EL FIDEICOMISO DE LA CENTRAL TÉRMICA PUNTA CATALINA DESDE LA ACADEMIA

En el Derecho Romano estableció el fideicomiso como una institución creada en el marco del derecho sucesoral, basado en una relación de confianza entre el fideicomitente (aportante de los activos) y el fideicomisario o fiducia (el administrador de los activos). Normalmente, los contratos entre las partes están normados por las leyes civiles de un país y su incumplimiento se resuelve en los tribunales ordinarios en el marco de la Ley número 189-11 que regula los negocios privados en los que se utilice la figura del fideicomiso en el país.

El *Fideicomiso* fue instituido en República Dominicana mediante la promulgación de la Ley No. 189-11 para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso. Previo a dicha promulgación el país había suscrito y ratificado, provenientes de convenciones y reuniones para impulsar políticas regionales de desarrollo económico, las cuales respaldaban la incorporación del fideicomiso para tales fines. Una de estas fue la Declaración de la Primera Convención de la Federación Interamericana de Abogados celebrada en La Habana, Cuba, en 1941 y la Carta de Punta del Este, Uruguay en agosto 1961. Además, en dos ocasiones se habían presentado proyectos de ley concernientes al fideicomiso, el primero en 1969 y en 1983 el segundo.

Sin embargo, el Contrato de Fideicomiso de la Central Termoeléctrica Punta Catalina (CTPC) propuesto por el gobierno no es compatible con la Ley 189-11, por la naturaleza del fideicomitente (la CDEEE, entidad pública) y la propiedad de los activos públicos que se aportan en el fideicomiso propuesto. Por consiguiente, no se trata de una transacción entre actores privados que es compatible con la Ley 189-11, sino que ahora el gobierno, a través de una entidad pública, es el fideicomitente y el fideicomisario como pertenecen al sector privado.

En este caso, de acuerdo a algunos juristas, y según la Constitución Dominicana, el presidente de la república no puede ceder a terceros la administración de bienes del estado, cuya responsabilidad recae sobre el propio jefe del poder ejecutivo. Para subsanar esta situación, el gobierno propuso la aprobación de una ley de

fideicomiso público; no obstante, esta solución igualmente viola otros artículos de la Constitución (Artículos 128, 138, 141), de manera que esa propuesta de ley tampoco le permite al poder ejecutivo ceder al sector privado los activos de la CTPC sin compromiso financiero ni de ninguna otra naturaleza del sector privado. Esto queda confirmado con la figura del Fideicomitente Adherente que puede aportar capital (sin establecer a cuenta de qué lo aporta) que, sin aporte de capital paralelo del gobierno, la firma que se cree podría ser totalmente privada. Por otro lado, el Comité Técnico a su sola decisión puede endeudarse hasta por el cien por ciento del valor de los activos de la CTPC, sin la intervención del Congreso por tratarse de coletaralización (o comprometiendo) de bienes públicos en una transacción financiera privada.

Los fideicomisos vigentes tienen supuestamente se caracterizan por equilibrar adecuadamente los riesgos financieros y de cualquier otra naturaleza entre el sector privado y el público. No obstante, en el caso que nos ocupa, el gobierno enfrenta los mayores riesgos (pérdidas) en el Contrato de Fideicomiso de CTPC, mientras que el sector privado no tiene riesgo alguno, ni siquiera en la administración de los activos de la CTPC.

SOBRE EL CONTRATO FIDUCIARIO.

Cuando a la declaración de voluntad de un sujeto que pretende alcanzar un determinado efecto jurídico le atribuye el ordenamiento el efecto perseguido, se habla de un "negocio jurídico" y ese negocio se llama "fiduciario" cuando va acompañado de la confianza (fiducia) en que el destinatario a tal efecto jurídico habrá de servir al mismo para satisfacer el fin perseguido por el declarante. El negocio se dice, entonces, se fundamenta en una causa fiduciae, es decir, en la confianza del autor de la declaración de voluntad (fiduciante) en que el destinatario (fiduciario) de la "posición de poder" derivada del efecto jurídico perseguido no defraudará la confianza que se ha tenido en él y hará de tal "posición de poder" que se le ha conferido el uso deseado por el fiduciante.

A.CH.

Normalmente la figura del fideicomiso se ha usado a lo largo de la historia conforme a nuestra tradición jurídica en materia de contratos, puesto que para que exista un encargo de una persona a otra, en virtud de la confianza existente, necesariamente deberá producirse un acuerdo de voluntades privadas.

En el sentido contractual, resulta evidente que el fideicomiso puede ser considerado dentro del campo de la autonomía de las voluntades y las partes podrán reglar sus derechos como bien les parezca, siempre y cuando lo hagan dentro de los límites establecidos por las leyes; de ahí que, las modalidades posibles sean casi ilimitadas.

En el contrato fiduciario se producirá una combinación entre un derecho real en primer término, mediante el cual se produce una transmisión plena y, así como se otorga la confianza citada que, por otro lado, se vincula a un derecho creditorio u obligacional, en virtud del cual se moderan o atenúan en cierto sentido, los derechos que habría tenido el propietario a raíz de la transmisión citada.

Ante esto, es con muy buen criterio que en las disposiciones normativas sobre fideicomiso de los últimos años, se ha procurado brindar las máximas garantías para que el encargo sea cumplido, ya que el mismo constituye el propósito principal del contrato.

Como una manera de reforzar lo que antecede, referido ampliamente a que el Fideicomiso es un contrato, la Ley 189-11, marco jurídico del mismo en la República Dominica, establece lo siguiente:

Artículo 3.-Definición de fideicomiso. EL 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 fideicomitido, cuya administración o ejercicio de la fiducia será realizada por el o 1os fiduciarios según 1as 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. E1 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 fideicomitidos, en estricto apego a las instrucciones y a los requerimientos formulados por el fideicomitente.

Aquí es importante destacar, que aún cuando en el derecho dominicano particularmente no está concebida la figura del fideicomiso público y que, aunque exista una normativa que trata esta figura, *la normativa se refiere de forma exclusiva a su competencia en materia de derecho administrativo y no de derecho público*. Esta ausencia se intentó subsanar con la aprobación de la Ley 189-del año 2011; no obstante, esta pieza en ninguna de sus partes dispone el fideicomiso público. Pero, al crearse el Reglamento 95-12, que establece que el Estado o cualquier entidad de Derecho Público "*...que traten de patrimonio público, pueden disponerlo"*. Este hecho, en nuestro país, se ha convertido en una práctica cotidiana y de carácter consuetudinario, porque aunque no tenga una normativa concreta, los gobiernos desde el año 2013 la han asumido prácticamente como normal. Y lo hacen evadiendo sus responsabilidades ordenado por el actual sistema jurídico dominicano. Y como ejemplo se cuenta el fideicomiso de RD Vial Norte (VBC-RD) que, a pesar de que ese fideicomiso maneja fondos públicos no se disponen de informaciones financieras sobre su desempeño que permitan evaluar si su gestión ha sido eficiente, medido a través de los beneficios generados para el Estado Dominicano. Resulta evidente que la estrategia de la presente administración de gobierno es beneficiar negocios privados mediante el manejo de los activos públicos, lo que queda evidenciado en el hecho de que durante esta administración se han dispuesto 17 fideicomisos públicos. Bastaría recrear algunos de los fideicomisos que están en ejecución para apreciar lo conveniente o no del uso de esta figura de derecho privado en la implementación de políticas públicas.

Desde el punto de vista del principio de legalidad formal, que consagra el artículo 40.15 de la Constitución de la República, parecería que no existe ninguna violación en la suscripción del contrato de fideicomiso como el de Punta Catalina, pero sin embargo, *la Constitución dominicana es enfática en cuanto a que la función de administración del patrimonio público, no se puede delegar*; sobre todo por el hecho de que se trata de un servicio público, como el de la electricidad, que se está sometiendo a fideicomiso que se encarecerá por la intermediación privada comparado la provisión directa de ese servicio por parte del gobierno.

De los Considerando Décimo Segundo y Décimo Noveno (copiados más abajo) se puede inferir, que conforme al referido marco legal, su interpretación deja ver, que

lo que se persigue, es el fomento del Mercado Hipotecario, lo cual conecta con el artículo 1 de la ley 189-11.

El contenido de las disposiciones antes señaladas es el siguiente:

CONSIDERANDO DECIMOSEGUNDO: Que es interés de1 Estado utilizar esta plataforma y dicho marco jurídico para la implementación de estructuras de financiamiento costo-eficientes, tanto para la promoción de la construcción de viviendas de bajo costo, como para el desarrollo de proyectos inmobiliarios en general.

CONSIDERANDO DECIMONOVENO: Que es deber del Estado promover el ahorro nacional, e incentivar la adquisición por parte de las familias, de un techo propio; en este espíritu, la presente ley consagra disposiciones tendentes a facilitar y promover el ahorro, mediante cuentas de ahorro programadas.

Dos lecturas en términos técnicos resultan de las anteriores reflexiones:

La primera: El patrimonio sometido a fideicomiso, pasa a ser administrado por un tercero o la propiedad del mismo, también puede pasar a dicho tercero;

La segunda: La legislación nuestra no es lo suficientemente precisa, con relación a si los bienes que integran el patrimonio público, pueden ser sometido a fideicomiso, así como si un servicio público como sería el de la venta de electricidad, estaría dentro de los casos admitidos dentro de la interpretación del legislador.

El Congreso, en su facultad de control de los actos del Poder Ejecutivo, según se desprende del artículo 93 de la Constitución de la República, tiene la potestad de aprobar o desestimar las propuestas que le dirija el presidente de la república

Desde el punto de vista de la Constitución dominicana es pertinente destacar, que la administración pública está sujeta en su actuación a los principios de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado.

Como la **Ley de la Cámara de Cuentas número 10-04** establece en su Artículo 2 el ámbito de aplicación y en sus numerales, señala a las entidades que alcanza,

incluyendo el 6, que prevé aportes parciales de recursos públicos y como, en el Artículo 3 indica que los recursos públicos no pierden su calidad al estar administrados por cualquier tipo de entidad, queda claro, que para una transparencia en el contrato, debe indicarse que le corresponde a ese órgano de control externo la fiscalización y que en caso de ser una firma privada, contar con su autorización.

El vehículo del fideicomiso público de Punta Catalina, queda regulado por la Ley 189-11, en virtud de que en su Artículo 3 define al fideicomiso como un acto, mediante el cual se transfieren derechos a la persona jurídica denominada fiduciario y que lo hace basado en la voluntad y confianza y más adelante en el Artículo 4, al referirse al objeto del fideicomiso señala que, puede constituirse para cualquier propósito o finalidad legal.

En el marco regulatorio complementario del fideicomiso, que adquirió una mayor categoría, al ponerse en vigencia mediante Decreto, el número 95 del 2012, su Artículo 4, define lo que es un fideicomiso público, estableciendo que es el constituido por el Estado o cualquier entidad de Derecho Público con respecto a bienes y derechos y en el Artículo 21, al referirse a otras clases de Fideicomiso, abre la posibilidad de constituir nuevas clases de fideicomisos, aparte de los mencionados taxativamente en la Ley 189-11, sujetos al mismo marco legal de los demás fideicomisos.

En lo relativo a la figura del fideicomitente adherente, en la línea de impulsar alianzas público/privada y lo que es más, en virtud de la Constitución de la República, que establece en su Artículo 219, que el Estado fomenta la iniciativa económica privada, bajo el principio de subsidiaridad, el Estado, en asociación con el sector privado puede ejercer la actividad empresarial con el fin de asegurar el acceso de la población a bienes y servicios básicos y promover la economía nacional, resultando viable. Sin embargo, la forma de acceder, para el caso del fideicomiso público, debe realizarse mediante oferta pública en el mercado de valores y establecer un porcentaje que no supere a la de la participación del Estado, como forma de preservar el patrimonio público con dominio.

Los legisladores, incluso el propio gobierno central, deben tomar la iniciativa de que, en el Comité Técnico, el sector público esté debidamente representado, sin que necesariamente tenga mayoría y, además, incluir al menos una mujer, dado que

los cinco propuestos son hombres, de esa manera, el patrimonio público puede ser velado con mayor celo y representatividad.

En cuanto al financiamiento del fideicomiso público, el contrato debe contemplar expresamente que cualquier endeudamiento que supere el año fiscal, se hará conforme a la Ley número 6-06 de crédito público, así como también, de que en lo relativo a las compras y contrataciones, mencionar claramente a la Ley número 340-06 sobre Compras y Contrataciones, aunque pueda preverse holgura en la flexibilización de su Reglamento Interno, dada la naturaleza estratégica de la generación de energía eléctrica, haciéndola más expedida, para que, por ejemplo, un cambio de filtro en una de sus unidades no esté sujeta al protocolo de la ley, restando competitividad.

Argumentar la figura del fideicomiso público, amparado en una administración privada que garantice mayor eficiencia y eficacia en la operación, administración y mantenimiento, sin haber aportado ningún dato del valor agregado que le incorporaría el nuevo esquema de administración, cuando ya puesta en operación la planta de Punta Catalina, le reporta al gobierno central unos US$ 180 millones al año, es algo que las autoridades deben informar y el Congreso requerir, más aún, cuando el precio del petróleo aumenta, elevando la rentabilidad de la planta a carbón, antes de tomarse una decisión final, para así de esa manera, poder responder, para qué el fideicomiso de la planta generadora de electricidad.

En cuanto a la facultad de administración del patrimonio público, la constitución es igualmente tajante al establecer, que los bienes que integran el patrimonio del Estado no puede ser delegada su administración, ni con relación a otro órgano del Estado ni a un tercero; por lo tanto, el comité que se encargará de administrar los bienes de Punta Catalina, sometidos a fideicomiso, creado mediante los decretos 538-2021 y 539-2021, choca frontalmente con la constitución de la república; viola asimismo, el artículo 246 de nuestra carta sustantiva, relativo al control que le toca realizar a la Cámara de Cuenta sobre los bienes públicos. ¿Cómo explicar en este caso, la intervención de ese órgano en esas condiciones? Pero, lo más preocupante es, que los poderes otorgados al comité técnico, dicho patrimonio público están en riesgo, porque le da la potestad de endeudarse sin límite. Otra cosa importante es, que la conformación de ese comité, que tendrá a su cargo la administración del referido instrumento, no es lo suficientemente representativo de los sectores

A.CH

involucrados en la electricidad, lo cual supone un cuestionamiento muy puntual, a saber: la conformación de dicho órgano.

En ese mismo sentido, el Comité Técnico es dueño y señor de todas las decisiones operacionales, incluyendo la incursión y participación en la generación de electricidad, abarcando la potestad de construir y operar obras eléctricas de generación en el mercado eléctrico mayorista del llamado sistema nacional interconectado goce de exenciones fiscales, entre otras flexibilidades.

En este aspecto las transgresiones del contrato de fideicomiso, la constituyen disposiciones constitucionales y legales en materia de igualdad de trato y libre competencia. En efecto, el otorgamiento de exenciones fiscales en provecho de una actividad empresarial pública, como lo es la operación de Punta Catalina, resulta contrario al artículo 221 de la Constitución que dispone que la actividad empresarial pública y privada estará sometida a las mismas reglas. Cónsono con esa disposición constitucional, la ley de Defensa de la Competencia dispone en su artículo 15 que el "*Estado no adoptará ni mantendrá, respecto de las empresas públicas ni de aquellas a las que otorgare delegaciones por cualquier forma contractual, ninguna medida que pudiere crear injustificadamente barreras al mercado o que genere la posibilidad de competir deslealmente en el mercado*".

Igualmente se viola con el contrato de fideicomiso de Punta Catalina, el artículo 128 de la ley fundamental dominicana, específicamente en su literal *e,* que le impone al Presidente de la República, en su rol de administrador de los bienes del Estado, hacer un manejo escrupuloso de la renta nacional.

Desde el punto de vista del derecho penal, es contrario a los artículos 166, 167 y 168 del Código Penal, relativos a la prevaricación y lo que concierne a los crímenes y delitos contra las cosas públicas. Constituye también un abuso de autoridad contra las cosas públicas, según el artículo 188 del mismo código.

Finalmente, desde el punto de vista de las acciones que pudiesen suceder, por ser un acto violatorio de la Constitución de la República, en contra de funcionarios que han actuado para utilizar el fideicomiso con activos públicos, es válido derivar su nulidad de pleno derecho, por la vía de inconstitucionalidad directa de dicho funcionario, pero también es posible someterlo a un juicio político al tenor de lo que establece el artículo 83 de la Constitución de la República. Asimismo, desde el

punto de vista de la responsabilidad civil patrimonial, consagrada en el artículo 148 de la Constitución, por considerarse como una acción administrativa antijurídica.

Una alternativa a la creación de un fideicomiso para el manejo y gestión de la Central Térmica Punta Catalina es la creación de una Sociedad Anónima Pública. La creación de una Sociedad Anónima Pública es más cónsona con la naturaleza de una empresa de generación eléctrica.

La constitución de una Sociedad Anónima por parte del Estado Dominicano, no es algo nuevo, ya existen sociedades de este tipo como en el caso de REFIDOMSA, el Banco de Reservas, entre otras, que han dado buenos resultados. También empresas totalmente públicas como la Empresa de Transmisión Eléctrica Dominicana (ETED) y la Empresa de Generación Hidroeléctrica (EGEHIDRO), también mixtas como EGEITABO y EGEHAINA. Otras que se iniciaron como mixtas y ahora son 100% del estado como EDESUR, EDENORTE y EDEESTE y cuyo mal desempeño debe ser evaluado, pero en ningún momento se ha debido a la naturaleza de las mismas si no a los criterios usados para establecer las tarifas eléctricas, falta de competencia en las compras de energía y potencia, y en la contratación del personal, en violación a lo establecido en la Ley General de Electricidad y su reglamento de aplicación.

En el caso de que se decida constituir una Sociedad Anónima, la UASD plantea que como aporte de Capital Suscrito y Pagado aparezca el monto actualmente registrado como acciones, y el contratado para la construcción de la planta y los colaterales, como Capital Autorizado. Luego se sustituiría el Capital Autorizado por el **valor de mercado** de la CTPC mediante una auditoría de su construcción, una vez éste haya sido determinado por una empresa independiente y experta en este tipo de trabajos, seleccionada por oposición en una licitación pública internacional. Hecho esto, debe procederse a revaluar el Capital Suscrito y Pagado, determinándolo por la diferencia entre el nuevo capital autorizado y el inicial, más en capital suscrito y pagado inicial. Mientras no se termine este el proceso, taxativamente no deben ser contratados préstamos con el activo en garantía, ni vender acciones.

Bajo el esquema **de una Sociedad Anónima** el Estado Dominicano se garantiza:

1. Aseguraría la propiedad mayoritaria del activo CTPC, dando participación accionaria al personal de la planta y al sector privado.

2. Por la composición de su Consejo de Administración la CTPC y su condición de empresa del estado, estaría sujeta a todo el sistema nacional de fiscalización: Cámara de Cuentas, Contraloría General de la República, Ley de Función Pública, Ley de Compras y Contrataciones y Ley de Libre Acceso a la Información Pública. Para está última y bajo las condiciones especiales que determina la propia Ley, se harían las excepciones necesarias para la buena y fluida operación de la CTPC.

3. La contratación por licitación abierta internacional de una empresa especializada en O & M garantiza la integridad, operatividad, producción, eficiencia, seguridad y cumplimiento de las normativas ambientales para ese tipo de plantas.

Como ventajas sobre el FIDEICOMISO CTPC de una SOCIEDAD ANÓMIMA CTPC se pueden mencionar:

A. Se eliminarían los HONORARIOS FIDUCIARIOS de las páginas 6, 7 y 8 de la Propuesta de Servicios Fiduciarios para la constitución del Fideicomiso Central Termoeléctrica Punta Catalina (FCTPC), de la comunicación FR-PF-018 del 21 de octubre del 2021 de la Fiduciaria Reservas al Ministro de Energía y Minas en calidad de Presidente de la Comisión de Liquidación de la Corporación Dominicana de Empresas Eléctricas Estatales (CLICDEEE).

B. Se eliminan las aprensiones que se han despertado en algunos sectores, que ven términos como "fideicomitente adherente", "cambio de

A.CH

fiduciaria", "secreto fiduciario", financiamientos con el activo como "garantía" y otros, que pueden ser interpretados como indicios de privatización.

RECOMENDACIONES:

Los argumentos planteados en este documento sugieren que no existe compatibilidad entre la administración de un bien público y la figura del fideicomiso, que éste se maneja esencialmente en el ámbito privado, del derecho civil. El secreto fiduciario y la delegación de poderes son dos de los pilares fundamentales de este instrumento jurídico, que entran en contradicción con derechos y deberes consagrados en nuestra Constitución; además de que es un instrumento legal que no es transparente en el manejo financiero de los fondos públicos, pudiendo crear obligaciones financieras aumentando el riesgo de la administración fiscal del gobierno.

Existen formas menos riesgosas y onerosas para administrar el patrimonio de Punta Catalina, las cuales deben ser discutidas a profundidad por todos los sectores nacionales, ponderando esas alternativas posibles, así como las ventajas y desventajas de cada opción.

Una de las alternativas viables es la constitución de una Sociedad por Acciones, cuyo único accionista sea el Estado dominicano.

Mientras tanto, el Ministerio de Hacienda debe continuar ejerciendo el control financiero sobre la Central Termoeléctrica, quien seguirá estando al amparo de la CDEEE, hasta que el Congreso Nacional apruebe su disolución.

De igual forma se sugiere que, el Presidente de la República, retire formalmente del Senado, el Contrato de Fideicomiso CTPC, por carecer de base legal, ser inconstitucional y lesivo a los intereses nacionales.

Por último, el anteproyecto de Ley de Fideicomisos Públicos debió ser ampliamente debatido por la sociedad dominicana, especialmente, por abogados constitucionalistas y ser objeto de vistas públicas, antes de que se aprobara en el Congreso Nacional.

CONCLUSIONES:

El Contrato de Fideicomiso de fecha 21 de octubre de 2021, suscrito entre el ministro de Energía y Minas, señor Antonio Almonte en representación de la CDEEE, el señor Samuel Pereyra, Administrador General del Banco de Reservas y el señor Andrés Vander Horst, encargado de la Fiduciaria Reservas, como hemos demostrado, tiene cláusulas que ponen en riesgo el patrimonio público, además de violar nuestra Carta Magna, a pesar de que existen otras opciones para la gestión de esta empresa de generación eléctrica.

Con este fideicomiso que gana el estado dominicano con entregar, tanto el patrimonio como la administración del negocio de la Central Termoeléctrica Punta Catalina, a un Fideicomiso dirigido por un Comité Técnico, con todos los poderes, compuesto de empresarios privados con intereses en el sector. Con esta acción se recibirán mayores beneficios de los que ya el estado está obteniendo en la actualidad por la venta de energía eléctrica, o disminuirá el precio de la energía eléctrica. Por otro lado el Estado no debe delegar los poderes de diferentes estamentos en cinco personas físicas.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL
RECEPCIÓN DE DOCUMENTOS
AREA: RECEPCIÓN
NOMBRE DE LA PERSONA QUE RECIBE: Isa Ventura
CARGO: Adm. Financiero
FECHA: 28/04/22 HORA: 4:48

Sede Central UASD
Santo Domingo de Guzmán
27 de abril de 2022

Bautista López García, M.A.
Decano FCJP

Amparo Céspedes, M.A.
Decano FIA

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SANTO DOMINGO (UASD) DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SANTO DOMINGO DECANATO FACULTAD DE INGENIERIA Y ARQUITECTURA