

Lic. Mariano Jiménez Zeledón
Licenciado en Derecho y politólogo
Universidad de Costa Rica

- I. *Nota Introductoria*
- II. *Teoría del Mandato Irrevocable*
- A. *El fiduciario no actúa como representante del fideicomitente*
- B. *Los actos que realiza el fiduciario van dirigidos a radicar en la órbita del fideicomitente*
- C. *En el mandato no hay transmisión de derecho del mandante de terceros*
- CH. *La figura del mandato irrevocable es contradictoria*
- III. *Teoría del Patrimonio de Afectación*
- A. *Se trata de una mala interpretación del trust inglés*
- B. *No puede existir un patrimonio sin sujeto*
- C. *El concepto de afectación no tiene contenido en nuestra legislación*
- CH. *El concepto de titularidad*
- D. *Patrimonio autónomo o patrimonio separado*
- IV. *Teoría del Desdoblamiento del Derecho de Propiedad*
- V. *Teoría del Fideicomiso como estipulación a favor de terceros*
- A. *El contrato con estipulación a favor de terceros carece de un patrimonio fideicometido*
- B. *En el contrato con estipulación a favor de tercero debe existir determinación de las partes*
- VI. *El Fideicomiso como negocio fiduciario*
- A. *El fideicomiso es un negocio único*
- B. *En el fideicomiso el fin debe ser lícito y determinado*
- C. *El fideicomiso es un negocio típico*
- CH. *En el fideicomiso los resultados no exceden el fin perseguido*
- D. *El negocio fiduciario no es un acto unilateral*
- VII. *El Fideicomiso como negocio jurídico*
- A. *El negocio jurídico*
- B. *El fideicomiso como negocio jurídico*
- VIII. *A manera de conclusión*

I. *NOTA INTRODUCTORIA*

En el derecho comercial costarricense el fideicomiso ha sido un tema poco analizado por los tratadistas especializados en la materia⁽¹⁾, contentándose con citar la doctrina y jurisprudencia mexicana, que no en todas las ocasiones es concordante con nuestro ordenamiento jurídico.

Todavía mayor confusión provoca las aisladas referencias a la naturaleza jurídica del fideicomiso, tema polémico a nivel doctrinal.

La importancia de abordar este instituto está determinado por la realidad económica que ha puesto en primer orden al fideicomiso, como uno de los instrumentos jurídicos que permite obtener con mayor flexibilidad determinados fines económicos.

No obstante, esta flexibilidad que permite esta figura jurídica, pone de manifiesto la necesidad de abundar sobre el mismo, para saber a ciencia cierta cuando se está frente a un fideicomiso u otro instituto jurídico.

Seguidamente se procederá a exponer en forma resumida las diversas posiciones que sobre la naturaleza del fideicomiso se han expuesto en relación con el ordenamiento jurídico costarricense.

II. *TEORÍA DEL MANDATO IRREVOCABLE*

Esta teoría fue elaborada por el jurista panameño Ricardo Alfaro, el cual procurando adaptar y hacer comprensible la figura del trust anglosajón en los ordenamientos jurídicos de origen romanista, expuso que el fideicomiso se asimilaba a la del mandato irrevocable.

Así, este ilustre tratadista señalaba:

“...tanto el fiduciario como el trustee inglés es siempre una persona que ejecuta un encargo o comisión que le ha sido dado por otra para beneficio de un tercero.”

(1) Resulta sumamente interesante la tesis de graduación, la primera en la materia, del ilustre profesor Dr. Fernando Mora Rojas. **Los negocios fiduciarios y el fideicomiso**, 1964, así como, el libro de Boris Kozolchik y Octavio Torrealba, **Curso de Derecho Mercantil Texto y Material de Estudio**, Tomo III, 1971. Otra tesis es la del Lic. Javier Apéstequi Zamora, **Historia, Desarrollo y Práctica en el Fideicomiso**, 1974. En cuanto a artículos, es de consulta obligada el del profesor mexicano Raúl Cervantes Ahumada, 'El Fideicomiso', en **Revista de Ciencias Jurídicas**, N° 5, 1964. Más recientemente puede revisarse la tesis de quien escribe, Lic. Mariano Jiménez Z., **El Fideicomiso Agrario según la Ley de Modernización Financiera de la República**, N° 7107, 1992.

...no hay duda de que el mandato es la institución de Derecho civil que tiene más estrecha semejanza con el trust, puede ser y ha sido asimilado a un mandato en que el fideicomitente es el mandante y el fiduciario el mandatario.” (2)

Como el mandato es revocable en cualquier tiempo por el mandatario, y el fideicomiso no, el Lic. Alfaro ideó asimilarlo a un mandato irrevocable.

Don Alberto Brenes Córdoba define el mandato de la siguiente forma:

“...un contrato consensual en cuya virtud uno de los estipulantes, llamado ‘mandatario’, es encargado por el otro, que recibe el nombre de ‘mandante’, para que obrando por cuenta y representación de éste, desempeñe uno o varios negocios de carácter jurídico.” (3)

Teniendo en cuenta la anterior definición, varias son las objeciones para asimilar el fideicomiso al mandato, a saber:

A. El fiduciario no actúa como representante del fideicomitente

Señala el Dr. Fernando Mora que el “problema nace porque el fiduciario no actúa por cuenta y en representación del fideicomitente. El fiduciario actúa por su propia cuenta, vale decir, corre por todos los riesgos de la negociación; y en su propio nombre realiza las gestiones del caso, jamás en nombre del fideicomitente, lo cual sería trastornar y malograr los fines que se pretende alcanzar con el negocio.” (4)

B. Los actos que realiza el fiduciario van dirigidos a radicar en la órbita del fideicomisario

“Los negocios jurídicos que celebra [el mandatario] están destinados a radicarse cabeza de su comitente” (5), mientras que en el fideico-

miso, el fiduciario que actúa en nombre propio y por su cuenta, los actos que ejecuta van dirigidos a radicar su propia órbita en su calidad de fiduciario o en la del fideicomisario.

Incluso, nuestro Código de Comercio en su artículo 658 establece que se presume constituido en fraude de acreedores el fideicomiso en que el fideicomitente sea también fideicomisario único o principal.

C. En el mandato no hay transmisión de derechos del mandante hacia terceros

En el fideicomiso el fideicomitente transmite la propiedad de bienes y derechos directamente al fiduciario, para que éste los utilice conforme al acto constituido del fideicomiso.

“En el mandato, en ningún caso, el mandante transmite derechos al mandatario para que produzca efectos la representación que implica el acto jurídico. Las transmisiones de derechos que se pueden realizar en los actos jurídicos para los cuales el mandante otorga el poder correspondiente al mandatario, se realizan del patrimonio del mandante al patrimonio del tercero con quien contrata el mandatario, En el curso de la transmisión no hay ningún ingreso ni egreso de derechos en el patrimonio del mandatario.” (6)

En el artículo 633 de nuestro Código de Comercio se indica que en virtud de un fideicomiso, el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes y derechos, “el criterio de distinción radica en la transmisión del dominio producida por el fideicomiso”. (El subrayado es nuestro). (7)

CH. La figura del mandato irrevocable es contradictoria

Don Alberto Brenes señala lo siguiente:

“Respecto a la terminación del mandato por causa de revocatoria, o por renuncia del mandatario, hay que observar que la libertad de que gozan las partes para desligarse de la obligación de continuar el mandato, se basa en la especial naturaleza de éste: siendo, como es, un pacto

(6) Villagorda, *op. cit.*, p. 90.

(7) Rodolfo Batiza, *El Fideicomiso: teoría y práctica*, México, D. F., Editorial Porrúa, S. A., cuarta edición, 1980, p. 150.

(2) José Manuel Villagorda Lozano, *Doctrina General del Fideicomiso*, México, D. F., Editorial Porrúa, S. A., 1982, p. 87.

(3) Alberto Brenes Córdoba, *Tratado de los Contratos*, San José, Editorial Juricentro, 1985, p. 208.

(4) Fernando Mora Rojas, *Los negocios fiduciarios y el fideicomiso*, San José, Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1964, p. 98.

(5) Sergio Rodríguez Azuero, *Contratos Bancarios*, Colombia, Biblioteca FELABAN, 1977, p. 98.

cuya existencia está vinculada en la confianza y amistad que debe haber entre las partes, cuando esos elementos faltan, lo que fácilmente puede ocurrir de un momento a otro, las operaciones que deberían ejecutarse no es posible se lleven adelante con el espíritu de cordialidad necesaria en esta clase de asuntos. De otro lado, en lo que mira particularmente al mandante, como el mandato se celebra en su interés, es a él a quien toca decidir cuándo debe ponerle fin, sea por no convenirle su continuación, sea por cualquier otro motivo que a nadie está obligado a declarar.” (8)

En otras palabras, “un mandato es siempre revocable” (9), la revocabilidad es consustancial al mandato mismo, lo contrario sería desnaturalizar dicha figura jurídica.

Respecto al fideicomiso, el Código de Comercio establece en el artículo 659, inciso d), que puede extinguirse por revocación que haga el fideicomitente, cuando en el acto de creación del fideicomiso se haya reservado tal derecho.

Sin embargo, lo natural del fideicomiso es su irrevocabilidad; en el caso de que no se estipule nada al respecto, el fideicomiso es irrevocable. Pero tal y como reza el artículo en comentario, es factible que por acuerdo entre el fideicomitente y el fiduciario el mismo será revocable por el primero, cuando así se señale en el acto constitutivo, siempre y cuando, como indica el inciso d) queden garantizados los derechos de terceros adquiridos durante la gestión del fideicomiso.)

En nuestro concepto la revocabilidad del fideicomiso es impropia en esta figura jurídica por las siguientes razones (10):

(8) Brenes Córdoba, *op. cit.*, p. 221.

(9) Boris Kozolchik y Octavio Torrealba, **Curso de Derecho Mercantil Texto y Material de Estudio**, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Tomo III, 1971, p. 50.

(10) Criterio contrario al expuesto lo sostiene el jurista colombiano Sergio Rodríguez, el cual señala lo siguiente:

“La facultad de revocar parece razonable en buena parte de los casos porque, salvo aquellas modalidades en las cuales se quieren conseguir resultados a largo plazo o para fines científicos o culturales o a favor de entidades estatales, que como vimos pueden hacerse por término indefinido, lo cierto es que dentro de la mutabilidad de las circunstancias en que discurren las relaciones entre las personas es posible que el constituido, por ejemplo, para beneficiar a un pariente, quien se haya hecho acreedor a la ayuda por sus condiciones de pobreza y lealtad, resulte mañana innecesario porque adquiera bienes de fortuna o adopte una conducta con el fiduciante que no se compadezca de la colaboración ofrecida por éste.”

(Sergio Rodríguez, **Contratos Bancarios...**, p. 639).

La existencia del inciso d) del artículo 659 en nuestro Código de Comercio tiene que ver con los primeros escritos del Dr. Alfaro en el año 1920, los cuales influenciaron a la legislación mexicana de esa década, de ahí pasó hacia la legislación hondureña, y de esta última fue copiado por nuestros legisladores. Debemos anotar que cuando el autor panameño, efectuó los primeros estudios para adoptar el trust anglosajón en nuestros ordenamientos jurídicos romanistas, no tenía mucha claridad de la naturaleza de esta figura. Luego de más de setenta años, el fideicomiso es común en nuestros países de tradición latina, conociéndose mejor su funcionamiento, y en virtud de la seguridad jurídica del tráfico mercantil, se justifica la eliminación de este inciso de nuestro ordenamiento jurídico o en su defecto, una regulación más puntual de las condiciones en que la revocación se puede ejecutar.

1. El fideicomitente transmite la propiedad de bienes y derechos para la realización de un determinado fin, por lo que tales bienes y derechos salen de su esfera patrimonial.)

La revocabilidad del fideicomiso puede dar lugar a la realización de negocios en fraude de acreedores, puesto que el fideicomitente, podría perfectamente constituir un fideicomiso para sustraer ciertos bienes del acoso de acreedores, y posteriormente, cuando ya no corriera riesgos, revocar en forma unilateral el fideicomiso, cuando se cumplieran ciertas condiciones muy cuidadosamente seleccionadas.

2. Pareciera que la revocación del fideicomiso debiera siempre contar con la anuencia del fideicomisario, quien adquiere derechos desde el momento mismo de la existencia legal del mismo. Incluso, cuando el fideicomisario surja a la vida jurídica en virtud del contrato entre fideicomitente y fiduciario, la revocación del mismo debería contar con el consentimiento del segundo.)

D. Otras diferencias entre fideicomiso y mandato

El jurista mexicano Carlos Quintero señala estas otras diferencias:

“En efecto, el mandato no priva al dueño de ejecutar sobre los bienes los actos jurídicos que han encargado al mandatario o inclusive actos jurídicos diferentes. En el mandato así mismo, los acreedores del dueño pueden ejercer sobre los bienes todas las acciones y derechos que tengan contra el dueño y por último el mandato se extingue por la muerte del mandatario.” (11)

III. TEORIA DEL PATRIMONIO DE AFECTACION

“Una de las primeras monografías aparecidas en países de derecho civil intentando explicar la naturaleza jurídica del trust anglosajón y consiguientemente evaluar su adaptación, fue la del jurista francés Pierre Lepaulle, publicada en 1932. Para Lepaulle el trust consiste en un patrimonio de afectación, es decir la esencia de los derechos concedidos es patrimonial y el patrimonio no es de nadie sino constituye un todo distinto en la forma de una *res universal*.” (12)

(11) Carlos Quintero, ‘El fideicomiso en México: aspectos económicos y legales de su desarrollo’, **Revista FELABAN**, Bogotá, Editorial Kelly, N° 22, octubre de 1975, p. 294.

(12) Lepaulle citado Kozolchik, *op. cit.*, p. 47.

Esta "teoría ha pretendido explicar la naturaleza jurídica del trust a través del estudio de sus elementos fundamentales para afirmar que, dentro de las posibilidades del Derecho Inglés, no debe hacerse énfasis en las supuestas obligaciones derivadas de las relaciones entre las partes, pues ellas no son constantes ni necesarias y las modalidades estudiadas demuestran que pueden faltar una u otra, dentro de las distintas soluciones. Por ello debe concluirse que los únicos elementos constantes y esenciales en los negocios de trust radican en la existencia de un patrimonio y una destinación..." (13)

Una "afectación no se realiza por sí sola: es necesario tener un medio práctico para llevarla a cabo. Este medio práctico es el trustee, único sujeto de derecho necesario pero suficiente para el funcionamiento del trust. Puede no haber ni settlor ni cestui que trust que constituyen una persona física o moral, pero debe haber un trustee. La afectación debe realizarse por medio de un sujeto de derecho." (14)

Lepaulle termina exponiendo la siguiente definición de trust como: "una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derechos que tiene la obligación de hacer todo lo que sea razonablemente necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha obligación." (15)

Si bien esta teoría brindó un gran aporte para comprender como funciona el fideicomiso, no creemos posible fundar la naturaleza jurídica del fideicomiso como patrimonio de afectación, por las siguientes razones:

A. *Se trata de una mala interpretación del trust inglés*

Lepaulle tratando de adaptar el trust al ordenamiento jurídico de Francia, ideó esta teoría de un patrimonio de afectación, al observar que en la práctica jurídica inglesa, en algunos casos no existe settlor (fideicomitente), "sino que son impuestos los trust por disposición de la ley" (16) en otros no existe trustee, "él será designado por el tribunal y en muchos supuestos el beneficiario es inexistente." (17)

(13) Sergio Rodríguez, *Contratos Bancarios...*, p. 619.

(14) Lepaulle citado por Villagorda, *op. cit.*, pp. 91-92.

(15) *Ibid.*, p. 92.

(16) Lepaulle citado por Villagorda, *op. cit.*, p. 91.

(17) Sergio Rodríguez, *Contratos Bancarios...*, p. 619.

La crítica principal consiste en señalar que en cualquiera de los casos siempre el elemento personal es indispensable.

Recordemos que "todo el Derecho se realiza y tiene sentido en razón del sujeto, por el sencillo motivo que este es el punto de convergencia de todos los fenómenos jurídicos, pues toda situación de hecho es considerada por el Derecho en cuanto su existencia o realización revela la formación de intereses subjetivos..." (18), en consecuencia, debe rechazarse la idea, de que el fiduciario, resulte ser tan sólo un 'medio práctico' para el funcionamiento del fideicomiso, el fiduciario es un sujeto de derecho y como tal debe considerársele.

B. *No puede existir un patrimonio sin sujeto*

"La esencia o naturaleza jurídica del fideicomiso no puede ser la existencia de un patrimonio separado sin sujeto, puesto que patrimonio es 'conjunto de derechos y obligaciones' y estos sólo pueden entenderse referidos a un sujeto de derecho, el que por otra parte ha de ser necesariamente una persona jurídica individual o una colectiva, pero jamás una cosa o grupo de cosas." (19)

C. *El concepto de afectación no tiene contenido en nuestra legislación*

"Se ha sostenido que la expresión 'afectación' no tiene un contenido propio en muchas de nuestras legislaciones y que, por consiguiente, no puede dársele el alcance que pretendió asignarle el jurista francés." (20)

El artículo 633 del Código de Comercio señala que el fiduciario "queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predefinidos en el acto constitutivo."

Aunque implícitamente se entiende que tales bienes quedan afectados en el sentido que Lepaulle lo exponía, el concepto de afectación no tiene un contenido de derecho en nuestro Código de Comercio.

En realidad lo que existe es una obligación para el fiduciario de utilizar los bienes conforme a lo pactado. Nada impide hablar de

(18) Víctor Pérez, *Derecho Privado*, San José, segunda edición, 1991, p. 36.

(19) Mora, *op. cit.*, p. 93.

(20) Quintero citado por Rodríguez, *Contratos Bancarios...*, p. 619.

afectación, pero en buena técnica jurídica, conforme a la legislación comercial, lo correcto es hablar de una obligación impuesta por ministerio de ley al fiduciario. Por supuesto, que el utilizar el concepto de obligación restringe los alcances del concepto de afectación conforme a su proponente, para quien la afectación parece asumir vida jurídica independiente de las partes.

CH. El concepto de titularidad

Para Lepaulle "el sujeto de derecho encargado de realizar la 'afectación' es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir su obligación." (21) (El subrayado es nuestro).

En la doctrina no existe una definición unívoca de lo que trata el concepto de titularidad, así:

"Tanto en el proyecto de reformas al fideicomiso preparado por la Asociación de Banqueros de México, como en el que elaboró la Secretaría de Economía, sus respectivas definiciones contienen la frase 'el fideicomitente transmite la titularidad de un derecho al fiduciario'. Sin embargo, para la Comisión de la Asociación de Banqueros 'titularidad' es equivalente a título propio, a propiedad, en tanto que para la Comisión de la Secretaría de Economía 'fiduciario es titular, no propietario'." (22)

Cervantes Ahumada expresa un concepto de titular similar al del proyecto de la Secretaría de Economía de México citado en el párrafo anterior por Batiza, de la siguiente forma:

"El fiduciario es titular, no propietario (art. 838 del proyecto para el Nuevo Código de Comercio). Por titularidad se entiende 'la cualidad jurídica que determina la entidad del poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos dentro de una relación jurídica.'" (23)

Lo anterior, lleva al jurista mexicano Carlos Quintero a sostener lo siguiente:

"La palabra titularidad realmente no tiene un contenido jurídico dentro de nuestro derecho común, por lo que pienso que es un esfuerzo inútil tratar de llegar a la naturaleza jurídica del fideicomiso partiendo del

(21) Rodolfo Batiza, **Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria**, México, D. F., Editorial Porrúa, S. A., 1977, p. 31.

(22) **Ibid.**, nota 40, p. 34.

(23) Raúl Cervantes Ahumada, **Títulos y Operaciones de Crédito**, México, D. F., Editorial Herrero, S. A., decimocuarta edición, 1988, p. 296.

prejuicio que significa que forzosamente debe explicarse en razón de las figuras tradicionales de nuestro sistema de derecho." (24)

De igual forma, Batiza afirma que el vocablo titularidad carece de contenido definido, por lo que no es necesaria su utilización. (25)

En el Diccionario de Cabanellas se define el vocablo titularidad de la siguiente forma:

"Indole de un título jurídico. Calidad del titular de un derecho o de otra relación jurídica." (26)

En efecto, el vocablo titular carece de contenido referido al fideicomiso, no obstante tratándose de derechos reales o de títulos valores si tiene un contenido definido. (27)

Si bien, no puede existir un titular del fideicomiso, sí puede existir un titular del derecho real de propiedad fiduciaria. El fideicomitente transmite un derecho real de propiedad, por lo que el nuevo titular de ese derecho será el fiduciario.

Conforme al artículo 633 del Código de Comercio en el cual se establece que el fideicomitente transmite la propiedad de bienes y derechos, sin lugar a duda, el fiduciario es propietario, y por lo tanto, el titular de los derechos reales que le han sido transmitidos, con las limitaciones del caso, para realización de los fines del fideicomiso.

El profesor Víctor Pérez, sobre el concepto de titularidad afirma lo siguiente:

"En algunos negocios se requiere también que el sujeto tenga la titularidad. Esta señala su posición como destinatario actual, ya no potencial, de efectos jurídicos; es la concretización de la genérica capacidad jurídica respecto a determinadas consecuencias jurídicas.

Por ejemplo, el sujeto debe ser propietario para poder transmitir el dominio a otro." (28)

En suma, la titularidad deviene en función de la propiedad que ha sido transmitida, por lo que no puede haber titularidad sin propiedad, y no puede haber propiedad sin un sujeto titular, que en el caso de la propiedad fiduciaria sería el fiduciario.

(24) Quintero, **op. cit.**, p. 295.

(25) Batiza, **Principios Básicos...**, p. 34.

(26) Guillermo Cabanellas De Torres, **Diccionario Jurídico Elemental**, Buenos Aires, Editorial Heliasta, S. R. L., 1988, p. 312.

(27) En el caso de los títulos valores, se denomina titular al tenedor del título valor en virtud del derecho cartular contenido en aquel, en este sentido, es que el artículo 667 del Código de Comercio habla de titular del derecho

(28) Pérez, **op. cit.**, p. 226.

D. Patrimonio autónomo o patrimonio separado

El Código de Comercio en su artículo 634 establece que los bienes fideicometidos constituirán un 'patrimonio autónomo' 'apartado' para los propósitos del fideicomiso.

Nuestra legislación, al igual que la mexicana, ha adoptado el concepto de Lepaulle de patrimonio autónomo. Por supuesto, que no se puede fundar la naturaleza jurídica del fideicomiso en esta teoría porque como se ha expuesto no puede haber patrimonio sin sujeto.

El problema se encuentra en la misma denominación de patrimonio autónomo, que puede inducir al error de creer que aquel puede existir sin un sujeto titular. Lo correcto sería utilizar el concepto de 'patrimonio separado' (29) dentro del patrimonio del fiduciario, quien será el titular de los mismos y le dará el destino correspondiente conforme al acto constitutivo del fideicomiso.

IV. TEORIA DEL DESDOBLAMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

En el derecho inglés es posible la existencia de dos tipos de derecho: el common law y equity law, lo que da lugar a que pueda existir un propietario conforme al derecho común, pero que por razones de equidad, otro sujeto goza en forma material de la propiedad, aunque formalmente el propietario sea el primero.

En apoyo a esta tesis, el jurista mexicano Joaquín Rodríguez explica "que el fideicomiso tiene como TITULAR JURIDICO al fiduciario; pero como titulares económicos al fideicomisario y al fideicomitente. Es titular jurídico el fiduciario porque él, aunque temporal y revocable, es el dueño. Titulares económicos son el fideicomisario y fideicomitente, porque a ellos van los beneficios de la propiedad y la propiedad misma al concluirse el fideicomiso." (30)

No obstante, apunta el profesor Fernando Mora que esta "idea ha sido mantenida principalmente por aquellos que tratan adaptar, a como haya lugar, el trust angloamericano a las legislaciones romanistas de derecho codificado. Y, como es lógico, se topan siempre con un obstáculo a nuestro parecer insalvable, pero que ellos creen sobrepasar diciendo que en el fideicomiso hay una propiedad formal, en manos del fiduciario y otra material, en manos del fideicomitente, o lo que es lo mismo, que el primero tiene la propiedad legal y el segundo la económica." (31)

(29) Véase el Código de Comercio, artículo 644, inciso b).

(30) Joaquín Rodríguez citado Mario Bauche Garciadiego, **Operaciones Bancarias**, México, Editorial Porrúa, S. A., 1977, p. 369.

(31) Mora, **op. cit.**, p. 102.

La principal crítica contra esta teoría del desdoblamiento de la propiedad radica en que en nuestros países con sistemas jurídicos de tradición romanista no es posible que este desdoblamiento se dé, puesto que priva un concepto absoluto de la propiedad:

"El concepto de derecho de propiedad derivado directamente del derecho francés y éste a su vez del concepto romano, no permite este desdoblamiento entre el dominio útil y el dominio jurídico." (32)

En otras palabras, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, si fuese posible utilizar esta terminología, el fiduciario sería tanto propietario formal como propietario económico.

El jurista mexicano Raúl Cervantes Ahumada comentando nuestro Código de Comercio, señala lo siguiente:

"En primer lugar, el primer artículo del Código relativo al fideicomiso involucra en el concepto el derecho de propiedad. "Por medio del fideicomiso -dice el 633- el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes". Hay una transmisión de propiedad que no se ve cómo va a actuar, puesto que el artículo 264 del Código Civil establece que la propiedad es un derecho dominical que se compone de la posesión, del usufructo, la transformación y enajenación, la defensa y exclusión y la restitución e indemnización. Y por el resto del artículo se ve que, cuando menos, el usufructo nunca se transmite al fiduciario. En términos generales, el fiduciario costarricense deberá obrar, según las normas contenidas en el Código, "mutatis mutandis", de la misma manera que el fiduciario mejicano." (33)

La duda que tiene don Raúl Cervantes es muy atinada puesto que en el artículo 264 del Código Civil e habla de 'dominio' o 'propiedad absoluta', por lo tanto, si conforme al artículo 633 del Código de Comercio, el fideicomitente 'transmite la propiedad' al fiduciario, sin duda, que este como propietario puede ejercer todos los derechos que comprende el derecho de propiedad.

Sin embargo, el ejercicio de todos los derechos que conlleva el derecho de propiedad, no es absoluto como se señala en el Código Civil, salvo, cuando estos conllevan a la consecución del fin o fines por los que se constituyó el fideicomiso. El fiduciario es propietario absoluto en el tanto cumpla con el fin del fideicomiso, lo cual constituye una limitación no contemplada en el artículo 264 citado.

(32) Quintero, **op. cit.**, p. 295.

(33) Cervantes Ahumada, 'El Fideicomiso', **Revista de Ciencias Jurídicas**, San José, Escuela de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Nº 5, mayo de 1965, p. 191.

Para resolver este aparente problema tenemos que tener presente las dos siguientes observaciones:

- 1) El Código de Comercio, en su artículo 633 en relación con el 636, reforma en forma implícita el Código Civil, en su artículo 264, al establecer un nuevo tipo de propiedad, a saber la **propiedad fiduciaria**, en virtud de la cual el fiduciario es propietario absoluto en el tanto se limita a cumplir con las finalidades del fideicomiso.
- 2) De todas formas, aún no existiendo las disposiciones citadas del Código de Comercio, conforme al artículo 459 del Código Civil, el sistema costarricense de derechos reales es el de numerus apertus, en el sentido de que no existe ninguna prohibición respecto a la creación de nuevos derechos reales, los cuales son de libre creación para los particulares. (34) El sistema de numerus apertus en relación con el principio de autonomía de la voluntad, implica que los particulares no tendrían limitación para crear un derecho real de propiedad fiduciaria y llevar a cabo un negocio jurídico cuyo objeto sería derecho real.

En suma, relacionando los artículos 633 y 636 del Código de Comercio, con el 459 del Código Civil, encontramos que no existe impedimento para la creación del derecho real de propiedad fiduciaria, en virtud del cual el fiduciario es propietario absoluto en función de los fines del fideicomiso. (35)

Además, debe recordarse que el desdoblamiento de propiedad en el sistema inglés tiene como base la existencia de un doble orden jurídico, mientras que nuestro sistema jurídico se caracteriza por su unicidad. Por lo tanto, no es posible fundar la naturaleza del fideicomiso en la teoría del desdoblamiento de la propiedad.)

(34) Ver Ligia Roxana Sánchez Boza, 'La propiedad y los derechos reales nuevos', **La Propiedad**, San José, Editorial Juricentro, S. A., pp. 150-152.

(35) La Dra. Ligia Roxana Sánchez manifestaba que conforme apunta el maestro Pugliatti hoy se reconoce que no existe una "propiedad" sino "propiedades". (Participación de la profesora Sánchez durante el **Seminario: Fideicomiso y sus aplicaciones en la actividad bancaria y el movimiento cooperativo**, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho, 27 de mayo de 1992).

Si bien concordamos con la observación de la profesora Sánchez, no está de más reafirmar, en concordancia con la legislación en análisis, que existe una propiedad fiduciaria, la cual no es reconocida por una parte de la doctrina sobre fideicomiso.

V. **TEORÍA DEL FIDEICOMISO COMO ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCERO**

El tratadista don Alberto Brenes Córdoba explica que es "lícito, en un contrato, estipular a favor de un tercero, sea que ambos contratantes tengan interés en procurarle un beneficio, sea que uno de ellos desee poner en nombre y a favor de otro, cualquier derecho que del negocio convenido pudiese resultarle... El estipulante pacta para sí, más por un acto de su voluntad, resuelve que todos o algunos de los derechos que adquiere pasen a otro, el cual viene a ser beneficiario respecto a las resultas de la negociación celebrada.

Para que el derecho se consolide en favor del tercero reteniéndolo irrevocablemente para sí, se requiere que él explícitamente muestre su consentimiento. La aceptación que sobrevenga se retrotrae en sus efectos al día del contrato. De esto resulta que la muerte del tercero ocurrida después de celebrado el acuerdo y antes de aceptar, no priva a sus sucesores de los beneficios de la estipulación en caso de que quieran aceptarla como representantes del fallido." (36)

Esta teoría que intenta asimilar el fideicomiso a un contrato con estipulación a favor de un tercero, en forma análoga compara: al estipulante o promisorio con el fideicomitente, al promitente con el fiduciario y al beneficiario con el fideicomisario.

A pesar de las muchas semejanzas que puedan presentarse, no es dable fundar la naturaleza jurídica como un contrato con estipulación a favor de tercero por las siguientes razones:

A. *El contrato con estipulación en favor de tercero carece de un patrimonio fideicometido*

El objeto del fideicomiso consiste en "los bienes y derechos fideicometidos" que el fideicomitente traslada al fiduciario, para que este los utilice conforme al pacto constitutivo del fideicomiso. Se trata de un patrimonio separado cuyo titular para todos los efectos es el fiduciario.

En el contrato con estipulación a favor de un tercero no existe ningún patrimonio autónomo o separado, no hay traslación de bienes y derechos hacia la órbita del promitente, sino que esta traslación de bienes y derechos se da hacia la esfera del beneficiario como un efecto del contrato celebrado, pero aún en este caso no se crea un patrimonio fideicometido, sino que tales bienes y derechos se consideran como parte integral del patrimonio del beneficiario.

(36) Brenes Córdoba, **op. cit.**, p. 72-73.

"El promitente resulta obligado desde el momento del contrato, y se considera que el derecho correspondiente ingresa al patrimonio del beneficiario desde ese momento." (37)

El objeto de este contrato lo constituye una prestación de hacer o dar, pero nunca un patrimonio fideicometido)

B. *En el contrato con estipulación en favor de tercero debe existir determinación de las partes*

En efecto, por tratarse de un contrato, tanto el estipulante como el promitente deben estar determinados, para que pueda haber *acuerdo de voluntades*, y por lo tanto, surja a la vida jurídica el contrato.

"La estipulación a favor de tercero deriva de un contrato, no de una manifestación unilateral de voluntad." (38)

El fideicomiso puede constituirse como *manifestación unilateral de voluntad del fideicomitente para que tenga existencia jurídica*, no es necesario el fiduciario para que el fideicomiso se constituya válidamente, aunque la falta de este puede conllevar a la extinción del mismo (39), se trata de la extinción de un fideicomiso que previamente había surgido a la vida jurídica.

Incluso, en el artículo 638 del Código de Comercio se establece que cuando 'falta' el fiduciario, el fideicomitente procederá a nombrar uno nuevo o en su defecto le corresponderá su nombramiento al juez civil de la respectiva jurisdicción/

El ejemplo más claro de que el fideicomitente se puede constituir por manifestación unilateral de voluntad lo es el fideicomiso testamentario (40), mientras que esta posibilidad no cabe con el contrato con estipulación en favor de un tercero, puesto que sólo procede 'entre vivos'.

Lo expuesto en el párrafo anterior no sólo confirma la tesis de que el fideicomiso puede constituirse por una manifestación unilateral de voluntad, sino que además, permite señalar una diferencia de fondo del fideicomiso con respecto al contrato con estipulación a favor de un tercero:

(37) Diego Baudrit Carrillo, *Teoría General del Contrato*, San José, Editorial Juricentro, S. A., 1982, p. 73.

(38) Luis Muñoz citado por Villagorda, *op. cit.*, p.154.

(39) Véase el *Código de Comercio*, artículo 659, inciso e).

(40) Véase el *Código de Comercio*, artículo 635.

- a) En el contrato con estipulación en favor de un tercero, se requiere la participación del promitente desde el momento de la generación del mismo, *en el fideicomiso no es necesario la participación del fiduciario para la constitución del mismo*,
- b) En el contrato con estipulación a favor de tercero, una vez que ha surgido a la vida jurídica, no puede faltar en ningún momento el promitente, de lo contrario fenecer el contrato, ni podría ser sustituido por otro sujeto que figurará como nuevo promitente, puesto que se trataría de una nueva contratación, mientras que en el fideicomiso, el fiduciario nombrado puede faltar, y ser sustituido por otro, tratándose del mismo fideicomiso.)

Puede constituirse válidamente un fideicomiso, aún cuando el fideicomitente y el fiduciario pueden recaer en el mismo sujeto de derecho (41), razón por la cual no estaríamos frente a un contrato con estipulación a favor de tercero, puesto que el estipulante y el beneficiario serían la misma persona.

Aunque una situación similar puede acaecer en los contratos con estipulación a favor de tercero, tal hecho se presenta sólo cuando el beneficiario no acepte lo prometido, en cuyo caso, según el artículo 1032 del Código Civil, la obligación estipulada, podrá beneficiar al estipulante, en el tanto, no se trate de una prestación personalísima. Pero aún en estos casos, no existe coincidencia entre estipulante y beneficiario, sino que simplemente la estipulación beneficia al primero ante la no aceptación del segundo.

Tampoco "se estaría en el caso de contrato con estipulación en favor de tercero, al constituirse los fideicomisos honorarios estatuidos por el artículo 655 del Código de Comercio de Costa Rica, ya que en estos casos falta el fiduciario, al menos determinado, pues este tipo de fideicomiso son los que se constituyen por ejemplo para la manutención de animales, la construcción de monumentos, para honrar a los héroes, etc.; o sea que, en otras palabras, no tienen un fiduciario que reclame directamente su ejecución, correspondiendo este tipo de fideicomisos a los 'Honorari Trust' del derecho anglosajón." (42)

En el contrato con estipulación en favor de tercero, este tercero puede ser indeterminable, pero siempre debe ser "determinable al momento de celebrar el contrato en que se pacte el beneficio a su favor..." (43), lo contrario ocurre en el fideicomiso, en el que como hemos visto puede no existir fideicomisario.

(42) Javier Apéstegui Zamora, *Historia, Desarrollo y Práctica en el Fideicomiso*, San José, Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1975, p. 53.

(43) Villagorda, *op. cit.*, p. 159.

La "estipulación a favor de tercero supone la existencia de éste, en tanto que el fideicomiso puede constituirse a favor de los que no nacidos y aun para finalidades del todo ajenas a las personas." (44)

* VI. EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO

"En 1935 apareció la monografía de Remo Franceschelli 'Il trust nel Diritto Inglese' en la cual se identificaba al trust con el negocio fiduciario. Por negocio fiduciario entiende Franceschelli, la transacción por la cual se hace constar que las partes se obligan a algo que no es a lo que realmente están obligadas pero que sirve de soporte a la verdadera obligación." (45) >

"El negocio fiduciario es un negocio complejo, atípico, compuesto de dos negocios típicos cuyos efectos son contradictorios. El primer negocio es real, exteriorizado, efectivamente realizado por las partes, y el segundo negocio, que destruye entre las partes los efectos del primero, es un negocio oculto, que sólo tiene eficacia interna entre las partes." (46)

"El negocio con fines indirectos es para Kholer, Regelsberg, Messina, etc., aquel que emplean las partes para conseguir fines diversos de aquellos que les son propios, habida cuenta su típica estructura." (47)

"Si concretamos más dentro del campo de los negocios indirectos encontramos que el fideicomiso, por la naturaleza del negocio empleado -traslación- y el exceso de los resultados típicos de éste sobre los fines perseguidos, debe referirse a los negocios fiduciarios." (48)

El jurista mexicano Joaquín Rodríguez agrega lo siguiente:

"No solamente es el fideicomiso un negocio fiduciario, sino que es también un negocio jurídico indirecto, en cuanto éstos se caracterizan por el empleo de un negocio para la realización de fines obtenidos normalmente por otros. Los fines del fideicomiso (transmisión de bienes para fines de beneficencia, para pago de rentas, para garantías de obligaciones, para

administración, etc.), podrían conseguirse mediante negocios reglamentados por la legislación positiva (compraventa, mandato, comisión, prestación de servicios, hipotecas, etc., etc., máxime que a todos estos negocios pueden dárseles las más variadas estructuras, dada la libertad de contratación que es la base de nuestro sistema jurídico privado). Por eso, podemos decir que el fideicomiso es un negocio jurídico indirecto, en cuanto a la transmisión de dominio, que es su base, no persigue los resultados propios de la misma, sino otros cuya determinación depende de la voluntad de las partes. La transmisión se quiere realmente, pero no por los efectos de ella, sino por los que las partes señalan, los que podríamos obtener mediante la utilización de otros negocios jurídicos." (49)

"El negocio fiduciario -es una forma compleja que resulta de la unión de dos negocios de índole y efectos diferentes, colocados en oposición recíproca. Consta: (1) De un contrato real positivo, la transferencia de la propiedad o del crédito, que se realiza de modo perfecto o irrevocable. (2) De un contrato obligatorio negativo: la obligación del fiduciario de usar tan sólo en una cierta forma el derecho adquirido, para restituirlo después al transferente o a un tercero." (50)

El jurista colombiano Sergio Rodríguez se inclina por fundar la naturaleza jurídica del fideicomiso como negocio fiduciario, de la siguiente manera: →

"Esta teoría acepta que la fiducia mercantil es una especie de negocio fiduciario por concurrir en ella dos elementos: (real) de una parte, constituido por la transmisión de los bienes o derechos y (personal), de la otra, constituido por las limitaciones obligatorias resultantes del acuerdo entre las partes. No puede afirmarse, sin embargo, que exista una desproporción entre el medio utilizado y la finalidad que se busca porque en cuanto se trate de figuras tipificadas, como sucede en nuestro caso, la finalidad que se busca debe conseguirse precisamente a través del expediente de la transmisión. Además, debe observarse que no se trataría en todo caso de un negocio fiduciario puro por cuanto él no radica en forma exclusiva en la confianza, sino que los derechos y obligaciones de las partes están cuidadosamente regulados por la ley sin que quepa entonces posibilidad de abuso, en el sentido de traición a la voluntad del constituyente que quedase impune por no existir control distinto sobre el cumplimiento de la misma que la propia conciencia del fiduciario, como sucedía en las manifestaciones primitivas en estos negocios. Por ello, y por este aspecto, tendría que decirse que es una especie de negocio fiduciario impuro." (51)

(44) Batiza, 'El Fideicomiso...', p. 151.

(45) Kozolchyk, *op. cit.*, p. 48.

(46) Cervantes, *Títulos y Operaciones...*, p. 296.

(47) Luis Muñoz, *Contratos y Negocios Jurídicos Financieros*, Buenos Aires, Editorial Universidad, Tomo I, 1981, p. 34.

(48) Manuel Lizardi Albarrán citado por Batiza, *El Fideicomiso: teoría...*, nota 227, p. 131.

(49) Joaquín Rodríguez Rodríguez, *Curso de Derecho Mercantil*, México, D. F., Editorial Porrúa, S. A., decimoséptima edición, Tomo II, 1983, p.120.

(50) Ferrara citado por Cervantes Ahumada, *Títulos y Operaciones...*, p. 297.

(51) Sergio Rodríguez, *Contratos Bancarios...*, p. 620.

La teoría del negocio jurídico aplicable al trust anglosajón, debe rechazarse de plano a la luz de nuestro ordenamiento jurídico de tradición romanista. Entre las razones principales de este rechazo podemos citar las siguientes:

A. *El fideicomiso es un negocio único*

El negocio fiduciario está compuesto de dos negocios, uno real, externo y aparente, y otro obligacional y oculto, mientras que “el fideicomiso es un negocio único, no compuesto de dos negocios, y cuyos efectos derivan del acto constitutivo o la ley, no de relaciones internas y secretas...”.⁽⁵²⁾

En este mismo sentido, Batiza opina lo siguiente:

“El fideicomiso, y aquí repetiremos lo que antes dijimos sobre el trust, tampoco representa una especie dentro del género de los negocios fiduciarios, desde el momento en que no consiste en un negocio formado por dos elementos cuyos efectos son contradictorios entre sí y en que el primero, es real, exteriorizado, jurídicamente obligatorio, en tanto que el segundo sólo tiene eficacia interna entre las partes. Tiene con el negocio fiduciario una diferencia radical de estructura: el fideicomiso es un acto jurídico reglamentado por el derecho positivo, un vínculo único con validez y eficacia idénticas entre las partes y frente a terceros.”⁽⁵³⁾ (El subrayado es nuestro).

B. *En el fideicomiso el fin debe ser lícito y determinado*

En el negocio fiduciario “los efectos del negocio aparente se destruyen por el negocio oculto...”⁵⁴, mientras que en el fideicomiso los fines tienen que ser lícitos y predeterminados en el acto constitutivo⁽⁵⁵⁾, y principalmente, porque los fideicomisos con fines secretos se encuentran prohibidos.⁽⁵⁶⁾

(52) Cervantes Ahumada, *Títulos y Operaciones...*, p. 297.

(53) Batiza, ‘El Fideicomiso...’, p. 133.

(54) Cervantes Ahumada, *Títulos y Operaciones...*, p. 133.

(55) Véase el *Código de Comercio*, artículo 633.

(56) Véase el *Código de Comercio*, artículo 661, inciso a)

La publicidad es una de sus características dado que el fideicomiso en el cual hay traslación de bienes hacia la esfera del fiduciario debe inscribirse en el registro público.⁽⁵⁷⁾

El fideicomiso no es un negocio fiduciario “puesto que del análisis de los artículos 633 y 634 del Código de Comercio de Costa Rica encontramos que el fin tienen que ser lícito y determinado. En el negocio fiduciario, aunque en apariencia el fin se presenta lícito, por ejemplo el traspaso de un inmueble por compraventa, la finalidad última no trasciende, por lo que no es determinable.”⁽⁵⁸⁾

C. *El fideicomiso es un negocio típico*

En efecto, el fideicomiso es un negocio típico en el Código de Comercio, mientras que el negocio fiduciario es un negocio atípico no regulado en ningún cuerpo legal.

“El fideicomiso es un negocio nominado, esto es, reglamentado, tipificado; el negocio no es típico, es un contrato innominado. Las relaciones entre fiduciante y fiduciario se rigen por la estricta buena fe; las relaciones entre las partes del fideicomiso están reguladas por la ley y por el acto constitutivo del negocio...”⁽⁵⁹⁾

CH. *En el fideicomiso los resultados no exceden el fin perseguido*

Para el jurista colombiano Sergio Rodríguez, en el fideicomiso como negocio fiduciario, no existe desproporción entre el medio utilizado y la finalidad que se busca.⁽⁶⁰⁾

El connotado jurista se encuentra en un error, al considerar que el fideicomiso está compuesto por dos negocios diferentes, puesto que se trata de un único negocio, con finalidades propias del mismo, que las partes conocen y por tal motivo lo utilizan como figura jurídica.

En el fideicomiso “no es posible considerar que las partes lo constituyan con el fin de obtener resultados que exceden a los exigidos por

(57) Véase el *Código de Comercio*, artículo 636.

(58) Apéstegui, *op. cit.*, p. 41.

(59) Arrechea Alvarez citado por Batiza, *El Fideicomiso...*, nota 230, p. 133.

(60) Ver Sergio Rodríguez, *Contratos Bancarios...*, p. 620.

el fin práctico perseguido, ya que la figura jurídica del fideicomiso tiene finalidades específicas que aunque en algunos casos sean semejantes a las otras figuras contenidas dentro de nuestro ordenamiento positivo, estas últimas no serían suficientes para alcanzar los fines perseguidos por el fideicomiso, fines que son propios de la institución y son los mismos que las partes quieren, sea que las partes están conscientes del empleo de las formas del fideicomiso para obtener resultados propios de la institución y que implican el fin práctico deseado.” (61)

En el fideicomiso existe “un vínculo único con validez y eficacia idénticas entre las partes y frente a terceros.” (62)

D. *El negocio fiduciario no es acto unilateral*

El jurista mexicano Maximino Arrechea Alvarez establece lo que sigue:

“El fideicomiso, como negocio, existe independientemente de que haya un contrato con una fiduciaria; es efecto de la manifestación de la voluntad unilateral del fideicomitente. En cambio la fuente del negocio fiduciario está en el doble contrato entre fiduciante y fiduciario. La fiducia es el resultado de un acto bilateral; el fideicomiso lo es de un acto unilateral.” (63)

VIII. *EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO JURIDICO*

A. *El negocio jurídico*

En nuestros días se considera “que la Teoría del Negocio Jurídico ha absorbido la del Contrato, que viene a regularse en sus aspectos principales por las normas genéricas de la primera en cuanto le sean singularmente aplicables.” (64)

En igual sentido, señala Petit que “que la frase negocio jurídico ha

(61) Apéstegui, *op. cit.*, pp. 41-42.

(62) Villagorda, *op. cit.*, p. 104.

(63) Arrechea Alvarez citado por Batiza, *El Fideicomiso...*, nota 230, p. 133.

(64) Mario Ramírez Segura, ‘Nociones sobre la Teoría del Contrato’, *Revista Judicial*, San José, Año 2, Nº 5, setiembre de 1977, p. 60.

prevalcido sobre la de acto jurídico, ya que ésta tiene un alcance mayor que la de negocio, en atención a que abarca todos los actos humanos que producen efectos jurídicos, aunque no estén éstos determinados por la voluntad que los ejecuta, mientras que la palabra negocio comprende los actos de declaración de voluntad con intención de producir un efecto jurídico.” (65)

“Pero este querer del hombre de producir efectos jurídicos no es libérrimo. Esta circunscrito a los efectos que la norma jurídica, la ley, da al acto.” (66)

“Con arreglo, pues, a la idea anteriormente expuesta, y aceptando en este punto la definición del negocio jurídico que expresa un ilustre profesor y publicista, puede considerarse el negocio jurídico como el acto humano de manifestación de voluntad, el cual produce, dentro de los requisitos y límites fijados por la ley, los efectos queridos por quien los realiza.” (67)

En forma similar el profesor Víctor Pérez indica que “El negocio jurídico es una programación objetiva de intereses.” (68) Y señala que “Tradicionalmente se la define como una manifestación de voluntad dirigida a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico.” (69)

En función de la teoría del negocio jurídico es factible explicar en forma plena la naturaleza jurídica del fideicomiso. (70)

(65) Eugène Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, México, Editorial Porrúa, S. A., séptima edición, 1990, p. 178.

(66) Sotela Montagné (Rogelio), ‘Hechos, Actos y Negocios Jurídicos como Génesis de los Derechos Subjetivos’, *Revista de Ciencias Jurídicas*, Escuela de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Nº 15, junio de 1970, p. 169.

(67) Arias Ramos citado por Petit, *op. cit.*, p. 177.

(68) Pérez, *op. cit.*, p. 207.

(69) Cariota Ferrara citado por Pérez, *op. cit.*, p. 207.

(70) En sentido contrario, tenemos la siguiente posición: “Puede verse que es innecesario recurrir a conceptos ajenos a nuestra tradición jurídica, como el de ‘negocio jurídico’... del Pandectismo alemán del siglo XIX, para encuadrar al fideicomiso en nuestro sistema legal...”. (Batiza, *Principios Básicos...*, nota 41, pp. 35-36).

B. *El Fideicomiso como negocio jurídico*

1. *Constitución del fideicomiso como negocio jurídico unilateral*

Lo primero que se debe preguntar es ¿qué es lo mínimo que se requiere para la constitución de un fideicomiso?

El jurista mexicano Joaquín Rodríguez explica lo siguiente:

"Normalmente, el fideicomiso se presenta como un acto unilateral, cuando el fideicomitente establece su voluntad en un acto inter vivos, o en su testamento. En este caso, su declaración es obligatoria inmediatamente para él, puesto que no puede revocar el fideicomiso, si expresamente no se reservó esa facultad..., no puede modificarlo, si no es el consentimiento del fideicomisario... y produce efectos frente a terceros por su aplicación..., todo ello independientemente de las aceptaciones del fiduciario y del fideicomisario, que por lo mismo no son manifestaciones de voluntad esenciales para integrar el negocio jurídico. La adhesión del fiduciario a las normas establecidas por el acto constitutivo y la aceptación del cargo son condiciones jurídicas para la ejecución del fideicomisario, pero no para su perfección jurídica." (71)

Otras opiniones sobre este tema son las siguientes:

"...en éste (el fideicomiso) como en el trust expreso, hay un acto libre constitutivo del mismo y hay costumbre en denominar fideicomiso a lo que no es sino la situación engendrada por la voluntad unilateral del fideicomitente, en otras palabras, la constitución del fideicomisario es efecto de la voluntad unilateral de su creador, que puede manifestar por testamento o por cualquier otro acto entre vivos." (72)

"...creemos que no es forzosamente un acto consensual el fideicomiso y que puede ser, y de hecho lo es y viene siéndolo, constituido por declaración unilateral de la voluntad del fideicomitente." (73)

"Hemos indicado ya que el Fideicomiso de acuerdo con nuestra Ley puede nacer en virtud de una manifestación unilateral de voluntad, a pesar de que la intervención de tres personas en su funcionamiento, pudiera inducirnos a creerlo de manera distinta." (74)

"De esto se desprende que el fideicomiso puede nacer simplemente de la declaración unilateral de voluntad del fideicomitente, siempre que se llenen los requisitos de capacidad y forma y estando dicha declaración encaminada a la consecución de un fin lícito." (75)

(71) Joaquín Rodríguez, *op. cit.*, p. 120.

(72) Arrechea Alvarez citado por Batiza, *El fideicomiso...*, nota 228, p. 132.

(73) Roberto Molina Pasquel citado por Batiza, *El fideicomiso...*, nota 228, p. 132.

(74) Pintado Rivero citado por Batiza, *Ibidem*.

(75) Dinorah Sanabria citado por Batiza, 'El fideicomiso...', nota 228, p. 132.

La manifestación unilateral de voluntad del fideicomitente constituye el elemento indispensable para que surja a la vida jurídica el fideicomiso.

Nuestro Código de Comercio en su artículo 633 establece que 'el fideicomitente transmite al fiduciario', mientras el artículo 659 señala que tal manifestación sólo debe reunir el requisito de ser por escrito. A su vez, de los artículos 638 y 639 se desprende que el fiduciario puede llegar a faltar, lo que no constituye un obstáculo para que el fideicomiso continúe existiendo jurídicamente.

2. *La facultad de revocación*

Por otra parte, las causas de extinción de los fideicomisos se encuentran expresamente señaladas en el artículo 659 del mismo cuerpo legal. Debe indicarse que en el inciso d) se establece la revocación unilateral del fideicomiso por parte del fideicomitente, pero debe entenderse que esta facultad sólo puede operar cuando en el acto constitutivo se encuentre señalada en forma expresa.

Pero aún en el caso de que en la escritura constitutiva el fideicomitente se haya reservado la facultad de revocación, conforme al mismo inciso d) mencionado en el párrafo anterior, 'deberán quedar garantizados los derechos de terceros adquiridos durante la gestión del fideicomiso'. Todavía más, esta facultad de revocación no la puede ejercer en forma arbitraria, de lo contrario, aunque se encuentra señalada en forma expresa en el pacto constitutivo, puede devenir en una cláusula absolutamente nula, conforme a los preceptos estatuidos en los artículos 14 y 1023 del Código Civil. (76) (77)

Lo anterior sirve para reafirmar la tesis que la manifestación unilateral de voluntad del fideicomitente es suficiente para constituir un fideicomiso, y producir los efectos jurídicos que las normas de ésta prevén.

(76) Debe exceptuarse de la aplicación analógica y supletoria del artículo 14 y 1023 a los fideicomisos testamentarios.

(77) Debe tenerse presente que la mayor parte de los contratos de fideicomiso son suscritos por los bancos comerciales, que se pueden calificar como contratos bancarios masivos, es decir, que estamos frente a contratos de adhesión, a los cuales se les debe aplicar el artículo 1023 del Código Civil. La anterior opinión es compartida por el Lic. Ronald Drake, expositor en el Seminario: Fideicomiso y sus aplicaciones en la actividad bancaria y el movimiento cooperativo, realizado el 27 de mayo de 1992.

3. El fideicomiso como negocio bilateral y plurilateral

No obstante lo anterior, el fideicomiso también se puede constituir por la manifestación de dos voluntades, por lo que en este caso, estaríamos ante un contrato o negocio jurídico bilateral. De ser esta la naturaleza jurídica del fideicomiso, sería de aplicación la excepción de contrato no cumplida estatuida en el artículo 692 del Código Civil.

De todas formas, resulta interesante observar como a pesar de que un fideicomiso surge a la vida jurídica como contrato, si el fiduciario renuncia, conforme al artículo 638 puede ser sustituido, no extinguiéndose el contrato de fideicomiso, ocurriendo esto último, sólo en casos en que no sea posible sustituir al fiduciario, sea que no se encuentre sustituto o que el fideicomiso sólo pueda ser ejecutado por el fiduciario que renunció.

Estas excepciones a la continuación de la existencia del fideicomiso por renuncia del fiduciario, también se presentan en aquellos fideicomisos que se han constituido por la sola voluntad del fideicomitente, lo cual reafirma que la naturaleza jurídica del fideicomiso consiste en un negocio jurídico unilateral.

Por otro lado, el fideicomisario que es un tercero beneficiario, se convierte en parte, una vez que la declaración de voluntad del fideicomitente haya producido los efectos de ley.

Lo anterior, se puede advertir con sólo observar las facultades que el fideicomisario tiene respecto al patrimonio fideicometido y del fiduciario (78), y principalmente, lo establecido en el Código de Comercio, artículo 659 inciso c), que señala que el fideicomiso se extingue 'por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario'. Esto lleva a afirmar que el fideicomiso puede asumir, en su fase de eficacia, la forma de un negocio jurídico plurilateral, aunque para su perfeccionamiento baste tan solo la voluntad del fideicomitente.

"Explicando la naturaleza jurídica de la institución que había adaptado, Alfaro indicó: 'El fideicomiso, según el espíritu del proyecto, es ni más ni menos un contrato tripartito cuya consumación depende del consentimiento que a su debido tiempo debe dar cada una de las partes.' " (79)

(78) Véase el Código de Comercio, artículo 654.

(79) Batiza, Principios Básicos..., p. 36.

Aunque pueden existir fideicomisos sin fideicomisario determinado (80), no cabe duda, que en los que sí requieren de un fideicomisario, una vez que este acepte los beneficios del fideicomiso, asume una posición de parte esencial.

Si bien entre las causas de extinción de los fideicomisos nada se dice respecto a la falta del fideicomisario, en esta situación se considera, salvo que cada contrato defina otra cosa, que sería de aplicación el artículo 659 inciso a), que dice así:

"El fideicomiso se extinguirá:

- a) Por la realización del fin para el que éste fue constituido, o por hacerse éste imposible."

Una vez constituido en parte el fideicomisario, si este renuncia a los beneficios que en su favor se han estipulado, el fin del fideicomiso se haría imposible, razón por la cual, el mismo se extinguiría. En estos casos, se aplicaría el artículo 600 para resolver el destino de los bienes fideicometidos.

En resumen, se puede afirmar que la naturaleza jurídica del fideicomiso es la de un negocio jurídico unilateral, y que en su fase de eficacia, es decir para su debida ejecución, sí requiere del fiduciario y del fideicomisario. En otras palabras, de reducir el fideicomiso a su mínimo, no quedaría más que la manifestación de voluntad del fideicomitente.

En términos similares se expresa el jurista mexicano Maximino Arrechea Alvarez:

"La ejecución del fideicomiso, que implica una serie de actividades a cargo de la fiduciaria, exige normalmente la celebración de un contrato, concertado entre el fideicomitente, el fideicomisario en su caso, y una o varias instituciones fiduciarias. La aceptación del fiduciario no viene a perfeccionarlo como negocio bilateral o contrato: simplemente hace posible su ejecución, pues el fideicomiso es perfecto desde que reúne sus elementos esenciales." (81)

(80) "El fideicomisario no es un elemento esencial del fideicomiso, ya que pueden darse fideicomisos sin fideicomisario. Por ejemplo, se constituye un fideicomiso para que con los productos del patrimonio fideicometido se levante una estatua a un prócer, se recojan los perros callejeros, se realice una investigación científica o se funde una clínica para determinada clase de enfermos. En estos casos no habrá fideicomisario como sujeto jurídico...".

(Cervantes Ahumada, **Títulos y Operaciones...**, p. 300).

Esta clase de fideicomisos son determinados en la legislación costarricense como fideicomisos honorarios, y se encuentran establecidos en el artículo 655 del Código de Comercio.

(81) Arrechea Alvarez citado por Batiza, **El Fideicomiso...**, nota 230, p. 133.

Sin embargo, discrepo de esta última posición en el sentido de que si bien el fideicomiso surge a la vida jurídica por disposición de una manifestación unilateral de voluntad, en su fase de ejecución, al concurrir el fiduciario y el fideicomisario, el acto universal que dio vida al fideicomiso, se transforma en un negocio jurídico bilateral o plurilateral.

VIII. A MANERA DE CONCLUSION

Luego de determinada la naturaleza jurídica del fideicomiso de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, no resta más que finalizar este breve ensayo explorando una definición de fideicomiso, que podría ser la siguiente:

“El fideicomiso es un negocio jurídico (**programación objetiva de intereses**) único y típico (**unilateral, bilateral o plurilateral**) en virtud del cual una persona física o jurídica (**fideicomitente**) transmite a otra (**fiduciario**) la propiedad de bienes o derechos (**patrimonio separado del fideicomitente y del fiduciario**) (**propiedad fiduciaria**), para la realización de fines lícitos y determinados señalados en el acto constitutivo, usualmente constituido en beneficio de un tercero (**fideicomisario**).”