.¹⁰ Esta técnica consiste en un mecanismo alternativo de financiamiento que permite la provisión de fondos para ejecutar proyectos nacionales de gran envergadura. En esa misma línea conceptual sostienen Gustavo A. Pinzón Fonseca y Javier R. Rodríguez Suárez que los proyectos que son financiados mediante *Project Finance* son capaces de generar los flujos de caja necesarios para atender a los compromisos financieros contraídos.¹¹

La experiencia de los países que han utilizado esta modalidad de financiamiento para desarrollar proyectos locales, nos ha demostrado que el *Project Finance* es una vía idónea para contrarrestar el acrecentamiento de las deudas públicas de los Estados, ya que conforme considera Ligia C. Arias-Barrera, éstos podrían avanzar sus proyectos sin que necesariamente comprometan su capacidad de endeudamiento.¹² En consecuencia, gestionar programas de índole público mediante *Project Finance*, contribuye a aumentar las fuentes nacionales y extranjeras interesadas en invertir en el país, y es útil para proyectar naciones más sólidas y competitivas.

Por otra parte, la participación de las Asociaciones Público-Privadas en el desarrollo de la infraestructura, es un medio idóneo para vincular al sector privado en este tipo de iniciativas. Así vemos como

¹⁰ NOYA DE LA PIEDRA, Ismael y DE LOS HEROS ECHECOPAR, Juan Carlos. Para entender el Project Finance. *THÉMIS-Revista De Derecho* [en línea]. 2007, (54), 33-48 [fecha de consulta 13 de noviembre de 2019]. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8870>

¹¹ PINZÓN MEJÍA, Gustavo A. y RODRÍGUEZ SUÁREZ, Javier R. *Project Finance*. [en línea]. Tesis de grado. Pontificia Universidad Javeriana, Santa Fe de Bogotá, 2000. [fecha de consulta 01 de octubre de 2019]. Disponible en: <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis18.pdf>

¹² ARIAS BARRERA, Ligia C. Perspectiva legal de la financiación de proyectos “Project Finance” y el manejo del riesgo. *Revista de Derecho Privado* [en línea]. 2012, julio-diciembre (23). 211-243 [fecha de consulta 13 de noviembre de 2019]. Disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3308>

Jorge E. Romero Pérez se refiere acerca de este tipo de asociaciones como un acuerdo de voluntades que permite la colaboración entre los sectores privado y público, con miras a obtener el financiamiento requerido para la construcción de obras y la prestación de servicios públicos.¹³ En ese sentido, la colaboración del sector privado en las actividades de desarrollo públicas tiene su origen en la carencia existente en el funcionamiento de los bienes y servicios gubernamentales. Por esta razón, el Estado decide traspasar esta obligación de provisión de bienes y servicios públicos a la iniciativa privada, quienes obtendrán su contraprestación de la explotación de la obra que realicen.

La transparencia en el manejo de recursos provistos mediante *Project Finance* por parte de la fiduciaria, contribuye a elevar el nivel de confianza y credibilidad de las partes involucradas en el negocio, llámese el Estado, la empresa privada, entidades de intermediación financieras, entidades privadas de financiamiento, la fiduciaria, los fideicomitentes y los beneficiarios del Fideicomiso. De ahí que, los recursos y bienes que sean transferidos al fideicomiso, pasaran a formar parte de un patrimonio fideicomitado, independiente del patrimonio personal de las partes contratantes. Al respecto, Rodríguez Azuero consideró que la novedad más sobresaliente que introdujo la herramienta del fideicomiso es la característica del patrimonio autónomo de afectación que permite separar los patrimonios de las partes.¹⁴

¹³ ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique. Consideraciones sobre la Asociación Pública-Privada. *Revista de Ciencias Jurídicas* [en línea]. 2015, mayo-agosto (137). 99-146 [fecha de consulta 14 de noviembre de 2019]. Disponible en: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/21973>

¹⁴ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Negocios fiduciarios: su significación en América Latina*. 2ª ed. Bogotá: Legis, 2017, p.197. ISBN 9789587674712.

1.2 Descripción del problema

La participación del sector privado en iniciativas de índole nacional, muchas veces acarrea conflictos de intereses entre la empresa privada y el Estado, que dependiendo de la posición en que se encuentren, la parte más aventajada actúa en pro de sus propios beneficios. Esto conduce a un gran problema, pues la falta de confianza producto de la asimetría de información entre ambos socios [Estado y sector privado], dificulta la implementación y buena marcha de los proyectos públicos que permitan dinamizar los sectores de construcción, telecomunicaciones, energía renovable, instalaciones petroleras, minería, por mencionar algunos, que requieran ser desarrollados para optimizar los niveles de calidad en los bienes y servicios que son ofrecidos a la sociedad.

Mayor aún, se presentan situaciones de sobrecargos en los costos de los proyectos, corrupción, sobornos, obras viciadas, etc., ante la ausencia de transparencia en los roles del Estado y el ente privado. Siendo el mecanismo de la fiducia de gran valor para evitar que los constructores de las obras "engañen" al Estado, o viceversa, y más cuando existe una provisión de fondos de gran magnitud como el *Project Finance*.

Adicionalmente, la deficiencia en el desarrollo económico de los países, resultante mayormente de la limitación de los recursos públicos que permitan dinamizar los sectores sociales, productivos y de infraestructura de las economías emergentes, ha ocasionado que las naciones se endeuden de una manera altamente considerable. Esto indirectamente propicia que las administraciones de los Estados aumenten los precios de los servicios públicos, las tasas e impuestos nacionales en detrimento de los ciudadanos, colocando un mayor peso sobre la colectividad, lo cual resulta bastante desproporcional.

1.3 Preguntas de investigación

- a) ¿De qué manera puede fungir el fideicomiso como herramienta legal y estratégica para el financiamiento de proyectos en la República Dominicana?

- b) ¿Por qué el Project Finance se considera como una herramienta estratégica para canalizar inversiones estatales bajo la figura del fideicomiso?

- c) ¿Cómo se puede blindar un patrimonio mediante el fideicomiso, y a la vez tercerizar el gobierno a una fiduciaria para que administre sin conflicto de interés?

- d) ¿Cuáles son los principales retos de la implementación de las Asociaciones Público-Privadas utilizando la estructura del fideicomiso?

1.4 Objetivos

1.4.1 Objetivo general

Evaluar el fideicomiso como herramienta legal y estratégica para el financiamiento de proyectos en la República Dominicana.

1.4.2 Objetivos específicos

- a) Analizar el *Project Finance* como una herramienta estratégica para canalizar y optimizar las inversiones estatales, bajo la figura del fideicomiso, a la luz del derecho comparado.

- b) Argumentar acerca de cómo se puede blindar un patrimonio mediante el fideicomiso, y a la vez tercerizar el gobierno a una fiduciaria, para que administre sin conflicto de interés.

- c) Evaluar los principales retos de la implementación de las Asociaciones Público-Privadas (APP) utilizando la estructura del fideicomiso.

1.5 Ideas a sustentar

- a) La manera en que el fideicomiso puede fungir como herramienta legal y estratégica para el financiamiento de proyectos en la República Dominicana, es mediante su estructuración por medio de los esquemas de Alianzas Público-Privadas y *Project Finance*.

- b) El *Project Finance* se considera como una herramienta estratégica para canalizar inversiones estatales bajo la figura del fideicomiso, porque este financiamiento inyecta capital al proyecto estatal sin que la deuda se refleje en los estados financieros del Estado o del agente privado, y el proyecto genera los flujos de fondos suficientes para que la fiduciaria pueda repagar el préstamo contraído con los recursos del fideicomiso.

1.6 Justificación de la investigación

Hablar del *Project Finance* significa referirnos a un instrumento estratégico, por medio del cual se puede materializar diversas inversiones estatales al ritmo de las necesidades actuales existentes en los países. Esta fuente de recursos permite solventar la falta de proyectos nacionales, que debido a la insuficiencia de recursos del

Estado, y las limitaciones de endeudamiento del sector público, no pueden ser desarrolladas en su totalidad por éste.

En ese sentido, los Estados se han avocado a desarrollar iniciativas de manera directa para el cumplimiento de sus funciones estatales, mediante el requerimiento de *Project Finance*. La promoción de esta técnica de financiación crea un amplio marco de seguridad financiera para éstos, pues aunque se contraen compromisos financieros que los obligan, este financiamiento difiere del préstamo común por tener un menor riesgo y por ser menos costoso. Asimismo, el *Project Finance* se caracteriza por “sacar al proyecto del balance”, lo cual admite que la responsabilidad de la deuda que se contraiga no pasa sobre el ente estatal directamente, sino que recae sobre el proyecto *per se*, contribuyendo a no sobrecargar las finanzas del Estado.

Es aquí donde el Fideicomiso juega uno de sus papeles preponderantes, pues mediante la buena gestión de su gobierno corporativo, esto es, el Comité Fiduciario, la fiduciaria tendría un mandato de desembolsar contra resultados y dentro del presupuesto pactado, conforme las instrucciones que emitidas de manera conjunta efectuarán el Estado, los constructores y los financiadores del proyecto. También, los Estados han recurrido a incentivar la participación del sector privado para la consecución de sus proyectos, mediante la implementación de proyectos de inversión privada en obras y servicios públicos, a través de las Alianzas Público-Privadas [APP].

De modo que, con la presente investigación pretendemos enfatizar en por qué la estructura de la fiducia es la herramienta estratégica para manejar el financiamiento de proyectos públicos. De ahí que, buscaremos examinar cuál es el instrumento corporativo idóneo que permitirá administrar los recursos provenientes de las inversiones

público-privadas de una manera más conveniente y menos conflictiva, ya que nos ayudará a determinar la utilidad del fideicomiso y la ineficiencia de las sociedades comerciales en este tipo de negocios. De igual manera, estaremos examinando los conflictos de intereses entre el Estado y el sector privado, como es el caso del *hold-up problem* o problema de retención entre éstos, para el caso en que uno de ellos se encuentre en mejor posición para negociar que la otra parte.

Partiendo de lo anterior, consideramos pertinente evaluar los métodos de financiación utilizados por los sectores públicos y privados en materia de infraestructura: APP y el *Project Finance*, como instrumentos que permiten suplir la carencia de los recursos públicos, de cara a la experiencia que han tenido otros países en la implementación de estos métodos para llevar a cabo sus inversiones. Por último, esta investigación nos permitirá establecer las posibles soluciones a la limitación de los recursos estatales que son requeridos para la construcción de las infraestructuras necesarias tendentes a elevar la calidad de vida de los ciudadanos de nuestro país, así como para mejorar el clima de inversiones local.

1.7 Limitaciones y delimitaciones de la investigación

- a) Espacio:** República Dominicana
- b) Tiempo:** Actual
- c) Universo:** Nuestra investigación tendrá como principales fuentes las siguientes normas legales:
 1. Constitución de la República Dominicana
 2. Código Civil de la República Dominicana
 3. Ley No. 189-11 para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana, sus modificaciones y su Reglamento de Aplicación No. 95-12.

4. Ley No. 47-20 sobre Alianzas Público-Privadas, de fecha veinte (20) del mes de febrero del año dos mil veinte (2020).
5. Ley No. 16-95 sobre Inversión Extranjera en la República Dominicana y su Reglamento de Aplicación No. 214-04.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1 Aspectos generales del fideicomiso

El primer antecedente de la figura del Fideicomiso se registra en el derecho romano, sistema jurídico que desconoce el origen del fideicomiso, no obstante, este ordenamiento legal poseía un conglomerado de estructuras legales que se acercaban a lo que es un concepto fiduciario. En ese sentido, cuando se empezó a profundizar en el estudio de lo que se podía considerar como fideicomiso, se estableció un nexo con el principio de la libertad de testar. Los romanos consideraban la voluntad de testar como algo inviolable y sacramental, pues entendían que el testamento era la única voluntad autoritaria del disponente. De manera que, filósofos como Cicerón trataron de explicar dicha voluntad, estableciendo que el hecho de testar era considerado para los romanos como una prueba de vida después de la muerte, es decir, un elemento inmortal del ser¹⁵.

El concepto más aproximado al fideicomiso se encontró en la *mancipatio familiae*, consistente en un acto entre vivos que se celebraba en Roma, por medio del cual el paterfamilias o padre de familia mancipaba el patrimonio de sus sucesores a través de un *familiae emptor* o una persona de confianza. No se trataba de un testamento, pero si lograba la finalidad práctica del mismo, pues la parte esencial de esta figura era la *nuncupatio*, consistente en una declaración oral por medio de la cual se conocía la transferencia del patrimonio, pero se difería su entrega hasta el momento de la muerte del *mancipio dans* o

¹⁵ TERRAZAS PONCE, Juan David. Orígenes y cuadro histórico del fideicomiso. *Revista Chilena de Derecho* [en línea]. 1998, **25** (4). 939-952 [fecha de consulta 17 de noviembre de 2019]. Disponible en: http://drevistas.ucv.cl/detalles_autor.php?autorID=2982

ascendiente. En consiguiente, cuando alguien se sentía próximo a morir organizaba sus bienes, mediante una *mancipatio familiae* junto a una persona de confianza, a quien se le encargaba ejecutar la última voluntad del paterfamilias, respecto a la distribución de su patrimonio. Así pues, el *familiae emptor* era un adquirente del patrimonio del disponente, quien lo instruía mediante *rogationes*, que se refiere a las propuestas respecto a la suerte y distribución del patrimonio. Sin embargo, la voluntad del disponente quedaba confiada a la lealtad del *familiae emptor*, quien no disponía de los bienes sino hasta la muerte del disponente. Una vez fallecido el paterfamilias, su patrimonio era transferido al *familiae emptor*. Éste adquiría una calidad similar a la de fiduciario, a fines de que pudiera recibir la titularidad de los bienes, distribuirlos acorde las instrucciones del de *cujus*¹⁶, y custodiarlos¹⁷. De modo que, esta operación se fundamentaba básicamente en la confianza.

De lo anteriormente establecido, podemos colegir que el fideicomiso [*fideicommissum*] surge de las limitaciones e incapacidades que poseían algunas personas para heredar, y que fueron impuestas por el derecho romano. En contraste con la cultura jurídica romana, el fideicomiso latinoamericano tiene sus bases en el trust angloamericano, que se refiere a la figura del fideicomiso concebida bajo el sistema legal de los países de habla inglesa. El trust difiere de la concepción jurídica del fideicomiso latinoamericano, en algunos de sus aspectos. De ahí que, William Headrick establece acerca del origen del trust lo siguiente:

En los países de Common Law, el trust es un reinvento de la fiducia de administración, surgido en una época en que la fiducia romana era desconocida en Europa, pero la terminología latina ha penetrado en la reglamentación del trust. Se describe al trustee como fiduciary y se dice que tiene frente al beneficiario a fiduciary duty. El contenido de este

¹⁶ (Derecho Civil) Primeras palabras de la fórmula latina “*de cuius successionem agitur*” (aquel de cuya sucesión se trata); utilizada en nuestros días para designar al difunto causante de la sucesión: se dice el “de cuius”. Artículo disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/de-cuius/de-cuius.htm>

¹⁷ Juan David Terrazas Ponce, *op. cit.*, pp. 3-5.

deber fiduciario no proviene del Derecho Romano, sino de la jurisprudencia desarrollada por los tribunales de Equity¹⁸.

El trust se refiere a un negocio fiduciario que se caracteriza primordialmente por ser un instrumento de organización y planificación patrimonial, mientras que el concepto del fideicomiso latinoamericano es mucho más abarcador. Pues además de fungir como una herramienta para la organización de un conjunto de bienes, se utiliza para emprender proyectos de inversión donde el límite es la imaginación. Tanto el trust como el fideicomiso, a nivel funcional operan igual, ya que en ambos esquemas tenemos un: fiduciario [*trustee*], fideicomitente [*settlor*], fideicomisario [*beneficiary*], y un patrimonio autónomo, pero a nivel de su naturaleza jurídica son figuras totalmente diferentes. El fideicomiso latinoamericano ha sido siempre tratado de forma transparente desde que se concibió por su origen histórico orientado a los negocios. Incluso, en América Latina no hay muchos fideicomisos para protección patrimonial y planificación sucesoral que es uno de los usos más intensos del trust. El fideicomiso de América Latina se utiliza para hacer negocios fundamentalmente.

La única diferencia de fondo relevante que se produce entre el trust y el fideicomiso, se refiere al vínculo jurídico que se forma entre las partes y los bienes fideicomitados, pues en el sistema del *common law*, hay una distinción entre la propiedad legal y la propiedad material. En ese sentido, bajo el *trust*, el *trustee* es el titular del derecho de propiedad, pero también el *beneficiary* puede tener la calidad de dueño de los bienes del fideicomiso, y en consiguiente, percibir de los beneficios que produzcan los bienes o recibir materialmente la propiedad, en el momento en que fue pactado en el acto constitutivo del

¹⁸ HEADRICK, William. Fiducia, fideicomiso y trust. *Gaceta Judicial* [en línea]. 2010, 1-13 [fecha de consulta 13 de noviembre de 2019]. Disponible en: https://2019.vlex.com/#search/*/fiducia%2C+fideicomiso+%2C+trust/WW/vid/360767426

fideicomiso. Es decir, el derecho de propiedad es escindible, ya que el *beneficiary* puede gozar del derecho de propiedad al mismo tiempo que el *trustee*. En cambio, en los países de corte romanista, el derecho de propiedad es uno solo e indivisible, y su titular lo conserva con todos sus atributos. Bajo esa órbita, surgió la necesidad de adaptar la figura del *trust*, a la realidad legal de los países latinoamericanos, y así lograr efectos similares¹⁹.

2.2 El fideicomiso en la República Dominicana

La creación de la figura del fideicomiso nace en la República Dominicana, mediante la instauración de la Ley No. 189-11 para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso, de fecha dieciséis (16) del mes de julio del año dos mil once (2011), en lo adelante, “Ley No. 189-11”, como resultado de la carencia de recursos habitacionales existentes en nuestro país que permitiera a las personas de bajos ingresos optar por la adquisición de una vivienda propia calificada como de bajo costo, a un precio asequible. De modo que, el Estado dominicano con la creación de esta ley, inicia el establecimiento de medidas que facilitan el desarrollo de proyectos inmobiliarios, y sobre todo, la implementación de estructuras de financiamiento costo-eficientes para el desarrollo de la nación.²⁰ En ese sentido, el considerando décimo tercero de la Ley No. 189-11 dispone que “el Estado dominicano está comprometido a viabilizar el acceso a viviendas y la obtención de financiamiento a los sectores de bajos ingresos, a los cuales se les dificulta adquirirlas en el mercado”.

¹⁹ CALDERÓN, Aquiles. Caracterización y antecedentes del fideicomiso. *Gaceta Judicial* [en línea]. 2013, 1-10 [fecha de consulta 23 de noviembre de 2019]. Disponible en: <https://2019.vlex.com/#vid/450232198>

²⁰ República Dominicana. Ley No. 189-11 sobre el desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana. Considerando duodécimo.

En ese tenor, la República Dominicana se caracteriza por estar cimentada bajo un Estado Social y Democrático de Derecho²¹, siendo uno de sus fines principales, garantizar el desarrollo nacional y local de nuestra nación.²² Siendo así las cosas, es un compromiso íntegro del Estado, propiciar un nivel de vida de calidad para sus ciudadanos, mediante la prestación de servicios públicos que estén destinados a satisfacer las necesidades del interés colectivo, y mediante la implementación de obras públicas que garanticen a los ciudadanos un mayor desarrollo social.

2.2.1 El acto de fideicomiso

El fideicomiso es un negocio jurídico que supone dos relaciones. Por un lado, el fideicomitente transmite la propiedad de bienes tangibles o intangibles, y por otro lado, el fiduciario limita su condición de titular de las propiedades, a cumplir con el propósito para el cual se constituyó el fideicomiso²³. Asimismo, el artículo 3 de la Ley No. 189-11 define al fideicomiso como:

El acto mediante el cual una o varias personas, llamadas fideicomitentes, transfieren derechos de propiedad u otros derechos reales o personales, a una o varias personas jurídicas, llamadas fiduciarios, para la constitución de un patrimonio separado, llamado patrimonio fideicomitado, cuya administración o ejercicio de la fiducia será realizada por el o los fiduciarios según las instrucciones del o de los fideicomitentes, en favor de una o varias personas, llamadas fideicomisarios o beneficiarios, con la obligación de restituirlos a la extinción de dicho acto, a la persona designada en el mismo o de conformidad con la ley. El fideicomiso está basado en una relación de

²¹ El artículo 7 de la Constitución de la República Dominicana dispone que: “Estado Social y Democrático de Derecho. La República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos”.

²² República Dominicana. Ley No. 1-12 sobre Estrategia Nacional de Desarrollo 2030, Primer eje estratégico. Disponible en: <http://economia.gob.do/mepyd/wp-content/uploads/archivos/end/marco-legal/ley-estrategia-nacional-de-desarrollo.pdf>

²³ AVENDAÑO A., Francisco. El fideicomiso. *Derecho PUCP* [en línea]. (50), 343-365 [fecha de consulta 23 de noviembre de 2019]. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5935>

voluntad y confianza mutua entre el fideicomitente y el fiduciario, mediante la cual este último administra fielmente los bienes fideicomitidos, en estricto apego a las instrucciones y a los requerimientos formulados por el fideicomitente.

Partiendo de la definición anterior, se derivan varios elementos importantes que caracterizan al contrato de fideicomiso. En primer lugar, podemos destacar que el contrato de fideicomiso es un instrumento mediante el cual se formaliza un compromiso entre el fideicomitente y el fiduciario, obligándose recíprocamente uno respecto del otro ²⁴. El fiduciario solo estará llamado a ejercer actos de administración sobre el patrimonio fideicomitado y a procurar la optimización de los bienes que lo conforman, desde el momento en que el fideicomitente transfiera los bienes al fideicomiso, tomando en cuenta las limitaciones establecidas en el acto constitutivo del fideicomiso en el desempeño de su rol como fiduciaria. En otras palabras, la obligación de la fiduciaria existe porque el fideicomitente también está obligado, es decir, se trata de un acuerdo de voluntades que crea obligaciones entre las partes, las cuales deben ser ejecutadas de buena fe²⁵.

En segundo lugar, los bienes que recibe el fiduciario forman un patrimonio autónomo, distinto de su patrimonio personal, los cuales conforme la letra del artículo 8 de la Ley No. 189-11, pueden resultar afectos por sí mismos, garantizando las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad perseguida. En ese tenor, los fideicomisos están conferidos de cierta capacidad jurídica para adquirir y poseer la titularidad de derechos, y contraer obligaciones de manera directa. Además de que el patrimonio es autosuficiente, y está despersonalizado. De ahí que, el fiduciario es su mero titular, pero los

²⁴ República Dominicana. Código Civil dominicano. Artículo 1102.

²⁵ El artículo 1134 del Código Civil dominicano dispone que: “Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley para aquellos que las han hecho. No pueden ser revocadas, sino por su mutuo consentimiento, o por las causas que estén autorizadas por la ley. Deben llevarse a ejecución de buena fe”.

bienes del fideicomiso no son de su pertenencia. En adición, dichos bienes constituyen un patrimonio separado, lo cual permite explicar que los acreedores del fiduciario no puedan atacar los activos del patrimonio fideicomitado²⁶, ya que dichos bienes son destinados al cumplimiento del proyecto mismo para el cual se constituyó el fideicomiso. En consiguiente, los bienes del fideicomiso solo podrán ser perseguidos por sus propios acreedores, y no por los acreedores de las partes suscribientes del contrato de fideicomiso.

En tercer lugar, podemos colegir acerca de las partes que forman el contrato de Fideicomiso se denominan: fideicomitente, fiduciario, fideicomisarios y beneficiarios. En sentido general, cuando hablamos de fideicomitente nos referimos a la persona física o jurídica que transfiere los bienes para su administración a la entidad fiduciaria; es la persona que otorga la facultad de disposición de los bienes y derechos transmitidos a la fiduciaria, y determina la finalidad de los mismos; quien designa al fideicomisario y beneficiario del fideicomiso, entre otras obligaciones²⁷.

En cuanto al fiduciario, el artículo 24 de la Ley No. 189-11 lo define como “la persona jurídica autorizada por la presente ley para fungir como tal, que recibe los bienes dados o derechos cedidos en fideicomiso para cumplir con ellos las instrucciones del o de los fideicomitentes”. Dentro de sus obligaciones principales están, recibir los bienes y transferirlos a nombre del fideicomiso; usar los recursos del fideicomiso con prudencia y diligencia, tomando en cuenta las

²⁶ DEL CARPIO, Francisco. *Naturaleza del fideicomiso dominicano* [en línea] [fecha de consulta 23 de noviembre de 2019]. Disponible en: <https://2019.vlex.com/#search/jurisdiction:DO/Naturaleza+del+fideicomiso+dominicano/WW/vid/450231990>

²⁷ CASTRO MOLINA, Juan Antonio. El contrato de fideicomiso. *IUS ET VERITAS* [en línea]. **5** (9), 179-188 [fecha de consulta 24 de noviembre de 2019]. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15462>

prácticas de un buen padre de familia, de ahí que las obligaciones de la fiduciaria son de medios, y no de resultados; suministrarle a los fideicomitentes y fideicomisarios las informaciones concernientes a la naturaleza, cantidad y situación de los bienes del fideicomiso; llevar los registros contables del fideicomiso acorde las mejores prácticas de la contabilidad; cumplir con las obligaciones tributarias del fideicomiso; abstenerse de garantizar rendimientos y beneficios fijos de los bienes fideicomitidos, entre otras.²⁸

Por otro lado, se encuentran el beneficiario y el fideicomisario del fideicomiso, a quienes la Ley No. 189-11 menciona indistintamente. Sin embargo, en la práctica fiduciaria dichas calidades si bien pueden recaer sobre la misma persona, difieren una de otra. Pues cuando hablamos de beneficiario nos referimos a la persona física o jurídica que recibe los beneficios generados por el fideicomiso, durante la vigencia de este. Mientras que cuando nos referimos a la figura del fideicomisario, se trata de la persona destinataria final de los bienes fideicomitidos, una vez cumplido el objeto del contrato de fideicomiso. O sea, es quien recibe los excedentes o bienes que quedaren después de pagados con los recursos del patrimonio autónomo, la totalidad de los gastos y costos del proyecto.

En cuarto lugar, debemos indicar que el contrato de fideicomiso tiene un efecto transitorio, lo cual quiere significar que su duración está limitada en el tiempo, pues el fideicomiso es un vehículo idóneo, no para los negocios en general, sino para el manejo de proyectos, es decir, emprendimientos que tienen una fecha de inicio y una fecha de término o un evento de finalización.

²⁸ República Dominicana. Ley No. 189-11 sobre el desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana. Artículos 29 y 31.

Por último, los artículos 55 al 61 de la Ley No. 189-11 mencionan las diversas modalidades de fideicomisos que pueden ser creados, tales como, fideicomiso de planificación sucesoral, fideicomiso cultural, filantrópico y educativo, fideicomiso de inversión, fideicomiso de inversión inmobiliaria y de desarrollo inmobiliario, fideicomiso de oferta pública de valores y productos, y el fideicomiso en garantía. No siendo éstos, los únicos modelos de fideicomisos que pueden constituirse, toda vez que por inferencia de los artículos 4 y 62 de la Ley No. 189-11, sólo la moral, el orden público y las buenas costumbres, limitan la creatividad de los inversionistas para crear cualquier tipo de fideicomiso que pueda ser útil a cualquier finalidad legal. En ese sentido, y para los fines del presente trabajo de investigación, solo estaremos definiendo los fideicomisos en garantía, y de administración y pago.

Partiendo de lo establecido precedentemente, el artículo 61 de la Ley No. 189-11, al referirse acerca del fideicomiso en garantía dispone lo siguiente:

En el fideicomiso en garantía los bienes integrados en el patrimonio fideicomitado están destinados a asegurar el cumplimiento de determinadas obligaciones, concertadas o por concertarse, a cargo del fideicomitente o de un tercero. El fideicomisario, en su calidad de acreedor, puede requerir al fiduciario la ejecución o enajenación de acuerdo al procedimiento establecido en el acto constitutivo [...].

Mientras que el fideicomiso de administración y pago, aunque su definición no fue incluida en la Ley No. 189-11, en la práctica se identifica como aquel fideicomiso que tiene por objeto la administración de bienes, y los rendimientos que éstos generen, para ser destinados al cumplimiento oportuno de las obligaciones establecidas en el acto constitutivo del fideicomiso. Este tipo de fideicomisos también es utilizado para optimizar el manejo y el control de bienes muebles e inmuebles, y bienes tangibles o intangibles.

Estos dos tipos de fideicomisos constituyen la estructura por medio del cual las sociedades fiduciarias juegan un rol clave en la administración de financiamiento para la ejecución de proyectos en nuestro país, cuyo objeto de estudio estaremos abordando más adelante en el presente trabajo de investigación.

2.3 La necesidad de financiamiento para la ejecución de proyectos en la República Dominicana

La República Dominicana al igual que otros países de Latinoamérica gasta más de lo que su nivel de desarrollo revela, esto así debido a una mala gestión de parte de las instituciones estatales en la asignación de recursos públicos en áreas ineficientes, tales como: construcción de infraestructuras innecesarias [escuelas o puentes en exceso], edificios gubernamentales modernos, asignación de salarios excesivos a los empleados públicos o “amigos favorecidos” de los funcionarios públicos; o producto de la inutilidad en la provisión de los servicios públicos, entre otros factores. Estos malos ajustes presupuestarios, disminuyen la perspectiva de crecimiento de una nación.

Por añadidura, a medida que evolucionan las sociedades, los ciudadanos comienzan a demandar de los Estados nuevos y mejores servicios. Al respecto, en un informe publicado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) en el año 2018 se indica que:

En América Latina y el Caribe el gasto público ha escalado. Gracias a una tendencia mundial a favor del gasto y al auge inesperado de las materias primas, los gobiernos de la región intentaron gastar para abrirse camino hacia el futuro. Desafortunadamente, la fiesta ha terminado y los responsables de las políticas deben encontrar un camino para asegurar que sus economías sigan creciendo y que sus

ciudadanos sean felices de una manera que sea consistente con la sostenibilidad fiscal [...].²⁹

A pesar de eso, en el contexto de un escaso crecimiento, los gobiernos reconocen que hay poco margen para aumentar el gasto público para la consecución de estas necesidades. En ese sentido, los gobiernos deben incursionar en políticas públicas para poder satisfacer las nuevas demandas. En efecto, uno de los enfoques más frecuentes en la contribución del sector público en la economía, es la obtención de financiamiento [como *Project Finance*] para la obtención de servicios de infraestructuras aceptables que nos permitan como país competir con la modernidad de otras naciones.

No obstante, debemos tener en cuenta que los servicios de infraestructura que se implementen deben ser con un alto estándar de calidad. Pues ha sido muy criticado la deficiencia en el desarrollo de infraestructura en América Latina y el Caribe en la construcción de puertos, aeropuertos, puentes, carreteras y pozos sin calidad, debido a la baja inversión en infraestructura por parte del sector público. Esta situación propició a que las administraciones de los Estados involucren la participación de la inversión privada para el desarrollo de estos proyectos, con un monto insignificante hasta alcanzar niveles considerables en el Producto Interno Bruto (PIB) de sus economías.³⁰ La participación del sector privado, por medio de las Alianzas Público-Privadas en la consecución de los servicios públicos, cuya responsabilidad es del Estado llevarlos a cabo, contribuye a disminuir la carga pública de los gobiernos, y es otra de las formas que tiene el Estado de poder financiar sus obras.

²⁹ Banco Interamericano de Desarrollo (BID). *Mejor gasto para mejores vidas. Cómo América Latina y el Caribe puede hacer más con menos* [en línea] [fecha de consulta 30 de noviembre de 2019]. Disponible en: <https://flagships.iadb.org/es/DIA2018/capitulo-3-la-ineficiencia-del-gasto-publico>

³⁰ *Ídem*, pp. 154-155.

En la República Dominicana resulta de trascendental importancia establecer un clima de negocios que reúna las condiciones necesarias de transparencia, seguridad, confianza e institucionalidad para convertirse en un punto de atracción para los inversores, de manera que se consiga impulsar el desarrollo de infraestructura. Al respecto sostiene Federico Villalobos que “[...] los retos que enfrenta República Dominicana se centran en fortalecer las APP para los sectores de la agricultura y el turismo, y priorizar la planificación del uso de la tierra y la infraestructura pública en términos de beneficio social”³¹.

2.3.1 Alianzas Público-Privadas (APP)

Los orígenes de las Alianzas Público-Privadas se remontan a los inicios del *Private Finance Initiative*³² [en lo adelante “PFI”], el cual consistió en una visión política de desarrollo de infraestructura que nació en Gran Bretaña en los años noventa, mediante la cual el sector privado era la figura principal del desarrollo económico, y quien aportaba eficiencia en el diseño, operación, financiación y la construcción de los proyectos. De esta visión exitosa surgió la agencia denominada “Partnership UK”, la cual se destinó a la búsqueda de proyectos de desarrollo que requirieran PFI. La política de PFI se plasmó en diferentes tipologías contractuales llamadas *Public Private Partnerships* o Alianzas Público-Privadas [en lo adelante “APP”]. Mientras que en España y América Latina a las *Public Private Partnerships* se les denominó: contratos de concesión.³³

³¹ Servicios de Acento, 2019. República Dominicana con grandes retos para Asociaciones Público Privadas con respecto al resto de Centroamérica. En: *Acento* [en línea]. 18 de mayo. Disponible en: <https://acento.com.do/2019/economia/8683159-republica-dominicana-con-grandes-retos-para-asociaciones-publico-privadas-con-respecto-al-resto-de-centroamerica/> [fecha de consulta 30 de noviembre de 2019].

³² Se refiere a una iniciativa de financiamiento privado.

³³ CRIVELLI, Julio César. *Inversión privada en el sector público*. 1ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2017, pp. 45-49. ISBN 978-987-706-197-0.

El Banco Mundial define a las Alianzas Público-Privadas como aquellas que contemplan que parte de los servicios públicos que son responsabilidad del Estado, sean efectuados por el sector privado, bajo un esquema de objetivos compartidos. Por su parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), sostiene que las APP son acuerdos entre el gobierno y una o más empresas privadas, para que éstas provean un servicio de manera tal que los objetivos del gobierno se alineen con los del sector privado³⁴.

Las APP son una respuesta a la deficiencia de infraestructura existente en la República Dominicana, y una forma indirecta del Estado dominicano controlar sus cifras de endeudamiento. Así pues, una de las modalidades de APP es asignar el pago de la obra al usuario final, esto es a los ciudadanos, por medio de los cuales el sector privado generará los ingresos que resulten de las tarifas que se cobren a los usuarios. Desde esta óptica, las partidas presupuestarias no son afectadas. Así que, adoptar otra modalidad de APP mediante la cual el gobierno sea quien realice el pago de una obra, no resulta conveniente para el Estado dominicano.

Partiendo de lo anterior, y sin ánimos de adentrarnos a profundidad en temas económicos, es conveniente decir que la deuda pública de la República Dominicana cada vez más va en aumento, ya que conforme explica Julio Díaz:

La deuda pública consolidada (que incluye el sector público no financiero y el Banco Central), según datos del Ministerio de Hacienda y el Banco Central, pasó de US\$4,460 millones en el año 2000 a US\$42,378 millones a febrero de 2018, para un aumento de 850.17% en 18 años, lo que representaba en ese momento un 55% del Producto Interno Bruto [...] ³⁵.

³⁴ DE LOS RÍOS, Mateo. Las APP trazan la ruta de la infraestructura. *Market Brief*. 2018. **47**, 8-13.

³⁵ DÍAZ SOSA, Julio, 2019. ¿Es la deuda pública actual de la República Dominicana sostenible?. En: *Acento* [en línea]. 16 de agosto. Disponible en:

Como reflejo de lo antes dicho, la deuda pública nacional sigue una trayectoria ascendente, lo cual incide de manera negativa en el crecimiento de la economía dominicana, frente a la gran necesidad de inversión que requiere nuestro país. Esta es una de las razones por la cual el Estado dominicano ha desplazado las inversiones estatales para que sean ejecutadas con capital privado [es el caso del Fideicomiso Ciudad Juan Bosch], medida que deviene ser totalmente positiva, pues resulta inconcebible seguir añadiendo más deuda cuando existen otras vías de las cuales el Estado puede servirse para cumplir sus responsabilidades como: las APP y el *Project Finance*. En consecuencia, las APP proporcionan a los gobiernos estabilidad financiera.

Las APP aportan diversos beneficios que hacen atractiva su formación, como es el caso de su condición de mecanismo financiero, cuando el sector privado se encarga del financiamiento de la obra. La experiencia de otras naciones, como Colombia, nos indican que las APP recurren al mercado de valores para financiar sus proyectos, ya que este mercado es el favorable porque permite el reciclaje de capital y plazos más largos de apalancamiento, lo cual hace más asequibles los proyectos. En ese sentido, indica la doctrina que por la magnitud de los fondos requeridos, ni los aportes del Estado ni los del sector privado con endeudamiento de su propio balance o con capital propio, son suficientes para la financiación total del proyecto. Por lo que las APP recurren a solicitar *Project Finance* como medio idóneo por medio del acceso al mercado de capitales, para suplir las deficiencias de capital de los socios públicos y privados, a través de costos más bajos y razonables³⁶.

<https://acento.com.do/2019/opinion/8717561-es-la-deuda-publica-actual-de-la-republica-dominicana-sostenible/> [fecha de consulta 30 de noviembre de 2019].

³⁶ Julio César Crivelli, *op. cit.*, p. 49.

En una APP, puede darse el caso de que sea el agente privado quien asuma el financiamiento de la obra, sin embargo, pueden presentarse ocasiones en donde la financiación no solo provenga del sector privado, y el sector público pueda cofinanciar los proyectos, disminuyendo la presión financiera de los inversionistas, pero manteniendo la retribución de sus inversiones atadas al desempeño del proyecto. De esta manera se mantienen alineados los intereses de ambos. En lo particular, nos avocamos para que las APP implementadas por el gobierno dominicano persiga mayormente el financiamiento privado, pues de esta forma no se requerirá la liquidez del gobierno para pagar la obra, dejando esta obligación a largo plazo.

Otro de los beneficios que nos aportan las APP, es la eficiencia. En efecto, por medio de estas se hacen las cosas correctas, ya que nos encontramos con una mejor gestión de costos, un mayor manejo de riesgos, acceso a la innovación y mayor fiabilidad de la obra. Por medio de la metodología de “valor por dinero”, se puede evaluar y cuantificar si la colaboración del sector privado crea valor durante el ciclo de la construcción, operación y servicio de un proyecto. En adición, el valor por dinero pondera los costos y riesgos de la vida del proyecto, y la útil provisión de sus servicios. En general, se valora el impacto de llevar a cabo un proyecto mediante una APP.

Por otro lado, la asignación de riesgos y responsabilidades en las Alianzas Público-Privadas deben atender a los principios de equidad y equilibrio para las dos partes. Las evaluaciones deben ser realistas, y ninguna de las partes deben asumir riesgos excesivos más que la otra, a menos que la parte que decida asumir esos riesgos cargue un costo adicional por asumirlos a la otra parte. Pero en sentido general, el manejo de los riesgos debe ser realizado eficientemente, y sobre todo,

debe ser cuantificado durante la etapa de diseño para todas las actividades que estará comprendiendo la ejecución del proyecto.³⁷

Las demás ventajas de incursionar en una APP comprenden el compromiso de mantenimiento de la obra de parte del sector privado, la mayor confianza técnica del proyecto, las reglas de transparencias que sean adoptadas, y el método de recuperación de la financiación.

En cuanto a lo anterior, las APP tienen un efecto de manifestación que infunden innovación, efectividad y eficiencia en el mayor aprovechamiento del activo, y por empeñar todo su esfuerzo para construir con calidad y rapidez para prestar un buen servicio, pero sobre todo, para recibir los ingresos esperados. Respecto a la transparencia, por tener muchos actores involucrados, las APP reducen los riesgos de corrupción, mal que afecta en gran manera a los países del mundo.

Por otro lado, dependiendo del tipo de estructura de APP que se forme, se generarán los derechos económicos de flujos de ingresos provenientes de las tarifas que se carguen a los usuarios finales, o del desembolso de las partidas presupuestarias del gobierno, o ya sea de una composición entre ambos. La idea es que el método de devolución de la inversión del sector privado, puede ser canalizada mediante el proyecto directamente, como fuente de pago y garantía.³⁸

Es importante destacar que para que las APP puedan ser exitosas tanto para los sectores públicos y privados, como para la comunidad,

³⁷ Banco Interamericano de Desarrollo (BID). *Asociaciones público-privadas para la prestación de servicios. Una visión hacia el futuro* [en línea] [fecha de consulta 30 de noviembre de 2019]. Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Asociaciones-público-privadas-para-la-prestación-de-servicios-Una-visión-hacia-el-futuro.pdf>

³⁸ Mateo De Los Ríos, *op. cit.*, pp. 12-13.

es necesario que la misma cuente con una regulación que la revista de institucionalidad y brinde seguridad jurídica a los inversores, que se definan sus objetivos, el procedimiento de licitación de las obras, la forma en cómo se evaluarán y estructurarán los proyectos, las responsabilidades de las partes, los mecanismos de toma de decisiones, control de calidad y supervisión. En ese sentido, con la promulgación de la Ley 47-20, la República Dominicana se abrió camino hacia la infraestructura al introducir en su ordenamiento jurídico la figura de las APP, pasando a formar parte del conjunto de países de Latinoamérica que cuentan con este importante marco legal.

Las Asociaciones Público-Privadas no cuentan con un régimen uniforme que disponga sobre su regulación a nivel internacional, sino que las mismas se reglamentan dependiendo de las necesidades existentes en cada país.

Por último, debemos advertir que el Estado debe tomar en cuenta los compromisos y responsabilidades asumidos al momento de constituir una APP, ya que este podría acostumbrarse a no tener esa deuda “en sus libros”, y se pierde de vista que solo por ello no deja de existir. No se desaparece. En consecuencia, cuando se materializan contingencias [por ej. cientos de millones de Odebrecht justo al inicio de la pandemia³⁹], se debe pagar, y esto tiene un impacto financiero sobre las finanzas públicas.

2.3.2 Técnica del *Project Finance*

³⁹ Redacción Digital, 2020. Gobierno pagará US\$395.5 millones a Odebrecht para evitar el arbitraje. En: *Listín Diario* [en línea]. 18 de marzo. Disponible en: <https://listindiario.com/economia/2020/03/18/609026/gobierno-pagara-us-395-5-millones-a-odebrecht-para-evitar-el-arbitraje/amp/> [fecha de consulta 12 de julio de 2020].

El *Project Finance* o financiamiento de proyectos al igual que las APP, es un instrumento de financiación, y un medio para vincular al sector privado en el desarrollo de políticas públicas del Estado, específicamente, al desarrollo de infraestructura. Esta necesidad de vincular a inversionistas privados, tiene su origen en la escasez de los fondos públicos, y a la incapacidad económica de los gobiernos de proporcionar los servicios de infraestructura: sociales y productivos que contribuyan a mejorar los niveles de crecimiento económico del país, pero sobre todo, preparan el clima para que los inversores extranjeros cuenten con toda la infraestructura física disponible que puedan dar lugar a la materialización de sus inversiones en el país correspondiente. Por igual, aumentar el crecimiento económico de un país por medio de las inversiones, contribuye a reducir la pobreza de sus ciudadanos. De manera que, el uso de esta técnica de financiamiento, auxilia en cierta medida a las economías de los países, sin éstos tener que comprometer exclusivamente su capacidad de endeudamiento.

Financiar un proyecto mediante un *Project Finance* no significa que el Estado contraerá una deuda directa, sino que el éxito de esta técnica consiste en un buen manejo de los flujos de caja futuro del proyecto que permitirán atender los compromisos financieros asumidos. Ahora bien, estructurar un *Project Finance* no es cosa fácil, pues definir un proyecto de infraestructura requiere de muchos estudios y análisis. La infraestructura es un medio que facilita los servicios básicos de la industria y los hogares, además, de la provisión de los insumos que demanda la economía⁴⁰.

⁴⁰ GONZÁLEZ, Juan D. et al. Project Finance y Asociaciones Público-Privada para la provisión de servicios de infraestructura en Colombia. *Obras y Proyectos* [en línea]. **16**, 61-82 [fecha de consulta 30 de noviembre de 2019]. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/oyp/n16/art05.pdf>

El *Project Finance* comprende la construcción y operación de infraestructuras, y su futura explotación, como la primordial fuente de repago del préstamo. Los proyectos que son realizados por medio de este tipo de financiamientos son de gran envergadura, por consiguiente, requieren de una inversión tan significativa que compromete la capacidad de sus sponsors o patrocinadores. En ese sentido, en estos proyectos se involucran diversas entidades de intermediación financieras, locales o internacionales, entidades privadas o públicas, que aúnan sus esfuerzos para proveer los fondos y garantías necesarias. Es decir, se trata de un esquema complejo que por la cantidad de partes que intervienen y su intensa estructura, resulta costosa, en consiguiente, su uso no se recomienda para proyectos de pequeños o medianos. De lo antes dicho, podemos identificar que el *Project Finance* contiene varios elementos esenciales, tales como:

a) Inversión significativa

La implementación de un *Project Finance* requiere de miles y hasta millones de dólares, por eso su financiación requiere de un conjunto de patrocinadores. Pero una de las bondades de esta técnica es que los patrocinadores pueden exceder su capacidad de endeudamiento, o que eviten comprometerla. Esto así ya que el *Project Finance* permite sacar al proyecto de sus estados financieros [fuera de balance], de manera que el flujo de fondos del proyecto se afectará únicamente por los riesgos directos del proyecto, y no por los malos resultados de las actividades de las sociedades involucradas.

b) Largo plazo

El repago del financiamiento se iniciará en un largo plazo, es decir, después de que se concluya el tiempo de la construcción del

proyecto, que es el momento en que iniciará la operación del proyecto del cual se obtendrán los fondos necesarios para repagar el financiamiento⁴¹.

c) Uso de un vehículo especial

Muchos doctrinarios establecen que para el *Project Finance* debe utilizarse un *special purpose vehicle [SPV]* o sociedad de propósito exclusivo, que se constituya con el único propósito de desarrollar el proyecto por la “flexibilidad en la estructuración de capital” y la limitación de responsabilidad de los accionistas,⁴² lo cual no es incierto pero a nuestro entender resulta poco práctico, pues existen otras estructuras de inversión como el fideicomiso, la cual agrega una mayor eficiencia de costos y reduce la carga fiscal de las partes.

En ese sentido, resulta de trascendental interés conjugar el estudio de ambas figuras, APP y *Project Finance*, desde el papel del fideicomiso sobre el cual estaremos abundando más adelante del presente trabajo de investigación.

2.4 Conflictos de interés entre el Estado y el sector privado

Frente a un proyecto que se financie mediante *Project Finance*, mediante el cual se desembolsen grandes sumas de dinero para ejecución del proyecto, pueden presentarse inconvenientes, como la malversación de fondos o mal manejo de los recursos, que pueden ocasionar que los proyectos se suspendan o se paraliquen indefinidamente.

⁴¹ NOYA DE LA PIEDRA, Ismael y DE LOS HEROS ECHECOPAR, Juan Carlos. Para entender el Project Finance. *THÉMIS-Revista De Derecho* [en línea]. 2007, (54), 33-48 [fecha de consulta 13 de noviembre de 2019]. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8870>

⁴² Ismael Noya De La Piedra y Juan Carlos De Los Heros Echeconpar., *op. cit.*, p. 4.

Otro conflicto que puede generarse entre la empresa privada y el Estado, es que cada parte tiene un interés particular en el proyecto, lo cual las conduce a actuar en pro de sus propios beneficios, y no a favor de la ejecución del proyecto para beneficiar a la sociedad. Esto revela un gran problema, pues la falta de confianza entre ambos socios [Estado y sector privado] dificulta la implementación y buena marcha de los proyectos públicos.

De esta situación se deriva otro problema que son los sobrecargos en los costos de los proyectos, esto debido a los diversos motivos técnicos, políticos, económicos y sociológicos que pueden suscitarse. En el aspecto técnico, se destacan los errores de previsión y los riesgos, los cuales son difíciles de especificar y encontrar en obras de infraestructura [imposibilidad de confeccionar contratos completos]. En cuanto al aspecto político está la competencia entre provincias o ciudades, mediante las cuales se suelen generar propuestas con costos por debajo del monto real, a fin de ganar la oportunidad de ejecutar algún desarrollo en la ciudad y obtener rédito político por ello. Respecto al motivo económico, se pueden encontrar los problemas del principal y agente, entre los funcionarios públicos que asignan los proyectos, y la sociedad que será la beneficiaria de la obra. En ese sentido, puede que los incentivos no estén alineados y que la decisión de los agentes no favorezca al máximo el bienestar social. Por último, el aspecto sociológico se refiere a la sobreestimación de costos y riesgos, y en los beneficios asociados al proyecto⁴³.

Por otro lado, están los problemas de desconfianza debido a la corrupción y sobornos ante la ausencia de transparencia en los roles del Estado y el ente privado, lo cual genera que los ciudadanos pierdan

⁴³ Banco Interamericano de Desarrollo (BID). *Mejor gasto para mejores vidas [...] op. cit.*, p. 164.

la confianza en el Estado y no crean en la visión política y estrategias de crecimiento de la nación. Siendo el mecanismo de la fiducia de gran valor para evitar que los constructores de las obras "engañen" al Estado, o viceversa, como explicaremos más adelante.

Otras incidencias son las obras viciadas producto de la mala calidad de los materiales adquiridos, cuyo componente no agrega valor al proyecto, generando que una gran cantidad de recursos públicos sean malgastados. Por último, otra vicisitud que suele presentarse es el ámbito de la toma de decisiones que son requeridas en las distintas fases del proyecto, principalmente cuando las APP son estructuradas mediante un tipo societario, como es el caso de las sociedades anónimas. Al respecto, el problema surge en el sentido de que las sociedades de comercio tienen una estructura de orden público que son muy cerradas y digamos poco flexible, se percibe cierta rigidez en la conformación del negocio, porque las decisiones tienen que tomarse por medio de asambleas, donde tiene que haber uno o varios gerentes, y existen reglas para la adopción de decisiones, que deben seguir lo establecido en los estatutos sociales, y si son requeridas algunas modificaciones, a veces es difícil que puedan realizarse. En ese sentido, existen unas reglas de mayorías y otras para el manejo de derechos de las minorías, las cuales impiden que no se ejecute sino lo que haya sido convenido en los estatutos.

Estas cuestiones entendemos que pueden ser mejor manejadas y controladas a través del fideicomiso, de modo que estas situaciones no entorpezcan la canalización de proyectos en la República Dominicana. El fideicomiso es una manera de poder llevar libertad al mundo de los negocios, sin tener la estructura formal de las sociedades de comercio. Toda vez que en un fideicomiso, el control lo ejerce el fiduciario, o el

Comité Fiduciario⁴⁴ si fue estipulado en el acto constitutivo de fideicomiso su conformación, y el hecho de que una persona física o una sociedad [con calidad de fideicomitente] tenga unos intereses mayores que la de los demás fideicomitentes, no le confiere supremacía sobre a la otra, ya que tienen igual preponderancia frente al fideicomiso, sin importar que una persona tenga mayor participación que la otra.

Por consiguiente, el fiduciario ejecutará solo lo que dice el contrato y sus adendas. Por eso, la característica de ser flexible es una gran ventaja que el fideicomiso confiere. Además de que el fideicomiso es un componente conservador que disocia los intereses de todas las partes a un fin común, la ejecución de un proyecto.

2.5 El fideicomiso como herramienta legal y estratégica para el financiamiento de proyectos

El fideicomiso es una oportunidad de negocios importante en la República Dominicana, pues abre nuevos mercados con distintas alternativas de participación para los sectores públicos y privados, como hemos explicado anteriormente.

Ante los distintos conflictos que pueden presentarse en una APP, el fideicomiso es una herramienta estratégica que armoniza las relaciones jurídicas entre el Estado y el agente privado. Pues uno de los múltiples beneficios que aporta el fideicomiso es la transparencia, cuya presencia es vital para la canalización de un proyecto mediante APP

⁴⁴ El artículo 23, literal h del Reglamento No. 95-12 para la Aplicación de la Ley No. 189-11 dispone: “Órganos Auxiliares del Fideicomiso. En caso de que se contemple la existencia de juntas o comités con carácter de auxiliares del fideicomiso, si por la naturaleza del mismo se justifique, deberá señalarse en el acto constitutivo su forma de integración, atribuciones y normas de funcionamiento. En ningún caso dichas juntas o comités sustituirán al fiduciario en sus labores administrativas ni podrá el fiduciario eximirse de su responsabilidad ante tales órganos ni frente a terceros, debiendo siempre ejercer su labor como buen padre de familia”.

donde hay tantas partes como intereses distintos involucrados. En ese sentido, el fideicomiso es un vehículo idóneo que permite que los negocios se hagan con mucha transparencia no solo entre los actores involucrados, sino también frente al público en general, pues los contratos de fideicomiso son registrados en un registro público, condición que los hace inoponibles frente a los terceros.

De manera que la viabilidad del financiamiento para la ejecución de los proyectos en la República Dominicana puede ser efectiva por los diversos controles y manejo de los bienes que efectúa la fiduciaria en favor del fideicomiso, y no en pro de cada una de las partes. En realidad, es el vehículo ideal para la ejecución de emprendimientos que tienen una fecha de inicio y una fecha o un evento de finalización.

Tomando en cuenta los obstáculos presentados en el subtema anterior, el fideicomiso es una figura legal que aporta diversas soluciones procesales a los casos presentados, tales como:

- a) La estructura de inversión fiduciaria cuenta con un ente imparcial e indiferente a los intereses de las partes, que son las sociedades fiduciarias.
- b) Las fiduciarias en nombre y representación del Fideicomiso, se encargan de gestionar y optimizar los recursos del proyecto.
- c) Los fideicomisos de administración funcionan perfectamente para administrar de manera correcta los recursos del proyecto, y para efectuar los pagos que correspondan, de manera más eficaz, a favor de los proveedores del financiamiento, contratistas del proyecto, y cualesquiera otros pagos que se correspondan a la actividad misma del fideicomiso.

- d) Los fideicomisos de garantía proporcionan el colateral a favor de los sponsors para asegurar el cumplimiento de la obligación del pago del préstamo.
- e) Las fiduciarias velan por el fiel desarrollo y ejecución del proyecto.
- f) La fiduciaria es un tercero que puede arbitrar los intereses de las partes de una manera eficaz, y sin tener que incurrir en gastos judiciales.
- g) El fideicomiso permite hacer un negocio con mayor creatividad, con mayor seguridad jurídica, y con mayor flexibilidad para las partes.

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

3.1 Tipo de investigación

En el presente trabajo de investigación utilizaremos el tipo de investigación correlacional, toda vez que colectaremos informaciones acerca de cómo el fideicomiso puede fungir como herramienta legal estratégica para el financiamiento de proyectos en la República Dominicana, a través del análisis de otras variables como, las Alianzas Público-Privadas (APP) y la técnica de financiamiento *Project Finance*, para poder determinar de qué forma el fideicomiso puede contribuir en la financiación de proyectos entre los sectores públicos y privados. De igual forma, con este tipo de investigación nos proponemos conocer cuáles son los conflictos que afectan la financiación de proyectos en la República Dominicana, y de qué forma el fideicomiso puede coadyuvar a conciliar este flagelo.

3.2 Diseño de la investigación

En la presente investigación estaremos aplicando el diseño no experimental transeccional, en virtud de que las variables a utilizar no serán manipulables, ya que observaremos los fenómenos en su ambiente natural y luego analizaremos diversas variables en un momento determinado. En ese sentido, mediante este método estaremos observando la figura del fideicomiso como herramienta estratégica para el financiamiento de proyectos, para lo cual analizaremos los métodos de financiación utilizados por los sectores públicos y privados en materia de infraestructura: las Alianzas Público-Privadas [APP] y el *Project Finance*, para determinar la eficacia del fideicomiso en la materialización del financiamiento de esos proyectos.

3.3 Estrategias metodológicas

3.3.1 Presupuestos epistemológicos: paradigmas

El tipo de paradigma que estaremos utilizando en el presente trabajo de investigación es el iusnormativismo o positivismo jurídico, debido a que la investigación estará enfocada en varias figuras legales estatuidas por las leyes que las rigen, sus aplicaciones y variables en la práctica.

3.3.2 Métodos a utilizar

Los métodos a utilizar en la presente investigación serán: el método deductivo, ya que estaremos partiendo de principios jurídicos generales como los aspectos históricos del fideicomiso, para concentrarnos en situaciones fácticas como, las incidencias particulares que influyen en nuestro tema de estudio; y, el método analítico, toda vez que estudiaremos varios aspectos que nos permitirán conocer el todo de nuestra investigación, en efecto, estudiaremos los aspectos generales del fideicomiso, para luego pasar a analizar el contrato de fideicomiso y sus elementos, y las vías de financiamiento para la ejecución de los proyectos de nuestro objeto de estudio.

3.3.3 Fuentes de información

A los fines de desarrollar la presente investigación estaremos aplicando las fuentes primarias y secundarias. Dentro de las fuentes primarias que utilizaremos están: la Constitución dominicana, las leyes, reglamentos de aplicación de las leyes, la doctrina [libros, textos, revistas] y periódicos. Respecto a las fuentes secundarias dispondremos de: revistas, documentos, diccionarios, tesis de grado y maestría.

3.3.4 Técnicas de recolección de información

Las técnicas de recolección de información que utilizaremos serán: la bibliográfica y la entrevista, pues estaremos revisando todas las leyes, reglamentos y doctrinas aplicables hasta la actualidad sobre nuestro tema objeto de estudio a nivel nacional, y estaremos revisando la doctrina del derecho comparado. De igual forma, procederemos a realizar entrevistas a profesionales especializados en el tema de investigación, con miras a conocer su posición y opinión sobre la problemática presentada.

CAPÍTULO IV: NECESIDAD DE FINANCIAMIENTO PARA LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

4.1 *Project Finance*

El financiamiento privado es uno de los elementos más preponderantes de una Alianza Público-Privada [APP]. La gestión de esta financiación es responsabilidad del agente privado quien es el encargado de construir la obra, y podrá ser gestionada a través de cualquier entidad de intermediación financiera o no financiera, o mediante el mercado de valores. A lo largo del tiempo, el financiamiento más utilizado ha sido el bancario, el cual ha fungido como medio de financiación tradicional constituyente de recursos económicos.

En la práctica se ha demostrado que esta forma clásica de financiación presenta algunas características que no resultan ventajosas, comparadas con otros instrumentos de financiamiento como el *Project Finance*, si lo que se busca es optimizar los recursos económicos. Esto debido a que el financiamiento bancario es, principalmente de corto plazo, y se respalda con el patrimonio de la empresa que lo solicita, quien debe demostrar su récord crediticio en la trayectoria de su vida comercial.

Asimismo, las entidades de intermediación financieras, confieren créditos bajo estrictos procedimientos regulados, con tasas y plazos predeterminados, acorde los reglamentos e instructivos internos de cada entidad. En consiguiente, los proyectos de inversión que son promovidos por sociedades sin historial crediticio, que se sostienen de los flujos futuros del proyecto, presentan inconvenientes para desarrollarse. Esto así, ya que muchas veces no son aprobados por las entidades bancarias, además de que tampoco es aceptado el esquema

de financiamiento, especialmente, de largo plazo y de gran inversión⁴⁵. Ante esta situación que presenta el financiamiento tradicional, ha surgido como una opción mucho más flexible, el *Project Finance*, con miras a que las empresas puedan apalancarse financieramente para desarrollar proyectos de gran inversión ambiciosos, y de largo plazo.

El *Project Finance* o financiamiento de proyectos es un instrumento de financiación, y un medio del cual pueden servirse los sectores público y privado para el desarrollo de infraestructuras, o cualquier otra obra o servicio público. Sus orígenes se remontan al desarrollo de proyectos de hidrocarburos en la explotación de yacimientos de petróleo ubicados en Rusia en el año 1880, cuando el banco francés Crédit Lyonnais concedió el financiamiento de estos proyectos bajo un esquema de *Project Finance*. Posteriormente, esta técnica de financiamiento fue actualizada en el desarrollo de la explotación de los campos de petróleo de Texas para el año 1930. Su implementación logró una mayor seguridad en los sectores financieros, en la década del 1970 con el financiamiento de recursos naturales, como los campos de petróleo de Australia y otros países en desarrollo.

Hasta finales del siglo XX, esta estructura de financiamiento comprendió los sistemas de ferrocarriles y telefonía, gas natural, electricidad, servicio de agua y alcantarillado, con la participación del sector privado el cual se había apalancado a través de la emisión de bonos. En consecuencia, a principios del año 1990, esta técnica de financiamiento fue promovida para el desarrollo de proyectos con financiamiento privado mediante la iniciativa privada con la

⁴⁵ REÁTEGUI, Ana. et al. *Project Finance para Proyectos de APP en el Perú: evaluación tributaria, contable y financiera*. 1ª ed. Lima-Perú, 2018, p. 12. ISBN 978-612-4110-84-9.

participación del Estado. En Inglaterra, esta iniciativa se desarrolló bajo la denominada *Private Finance Initiative* en el año 1992⁴⁶.

La necesidad de vincular al agente privado para el desarrollo de proyectos públicos, permitió evidenciar la escasez de fondos públicos y la incapacidad económica de los gobiernos de proporcionar los servicios de infraestructura y otros servicios públicos, que contribuyan a mejorar los niveles de crecimiento económico de su país y la comunidad, pero sobre todo, que preparen el clima de inversiones que permita atraer capital extranjero a sus naciones. Por igual, aumentar el crecimiento económico de un país por medio de las inversiones, contribuye a reducir la pobreza de sus ciudadanos, pues facilita los servicios básicos de la industria y los hogares, además, de la provisión de los insumos que demanda la economía⁴⁷.

Un *Project Finance* no es un contrato ni una APP, sino un instrumento de financiación no tradicional de proyectos de inversión que se solventa primordialmente de sus flujos futuros. En ese tenor, financiar un proyecto mediante *Project Finance* no significa que el Estado contraerá una deuda directa, sino que el éxito de esta técnica consiste en un buen manejo de los flujos de caja futuros y los ingresos del proyecto que permitirán atender los compromisos financieros asumidos por el sector privado, o por los agentes público y privado conjuntamente. En consiguiente, esta técnica es de gran utilidad en el desarrollo de una APP.

Ahora bien, estructurar un *Project Finance* no es cosa fácil, pues definir un proyecto de infraestructura requiere de muchos estudios y

⁴⁶ Ana Reátegui et al., *op. cit.*, p. 16.

⁴⁷ GONZÁLEZ, Juan D. et al. *Project Finance y Asociaciones Público-Privada para la provisión de servicios de infraestructura en Colombia. Obras y Proyectos* [en línea]. 2014, (16), 61-82 [fecha de consulta 30 de noviembre de 2019]. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/oyp/n16/art05.pdf>

análisis técnicos, financieros, económicos, y medioambientales. Además, en estos proyectos se involucran diversas entidades de intermediación financieras, locales o internacionales, entidades privadas o públicas, que aúnan sus esfuerzos para proveer los fondos y garantías necesarias. Es decir, se trata de un esquema complejo que por la cantidad de partes que intervienen y su intensa estructura, resulta costosa. En consiguiente, su uso no se recomienda para proyectos pequeños o medianos.

4.1.1 Características del *Project Finance*

El *Project Finance* contiene elementos esenciales que resultan interesantes desarrollar a los fines del presente trabajo de investigación, tales como:

a) *Off-balance sheet financing*

Los proyectos que son realizados por medio de este tipo de financiamientos son de tal magnitud, que requieren de una inversión tan significativa que podría comprometer la capacidad de sus promotores o inversionistas, dado que la financiación se estructura sin recursos o con recursos limitados contra estos. No obstante, una de las bondades de esta técnica es que los inversionistas pueden exceder su capacidad de endeudamiento, y evitar comprometerlo. Esto así, ya que el *Project Finance* permite sacar el proyecto de sus estados financieros, es decir, fuera de balance, lo que significa que la deuda no constituirá una obligación directa o eventual del agente privado, sino que el balance de la deuda solo figurará en el vehículo de inversión que se constituya a tales fines. De manera que el flujo de fondos del proyecto se afectará únicamente por los riesgos directos del proyecto, y no por los malos

resultados de las actividades financieras de las sociedades involucradas.

b) Flujo de fondos

El flujo financiero de la contraprestación es la garantía más importante de este tipo de financiación, el cual comenzará a generarse una vez se termine la obra y esta comience a explotarse, o con la operación de algún otro derecho económico que genere ingresos al proyecto.⁴⁸ En ese sentido, estos flujos son puestos en garantía a favor de los financiadores del proyecto, los cuales son aislados y afectados como colateral del financiamiento concedido. También, los financistas pueden exigir, garantías solidarias, garantías fiduciarias, etc.

El flujo de fondos del proyecto debe ser lo suficiente, como para cubrir los costos operativos del proyecto, repagar el préstamo contraído, y dar al agente privado un rendimiento adecuado sobre el capital invertido. En consecuencia, la buena administración de estos, es vital para asegurar el repago de las obligaciones contraídas.⁴⁹

c) Pago a largo plazo

Considerando que los proyectos *Project Finance* contemplan un conjunto de actividades de diseño, construcción, administración y financiamiento, su primordial fuente de repago se iniciará en un largo plazo para asegurar la bancabilidad y recuperación de la inversión. Es decir, después de que se concluya la construcción de la obra, que es el momento en que se iniciará la operación del proyecto y su explotación,

⁴⁸ Julio César Crivelli., *op. cit.*, p. 111.

⁴⁹ NOYA DE LA PIEDRA, Ismael y DE LOS HEROS ECHECOPAR, Juan Carlos. Para entender el Project Finance. *THÉMIS-Revista De Derecho* [en línea]. 2007, (54), 33-48 [fecha de consulta 13 de noviembre de 2019]. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8870>

lo cual permitirá recaudar los fondos necesarios para pagar el financiamiento. Este es un aspecto primordial que los estructuradores del financiamiento, deben tomar en cuenta al momento de realizar el análisis económico y financiero del proyecto.⁵⁰

d) Acción limitada

Los proveedores del financiamiento tienen un recurso muy limitado contra los solicitantes del préstamo. Esto así debido a que la responsabilidad de los solicitantes es limitada, y está atada al uso de un *Special Purpose Vehicle [SPV]* o vehículo de propósito exclusivo, que puede ser un fideicomiso, y al capital y recursos aportados a estos vehículos de inversión. En ese tenor, si el SPV incumple con el pago del crédito, los financistas no podrán ir contra los socios o accionistas de manera directa, sino en contra del SPV para ejecutar las garantías que les fueron otorgadas. Adicionalmente a las garantías, en este tipo de financiamientos puede haber una mejora en el crédito, a través de garantías dadas por terceros⁵¹. Mayormente, el promotor del proyecto no otorga garantías corporativas ni personales, pues afectan el balance por las contingencias que ello implica.

e) Asignación de riesgos

El *Project Finance* requiere de una evaluación minuciosa de los riesgos en la construcción, la operación del proyecto, los ingresos esperados y la asignación de estos entre las partes. Lo que quiere significar que el proyecto y la distribución de riesgos deben ser aceptables para los financiadores, es decir, debe ser bancable.

⁵⁰ Ismael Noya De La Piedra y Juan Carlos De Los Heros Echecopar., *op. cit.*, p. 37.

⁵¹ Ismael Noya De La Piedra y Juan Carlos De Los Heros Echecopar., *op. cit.*, p. 37.

Desde el punto de vista del prestador, resulta difícil evaluar un proyecto que es nuevo y que no tiene historial crediticio, por ende, determinar los riesgos que podría conllevar la rentabilidad del proyecto es un requisito *sine qua nom* para que los financiadores verifiquen si es viable, y los desembolsos puedan realizarse. Esto resulta totalmente difícil, pues es desconocido la totalidad de riesgos que pudieran presentarse, y las consecuencias exactas que generarán. Partiendo de lo anterior, y ante la ausencia de acción o limitación de recursos contra el agente privado, el *Project Finance* permite que las partes envueltas compartan los riesgos operativos y financieros entre ellas. Para ello, se realizan estudios de medición de riesgos de diversas índoles. Las partes deben tomar en cuenta que el riesgo encarece el costo del financiamiento, pues a mayor riesgo, los financiadores exigirán un mayor retorno [i.e. mayor tasa de interés, menor plazo para el repago del crédito, entre otros], o podrán decidir no invertir⁵².

f) Uso de vehículo especial

Los bienes del proyecto están bajo la titularidad y administración de una tercera persona, diferente a los financistas del proyecto. Muchos doctrinarios establecen que el *Project Finance* debe aislarse en un SPV, que se constituya con el único propósito de desarrollar el proyecto por la flexibilidad en la estructuración de capital y la limitación de responsabilidad de los accionistas,⁵³ lo cual no es incierto, pero a nuestro entender resulta poco práctico, toda vez que existen otras estructuras de inversión, como el fideicomiso, el cual agrega una mayor eficiencia de costos y reduce la carga fiscal de las partes, como estableceremos en lo adelante del presente trabajo de investigación.

⁵² Ismael Noya De La Piedra y Juan Carlos De Los Heros Echeopar., *op. cit.*, p. 39.

⁵³ Ismael Noya De La Piedra y Juan Carlos De Los Heros Echeopar., *op. cit.*, p. 4.

Tomando en cuenta las peculiaridades del *Project Finance*, podemos colegir que esta técnica sobrepasa el tradicional modelo de financiamiento corporativo directo, en vista de que este último encuentra sus límites en las restricciones de endeudamiento del solicitante. Además, bajo el financiamiento tradicional, el promotor debe ofrecer como garantía activos corporativos o personales. En comparación, en el *Project Finance* la deuda del proyecto no es considerada deuda del promotor, lo cual le permite implementar varios proyectos sin exceder su capacidad de endeudamiento, y las garantías que ofrece el promotor son los propios activos y los flujos de caja futuros del proyecto. En consiguiente, la responsabilidad de la deuda recae parcial o totalmente en el proyecto.

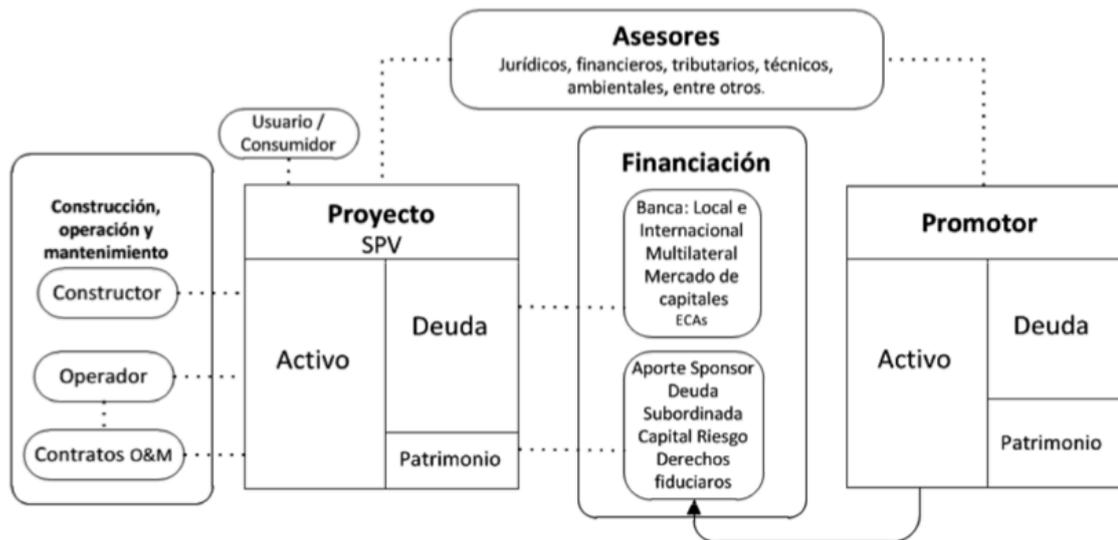
En otro orden, y ante la complejidad de su estructuración en las negociaciones, estos financiamientos duran años para concretarse y comúnmente están afectados de contingencias. Es por ello, que los riesgos del *Project Finance* deben ser calculados y evaluados con el mayor cuidado posible.

Según la doctrina, el *Project Finance* se utiliza en contratos BOT (build-operate-transfer; construcción, operación y transferencia), mediante los cuales los contratistas son los que asumen la totalidad de los riesgos, y se encargan de las transacciones financieras. Asimismo, existen dos variaciones a este tipo de contratos que son: BLT (build-lease-transfer; construcción, arrendamiento y transferencia), y BOO (build-own-operate; construcción, propiedad y operación)⁵⁴. En la República Dominicana se infiere, conforme la definición de contrato establecida en el artículo 4, numeral 11 de la Ley No. 47-20 sobre Alianzas Público-Privadas en la República Dominicana, que se podrá

⁵⁴ Néstor Moreno Meza y Carlos Humberto Monsalve López., *op. cit.*, p. 8.

celebrar cualesquiera de las modalidades anteriores, acorde las condiciones de cada Alianza Público-Privada en particular.

Figura No. 1 – Modelo de un *Project Finance*



Fuente: Estudio sobre el *Project Finance* y Asociaciones Público-Privadas elaborado por Juan D. González *et al.*, año 2014.⁵⁵

4.2 Factores económicos, políticos y sociales que propician el financiamiento de proyectos

a) Factores económicos

La República Dominicana al igual que otros países de Latinoamérica gasta más de lo que su nivel de desarrollo revela, esto así debido a una mala gestión de parte de las instituciones estatales en la asignación de recursos públicos en áreas ineficientes, tales como: publicidad de

⁵⁵ GONZÁLEZ, Juan D., ROJAS, Miguel, ARBOLEDA, Carlos, y BOTERO, Sergio. *Project Finance y Asociaciones Público-Privada para la provisión de servicios de infraestructura en Colombia. Obras y Proyectos* [en línea]. 2014, **16** [fecha de consulta 30 de noviembre de 2019]. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/oyp/n16/art05.pdf>

campañas políticas, construcción de infraestructuras que no han sido utilizadas [escuelas públicas], asignación de salarios excesivos a los funcionarios públicos, entre otros. Otros factores incidentes en la inadecuada gestión de los recursos públicos devienen ser, el pago de sobornos y la evidente corrupción existente en el país. Estas incongruentes inversiones presupuestarias, disminuyen la perspectiva de crecimiento de una nación.

Al respecto, debido a una tendencia internacional en pro del gasto y el auge inesperado de las materias primas, los gobiernos de América Latina y el Caribe intentaron gastar para abrirse camino hacia el futuro, propiciando de esta manera la escala del gasto público. Desafortunadamente, fomentar el gasto no es factible para que las economías crezcan, y los responsables de las políticas deben encontrar otro camino más idóneo para asegurar el crecimiento económico y el bienestar de los ciudadanos de una manera que sea consistente con la sostenibilidad fiscal.⁵⁶

Esta tendencia a favor del gasto ha llevado a los países del mundo a tener que aumentar sus deudas públicas. En el caso de la República Dominicana, resulta visible para los ciudadanos el manejo de su acostumbrada política de endeudamiento. Pues, sin ánimos de adentrarnos a profundidad en temas económicos, es conveniente decir que a la fecha del mes de abril del año 2020, la totalidad de la deuda externa e interna del sector público no financiero representa el 41.9% del Producto Interno Bruto [PIB], lo que se traduce en la suma de US\$38,460.1 millones de dólares⁵⁷. Otros datos arrojan que la deuda

⁵⁶ Banco Interamericano de Desarrollo (BID). *Mejor gasto para mejores vidas. Cómo América Latina y el Caribe puede hacer más con menos* [en línea]. 2018, [fecha de consulta 30 de noviembre de 2019]. Disponible en: <https://flagships.iadb.org/es/DIA2018/capitulo-3-la-ineficiencia-del-gasto-publico>

⁵⁷ Dirección General de Crédito Público, 2020. Deuda del sector público no financiero representa el 41.9% del PIB. En: *Dirección General de Crédito Público* [en línea]. Disponible en:

pública consolidada de la República Dominicana, oscila en unos US\$48,208.5 millones lo cual equivale al 53.9% del PIB. Adicionalmente, y tomando en cuenta los impactos económicos resultantes de la pandemia mundial del Coronavirus (Covid-19), se pronostica una caída en las recaudaciones y un incremento en el gasto social, lo que desenlazará un déficit fiscal por encima de los RD\$110,221 millones contemplados en el Presupuesto General de la Nación del año 2020⁵⁸.

Tales niveles de endeudamiento generan una alarma para la colectividad en general, principalmente para los inversionistas, en vista de que una ascendente trayectoria de deuda podría amenazar el ritmo del crecimiento económico - social de la economía dominicana. Además, la soberanía del país podría resultar comprometida al endeudarse más de lo que realmente puede hacerlo.

b) Factores políticos y sociales

El abuso de poder por parte de los funcionarios, es un hecho que distorsiona completamente las políticas e instituciones públicas de un país. Estos actos incluyen comportamientos como: el enriquecimiento ilícito de los funcionarios, el acceso a bienes y servicios básicos para su provecho propio y de sus allegados, sobornos a funcionarios para obtener acuerdos lucrativos, entre otros. Los responsables de cometer corrupción solo buscan conservar su poder, estatus y aumentar su patrimonio. La corrupción es un delito que genera ineficiencia en el

<https://www.creditopublico.gob.do/inicio/novedades?codigo=20200518> [fecha de consulta 29 de mayo de 2020].

⁵⁸ ÁLVAREZ, Yulissa, 2020. Deuda Pública Consolidada supera el 50% del PIB. *elDinero* [en línea]. 07 de abril. Disponible en: <https://www.eldinero.com.do/103157/deuda-publica-consolidada-supera-el-50-del-pib/> [fecha de consulta 29 de mayo de 2020].

desarrollo social de una nación, pues exacerba aún más la desigualdad, la pobreza y la división social.

De acuerdo con el Índice de Percepción de la Corrupción del año 2019, publicado por Transparencia Internacional, la República Dominicana se encuentra dentro de los países del mundo con un nivel muy alto de corrupción, obteniendo una puntuación de 28/100, y el lugar número 137 de 198 países examinados⁵⁹.

En este país, la corrupción se ha adaptado en todos los lugares, desde el gobierno central hasta los tribunales judiciales, comprometiendo así no solo la confianza de los ciudadanos en sus líderes políticos, sino también la independencia del poder judicial, la oportunidad de los ciudadanos de construir y crecer en riquezas, y la credibilidad en los cambios legislativos y aprobación de contratos congresuales que se efectúan. La corrupción ha debilitado la percepción de transparencia que la población y las demás naciones poseían de la República Dominicana.

La corrupción es un flagelo que provoca desviaciones de las inversiones públicas y privadas. Sirve como plataforma para desaparecer fondos y bienes que podrían favorecer a sectores sociales excluidos, tales como: Hogar de ancianos, iglesias, zonas locales marginadas [Montecristi, Azua, Pedernales], Hogar del Niño, Hogar Crea, entre otros grupos. Mayor aún, en el contexto de un escaso crecimiento, los gobiernos han reconocido que hay poco margen para aumentar el gasto público para la consecución de las necesidades sociales.

⁵⁹ Transparency International. *Corruption Perceptions Index* [en línea]. 2019, [fecha de consulta 30 de mayo de 2020]. Disponible en: <https://www.transparency.org/en/cpi/2019/results/dom>

Por añadidura, a medida que evolucionan las sociedades, los ciudadanos exigen de los Estados servicios óptimos. Conforme al Índice Global de Competitividad del Foro Económico Mundial de 2019, que mide los niveles de productividad de los países en los renglones de instituciones, infraestructuras, adopción de tecnologías de información, estabilidad macroeconómica, salud, habilidades, mercado de productos, mercado laboral, sistema financiero, tamaño de mercado, dinamismo de negocios, y capacidad de innovación, la República Dominicana ocupó la posición número 78 de 141 economías a nivel mundial. Específicamente, en las áreas de: (i) desempeño del sector público [regulación gubernamental, eficiencia en el marco legal de solución de disputas y participación electrónica] alcanzó la puntuación de 46.5/100; (ii) infraestructura de servicios públicos [acceso a la electricidad y calidad de su suministro, exposición a agua potable no segura y fiabilidad de su suministro] logró la puntuación de 68.8/100; (iii) infraestructura de transporte [conectividad vial, calidad de la infraestructura vial, densidad ferroviaria, eficiencia de los servicios de trenes, conectividad aeropuerto, eficiencia de los servicios de transporte aéreo, conectividad de envío de línea y eficiencia de los servicios portuarios] obtuvo una puntuación de 61.0/100⁶⁰. Estas evaluaciones se traducen en que la provisión de los servicios de esta nación debe mejorar⁶¹.

En consiguiente, los gobiernos centrales tienen que incursionar en políticas públicas para poder satisfacer las nuevas demandas, acorde a la función social⁶² que deben desarrollar los Estados. En

⁶⁰ World Economic Forum. *The Global Competitiveness Report 2019* [en línea]. 2019, [fecha de consulta 30 de mayo de 2020]. Disponible en: http://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf

⁶¹ Las puntuaciones próximas al 0 indican una mejor calificación.

⁶² Artículo 8 de la Constitución dominicana de 2010: Función esencial del Estado. Es función esencial del Estado, la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y

efecto, uno de los enfoques más frecuentes en la contribución del sector público en la economía, es la obtención de financiamiento [como *Project Finance*] para la obtención de servicios de infraestructuras aceptables que nos permitan como país competir con la inversión y modernidad existentes en otras naciones.

No obstante, debemos tener en cuenta que los servicios de infraestructura que se implementen requieren altos estándares de calidad. Pues, ha sido muy criticado la deficiencia en el desarrollo de infraestructura en América Latina y el Caribe en la construcción de puertos, aeropuertos, puentes, carreteras y pozos, debido a la baja inversión en la calidad de la infraestructura por parte del sector público. Esta situación propició a que los administraciones de los Estados involucren la participación de la inversión privada para el desarrollo de estos proyectos, con un monto insignificante hasta alcanzar niveles considerables en el PIB de sus economías.⁶³ La participación del sector privado, por medio de las Alianzas Público-Privadas [APP] en la consecución de los servicios públicos, cuya responsabilidad es del Estado llevarlos a cabo, contribuye a disminuir la carga pública de los gobiernos, y es otra de las formas que tiene el Estado a su disposición para poder financiar sus obras.

Como hemos visto, en la República Dominicana resulta de trascendental importancia establecer un clima de negocios que reúna las condiciones necesarias de transparencia, seguridad, confianza e institucionalidad para convertirse en un punto de atracción para los inversores, de manera que se consiga impulsar el desarrollo de la infraestructura. Al respecto sostiene Federico Villalobos que “[...] los

de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas.

⁶³ CASTRO MOLINA, Juan Antonio. El contrato de fideicomiso. *IUS ET VERITAS* [en línea]. 1994, **5** (9), 179-188 [fecha de consulta 24 de noviembre de 2019]. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15462>

retos que enfrenta República Dominicana se centran en fortalecer las APP para los sectores de la agricultura y el turismo, y priorizar la planificación del uso de la tierra y la infraestructura pública en términos de beneficio social”⁶⁴.

4.3 Alianzas Público-Privadas

Los orígenes de las Alianzas Público-Privadas se remontan a los inicios del *Private Finance Initiative*⁶⁵ [en lo adelante “PFI”], el cual consistió en una visión política de desarrollo de infraestructura que nació en Gran Bretaña en los años noventa, mediante la cual el sector privado era la figura principal del desarrollo económico, y quien aportaba eficiencia en el diseño, operación, financiación y la construcción de los proyectos. De esta visión exitosa surgió la agencia denominada “Partnership UK”, la cual se destinó a la búsqueda de proyectos de desarrollo que requirieran PFI. La política de PFI se plasmó en diferentes tipologías contractuales llamadas *Public Private Partnerships* o Alianzas Público-Privadas [APP]. Mientras que en España y América Latina a las *Public Private Partnerships* se les denominó: contratos de concesión.⁶⁶ Como podemos observar, la participación del sector privado en proyectos públicos no es cosa del momento, este modelo propone nuevas maneras para la provisión de infraestructura y servicios públicos.

El Banco Mundial define a las Alianzas Público-Privadas como aquellas que contemplan que parte de los servicios públicos que son responsabilidad del Estado, sean efectuados por el sector privado bajo

⁶⁴ Servicios de Acento, 2019. República Dominicana con grandes retos para Asociaciones Público Privadas con respecto al resto de Centroamérica. En: *Acento* [en línea]. 18 de mayo. Disponible en: <https://acento.com.do/2019/economia/8683159-republica-dominicana-con-grandes-retos-para-asociaciones-publico-privadas-con-respecto-al-resto-de-centroamerica/> [fecha de consulta 30 de noviembre de 2019].

⁶⁵ Se refiere a una iniciativa de financiamiento privado.

⁶⁶ CRIVELLI, Julio César. *Inversión privada en el sector público*. 1ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2017, pp. 45-49. ISBN 978-987-706-197-0.

un esquema de objetivos compartidos. Por su parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE], sostiene que las APP son acuerdos entre el gobierno y una o más empresas privadas, para que éstas provean un servicio de manera tal que los objetivos del gobierno se alineen con los del sector privado⁶⁷.

De igual manera, Jorge Romero Pérez citando a Juan Carlos Cassagne indica que estas asociaciones público-privadas son “una técnica de desarrollo y financiación, pública y privada, de proyectos públicos, que implica una importante participación de ambos sectores, tanto en la realización de una obra, como también en su financiamiento y operación”.⁶⁸

Las APP son una respuesta a la deficiencia de infraestructura existente en los diversos países, y a nuestro entender, una forma indirecta de las Administraciones poder controlar sus cifras actuales de endeudamiento. Como reflejo de lo expresado en el capítulo anterior, la deuda pública nacional sigue una trayectoria ascendente, lo cual incide de manera negativa en el crecimiento de la economía dominicana, frente a la gran necesidad de inversión que requiere nuestro país. Esta es una de las razones por la cual el Estado dominicano debe desplazar las inversiones estatales para que sean ejecutadas con capital privado [e.g., Fideicomiso Ciudad Juan Bosch], medida que deviene ser totalmente positiva, pues resulta inconcebible seguir añadiendo más deuda cuando existen otras vías de las cuales el Estado puede servirse para cumplir sus responsabilidades como, las APP. De manera que, las APP proporcionan a los gobiernos estabilidad financiera.

⁶⁷ DE LOS RÍOS, Mateo. Las APP trazan la ruta de la infraestructura. *Market Brief*. 2018. **47**, 8-13.

⁶⁸ ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique. Consideraciones sobre la Asociación Pública-Privada. *Revista de Ciencias Jurídicas* [en línea]. 2015, mayo-agosto (137) [fecha de consulta 14 de noviembre de 2019]. Disponible en: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/21973>

En el régimen clásico de obra pública, es el Estado que con sus propios recursos paga la obra a medida que esta se va ejecutando, o procede a requerir financiamiento estatal debiendo asumir los riesgos económicos [restricción de capital, entre otros] que puedan sobrevenir durante el proceso, pudiendo poner en peligro la terminación de la obra o propiciar su extensión a un tiempo indefinido. También, el Estado puede inclinarse por la provisión de infraestructuras y servicios públicos mediante su delegación al sector privado. Otra forma consiste, en proveer estos servicios a través de asociación en participación. Dependiendo de la modalidad de inversión que sea utilizada por un Estado, esta puede repercutir de manera positiva o negativa en el presupuesto general de una nación.

La República Dominicana, al igual que otros países de América Latina, sufre de un déficit de obras que son imprescindibles para su desarrollo, particularmente en aspectos de pobreza, salud y educación⁶⁹. En lo relativo a la infraestructura, la OCDE nos indica que además de la calidad, debe abordar aspectos de disponibilidad, sostenibilidad, resiliencia y fiabilidad. Para reducir la brecha existente en infraestructura en América Latina, se necesitan niveles de inversión de un 6% del PIB, durante el ciclo 2012-2020⁷⁰. Como resultado, se

⁶⁹ La Estrategia Nacional de Desarrollo de 2030, nos indica que dentro de los objetivos y ejes principales de desarrollo de la nación dominicana, se encuentran: elevar la calidad de los entornos de escasos desarrollo en el país, mejorar la calidad de los servicios públicos, y el acceso a servicios básicos, mediante el auge, construcción, modernización y mantenimiento de la infraestructura, ya sea mediante el esfuerzo propio, las iniciativas cooperativas, o el apoyo estatal y privado. [en línea] [fecha de consulta 03 de junio de 2020]. Disponible en: <https://www.transparenciafiscal.gob.do/documents/20127/53001/Ley+1-12+Estrategia+Nacional+de+Desarrollo+2030.pdf/42eb236e-54a9-1cd8-3626-450e3db33ab8>

⁷⁰ MARTE, Luz. Alianzas público-privadas para el Desarrollo del Sector de Telecomunicaciones. *Gaceta Judicial* [en línea]. 2019, enero [fecha de consulta 05 de junio de 2020]. Disponible en: <https://webapp-st.pucmm.edu.do:2137/#search/jurisdiction:DO/Alianzas+público-privadas+para+el+Desarrollo+del+Sector+de+Telecomunicaciones/WW/vid/8396122>

requiere la vinculación del sector privado, ya que los Estados no cuentan con el dinero suficiente para desarrollar las obras. De manera que, utilizar las APP como ruta de emprendimiento para la realización de obras de infraestructura y provisión de servicios públicos en general, es la herramienta ideal para la región.

Los fines de toda APP devienen ser dirigidos a la financiación, ejecución conjunta del proyecto u otras actividades operativas, diseño, mantenimiento, operación de la infraestructura con la colaboración del sector privado, y provisión de servicios⁷¹. Los beneficios de este esquema de inversión son destacados en un análisis presentado por el Banco Interamericano de Desarrollo [BID] en el año 2011, mediante el cual se destacan los siguientes:

i) la capacidad de proveer un servicio a un menor costo y en menos tiempo, ii) la posibilidad de mejorar la calidad de los servicios y garantizar buenos niveles de servicio durante largos períodos, iii) una gestión más eficiente de los riesgos del proyecto, iv) la capacidad de atraer innovación tecnológica y otorgar flexibilidad a la provisión de servicios, y, v) que en algunos casos la estructuración financiera de un proyecto puede atraer recursos financieros en condiciones más favorables que si se realizara como un proyecto público.⁷²

De lo anterior se derivan las sucesivas ponderaciones acerca de las APP:

Las APP son atractivas por su condición de *mecanismo financiero*, cuando el sector privado se encarga del financiamiento de la obra. La experiencia de otras naciones, como Colombia, nos indica que las APP recurren al mercado de valores para financiar sus proyectos, ya que

⁷¹ Jorge Enrique Romero Pérez., *op. cit.*, p. 110.

⁷² Banco Interamericano de Desarrollo (BID). *Asociaciones público-privadas para la prestación de servicios. Una visión hacia el futuro* [en línea]. 2011, [fecha de consulta 30 de noviembre de 2019]. Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Asociaciones-público-privadas-para-la-prestación-de-servicios-Una-visión-hacia-el-futuro.pdf>

⁷² Mateo De Los Ríos., *op. cit.*, pp. 12-13.

este mercado es el favorable porque permite el reciclaje de capital y plazos más largos de apalancamiento, haciendo los proyectos más asequibles. En ese sentido, indica la doctrina que por la magnitud de fondos requeridos, ni los aportes del Estado ni los del sector privado con endeudamiento de su propio balance o con capital propio, son suficientes para la financiación total del proyecto. Por lo que las APP recurren a solicitar *Project Finance* como medio idóneo por medio del acceso al mercado de capitales, para suplir las deficiencias de capital de los socios públicos y privados, a través de costos más bajos y razonables⁷³.

Sin embargo, se pueden dar ocasiones en donde la financiación no solo provenga del sector privado, y el sector público pueda cofinanciar los proyectos, disminuyendo la presión financiera de los inversionistas, pero manteniendo la retribución de las inversiones de los inversores atadas al desempeño del proyecto. De esta manera se mantienen alineados los intereses. No obstante, nos avocamos por el lado de que el Estado incline más por el financiamiento privado en general, debido a que esta manera no se demandará la liquidez del gobierno para que pague la obra, dejándose esta obligación a largo plazo.

Las APP generan un beneficio inequívoco, esto es, la *eficiencia*, pues por medio de éstas se hacen las cosas correctas, ya que nos encontraremos de cara a una mejor gestión de costos, un mayor manejo de riesgos, acceso a la *innovación*, y mayor *fiabilidad* de la obra. Por medio de la metodología de valor por dinero [*value for money*]⁷⁴, se

⁷³ Julio César Crivelli., *op. cit.*, p. 49.

⁷⁴ Este criterio sirve para mostrar al Estado la conveniencia de celebrar un contrato de APP, pese al mayor costo que genera esta contratación comparado con la contratación tradicional, pero que no obstante a lo anterior, suponga mejor calidad y eficiencia que la que conseguiría la Administración Pública si realizara el proyecto directamente. Para ello, es necesario evaluar los criterios de costo-beneficio, costo-

puede evaluar y cuantificar si la colaboración del sector privado crea valor durante el ciclo de la construcción, operación y servicio de un proyecto. En adición, el valor por dinero pondera los costos y riesgos de la vida del proyecto, y la útil provisión de sus servicios. En general, hay un mayor aprovechamiento del activo, pues el sector privado empeñará todo su esfuerzo para construir con calidad y rapidez con el objetivo de prestar un buen servicio, y por ende, recibir los ingresos esperados.

La *asignación de riesgos y responsabilidades* en las APP debe atender a los principios de equidad y equilibrio tanto para el Estado, como para el sector privado. Las evaluaciones deben ser realistas, y ninguna de las partes deben asumir riesgos excesivos más que la otra, a menos que la parte que decida asumir esos riesgos cargue un costo adicional por asumirlos a la otra parte. Pero en sentido general, el manejo de los riesgos debe ser realizado eficientemente, y sobre todo, debe ser cuantificado durante la etapa de diseño para todas las actividades que estará comprendiendo la ejecución del proyecto.⁷⁵

El compromiso de *mantenimiento* de la obra de parte del sector privado, la mayor *confianza técnica* del proyecto, las *reglas de transparencias* que sean adoptadas, y el método de *recuperación de la financiación* son otras de las ventajas que comprende incursionar en una APP.

Las APP generan *transparencia* ya que, al tener muchos actores involucrados, se reduce el riesgo de corrupción. Esto resulta de mucha importancia, pues dependiendo del tipo de estructura de APP que se utilice, su explotación generará derechos económicos, y flujos de

calidad, costo de oportunidad, la eficiencia y la eficacia. Esto así pues, los recursos del financiamiento privado son más costosos que el financiamiento público.

⁷⁵ Banco Interamericano de Desarrollo (BID). *Asociaciones público-privadas para la prestación de servicios [...]*, op. cit., p. 17.

ingresos provenientes de las tarifas que se carguen a los usuarios finales, o del desembolso de las partidas presupuestarias que efectúe el gobierno, o ya sea de una composición entre ambos. La idea es que el método de devolución de la inversión del sector privado, podrá ser canalizado como fuente de pago y garantía, a través del proyecto, y de manera correcta.⁷⁶

La colaboración público privada debe enmarcarse en un terreno de plena colaboración entre el Estado y el sector privado, de modo que, puedan aprovecharse las condiciones de ambos, esto es, las capacidades, experiencias y habilidades del sector privado, así como, la utilización de bienes de dominio público, el acceso a entes internacionales de financiamiento, o el establecimiento de beneficios de la Administración⁷⁷.

Para que las APP puedan ser exitosas tanto para los sectores públicos y privados, como para la comunidad, es necesario que la misma cuente con una regulación que la revista de institucionalidad y brinde seguridad jurídica a los inversores, que se definan sus objetivos, el procedimiento de licitación de las obras, la forma en cómo se evaluarán y estructurarán los proyectos, las responsabilidades de las partes, los mecanismos de toma de decisiones, control de calidad y supervisión de obras.

Al respecto, y tomando en cuenta la necesidad de incorporar en su legislación, una regulación que facilite la inyección de capital privado para la consecución de proyectos de interés general, la República Dominicana promulgó una norma jurídica que regula todo lo relativo al

⁷⁶ Mateo De Los Ríos., *op. cit.*, pp. 12-13.

⁷⁷ MORENO CASTILLO, Luis Ferney. et al. *Anuario Iberoamericano de Regulación. Hacia una Regulación Inteligente*. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, p.54. ISBN 978-958-790-262-4.

régimen de las APP, esto es, la Ley No. 47-20 sobre Alianzas Público-Privadas [en lo adelante “Ley No. 47-20”], de fecha veinte (20) del mes de febrero del año dos mil veinte (2020). Es una legislación prematura que cambia la estructura de la contratación administrativa estatal.

Con anterioridad a esta ley, el Estado dominicano desarrolló algunos proyectos en colaboración con el sector privado, bajo el imperio de la Ley No. 340-06 sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones [en lo adelante “Ley No. 340-06”], de fecha dieciocho (18) días del mes de agosto del año dos mil seis (2006), cuyo articulado fue derogado parcialmente por la Ley No. 47-20, y toda terminología referente a *concesión* o *concesiones* ha quedado suprimida.

El régimen tradicional de contratación pública contiene un mecanismo de distribución de riesgos que no resulta interesante para los inversores locales y extranjeros. De ahí que el régimen de APP se torna atractivo, pues permite aplicarse a una variedad de proyectos [i.e. carreteras, aeropuertos, energía y gas, desarrollos inmobiliarios, sistemas de transporte masivo, hospitales, agroindustria, escuelas, sistemas de acueducto y alcantarillado, etc.], de una manera más eficiente y viable, que hacerlo mediante el sistema de contratación clásico⁷⁸.

4.3.1 Contrato de Alianza Público-Privada

Toda APP se formará mediante la suscripción de un contrato, el cual contendrá las disposiciones referentes a los derechos y responsabilidades de las partes, tiempo de ejecución de la obra,

⁷⁸ LAU ALBERDI, Jerónimo. El Régimen de Participación Público-Privada (PPP): Concepto, Fundamento y Posibilidades de Inversión en Materia Energética. *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*. 2017, febrero-abril, (12), pp. 199-238. ISSN 2362-3195.

contraprestación de los servicios, causas de terminación del contrato, distribución de riesgos, procedimientos de resolución de conflictos, entre otros aspectos relevantes que estaremos tratando más adelante. La Ley No. 47-20 considera al contrato de alianza público-privada como:

Un acto jurídico vinculante suscrito entre los agentes públicos y privados mediante el cual se establecen las condiciones de la alianza público-privada para la provisión, diseño, construcción, financiación, prestación, gestión, operación, mantenimiento y administración total o parcial de bienes o servicios de interés social⁷⁹.

Además, dispone que este tipo de contrato “se considerará como un todo donde los intereses de las partes se condicionan entre sí. Entre los derechos y obligaciones de las partes habrá una correlación con equivalencia de honestidad y justicia”⁸⁰. Es una clase de contratación que puede presentar diversas modalidades de vinculación entre los sectores público y privados.

Las APP pueden originarse de dos maneras: (i) en una iniciativa que proviene directamente de los agentes públicos, quienes iniciaran el proceso, presentando un proyecto de interés social con la finalidad de satisfacer una necesidad pública; y, (ii) en otra iniciativa que proviene del sector privado, quien presentará a la Administración por su cuenta y riesgo, el proyecto de iniciativa contentivo de la descripción de la necesidad del bien o servicio público, y un análisis técnico, financiero, medioambiental y de riesgo del proyecto, como fundamento base para la propuesta de creación de la APP⁸¹. Las iniciativas solo podrán presentarse para bienes y servicios declarados de interés social.

⁷⁹ República Dominicana. Ley No. 47-20 sobre Alianzas Público-Privadas en la República Dominicana. Numeral 11, Artículo 4.

⁸⁰ República Dominicana. Ley No. 47-20 sobre Alianzas Público-Privadas en la República Dominicana. Artículo 3, Principio de equidad.

⁸¹ República Dominicana. Ley No. 47-20 sobre Alianzas Público-Privadas en la República Dominicana. Artículos 29, 34 y 37.

Existen dos modalidades de APP. En primer lugar, están aquellas en las que el pago de una obra, se eroga de las partidas presupuestarias del Estado. Mientras que existen otras cuyo pago es responsabilidad del usuario final, lo que implica que los ingresos se generen de las tarifas que son cobradas a los beneficiarios del servicio público⁸². También, puede darse una mezcla entre las anteriores modalidades, donde los sectores públicos y privados, puedan cofinanciar los proyectos, pero manteniendo la contraprestación del sector privado ligado al desempeño de la obra o servicio público, a fines de mantener alineados ambos intereses. En la República Dominicana, la Ley No. 47-20 prevé estas modalidades⁸³.

4.3.2 Elementos del Contrato de Alianza Público-Privada

Dentro de los elementos mínimos que debe tener el contrato de Alianza Público-Privada [en lo adelante “Contrato de APP”] para poder ser considerado válido, se destacan los siguientes:

[...] Los derechos y obligaciones de las partes; las características, especificaciones, estándares técnicos, niveles de desempeño y calidad para la ejecución de la obra y/o prestación de los servicios; el modelo financiero de la alianza público-privada; el régimen tarifario y de remuneración por la contraprestación de los servicios asociada al desempeño; el esquema de distribución de beneficios y utilidades entre agente público y agente privado; la transferencia de recursos del Estado requeridas para el desarrollo del contrato; la mención de los activos públicos y privados a ser transferidos al patrimonio autónomo; los términos y condiciones de los derechos de intervención de los agentes públicos en caso de incumplimiento de lo planteado en el contrato; la matriz de riesgos, incluyendo el esquema de distribución y transferencia de riesgos entre las partes, con total o parcial transferencia de riesgos hacia el agente privado de aquellos riesgos que está en mayor capacidad de gestionar; el esquema de tratamiento de riesgos por caso fortuito o de fuerza mayor; el plazo para el inicio y terminación del contrato, el cronograma de ejecución de la alianza público-privada, la fecha de inicio en la prestación de los servicios; los derechos de uso, derechos de explotación, permisos, regulaciones, acuerdos y cualquier otra condición específica que se requiera para el

⁸² Mateo De Los Ríos., *op. cit.*, p. 10.

⁸³ República Dominicana. Ley No. 47-20 sobre Alianzas Público-Privadas en la República Dominicana. Artículos 31, 32, 33, 51-55 y 61.

desarrollo del proyecto; [...] las condiciones para la renegociación del contrato y los límites a la misma; el procedimiento de extinción de los contratos; los procedimientos de solución de controversias; las limitaciones a eventuales adendas al contrato; las condiciones para la subcontratación; las condiciones de reversión al finalizar del contrato de todos los bienes que ingresan en patrimonio autónomo; las circunstancias bajo las cuales podrá terminar el contrato; las condiciones de la cobertura de riesgos mediante la constitución de garantías; las cláusulas que prohíban la transferencia de recursos del Estado, en caso de contratos resultantes de procesos de iniciativas sin transferencia de recursos del Estado; y las demás disposiciones que se establezcan en correspondencia con esta ley por vía reglamentaria⁸⁴.

En ese tenor, y para los fines de la presente investigación, procedemos a desarrollar los más preponderantes en los esquemas de APP, que son: la distribución de riesgos, la financiación del sector privado y el retorno de la inversión del agente privado ligada al *performance* del activo.

a) Distribución de riesgos

La palabra riesgo se refiere a la posibilidad de que ocurra un desastre, ante la generación de un perjuicio o daño. En las APP, el riesgo es definido como “aquellos factores de amenaza más relevantes que pueden afectar el normal cumplimiento del contrato, la calidad del bien o servicio de interés social objeto del mismo, o la rentabilidad del proyecto”.⁸⁵ Frente a que dicha situación pudiera generarse, debe realizarse una correcta gestión del riesgo para poder prevenir cualquier desastre. Asimismo, la presentación de alguna eventualidad en el proceso de ejecución de las obras y servicios públicos [e.g. variabilidad en el costo de la inversión], requiere de que alguna de las partes, sea el sector público o privado, o ambos, se responsabilicen y asuman la proporción de estos daños. La tendencia ha sido estipular que los

⁸⁴ República Dominicana. Ley No. 47-20 sobre Alianzas Público-Privadas en la República Dominicana. Artículo 63.

⁸⁵ República Dominicana. Ley No. 47-20 sobre Alianzas Público-Privadas en la República Dominicana. Artículo 56.

riesgos deben recaer sobre los agentes que mejor los puedan controlar. Para ello, se debe hacer una correcta asignación y valoración de los riesgos que conlleve la ejecución del proyecto para poder administrarlos en caso de que ocurran. Esto se determinará en función de las capacidades respectivas de las partes.

En ese sentido, y partiendo de que la prestación de servicios y la ejecución de obras, suponen elevados costos para el agente público, y contribuyen a generar una carga presupuestaria para el Estado, la concepción de la APP ha sido que el socio privado asuma habitualmente, todos o la mayor parte de los riesgos. Pues para que exista colaboración público-privada, una parte significativa de los riesgos, debe ser soportada por el agente privado.

En una APP, existen una variedad de riesgos que deben ser asumidos y distribuidos entre las partes contratantes: el agente privado, el contratista, el financiador y el agente público. Estos riesgos se distinguen según la fase en que se encuentre la APP, dentro de estos se pueden colegir los siguientes: i) riesgos anteriores a la obra, como pueden ser la extensión del proceso de expropiación, atrasos en los permisos ambientales y autorizaciones urbanísticas; ii) riesgos durante la fase de construcción, tal como, la existencia de capas de agua en el subsuelo que obstaculicen la obra; iii) riesgos durante el funcionamiento de la obra, por ej. riesgos de la explotación que se da cuando se financia una parte o la totalidad de la obra con el cobro que será realizado a los usuarios del servicio público, el hecho del príncipe y el riesgo político⁸⁶. Existen otras clases de riesgos, como son: “los

⁸⁶ JINESTA LOBO, Ernesto. *Estudios de Derecho Público. Administrativo y Constitucional* [en línea]. 2017, enero, 1. [fecha de consulta 06 de junio de 2020]. Disponible en: https://webapp-st.pucmm.edu.do:2137/#search/jurisdiction:DO,US,MX,EA,AR,CL,CR,CO,PE,GT,HN,ES+country_jurisdiction:AFD,AS+date:2015-01-01../%22alianzas+p%C3%BAblico+privadas%22/WW/vid/685320409

riesgos económicos, sociales, políticos, institucionales y jurídicos, operacionales, financieros, sobre la naturaleza, ambientales, tecnológicos y específicos a cada alianza [...]”.⁸⁷

Partiendo de lo anterior, las partes deben realizar un ejercicio de identificación, tipificación, asignación proporcional y el plan de mitigación de riesgos en el contrato, de la manera más completa posible, de modo que no haya lugar a imprevistos que puedan causar demora en la consecución de la obra o servicio público, o algún desequilibrio económico entre las partes, o en alguna de ellas. Para el Estado dominicano, lo ideal en las negociaciones siempre será inclinarse por la mayor transferencia de riesgos al agente privado, a fines de evitar que las finanzas públicas resulten afectadas por cualesquiera contingencias que puedan presentarse.

Sin embargo, la idea no es transferir todos los riesgos al agente privado, ya que de ser así no habría interés en este de asumirlos. Ni tampoco que el Estado contraiga la mayoría porque ya no habría *value for money*, sino hacer una correcta distribución de los riesgos para que cada parte pueda administrarlos y controlarlos correctamente, al asumir eficientemente sus funciones, y así lograr la rentabilidad esperada. Un esquema típico de asignación de riesgos es el siguiente:

Tabla No. 1 – Modelo típico de asignación de riesgos en un proyecto carretero

Tipos de riesgos	Descripción	Público	Privado
Contractuales			
Regulatorios		x	
Fuerza mayor		x	x
Seguros			x

⁸⁷ República Dominicana. Ley No. 47-20 sobre Alianzas Público-Privadas en la República Dominicana. Artículo 57.

Garantías y obligaciones			x
Técnicos			
Diseño	Nivel de detalle y costeo de las obras		x
Construcción	Riesgo geológico, disponibilidad de materiales, excesivos costos de construcción		x x
Tecnológicos	Tecnología para la prestación eficiente del servicio Obsolescencia tecnológica		x
Terminación	Lucro cesante	x	x
Operación	Nivel de servicio Mantenimiento Disponibilidad del bien		x x x
Ambientales y sociales	Participación de la comunidad Fauna y flora Uso del agua y del suelo	x	x x x
Financieros			
Relacionados con el cierre financiero	Disponibilidad de recursos a tiempo Requerimientos de capital Capacidad de pignorar rentas/titularización		x x x
Repago	Tasa de interés Garantías Riesgo cambiario Disponibilidad de recursos a largo plazo		x x x x
Comerciales			
De demanda	Proyecciones de ingreso Proyecciones de usuarios Disponibilidad a pagar Elasticidad de la demanda	x	x x x x
De competencia	Existencia de opciones Monopolio natural	x	x

Fuente: Estudio sobre las Asociaciones público-privadas para la prestación de servicios, elaborado por el BID en el año 2011⁸⁸.

En definitiva, es necesario mencionar que una variación en el esquema de distribución de riesgos, distinto a lo establecido en el contrato original, está totalmente prohibido por el ordenamiento jurídico dominicano⁸⁹.

b) Financiación del sector privado

El financiamiento de las APP en Latinoamérica resulta imprescindible, debido a las restricciones presupuestarias y limitaciones existentes en el sector público. Esto resulta ser una desventaja para las Administraciones locales ya que cuando la obra o servicio público se financia con recursos del Estado, puede darse el caso de que surjan impedimentos de obtención de recursos que afecten el desarrollo de la obra, y propicie su demora, o la paralización de la obra.

Por consiguiente, el diseño, construcción, operación, mantenimiento y administración total o parcial de bienes o servicios públicos, son financiados por el sector privado, lo cual permite que el agente público pueda distribuir los costos de capital del proyecto durante la vigencia del mismo, y evitar ineficiencias en la financiación de proyectos vía el presupuesto estatal⁹⁰. Esta es una de las características principales para implementar una APP, su condición de mecanismo financiero.

⁸⁸ Banco Interamericano de Desarrollo (BID). *Asociaciones público-privadas para la prestación de servicios. Una visión hacia el futuro* [en línea] [fecha de consulta 30 de noviembre de 2019]. Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Asociaciones-público-privadas-para-la-prestación-de-servicios-Una-visión-hacia-el-futuro.pdf>

⁸⁹ República Dominicana. Ley No. 47-20 sobre Alianzas Público-Privadas en la República Dominicana, Artículo 71.

⁹⁰ Jerónimo Lau Alberdi., *op. cit.*, p. 5.

El agente privado puede recurrir a los bancos, puestos de bolsa, fondos de pensiones, organismos internacionales de crédito, el mercado de valores, entre otros, para la obtención de los recursos que permitirán financiar las obras. Al respecto, se sostiene que el mercado de valores es el ideal para reciclar capital, tomando en cuenta que los plazos de apalancamiento son más largos y las tasas de interés son menores a las establecidas por las entidades de intermediación financieras, lo cual sin lugar a dudas, hace más asequible el proyecto. En ese tenor, las APP ofrecen una variedad de instrumentos de financiamiento que pueden ser utilizados para la obtención de crédito a largo plazo.

Los recursos del proyecto vendrán directamente del financiamiento del agente privado, ya sea a través de capital o deuda. No obstante, no necesariamente la totalidad de la financiación debe provenir de los inversionistas, sino que el Estado puede cofinanciar el proyecto, disminuyendo la presión financiera al agente privado. En este aspecto es importante expresar que dado el acceso que tiene el Estado a recibir facilidad de financiamiento, este debe prestar su colaboración para la obtención de los recursos necesarios para la ejecución del proyecto.

Al respecto, el contrato de APP generará unos derechos económicos de flujos de ingresos, que podrán ser utilizados como fuente de pago y garantía. Asimismo, podrán utilizarse garantías provenientes del agente privado, tomando en cuenta que este cuenta con la capacidad financiera para desarrollar la iniciativa. Esto así, pues la Ley 47-20 nos indica que el agente privado deberá presentar garantías que permitan constatar su capacidad para desarrollar la iniciativa, tales como: “avales bancarios, cartas de créditos, garantías a primer requerimiento, garantías fiduciarias u otros medios [...], siempre que

estas sean irrevocables, incondicionales, renovables y con vigencia hasta la extinción del contrato”⁹¹.

De igual modo, es necesario colegir que aunque intervenga la cooperación del Estado en la obtención de recursos para el desarrollo del proyecto, a nivel legal existen unas restricciones a los compromisos estatales que puede adjudicarse el Estado en este sentido. La Ley 47-20 indica que el presupuesto del Estado destinado al desarrollo de un contrato de APP, no podrá exceder de un “3% de la estimación oficial del producto interno bruto de la economía del año en que se realice la suscripción del contrato”.⁹² Sin lugar a dudas, esta limitación permitirá controlar los balances de deuda públicos, y ofrecerá estabilidad financiera, en este sentido.

No obstante, esta ley es de reciente promulgación, y a la fecha de la presente investigación, no se ha realizado ningún proyecto de APP bajo el imperio de esta legislación. En ese sentido, debemos esperar para verificar cuál será el comportamiento de las autoridades dominicanas respecto del cumplimiento del límite presupuestario indicado en la ley.

c) Contraprestación ligada al *performance* del activo

Las APP facilitan el desarrollo de obras y servicios públicos con el financiamiento del agente privado, cuya retribución está atada al desempeño de la obra o al servicio público. Esto así, a fines de mantener los intereses del sector privado alineados a los intereses del Estado, de tal manera que el agente privado hará todo el esfuerzo de transferir

⁹¹ República Dominicana. Ley No. 47-20 sobre Alianzas Público-Privadas en la República Dominicana. Artículo 36.

⁹² República Dominicana. Ley No. 47-20 sobre Alianzas Público-Privadas en la República Dominicana. Artículo 55.

eficiencia al proyecto, construir con rapidez y calidad para prestar un buen servicio, con el fin de poder generar los ingresos del aporte invertido, y distribuir los rendimientos esperados por sus accionistas⁹³.

La participación del sector privado en el desarrollo de infraestructura es impulsada por la necesidad de optimizar el funcionamiento y la cobertura de bienes y servicios públicos, lo cual beneficia el mejoramiento en los niveles y calidad de las obras. Uno de los beneficios que justifica la elección de una APP, es el empaquetamiento de las actividades entre los actores, lo cual permite mejorar la eficiencia productiva, trayendo como resultado: reducción de costos de transacción, economías de escala y diversificación de riesgos⁹⁴.

⁹³ Mateo De Los Ríos., *op. cit.*, p. 12.

⁹⁴ Juan D. González, Miguel Rojas, Carlos Arboleda, y Sergio Botero, *op. cit.*, p. 74.

CAPÍTULO V: CONFLICTOS DE INTERÉS ENTRE EL ESTADO Y EL SECTOR PRIVADO EN LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS

5.1 Aspectos generales del Fideicomiso

La creación de la figura del fideicomiso nace en la República Dominicana, mediante la instauración de la Ley No. 189-11 para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso, de fecha dieciséis (16) del mes de julio del año dos mil once (2011), en lo adelante, “Ley No. 189-11”, como resultado de la carencia de recursos habitacionales existentes en nuestro país que permitiera a las personas de bajos ingresos optar por la adquisición de una vivienda propia calificada como de bajo costo, a un precio asequible. De modo que, el Estado dominicano con la creación de esta ley, inició el establecimiento de medidas que facilitan el desarrollo de proyectos inmobiliarios, y sobre todo, la implementación de estructuras de financiamiento costo-eficientes para el desarrollo de la nación.⁹⁵ En ese sentido, el considerando décimo tercero de la Ley No. 189-11 dispone que “el Estado dominicano está comprometido a viabilizar el acceso a viviendas y la obtención de financiamiento a los sectores de bajos ingresos, a los cuales se les dificulta adquirirlas en el mercado”.

La República Dominicana se caracteriza por estar cimentada bajo un Estado Social y Democrático de Derecho⁹⁶, siendo uno de sus fines principales, garantizar el desarrollo nacional y local de nuestra

⁹⁵ República Dominicana. Ley No. 189-11 sobre el desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana, de fecha dieciséis (16) del mes de julio del año dos mil once (2011). Considerando duodécimo.

⁹⁶ El artículo 7 de la Constitución dominicana dispone que: “La República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos”.

nación.⁹⁷ Siendo así las cosas, es un compromiso íntegro del Estado, propiciar un nivel de vida de calidad para sus ciudadanos, mediante la prestación de servicios públicos que estén destinados a satisfacer las necesidades del interés colectivo, y mediante la implementación de obras públicas que garanticen a los ciudadanos un mayor desarrollo social. De ahí que, el Fideicomiso es una herramienta esencial que contribuye a estos objetivos.

El fideicomiso es un negocio jurídico que supone dos relaciones. Por un lado, el fideicomitente transmite la propiedad de bienes tangibles o intangibles, y por otro lado, el fiduciario limita su condición de titular de las propiedades, a cumplir con el propósito para el cual se constituyó el fideicomiso⁹⁸. Asimismo, el artículo 3 de la Ley No. 189-11 define al fideicomiso como:

El acto mediante el cual una o varias personas, llamadas fideicomitentes, transfieren derechos de propiedad u otros derechos reales o personales, a una o varias personas jurídicas, llamadas fiduciarios, para la constitución de un patrimonio separado, llamado patrimonio fideicomitado, cuya administración o ejercicio de la fiducia será realizada por el o los fiduciarios según las instrucciones del o de los fideicomitentes, en favor de una o varias personas, llamadas fideicomisarios o beneficiarios, con la obligación de restituirlos a la extinción de dicho acto, a la persona designada en el mismo o de conformidad con la ley. El fideicomiso está basado en una relación de voluntad y confianza mutua entre el fideicomitente y el fiduciario, mediante la cual este último administra fielmente los bienes fideicomitados, en estricto apego a las instrucciones y a los requerimientos formulados por el fideicomitente.

Partiendo de la definición anterior, se derivan varios elementos importantes que caracterizan al contrato de fideicomiso. En primer lugar, podemos destacar que el contrato de fideicomiso es un instrumento mediante el cual se formaliza un compromiso entre el

⁹⁷ República Dominicana. Ley No. 1-12 sobre Estrategia Nacional de Desarrollo 2030 Primer eje estratégico.

⁹⁸ AVENDAÑO A., Francisco. El fideicomiso. *Derecho PUCP* [en línea]. 1996, (50), 343-365 [fecha de consulta 23 de noviembre de 2019]. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5935>

fideicomitente y el fiduciario, obligándose recíprocamente uno respecto del otro.⁹⁹ El fiduciario solo estará llamado a ejercer actos de administración sobre el patrimonio fideicomitado y a procurar la optimización de los bienes que lo conforman, desde el momento en que el fideicomitente transfiera los bienes al fideicomiso, tomando en cuenta las limitaciones establecidas en la Ley No. 189-11 y en el acto constitutivo del fideicomiso en el desempeño de su rol como fiduciaria. En otras palabras, la obligación de la fiduciaria existe porque el fideicomitente también está obligado, es decir, se trata de un acuerdo de voluntades que crea obligaciones entre las partes, las cuales deben ser ejecutadas de buena fe.¹⁰⁰

En segundo lugar, los bienes que recibe el fiduciario forman un patrimonio autónomo, distinto de su patrimonio personal, los cuales conforme la letra del artículo 8 de la Ley No. 189-11, pueden resultar afectos por sí mismos, garantizando las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad perseguida. En ese tenor, los fideicomisos están conferidos de cierta capacidad jurídica para adquirir y poseer la titularidad de derechos, y contraer obligaciones de manera directa. Además de que el patrimonio es autosuficiente, y está despersonalizado. De ahí que, el fiduciario es su mero titular, pero los bienes del fideicomiso no son de su pertenencia. En adición, dichos bienes constituyen un patrimonio separado, lo cual permite explicar que los acreedores del fiduciario no puedan atacar los activos del patrimonio fideicomitado¹⁰¹, ya que dichos bienes son destinados al

⁹⁹ República Dominicana. Código Civil. Artículo 1102.

¹⁰⁰ El artículo 1134 del Código Civil dominicano dispone que: “Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley para aquellos que las han hecho. No pueden ser revocadas, sino por su mutuo consentimiento, o por las causas que estén autorizadas por la ley. Deben llevarse a ejecución de buena fe”.

¹⁰¹ DEL CARPIO, Francisco. Naturaleza del fideicomiso dominicano. *Gaceta Judicial* [en línea]. 2013, [fecha de consulta 23 de noviembre de 2019]. Disponible en: <https://2019.vlex.com/#search/jurisdiction:DO/Naturaleza+del+fideicomiso+dominicano/WW/vid/450231990>

cumplimiento del proyecto mismo para el cual se constituyó el fideicomiso. En consiguiente, los bienes del fideicomiso solo podrán ser perseguidos por sus propios acreedores, y no por los acreedores de las partes suscribientes del contrato de fideicomiso.

En tercer lugar, podemos colegir que las partes que forman el contrato de Fideicomiso se denominan: fideicomitente, fiduciario, fideicomisario y beneficiario. En sentido general, cuando hablamos del fideicomitente nos referimos a la persona física o jurídica que transfiere los bienes para su administración a la entidad fiduciaria; es la persona que otorga la facultad de disposición de los bienes y derechos transmitidos a la fiduciaria, y determina la finalidad de los mismos; es quien designa al fideicomisario y beneficiario del fideicomiso, entre otras obligaciones.¹⁰²

En cuanto al fiduciario, el artículo 24 de la Ley No. 189-11 lo define como “la persona jurídica autorizada por la presente ley para fungir como tal, que recibe los bienes dados o derechos cedidos en fideicomiso para cumplir con ellos las instrucciones del o de los fideicomitentes”. Dentro de sus obligaciones principales están, recibir los bienes y transferirlos a nombre del fideicomiso; usar los recursos del fideicomiso con prudencia y diligencia, tomando en cuenta las prácticas de un buen padre de familia, de ahí que las obligaciones de la fiduciaria son de medios, y no de resultados; suministrarle a los fideicomitentes y fideicomisarios las informaciones concernientes a la naturaleza, cantidad y situación de los bienes del fideicomiso; llevar los registros contables del fideicomiso acorde las mejores prácticas de la contabilidad; cumplir con las obligaciones tributarias del fideicomiso;

¹⁰² Juan Antonio Castro Molina., *op. cit.*, pp. 180-183.

abstenerse de garantizar rendimientos y beneficios fijos de los bienes fideicomitidos, entre otras.¹⁰³

Por último, se encuentran el beneficiario y el fideicomisario del fideicomiso, a quienes la Ley No. 189-11 menciona indistintamente. Sin embargo, en la práctica fiduciaria dichas calidades si bien pueden recaer sobre la misma persona, difieren una de otra. Pues cuando hablamos de beneficiario nos referimos a la persona física o jurídica que recibe los beneficios generados por el fideicomiso durante la vigencia de este. Mientras que cuando nos referimos a la figura del fideicomisario, se trata de la persona destinataria final de los bienes fideicomitidos, una vez cumplido el objeto del contrato de fideicomiso. Este último, es quien recibe los bienes residuales que quedaren después de pagados con los recursos del patrimonio autónomo, la totalidad del pasivo del fideicomiso.

Por otro lado, la Ley No. 189-11 establece las modalidades de fideicomisos que pueden ser creados, tales como: fideicomisos de planificación sucesoral, culturales, filantrópicos, educativos, de inversión, de inversión inmobiliaria y de desarrollo inmobiliario, de oferta pública de valores y productos, y de garantía. No siendo estos los únicos modelos de fideicomisos que pueden constituirse, toda vez que por inferencia de los artículos 4 y 62 de la Ley No. 189-11, sólo la moral, el orden público, las buenas costumbres y los elementos requeridos para la constitución de los fideicomisos¹⁰⁴, limitan la creatividad de los inversionistas para crear cualquier tipo de fideicomiso que pueda ser útil a cualquier finalidad legal. En ese sentido, y para los fines del

¹⁰³ República Dominicana. Ley No. 189-11 sobre el desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana. Artículos 29 y 31.

¹⁰⁴ República Dominicana. Ley No. 189-11 sobre el desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana. Artículo 13.

presente trabajo, solo estaremos definiendo los fideicomisos en garantía y de administración y pago.

Los fideicomisos en garantía y de administración y pago, son modalidades que pueden ser utilizadas para la estructuración de proyectos públicos – privados en nuestro país. El Fideicomiso en Garantía es aquel que sirve para atar los bienes que conforman el patrimonio fideicomitado, al cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Fideicomiso, constituyendo un verdadero colateral para los acreedores quienes podrán asegurar el pago de sus acreencias con los recursos fiduciarios que les han sido certificados¹⁰⁵. Por otro lado, el Fideicomiso de Administración y Pago, se identifica como aquel que tiene por objeto la administración de bienes y los rendimientos que estos generen, para ser destinados al cumplimiento oportuno de las obligaciones establecidas en el acto constitutivo del fideicomiso. Este tipo de fideicomiso también es utilizado para optimizar el manejo y el control de bienes muebles e inmuebles, y bienes tangibles o intangibles.

Asimismo, con la entrada en vigencia de la Ley No. 47-20 sobre APP en la República Dominicana, la legislatura dominicana crea el sistema de Fideicomiso de Alianzas Público-Privadas [en lo adelante “Fideicomiso APP”], mediante el cual frente a una alianza entre los sectores públicos y privados en la cual el Estado deba realizar transferencias de recursos, se dispondrá de la constitución de este Fideicomiso APP. Este tipo de fideicomiso resalta el alto interés privado que subyace en este tipo de negocios, la cual unida al Estado, permite atribuírsele la consideración de un contrato público. El contrato público es un acuerdo mediante el cual el Estado, por intermedio de alguna de sus dependencias públicas, transmite la propiedad de sus bienes

¹⁰⁵ República Dominicana. Ley No. 189-11 sobre el desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana. Artículo 61.

privados o de dominio público, afecta fondos públicos a un fiduciario, o participa como beneficiario o fideicomisario del fideicomiso para realizar un fin de interés general¹⁰⁶.

5.2 Problemática entre los intereses del Estado y el sector privado

La necesidad de construir infraestructura es un desafío constante para todos los países de América Latina, pero a la hora de tomar decisiones de manera que se permitan satisfacer todos los intereses de las partes pueden resultar diversos inconvenientes. Tanto la empresa privada, como el Estado, tienen un interés particular en el proyecto, lo cual las conduce a actuar en pro de sus propios beneficios, y no necesariamente a favor del interés general. Esto revela un gran problema, pues la falta de confianza y la ventaja que individualmente puedan conseguir ambos socios, dificulta la implementación y buena marcha de los proyectos públicos.

Según la teoría de finanzas corporativas convencional, el interés privado, organizado principalmente a través de sociedades comerciales, típicamente es maximizar el rendimiento de los propietarios residuales (accionistas, socios, propietarios, etc.), ya que generar ganancias es una misión corporativa central. En comparación con el interés público, que es distinto¹⁰⁷. Este último no responde al interés particular, sino que debe, en principio, actuar conforme al bienestar general¹⁰⁸.

¹⁰⁶ REGÚS COMAS, Teófilo E. Fideicomisos Públicos. *Gaceta Judicial*. 2017 (367), p. 41. ISSN 2076-619X.

¹⁰⁷ FRIEDMAN, Milton. *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits* [en línea]. 1970, septiembre [fecha de consulta 09 de julio de 2020]. Disponible en: <http://umich.edu/~thecore/doc/Friedman.pdf>

¹⁰⁸ CHEFFINS, Brian R. *Stop Blaming Milton Friedman!* [en línea]. 2020, junio, 1-2 [fecha de consulta 09 de julio de 2020]. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3552950

Asimismo, del análisis económico del derecho se desprende el concepto de eficiencia que indica que aún cuando un proyecto puede tener ganadores y perdedores, el Estado debe buscar maximizar el bienestar total neto. Por tal razón, la toma de decisiones de la Administración debe buscar un marco de eficiencia que permita examinar el resultado total de cualquier propuesta para la colectividad. Enmanuel Cedeño citando a Kaldor-Hicks nos indica que “si los costos son menores que los beneficios de una regulación (decisión social o política pública) entonces la misma puede implementarse”. Es decir, es la base del análisis costo-beneficio.¹⁰⁹

A continuación, se abordan algunos de los problemas económicos que pueden afectar a este tipo de contratación. Varios están relacionados con fallos del mercado conforme con la economía neoclásica.

5.2.1 Problema de agencia

El problema de agente-principal o costos de agencia es uno de los inconvenientes que puede presentarse en la contratación celebrada entre el Estado y la empresa privada. Enmanuel Cedeño Brea citando a Kathleen M. Eisenhardt indica que los costos de agencia tienen lugar cuando los problemas de asimetría de información concurren con:

- (i) la divergencia (o conflictos) de intereses entre un mandante (principal) y un mandatario (agente); o (ii) cuando resulta demasiado costoso o imposible para los principales monitorear o evaluar el desempeño de sus agentes. También pueden ocurrir cuando el principal y el agente tienen diferentes perfiles de riesgo¹¹⁰.

¹⁰⁹ CEDEÑO - BREA, Enmanuel. *Plan Nacional de Mejora Regulatoria* [en línea]. 2018, [fecha de consulta 07 de julio de 2020]. Disponible en: <http://competenciard.blogspot.com/2018/?m=0>

¹¹⁰ CEDEÑO - BREA, Enmanuel. *Algunos Problemas Económicos de la Desmutualización de AAYP* [en línea]. 2015, [fecha de consulta 11 de junio de 2020]. Disponible en: <https://enmanuelcedenobrea.com/2015/08/12/algunos-problemas-economicos-de-la-desmutualizacion-de-aayp/>

Esta situación se deriva de una relación agente-principal, que existe cuando un individuo [principal] encarga a un segundo [agente], la realización de una determinada acción.¹¹¹ En ese tenor, es evidente que la asimetría de la información entre el sector privado y el Estado puede ser amplia, pues nos encontramos con un agente privado que es el que se encarga del día a día del proyecto, esto es, en su construcción, operación, mantenimiento y financiación. Mientras que el Estado, no está envuelto en la operación interna de la obra, sino más bien, funge como un vigilante y supervisor de esta. Esto da lugar a que el agente privado [y a la vez, sus subagentes], puedan extraer rentas al Estado de diversas maneras, tales como:

a) Sobrecargos en los costos del proyecto

El agente privado podría propiciar el aumento en los costos del proyecto, mediante la presentación de cubicaciones de obras con los precios de materiales alterados o con materiales innecesarios, aprovechándose de esta manera de su posición como constructor de la obra para desviar los recursos a su favor, o para utilizar los materiales excedentes en otro proyecto o en su propio provecho.

b) Administración ineficiente

Puede darse el caso de que el agente privado no realice una adecuada gestión de los recursos, y en consecuencia, estos resulten insuficientes para el cumplimiento efectivo de las obligaciones para las cuales han sido destinados. Esto a su vez genera un sobrecosto en la obra. Es el caso de las obras viciadas producto de la mala calidad ya sea por el tipo

¹¹¹ HERRERA, Fernando. *El problema de agencia y el mercado de <i>take-overs</i> (I)* [en línea]. 2014, [fecha de consulta 11 de junio de 2020]. Disponible en: <https://www.juandemariana.org/ijm-actualidad/analisis-diario/el-problema-de-agencia-y-el-mercado-de-take-overs-i>

de materiales adquiridos [e.g. materiales baratos], o en la construcción realizada por el agente privado, cuyo componente no agrega valor al proyecto, generando así que una gran cantidad de recursos públicos sean malgastados.

Por otro lado, el Estado y la empresa privada [agentes] también pueden tener intereses divorciados de los ciudadanos [principales]. Es el caso de los funcionarios públicos que asignan los proyectos, y la sociedad que será la beneficiaria de la obra. En ese sentido, puede que los incentivos no estén alineados y que la decisión de los agentes no favorezca al máximo el bienestar social [e.g. Punta Catalina¹¹²].

Los problemas de agencia se pueden tornar más complejos cuando tomamos en cuenta que tanto el Estado como las empresas que participan en APP tienen a su vez subagentes. En el caso del Estado, los funcionarios son sus agentes. De forma que los intereses personales de los funcionarios pueden desviarse de los intereses del bienestar general – los cuales son los que persigue su principal, el Estado. Según la Teoría de Elección Pública, los funcionarios pueden maximizar diversas cosas, incluyendo votos, prestigio, permanencia en el cargo, rentas, etc.

En el ámbito privado, las sociedades comerciales [y demás formas jurídicas como se organizan las empresas] tienen administradores y gerentes.

5.2.2 Asimetría de la información

¹¹² La Central Termoeléctrica Punta Catalina fue vendida por las autoridades, funcionarios, mercadólogos, publicistas y apologistas dominicanos, como la solución, el fin de los apagones, de la crisis eléctrica, de los enormes déficits financieros, subsidios del sector eléctrico y la panacea a la creciente demanda de generación eléctrica, mientras que la realidad está demostrando y evidenciando, todo lo contrario. Véase: <https://acento.com.do/2020/opinion/8773886-el-fracaso-de-punta-catalina-2/>

La asimetría de la información es aquella situación que se da cuando una de las partes dentro de una operación, tiene mayor y mejor información en comparación con la contraparte.¹¹³ En economía existe un principio que indica que mientras más información se revela sobre los precios, mejor será la decisión que se tome al respecto. No obstante, lo mismo no sucede cuando se toma una decisión en base a una mínima proporción de información, ya que cuando se elige una decisión de esa naturaleza, esta podría dar lugar a consecuencias adversas. Esto así, pues toda información incompleta puede generar malas decisiones.

En ese tenor, en la ejecución de proyectos públicos, el agente privado por la naturaleza de sus obligaciones y responsabilidades, es el que está mejor informado sobre todos los aspectos concernientes a la construcción de la obra, insumos, presupuestos, calidad de los materiales, entre otros elementos. Esta posición de “parte mejor informada”, puede ser usada por la empresa privada para generar ventajas económicas a su favor. Por ejemplo, el agente podría utilizar material de construcción más barato que el pactado con el principal, o aumentar los costes de la obra deliberadamente, con miras a distraer fondos. En ese tenor, el principal debe ser el más interesado en obtener más información, ejercer constante supervisión, control y establecer un parámetro en los gastos de la inversión, para que ambos actores se encuentren en un plano de igualdad de posición. De esta manera, las decisiones de inversión en el proyecto estarán siempre orientadas a la maximización de este.

¹¹³ World Economic Forum. *La asimetría de la información: ¿puede ayudar en tu negocio?* [en línea]. 2016, [fecha de consulta 11 de junio de 2020]. Disponible en: <https://es.weforum.org/agenda/2016/02/la-asimetria-de-la-informacion-puede-ayudar-en-tu-negocio/>

Estos inconvenientes de agencia y asimetrías de información podrían ocasionar que los proyectos se suspendan o se paraliquen indefinidamente, y que se incoen acciones legales en contra de los agentes público o privado, según corresponda, debido a sus actuaciones ineficientes, negligentes o desviadas de los intereses imperantes. Siendo el mecanismo de la fiducia de gran valor para evitar que los constructores de las obras extraigan rentas del Estado, o viceversa, conforme explicaremos más adelante.

5.2.3 *Hold-up problem*

Los agentes que establecen relaciones jurídicas mediante una colaboración público-privada, no siempre tendrán los mismos objetivos. Por lo regular, el agente privado mayormente persigue obtener rendimientos y ganancias por la inversión y trabajo que ejecuta, mientras que el agente público se enfoca más en el bienestar y servicio a la comunidad. Durante el desarrollo de esta relación jurídica pueden surgir problemas de retención o de compromiso [*hold-up problem*].

El *hold-up problem* muestra la dificultad de redactar contratos completos, aunque también puede darse el caso de que este problema ocurra frente a un contrato completo. Frente a un contrato incompleto, la demora puede surgir cuando no se consideran eventos externos que pudieran materializarse, lo que podría dar lugar a que las partes se avoquen a renegociar el contrato; o cuando las inversiones posteriores a la contratación exponen a una parte al oportunismo de otra. En cambio, frente a un contrato completo, la demora se presenta cuando hay situaciones cambiantes en la relación jurídica que se ha formado¹¹⁴.

¹¹⁴ HUQ, Aziz z. *The Hold-up Problem in Private Contracting* [en línea] [fecha de consulta 18 de junio de 2020]. Disponible en: <https://webapp->

Los elementos esenciales del problema de retención se circunscriben a tres factores: (i) inversiones específicas; (ii) contratos incompletos; y (iii) las condiciones de maximización de las riquezas. Estos elementos serán explicados mediante el caso Fisher Body – General Motors [en lo adelante “caso Fisher & General”], el cual es el ejemplo más discutido al momento de tratar el *hold-up problem*.¹¹⁵

En primer lugar, respecto de la presencia de las inversiones específicas, cabe decir que la naturaleza misma de las relaciones comerciales implica un intercambio constante, esto debido a la necesidad de los individuos de invertir en activos o en información específica para sus transacciones particulares con sus socios. En ese sentido, generalmente es muy costoso para los contratantes cambiar de socio, principalmente, después de que se han comprometido uno respecto del otro, a realizar ciertos tipos de obligaciones, mediante la firma de un contrato contentivo de las condiciones ajustadas al negocio de que se trata.

Por ejemplo, en el caso Fisher & General, se acordó que Fisher supliría con piezas de automóviles a General Motors en el año 1919. Para poder producir estas piezas, Fisher tuvo que hacer una gran inversión en máquinas para poder suplirle a General Motors. La inversión de Fisher no podía utilizarse para fabricar piezas de ningún otro fabricante de automóviles que no sea General Motors. Para este contrato, se adoptó una cláusula de exclusividad de 10 años, donde General Motors compraría todas las piezas de metal de sus automóviles a Fisher. Esta cláusula evitó que General Motors comprometiera los

st.pucmm.edu.do:2137/#search/date:2000-04-01../hold+up+problem/WW/vid/636118093

¹¹⁵ KLEIN, Benjamin. The Hold-Up Problem. *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* [en línea]. 1998, [fecha de consulta 18 de junio de 2020]. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1872208>

ingresos que recibiría Fisher por el trabajo realizado, en caso de que la primera se le ocurriera amenazar con cambiar de suplidor. En el contrato también se pactó el precio en que Fisher les supliría las piezas a General Motors.¹¹⁶

En segundo lugar, en lo referente al factor de los contratos incompletos, se explica que el contrato adoptado en el caso Fisher & General, estaba incompleto al igual que todos los contratos que en la actualidad se redactan. Esto así ya que después que las partes firmaron el contrato, la demanda de piezas de automóviles de parte de General Motors aumentó significativamente, y Fisher se aprovechó de esta situación para retrasar [*hold-up*] a General Motors al aumentar el precio de las piezas adicionales producidas. Asimismo, acorde al contrato firmado por las partes, no había ningún impedimento para que Fisher realizara las acciones que produjo. Este hecho ilustra un mayor costo asociado a las especificaciones contractuales. Asimismo, es necesario resaltar que tratar de cubrir cada contingencia de lo que podría pasar durante la vigencia de un contrato, también hubiera resultado muy costoso para los contratantes.¹¹⁷

En tercer lugar, aunque las inversiones específicas y los contratos incompletos son factores incidentes en el mercado, esto no implica que los negociantes siempre tomarán ventaja de la imperfección contractual para causar un *hold-up*. Esto nos lleva al tercer factor necesario para que un *hold-up* pueda ocurrir, y es la existencia de las condiciones necesarias para que se produzca una maximización de las riquezas.

En general, los contratantes hacen cumplir sus relaciones contractuales no solo con la amenaza de sanciones que podrían ser

¹¹⁶ Benjamin Klein., *op. cit.*, p. 241.

¹¹⁷ Benjamin Klein., *op. cit.*, p. 242.

impuestas por los tribunales, sino también con el posible uso de las cláusulas penales pactadas en el contrato. En efecto, solo cuando los cambios en las condiciones del mercado mueven a los contratantes fuera del rango de auto ejecución, de modo que la ganancia única por incumplimiento exceda las cláusulas penales, se producirá un *hold-up*.

Esto fue lo que pasó en el caso Fisher & General. Los contratantes se encontraron fuera del rango de lo autoejecutable debido a un aumento muy grande en la demanda por parte de General Motors de las piezas producidas por Fisher. Este incremento en la demanda aumentó tanto el potencial de retención de Fisher que se hizo más grande que la sanción privada que General Motors podría imponer a Fisher a nivel contractual. Como resultado, Fisher encontró rentable violar la intención del acuerdo contractual al aprovechar los términos imperfectos del acuerdo¹¹⁸.

El *hold-up problem* no es ajeno a los inconvenientes contractuales que pudieran presentarse entre el Estado y el agente privado, ya que entre estos podría surgir un problema de retención cuando las partes realicen inversiones post-contractuales en activos específicos de su relación, o debido a situaciones externas del mercado que causen alguna incidencia en lo acordado por los contratantes.

Supongamos que, ante un Contrato de APP, la Administración Pública contrata a una empresa privada, para que esta última se encargue del desarrollo de un edificio de oficinas públicas. A nivel presupuestario, se acuerda que la construcción se realizará a un costo X, pero resulta que, debido a la inflación de los precios en el mercado, los precios de adquisición de los materiales de construcción aumentan exorbitantemente en detrimento de la empresa privada, pues es quien

¹¹⁸ Benjamin Klein., *op. cit.*, p. 243.

tiene la responsabilidad de construir el proyecto. Este hecho podría brindar una oportunidad para que la empresa privada haga un *hold-up* a la Administración Pública.

Como la empresa privada sabe que la inversión produce un costo significativo para la Administración Pública, tratará de usar esto como palanca para negociar un aumento en el presupuesto del proyecto, que quizás le pudiera generar excedentes a su favor. Frente a esta situación, la empresa privada tiene más poder de negociación, en comparación con la Administración Pública, y tratará de usarlo para maximizar sus riquezas.

En ese tenor, el problema de retención muchas veces presenta una preocupación para las partes, ante el temor de un agente a cooperar con la contraparte sobre la base de que podría otorgársele a este otro un mayor poder de negociación, y por lo tanto, esto podría reducir las ganancias de la parte que otorgó la información. Esto podría conducir a un costo económico grave para una de ellas, y desvirtuaría la eficiencia de la inversión.

5.2.4 Teoría de la imprevisión

La teoría de la imprevisión se sirve de la cláusula *rebus sic stantibus* [“estando así las cosas”] para su desarrollo. Esta cláusula está implícita en todos los contratos, y sujeta al cumplimiento de que estos mantengan las condiciones pactadas al momento de su celebración. Por su parte, la teoría de la imprevisión se define como:

Aquella que permite la revisión de lo pactado por los contratantes, para resolverlo o modificarlo cuando por circunstancias extraordinarias, imprevisibles y ajenas a las partes, se alteran notoriamente las condiciones de su ejecución, haciendo más gravoso el cumplimiento de

la obligación por el desequilibrio entre las contraprestaciones¹¹⁹.

En sentido general, esta teoría permite la posibilidad de solicitar a un juez la revisión de un contrato, si las circunstancias que dieron origen a su celebración se han modificado, de modo que pretender hacer efectivo el cumplimiento de sus disposiciones, produciría un costo desproporcional para una de las partes. En efecto, la doctrina internacional nos indica que los supuestos de riesgo imprevisible hacen referencia a situaciones como: alteraciones sensibles en el cambio de la moneda contratada, devaluación de la moneda, exceso de intereses, catástrofe, peste, pandemia, epidemia o cualquier otra circunstancia sobrevenida dentro del período de ejecución del contrato¹²⁰.

La cuestión más importante de los riesgos es el desequilibrio económico que se produce para una de las partes en el contrato. Respecto de esta doctrina, en la República Dominicana contamos con el Artículo 32.1 de la Ley No. 340-06, el cual establece que en la documentación contractual que se suscriba con el contratista, este tendrá derecho “a los ajustes correspondientes de las condiciones contractuales, cuando ocurrieren acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, con relación a las condiciones existentes al momento de la presentación de propuestas, que devuelvan el equilibrio económico del contrato [...]”.

Asimismo, en materia de contrataciones públicas se infiere que los contratos se entienden por cuenta y riesgo de los contratistas. En efecto, la Ley No. 47-20 engloba una matriz de riesgo donde se requiere

¹¹⁹ CASTAÑEDA RIVAS, María Leoba. Teoría de la imprevisión: una cuestión de justicia y equidad. *Amicus Curiae* [en línea]. 2012, **1** (1) [fecha de consulta 20 de junio de 2020]. Disponible en:

<http://www.revistas.unam.mx/index.php/amicus/article/view/35421/32289>

¹²⁰ María Leoba Castañeda Rivas., *op. cit.*, p. 9.

de la transferencia total o parcial de los riesgos económicos, sociales, políticos, institucionales y jurídicos, operacionales, financieros, ambientales, tecnológicos, entre otros, conforme corresponda a cada APP, a cargo del agente privado y de acuerdo a su capacidad para gestionarlos.¹²¹ En ese sentido, al ser los contratos de APP documentos incompletos y de larga duración, el problema aquí está en que algunos riesgos son imprevisibles, por consiguiente, tratar de cuantificar un riesgo en un contrato de esta naturaleza no es tarea fácil.

En ese tenor, el Estado dominicano debe advertir y crear un mecanismo de reajuste de la organización financiera del Contrato de APP a fines de que se pueda cumplir con esta necesidad general que dio origen al mismo, frente a la presencia de un acontecimiento externo imprevisto en el contrato [por ej. Covid-19].

La experiencia de México nos ha revelado la existencia de una acción tendente a recuperar el equilibrio económico de las partes en el contrato. Al respecto, los artículos 1796 Bis y 1796 Ter del Código Civil para el Distrito Federal disponen acerca de esta acción lo siguiente:

[...] se tiene derecho de pedir la modificación del contrato. La solicitud debe hacerse dentro de los treinta días siguientes a los acontecimientos extraordinarios y debe indicar los motivos sobre los que está fundada. La solicitud de modificación no confiere, por sí misma, al solicitante el derecho de suspender el cumplimiento del contrato. En caso de falta de acuerdo entre las partes dentro de un término de treinta días a partir de la recepción de la solicitud, el solicitante tiene derecho a dirigirse al juez para que dirima la controversia. Dicha acción deberá presentarse dentro de los treinta días siguientes. Si se determina la procedencia de la acción por ocurrir los acontecimientos a que se refiere el artículo anterior, la parte demandada podrá escoger entre: (i) La modificación de las obligaciones con el fin de restablecer el equilibrio original del contrato según lo determine el juez, y, (ii) la resolución del contrato en los términos del siguiente artículo.¹²²

¹²¹ República Dominicana. Ley No. 47-20 sobre Alianzas Público-Privadas en la República Dominicana. Artículos 57 y 58.

¹²² María Leoba Castañeda Rivas, *op. cit.*, p. 5.

Por otro lado, bajo el ordenamiento jurídico de Colombia, se imponen ciertos límites en la recuperación del equilibrio económico de las partes en el contrato. Se contemplan disposiciones que controlan el aumento del valor de los contratos hasta un monto no mayor del 20% del valor del mismo, controla el tiempo de las prórrogas de los contratos, las cuales solo podrán ocurrir después de los tres primeros años de vigencia del contrato, entre otras¹²³.

Mientras tanto, la experiencia de la República Dominicana con una legislación de APP y el manejo de proyectos bajo esta regulación es relativamente nueva. En ese sentido, es necesario observar cómo serán manejadas estas cuestiones por parte de la Administración Pública.

5.2.5 Hecho del príncipe

Una de las maneras que tienen los países de propiciar la inversión extranjera en sus naciones, es a través de la puesta en vigencia de un marco legal donde se establezcan las reglas del juego claras, y se mantengan de esa manera frente a las relaciones jurídicas que se establezcan mediante dicha normativa. De esta manera, se confiere seguridad jurídica a los inversionistas extranjeros que se interesan en realizar negocios en un determinado país. Por su parte, los inversionistas se aseguran de investigar si la legislación del país confiere estabilidad jurídica y que garantice la recuperación de su inversión, no solamente mediante una ley vigente que salvaguarde sus intereses, sino también mediante los acuerdos y contratos que suscriban con el Estado.

¹²³ Juan D. González, Miguel Rojas, Carlos Arboleda, y Sergio Botero, *op. cit.*, p. 76.

Esta relación se vulnera cuando producto del acuerdo de voluntades¹²⁴ que se forma entre el inversionista [agente privado] y el Estado, mediante el cual el primero debe construir, operar, financiar y mantener un proyecto, y el segundo, debe retribuir la inversión realizada por el agente privado, una de las partes incumple la obligación asumida, ya sea por causa imputable a la Administración Pública o bien por causas no imputables a esta. Lo cierto es que, en virtud del contrato o acuerdo celebrado entre las partes, se debe siempre mantener el equilibrio financiero pactado al momento de su celebración¹²⁵, a efectos de que una de las partes no resulte lesionada, o que el perjuicio producido se materialice en su mínima expresión. Esta situación podría provocar el hecho del príncipe.

El hecho del príncipe se define como:

[...] la alteración provocada en las condiciones de un contrato administrativo, imprevisible para el gobernado contratante y en su perjuicio, derivada de decisiones adoptadas o conductas asumidas por la autoridad contratante, no como parte del contrato, sino en ejercicio de las atribuciones derivadas de su carácter de autoridad pública¹²⁶.

Esta actuación de que el Estado pueda variar las condiciones de una relación jurídica ya concertada genera mucha preocupación para los inversionistas y el agente privado. De hecho, esto podría ser motivo para que el inversionista extranjero o el agente privado no se interese en inyectar capital o se abstenga de colaborar en una obra pública.

En otro orden, y de acuerdo al principio de mutabilidad, se permite que el contrato administrativo pueda ser modificado por la

¹²⁴ Este acuerdo de voluntades se refiere al contrato administrativo que suscribe la Administración Pública con un particular.

¹²⁵ Principio de equilibrio financiero.

¹²⁶ CHAVEZ TORRES, Zenaida Estela. *La teoría del hecho del príncipe en los contratos administrativos* [en línea]. 2013, [fecha de consulta 16 de junio de 2020]. Disponible en:

http://acacia.org.mx/busqueda/pdf/La_Teoria_del_Hecho_del_Principe_en_los_Contratos_Administrativos.pdf

Administración Pública pero bajo ciertos límites muy específicos, a favor del interés público. Esto así ya que el Estado no puede renunciar a su voluntad en la gestión del interés general. En ese tenor, la doctrina establece que la Administración puede insertar modificaciones al contrato para asegurar una mejor adaptación a sus fines. Esta potestad del Estado es catalogada por muchos como una arbitrariedad.

Estas acciones del Estado generan mucha preocupación, pues en virtud del principio del equilibrio económico de los contratos administrativos, existe una obligación a cargo de los contratantes de mantener una equivalencia honesta en las prestaciones del contrato que sean correspondientes entre sí. De hecho, en el régimen jurídico de los contratos administrativos, ha sido constante por parte de los Estados, reconocer este derecho de equilibrio económico a favor del contratista, respetar las condiciones deseadas por las partes al momento de celebrar el contrato, y la no alteración de la remuneración del agente privado. Es decir, dichas condiciones deben permanecer inalterables hasta la terminación del contrato¹²⁷. Estas prerrogativas por parte de la entidad contratante inciden de tal manera en el contrato, que hacen su cumplimiento más oneroso [i.e. creación de nuevos impuestos].

Si bien es cierto, las medidas adoptadas por el Estado no están dirigidas a regir particularmente el contrato público que fue celebrado con el contratista, sino a la población en general o a cierto sector en específico. Pero con esa decisión se podría afectar el contrato celebrado, de manera que puede producir un mayor gasto o una disminución de la utilidad acordada en el contrato. Frente a este tipo de situaciones, entendemos que es deber del Estado establecer los mecanismos y

¹²⁷ APONTE DUARTE, Eyni Patricia y GAMARRA REYES, Mauricio. El Hecho del Príncipe como causal de rompimiento del equilibrio económico en los contratos administrativos. *Iustitia*. 2011, diciembre, pp. 421-437. ISSN 1692-9403.

pautas que permitan reparar de manera íntegra los efectos que pueda provocar la decisión proveniente de la entidad contratante en perjuicio del contratista. Más bien, el Estado debería asumir una actitud proactiva ante la ocurrencia de tales situaciones, pues frente al contratista tales hechos son imprevistos, pero para la entidad contratante que tiene el conocimiento del contrato X que ya fue celebrado, y cuya supervisión y vigilancia está bajo su responsabilidad, tiene la responsabilidad de pautar las estrategias para renegociar esos puntos con el contratista.

De esta manera, el Estado podría evitar erogar mayores fondos frente a una acción de responsabilidad patrimonial que pudiera ser elevada por el contratista ante el órgano judicial competente. Asimismo, se podría evitar contratiempos y demoras en la ejecución de la obra. Además de que conforme a la letra del artículo 73, numeral 1 de la Ley No. 47-20, la propia autoridad contratante es quien debe velar por la estabilidad y el equilibrio contractual, según lo convenido por las partes en el Contrato de APP.

5.3 El fideicomiso como herramienta legal y estratégica para regular las relaciones entre el Estado y el sector privado

La flexibilidad que brinda el fideicomiso permite su adaptación a las situaciones más peculiares. Este vehículo jurídico puede ser utilizado para un sin fin de propósitos, tales como: transferencia de bienes corporales o incorporeales, administración de capitales, constitución de garantías, construcción de edificaciones, desarrollo de proyectos públicos o privados de infraestructura o de servicio, implementación de planes turísticos, entre otras opciones de gestión o de inversión.

Mayor aún, el fideicomiso, como mecanismo de inversión, posee un valor agregado pues: (i) garantiza la protección de los activos contra aquellas contingencias extrañas a la operación; (ii) fortalece e incrementa la responsabilidad del fiduciario; (iii) potencia estructuras de alto valor como las APP y el mercado de valores.¹²⁸ En efecto, el fideicomiso es un medio idóneo para resolver los problemas que se presentan en el manejo de proyectos públicos y alianzas estratégicas, como las APP. Esto así debido a las razones que se enuncian a continuación:

a) Disociación de los intereses de todas las partes a un fin común

El fideicomiso es un componente conservador que disocia los intereses de todas las partes a un fin común: la ejecución de un proyecto a favor del interés público. El hecho de que una persona física o una sociedad [fideicomitente] tenga unos intereses o inversiones mayores en comparación con los otros fideicomitentes, esto no le confiere supremacía sobre los demás, ya que tienen igual preponderancia frente al fideicomiso, sin importar que una persona tenga mayor participación que la otra. Por consiguiente, el fiduciario ejecutará solo lo que dice el contrato y sus adendas.

b) Administrador y tercero imparcial

La fiduciaria es un administrador y tercero imparcial que vela para que se cumplan las normas establecidas por las partes en el contrato de fideicomiso, y se realice la determinación y distribución correcta de los beneficios generados por el proyecto. Esto genera un

¹²⁸ CALDERÓN, Aquiles. El fideicomiso de garantía: ángulos y vértices. *Gaceta Judicial* [en línea], 2013, noviembre [fecha de consulta 13 de noviembre de 2019]. Disponible en: https://2019.vlex.com/#search/*/El+fideicomiso+de+garant%C3%ADa.+Ángulos+y+vértices/WW/vid/516280162

voto de confianza en los inversionistas para que se interesen en invertir en el proyecto. A su vez, contar con una administración cuyos intereses no sean dependientes a favor de ninguna de las partes, sirve como remedio para mediar los problemas de agencia que se presentan entre los agentes públicos y privados. Pues, los fiduciarios en República Dominicana son sociedades especializadas que están sometidas a rigurosos controles por parte de sus órganos reguladores: la Dirección General de Impuestos Internos [DGII], la Superintendencia de Bancos [SIB] y la Superintendencia de Valores de la República Dominicana [SIV]. Frente a tantos controles que supervisan y vigilan las actividades de las fiduciarias, es extremadamente difícil que un fideicomiso sea utilizado para defraudar los derechos de las partes o terceros.

Además de que las fiduciarias tienen dentro de sus estructuras toda la experticia que una APP necesita, esto es, departamentos: legal, impuestos, negocios y operación, lo que permite garantizar que se haga un buen uso del fideicomiso, apegado a lo deseado por los agentes públicos y privados al momento de su constitución.

La legislación dominicana no solamente ha establecido en detalle las obligaciones de las partes actoras del fideicomiso, sino también reviste al fideicomiso de las solemnidades necesarias para su formación y ata al fiduciario a múltiples formalidades y controles de actuación.

c) **Transparencia en el manejo de recursos**

La transparencia en el manejo de recursos contribuye a elevar el nivel de confianza y credibilidad entre los agentes público y privado. El fideicomiso permite que las partes tengan su juez privado y su árbitro desde el principio del nacimiento de la relación contractual. Esto lo convierte en la figura idónea para controlar los fraudes que pudiera

propiciar tanto el Estado, como la empresa privada, ya que la transparencia que ofrece el fideicomiso permitirá que se eviten fraudes en perjuicio de las partes y de la sociedad. En consiguiente, se protegerá mejor los derechos de estos, principalmente, los del Estado quien es la parte que, a nuestro entender, tiene menor información en una APP.

Asimismo, las entidades de crédito que facilitan el *Project Finance* para el desarrollo del proyecto, se sienten más confiadas al desembolsar los recursos en manos de la fiduciaria que en manos del Estado o del agente privado, por ser la fiduciaria un ente imparcial, y debido a su proba administración, dedicará los recursos específicamente al pago de la obra, y no a otros fines. Conforme a la entrevista realizada a Christian Molina Estévez, en ocasión a la presente investigación, refiere que “la fiduciaria sirve como un freno y como un mecanismo de vigilancia y transparencia en la ejecución de obras públicas, y en el suministro de servicios públicos”.

En otro orden, el régimen de publicidad registral obligatorio¹²⁹ del fideicomiso, confiere que sus operaciones no sean realizadas de manera privada, sino que la información también sea manejada por la colectividad. En este tenor, cualquier persona interesada podría oponerse a la ejecución del proyecto que se forma mediante el fideicomiso. Al respecto, la Ley No. 189-11 prohíbe la constitución de cualquier fideicomiso en fraude de sus acreedores o de la Administración Tributaria¹³⁰.

d) Patrimonio separado y autónomo

¹²⁹ República Dominicana. Ley No. 189-11 sobre el desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana. Artículos 17 y 18.

¹³⁰ República Dominicana. Ley No. 189-11 sobre el desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana, Artículo 51.

El fideicomiso protege los bienes que lo conforman del impacto no deseado de hechos ajenos a la operación, causados de manera personal por alguna de las partes. Su carácter de patrimonio separado y autónomo permite que los acreedores de las partes no estén habilitados para atacar los activos del patrimonio fideicomitado.¹³¹ Además de que esta característica del fideicomiso permite que los patrimonios del Estado, el agente privado y la fiduciaria no sean confundidos o entremezclados con los bienes del patrimonio fideicomitado. Esta particularidad reviste al fideicomiso de transparencia y claridad.

e) Fideicomiso vs Sociedad de Comercio

El fideicomiso es una manera de poder llevar libertad al mundo de los negocios, sin tener la estructura formal de las sociedades de comercio. Esto así, pues cuando la APP se implementa mediante un tipo societario, esto es, mediante una sociedad anónima o una sociedad anónima simplificada¹³², se dificulta y retrasa la toma de decisiones que son requeridas en las distintas fases del proyecto público.

Al respecto, las sociedades de comercio tienen una estructura de orden público que son muy cerradas y digamos poco flexible, se percibe cierta rigidez en la conformación del negocio, porque las decisiones tienen que tomarse por medio de asambleas, donde tiene que haber uno o varios gerentes que las dirijan, y existen reglas para la adopción de decisiones que se deben regir por lo establecido en los estatutos sociales, y si son requeridas algunas modificaciones estatutarias, a veces es difícil que puedan realizarse. Pues existen unas reglas de

¹³¹ Francisco Del Carpio., *op. cit.*, p. 6.

¹³² Al ser las APP proyectos que requieren inyección de mucho capital, si se estructuran por medio de un tipo societario, lo recomendable sería utilizar cualesquiera de estos tipos societarios por la envergadura del capital social que manejan.

mayorías y otras para el manejo de derechos de las minorías, las cuales impiden que no se ejecute sino lo que haya sido convenido en los estatutos sociales.

Mientras que, en un fideicomiso público, el control lo ejerce el Comité Fiduciario¹³³, el cual conforme al Reglamento No. 95-12 para la Aplicación de la Ley No. 189-11, es un órgano auxiliar del fideicomiso que se encarga de vigilar e impartir instrucciones a la fiduciaria para el cumplimiento del objeto del fideicomiso. Es un órgano corporativo compuesto por las partes esenciales que forman el contrato de fideicomiso. Para el caso de las APP, las figuras fundamentales que entendemos conformarían esta estructura son: el Estado [Fideicomitente], la empresa privada [Fideicomitente Operador], el financista [Acreedor Garantizado y Beneficiario], y la fiduciaria¹³⁴.

En ese sentido, en una sociedad de comercio, como el control lo ejercen los accionistas mayoritarios, puede suceder que estos puedan influir en las designaciones de los administradores de la sociedad, y de esta forma puedan imponer su voluntad de actuar de tal manera, por

¹³³ El artículo 23, literal h del Reglamento No. 95-12 para la Aplicación de la Ley 189-11 dispone: “Órganos Auxiliares del Fideicomiso. En caso de que se contemple la existencia de juntas o comités con carácter de auxiliares del fideicomiso, si por la naturaleza de este se justifique, deberá señalarse en el acto constitutivo su forma de integración, atribuciones y normas de funcionamiento. En ningún caso dichas juntas o comités sustituirán al fiduciario en sus labores administrativas ni podrá el fiduciario eximirse de su responsabilidad ante tales órganos ni frente a terceros, debiendo siempre ejercer su labor como buen padre de familia”.

¹³⁴ Por ejemplo, en el caso del Fideicomiso para la Operación, Mantenimiento y Expansión de la Red Vial Principal de la República Dominicana [Fideicomiso RD Vial], se instauró un Comité Técnico o Fiduciario conformado por el Ministro de Hacienda, el Ministro de Economía, Planificación y Desarrollo, el Ministro de Obras Públicas y Comunicaciones [todos con voz y voto] y la fiduciaria [con voz y sin voto], el cual dentro de sus funciones se encuentran: (i) establecer las estrategias y los parámetros generales para la consecución de los fines del Fideicomiso RD Vial; (ii) dictar y aprobar los lineamientos del sistema de control interno del Fideicomiso RD Vial para asegurar el correcto destino de los recursos; (iii) dictar y aprobar los lineamientos operativos bajo las Reglas de Funcionamiento y Operación en un Memorándum Adicional al Fideicomiso RD Vial, las cuales en ningún caso se podrán oponer a las estipulaciones del contrato de fideicomiso [...]. Véase: http://rdvial.gob.do/media/1456/contrato_fideicomiso_-_mopc.pdf

la posición privilegiada que ocupan en la entidad social. Mayor aún, en algunas jurisdicciones de los Estados Unidos de América, se permiten Juntas Directivas de un solo miembro [por ser accionista mayoritario], cuya rendición de cuentas es emitida y aprobada por sí mismo. Es evidente que esta situación afecta a los accionistas minoritarios de la compañía, quienes no pueden participar en las juntas directivas, y deliberar acerca de las decisiones de la sociedad.¹³⁵ Sin embargo, en un fideicomiso, el control lo ejerce el Comité Técnico que se constituya, el cual deliberará con todas las partes contratantes sobre las mejores medidas y estrategias relacionadas con el proyecto que se está llevando a cabo.

Asimismo, las medidas tomadas por este Comité Técnico no requieren ser registradas ante ningún órgano estatal para que sean oponibles a terceros y sean válidas, como ocurre con las decisiones que son adoptadas por medio de las asambleas generales de las sociedades comerciales. Adicionalmente, en este comité la convocatoria de reunión es simple, no requiere de avisos en periódicos de circulación local, como se estipula en los estatutos sociales de algunas compañías, lo cual complica aún más que los socios se reúnan de manera expedita a deliberar sobre cualquier decisión. Es decir, es más favorable la toma de decisiones por medio de un fideicomiso, pues su flexibilidad permite reducir los costos de transacción, en comparación con las sociedades comerciales.

Otro aspecto que otorga ventaja al fideicomiso por encima de las sociedades comerciales es que el fideicomiso es una herramienta

¹³⁵ ZULUAGA ISAZA, Felipe y LOTERO ROBLEDO, Miguel. *Los Problemas de Agencia en Materia Societaria: Análisis Comparado*. [en línea]. Tesis de grado. Universidad EAFIT, Medellín, 2010. [fecha de consulta 07 de julio de 2020]. Disponible en: https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/442/Felipe_Zuluagalsaza_2010.pdf;jsessionid=3A8A8AFE8B0863B7DB76AE70CF420F10?sequence=1

estratégica para el manejo de proyectos, es decir, es un emprendimiento que tiene una fecha de inicio y una fecha o evento de finalización.

Mientras que una sociedad comercial se estructura para poder realizar actividades de tiempo indefinido. Quien constituye una sociedad de comercio no lo hace para terminarla en una fecha determinada, todo lo contrario, se espera que dicha compañía perdure en el tiempo de manera exitosa. Sin embargo, en un proyecto público es todo lo contrario. Estos proyectos se realizan con una fecha de término, pues la idea es que el proyecto se ejecute en su totalidad, no dejarlo a medias. Al respecto, el artículo 69 de la Ley No. 47-20 dispone que la vigencia de un proyecto de APP no podrá ser superior a cuarenta años. La misma ley fija una vigencia de la APP bajo el entendido de la importancia que tiene que el objeto del contrato pueda realizarse.

Por otro lado, las modalidades de fideicomisos existentes potencializan el desarrollo de un proyecto público mediante un fideicomiso, que su ejecución vía una sociedad comercial. Es el caso del Fideicomiso de Administración y Pagos, el cual es ideal para el desarrollo de contratos públicos de construcción, mediante el cual a medida que se van realizando avances en el proyecto, se origina la obligación de efectuar los pagos al agente privado. Dichos pagos son canalizados por el fideicomiso. El *Project Finance* es gestionado por el agente privado, pero se desembolsa a favor del fideicomiso, una vez los recursos se encuentran en el patrimonio fideicomitado, el fiduciario realizará los desembolsos de manera progresiva contra verificación de las condiciones establecidas en el contrato de APP, como podría ocurrir contra presentación de las cubicaciones de la obra.

Adicionalmente, se encuentra el Fideicomiso en Garantía bajo el cual el proyecto mismo [terrenos, mejoras, etc.] respaldan el

cumplimiento de una obligación a favor de un acreedor, para que en el eventual caso de que no se satisfaga la obligación contraída [i.e. repago del préstamo], la fiduciaria proceda a venderlos y destinar el resultado de la venta a la cancelación de la deuda.¹³⁶ Un Fideicomiso de APP instaurado bajo las modalidades anteriores satisface las expectativas de todas las partes y cumple los objetivos del proyecto. Así pues, el fideicomiso logra todo lo anterior sin necesidad de establecer vínculos de sociedad ni involucrarse en la constitución y manejo de una nueva estructura empresarial o corporativa.

En otro orden, a diferencia de las sociedades comerciales, el fideicomiso es un método de planeación estratégica que permite optimizar los recursos presentes y futuros que serán destinados al proyecto. Esto así, debido a las diversas ventajas fiscales que el fideicomiso dominicano presenta, y que han sido fijadas por la Ley No. 189-11, y la Norma General No. 01-15 sobre el Cumplimiento de Deberes y Obligaciones Tributarias del Fideicomiso, modificada por la Norma General No. 02-16 de la Dirección General de Impuestos Internos. Por lo que, las regulaciones fiscales que rigen a los fideicomisos consisten en una alternativa que minimiza el coste fiscal que afecta los rendimientos de cualquier inversión en sí misma. De modo que, los fideicomisos funcionan como instrumentos de ahorro que permiten abaratar la carga fiscal, admiten el traslado de impuestos a pagos futuros, permiten recuperar la liquidez y derivar a terceros el riesgo implícito en los activos ilíquidos, entre otras ventajas.

Otras de las virtudes del fideicomiso es que es un mecanismo que difícilmente pueda ser utilizado para la comisión de fraudes, debido a los controles rigurosos provenientes de sus entes reguladores [DGII, SIV

¹³⁶ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. El fideicomiso mercantil contemporáneo. *Icade*. 2007, enero-abril, pp. 32-39. ISSN 02 12-7377.

y SIB]. En cambio, una sociedad comercial si es más propicia a ser utilizada para defraudar a los socios y a terceros contratantes de buena fe con la sociedad. Una sociedad comercial es una estructura que tiene menos supervisión del Estado, lo cual permite que sea utilizada como sociedad pantalla para simular diversos delitos [e.g. lavado de activos]. Las sociedades comerciales solo son supervisadas en sus actividades por la DGII, de conformidad con lo establecido en el artículo 2, numeral 17 de la Ley No. 155-17 Sobre Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo en la República Dominicana. En ese orden, a diferencia de los reguladores como la SIV y SIB, quienes pueden o no autorizar las operaciones de los fideicomisos, la DGII no puede indicarle a un contribuyente que no puede hacer algo relativo a su actividad económica, sino que solo decide sobre si paga o no impuestos por las operaciones que realiza.

f) Herramienta útil para *Project Finance*

En el *Project Finance* existe la cláusula de *step-in right*, la cual es inherente a este tipo de contrato de financiamiento. Este derecho consiste en la facultad que tiene el acreedor de asumir directamente determinados derechos o facultades que originalmente corresponden al deudor.¹³⁷ Ese derecho de *step-in* es imposible ejecutarlo en la República Dominicana, si no hay un fideicomiso administrando los activos. Hablando en términos prácticos, ¿cómo se manejan las cuentas bancarias de las empresas donde se reciben los recaudos? o si en la construcción de una carretera, existen contratistas que han sido subcontratados por las empresas que ganaron la licitación, y no brindan el servicio, ¿cómo se continúa brindando ese servicio? En cambio, si el fideicomiso es el titular de todos los contratos y de todos

¹³⁷ República Dominicana. Ley No. 47-20 sobre Alianzas Público-Privadas en la República Dominicana. Artículo 4, numeral 12.

los recursos, ejecutar el derecho de *step-in* es tan sencillo como cambiar quienes firman en la cuenta bancaria, cambiar el fideicomitente, cambiar el fideicomisario, que no es lo mismo que empezar a designar administradores judiciales en las compañías, etc. Es muy complicado hacerlo de la otra manera¹³⁸.

g) Reduce los costos de agencia

El fideicomiso como modelo organizativo es un mecanismo legal que facilita “reducir los costos de transacción de los agentes económicos al crear una unidad centralizada de contratación a través de la cual se puede simplificar las relaciones contractuales entre todos los agentes intervinientes”.¹³⁹ En adición, apunta la doctrina que la Ley No. 189-11 es útil para reducir los problemas de agencia y de asimetría de información, partiendo de que esta legislación contiene disposiciones predeterminadas que los contratantes pueden utilizar de manera automática, tales medidas incluyen:

(i) la limitación de quiénes pueden ser fiduciarios; (ii) las cláusulas prohibidas en los actos constitutivos del fideicomiso; (iii) las actuaciones prohibidas a los fiduciarios; (iv) el régimen de publicidad registral del fideicomiso; (v) el régimen de rendición de cuentas de los fiduciarios; (vi) el régimen de remuneración del fiduciario; (vii) la nulidad de las actuaciones del fiduciario contrarias a las disposiciones del acto constitutivo (*ultra vires*); (viii) las reglas sobre pluralidad de fideicomisarios o beneficiarios; y, (ix) las reglas sobre responsabilidad penal del fiduciario.¹⁴⁰

En definitiva, el fideicomiso se ha constituido en una herramienta de competitividad para el desarrollo de los negocios y le ha permitido a los países en donde se utiliza esta figura, proyectarse hacia la

¹³⁸ Entrevista al Lic. Christian Molina Estévez, de fecha 02 de julio de 2020. La plantilla de esta entrevista se encuentra incluida en el Anexo A del presente trabajo de investigación.

¹³⁹ CEDEÑO - BREA, Enmanuel. Apuntes Jurídicos y Económicos sobre el Fideicomiso Dominicano. *Revista Dominicana de Ciencias Jurídicas*. 2016, enero-diciembre. ISSN 2304-3059.

¹⁴⁰ Enmanuel Cedeño - Brea., *op. cit.*, p. 1112-1119.

globalización de los mercados en el mundo. Pues, los esquemas fiduciarios implementados introducen elementos de organización a los mercados y han permitido ampliar el potencial estratégico de los negocios. Asimismo, se ha convertido en un aliado esencial para el gobierno, ya que ha incrementado su capacidad de ejecución de recursos, con modelos innovadores como las APP, sujetos al marco normativo existente. Por todas estas razones entendemos que el fideicomiso puede ser una realidad que regule las relaciones entre el Estado y el sector privado, y que beneficie la economía y el desarrollo de un país.

5.4 Posibles soluciones aplicables a los desafíos en el caso de la República Dominicana

La implementación de las APP deviene ser una política efectiva para reducir el gasto del gobierno dominicano. Su puesta en marcha no debe ser tomado a la ligera, sino que requiere de parte del Estado dominicano de un meticuloso análisis de costo-beneficio, pues los proyectos públicos instaurados bajo una APP son más costosos que una contratación tradicional, ya que se debe pagar intereses y una prima de riesgos por el peligro que asume el agente privado. A pesar de esto, el éxito de una APP dependerá de su eficiencia y de que genere valor por la inversión [*value for money*].

En ese tenor, más que el costo que se pueda anticipar, el Estado dominicano deberá mejor, evaluar las posibles contingencias que pudieran presentarse al asumir la construcción de una obra pública de manera directa o hacerla bajo una APP ¹⁴¹. Dentro de estas contingencias se encuentran los riesgos imprevisibles que podrían derivarse del proyecto. Si bien es cierto, la Ley No. 47-20 dispone en su

¹⁴¹ Mateo De Los Ríos., *op. cit.*, p. 12.

artículo 61 que una parte significativa de los riesgos será asumida por el agente privado. Sin embargo, esta ley es muda al momento de no considerar dentro de las condiciones mínimas que debe tener el Contrato de APP, un modelo de ajuste del equilibrio económico de las partes. En ese sentido, lo normal para las partes será renegociar los términos del contrato. Para ello, entendemos que el Estado dominicano tiene el reto de fijar una estructura y un procedimiento en base al cual esta renegociación pueda tomar lugar de manera efectiva y sin incurrir en mayores gastos, a fines de que se pueda cumplir con la necesidad general que dio origen al contrato.

La experiencia de otros países que ya cuentan con un procedimiento tendente a recuperar el equilibrio financiero de las partes en el contrato, como en el caso de México, nos brinda una luz sobre como la Administración Pública dominicana podría manejar esta cuestión. A modo de sugerencia, una medida paliativa que podría ser tomada, es que el Congreso Nacional revise los temas fiscales que pudieran afectar al Contrato de APP a fines de poder disminuir la carga económica que los impuestos le puedan generar a una de las partes o al proyecto *per se*, y puedan cumplirse los compromisos contractuales asumidos en beneficio de la comunidad.

Otros de los retos para la República Dominicana, es que el Estado debe considerar realizar mayores inversiones en el monitoreo, supervisión y administración en todas las fases del proyecto público. De esta manera, y al haber muchos actores involucrados, entendemos que el proyecto será realizado dentro de un marco de más transparencia, y ajustado estrictamente a lo establecido en el contrato. Asimismo, se podrá evitar indirectamente la corrupción, mal que afecta en gran manera a la nación dominicana.

Adicionalmente, a través de una constante evaluación de todas las etapas del proyecto, se podrá tener un mejor conocimiento sobre la calidad de la inversión, el manejo de la operación, cumplimiento de los niveles de servicio, y se podrá conocer de una manera más precisa, el desempeño del activo. De esta manera, los intereses de las partes estarán mejor alineados y enfocados a un fin en específico. Mayor aún, los componentes de altos costos de contratación como: la información asimétrica y el problema de agencia, podrían ser mejores controlados a través del monitoreo constante. Partiendo de lo anterior, la autoridad contratante del Estado podría auxiliarse del fideicomiso en la delegación de ciertas tareas de supervisión y evaluación de cumplimiento de responsabilidades, en manos de este tercero desprovisto de cualquier interés en la operación pública, lo cual permitirá una vigilancia imparcial de las operaciones del proyecto en provecho de ambas partes.

Además, propiciar a que el agente privado recurra a solicitar *Project Finance* para la provisión de los recursos necesarios para la consecución del proyecto, resulta primordial, pues por la rigidez de la estructura contractual, los costos de agencia son mínimos, ya que se deja poco margen para que el agente privado pueda actuar de manera independiente¹⁴².

En otro orden, a los fines de conferir seguridad jurídica a las inversiones que sean realizadas tanto por los inversores extranjeros como por los agentes privados en la nación dominicana, tomando en cuenta la facultad establecida en el artículo 72, numeral 6 de la Ley No. 47-20, sobre que el Estado tiene la potestad de terminar el Contrato de APP sin alegar causa alguna, planteamos que dicha acción se limite, única y exclusivamente, a que la Administración pueda terminar el

¹⁴² Néstor Moreno Meza y Carlos Humberto Monsalve López., *op. cit.*, p. 9.

contrato por cuestiones de interés público, y se prohíba tajantemente disolver el contrato fuera de estas razones. Esto así debido a que esta actuación, fuera de las demás causales que establece el artículo precedente, solo genera el encarecimiento de los recursos públicos.

En consiguiente, estas prerrogativas exorbitantes del Estado generan un impacto, el cual no siempre es positivo, ya que esta decisión no generará un sacrificio especial para el agente privado. Por esta razón, este mismo artículo 72 establece una indemnización por los daños emergentes sufridos a favor del agente privado, excluyendo las compensaciones por lucro cesante, cuyos gastos de compensación a favor del agente privado los asume la colectividad, ya que el Estado es quien debe de pagar. En efecto, entendemos que este tipo de rescisión deber ser tomada en cuenta en la mayoría de los casos, como una medida de última instancia, a fines de evitar abusos de poder y motivos improcedentes en detrimento del interés privado. Esto podría reducir la inquietud del agente privado ante una posible rescisión prematura o injustificada.

Finalmente, es necesario destacar que la Ley No. 47-20 es limitativa, al disponer en el artículo 51 que cuando se trate de APP que “conlleven de forma firme o contingente, la transferencia de recursos del Estado, el Contrato de APP preferiblemente dispondrá la constitución de un Fideicomiso de APP que administre los bienes y derechos aportados o que gestione cualquier otro aspecto del proyecto”. Pues, entendemos que todos los proyectos que se instauren bajo la ley antes indicada, deben ser manejados y controlados a través de fideicomisos, por las bondades que esta figura genera. Además de que, a través de estos, se evita el entorpecimiento de la ejecución de los proyectos. En ese sentido, este aspecto es un elemento que puede ser

considerado en el reglamento de aplicación que al efecto sea dictado para regular esta ley.

CAPITULO VI: CONCLUSIONES

Para concluir la presente investigación, entendemos importante destacar que el *Project Finance* es una herramienta de financiación utilizada por los países como una fuente de crecimiento de sus economías, frente a la evolución existente en la sociedad que impone una carga presupuestaria a los Estados. Así que, vincular al sector privado, por medio de las Asociaciones Público-Privadas, como parte principal en la provisión de servicios y labores que son responsabilidad del Estado suministrar, permitirá a las Administraciones esquivar restricciones presupuestarias y obtener financiación alternativa que pueden llevar fuera del balance, consiguiendo así desarrollar el progreso de la infraestructura, reducir el endeudamiento público y beneficiarse de la eficacia del agente privado.

Conjugar la utilización de *Project Finance* y APP en la ejecución de las inversiones, resulta ser una solución innovadora de mezclar diferentes instrumentos de financiación para la gestión de riesgos y para la vinculación del sector privado. La participación del sector privado se lleva a cabo con la finalidad de que este pueda suplir los recursos necesarios para el desarrollo de obras y servicios públicos que el Estado por sí mismo, no tiene la capacidad económica de proporcionarlos. En consecuencia, el agente privado es quien se encargará de recaudar los fondos necesarios y establecer la estructura financiera requerida para la consecución del proyecto.

Por lo general, el agente privado financia los recursos de la obra o servicio mediante la combinación de deuda y capital. Otra alternativa, es que el Estado participe en la administración financiera del proyecto [como prestamista u ofreciendo garantías]. No obstante, y tomando en cuenta las restricciones presupuestarias existentes en la República Dominicana, entendemos que la Administración debe evitar, en la

medida de lo posible, vincularse de manera significativa en el aspecto financiero de la obra o servicio contratado.

Mayor aún, como se expone en la presente investigación, la visión política de la República Dominicana se ha visto afectada ante la ausencia de transparencia en el rol del Estado. Esto aunado a los conflictos de intereses que podrían presentarse en la administración y gestión de los recursos desembolsados para la ejecución de un proyecto público. En ese sentido, el fideicomiso es una figura clave para formar este tipo de negocios con mayor seguridad jurídica, imparcialidad, y con mayor flexibilidad para las partes, porque permite arbitrar intereses diversos de una manera sencilla y efectiva. Partiendo de esto, el fideicomiso es un instrumento estratégico para que, desde dicho modelo organizativo, las sociedades fiduciarias puedan coordinar y velar por el fiel desarrollo, ejecución, administración, cumplimiento de pagos, y operación del proyecto público, de manera más eficaz que cualquier estamento del Estado.

Adicionalmente, los respectivos Comités Técnicos que pueden establecerse por medio de un fideicomiso, permiten un establecimiento de mejores controles en lo concerniente al manejo de los fondos afectos al fideicomiso. En estos comités se involucran todas las partes en la toma de decisiones que afectaran al proyecto o servicio público. De esta manera, se disminuye el margen de información asimétrica al estar todas las partes manejando el mismo nivel de información. Esto aunado a que reglamentariamente, las sociedades fiduciarias deberán rendir cuentas de su gestión a las partes, de manera periódica. Es decir, que la participación fiduciaria en estos tipos de proyectos, mitiga un gran porcentaje de los riesgos.

Por tanto, a la luz de nuestros objetivos y los resultados obtenidos, consideramos que dentro de las recomendaciones viables para la República Dominicana se encuentran, establecer una estructura y un procedimiento en base al cual la renegociación de los Contratos de APP pueda tomar lugar de manera eficaz. Esto así, pues frente a la cantidad de contratos que se suscriben para formalizar una APP y las consecuencias que pudieran derivarse de los mismos en detrimento de algunas de las partes, es casi inevitable que éstas no decidan iniciar un periodo de renegociación de los contratos. En ese sentido, se recomienda trazar las pautas que deberán seguir los actores involucrados, de manera que se pueda agregar valor a todas las partes. En ese sentido, este mecanismo de reajuste de la organización financiera del Contrato de APP, permitirá que se pueda cumplir con la necesidad general que dio origen al mismo, frente a la presencia de situaciones imprevistas en el contrato.

En adición, se recomienda desplazar al fideicomiso ciertas funciones de monitoreo, supervisión y administración de todas las fases del proyecto público para que conjuntamente con la autoridad contratante del Estado, se puedan regular los componentes de los altos costos de contratación. Por tanto, se debe tener un estricto control del cumplimiento de lo pactado entre las partes, estableciendo parámetros en el desarrollo de la infraestructura y la fiscalización de los recursos.

En otro orden, es importante establecer una limitante a la prerrogativa del Estado de poder rescindir el Contrato de APP, a fines de evitar abusos de poder y motivos injustificados en detrimento del interés privado. Entendemos que esta actuación del Estado puede limitarse, única y exclusivamente, a que la Administración pueda terminar el contrato por cuestiones de interés público. En los casos en que la rescisión del contrato se produzca fuera de estas razones,

proponemos que la misma requiera ser autorizada mediante la decisión de árbitros designados a los fines o mediante fallo judicial, y no que esta decisión quede al libre albedrío del Estado.

Por último, recomendamos importante sugerir que en el reglamento que al efecto sea dictado para regular la Ley No. 47-20 sobre APP en la República Dominicana, se estatuya sobre la implementación de esquemas de fideicomisos, no solamente para los proyectos que conlleven de forma firme, transferencia de recursos del Estado, sino también para todos los proyectos de APP que sean ejecutados bajo los parámetros de esta ley. Esto así, por los beneficios que hemos explicado, genera el fideicomiso.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acentos, 2019. República Dominicana con grandes retos para Asociaciones Público-Privadas con respecto al resto de Centroamérica. En: *Acentos* [en línea]. 18 de mayo. Disponible en: <https://acento.com.do/2019/economia/8683159-republica-dominicana-con-grandes-retos-para-asociaciones-publico-privadas-con-respecto-al-resto-de-centroamerica/> [fecha de consulta 30 de noviembre de 2019].

ALLEN, Grahame. *The Private Finance Initiative - PFI* [en línea]. 2001, [fecha de consulta 06 de julio de 2020]. Disponible en: <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/rp01-117/>

ÁLVAREZ, Yulissa, 2020. Deuda Pública Consolidada supera el 50% del PIB. *elDinero* [en línea]. 07 de abril. Disponible en: <https://www.eldinero.com.do/103157/deuda-publica-consolidada-supera-el-50-del-pib/> [fecha de consulta 29 de mayo de 2020].

APONTE DUARTE, Eyni Patricia y GAMARRA REYES, Mauricio. El Hecho del Príncipe como causal de rompimiento del equilibrio económico en los contratos administrativos. *Iustitia*. 2011, diciembre. ISSN 1692-9403.

ARIAS BARRERA, Ligia C. Perspectiva legal de la financiación de proyectos “Project Finance” y el manejo del riesgo. *Revista de Derecho Privado* [en línea]. 2012, julio-diciembre (23). [fecha de consulta 13 de noviembre de 2019]. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3308>

AVENDAÑO A., Francisco. El fideicomiso. *Derecho PUCP* [en línea]. 1996, (50) [fecha de consulta 23 de noviembre de 2019]. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5935>

Banco Interamericano de Desarrollo (BID). *Asociaciones público-privadas para la prestación de servicios. Una visión hacia el futuro* [en línea]. 2011, [fecha de consulta 30 de noviembre de 2019]. Disponible en:

<https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Asociaciones-público-privadas-para-la-prestación-de-servicios-Una-visión-hacia-el-futuro.pdf>

Banco Interamericano de Desarrollo (BID). *Mejor gasto para mejores vidas. Cómo América Latina y el Caribe puede hacer más con menos* [en línea]. 2018 [fecha de consulta 30 de noviembre de 2019]. Disponible en: <https://flagships.iadb.org/es/DIA2018/capitulo-3-la-ineficiencia-del-gasto-publico>

CALDERÓN, Aquiles. El fideicomiso de garantía. Ángulo y vértices. *Gaceta Judicial* [en línea]. 2013, noviembre [fecha de consulta 13 de noviembre de 2019]. Disponible en: https://2019.vlex.com/#search*/El+fideicomiso+de+garant%C3%ADa.+Ángulos+y+vértices/WW/vid/516280162

CASTAÑEDA RIVAS, María Leoba. Teoría de la imprevisión: una cuestión de justicia y equidad. *Amicus Curiae* [en línea]. 2012, **1** (1) [fecha de consulta 20 de junio de 2020]. Disponible en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/amicus/article/view/35421/32289>

CASTRO MOLINA, Juan Antonio. El contrato de fideicomiso. *IUS ET VERITAS* [en línea]. 1994, 5 (9) [fecha de consulta 24 de noviembre de 2019]. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15462>

CEDEÑO - BREA, Enmanuel. *Algunos Problemas Económicos de la Desmutualización de AAYP* [en línea]. 2015, [fecha de consulta 11 de junio de 2020]. Disponible en:

<https://enmanuelcedenobrea.com/2015/08/12/algunos-problemas-economicos-de-la-desmutualizacion-de-aayp/>

CEDEÑO - BREA, Enmanuel. Apuntes Jurídicos y Económicos sobre el Fideicomiso Dominicano. *Revista Dominicana de Ciencias Jurídicas*. 2016, enero-diciembre. ISSN 2304-3059.

CEDEÑO - BREA, Enmanuel. *Plan Nacional de Mejora Regulatoria* [en línea]. 2018, [fecha de consulta 07 de julio de 2020]. Disponible en: <http://competenciard.blogspot.com/2018/?m=0>

CHAVEZ TORRES, Zenaida Estela. *La teoría del hecho del príncipe en los contratos administrativos* [en línea]. 2013, [fecha de consulta 16 de junio de 2020]. Disponible en: http://acacia.org.mx/busqueda/pdf/La_Teoria_del_Hecho_del_Principe_en_los_Contratos_Administrativos.pdf

CHEFFINS, Brian R. *Stop Blaming Milton Friedman!* [en línea]. 2020, junio [fecha de consulta 09 de julio de 2020]. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3552950

Código Civil de la República Dominicana.

Constitución política dominicana, de fecha veintiséis (26) del mes de enero del año dos mil diez (2010).

CRIVELLI, Julio César. *Inversión privada en el sector público*. 1ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2017. ISBN 978-987-706-197-0.

DEL CARPIO, Francisco. Naturaleza del fideicomiso dominicano. *Gaceta Judicial* [en línea]. 2013, [fecha de consulta 23 de noviembre de 2019]. Disponible en: <https://2019.vlex.com/#search/jurisdiction:DO/Naturaleza+del+fideicomiso+dominicano/WW/vid/450231990>

DE LOS RÍOS, Mateo. Las APP trazan la ruta de la infraestructura. *Market Brief*. 2018 (47).

Dirección General de Crédito Público, 2020. Deuda del sector público no financiero representa el 41.9% del PIB. En: *Dirección General de Crédito Público* [en línea]. Disponible en: <https://www.creditopublico.gob.do/inicio/novedades?codigo=20200518> [fecha de consulta 29 de mayo de 2020].

FRIEDMAN, Milton. *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits* [en línea]. 1970, septiembre [fecha de consulta 09 de julio de 2020]. Disponible en: <http://umich.edu/~thecore/doc/Friedman.pdf>

GONZÁLEZ, Juan D., ROJAS, Miguel, ARBOLEDA, Carlos, y BOTERO, Sergio. Project Finance y Asociaciones Público-Privada para la provisión de servicios de infraestructura en Colombia. *Obras y Proyectos* [en línea]. 2014, **16** [fecha de consulta 30 de noviembre de 2019]. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/oyp/n16/art05.pdf>

GORTON, Gary y SOULELES, Nicholas S. *Special Purpose Vehicles and Securitization* [en línea]. 2005, 1 [fecha de consulta 06 de julio de 2020]. Disponible en: https://www.academia.edu/38399625/SPECIAL_PURPOSE_VEHICLES_AND_SECURITIZATION.pdf

HEADRICK, William. Fiducia, fideicomiso y trust. *Gaceta Judicial* [en línea]. 2010 [fecha de consulta 13 de noviembre de 2019]. Disponible en: https://2019.vlex.com/#search/*/fiducia%2C+fideicomiso+%2C+trust/WW/vid/360767426

HERRERA, Fernando. *El problema de agencia y el mercado de <i>take-overs</i> (I)* [en línea]. 2014, [fecha de consulta 11 de junio de 2020]. Disponible en: <https://www.juandemariana.org/ijm-actualidad/analisis-diario/el-problema-de-agencia-y-el-mercado-de-take-overs-i>

HUQ, Aziz z. *The Hold-up Problem in Private Contracting* [en línea] [fecha de consulta 18 de junio de 2020]. Disponible en: <https://webapp-st.pucmm.edu.do:2137/#search/date:2000-04-01../hold+up+problem/WW/vid/636118093>

JINESTA LOBO, Ernesto. *Estudios de Derecho Público. Administrativo y Constitucional* [en línea] 2017, enero, 1. [fecha de consulta 06 de junio de 2020]. Disponible en: https://webapp-st.pucmm.edu.do:2137/#search/jurisdiction:DO,US,MX,EA,AR,CL,CR,CO,PE,GT,HN,ES+country_jurisdiction:AFD,AS+date:2015-01-01../%22alianzas+público+privadas%22/WW/vid/685320409

KLEIN, Benjamin. The Hold-Up Problem. *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* [en línea]. 1998, [fecha de consulta 18 de junio de 2020]. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1872208>

LAU ALBERDI, Jerónimo. El Régimen de Participación Público-Privada (PPP): Concepto, Fundamento y Posibilidades de Inversión en Materia Energética. *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*. 2017, febrero-abril, (12). ISSN 2362-3195.

MARTE, Luz. Alianzas público-privadas para el Desarrollo del Sector de Telecomunicaciones. *Gaceta Judicial* [en línea]. 2019, enero [fecha de consulta 05 de junio de 2020]. Disponible en: <https://webapp-st.pucmm.edu.do:2137/#search/jurisdiction:DO/Alianzas+público-privadas+para+el+Desarrollo+del+Sector+de+Telecomunicaciones/WW/vid/839612236>

MORENO CASTILLO, Luis Ferney. et al. *Anuario Iberoamericano de Regulación. Hacia una Regulación Inteligente*. 1a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019. ISBN 978-958-790-262-4.

MORENO MEZA, Néstor y MONSALVE LÓPEZ, Carlos Humberto. *Ventajas de la utilización del Project Finance para la conformación de proyectos de infraestructura de países en desarrollo: Estudio de casos*

del sector energético en Colombia [en línea]. 2014, 3-4 [fecha de consulta 28 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/329168971_VENTAJAS_DE_LA_UTILIZACION_DEL_PROJECT_FINANCE_PARA_LA_CONFORMACION_DE_PROYECTOS_DE_INFRAESTRUCTURA_DE_PAISES_EN_DESARROLLO_ESTUDIO_DE_CASOS_DEL_SECTOR_ENERGETICO_EN_COLOMBIA

NOYA DE LA PIEDRA, Ismael y DE LOS HEROS ECHECOPAR, Juan Carlos. Para entender el Project Finance. *THĒMIS-Revista De Derecho* [en línea]. 2007, (54). [fecha de consulta 13 de noviembre de 2019]. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8870>

PINZÓN MEJÍA, Gustavo A. y RODRÍGUEZ SUÁREZ, Javier R. *Project Finance*. [en línea]. Tesis de grado. Pontificia Universidad Javeriana, Santa Fe de Bogotá, 2000. [fecha de consulta 01 de octubre de 2019]. Disponible en: <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis18.pdf>

REÁTEGUI, Ana. et al. *Project Finance para Proyectos de APP en el Perú: evaluación tributaria, contable y financiera*. 1ª ed. Lima-Perú, 2018. ISBN 978-612-4110-84-9.

Redacción Digital, 2020. Gobierno pagará US\$395.5 millones a Odebrecht para evitar el arbitraje. En: *Listín Diario* [en línea]. 18 de marzo. Disponible en: <https://listindiario.com/economia/2020/03/18/609026/gobierno-pagara-us-395-5-millones-a-odebrecht-para-evitar-el-arbitraje/amp/> [fecha de consulta 12 de julio de 2020].

República Dominicana. Reglamento No. 95-12 para la Aplicación de la Ley 189-11 para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso

en República Dominicana, de fecha dos (02) del mes de marzo del año dos mil doce (2012).

REGÚS COMAS, Teófilo E. Fideicomisos Públicos. *Gaceta Judicial*. 2017 (367). ISSN 2076-619X.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. El fideicomiso mercantil contemporáneo. *Icade*. 2007, enero-abril. ISSN 02 12-7377.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Negocios fiduciarios: su significación en América Latina*. 2ª ed. Bogotá: Legis, 2017. ISBN 9789587674712.

ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique. Consideraciones sobre la Asociación Pública-Privada. *Revista de Ciencias Jurídicas* [en línea]. 2015, mayo-agosto (137) [fecha de consulta 14 de noviembre de 2019]. Disponible en:

<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/21973>

República Dominicana. Ley No. 189-11 para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso. *Gaceta Oficial* No. 10628, de fecha veintidós (22) del mes de julio del año dos mil once (2011).

República Dominicana. Ley No. 1-12 sobre Estrategia Nacional de Desarrollo 2030. *Gaceta Oficial* No. 10753, de fecha veinticinco (25) del mes de enero del año dos mil doce (2012).

República Dominicana. Ley No. 47-20 sobre Alianzas Público-Privadas. *Gaceta Oficial* No. 10972, de fecha veinte (20) del mes de febrero del año dos mil veinte (2020).

SCHMITZ, Patrick W. *On simple contracts, renegotiation under asymmetric information, and the hold-up problem* [en línea]. 2002, 11 [fecha de consulta 06 de julio de 2020]. Disponible en: https://mpa.ub.uni-muenchen.de/12530/1/MPRA_paper_12530.pdf

Transparency International. *Corruption Perceptions Index* [en línea]. 2019, [fecha de consulta 30 de mayo de 2020]. Disponible en: <https://www.transparency.org/en/cpi/2019/results/dom>

TERRAZAS PONCE, Juan David. Orígenes y cuadro histórico del fideicomiso. *Revista Chilena de Derecho* [en línea]. 1998, **25** (4). [fecha de consulta 16 de noviembre de 2019]. Disponible en: http://drevistas.ucv.cl/detalles_autor.php?autorID=2982

World Economic Forum. *The Global Competitiveness Report 2019* [en línea]. 2019, [fecha de consulta 30 de mayo de 2020]. Disponible en: http://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf

World Economic Forum. *La asimetría de la información: ¿puede ayudar en tu negocio?* [en línea]. 2016, [fecha de consulta 11 de junio de 2020]. Disponible en: <https://es.weforum.org/agenda/2016/02/la-asimetria-de-la-informacion-puede-ayudar-en-tu-negocio/>

ZULUAGA ISAZA, Felipe y LOTERO ROBLEDO, Miguel. *Los Problemas de Agencia en Materia Societaria: Análisis Comparado*. [en línea]. Tesis de grado. Universidad EAFIT, Medellín, 2010. [fecha de consulta 07 de julio de 2020]. Disponible en: https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/442/Felipe_ZuluagaIsaza_2010.pdf;jsessionid=3A8A8AFE8B0863B7DB76AE70CF420F10?sequence=1

ANEXO A

Entrevista al Lic. Christian Molina Estévez

Gerente General

Fiduciaria Reservas, S. A.

P. ¿Por qué el fideicomiso es el medio idóneo para promover el financiamiento de proyectos en la República Dominicana?

R. Si decides desmenuzar las razones por las que un Estado lleve a cabo proyectos de infraestructura y de interés social a través de fideicomisos, específicamente por ventajas financieras, te vas a encontrar con muchas razones puntuales. Pero si tuviera que decir una de entrada, que a mi entender engloba todas las razones, es la siguiente: el fideicomiso público es la única manera que tiene un Estado de perpetuar una buena iniciativa de un gobierno. Los gobiernos duran de cuatro a ocho años, en caso de una reelección bajo nuestra Constitución actual. Y los proyectos en los que el Estado invierte es muy raro que se logren ejecutar en ese periodo de tiempo. Es mucho más raro todavía que el Estado acuda a un financiamiento que tenga un plazo de vigencia inferior a esos cuatro u ocho años.

Entonces automáticamente se logran dos objetivos principales en un fideicomiso de esta naturaleza: i) Perpetuar una iniciativa: cuando un Estado o un ministerio decide realizar una iniciativa, el hecho de colocar ciertos activos en un fideicomiso público separa esos activos del patrimonio y del control del Estado, y hace que no haya más alternativa que terminar ese proyecto, independientemente de que haya un cambio político futuro porque los activos que están aportados y segregados a ese fideicomiso no pueden ser utilizados para otro objetivo que no sea ese, el objetivo para el cual se creó ese fideicomiso. Es una manera de lograr que se cumpla esa iniciativa, independientemente de un cambio

de gobierno; y, ii) cuando el Estado acude a un financiamiento tiene dificultades. Ni hablar de lo que es una deuda pública, pero cuando el Estado quiere ser ágil, y quiera tener un vehículo autosuficiente y que pueda acudir a la banca local y a la extranjera o a bancos de desarrollo, a fuentes de financiamientos alternativas, a través de un fideicomiso el hecho de que los activos estén traspasados al fideicomiso y separado del riesgo político del patrimonio del Estado, eso constituye una garantía para un banco. Es una garantía que es incluso embargable, lo cual no sucede en una deuda pública pura y simple. Y no solamente el componente de la garantía, sino que la fuente de repago, normalmente está concebida como parte del mismo fideicomiso.

Por ejemplo, el caso del Fideicomiso RD Vial. Es el fideicomiso que tiene todos los peajes del Estado. Antes, los peajes se recaudan y esos recursos iban a las cuentas del Estado y por ahí se dispersaba el uso. El dinero se usa en cualquier cosa del Estado. Pero el Estado al crear un fideicomiso y ceder el derecho de recaudo a ese fideicomiso y los peajes como tal, ahora el fideicomiso es quien se encarga de recaudar directamente todo lo que se percibe como peaje. Ese dinero ya no va a una cuenta única del Estado, sino que va a una cuenta recaudadora del fideicomiso. Eso ha permitido que obras importantes que le cambiaron la cara a este país, y cambiaron lo que es el turismo en la República Dominicana, y la conexión, el comercio entre provincias en este país, haya sido quien haya pagado todo eso. Tenemos a la Autovía del Coral, Circunvalación Tramos I, II y III, Elevados de la Caleta Boca Chica, Autopista de Navarrete Puerto Plata, la Circunvalación Santiago, tienen un impacto para toda la vida, y eso se pagó del mismo peaje. Del peaje también se desembolsaron los pagos del contratista. Los contratistas, ahora son empleados del fideicomiso, y el fideicomiso es quien le paga. Los contratistas se reportan a Obras Públicas quien revisa cada cubicación y autoriza los pagos que

corresponda, supervisa la calidad de la construcción, etc., y tiene dominio total a quien se le paga y el concepto. Ese el trabajo de Obras Públicas.

Pero el giro y el cumplimiento financiero del fideicomiso es otra cosa. Eso ha permitido que para hacer todas esas obras, si tomamos por ejemplo, los flujos anuales de los peajes, no te dan para en un periodo de ocho años construir todo esto. Es imposible. Lo que si es posible es acudir a un financiamiento o a una oferta pública de valores, como ha sucedido en el Fideicomiso RD Vial, para capitalizar el fideicomiso, tener acceso a recursos económicos, y luego hacer el servicio de esa deuda con los peajes. Eso es algo que nunca el país había logrado hacerlo. Es la primera vez que se hace una oferta pública de valores para un objetivo específico, y no para recaudar deuda pública en general, como haría el Ministerio de Hacienda o el Banco Central. Eso ha sido una experiencia tremenda. Por eso pienso que el fideicomiso se consolidó y seguirá haciéndolo aún más como el vehículo idóneo para llevar a cabo proyectos de infraestructura mediante el Estado.

P. ¿De qué manera puede el *Project Finance* ser una herramienta estratégica para canalizar y optimizar las inversiones estatales, bajo la figura del fideicomiso?

R. El *Project Finance* es un financiamiento sin recursos para desarrollar un proyecto, y el repago de ese financiamiento depende de que el proyecto haya funcionado. Es sin ninguna garantías. Depende únicamente de los flujos que genere el proyecto. En este tipo de contratos de financiamiento existen ciertas cláusulas, y una de las principales, es la cláusula *step-in right*. Esta cláusula es inherente a las disposiciones del financiamiento de *Project Finance*. Esta le permite al banco que financia asumir la concesión, en caso de que haya un *default*

en el financiamiento. O sea, si tu no me pagas, yo puedo operar el peaje y cobrarme el peaje yo. Y frente al Estado, esa cláusula de *step-in right*, se contempla en el contrato con el Estado, porque el Estado autoriza que haya ese *step-in right*, si hay un evento de incumplimiento. Pero también el mismo Estado se reserva un *step-in right*, cuando el contratista falla en ejecutar el contrato adecuadamente porque al final es un objetivo social.

Por ejemplo, imaginemos una cárcel que se haga a través de una APP, y de repente tú no me estas dando el servicio, y la cárcel está cerrada. Yo necesito operar esa cárcel aunque después tu la sigas operando pero ahora mismo yo necesito atender a los presos que están ahí. Entonces, ese derecho de *step-in* es imposible ejecutarlo en República Dominicana, si no hay un fideicomiso administrando los activos. Hablando en términos prácticos, ¿cómo tu manejas las cuentas donde se reciben los recaudos? las cuentas bancarias son de las empresas. Si tienes en la construcción de una carretera, contratistas, esos contratos están firmados con las empresas que ganó la licitación, pero si tu tienes un fideicomiso que es titular de todos los contratos y de todos los recursos, ejecutar el derecho de *step-in* es tan sencillo como cambiar quienes firman en la cuenta bancaria, cambiar el fideicomitente, cambiar el fideicomisario, que no es lo mismo que empezar a designar administradores judiciales en las compañías, etc. Es muy complicado hacerlo de la otra manera.

P. Existen otras herramientas de inversión, como las sociedades comerciales, mediante las cuales se podría estructurar una APP y un *Project Finance* para la obtención de financiamiento, entonces ¿por qué no hacer esta estructura de financiamiento bajo una de esas modalidades, en lugar de utilizar un fideicomiso? ¿Qué hace al fideicomiso tan especial?

R. Aunque haya un fideicomiso, se incorpora un SPV que es una compañía específica para el proyecto que estamos desarrollando. Esto es parte de las buenas prácticas y hay muchas razones legales por la cual eso conviene, y muchas tienen que ver con la separación del riesgo, y también con la capitalización de esa compañía. Cuando creas la entidad que va a ser la concesionaria de la obra, tienes esa compañía como contratista y fideicomitente del fideicomiso, llevando a cabo todas las labores operativas de prestar el servicio al público, ya sea, una cárcel, hospital, un peaje, etc., es una función administrativa que la tiene que tener un SPV. Pero, luego tienes un fideicomiso que es titular de todos los contratos materiales con los contratistas y que recibe todos los flujos que provienen de la operación de la APP. Ese fideicomiso se encarga antes de repartir beneficios al SPV, de pagar al banco el servicio de la deuda, e incluso al mismo Estado si este se reserva un derecho de recibir algún beneficio durante la concesión. O sea, que una no es necesariamente excluyente de la otra. Tú puedes tener un SPV, y aparte de eso, tener un fideicomiso como “caja fuerte de la operación”. También, puedes tener el SPV sin tener el fideicomiso, pero vas a tener los riesgos que hemos conversado. El fideicomiso es especial por la transferencia de los riesgos.

P. ¿Por qué el fideicomiso es el vehículo de inversión ideal para resolver los problemas que se presentan en el manejo de proyectos públicos entre el Estado y el agente privado?

R. Es muy sencillo. Lo pondré de esta manera. Tu tienes el fideicomiso RD Vial, y ese fideicomiso tiene obras determinadas con un presupuesto específico. El fiduciario cuando hace un pago a un contratista, tal vez no se encarga de los temas técnicos, de ingeniería, de que si la carretera está bien hecha o no. Pero, se encarga de que no se le pague a un

contratista más de lo pactado en el presupuesto de ejecución, y también se encargará de que ese contrato no se modifique veinte veces aumentando el presupuesto. También, imagínate el Ministro de Obras Públicas mañana nos pida remodelar los pisos de Obras Públicas, y quiero poner pisos de mármol en todo el edificio. Eso cuesta RD\$500MM. La respuesta de la fiduciaria será que no, porque aunque esos recursos que hay en el fideicomiso son públicos y vienen de los peajes, el objetivo del fideicomiso no es ese. El objetivo del fideicomiso es expandir la red vial de la República Dominicana. Entonces sirve como un freno y como un mecanismo de vigilancia y transparencia en la ejecución de obras públicas, y en el suministro de servicios públicos.

P. ¿Cómo el fideicomiso posibilita un gobierno eficiente de los activos fideicomitidos y de las operaciones que involucran dichos activos?

R. El hecho de que sea un fideicomiso público, no quita el hecho de que siga siendo un fideicomiso y las fiduciarias son empresas que trabajan a un ritmo muy distinto al que trabaja el Estado. Las fiduciarias son entidades más eficientes normalmente. Entonces, cuando tomas un proyecto público y lo pones en manos de un privado, como una fiduciaria, puedes estar seguro de que el uso de los fondos, la velocidad en los desembolsos, la capacidad de asegurar y garantizar financiamientos bancarios, hacer oferta pública de valores, todo eso, se te eleva a la quinta potencia. Ya que tienes a un tercero que está administrando todo que hace que el patrimonio sea separado del Estado, inembargable, excepto por compromisos que el mismo fideicomiso asuma, y eso hace que sea un vehículo idóneo, sobre todo, desde el punto de vista financiero.

P. ¿Cómo a través del fideicomiso se pueden remediar situaciones como: la información asimétrica, el hecho del príncipe, el *hold-up problem*, y los riesgos de imprevisión que afectan a los proyectos públicos?

R. Al fin y al cabo es un tema de transparencia. En un fideicomiso hay regímenes de rendiciones de cuentas, entrega de información, de declaraciones contables. El Estado no tiene una contabilidad, no se gobierna bajo un NIIF [Normas Internacionales de Información Financiera] y un fideicomiso tiene que tener una contabilidad organizada, estados financieros auditados, etc., eso da una visibilidad total de todas las operaciones del fideicomiso. Y en gran medida elimina la posibilidad de los riesgos mencionados.

P. Una crítica que le hago a la nueva Ley de APP, es que limita la creación de fideicomisos de APP a solo cuando haya transferencias firmes de bienes del Estado, ¿por qué? porque entiendo que todos los proyectos que se implementen en virtud de esa ley deben ser a través de fideicomisos, por todas las ventajas que esta figura presenta.

R. Estamos cien por ciento de acuerdo contigo, sobre todo, cuando tienes una empresa que tiene distintos proyectos en distintos países, por ejemplo, y es concesionario del Estado, el riesgo de un proyecto se mezcla con el del otro. Y eso afecta significativamente la capacidad de cumplimiento tanto del servicio de deuda que tenga el privado, como el cumplimiento frente al Estado, porque estas mezclando todos los huevos. Pero en el fideicomiso, tienes una separación de riesgos, separación de patrimonios, y tienes un tercero administrando la APP. Y lo más importante que te puedo decir sobre la razón por la cual conviene siempre un fideicomiso es que no hay ninguna APP sin financiamiento.

Es imposible porque son proyectos tan grandes que se necesita un financiamiento siempre. Ese financiamiento normalmente es sin recursos, sin ninguna garantías. Depende únicamente de los flujos.

P. ¿Cuáles son las posibles soluciones aplicables a los desafíos en el caso de la República Dominicana?

R. Si los desafíos que tenemos nosotros por ser un país en vía de desarrollo, son en su totalidad desafíos de largo plazo. Aquí la educación no se resuelve de un día para otro, se resuelve haciendo una política que dure un tiempo y que se empiecen a ver los resultados en veinte años. Lo mismo pasa con la agricultura, con el turismo, con la generación de energías, todos son proyectos de infraestructuras altamente costosos, y de un retorno altísimo, pero de largo plazo. Si el Estado crea, diseña políticas de manera integral, que no sean parche sino que sean de proyectos de principio a fin, y lleva a cabo la ejecución, mantenimiento, operación de esos proyectos ya sea a través de fideicomisos públicos o fideicomisos de APP, va a permitir que el financiamiento de esos proyectos sean más eficientes, menos costosos para el Estado y mucho más seguro para quien financia. Va a permitir que las políticas diseñadas hoy, no se desbaraten mañana porque hay un cambio de gobierno, sino que se sigan implementando.

Visualizador de documentos

 Modo:
[Excluir citas](#) [Excluir bibliografía](#) [Excluir fuentes pequeñas](#) [Excluir coincidencias pequeñas](#)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA MADRE Y MAESTRA RECINTO SANTO TOMÁS DE AQUINO

124

Vicerrectoría de Post grados y Maestrías Facultad de

Ciencias Sociales y Administrativas Maestría en Derecho de los Negocios Corporativos

145

Tema: El fideicomiso como herramienta legal y estratégica para el financiamiento de proyectos en la República Dominicana Presentado por: María Altagracia Aponte Cedeño 2018-5658 Memoria Final Asesor Metodológico: Miguel Ángel Díaz Villalona Asesor Contenido: Dr. Enmanuel Cedeño-Brea

Santo Domingo, D. N., República Dominicana 13 de julio

233

de 2020

Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra Decanato de Postgrado CSTA Centro de Desarrollo

7

Profesoral Maestría en

Derecho de los Negocios Corporativos El fideicomiso como herramienta legal y estratégica para el financiamiento de proyectos en la

República Dominicana "Yo, María Altagracia Aponte Cedeño, **a través del presente documento,**

7

 1 391 words / 1% - Internet de 12-oct.-2018 12:00a. m.
eprints.ucm.es

 2 240 words / 1% - Internet de 29-mar.-2020 12:00a. m.
imgcdn.larepublica.co

 3 213 words / 1% - Internet de 11-ago.-2012 12:00a. m.
www.dgii.gov.do

 4 204 words / 1% - Internet de 24-jun.-2019 12:00a. m.
repository.eafit.edu.co

 5 203 words / 1% - Internet de 06-sept.-2015 12:00a. m.
www.journals.unam.mx

 6 198 words / < 1% coincidencia - Internet de 27-jun.-2014 12:00a. m.
segib.org

 7 185 words / < 1% coincidencia - Internet de 26-sept.-2019 12:00a. m.
investigare.pucmm.edu.do

 8 176 words / < 1% coincidencia - Internet de 02-nov.-2015 12:00a. m.
www.cca.org.mx

 9 173 words / < 1% coincidencia - Internet de 08-dic.-2019 12:00a. m.
acento.com.do

 10 162 words / < 1% coincidencia - Internet de 11-feb.-2019 12:00a. m.
monografiadigital.com




Completion Date 05-Jul-2020
Expiration Date 05-Jul-2022
Record ID 37267540

This is to certify that:

María Aponte

Has completed the following CITI Program course:

Human Subject Research Spanish (Curriculum Group)
Ética en la Investigación (Course Learner Group)
1 - Basic Course (Stage)

Not valid for renewal of certification through CME. Do not use for TransCelerate mutual recognition (see Completion Report).

Under requirements set by:

Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (Santo Domingo- República Dominicana)



Verify at www.citiprogram.org/verify/?w65aa5035-e90d-4924-93b5-83441a862142-37267540



Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra
Vicerrectoría Académica
Decanato de Postgrado CSTA
Maestría en Derecho de los Negocios Corporativos

Formulario de Cesión Derechos de Autor al Repositorio Institucional Investigare

Este documento establece los derechos que usted otorga relacionados a la publicación de su trabajo académico, mediante su inclusión en el *repositorio del sistema de biblioteca de esta institución (PUCMM)*. No habrá ningún pago para usted por esta publicación y por el otorgamiento de los derechos de esta.

Usted confirma que:

Este trabajo académico es original propio que no infringe los derechos de autor de otros; en caso de no ser un trabajo completamente original, declara que tiene los permisos necesarios por escrito de este otorgamiento por parte de demás autores.

El contenido de este trabajo académico no contiene ningún material que sea difamatorio, viole los derechos de privacidad, o revele la información confidencial.

10/10/2020

Este trabajo académico no se ha publicado en parte o en su totalidad, y usted no publicara este trabajo académico en ningún otro lugar sin el consentimiento del repositorio institucional.

Este trabajo académico se ha conducido respetando los principios éticos establecidos por la institución.

Usted otorga los derechos de autor de este trabajo académico al repositorio institucional (PUCMM), a nivel mundial, de manera perpetua y sin pagos; y en la medida requerida por los términos de este acuerdo. Conservará en todo momento el derecho a ser reconocido como el autor del trabajo académico. Además, acepta que el repositorio de la PUCMM tiene el derecho de tratar este trabajo académico como se considere oportuno (por ejemplo, derecho a imprimir, publicar, comercializar, comunicar y distribuir en todos los medios, editar la forma del trabajo, registrar los derechos de autor, cumplir con la política editorial establecida por el repositorio, entre otros).

He leído, entiendo y acepto los términos anteriores.

Nombre del Programa: *Maestría en Derecho de los Negocios Corporativos.*

Título del Trabajo: *El fideicomiso como herramienta legal y estratégica para el financiamiento de proyectos en la República Dominicana.*

Nombres y Apellidos: *María Altagracia Aponte Cedeño*

Matrícula: *2018-5658*

Cédula de Identidad y Electoral: *402-2056367-6*

Fecha: *13 de julio de 2020*

Firma  _____