

EL FIDEICOMISO

Algunos conceptos generales

1.- Concepto de fideicomiso. 2. Características. 3. Elementos del fideicomiso. 3.1 Elementos personales. 3.2 elementos reales. 4. Fines del fideicomiso. 5. Clasificación de los Fideicomisos. 5.1. Fideicomisos Mortis Causa. 5.2 fideicomisos intervivos. 6. Marco contractual

1. Concepto de Fideicomiso.-

El fideicomiso, es un contrato privado y la normativa que lo regula por necesaria inferencia tiene esta misma naturaleza, (res. 5-F-2003, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de 15:10 horas del 15 de enero del 2003). Dicho contrato, consiste en un acuerdo de voluntades, por medio del cual una persona física o jurídica, llamada **fideicomitente**, traspasa a otra persona física o jurídica llamada **fiduciario**, bienes o derechos en **propiedad fiduciaria**, para que los administre a favor de una tercera persona física o jurídica, llamada **fideicomisario o beneficiario**.

La Sala Constitucional, mediante voto 2001-09392, de 14:54 del 19 de setiembre del 2001, ha determinado, sobre el contrato de fideicomiso, lo siguiente:

“III.- Sobre el fideicomiso en garantía. La doctrina más calificada sobre los contratos mercantiles define al contrato de fideicomiso como el negocio jurídico, en virtud del cual una persona llamada fiduciante o fideicomitente transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el fideicomitente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. En este sentido, el artículo 633 del Código de Comercio estipula:

"Artículo 633: Por medio del fideicomiso el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos: el fiduciario queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo."

Por su parte, el artículo 634 del Código de Comercio reconoce:

"Artículo 634: Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes o derechos que legalmente estén dentro del comercio. Los bienes fideicomitidos constituirán un patrimonio autónomo apartado para los propósitos del fideicomiso."

De esta manera, en términos muy generales, mediante el contrato de fideicomiso el fideicomitente le transfiere la propiedad de ciertos bienes al fiduciario con el propósito de que los administre de acuerdo con los fines del fideicomiso, para que luego, tales bienes sean entregados al fideicomisario o beneficiario, que –según el caso– puede ser, o no, el mismo fideicomitente. Lo anterior, sin duda alguna, implica la existencia de una serie de obligaciones recíprocas para las partes, que por considerarse innecesario a los propósitos de esta sentencia, no serán analizadas. Sin embargo, es importante mencionar que los bienes fideicomitidos, desde el momento en que el negocio se celebra, constituyen un patrimonio autónomo para los propósitos del fideicomiso, lo que supone la pérdida del derecho de propiedad por parte del fideicomitente sobre los bienes que conforman este patrimonio autónomo. Por tal razón, el artículo 636 ídem señala:

"Artículo 636: El fideicomiso de bienes sujetos a inscripción deberá ser inscrito en el Registro respectivo. En virtud de la inscripción quedará inscrito en nombre del fiduciario en su calidad de tal."

En lo que toca a los fines del contrato de fideicomiso, la doctrina ha señalado que esta figura negocial se utiliza de varias maneras, lo que a su vez, califica el tipo de contrato de que se trate. Así, en nuestro ordenamiento se ha reconocido que este contrato se utiliza para la realización de varios propósitos, entre ellos, de administración, mortis causa, garantía, inversión, seguros. Sobre el contrato de fideicomiso en garantía, figura negocial que se encuentra reconocida en la norma impugnada, cabe señalar que se utiliza como un contrato accesorio, por medio del cual, el fideicomitente –deudor de la obligación principal– entrega determinados bienes al fiduciario para que –entre otras cosas– los administre y custodie –teniendo en cuenta, desde luego, lo que dispongan sobre el particular las partes en el contrato– durante el término en que perdure la obligación principal; posteriormente, para que proceda a su enajenación, en caso de que el fideicomitente o deudor no pueda satisfacer sus obligaciones para con el acreedor o fideicomisario. Sobre este punto la doctrina ha señalado que esta figura sirve para que el deudor transfiera a una entidad fiduciaria determinados bienes con el propósito de respaldar el cumplimiento de obligaciones a su cargo y a favor de un tercero, en el evento de que aquél no realice el pago en el término pactado, para que, asimismo, disponga de los bienes y con el producto cubrir la deuda. “

2. Características.-

De conformidad con lo anterior, puede afirmarse, que el fideicomiso es un contrato que reviste las siguientes **características**:

- **mercantil:** Su regulación por numeral 633 del Código de Comercio y artículos siguientes, más el resto del ordenamiento jurídico.
- **real:** El fideicomiso necesita para su existencia y ejecución, el traspaso del patrimonio fideicometido, a manos del fiduciario y ello lo convierte en real.
- **consensual:** Este pacto, requiere en su génesis, el acuerdo expreso de las partes intervinientes; al menos la voluntad del fiduciario y el fideicomitente.
- **formal:** El fideicomiso, para su validez, debe ser otorgado en documento privado o público, pero escrito. En los casos en que el fideicomiso estará constituido, al menos en parte, por bienes inmuebles, deberá otorgarse escritura pública ante notario y ésta se inscribirá en el Registro Público.
- **Es típico:** Por el hecho de estar contemplado dentro del articulado del Código de Comercio, el fideicomiso goza de tipicidad.
- **Es intuitu personae:** el contrato de fideicomiso está basado en la “consideración de la persona”, toda vez que la confianza es un elemento básico para el acuerdo y ejecución del Fideicomiso: el fideicomitente entrega la titularidad de todos o algunos de sus bienes y derechos, a otro, quien los recibe para realizar con ellos el encargo manifestado
- **Final:** esto quiere decir que fideicomiso se realiza por algo y para algo, y todo el actuar de las partes contratantes está destinado al logro de dicho fin.
- **patrimonio autónomo:** el patrimonio fideicometido se convierte en un conglomerado de bienes y derechos diferente y por lo tanto, completamente separado de la hacienda del las personas que intervienen en el contrato: fiduciario (principalmente), fideicomisario y fideicomitente.
- **De gestión profesional:** para lograr el fin deseado, el fideicomiso debe ser administrado por un gestor profesional capaz de cumplir las indicaciones tanto del contrato como de la ley, observación que se apunta y sostiene a pesar de y a sabiendas de que nuestra legislación –así como muchas otras- permite que el fiduciario sea cualquier persona física o jurídica.
- **elástico:** la enorme elasticidad que presenta la figura del fideicomiso permite que se puedan llevar a cabo múltiples negocios de acuerdo con las necesidades del fideicomitente

3. Elementos del fideicomiso

El fideicomiso posee dos clases de elementos. Los personales y los reales.

3.1 Elementos personales

En el fideicomiso, intervienen al menos dos sujetos. Son el fideicomitente y el fiduciario. La voluntad libremente expresada por ellos, hace posible que nazca el fideicomiso. Existe potencialmente un tercer elemento personal. Es el llamado fideicomisario o beneficiario. Puede darse que él no suscriba el pacto al momento de su otorgamiento, pero lo importante es que la identidad de éste beneficiario sí esté definida como tal.

La ley no prohíbe, que el fideicomitente sea a la vez fiduciario. No obstante, sí está prohibido es que en una misma persona física o jurídica, se confunda la condición de fiduciario y fideicomisario, por el conflicto de intereses que ello podría generar, perjudicando así al fideicomitente (artículo 656 del Código de Comercio).

La legislación mercantil, señala que el fideicomiso, en el cual el fideicomitente es a la vez fiduciario, se presume constituido en fraude de acreedores, salvo que se pruebe que el fideicomiso haya generado ganancias o frutos suficientes al fideicomisario como para enfrentar con ellos el pago de las deudas y que exista contenido patrimonial suficiente para responder.

El Código de Comercio, también preceptúa, que en los casos en los que el fideicomiso se constituya para un fideicomisario persona jurídica, su duración no puede contemplar un plazo mayor de los treinta años, salvo los casos del Estado, o entidades públicas o privadas de beneficencia o sin afán de lucro.

3.1.1 El **fideicomitente**, es la persona física o jurídica que constituye el contrato y que traspaasa bienes de su patrimonio, en propiedad fiduciaria al fiduciario, a fin de que se puedan cumplir los fines del fideicomiso para los cuales se creó.

3.1.2 El **fiduciario**, es la persona jurídica a la cual se le traspasan los bienes en propiedad fiduciaria, por parte del fideicomitente. Pero que es la propiedad fiduciaria? Es un concepto contenido en el numeral 636 del Código de Comercio y muchos estiman que ese traspaso en propiedad obliga al fiduciario a actuar como si fuese el propietario, pero no necesariamente eso es cierto. (Véase voto 1225-M del Tribunal Primero Civil, de 7:45 horas del 12 de octubre del 2001.)

El fiduciario deberá administrar el patrimonio a su cargo y con ello, cumplir lo fines establecidos en el contrato suscrito por las partes. Con respecto al patrimonio fideicometido, el fiduciario asume las obligaciones de un buen padre de familia con bienes propios. Entre ese tipo de obligaciones, figuran:

- Cumplir con los fines del fideicomiso, dentro de los términos contractuales y de licitud que establece el ordenamiento jurídico.
- Guardar el secreto fiduciario, que como obligación genérica, resulta aplicable a las transacciones, actos y contratos. Incluyendo la administración del fideicomiso. Con mayor razón, el secreto debe guardarse en caso de que los contratos, administración, etc., sean bancarios.
- Contabilizar individualmente, cada negocio fiduciario que tenga en sus manos, separando cada patrimonio fideicometido de su propio patrimonio y del patrimonio de las partes que intervienen en el fideicomiso.
- Rendir cuentas como administrador y ejecutor del fideicomiso.
- Pagar los impuestos, tasas y otras cargas que pesen sobre los bienes fideicometidos.
- Defender el patrimonio fideicometido.

Establece el numeral 637 del Código de Comercio, en lo que interesa lo siguiente:

Artículo 637. Puede ser fiduciario cualquier persona física o jurídica, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. En el caso de personas jurídicas, su escritura constitutiva debe expresamente capacitarlas para recibir por contrato o por testamento la propiedad fiduciaria.

El numeral 637 del Código de Comercio establece que las personas jurídicas deben estar expresamente capacitadas para recibir por contrato o por testamento la propiedad fiduciaria, es decir, el negocio produce en realidad, efectos jurídicos complejos por virtud de obligaciones positivas y negativas. Esto sucede por consecuencia de la transferencia de bienes o titularidades y de conservación para restituir o ejecutar el contrato.

Ahora bien, algunas legislaciones latinoamericanas han restringido al fiduciario con autorizaciones previas y que tengan el giro bancario, como es el caso de Venezuela, México, Honduras, etc., pero en Costa Rica, encontramos en el artículo 15 inciso d) de la Ley 8204, lo siguiente:

Artículo 15

Estarán sometidos a esta Ley, además, quienes desempeñen, entre otras actividades, las citadas a continuación:

...

d) Administración de fideicomisos o de cualquier tipo de administración de recursos efectuada por personas físicas o jurídicas que no sean intermediarios financieros.

Las personas físicas o jurídicas que desempeñen las actividades indicadas en los incisos anteriores y no se encuentren supervisadas por alguna de las superintendencias existentes en el país, deberán inscribirse ante la SUGEF, sin que por ello se interprete que están autorizadas para operar; además, deberán someterse a la supervisión de esta respecto de la materia de legitimación de capitales, establecida en esta Ley. La inscripción será otorgada por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, previo dictamen afirmativo de esa Superintendencia, cuando se cumplan las disposiciones legales y reglamentarias aplicables...

La regulación indicada representa, básicamente, autorización para ejercer la actividad de acuerdo con esa ley.

El fiduciario tiene, conforme al Código de Comercio, un catálogo de obligaciones, pero no limitadas a las que se dirá:

Artículo 644. Son obligaciones y atribuciones del fiduciario:

- a) Llevar a cabo todos los actos necesarios para la realización del fideicomiso;
- b) Identificar los bienes fideicometidos, registrarlos, mantenerlos separados de sus bienes propios y de los correspondientes a otros fideicomisos que tenga, e identificar en su gestión el fideicomiso en nombre del cual actúa;
- c) Rendir cuenta de su gestión al fideicomisario o su representante, y en su caso, al fideicomitente o a quien éste haya designado. Esas cuentas se rendirán, salvo estipulación en contrario, por los menos una vez al año;
- d) Con preferencia a los demás acreedores, cobrar la retribución que le corresponda; y
- e) Ejercitar los derechos y acciones necesarios legalmente para la defensa del fideicomiso y de los bienes objeto de éste.

Artículo 645. El fiduciario deberá emplear en el desempeño de su gestión el cuidado de un buen padre de familia. Será removido de su cargo el que no cumpliera con las disposiciones de este capítulo o las instrucciones contenidas en el acto constitutivo. Tal remoción la hará el juez competente a solicitud del fideicomitente o de cualquier interesado, por los trámites establecidos para los actos de jurisdicción voluntaria.

Artículo 646. Una vez aceptado el cargo, el fiduciario no podrá renunciarlo si no es por justa causa que el fideicomitente o el juez, en su caso, calificarán. El juez procederá a petición de parte interesada y por los trámites establecidos para los actos de jurisdicción voluntaria.

El fiduciario por su parte, además de lo dicho en los artículos determinados, contractualmente puede tener otras obligaciones, para lo cual, deberá ejecutar las mismas conforme al nudo o pacto y las que se deriven del ordenamiento jurídico.

3.1.2.1 Sustitución, renuncia y nuevo fiduciario.

a. La sustitución del fiduciario derivado de la autorización de remoción permitida al fideicomisario como las que se establecen para el fideicomitente, conforme a los numerales 638, 642, 645 y 654 inciso c) todos del Código de Comercio, debe presentar causa específica e imputable al fiduciario.

Es claro que esta solución hay que analizarla en función de la quiebra del fiduciario, donde, como bien se sabe, el patrimonio fideicometido está separado del resto del patrimonio del fiduciario-quebrado, sin embargo, el fideicomiso no se extinguirá y lo procedente, en caso de falta del fiduciario o quiebra del mismo, será el nombramiento de un fiduciario sustituto y continuar con el respectivo fideicomiso.

3.1.2.2 renuncia.

Conforme al numeral 646 del Código de Comercio, la renuncia por causa justa es admisible. Sin embargo, en este supuesto habrá que analizar cada contrato para verificar el clausulado correspondiente y determinar la procedencia de la renuncia.

3.1.2.3 Nuevo fiduciario.

También es posible la permanencia del fiduciario así como el nombramiento de un nuevo fiduciario y con facultades individuales. Arts. 639 y 640 del Código de Comercio.

3.1.3 El **fideicomisario** es otro de los sujetos del contrato, obligándose el fiduciario a entregarle, en el instante en que el pacto lo establezca, los frutos o bienes. Por tanto, es la persona que en virtud del negocio jurídico debe recibir los beneficios derivados del cumplimiento del encargo y eventualmente, los mismos bienes fideicometidos al vencimiento del término estipulado.

Generalmente, se asimila el término fideicomisario con el de **beneficiario**. No obstante, tales vocablos no son sinónimos. Puede establecerse una diferencia entre ambos. Como ejemplo, puede servir el caso de un fideicomiso de titularización para otorgamiento de un crédito. Ahí, el fideicomisario, es el adquirente de títulos valores que ha colocado en el mercado; el fiduciario, capta los recursos y el beneficiario, es la persona a la cual se le otorga el crédito, por parte del fideicomiso.

3.2 Elementos Reales

El objeto del fideicomiso, puede consistir en cualquier clase de bienes muebles, materiales o inmateriales e inmuebles. Lo importante es que se encuentren dentro del comercio de los hombres, que tengan existencia y que su titular, tenga facultades de disposición sobre ellos.

Para que algún derecho incorporal pueda ser objeto del fideicomiso, debe ser de naturaleza meramente patrimonial y susceptible de valoración económica.

El traspaso de bienes que haga un fideicomitente al fideicomiso, equivale a que el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria con respecto a los mismos. Este es un tipo particular de propiedad, distinta a la concepción civil tradicional. Aún cuando el fiduciario tenga la condición de propietario, existe para él una limitación y es que no puede disponer libremente de los bienes, sino en la medida que lo autoricen los términos del contrato de fideicomiso. Los bienes que se convierten en propiedad fiduciaria llegan a adquirir especiales características.

- **Patrimonio autónomo:** El patrimonio fideicometido, se llega a convertir en patrimonio autónomo. Ello quiere decir que queda separado del que tiene el fiduciario, el fideicomisario y el propio fideicomitente. De tal suerte, el patrimonio fideicometido, deviene en inembargable, por hechos atribuidos a las partes del contrato de fideicomiso. Este patrimonio, aunque de manera registral o contractual figure como entregado al fiduciario, es verdaderamente propiedad del fideicomiso mismo, considerado éste como entidad patrimonial autónoma. Desde el punto de vista del Derecho Civil de Personas, el fideicomiso no goza de personalidad jurídica, pero desde el punto de vista económico, es una entidad dueña de un haber patrimonial propio.
- **Patrimonio de afectación:** El patrimonio del fideicomiso, queda afecto al cumplimiento de un fin o fines específicos. Estos son establecidos por las partes en el pacto. El fideicomitente se los señala ahí al fiduciario. El fiduciario queda como el encargado de hacerlos cumplir. En tesis de principio, existen quienes consideran que el cumplimiento o la imposibilidad de cumplimiento de los fines

para los cuales se constituyó un fideicomiso y a los cuales se afectó el patrimonio, podría tener el efecto de desafectarlo y extinguirlo.

4. Fines del Fideicomiso

La finalidad del fideicomiso, sin duda alguna, es el punto medular de este tipo de contratos. Todas las actuaciones del fiduciario, deben estar encaminadas a alcanzarla. Para ello debe seguir las instrucciones que establece el fideicomitente en el pacto.

El único límite que encuentra el cumplimiento del fin del fideicomiso, radica en la licitud. Toda actuación del fiduciario, debe estar apegada al ordenamiento jurídico y no puede ir en contra de éste. El fin debe ser lícito. Se ha sostenido, que salvo esta limitante, el único límite es la imaginación misma. Los fines del fideicomiso, entonces, pueden ser amplios y variados. En cierta manera, los fines que tenga el contrato, son los que vienen a establecer las clases de fideicomisos que existen y facilitan hacer una clasificación de ellos.

La utilización del fideicomiso es generalizado por instituciones financieras como medio más económico de garantía, fungiendo éstas como fideicomisarios, e incluso, es posible encontrar mercantiles cuyo objeto sea únicamente la administración de Fideicomisos, como fiduciarios. Ello ha desembocado en que éste se esté utilizando como un contrato de adhesión. En razón de ello y atendiendo a lo establecido por el artículo 42 de la Ley de Promoción a al Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, sea posible entablar las acciones legales respectivas contra las cláusulas abusivas, de tal suerte que éstas se dictaminen como nulas, y en razón de ello se dicte la resolución del contrato con el correspondiente pago de daños y perjuicios causados a la parte abusada.

5. Clasificación de los Fideicomisos

El Código de Comercio no posee una clasificación taxativa de las categorías de fideicomisos que existen. Cualquier clasificación que se intente, debe ser abierta por virtud de los fines diversos y amplios que permitirá la creación de nuevos fideicomisos.

En la práctica, los fideicomisos más comunes, pueden ser los siguientes:

5.1. Fideicomisos Mortis Causa: Este tipo de fideicomisos producen sus efectos jurídicos luego del fallecimiento del fideicomitente. Se constituyen en vida del fideicomitente. Pueden establecerse dos categorías.

5.1.1. Los fideicomisos testamentarios, que consisten en que el fideicomitente, encontrándose con vida, constituya un fideicomiso. Lo dota de determinados bienes, a fin

de que cuando sobrevenga su muerte, el fiduciario los entregue a la persona o personas designadas como fideicomisarios. Con este pacto, los bienes salen del patrimonio del fideicomitente y al instante de su defunción, todos los bienes fideicometidos no forman parte del proceso sucesorio y son distribuidos por el fiduciario y se limitará a seguir las instrucciones dejadas por el fideicomitente y el único requisito para que proceda, es la prueba del fallecimiento. En este punto es importante hacer mención sobre el otorgamiento de usufructo de acciones: éste, según el artículo 335 del Código Civil, únicamente puede ser otorgado por medio de testamento, razón por la cual, puede utilizarse el fideicomiso testamentario con una disposición en este sentido, en razón de que únicamente de esta forma, permite la normativa costarricense el usufructo de acciones.

Claro está, que conforme al numeral 661 inciso b) del Código de Comercio es posible la denominada sustitución fideicomisaria accionaria, evitando la mortuoria. Hay que aclarar que el fideicomiso testamentario se encuentra regulado en el Código de Comercio y no en el Código Civil, que prohíbe la sustitución, art. 582. Sin embargo, la disposición del Código de Comercio es posterior al Código Civil.

5.1.2. Los fideicomisos basados en pólizas, son aquellos en los que el fideicomitente suscribió, de antemano, una póliza de vida. Ya ha designado como beneficiaria a una entidad fiduciaria. En el momento en que fallezca el fideicomitente, la entidad recibe el monto de la póliza. El beneficiario, entonces, constituye con ese dinero, un fideicomiso, para los fines que ya había determinado previamente el fideicomitente. Este tipo de negocio es muy útil para favorecer a menores de edad, que a final de cuentas, resultan como beneficiarios finales de la póliza de vida. Esta modalidad facilita una óptima administración del dinero hasta que los menores alcancen la mayoría de edad.

5.2- Fideicomisos Intervivos: Esta categoría engloba a todos aquellos fideicomisos que se constituyen y generan sus efectos en vida del fideicomitente.

5.2.1- Fideicomisos de garantía: Se constituyen con el fin de adquirir una obligación crediticia. En ellos figura una persona física o jurídica que considera fungir como deudor de un préstamo, generalmente. El fideicomitente toma la decisión de entregar los bienes a un fiduciario. También, procede a designar como fideicomisario a la o las personas que vayan a ser sus eventuales acreedores. La especial finalidad de este tipo de negocio, consiste en que los acreedores del fideicomitente se garantizan que en caso de incumplimiento, el fiduciario va a liquidar los bienes que le entregó el fideicomitente. Con su producto, se pagará proporcionalmente todas las obligaciones que hayan quedado insolutas y que el patrimonio autónomo respalda. Cabe aclarar, que los bienes con los que cuenta el fideicomiso, se convierten en prenda común de los acreedores (principio de responsabilidad universal patrimonial) y que el papel que asume el fiduciario, en ningún caso, será de fiador solidario ni avalista. Su rol se contrae a administrar el patrimonio y eventualmente liquidarlo si hay incumplimiento. El

fiduciario, entonces, debe garantizar a los fideicomisarios-acreedores, que el patrimonio es existente y registrar su valor actualizado para efectos de una potencial liquidación. La ventaja que este tipo de fideicomisos proporciona, es que las partes pueden contractualmente prever la forma de liquidar los bienes, sin que necesariamente deban acudir al trámite judicial de la vía de apremio o ejecución (juicio prendario o hipotecario), que puede ser largo y complicado.

5.2.2. Fideicomiso de administración e inversión para asegurar la educación de menores de edad: En esta categoría de fideicomisos, el fideicomitente, por lo general, es un padre de familia. Él procede a entregar al fiduciario, dinero en efectivo o bien, títulos valores fácilmente negociables y liquidables, para que éste los invierta y destine los frutos civiles a la creación de un especial fondo para hacerle frente a los gastos académicos que enfrenten los menores. Los menores, a la postre, son los fideicomisarios designados.

5.2.3. Fideicomisos para jubilaciones o pensiones: En esta clase de fideicomiso, generalmente interviene una operadora de pensiones, que recibe el dinero de sus afiliados y lo administra. Se constituye un fideicomiso abierto, con un número no determinado de fideicomitentes, que son los ahorrantes que suscribieron el pacto. Ellos aportan diferentes sumas y se adhieren a los términos del contrato. Forman un fondo común con todos sus aportes. El fiduciario invierte el dinero y los beneficios se capitalizan y eventualmente se le devolverá un monto proporcional a su aporte a cada uno. En el momento en que vence el plazo estipulado por las partes, el fiduciario reintegra la totalidad del capital e intereses ganados y los deposita a una cuenta individualizada o bien, se los devuelve gradualmente como cuota mensual que venga a complementar el dinero percibido como pensión por el fideicomitente, hasta que se acabe el dinero a reintegrar. Cada ahorrante, hace su aporte de acuerdo a su capacidad económica y eso es lo que se le entrega al final.

5.2.4. Fideicomisos de titularización: Esta clase de fideicomisos es altamente relevante. Consisten en que el fideicomitente entrega cualquier tipo de bienes al fiduciario. Acto seguido, el fiduciario, tomando en cuenta el valor real de ellos, procede a la emisión de títulos valores y los coloca en el mercado primario a través de la Bolsa Nacional de Valores o por ventanilla. Los recursos que se capten, se trasladarán al fideicomitente o se destinarán a los fines previstos en el contrato. Hay varias sub-categorías:

5.2.4.1. Los fideicomisos para compra de inmuebles se caracterizan porque el fiduciario, procede a captar recursos del público. Éstos se destinan para otorgar créditos a los solicitantes para que adquieran inmuebles, en especial, viviendas. El patrimonio fideicometido, queda constituido por créditos con garantía hipotecaria a favor del mismo fideicomiso, que se convierte en el acreedor de los beneficiarios de esos créditos inmobiliarios. Este tipo de fideicomisos han sido ampliamente utilizados por el Banco Nacional de Costa Rica para facilitar el acceso a vivienda a familias de clase media.

5.2.4.2. Los fideicomisos para la obtención de recursos frescos son una modalidad de fideicomiso de titularización, en virtud de la cual, el fiduciario se limita a colocar los títulos valores en bolsa y simplemente, transfiere los dineros obtenidos en la negociación, al fideicomitente. Tal actividad, permite que una empresa obtenga liquidez de manera rápida, sin necesidad de pedir un préstamo bancario, con todos los trámites que ello conlleva. El P.H. Cariblanco es un ejemplo, de fideicomiso titulado. No obstante, debe analizarse lo dicho en la Consulta C-300-2001, emitida por la Procuraduría General de la República.

5.2.5 Fideicomisos públicos: Esta terminología podría sonar extraña, en razón de que fideicomiso se caracteriza por ser un contrato privado. Sin embargo, esta modalidad es ampliamente utilizada en el sector público y lo especial de ella, radica en que el fideicomitente es de naturaleza pública. Generalmente un órgano desconcentrado de la administración central o una institución descentralizada ocupan ese rol. El Estado (*latu sensu*), puede incluso, jugar el papel de fiduciario, fideicomitente o hasta fideicomisario. El ente Estatal o una sociedad anónima de carácter público, puede ser fideicomitente en el caso, en que debidamente autorizado, se constituya fideicomiso y traspase a un fiduciario, bienes públicos. El fiduciario puede un banco estatal. Es el caso de que un banco estatal, sea fiduciario de un patrimonio fideicometido y gestione, para los fines del fideicomiso, compras para la ejecución de los fines del fideicomitente. (ver oficio DAGJ-3724-2005 de la Contraloría General de la República).. Esta clase de fideicomisos, deben constituirse con apego a las reglas de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos, Ley N° 8131 del 18 de setiembre del año 2001; la Ley 7494 de Contratación Administrativa y sus reformas; o por ley especial al efecto. Contará con la fiscalización superior de la Contraloría General de la República. En cuanto a la propiedad de los bienes, el fiduciario los recibirá en calidad de propiedad fiduciaria, pero los bienes tendrán carácter público, artículos 261 a 263, Código Civil. Si el fiduciario fuere un banco organizado bajo la legislación mercantil, el patrimonio fideicometido siempre será público, es el caso del Banhvi y bancos privados. (ver oficio DAGJ-0448-2006 de la Contraloría General de la República) El patrimonio fideicometido, no forma parte del patrimonio del fiduciario, sino que es independiente y separado. Existen muchos ejemplos de fideicomisos, entre ellos, administración de peajes, etc.

Hay varias modalidades dentro de esta categoría, pero no limitados a:

5.2.5.1 Fideicomisos para créditos de desarrollo: El Estado, traspasa al fiduciario, recursos líquidos, que generalmente han sido obtenidos a través de empréstitos o donaciones otorgadas por otros Estados u organismos financieros. El fiduciario, deberá destinar los rendimientos de los recursos, al otorgamiento de créditos a distintos destinatarios y sectores productivos del país. El fiduciario, en estos casos, debe ceñirse a los que establecen las cláusulas del contrato, que generalmente reenvían al articulado de la ley que aprobó el empréstito, o bien, a los términos del convenio de donación por el que se recibió el capital. A veces, el

fiduciario, puede tener otros deberes adicionales. Por ejemplo, dar asistencia técnica a los destinatarios del crédito. Debe colaborar con la recuperación de los créditos morosos y velar porque todos los fondos en verdad cumplan el fin público para el que fueron recibidos con criterios de eficiencia económica.

5.2.5.2 Fideicomisos de concesión de obra pública: Se constituyen en los casos en los que se ha concedido la realización de una obra pública a una persona de Derecho Privado. La Ley de Concesión de Obra Pública, promulgada en mil novecientos noventa y tres, viene a posibilitar la constitución de estos fideicomisos. Hay dos modalidades potenciales para llevarlos a cabo. En primer término, es posible que los derechos económicos de la concesión, se traspasen como patrimonio del fideicomiso. El fiduciario la usará como garantía para los potenciales acreedores del concesionario. El dinero obtenido, vendrá a financiar la realización de la obra pública. En segundo término, el concesionario, una vez que ha terminado la construcción de la obra, destina los dineros que obtiene, por ejemplo, de un peaje o una carretera, a constituir un fideicomiso. El fiduciario, entonces, va cobrar esos peajes y con las ganancias que obtiene de ese dinero, que es el patrimonio autónomo, deberá pagar las deudas que dejó el concesionario y a la vez, dar mantenimiento a la obra e invertir el remanente, que será la ganancia final del concesionario.

Continuando con los fideicomisos, se encuentra:

5.2.6 Fideicomisos estatales varios: Corresponde esta tipología a otros que no encuadren en las clases anteriores. Por ejemplo el caso en que el fiduciario se encargue de cobrar impuestos territoriales municipales e invertir el dinero para que sea entregado y produzca frutos para posteriormente girarlo a quien por ley corresponda. Como se dijo, esta categoría es amplia y su extensión está en relación directa con los fines que el ordenamiento público permita alcanzar. Otros ejemplos pueden ser los de fideicomisos de fondos comunes de inversión, con fines culturales, sociales, beneficencia, etc.

5.2.7 Fideicomisos de pago, etc. Este tipo de fideicomiso, se utiliza para traspasar bienes suficientes para pago de obligaciones. El fiduciario deberá acatar las disposiciones para cumplir con el encargo. Muchas veces, la masa de acreedores de ese patrimonio optan por la quita y espera, con el fin de recibir un porcentual del monto adeudado. Por otro lado, se ha pretendido esta figura del fideicomiso de pago, para cancelación de extremos laborales, ver oficio DAGJ-1473-2005, de la Contraloría General de la República.-

5.2.8 Patrimonio dedicado o destinado. De acuerdo con la reforma al Código Civil Italiano, artículos 2447 bis y siguientes, prevé la posibilidad de dedicar patrimonios a actividades específicas. Claro está, el patrimonio es dinámico y se dedica, en realidad, a una actividad, no a un acto. Lo novedoso de esta figura, es que, la constitución de ese patrimonio requiere del acuerdo respectivo, de

publicidad, de posible oposición de acreedores y especializa la responsabilidad patrimonial, constituyéndose en garantía para acreedores específicos –del patrimonio destinado.- En Costa Rica, por su parte, hay que analizar si en algunos patrimonios separados fideicometidos, pueden responder a un grupo específico de acreedores.

6. Marco contractual

En líneas precedentes, se caracterizó el contrato de fideicomiso y se señaló que éste requiere la forma documental. Ahí se plasman manifestaciones de voluntad de las partes y las condiciones generales que pactaron. El carácter escrito facilita los efectos probatorios y no es importante si se otorga en documento público o privado, salvado el caso en que bienes inmuebles integren el patrimonio autónomo. Ahí se exige comparecer ante Notario Público y dar inscripción al documento. El Código de Comercio no establece especiales formalidades para el contrato, por lo que rige la libertad contractual con las limitaciones explicadas en cuanto a la licitud del fin que el fideicomitente desea que se logre. No obstante, existen una serie de cláusulas que en la práctica se acostumbra incorporar.

A continuación se hace mención de algunas de ellas.

1- Partes del fideicomiso: Dentro de la primera cláusula, se consigna quién es fideicomitente, quién el fiduciario y quiénes serán los fideicomisarios.

2- Patrimonio fideicometido: Esta cláusula corresponde a los bienes que van a constituirse en propiedad fiduciaria. Su detalle, debe ser pormenorizado para facilitar su perfecta identificación. Debe dejarse establecido que el contrato se tendrá por constituido una vez practicada la formal entrega de los bienes. Ello provoca el nacimiento del patrimonio autónomo. Esta cláusula, usualmente es titulada como objeto del contrato, pero es más recomendable titularla como patrimonio fideicometido, toda vez que la palabra objeto se refiere a prestaciones o conductas y no precisamente a bienes.

3- Finalidad del fideicomiso: En esta cláusula se detalla el punto medular el contrato, que es el fin o fines para los que se ha creado el fideicomiso y a los que se debe someter el fiduciario. El fin delimita el ámbito de acción de éste, en cuanto a atribuciones de administración y deberes de ejecución.

4- Plazo del fideicomiso: Se indica en esta cláusula, el período temporal en el que el contrato tendrá efectos. El plazo de vigencia debe ser estipulado y además, es recomendable hacer mención a la posibilidad de prórroga del plazo en forma automática, ya que el vencimiento, sea anticipado o normal, una vez que ocurra, la fase de ejecución, liquidación, etc., es la que procede.

5- Honorarios del fiduciario: Este aspecto debe quedar preestablecido, toda vez que el fiduciario no podrá obtener más emolumentos que los fijados y con la previsión contractual expresa, se evitan conflictos de interés.

6- Rendición de cuentas: Se establecen aquí los plazos en los que el fiduciario informará acerca de los resultados de su gestión. En fideicomisos complejos, se puede estipular la presentación de estados financieros en forma mensual, inclusive.

7- Auditorías: Puede establecerse la facultad del fideicomitente de nombrar auditores externos para que fiscalicen la administración y ejecución del pacto.

8- Modificaciones al contrato: Puede establecerse en el pacto, cláusulas de revisión, que permitan, con el consentimiento del fiduciario, efectuar modificaciones contractuales. Igualmente, pueden existir cláusulas que permitan la posibilidad de crear reglamentos dentro del fideicomiso. Todas esas cláusulas encuentran obstáculos en los casos de fideicomisos testamentarios en los que ya falleció el fideicomitente y en los públicos, por las limitaciones que imponen la normativa administrativa.

9- ejecución contractual. Puede llevarse a cabo el remate mediante subasta extrajudicial o bien judicial. En el caso de la subasta extrajudicial, el pacto obliga a detallar el procedimiento para la almoneda, publicación de bandos, etc.

10- Resolución de Conflictos: Las partes pueden incorporar cláusulas en las que se señala el procedimiento a seguir para resolver controversias en cuanto a la administración y ejecución del fideicomiso. Puede dirimirse el conflicto por medio de árbitros, sean de derecho o de equidad.

11- Estimación del contrato: Las partes pueden expresar en el documento, un monto que para todos los efectos legales, represente el valor del patrimonio fideicometido.

11. Extinción del plazo del fideicomiso y vencimiento anticipado: A pesar de que el artículo 659 del Código de Comercio vigente establece algunas de las causas por las cuales se extingue el contrato de fideicomiso, es posible que las partes establezcan causales de la extinción anticipada del mismo. Es justamente en este punto, y los efectos jurídicos que se producen al encontrarnos ante un vencimiento anticipado del contrato, que se centra el presente estudio, razón por la cual, el siguiente apartado desarrollará lo concerniente a los mismos.
