

**XVI SESION ORDINARIA DE LA ASAMBLEA GENERAL**  
**DE LA**  
**ORGANIZACIÓN LATINOAMERICANA Y DEL CARIBE**  
**DE**  
**ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES**

**TEMA I**

**FIDEICOMISOS, FONDOS Y MANDATOS:**  
**RENDICIÓN DE CUENTAS Y FISCALIZACIÓN**

Quito, noviembre de 2006

**TRIBUNAL DE CUENTAS**  
**DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY**

**COLABORACIÓN NACIONAL**

**FIDEICOMISO PÚBLICO**

**EN EL RÉGIMEN JURÍDICO URUGUAYO**

## I) Introducción

La irrupción del fideicomiso en el ordenamiento jurídico uruguayo es de reciente data. Su implementación nace a partir de la sanción de la ley N° 17.703 de 27 de octubre de 2003, que consagró el instituto preferentemente para el sector privado, complementando su regulación con los decretos reglamentarios N° 516/03 y 46/04 y circulares del Banco Central del Uruguay.

Sin embargo, la inclusión del denominado “fideicomiso municipal” y la referencia a algunos organismos estatales (tales como los Bancos de la República Oriental del Uruguay e Hipotecario del Uruguay), planteó la interrogante respecto a la aplicación del instrumento en el Derecho Público.

Asimismo su aplicación concreta por algunos organismos del Estado condujo al Tribunal de Cuentas de Uruguay a considerar las repercusiones de su puesta en funcionamiento en el ámbito financiero patrimonial estatal.

## II) Régimen del fideicomiso en el Derecho uruguayo

El estudio del fideicomiso público exige delinear, en forma breve, los aspectos generales de esta figura en la República Oriental del Uruguay.

### 1) Concepto de fideicomiso

La nueva ley N° 17.703 define el instituto como *“el negocio jurídico por medio del cual se constituye la propiedad fiduciaria de un conjunto de derechos de propiedad u otros derechos reales o personales que son transmitidos por el fideicomitente al fiduciario para que los administre o ejerza de conformidad con las instrucciones contenidas en el fideicomiso, en beneficio de una persona (beneficiario), que es designado en el mismo, y la restituya al cumplimiento del plazo o condición al fideicomitente o la trasmite al beneficiario”*(artículo 1).

Según este concepto jurídico, el fideicomiso es considerado:

a) **Negocio jurídico**, o sea, una declaración de voluntad dirigida a un fin conforme a la ley, para producir efectos jurídicos. Abarca todas las modalidades de negocios

jurídicos, tanto actos entre vivos como para después de la muerte, bilaterales como el contrato o unilaterales como el testamento.

b) **partes intervinientes**: se reconocen principalmente dos: el **fideicomitente (o fiduciante)** y el **fiduciario**, sin perjuicio de una tercera persona que en principio, no integra la relación jurídica: **el beneficiario**.

c) **transferencia o el efecto real del derecho de propiedad o derechos personales u otros derechos reales**: el patrimonio fiduciario nace con la transferencia, que en el ordenamiento jurídico requiere el modo o la **tradición**; se trata, no obstante, de transferencia temporal (no más de 30 años), resoluble e imperfecta.

d) **función principal**: recae sobre la actividad del fiduciario, la que se circunscribe a administrar o ejercer, siguiendo las instrucciones acordadas con el fiduciante (las que orientan su actividad), en beneficio de una persona.

e) **la propiedad fiduciaria**: se denomina tal la titularidad de los derechos transmitidos en cumplimiento de un fideicomiso. Como elemento novedoso el instituto rompe el principio de unicidad del patrimonio; a partir del fideicomiso los fiduciarios podrán tener un patrimonio propio y tantos patrimonios fiduciarios administren. Estos últimos, sin embargo, quedan afectados al cumplimiento del fin determinado por el fideicomitente: “mandato o encargo fiduciario”, o sea, las instrucciones que el fideicomitente le da al fiduciario y que éste debe cumplir. La propiedad fiduciaria constituye, en definitiva, un patrimonio de afectación.

## 2) Clasificación

Dentro de la legislación vigente se reconocen diversas posibilidades de clasificación del instituto:

l) según su fuente, se encuentra el fideicomiso<sup>1</sup>:

---

<sup>1</sup> Artículo 2º. (Constitución).- El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento.

El fideicomiso por acto entre vivos es un contrato innominado que deberá otorgarse por escrito so pena de nulidad, cualquiera sea el objeto sobre el que recaiga, requiriéndose la escritura pública en los casos en que dicha solemnidad es exigida por la ley. La publicidad frente a terceros se regirá por lo dispuesto en la ley de Registros Públicos.

El fideicomiso por acto entre vivos es título hábil para producir la transferencia de la propiedad o de la titularidad de los derechos reales o personales que constituyen su objeto.

El fideicomiso testamentario podrá constituirse por testamento abierto o cerrado. En el certificado sucesorio se hará constar la constitución de la propiedad fiduciaria, debiendo inscribirse en los casos que así lo disponga la ley de Registros Públicos.

- A) por acto entre vivos, siendo el contrato título hábil para transferir el dominio, pudiendo a su vez celebrarlo en forma bilateral o unilateral
  - B) mortis causa – por testamento, que legitima el reclamo a los herederos de los bienes cometidos y la adquisición directa de aquellos bienes de naturaleza cierta.
- II) según sea un negocio bilateral o no:
- A) bilateral – contrato
  - B) unilateral y entre éstos se identifica
    - a. por testamento, legitima el reclamo a los herederos de los bienes cometidos y la adquisición directa de los bienes ciertos.
    - b. fideicomiso financiero unilateral sobre la base de una oferta pública de valores.<sup>2</sup>
- III) según la naturaleza de las personas intervinientes:
- A) público
  - B) privado
- IV) según el fin perseguido:
- A) de administración, con el fin de que los activos transferidos sean administrados.
  - B) de inversión, en el que el fideicomitente transfiere bienes para que el fiduciario los invierta y luego entregue los beneficios a quien corresponda.
  - C) de garantía, el fideicomitente transfiere un bien o un derecho en garantía de cumplimiento de una obligación propia o de un tercero con el fiduciario o un tercero. .
- V) según la documentación de los derechos de los beneficiarios, o sea, en función de la documentación de los derechos de los beneficiarios:
- A) común

---

El fideicomiso testamentario confiere al fiduciario derecho personal a reclamar de los herederos la entrega de los bienes y derechos que constituyan su objeto, excepto en caso de recaer sobre una especie cierta. En tal caso, el fiduciario adquiere la propiedad de la misma desde la muerte del causante, conforme a los artículos 937 y 938 del Código Civil. El fiduciario heredero sucede conforme a los principios generales.

<sup>2</sup> Artículo 25. (Concepto).- .....El fideicomiso financiero podrá constituirse por acto unilateral, en el cual coincidan las personas del fideicomitente y del fiduciario, cuando se solicite autorización para ofrecer públicamente (artículo 28 de ley N° 17.703) los certificados de participación, los títulos representativos de deudas o los títulos mixtos a los que refiere el inciso precedente.

B) financiero, donde se habla de los certificados de participación, representativos de deuda y títulos mixtos.

### 3) Sujetos intervinientes

La ley reconoce los siguientes sujetos:

A) el **fideicomitente**. Como propietario original de los bienes que van a ser transmitidos al fiduciario, constituye el fideicomiso y transmite los bienes.

B) el **fiduciario**. En principio cualquier persona puede ser fiduciario salvo el “fiduciario profesional”, quien ejerce estos encargos de forma profesional y habitual, debiendo inscribirse en el registro que lleva el Banco Central del Uruguay (en adelante, BCU). En los fideicomisos financieros la calidad recae exclusivamente sobre las instituciones de intermediación financiera, las administradoras de fondos de inversión y las sociedades fiduciarias autorizadas por el BCU<sup>3</sup>.

C) El **beneficiario**. No es parte del contrato ni propietario de los bienes fideicometidos; sólo recibe los beneficios que emanan del negocio. Pueden designarse varios beneficiarios, incluso rotativos, indeterminados y aún no nacidos, debiendo surgir en este caso los elementos de su determinación.

Conforme la ley puede sostenerse:

a. No puede coincidir la calidad de fideicomitente y fiduciario salvo en el fideicomiso financiero de naturaleza unilateral, donde el fideicomitente crea un patrimonio que sigue manejando en su beneficio o en el de un tercero.

b. No puede coincidir la calidad de fiduciario y beneficiario salvo en el fideicomiso en garantía, si el fiduciario es una institución de intermediación financiera.

c. Puede coincidir la calidad de fideicomitente y beneficiario o fideicomisario.

---

<sup>3</sup> Artículo 26. (Fiduciarios).- Solamente podrán ser fiduciarios en un fideicomiso financiero las entidades de intermediación financiera o las sociedades administradoras de fondos de inversión. De acuerdo con los fideicomisos de que se trate y las modalidades de sociedades fiduciarias, la reglamentación podrá autorizar a estas últimas a actuar como fiduciarios en fideicomisos financieros. A los efectos de la presente disposición, no regirá la limitación del objeto de las sociedades administradoras de fondos de inversión dispuesta por la Ley N° 16.774, de 27 de setiembre de 1996. Las instituciones de intermediación financiera regidas por el Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982, y sus modificativas, el Banco de la República Oriental del Uruguay y el Banco Hipotecario del Uruguay, podrán constituir o integrar, como accionistas, sociedades fiduciarias de acuerdo con el régimen de la presente ley.

d. Nunca puede coincidir la calidad de fiduciario y fideicomisario ya que el fiduciario no puede ser destinatario final de los bienes.

#### **4) Régimen de registración**

La legislación vigente determina que la publicidad frente a terceros sigue los lineamientos fijados por la ley registral en lo pertinente. Asimismo, el conjunto de bienes y derechos fideicomitados deberá individualizarse en el instrumento que los determine, el que deberá ser inscripto en la Dirección General de Registros del Ministerio de Educación y Cultura (artículos 2 y 6 de la ley N° 17.703).

La inscripción del fideicomiso lo hará oponible a terceros conforme a los principios generales. En consecuencia, los actos y contratos celebrados por el fiduciario en infracción de las restricciones dispuestas o excediendo sus facultades, serán inoponibles en perjuicio del fideicomitente y del beneficiario. Tratándose de fideicomisos no inscriptos, las restricciones a las facultades del fiduciario no serán oponibles a terceros, salvo que los actos realizados por éste sean notoriamente extraños a la finalidad del fideicomiso o que el tercero tenga conocimiento de la infracción.

Corresponde al BCU llevar el registro de los fiduciarios profesionales, sean personas físicas o jurídicas. La información registrada en él será de libre acceso para cualquier interesado. Los fiduciarios inscriptos deberán actualizar la información proporcionada al registro con determinada periodicidad, así como inmediatamente de producida cualquier modificación en la información registrada. Los fiduciarios inscriptos serán responsables de la información original y las actualizaciones proporcionadas.

### **III) Régimen del fideicomiso público en el Derecho uruguayo**

#### **1) Concepto de fideicomiso público**

Si bien se ha entendido por fideicomiso público el negocio que involucra a los entes públicos, este criterio de diferenciación debe ser complementado: no sólo es

el efectuado por personas jurídicas estatales sino que además recae sobre bienes públicos que conformarán el patrimonio fiduciario y responde a un interés público que puede estar comprometido.

La doctrina nacional presenta una referencia breve a esta subespecie. Se ha sostenido que es aquel en el que “el Estado es fiduciante, beneficiario o detenta ambas calidades conjuntamente”<sup>4</sup>. Por su parte, otros autores entienden que es una modalidad del fideicomiso por medio del cual el Estado asume la calidad de fideicomitente y en virtud de ella trasmite bienes de su dominio o afecta fondos públicos, a favor de un fiduciario para la realización de un fin que involucra el interés común<sup>5</sup>. Por último se considera que es el *contrato por el cual la Administración en su carácter de fideicomitente (es decir, propietario de bienes del dominio público o privado del Estado) trasmite la propiedad de esos bienes, previa habilitación legal para hacerlo, a un fiduciario para la realización de una actividad lícita y de interés público.*

Las definiciones apuntadas, en términos generales, presentan coincidencias:

- a) todas apuntan a ubicar al Estado en la posición de fideicomitente; alguna entiende que podría ser beneficiario también. Sin embargo, ninguna le atribuye, en principio, la calidad de fiduciario.
- b) evidentemente, al asumir la calidad de fideicomitente, las personas públicas estatales transmiten bienes o afectan fondos estatales.
- c) la finalidad perseguida coincide con los fines estatales generales, satisfacer un interés común o público.

## **2) El Estado, los organismos públicos y el fideicomiso**

La interrogante fundamental consistió en determinar si las personas públicas estatales podían intervenir en un fideicomiso y en caso afirmativo, si requerían una autorización expresa para ello. Evidentemente la consagración del fideicomiso

---

<sup>4</sup> Porcaro Daniel y Malumian Nicolás, Fideicomiso en Uruguay. Análisis del Proyecto de Ley, Pricewaterhousecoopers, pag 53.

<sup>5</sup> Machado Giachero Jorge Julio, Análisis conceptual del fideicomiso uruguayo, AEU, 2004, pag. 89.

municipal<sup>6</sup> implicó una autorización legal para las Intendencias Municipales. No obstante, la solución podría no ser tan explícita para otros organismos estatales.

Si bien la doctrina uruguaya se presentó dividida al respecto, siendo las personas jurídicas públicas y sus órganos capaces plenamente – capacidad reconocida constitucional y legalmente – y como tales titulares de derechos y obligaciones, en términos generales **no habría limitación o prohibición alguna para que el instituto del fideicomiso no pudiera representar una solución válida para una buena administración de los órganos estatales.**

Distinta naturaleza tiene la autorización concedida a los Bancos de la República Oriental del Uruguay e Hipotecario del Uruguay para constituir o integrar sociedades fiduciarias de fideicomisos financieros (artículo 26 ley N° 17.703). Al respecto dichas entidades financieras estatales se convierten en accionistas de una sociedad fiduciaria, cuya regulación se encuentra bajo un régimen de Derecho Privado. Como la adopción de esta calidad escapa a las competencias propias asignadas a estas personas jurídicas públicas, requieren de una disposición legal que las habilite para ello, como ha sucedido en situaciones similares de asociación con otras personas jurídicas privadas.

### 3) Los entes públicos como partes intervinientes

En cuanto a la posición que pueden ocupar los organismos públicos en este negocio, la legislación admite expresamente la calidad de las Intendencias Municipales como fideicomitentes (artículo 3 citado).

Con relación al fiduciario, legalmente la designación puede recaer sobre cualquier persona física o jurídica, acotando a las entidades de intermediación financiera y los fiduciarios profesionales la actuación como fiduciarios en forma habitual y profesional<sup>7</sup>. En lo que respecta al fideicomiso financiero se ha

---

<sup>6</sup> Artículo 3°. (Habilitación de inversiones).- Cuando el fideicomiso tenga por fin la realización de una obra pública municipal, las Intendencias Municipales podrán constituirlo mediante la cesión de derechos de créditos de tributos departamentales, dándose cuenta a la Junta Departamental. ...

<sup>7</sup> “Artículo 11. (Requisitos del Fiduciario).- Podrá ser fiduciario cualquier persona física o jurídica. La persona física deberá tener la capacidad legal exigida para ejercer el comercio. Sin perjuicio de los requisitos establecidos para los fiduciarios de los fideicomisos financieros en el Capítulo IV de la presente ley, las entidades de intermediación financiera y los fiduciarios profesionales sólo podrán actuar como fiduciarios en forma habitual y profesional.”

autorizado a los Bancos de la República Oriental del Uruguay e Hipotecario del Uruguay a constituir o integrar, como accionistas, sociedades fiduciarias.

En cuanto al beneficiario sólo se establece que su designación, sea persona física o jurídica, deberá fijarse en el acto constitutivo del fideicomiso<sup>8</sup>.

De todo lo expuesto podría desprenderse:

a) **fideicomitente.** No habría obstáculos para que las personas públicas estatales adoptaran esta posición atento a su capacidad, debiendo ajustar su actuación, no obstante, a las especiales exigencias normativas aplicables a las transferencias de bienes públicos.

b) **fiduciario.** Si bien la normativa vigente no limita la calidad de fiduciario para las personas jurídicas - salvo en cuanto al fiduciario profesional y al fiduciario financiero -, aunque actividad inusual, podría sostenerse que las personas jurídicas públicas estarían en condiciones de desarrollar un encargo fiduciario, tal como sucede con algunas otras figuras jurídicas como la donación modal<sup>9</sup>.

c) **beneficiario.** No hay duda alguna que los beneficios obtenidos por la actuación del fiduciario en cumplimiento del encargo que le fuera encomendado por este negocio pueden recaer sobre las personas jurídicas públicas.

#### 4) El Estado y la propiedad fiduciaria

##### A) De la propiedad fiduciaria

Uno de los elementos esenciales del fideicomiso radica en la transmisión de una propiedad fiduciaria que no pertenece al patrimonio del fiduciario sino que conforman un patrimonio separado a fin de constituir un patrimonio de afectación.

---

<sup>8</sup>“Artículo 23. (Beneficiario).- El acto constitutivo del fideicomiso, deberá designar al beneficiario quien podrá ser una persona física o jurídica.

En caso de fideicomiso testamentario rigen los principios del Código Civil ([artículos 1038, 835, 841](#)).

El beneficiario puede ser una persona futura que no exista al tiempo del otorgamiento del fideicomiso contractual, en cuyo caso deberá establecerse con precisión las características que permitan su identificación futura. El fideicomiso contractual quedará en tal caso, sujeto a la condición suspensiva de existencia de la persona beneficiaria y quedará sin efecto de no verificarse la misma dentro del plazo del año a partir del otorgamiento”.

<sup>9</sup> Artículo 39 Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF).- “Las donaciones, de acuerdo con su monto, deberán ser aceptadas por el ordenador competente. El mismo deberá verificar la posibilidad y legalidad de las condiciones o modos que eventualmente se impongan en la donación, además de la conveniencia con respecto a los intereses del Estado.

Exceptúanse las pequeñas donaciones de objetos o elementos cuyo precio no exceda el límite de las contrataciones directas, las que podrán ser aceptadas por la autoridad de la oficina o servicio respectivo...”.

La ley N° 17.703 define la propiedad fiduciaria como *“el conjunto de derechos de propiedad u otros derechos reales o personales, transmitidos al fiduciario en cumplimiento del fideicomiso”* (artículo 6). De ella se extrae que no hay limitación a la clase de bienes a transferir; puede estar compuesta de cualquier tipo de bienes, cualquiera sea su naturaleza, incluso sobre derechos futuros, sobre todo o parte de un patrimonio y sobre universalidades de bienes.

#### **B) De la propiedad fiduciaria y las personas jurídicas públicas**

En cuanto a la transmisión de la propiedad fiduciaria y la correspondiente conformación del patrimonio fiduciario en un ámbito estatal y considerando que, en definitiva, la transferencia recae sobre bienes de propiedad del Estado, la propiedad fiduciaria podría definirse como el conjunto de derechos de propiedad u otros derechos reales o personales, de naturaleza pública, transmitidos al fiduciario en cumplimiento del fideicomiso.

La ley N° 17.703, en su escasa referencia al fideicomiso público, reconoce la propiedad fiduciaria integrada por derechos de crédito de tributos departamentales.

#### **C) Patrimonio estatal y patrimonio fiduciario**

El rasgo más controvertido en el fideicomiso público radica en la transmisión o transferencia de los derechos de propiedad o derechos reales o personales al fiduciario a fin de conformar la propiedad fiduciaria.

La legislación vigente presenta un régimen relativamente estricto para la regulación del patrimonio estatal. El patrimonio del Estado se integra con el dominio y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles, muebles, semovientes y los derechos personales, discriminados entre bienes del dominio público – afectados al uso público y por ende inalienables y del dominio privado o fiscal, destinados al cumplimiento de cometidos esenciales, servicios públicos o sociales u otras actividades a cargo de la Administración. En función de la distinción toda transferencia de bienes estatales necesariamente debe recaer

---

sobre aquellos de su dominio privado, situación de la que no escapa el fideicomiso. Así también lo entendió el Tribunal de Cuentas cuando definió fondos públicos atendiendo al origen y destino de los mismos y como bienes del Estado “los bienes del dominio fiscal del Estado, cuyas rentas, a su vez, constituyen fondos públicos” (Ordenanza N° 59 de 7 de octubre de 1982).

En general la transmisión de bienes del dominio privado del Estado se rige por leyes especiales<sup>10</sup>. Asimismo el Código Civil uruguayo impone la existencia de una autorización legal para proceder a la enajenación de bienes pertenecientes a entidades públicas.

Al respecto distintas normas de rango legal (ley y decreto departamental), incluyen autorizaciones, genéricas o específicas, en favor de las diversas personas públicas estatales, dirigidas a regular la transferencia de sus bienes y muy especialmente sus bienes inmuebles; el traspaso de los bienes muebles cuenta con su propio régimen jurídico<sup>11</sup>.

De lo expresado se desprende que el sistema de transferencia o aplicación de bienes estatales, cualquiera sea su naturaleza, se nutre de una serie de exigencias constitucionales y legales, incluidos controles, que no pueden dejar de desconocerse aún en este negocio.

#### **4) Fideicomiso público municipal**

Como se expresara anteriormente el artículo 3º de la ley N° 17.703 reconoció el denominado “fideicomiso municipal”, disponiendo *“Cuando el fideicomiso tenga por fin la realización de una obra pública municipal, las Intendencias Municipales*

---

<sup>10</sup> Art. 69 del TOCAF. “Los bienes inmuebles del Estado y los del tesoro cultural de la Nación, no podrán enajenarse ni gravarse en forma alguna, sin la expresa disposición de una ley, o con la autorización de la Junta Departamental. La autorización deberá indicar el destino de su producido”.

<sup>11</sup> Art. 71 del TOCAF. “Los bienes muebles deberán destinarse al uso o consumo para el que fueron adquiridos. Toda transferencia posterior deberá formalizarse mediante el acto administrativo que corresponda, siendo requisito indispensable que la dependencia a la cual se transfiera cuente con crédito presupuestal disponible para ser afectado por el valor de los bienes que reciba. Podrán transferirse sin cargo entre dependencias u organismos del Estado o donarse a entidades de bien público, los bienes muebles que por acción del tiempo u otros eventos quedaren y fueren declarados fuera de uso. Otras donaciones a dependencias u organismos del Estado o a entidades de bien público podrán efectuarse con el límite de la contratación directa....”

*podrán constituirlo mediante la cesión de derechos de créditos de tributos departamentales, dándose cuenta a la Junta Departamental”.*

Al respecto la doctrina nacional ha entendido que la norma habilita la única posibilidad para los Gobiernos Departamentales, de constituir un fideicomiso mediante la cesión de derechos de crédito de tributos municipales; la hipótesis se verifica cuando su finalidad radique en la realización de una obra pública municipal<sup>12</sup>. En el caso deberá darse cuenta al legislativo departamental, sin requerir aprobación o anuencia.

#### **IV) Panorama del fideicomiso público en Uruguay**

Promulgada la legislación sobre fideicomiso, el Estado uruguayo, y en especial algunos entes autónomos del dominio industrial y comercial e instituciones públicas de intermediación financiera, recurrieron a este negocio como una fórmula de administración de sus patrimonios.

Es así que, aplicando el artículo 26 de la ley N° 17.703, el Banco de la República Oriental del Uruguay (en adelante BROU) integra, como accionista, una sociedad fiduciaria, con el objeto de celebrar un fideicomiso financiero para la recuperación de créditos no vigentes. Independientemente del régimen jurídico de los fiduciarios previsto en la ley citada, dicha fiduciaria – como sociedad comercial - se regula por las disposiciones del Derecho Privado. En este caso el BROU se erige como beneficiario del fideicomiso.

También el Banco Hipotecario del Uruguay (en adelante BHU), en función del artículo 25 inciso 2 del mismo cuerpo normativo<sup>13</sup>, constituyó un fideicomiso financiero unilateral, con el objeto de transferir créditos hipotecarios para que el

---

<sup>12</sup> Cafera Gerardo, “El contrato de fideicomiso. Análisis de la ley uruguaya 17.703”, AEU, 2003, pag. 22, Hernández Maestroni A. – Gutiérrez Prieto G – Foti Faroppa F, “Fideicomiso- Aspectos legales, tributarios y contables”, pag. 88.

<sup>13</sup> Artículo 25..... “El fideicomiso financiero podrá constituirse por acto unilateral, en el cual coincidan las personas del fideicomitente y del fiduciario, cuando se solicite autorización para ofrecer públicamente (artículo 28 de la presente ley) los certificados de participación, los títulos representativos de deudas o los títulos mixtos a los que refiere el inciso precedente”.

fiduciario los gestione y emita valores mobiliarios (certificados de participación en el dominio fiduciario) a ser colocados por oferta pública.

Por su parte los fideicomitentes el Estado, a través del Ministerio de Economía y Finanzas, y el Banco Central del Uruguay constituyeron un fideicomiso financiero con una sociedad comercial fiduciaria para la securitización, gestión y recuperación de una cartera de créditos.

La empresa pública Administración Nacional de Usinas y Trasmisiones Eléctricas (en adelante, UTE) también suscribió un negocio de fideicomiso financiero con una sociedad comercial fiduciaria, con el objetivo de obtener financiamiento de proyectos modulares pequeños, a través de instrumentos de deuda.

En lo que respecta al fideicomiso municipal sólo una de las diecinueve Intendencias ha recogido el instituto. En ese sentido se constituyó un fideicomiso de administración y garantía, donde el gobierno municipal adoptaba la calidad de fideicomitente y beneficiario y como fiduciario actuaba una sociedad comercial, para la recuperación de créditos municipales y posterior pago de deudas de la Intendencia con un tercero acreedor. Por otro lado, se suscribió un negocio fiduciario de obra con una persona jurídica privada, con el objetivo de realizar obras en el departamento respectivo. Todas las actuaciones fueron revocadas por la propia Administración por razones de ilegalidad.

El Estado también ha asumido la calidad de fiduciario, previa autorización legal, en hipótesis de administración de bienes pertenecientes a terceras personas. A vía de ejemplo, la Intendencia Municipal de Montevideo actúa como fiduciario, administrando el Fondo de Transporte Colectivo Urbano de Montevideo con destino a cancelar pasivos financieros de las empresas de transporte de pasajeros.

Por último, el proyecto de ley de Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal correspondiente al año 2005, a estudio del Parlamento, contiene una previsión por la que dispone que el Banco Hipotecario del Uruguay transfiera a uno o más fideicomisos o fondos de inversión, activos tales como créditos hipotecarios, inmuebles, derechos de crédito y derechos de promitente vendedor,

cuyo beneficiario fuere el Ministerio de Economía y Finanzas, para aplicar los beneficios obtenidos a la la implementación de la reestructura de esa institución bancaria. Los activos se tomarán por su valor contable neto de provisiones, según normativa bancocentralista vigente. En virtud de ello, el Poder Ejecutivo recibirá certificados de participación, títulos representativos de deudas o títulos mixtos de dichos fideicomisos o fondos de inversión.

## V) EL TRIBUNAL DE CUENTAS Y EL FIDEICOMISO PÚBLICO

### 1) Competencia del Tribunal de Cuentas

El Tribunal de Cuentas, en el marco del sistema uruguayo republicano democrático representativo de gobierno, está ubicado institucionalmente en un lugar de máxima jerarquía.

En tanto órgano técnico, tiene una órbita de acción claramente definida por la Constitución nacional: **controlar la juridicidad de toda la actividad financiera del Estado** (artículos 211 y 228 Constitución). Su competencia se extiende:

- a) en lo que respecta a la materia, sobre todo hecho, acto u operación realizada por el Estado que produzca transformaciones en la Hacienda Pública.
- b) con relación a los sujetos comprendidos, a la Administración Central, a las administraciones descentralizadas territorialmente (municipios) o por servicios (empresas estatales organizadas como entes autónomos y servicios descentralizados) y a las entidades públicas no estatales o personas privadas que manejan fondos públicos o administran bienes del Estado.

Dentro de sus cometidos la Constitución le ha asignado la intervención preventiva de gastos y pagos efectuados por el Estado, a los efectos de certificar su legalidad, pudiendo efectuar las observaciones que estime pertinente (artículo 211 literal b).

Por otra parte, tiene a su cargo la revisión de los estados contables y los balances de ejecución presupuestaria de todas las instituciones estatales o privadas que usen fondos provenientes de los recursos públicos o que administren

bienes del Estado, presentando a la Asamblea General la memoria anual relativa a dicho examen (artículo 211 literales c y d Constitución).

Las personas u organismos privados que manejan fondos públicos o administran bienes del Estado deben presentar al Tribunal de Cuentas sus estados contables y rendirle cuenta en la forma que determina la ley; en caso de observación formulada por el Tribunal su resolución se comunicará al Poder Ejecutivo a efectos de la determinación de las responsabilidades que pudieren corresponder (artículo 199 ley N° 16.736 de 5 de enero de 1996 en la redacción dada por el artículo 417 de la ley N° 17.930 de 13 de diciembre de 2005, artículo 100 ley N° 16.134 de 24 de setiembre de 1990 y artículos 138 y 160 TOCAF). No obstante lo expresado, el proyecto de ley de Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal correspondiente al año 2005, a estudio del Parlamento, contiene una previsión que derogaría la redacción de la norma citada, cuyo inciso primero quedaría redactado de la siguiente manera: “Las personas públicas no estatales y los organismos privados que manejan fondos públicos o administran bienes del Estado, presentarán sus estados contables, con dictamen de auditoría externa, ante el Poder Ejecutivo y el Tribunal de Cuentas, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 138 del TOCAF y artículo 100 de la Ley N° 16.134, de 24 de setiembre de 1990. Autorízase al Poder Ejecutivo a exonerar del dictamen de auditoría externa citado precedentemente.”

En lo que respecta a la participación de los entes autónomos y servicios descentralizados del dominio industrial y comercial del Estado en la creación de sociedades comerciales o en su asociación con personas jurídicas públicas o privadas, el Tribunal dispuso someter todo proyecto a su control directo, cualquiera sea el monto del gasto que el ente o servicio deba efectuar (Ordenanza N° 78 de 25 de abril de 2001).

Por último, en lo referente a sociedades comerciales respecto de las cuales un órgano del Estado o cualquier persona pública no estatal, sea tenedor de acciones o sea titular de participaciones, conforme la ley N° 17.555 de 11 de setiembre de 2002, compete al Tribunal de Cuentas controlar que éstas publiquen en forma completa los estados contables auditados – por auditoría externa - en el Diario

Oficial, con referencia especial al porcentaje del capital social que pertenece al respectivo órgano estatal o paraestatal. Si los órganos estatales o paraestatales fueren tenedores de acciones o titulares de participaciones en personas jurídicas constituidas en el extranjero, que no actúen en el país por intermedio de sucursal, filial, agencia, establecimiento o representación permanente, se le ha conferido al Tribunal el dictamen de los estados contables e informes de sindicatura de la persona jurídica del exterior.

## **2) Actuación del Tribunal de Cuentas en los fideicomisos públicos**

Es relativamente incipiente la experiencia del Tribunal de Cuentas en este punto atento a que, como se expresara con anterioridad, el instituto es aún novedoso y el Estado uruguayo ha recurrido a él en pocas oportunidades.

Teniendo presente el marco constitucional de actuación de esta EFS, la intervención del Tribunal con relación a los fideicomisos constituidos puede verse en los siguientes ámbitos:

### **A) Intervención preventiva de gastos**

De todas las hipótesis fiduciarias consideradas por el Tribunal de Cuentas, en términos generales, resulta que:

- a) el Tribunal definió el fideicomiso público como aquél que no sólo es otorgado por personas públicas estatales en beneficio del propio Estado, sino que compromete créditos de los que también es titular el Estado y pasan a integrar el patrimonio fiduciario.
- b) en la mayoría de los casos se ejecutó el negocio sin contar con la intervención preventiva que constitucionalmente le compete, especialmente en lo que respecta a la normativa aplicable a la transferencia de créditos y bienes para constituir la propiedad fiduciaria.
- c) en cuanto a los bienes fideicometidos, en la gran mayoría de los casos la propiedad fiduciaria se ha conformado con créditos públicos, mediante cesión. No se ha dado la hipótesis de transferencia de bienes inmuebles concretos.

En una de las hipótesis contempladas, a fin de identificar los bienes a transmitir, en forma previa se creó una forma de endeudamiento interno mediante la

suscripción de un título valor (vale). Al momento del negocio fiduciario, se endosó el título valor, bien de naturaleza mueble.

d) en algunos contratos la selección del fiduciario quedó a cargo de un tercero ajeno a la Administración; ello no se considera conveniente tratándose de un negocio basado en la confianza: Hubiera correspondido al fideicomitente la elección directamente.

e) en el fideicomiso municipal, que posteriormente quedó sin efecto, se desoyó la normativa que dispuso la finalidad del instituto (realización de una obra pública municipal), constituyéndose el negocio para abonar deudas departamentales contraídas con proveedores.

Asimismo en dicho caso la propiedad fiduciaria se conformó con la totalidad de la recaudación de los créditos provenientes de los principales tributos departamentales, situación que impediría el cumplimiento de los cometidos asignados al gobierno municipal.

f) en el caso concreto de la adquisición por parte de una institución de intermediación financiera estatal, de una sociedad comercial que actúa como fiduciaria y de la cual la compradora mantiene el total del paquete accionario, se incumplió la norma jurídica que dispuso la intervención directa del Tribunal.

g) en la hipótesis del fideicomiso financiero unilateral, el negocio se instrumentó como un contrato bilateral, regulando los derechos y las obligaciones de ambas partes (fideicomitente y fiduciario) cuando la estructuración de aquella figura hace que coincidan ambas calidades en una sola persona.

h) el Tribunal excluyó de su competencia aquellos casos en que un organismo público no participa a nombre propio sino que actúa como administrador de un patrimonio fiduciario integrado con la participación de empresas privadas.

### **B) Auditoría de los fideicomisos públicos**

En el campo de la gestión del Estado y de los cometidos a cargos del Tribunal, se desprende que:

a) las competencias asignadas al Tribunal le impiden ejercer su control sobre las actividades desarrolladas por el fiduciario, o sea, fiscalizar el funcionamiento del fideicomiso en sí, atento a la calidad de “persona privada” de éste.

El ámbito subjetivo de actuación de este órgano de control externo alcanza al Estado como persona jurídica menor (comprensiva de las empresas públicas y gobiernos departamentales) y a aquellas personas públicas no estatales o privadas que manejan o administran bienes estatales. En el caso del fideicomiso, la transferencia en propiedad de los bienes fideicometidos con destino a la conformación del patrimonio fiduciario obsta a considerar que se está ante una persona que “administra”. Al respecto, el ingreso de los bienes estatales al patrimonio del fiduciario hace que éstos pierdan su naturaleza pública, aún cuando no se confundan con las restantes propiedades del fiduciario.

Por ello le es imposible evaluar la actuación del fiduciario con relación al mandato que se le confiriera.

b) no obstante lo expresado la situación no es clara en el caso de los fideicomisos financieros públicos unilaterales, ya que la persona del fideicomitente y del fiduciario se confunden y por ende, se trata de la misma persona jurídica estatal.

Si bien el tema se encuentra a estudio, en principio debería considerarse que aún cuando el efecto de esta hipótesis radica en la constitución de un patrimonio de afectación, donde los bienes fideicometidos se “apartan” de los restantes bienes estatales y adquieren su propio régimen jurídico, es la misma persona jurídica estatal quien cumple el mandato fiduciario. .

c) sin embargo, no es ajeno a sus facultades controlar el negocio fiduciario desde el punto de vista de la ejecución del fideicomiso, especialmente cuando el Estado es el beneficiario, aún cuando coincida con su calidad de fideicomitente.

Según el contenido del negocio acordado, los resultados de la actividad cumplida por el fiduciario pueden volcarse en el Estado; es así que los beneficios obtenidos se reflejan o deben reflejarse en los estados contables del organismo estatal involucrado.

Al respecto, en el caso de los fideicomisos financieros llevados adelante por algunas empresas públicas, en ocasión de la auditoría de sus estados financieros el Tribunal ha controlado dos aspectos: por un lado las obligaciones contraídas por la Administración fideicomitente con relación a cada pago de la deuda contraída con los inversores, derivada de la colocación de los certificados de participación y

por otro, el ingreso de los beneficios económicos obtenidos de la colocación de los certificados de participación en el mercado.

d) por último, las personas jurídicas privadas fiduciarias, de las cuales el Estado es tenedor de acciones, no han cumplido con la exigencia legal de publicar en forma completa los estados contables en el Diario Oficial, con referencia especial al porcentaje del capital social que pertenece al respectivo órgano estatal (ley N° 17.555 de 11 de setiembre de 2002).

## **VI) Conclusiones**

De todo lo expuesto podría extraerse las siguientes conclusiones:

1) dentro de sus competencias, las personas públicas estatales en la República Oriental del Uruguay tienen capacidad plenamente reconocida para llevar adelante todo negocio jurídico y por ende no hay limitación o prohibición alguna para que recurran al instituto del fideicomiso en su calidad de buenos administradores de los fondos públicos.

2) el Estado puede adoptar la posición de fideicomitente y de beneficiario; en cuanto al rol de fiduciario las personas jurídicas públicas – salvo en el caso del fideicomiso financiero unilateral - deberían apreciar la conveniencia que el negocio en sí pudiera reportarles como las condiciones impuestas en el encargo fiduciario atento a los fines estatales que dirigen su actuación.

3) como fideicomitente el Estado debe tener presente que este negocio implica la transferencia de bienes estatales o fondos públicos que salen del patrimonio estatal - donde tienen un destino dispuesto por ley – y pasan al del fiduciario en propiedad.

Por ende la adopción de esta decisión debe fundamentarse en razones de interés general y tener en cuenta el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales - incluidos los controles pertinentes - exigidos para la transferencia de los recursos públicos.

4) la consagración de la propiedad fiduciaria como un patrimonio de afectación separado e independiente del patrimonio del fiduciario contribuye, en principio, a la protección de los bienes públicos fideicomitidos, atento a que los bienes fideicomitidos quedan exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario.

5) en tanto el fiduciario recibe los bienes fideicomitidos en propiedad y que el efectivo traspaso de bienes en el régimen jurídico uruguayo exige la transferencia y el modo, el cambio de titularidad implica la pérdida de la calidad de “estatales” de bienes que conforman la propiedad fiduciaria.

O sea, el fiduciario recibe una propiedad fiduciaria y aún cuando el mandato le otorgue facultades de administración, ya no estará administrando bienes públicos sino su propio patrimonio.

Ello limita el alcance de las facultades de control conferidas al Tribunal de Cuentas sobre las personas privadas fiduciarias.

6) la ausencia de facultades del Tribunal de Cuentas para controlar personas jurídicas privadas, o sea, aquellas no sujetas a las normas del Derecho Público, aún cuando el Estado sea propietario de su paquete accionario, también le impide evaluar el cumplimiento del negocio por el fiduciario.

Este impedimento se agrava en aquellas situaciones en las que, cumplido el plazo de duración del fideicomiso, sin que haya obtenido los resultados esperados, el Estado – como garante – debe tomar a su cargo la diferencia entre el monto estimado al momento del negocio fiduciario y lo recaudado en cumplimiento del encargo.

7) el régimen jurídico uruguayo no prevé la existencia de un registro especial para los fideicomisos públicos, a diferencia de otras legislaciones, sino que el sistema de publicidad se rige por el estatuto registral general.

## **VII) Recomendaciones**

Considerando que aún se trata de un instituto novedoso para el Derecho uruguayo y el reducido número de hipótesis de fideicomiso público existentes, este Tribunal cuenta con escasa experiencia sobre el tema de manera tal que le permita formular recomendaciones que pudieran ser recogidas en el ámbito de la OLACEFS.

No obstante, atento a que el fideicomiso público involucra la transferencia de bienes del Estado, que son extraídos del patrimonio estatal para pasar al área generalmente privada, resultaría conveniente que los órganos estatales tuvieran presente que la adopción de este instituto debería ser orientada por el fin último que enmarca la actuación estatal: la satisfacción de necesidades públicas.

Por ello, frente al fideicomiso público, las Entidades Fiscalizadoras Superiores deberían contar con los marcos jurídicos y los instrumentos técnicos de fiscalización idóneos que les permitan cumplir cabalmente las funciones de control de la Hacienda Pública que la ciudadanía les ha encomendado.