
Bello Knoll, Susy Inés

El fideicomiso público (Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013) 332 pp.

“da la impresión de que se ha consumado un verdadero adulterio en la medida en que el legislador ha construido un cómodo lecho para que la Administración yazca en él, con la frecuencia que sus necesidades demanden, con el derecho privado, y todo ello ante la mirada impotente de su marido legítimo, el derecho administrativo, acaso serio y poco estimulante, pero siempre fiel. ¿No nacerán de esa unión criaturas bastardas?”.

Sosa Wagner, Francisco, La fundación en el horizonte de las formas de gestión de los servicios públicos locales, en Sosa Wagner, Francisco (coordinador), El Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXI, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p 1932.

El libro intitulado “El Fideicomiso Público”, de Susy Inés Bello Knoll, profesora de la Universidad Católica Argentina, corresponde a su tesis doctoral, dirigida por Ricardo Rivero Ortega, catedrático de Derecho Administrativo y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, mismo que, a la vez, lo prologa.

En términos muy sintéticos, este libro trata, en una primera parte, sobre el “fideicomiso”: sus antecedentes históricos y panorámica general, su concepto y caracteres, figuras jurídicas similares y sus distintos tipos; y en una segunda, sobre el “fideicomiso público”: las experiencias que se reconocen en el Derecho Comparado, su particular naturaleza jurídica, su diferenciación con figuras afines del Derecho Público, su régimen jurídico y su funcionamiento y controles.

En lo medular, la autora, por una parte, reconoce, a la luz de la experiencia comparada, el creciente empleo del fideicomiso, instituto propio del Derecho Privado, por la Administración (bajo diversas denominaciones, entre las que sobresale –y nos resulta más familiar– la voz “fondo”), con el preciso objeto de eludir las rigideces que singularizan al Derecho propio de esta (el Derecho

administrativo) y de esa forma satisfacer, de mejor modo, sus fines; y por otra, bajo el entendido que el empleo instrumental del fideicomiso por la administración es manifestación de su potestad autoorganizatoria, precisa las particularidades que este instituto ha adquirido en cuanto ha sido “injetado” en el Derecho Administrativo, las que describe de tal magnitud que, en propiedad, le permiten hablar ya no de una especie de fideicomiso sino que, lisa y llanamente, de uno nuevo, que poco o nada conserva del originario (proveniente del Derecho Privado), y que por ello categóricamente denomina como “fideicomiso público”.

Conforme se observa, este libro trata sobre *la huida del Derecho Administrativo*, esto es, el fenómeno jurídico comprensivo de todas las hipótesis en las que la administración emplea instrumentalmente, ya sea con el consentimiento del Legislador o al menos sin la prohibición expresa de este, institutos propios del Derecho Privado, en este caso el fideicomiso, en el entendido que la flexibilidad consustancial de estos (que se explica por el hecho de provenir de una rama del Derecho en la que es posible hacer todo aquello que no esté por ley expresamente prohibido –la anti-

tesis de lo que ocurre en el Derecho Público-Administrativo-), permitiría no solo la mejor gestión sino, como consecuencia de ello, además, la mejor satisfacción de los fines que le son propios (eficiencia y eficacia).

Asimismo, trata sobre el fenómeno que sigue al anterior, del cual no es sino que una reacción, y que, a su vez, comprende todas las hipótesis a través de las cuales el Derecho Administrativo "*recaptura*", total o parcialmente, la materia o materias que ha(n) *huido* en los términos antes referidos (fenómeno que denomino *persecución del Derecho Administrativo*), ya que las razones que han explicado y justificado el empleo instrumental de institutos de Derecho Privado por la Administración (mayor eficiencia o eficacia), en los hechos, no se han evidenciado, o bien se ha hecho por esta en forma abusiva, en términos tales que han validado efectos adversos a los fines que la singularizan o permitido la contravención de principios y/o reglas básicas que la rigen. En este sentido, Rivero Ortega, al prologar este libro, ha expresado que "Cuando la Administración abdica de sus propias formas, molesta por ciertas incomodidades, también parece rendirse al novedoso encanto de lo ajeno y cae en la tentación de renunciar a su naturaleza, pagando después las consecuencias los ciudadanos y contribuyentes con sus impuestos". En la especie, esta *persecución* queda en evidencia en el acucioso estudio que la autora efectúa en orden a resaltar las particularidades de este fideicomiso público (que lo diferencian del fideicomiso originario, "tomado" del Derecho Privado), en especial en lo que concierne a su funcionamiento y controles, único modo a través del cual la *importación* del fideicomiso al Derecho Administrativo, no devenga en *contrabando*.

En relación a Chile, lo planteado por este libro tiene singular relevancia, pues, hoy por hoy, el empleo de institutos propios del Derecho Privado por la administración, en lo que concierne a su organización, es una constante cada vez más creciente, a través de, entre otros, las corporaciones o fundaciones de Derecho Privado creadas a instancia pública o los denominados "fideicomisos públicos", lo que se concretiza a través de una variopinta práctica o legislación, anterior o posterior a las normas que estatuyen la organización básica de la administración, a saber la Constitución de 1980 y la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Lo anterior ha generado importantes cuestionamientos en cuanto a la constitucionalidad y/o legalidad de su empleo, a la pertenencia o no de tales entidades a la Administración del Estado –al menos orgánicamente considerada–, y las áreas en las que la señalada *persecución* del Derecho Administrativo en relación a ellas debe hacerse efectiva (por ejemplo, procedimiento administrativo, acto administrativo, contratación pública, responsabilidad patrimonial, publicidad y transparencia, etcétera).

En suma, a mi juicio, se trata de un muy buen libro, por cuanto aborda un tema cada vez más actual, y sobre el cual existe aún –lamentablemente– un tratamiento doctrinario cuantitativo y cualitativamente muy menor, máxime si se considera la relevancia creciente que el fideicomiso público ha adquirido en la experiencia nacional y comparada; y que realiza, además, fundadamente, desde la perspectiva más difícil entre las posibles, en tanto, por una parte, admite la existencia del empleo instrumental del fideicomiso por la administración, y por otra, precisa la necesidad de establecer los

recaudos necesarios, a la luz del Derecho Administrativo, en cuanto a su funcionamiento y control, mismos que desarrolla, con el objeto de que aquella satisfaga de esta manera, en efecto, sus fines y no utilice al fideicomiso en forma abusiva en orden a contravenir los principios y reglas básicas que la

rigen (en propiedad, se constituya en un verdadero "fideicomiso público"). Por tanto, el propósito último de este libro no es otro que del enlace entre la administración e institutos del Derecho Privado no nazcan, en definitiva, creaturas bastardas, conforme precisa la cita inicial de la presente reseña.

Cristian Román Cordero

*Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Chile*

