

UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA

SEDE HEREDIA

CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

**MAESTRÍA PROFESIONAL EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO
COMERCIAL**

**EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA Y SU “APARENTE” VIOLACIÓN AL PACTO
COMISORIO**

ELABORADO POR

SHIRLEY GRETTEL MADRIGAL VILLALOBOS

HEREDIA, COSTA RICA

2021

CARTA DE APROBACIÓN POR PARTE DEL TUTOR



UNIVERSIDAD LATINA CAMPUS HEREDIA CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS

CARTA DE APROBACIÓN POR PARTE DEL TUTOR DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

Heredia, 8 de diciembre del 2021

Señores

Miembros del Comité de Trabajos Finales de Graduación

SD

Estimados señores:

He revisado y corregido el Trabajo Final de Graduación, denominado:

"EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA Y SU "APARENTE" VIOLACIÓN A SU PACTO COMISORIO", elaborado por la estudiante: **SHIRLEY GRETTEL MADRIGAL VILLALOBOS**, como requisito para que la citada estudiante pueda optar por el grado académico **MASTER PROFESIONAL EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO COMERCIAL.**

Considero que dicho trabajo cumple con los requisitos formales y de contenido exigidos por la Universidad, y por tanto lo recomiendo para su entrega ante el Comité de Trabajos Finales de Graduación.

Suscribe cordialmente,

ANDRES JOSE
BOGARIN

BUSTAMANTE (FIRMA)

Firmado digitalmente por
ANDRES JOSE BOGARIN
BUSTAMANTE (FIRMA)
Fecha: 2021.12.08 08:27:49 -06'00'

Msc. ANDRES JOSÉ BOGARÍN BUSTAMANTE

CARTA DE APROBACIÓN POR PARTE DEL LECTOR

UNIVERSIDAD LATINA CAMPUS HEREDIA CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS

CARTA DE APROBACIÓN POR PARTE DEL LECTOR DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

Heredia, 9 de diciembre del 2021

Señores

Miembros del Comité de Trabajos Finales de Graduación

SD

Estimados señores:

He revisado y corregido el Trabajo Final de Graduación, denominado:

"EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA Y SU "APARENTE" VIOLACIÓN A SU PACTO COMISORIO", elaborado por la estudiante: **SHIRLEY GRETTEL MADRIGAL VILLALOBOS**, como requisito para que la citada estudiante pueda optar por el grado académico **MÁSTER PROFESIONAL EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO COMERCIAL**.

Considero que dicho trabajo cumple con los requisitos formales y de contenido exigidos por la Universidad, y por tanto lo recomiendo para su entrega ante el Comité de Trabajos Finales de Graduación.

Suscribe cordialmente,

**ANA PATRICIA
GUERRERO MURILLO
(FIRMA)**

Firmado digitalmente por ANA
PATRICIA GUERRERO MURILLO
(FIRMA)
Fecha: 2021.12.09 11:01:50 -06'00'

Msc. ANA PATRICIA GUERRERO MURILLO

CARTA DE APROBACIÓN POR PARTE DEL FILÓLOGO



UNIVERSIDAD LATINA CAMPUS HEREDIA CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS

CARTA DE APROBACIÓN POR PARTE DEL FILÓLOGO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

Heredia, 14 de diciembre del 2021

Señores
Miembros del Comité de Trabajos Finales de Graduación
SD

Estimados señores:

Leí y corregí el Trabajo Final de Graduación, denominado: **“EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA Y SU “APARENTE” VIOLACIÓN A SU PACTO COMISORIO”** elaborado por la estudiante **SHIRLEY GRETTEL MADRIGAL VILLALOBOS** para optar por el grado académico de **MÁSTER PROFESIONAL EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO COMERCIAL**.

Corregí el trabajo en aspectos tales como: construcción de párrafos, vicios del lenguaje que se trasladan a lo escrito, ortografía, puntuación y otros relacionados con el campo filológico, y desde ese punto de vista considero que está listo para ser presentado como Trabajo Final de Graduación; por cuanto cumple con los requisitos establecidos por la Universidad.

Cordialmente,

GINETTE
FONSECA
VARGAS (FIRMA)

Firmado digitalmente
por GINETTE FONSECA
VARGAS (FIRMA)
Fecha: 2021.12.14
11:26:31 -06'00'

Lcda. **Ginette Fonseca Vargas**
Filóloga
Carné: 10993

CARTA DE LA PERSONA AUTORA PARA USO DIDÁCTICO

Licencia De Distribución No Exclusiva (carta de la persona autora para uso didáctico)
Universidad Latina de Costa Rica

Yo (Nosotros):	Shirley Grettel Madrigal Villalobos
De la Carrera / Programa:	Maestría Profesional en Derecho con Mención en Derecho Comercial
Modalidad de TFG:	Memoria
Titulado:	EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA Y SU "APARENTE" VIOLACIÓN AL PACTO COMISORIO

Al firmar y enviar esta licencia, usted, el autor (es) y/o propietario (en adelante el "AUTOR"), declara lo siguiente: **PRIMERO:** Ser titular de todos los derechos patrimoniales de autor, o contar con todas las autorizaciones pertinentes de los titulares de los derechos patrimoniales de autor, en su caso, necesarias para la cesión del trabajo original del presente TFG (en adelante la "OBRA"). **SEGUNDO:** El AUTOR autoriza y cede a favor de la **UNIVERSIDAD U LATINA S.R.L.** con cédula jurídica número 3-102-177510 (en adelante la "UNIVERSIDAD"), quien adquiere la totalidad de los derechos patrimoniales de la **OBRA** necesarios para usar y reusar, publicar y republicar y modificar o alterar la **OBRA** con el propósito de divulgar de manera digital, de forma perpetua en la comunidad universitaria. **TERCERO:** El AUTOR acepta que la cesión se realiza a título gratuito, por lo que la **UNIVERSIDAD** no deberá abonar al autor retribución económica y/o patrimonial de ninguna especie. **CUARTO:** El AUTOR garantiza la originalidad de la **OBRA**, así como el hecho de que goza de la libre disponibilidad de los derechos que cede. En caso de impugnación de los derechos autorales o reclamaciones instadas por terceros relacionadas con el contenido o la autoría de la **OBRA**, la responsabilidad que pudiera derivarse será exclusivamente de cargo del AUTOR y este garantiza mantener indemne a la **UNIVERSIDAD** ante cualquier reclamo de algún tercero. **QUINTO:** El AUTOR se compromete a guardar confidencialidad sobre los alcances de la presente cesión, incluyendo todos aquellos temas que sean de orden meramente institucional o de organización interna de la **UNIVERSIDAD**. **SEXTO:** La presente autorización y cesión se regirá por las leyes de la República de Costa Rica. Todas las controversias, diferencias, disputas o reclamos que pudieran derivarse de la presente cesión y la materia a la que este se refiere, su ejecución, incumplimiento, liquidación, interpretación o validez, se resolverán por medio de los Tribunales de Justicia de la República de Costa Rica, a cuyas normas se someten el AUTOR y la **UNIVERSIDAD**, en forma voluntaria e incondicional. **SEPTIMO:** El AUTOR acepta que la **UNIVERSIDAD**, no se hace responsable del uso, reproducciones, venta y distribuciones de todo tipo de fotografías, audios, imágenes, grabaciones, o cualquier otro tipo de presentación relacionado con la **OBRA**, y el AUTOR, está consciente de que no recibirá ningún tipo de compensación económica por parte de la **UNIVERSIDAD**, por lo que el AUTOR haya realizado antes de la firma de la presente autorización y cesión. **OCTAVO:** El AUTOR concede a **UNIVERSIDAD**, el derecho no exclusivo de reproducción, traducción y/o distribuir su envío (incluyendo el resumen) en todo el mundo en formato impreso y electrónico y en cualquier medio, incluyendo, pero no limitado a audio o video. El AUTOR acepta que **UNIVERSIDAD**, puede, sin cambiar el contenido, traducir la **OBRA** a cualquier lenguaje, medio o formato con fines de conservación. **NOVENO:** El AUTOR acepta que **UNIVERSIDAD** puede conservar más de una copia de este envío de la **OBRA** por fines de seguridad, respaldo y preservación. El AUTOR declara que el envío de la **OBRA** es su trabajo original y que tiene el derecho a otorgar los derechos contenidos en esta licencia. **DÉCIMO:** El AUTOR manifiesta que la **OBRA** y/o trabajo original no infringe derechos de autor de cualquier persona. Si el envío de la **OBRA** contiene material del que no posee los derechos de autor, el AUTOR declara que ha obtenido el permiso irrestricto del propietario de los derechos de autor para otorgar a **UNIVERSIDAD** los derechos requeridos por esta licencia, y que dicho material de propiedad de terceros está claramente identificado y reconocido dentro del texto o contenido de la presentación. Asimismo, el AUTOR autoriza a que en caso de que no sea posible, en algunos casos la **UNIVERSIDAD** utiliza la **OBRA** sin incluir algunos o todos los derechos morales de autor de esta. **SI AL ENVÍO DE LA OBRA SE BASA EN UN TRABAJO QUE HA SIDO PATROCINADO O APOYADO POR UNA AGENCIA U ORGANIZACIÓN QUE NO SEA UNIVERSIDAD U LATINA, S.R.L., EL AUTOR DECLARA QUE HA CUMPLIDO CUALQUIER DERECHO DE REVISIÓN U OTRAS OBLIGACIONES REQUERIDAS POR DICHO CONTRATO O ACUERDO.** La presente autorización se extiende el día 16 de diciembre de 2021 a las 20:00

Firma del estudiante(s):

SHIRLEY GRETTEL
 MADRIGAL VILLALOBOS
 (FIRMA)

Firmado digitalmente por
 SHIRLEY GRETTEL MADRIGAL
 VILLALOBOS (FIRMA)
 Fecha: 2021.12.16 20:14:34 -06'00'

DECLARACIÓN JURADA

DECLARACIÓN JURADA

La suscrita, **SHIRLEY GRETTEL MADRIGAL VILLALOBOS** con cédula de identidad número **401680597**, declaro bajo fe de juramento, conociendo las consecuencias penales que conlleva el delito de perjurio: Que soy la autora del presente trabajo final de graduación, modalidad memoria; para optar por el título de **MASTER PROFESIONAL EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO COMERCIAL** de la Universidad Latina, campus Heredia, y que el contenido de dicho trabajo es obra original del (la) suscrito(a).

Heredia, nueve de diciembre del dos mil veintiuno

SHIRLEY GRETTEL MADRIGAL VILLALOBOS (FIRMA)  Firmado digitalmente por SHIRLEY GRETTEL MADRIGAL VILLALOBOS (FIRMA)
Fecha: 2021.12.09 18:25:03 -06'00'

SHIRLEY GRETTEL MADRIGAL VILLALOBOS

MANIFESTACIÓN EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD

MANIFESTACIÓN EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD

El (La) suscrito(a), **SHIRLEY GRETTEL MADRIGAL VILLALOBOS** con cédula de identidad número **401680597**, exonero de toda responsabilidad a la Universidad Latina, campus Heredia; así como al Tutor y Lector que han revisado el presente trabajo final de graduación, para optar por el título de **MASTER PROFESIONAL EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO COMERCIAL** de la Universidad Latina, campus Heredia; por las manifestaciones y/o apreciaciones personales incluidas en el mismo. Asimismo, autorizo a la Universidad Latina, campus Heredia, a disponer de dicho trabajo para uso y fines de carácter académico, publicitando el mismo en el sitio web; así como en el CRAI.

Heredia, nueve de diciembre del dos mil veintiuno

SHIRLEY GRETTEL MADRIGAL
VILLALOBOS (FIRMA)

Firmado digitalmente por SHIRLEY GRETTEL
MADRIGAL VILLALOBOS (FIRMA)
Fecha: 2021.12.09 18:29:23 -06'00'

SHIRLEY GRETTEL MADRIGAL VILLALOBOS

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a una mujer inspiradora que me ha motivado a seguir buscando nuevas metas y alcanzar mayores niveles, quien me ha dicho que soy capaz y que ha creído en mí siempre, mi motivadora incansable y mi apoyo incondicional, Ligia Villalobos Delgado, mi madre.

“Mujer virtuosa, ¿quién la hallará?
Porque su estima sobrepasa largamente a la de las piedras preciosas.

11 El corazón de su marido está en ella confiado,
Y no carecerá de ganancias.
12 Le da ella bien y no mal
Todos los días de su vida.”
Proverbios 31:11-12

AGRADECIMIENTO

Primero agradezco a Dios por darme las fuerzas para concluir este proyecto, a mi familia por la paciencia y apoyo incondicional y, por último, pero no menos importante a mis compañeros de trabajo y profesores que me apoyaron durante este trabajo de investigación.

RESUMEN EJECUTIVO

El contrato de fideicomiso es una figura jurídica muy utilizada tanto a nivel nacional como internacional por su versatilidad y conveniencia en todas las modalidades que existen (custodia de valores, administración, testamentario, financiero, entre otros); sin embargo, el fideicomiso de garantía goza de un atractivo que es generador de reiterados reclamos en estrados judiciales y administrativos y es la forma cómo se ejecutan los bienes que son dados en garantía ante el incumplimiento en el pago de la deuda; lo que se reclama es que no existe igualdad ante las partes porque existe un pacto comisorio oculto, donde el fiduciario dispone de los bienes y de manera directa o indirecta entrega los bienes dados en garantía al fideicomisario.

En el presente trabajo de investigación se consigna en los primeros capítulos los antecedentes, concepto, ventajas y partes del fideicomiso de garantía, seguidamente en los siguientes capítulos se realiza un análisis jurisprudencial, doctrinario y entrevistas a profesionales en Derecho para llegar a concluir si realmente existe un pacto comisorio oculto en los contratos de fideicomiso de garantía o bien poder ahondar qué lleva a que se presenten procesos tanto en la vía judicial como en la administrativa.

Finalmente, una vez realizada toda la investigación se procederá a brindar las conclusiones y recomendaciones para finalizar con una propuesta que pueda ayudar de alguna manera a tener más clara la figura del contrato de fideicomiso de garantía y no se presenten o disminuyan los litigios por este tema.

TABLA DE CONTENIDO

CARTA DE APROBACIÓN POR PARTE DEL TUTOR	II
CARTA DE APROBACIÓN POR PARTE DEL LECTOR	III
CARTA DE APROBACIÓN POR PARTE DEL FILÓLOGO.....	IV
CARTA DE LA PERSONA AUTORA PARA USO DIDÁCTICO	V
DECLARACIÓN JURADA	VI
MANIFESTACIÓN EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD.....	VII
DEDICATORIA.....	VIII
AGRADECIMIENTO.....	IX
RESUMEN EJECUTIVO	X
TABLA DE CONTENIDO.....	XI
ÍNDICE DE SIGLAS	XV
ÍNDICE DE GRÁFICOS	XVI
ÍNDICE DE ANEXOS	XVII
CAPÍTULO I: PROBLEMA Y PROPÓSITO.....	1
1.1. Antecedentes	1
1.1.1. Antecedentes a nivel internacional	1
1.1.2. Antecedentes a nivel regional	3
1.1.3. Antecedentes a nivel local	3
1.2. Planteamiento del problema	4
1.3. Justificación.....	4
1.4. Alcance y delimitaciones	6
1.4.1. Alcance.....	6
1.4.2. Delimitaciones.....	6

1.5. Objetivos	6
1.5.1. Objetivo general	6
1.5.2. Objetivos específicos	7
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	8
2.1. Concepto contratos mercantiles.....	8
2.2. Elementos del contrato	8
2.2.1. Consentimiento	8
2.2.2. Formalidades	9
2.3. Clasificación	9
2.3.1. Unilaterales y bilaterales.....	9
2.3.2. Oneroso y Gratuito.....	9
2.3.3. Conmutativos y Aleatorios	10
2.3.4. Consensuales, reales y Solemnes.....	10
2.4. Contrato de fideicomiso	10
2.4.1. Concepto	10
2.5. Noción y naturaleza jurídica	11
2.5.1. Teoría del mandato.....	12
2.5.2. Teoría del patrimonio de afectación.....	12
2.5.3. Teoría del desdoblamiento del derecho de propiedad	13
2.5.3. Teoría del negocio fiduciario.....	13
2.6. Normativa.....	14
2.7. Los bienes dados en Garantía	16
2.8. Causas por las que se da la terminación de un fideicomiso	16
2.9. Ejecución de la garantía.....	18
2.9.1. Concepto de Pacto comisorio	19

2.9.2. Remates en fideicomisos de garantía.....	20
2.9.3. Participación del Notario Público	21
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA.....	23
3.1. Paradigma – enfoque metodológico, método seleccionado y tipo de investigación	23
3.1.1. Paradigma – enfoque metodológico	23
3.1.2. Método seleccionado.....	24
3.1.3. Tipo de investigación	24
3.2. Descripción del sitio dónde se lleva a cabo el estudio	26
3.2.1. Zona y ubicación geográfica	26
3.3. Características de la población y fuentes de información	26
3.3.1. Características de la población de estudio	27
3.3.2. Sujetos y fuentes de información.....	28
3.4. Técnicas e instrumentos para la recolección de datos.....	29
3.4.1. Consideraciones éticas para la privacidad y confidencialidad de la información	29
3.5. Variables de investigación	29
3.5.1. Variable N°1. Causa que origina la confusión en el entendimiento de la cláusula de ejecución de un fideicomiso de garantía.....	29
3.6. Muestreo	31
3.7. Unidad de análisis.....	31
3.8. Proceso análisis de datos – sistematización.....	31
CAPÍTULO IV: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.....	33
4.1. Caracterización de la muestra.....	33
4.2. Análisis.....	35
4.3. Discusión de resultados	46

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	49
5.1. Conclusiones.....	49
5.2. Recomendaciones.....	51
CAPÍTULO VI: PROPUESTA	53
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55
ANEXOS	59
Anexo 1. Hoja de recolección de datos	59

ÍNDICE DE SIGLAS Y LEYES

CGR	Contraloría General de la República
DCA	División de Contratación Administrativa
d.C	Después de Cristo
DNN	Dirección Nacional de Notariado
Ley 7558	Ley Orgánica del Banco Central
Ley 4861	Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional
Ley 7732	Ley Reguladora del Mercado de Valores
PGR	Procuraduría General de la República
RAC	Resolución Alternativa de Conflictos

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1. Población que utiliza este tipo de contratos a nivel nacional	35
Gráfico 2. Despachos donde se obtuvieron las resoluciones judiciales	36
Gráfico 3. Fallos a los procesos interpuestos al contrato de fideicomiso de garantía	37
Gráfico 4. Encuesta a abogados y funcionarios del Banco Nacional de Costa Rica	39
Gráfico 5. Encuesta abogados respecto principio de igualdad entre las partes	40
Gráfico 6. Encuesta figura del fideicomiso de garantía es suficiente	42
Gráfico 7. Encuesta respecto procesos en contra de esta figura tanto en sede judicial como administrativa	43
Gráfico 8. Encuesta respecto a cuál sería una opción para evitar que se presentes estos procesos ante los juzgados	44

ÍNDICE DE ANEXOS

Anexo 1. Hoja de recolección de datos	59
Anexo 2. Proveniencia de la muestra y cantidad de resoluciones analizadas	60
Anexo 3. Encuesta abogados BNCR y abogados litigantes	61

CAPÍTULO I: PROBLEMA Y PROPÓSITO

1.1. Antecedentes

El contrato de fideicomiso de garantía es una figura jurídica que se utilizó desde tiempos de los romanos para obtener derechos de propiedad que le estaban negados para algunas personas, como por ejemplo a las mujeres, con esta figura ellas podían heredar los patrimonios de sus esposos cuando partían a las guerras y morían en ellas (Abascal, 2015, p.1).

Luego con el aumento de las transacciones comerciales, apareció el pacto comisorio, que buscaba la mejor forma de proteger los derechos de los acreedores para satisfacer su crédito ante el incumplimiento del deudor. Varias figuras de dicho derecho romano constituyeron los primeros diseños de ejecución extrajudicial de una garantía; sin embargo, el posible abuso que podía ejercer el acreedor al enajenar el bien dado en garantía en el supuesto de incumplimiento del deudor (obteniendo mayores ganancias sin causa justa para ello, y en consecuencia configurándose un enriquecimiento ilícito) generó la abolición de dicha figura en el año 326 d.C por parte del emperador Constantino (Bejarano, 2011, p. 4).

1.1.1. Antecedentes a nivel internacional

La figura del fideicomiso no es reciente, es utilizada desde el derecho romano, donde se desarrollaron dos figuras: la primera es el FIDEICOMMISUM, que es el fideicomiso testamentario, basado en la honradez y la buena fe que se depositaba en el fiduciario. Esta figura se celebraba por medio de un testamento, en el fideicomiso testamentario se encomendaba la ejecución de un encargo a favor de alguna persona que se deseaba beneficiar por parte del testador. El testador transfería a otra persona determinados bienes con el objeto de que esta figurara como propietario, los utilizara en beneficio de otra persona y los transfiriera a esas personas que decidió heredar (Hernández et al., 2004, pp.16-17).

La segunda figura es el PACTUM FIDUCIAE, que se traduce como Pacto de Fiducia; este consistía en el acuerdo entre vivos con la obligación para el adquirente de retransmitir los bienes en determinadas circunstancias. Revistió dos formas principales, la llamada FIDUCIA CUM CREDITORE, este era un negocio de garantía, se daba cuando el deudor, trasladaba la propiedad de un bien con cargo de que le fuera retransmitido una vez satisfecha la obligación; esto implicaba que el acreedor figuraba como propietario pleno sin que el deudor gozara de acción alguna en caso de incumplimiento; y la figura del FIDUCIAE CUM AMICO, que consistía en que el fiduciario se comprometía a tener la cosa en beneficio del fiduciante, caracterizándose por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de confianza, esta se realiza en interés del constituyente, para así poder transferir los bienes para que el fiduciario pudiese disponer de ellos y ejercitar así las facultades inherentes al dueño, administrarlos, realizar contratos alrededor de ellos y resguardarlos (Hernández et al., 2004, pp. 16-17).

Igualmente, dentro de los antecedentes es importante agregar que la fiducia romana aparece en Inglaterra con un sistema llamado el USE, que nació del miedo y el fraude: miedo de perder las heredades por una confiscación en tiempos de problemas y de guerras civiles; y fraude para no pagar las deudas, escapar a acciones legales, tutelas, herencias, entre otras.

Este sistema consistía en que una persona propietaria de tierras transfería a otra el dominio de ellas, con el entendimiento, entre las partes, que aun cuando el cesionario fuera el legítimo dueño del inmueble, una tercera persona sería quien tendría derecho a disfrutar de todos los beneficios derivados de la tierra (Hernández et al., 2004, pp.16-17).

El cesionario tenía un encargo, que se basaba en la buena fe, cuyas normas aplicables eran las normas morales, que consistía en tener el inmueble para beneficio exclusivo de otra persona. Esta figura en la Edad Media se utilizó como vía para evitar las confiscaciones en los tiempos de la guerra y las prohibiciones a las congregaciones religiosas de tener bienes inmuebles. El USE fue el antecedente del TRUST, muy parecido a las disposiciones fiduciarias romanas. El TRUST es una relación fiduciaria

respecto a determinados bienes por la cual la persona que los posee (trustee) está obligada a manejarlos en beneficio de un tercero que va a ser el beneficiario (Hernández et al., 2004, pp.16-17).

1.1.2. Antecedentes a nivel regional

El fideicomiso de garantía, en los años 1930 y 1954, en la legislación mexicana, influyó grandemente en las legislaciones latinoamericanas, presenta algunas características especiales que no se encuentran en otras legislaciones, como el permitir que un fiduciario pueda ser también el fideicomisario esto cuando el fideicomiso administrado tiene como fin garantizar obligaciones a su favor.

Lo anterior es contrario a lo que sucede en otras legislaciones, incluyendo la de Costa Rica, donde se encuentra prohibido que el fiduciario funja como fideicomisario en el mismo contrato, porque conlleva evidentemente a un conflicto de intereses (Rodríguez, 2005, p.74).

Se podría afirmar que, hasta los años setenta, formalmente podían distinguirse dos clases de legislaciones: la de los países que habían definido y desarrollado el contrato de fideicomiso y lo habían tipificado y precisado sus elementos estructurales, las partes que intervienen y sus obligaciones, la forma como el fideicomiso nace y se extingue, entre otros aspectos, y la de los otros países que habían pretendido introducir la figura autorizando a los bancos para desempeñar encargos de confianza, enumerados no taxativamente (Rodríguez, 2005, p.74).

1.1.3. Antecedentes a nivel local

En Costa Rica, desde la primera mitad de siglo, los bancos comerciales se encuentran autorizados, para desempeñar las comisiones de confianza como depositarios judiciales o extrajudiciales o interventores en negocios bancarios, liquidadores de sociedades comerciales o negocios de personas naturales no quebradas y representante de tenedores de bonos (Rodríguez, 2005, p.81).

El Código de Comercio, en su artículo número 633, regula en forma completa la materia fiduciaria, donde se indica, además, que cualquier persona física o jurídica puede ser fiduciario, pero se les exige que en escritura constitutiva se les autorice expresamente a recibir por contrato o testamento, la propiedad tal y como se indica en el artículo 637 del Código de Comercio (Rodríguez, 2005, p.81).

El negocio fiduciario adquirió relevancia en Costa Rica en la década de los setenta, estando ya en vigencia el Código de Comercio, en el cual se usó el fideicomiso como respuesta al crecimiento económico del país, buscando una forma de administración idónea para cualquier tipo de bienes (Rodríguez, 2005, p.81).

La facultad de obrar como fiduciario se reitera a favor de los bancos comerciales de acuerdo con la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional, que dispone en su artículo 116 que “los bancos comerciales podrán efectuar las siguientes comisiones de confianza... 7) Realizar contratos de fideicomiso, conforme a lo dispuesto en el Código de Comercio y las demás normas legales y reglamentarias aplicables” (Rodríguez, 2005, p.82).

Los bancos comerciales, así como diferentes firmas de abogados, utilizan la figura del fideicomiso para la realización de diferentes negocios comerciales y así satisfacer las necesidades de sus clientes, esta figura desde sus inicios en el mercado costarricense ha ofrecido gran diversidad de productos, ajustándose como un traje a la medida a las personas y empresas que la utilizan, lo que ha logrado un mayor dinamismo y agilidad en el comercio.

1.2. Planteamiento del problema

¿Existe un pacto comisorio oculto en la cláusula de ejecución de los contratos de fideicomiso de garantía?

1.3. Justificación

El problema que existe actualmente respecto a la cláusula de ejecución de garantía en los contratos de fideicomiso es la supuesta violación a los derechos

constitucionales y legales, alegando desigualdad de las partes y un supuesto pacto comisorio en los contratos que se finalizan antes del plazo pactado por el incumplimiento de una de las partes.

En virtud de lo anterior se genera un gran problema porque tal diferencia lleva a interponer procesos judiciales, donde se solicita anular el contrato o alguna de sus cláusulas, principalmente la de ejecución fiduciaria.

Este tema es de interés para todas las partes, fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, porque les evitaría tener que estar gastando en honorarios ya sea en la vía judicial o en la administrativa, esta cuando exista una cláusula de arbitraje en el contrato y deban acudir a un centro de arbitraje y mediación autorizado, aplicando la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social número 7727, conocida como Ley RAC (Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción para la Paz Social, 1997).

En virtud de todo lo anterior, con este trabajo de investigación se busca poder verificar por medio de las herramientas que genera un beneficio para todas las partes, evitar que se sigan presentado litigios por este tema y que se siga utilizando esta figura jurídica que más allá de las diferencias que pueda ocasionar son más los beneficios que ofrece; además, es importante señalar que este trabajo de investigación se realiza para cumplir con los requisitos de aprobación de la memoria de grado en la Maestría Profesional en Derecho con énfasis en Derecho Laboral/Comercial) de la Universidad Latina de Costa Rica.

Con esta investigación se pretende tener claros los alcances tanto de la cláusula de ejecución fiduciaria como de si realmente existe en alguna proporción un pacto comisorio “aparente” u “oculto” en los contratos de fideicomiso de garantía, y así después de analizar la jurisprudencia, doctrina y entrevistas a expertos en el tema, poder finalizar la investigación con una conclusión objetiva y tener un conocimiento más claro de cómo funciona la cláusula de ejecución en los contratos de fideicomiso y poder aportar un instrumento que ayude a los futuros profesionales en Derecho a tener un conocimiento más amplio de cómo funciona esta figura jurídica.

1.4. Alcance y delimitaciones

Se tiene para la presente investigación, como alcances y delimitaciones, los siguientes:

1.4.1. Alcance

Lo que se pretende con esta investigación es tener de una forma clara los conceptos de las cláusulas de ejecución de garantía y si existe realmente un “aparente” pacto comisorio en los contratos de fideicomiso de garantía para que esta figura tan útil y beneficiosa para las partes no resulte ser una figura engorrosa, teniendo claras estas cláusulas que actualmente se encuentran en discusión por los diferentes criterios que se manejan.

1.4.2. Delimitaciones

Las delimitaciones del presente trabajo se basan específicamente en el análisis e investigación de la cláusula de ejecución de garantía en los contratos de fideicomiso de garantía y si existe en él un pacto comisorio “aparente” u “oculto”.

1.5. Objetivos

Se tienen como objetivos de la presente investigación, los siguientes.

1.5.1. Objetivo general

Analizar los diferentes criterios que existen actualmente en la cláusula de ejecución de garantía y revisar el procedimiento que se realiza en la adjudicación de los bienes cuando exista un incumplimiento en los contratos de fideicomiso de garantía.

1.5.2. Objetivos específicos

- Revisar el procedimiento que existe actualmente en la cláusula de ejecución de los fideicomisos, mediante la investigación doctrinaria y legal, para llegar a una conclusión que ayude a un mejor entendimiento de esta.
- Explicar la posición del fiduciario, fideicomisario y fideicomitente frente a este tema.
- Identificar los parámetros en los cuales se logre proteger a las partes que participan en un negocio fiduciario.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Concepto de contratos mercantiles

Los contratos mercantiles son convenios que se realizan por acuerdo de partes que generan o transfieren derechos y obligaciones; este acuerdo entre dos o más voluntades transfiere, modifica o extingue obligaciones, esa manifestación de voluntades produce efectos jurídicos.

Estos conceptos, que se encuentran plasmados en el Derecho Civil, son extensivos al Derecho Mercantil y se puede decir que los contratos mercantiles son convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos de naturaleza mercantil; en esa virtud se puede indicar que el contrato mercantil es el contrato celebrado entre dos o más partes (contrato bilateral o multilateral), que consienten en obligarse a la realización de un servicio o la realización de un objeto u obra determinada y la otra a pagar por ello un precio cierto, rigiéndose por el código mercantil o código de comercio (Fallas, 1997, p. 45).

2.2. Elementos del contrato

Para que un contrato adquiera validez deben estar presentes sujeto, objeto y causa, pero además debe existir el consentimiento, tal y como lo señala el artículo 1007 del Código Civil, asimismo todas las solemnidades que exija la Ley (Fallas, 1997, pp.45-46).

2.2.1. Consentimiento

El consentimiento es un requisito primordial de todo contrato, que supone la voluntad de dos o más partes, donde basta que una parte haya brindado su oferta y posteriormente, la otra parte la acepte, cumplido lo anterior el contrato quedaría perfeccionado; en virtud de esto el consentimiento es un acuerdo de voluntades, siendo así el elemento esencial de todo contrato que se celebra entre presentes y ausentes, tal y como lo indica el artículo del 413 del Código de Comercio (Fallas, 1997, pp.45-46).

2.2.2. Formalidades

Las formalidades de un contrato se encuentran establecidas en los artículos 411 y 412 del Código de Comercio que indican lo siguiente:

ARTÍCULO 411.- Los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales, cualesquiera que sean la forma, el lenguaje o idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse. Se exceptúan de esta disposición los contratos que, de acuerdo con este Código o con leyes especiales, deban otorgarse en escritura pública o requieran forma o solemnidades necesarias para su eficacia.

ARTÍCULO 412.- Cuando la ley exija consignar por escrito un contrato, esta disposición incluirá también el braille y se aplicará igualmente a todas las modificaciones del contrato.

2.3. Clasificación

Según la doctrina los contratos mercantiles se pueden clasificar en unilaterales y bilaterales, onerosos y gratuitos, conmutativos y aleatorios, consensuales, reales y solemnnes, brevemente se consignará el significado de cada una de estas clasificaciones.

2.3.1. Unilaterales y bilaterales

El contrato unilateral es cuando sola una parte se obliga, como por ejemplo el préstamo mercantil; bilateral es cuando ambas partes se obligan, por ejemplo, en una compraventa mercantil.

2.3.2. Oneroso y gratuito

El contrato oneroso es cuando existe un precio en la transacción, como por ejemplo la permuta mercantil, y el gratuito es cuando no existe un precio en la contratación, como un préstamo de uso entre comerciantes.

2.3.3. Conmutativos y aleatorios

Los contratos conmutativos se dan cuando las prestaciones son conocidas y ciertas desde el inicio de la contratación, por lo que estas son determinadas; las aleatorias, por el contrario, son contrataciones que dependen de un hecho incierto, por lo que son especulativas ya que no es posible poder analizar las ventajas o ganancias que pueda producir sino hasta el momento que se dé el acontecimiento, por ejemplo, el contrato de seguros.

2.3.4. Consensuales, reales y solemnes

Los contratos consensuales se perfeccionan con solo el consentimiento de las partes, por ejemplo, la compraventa, y los contratos solemnes son los que requieren determinada forma extensa prescrita por la ley, sin la cual el consentimiento no tiene eficacia jurídica, por ejemplo, el contrato de sociedad mercantil (Fallas, 1997, pp. 47-48).

2.4. Contrato de fideicomiso

Dentro de la clasificación de los contratos mercantiles que existen actualmente se encuentra el contrato de fideicomiso, tema principal de este trabajo de investigación y del cual se indica lo siguiente:

2.4.1. Concepto

El Fideicomiso de garantía es un contrato por medio del cual el fiduciante (normalmente, el deudor), transfiere la propiedad fiduciaria de uno o más bienes a un fiduciario, con la finalidad de garantizar con tales bienes o con su producto el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo del deudor fiduciante o de un tercero, designando en el mismo contrato como beneficiario al acreedor a quien, en caso de incumplimiento, se pagará la obligación garantizada.

Es decir, un deudor actual o potencial transfiere la propiedad fiduciaria de uno o más bienes a un fiduciario con la instrucción de mantener su propiedad, administrarla por sí o por tercero, designando como beneficiario al acreedor (Ureta, 2009, párr. 4).

Actualmente se puede encontrar gran cantidad de doctrina, donde existen magnas definiciones del Contrato de Fideicomiso de Garantía, las cuales son muy similares entre sí, sin embargo el tratadista Marcelo Kiper Claudio agrega a dicha definición, que el negocio que se va a celebrar entre las partes debe ajustarse según lo previsto en la convención fiduciaria; lo anterior lo que refleja es que las partes solo pueden actuar tal y como convinieron inicialmente, si se realiza de otra forma estarían frente a un incumplimiento, lo que generaría su ejecución. (Kiper, 2012, p.463).

Finalmente, el dictamen C-103-2008 de la Procuraduría General de la Republica indica textualmente la siguiente definición del contrato de Fideicomiso de Garantía:

El fideicomiso de garantía puede conceptualizarse, como aquel contrato por el cual se transfiere al fiduciario un bien, con el encargo de que ante el incumplimiento de la obligación del constituyente, que se pretende garantizar, el fiduciario procederá a la venta del bien a fin de cubrir el crédito al acreedor con el producto de la venta, cancelando total o parcialmente la deuda en descubierto. Es decir, el fideicomiso de garantía se constituye en un medio para proteger ciertos bienes, para que en caso de mora se puedan ejecutar extrajudicialmente, conforme al procedimiento establecido por las partes en el acto constitutivo. Desde este punto de vista, el fideicomiso de garantía, ofrece ventajas sobre otro tipo de garantías reales como la prenda y la hipoteca, por cuanto implica dejar de lado procedimientos judiciales para su liquidación (Procuraduría General de la Republica, 2008, párr.18).

2.5. Noción y naturaleza jurídica

Actualmente nos encontramos con diferentes teorías que buscan explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso. Estas teorías inician desde las distintas nociones de fideicomiso originadas en la legislación comparada. De lo anterior se extraen las teorías más importantes.

2.5.1. Teoría del mandato

La teoría del mandato es sumamente frágil, donde existen diferencias sustanciales entre el fideicomiso y el mandato, según vimos anteriormente cuando se diferencia ambas instituciones, existen críticas respecto a una aparente inconsistencia entre la irrevocabilidad y el mandato como contrato de naturaleza revocable; además, en principio, el mandatario obra en nombre y representación de su mandante y aun cuando no tenga esta última, los negocios jurídicos que celebra están destinados a radicarse en cabeza de su comitente (Avendaño, 1994, p.350).

En esa virtud se puede observar que nada de lo indicado anteriormente ocurre dentro de la estructura contemporánea del fideicomiso, en la cual el fiduciario actúa como propietario de los bienes frente a terceros, celebrando los negocios en su nombre o en el del fideicomiso, si se quiere, pero no en el del constituyente ni en su beneficio, aunque enderece su actividad a la consecución de una determinada finalidad (Avendaño, 1994, p.350).

2.5.2. Teoría del patrimonio de afectación

Aunque esta teoría es muy útil para poder comprender las características de la figura del fideicomiso, es incomprensible para algunos reconocer que pueda existir un patrimonio sin titular que se afecta a un fin determinado; sin embargo, lo esencial del fideicomiso en esta teoría es tener claro que este patrimonio de afectación es un patrimonio separado del patrimonio general con algún propósito específico, encontrándose este fuera del patrimonio del titular original destinado a los fines a los que fue asignado (Avendaño, 1994, pp.350-351).

2.5.3. Teoría del desdoblamiento del derecho de propiedad

Esta teoría explica la naturaleza jurídica del fideicomiso como un desdoblamiento del derecho de propiedad en dos titulares en el que el fiduciario sería el titular de la propiedad jurídica y el fideicomisario de la propiedad económica; el fiduciario se caracteriza de manera absoluta por la facultad de disposición, y es por

esto que el mismo fiduciario queda frente a terceros ostentándose como propietario, ya que dicha facultad es atributo esencial del derecho de propiedad y el segundo derecho es el del fideicomisario que, a diferencia de el del fiduciario, se caracteriza por tener fundamentalmente un contenido económico, válido para todos (Avendaño, 1994, pp.351-352).

2.5.3. Teoría del negocio fiduciario

En esta teoría existe una relación obligatoria establecida por ley, donde el fiduciario tiene un derecho de propiedad restringido y enderezado en forma exclusiva para que cumpla la finalidad indicada y acordada por las partes por medio de un contrato; esta teoría es cuestionada por el doctrinario Rodríguez Azuero, quien indica que no puede afirmarse que exista una desproporción entre el medio utilizado y la finalidad que se busca, porque en cuanto se trate de figuras tipificadas, la finalidad que se busca debe conseguirse precisamente a través del expediente de la transmisión; en esa virtud no se está frente a un negocio fiduciario puro porque no está basado en una relación establecida por la confianza, sino más bien en una relación regulada por ley donde se respeta los derechos y obligaciones de las partes (Avendaño, 1994, pp.352-353).

Por otro lado, es importante indicar que la aplicación de la fiducia como garantía fue y es una de las más utilizadas desde nuestros antepasados y en la actualidad, donde existen diversas teorías sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso. Algunos lo comparan con el mandato, sin embargo, en el mandato, el mandatario actúa a nombre y por cuenta del mandante, sin recibir la propiedad de los bienes objeto del contrato. Otros lo han catalogado como un patrimonio autónomo e impersonal afectado al cumplimiento de ciertos fines. No obstante, el patrimonio del Fideicomiso sí tiene un titular, el cual es el fiduciario (Centro de Información Jurídica en Línea, s.f., p.3).

En su mayoría la doctrina ha manifestado que el fideicomiso es un negocio jurídico que genera confianza entre los contratantes; es el elemento decisivo para la concertación del negocio; lo anterior por existir un aspecto real, traslativo de dominio que opera frente a terceros, y un aspecto formal, de naturaleza obligatoria, que

restringe los alcances de la transmisión anterior, pero solo con efectos no puede gravar los bienes fideicometidos. Para transigir o comprometer en árbitros el fiduciario requiere de una autorización judicial (Avendaño, 1994, p.3).

2.6. Normativa

En nuestro país, el contrato de fideicomiso se encuentra regulado en el Código de Comercio de 1964, propiamente en el Libro II, Título I de las Obligaciones y Contratos, Capítulo XII Del fideicomiso, del artículo 633 al 662. Anterior a la entrada en vigencia del Código citado, esta figura fue regulada por las normas relativas al mandato. En ese sentido, la Sala Primera ha señalado:

Dada la fecha del convenio entre las partes, 20 de agosto de 1959, el mismo[sic] se rige por la norma del mandato del Código Civil, por cuanto la figura del fideicomiso como tal está contemplada en el Código de Comercio, promulgado en abril de 1964, regulación que debe aplicarse parcialmente (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, 1995, párr.10).

Aunado a la normativa mencionada, la figura del fideicomiso encuentra puntos de relación con diversas normas que la afectan de forma directa e indirecta. Al respecto se puede mencionar la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, Ley N° 7558 del 03 de noviembre de 1995; la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, Ley N° 1644 del 26 de septiembre de 1953 y su reforma Ley N°4861 del 19 de octubre de 1971, Ley Reguladora del Mercado de Valores, Ley N°7732 del 17 de diciembre de 1997. (Vega, 2013, p.7).

Específicamente el Fideicomiso de Garantía encuentra su fundamento legal en los artículos 648 del Código de Comercio, 116 inciso 7 Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, 19 y 187 y 189 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores.

Artículo 648: ...Puede constituirse un fideicomiso sobre bienes o derechos en garantía de una obligación del fideicomitente con el fideicomisario. En tal caso, **el fiduciario puede proceder a la venta o remate de los bienes en caso de**

incumplimiento, todo de acuerdo con lo dispuesto en el contrato... La negrita y el subrayado no son del original.

...Artículo 116: Los bancos comerciales podrán efectuar las siguientes comisiones de confianza: ...

... 7) Realizar contratos de fideicomiso, conforme a lo dispuesto en el Código de Comercio y las demás normas legales y reglamentarias aplicables. (Así reformado este párrafo primero por el artículo 189 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores No. 7732 de 17 de diciembre de 1997).

Así mismo, en relación con el patrimonio fideicometido, el artículo 634 del Código de Comercio dispone:

Artículo 634: Pueden ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes o derechos que legalmente estén dentro del comercio. **Los bienes fideicometidos constituirán un patrimonio autónomo apartado para los propósitos del fideicomiso** (La negrita y el subrayado no son del original).

De conformidad con las normas anteriores, toma sustento la definición del Fideicomiso como patrimonio autónomo de afectación, lo cual quiere decir que dicho patrimonio se diferencia del patrimonio del Fideicomitente, así como de los patrimonios del Fideicomisario, del Fiduciario y de los demás fideicomisos que este administre. Dicho patrimonio se constituye para ser administrado por el Fiduciario según la finalidad que haya establecido contractualmente el Fideicomitente y no puede ser perseguido por acreedores del Fideicomitente, del Fiduciario o del Fideicomisario.

Como refuerzo a lo anteriormente indicado, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante Voto 2001-09392 de las 14:54 Hrs. del 19 de septiembre de 200,1 indicó:

... 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 fideicomitados, 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** (La negrita y el subrayado no son del original).

2.7. Los bienes dados en garantía

Según lo menciona textualmente el autor Sergio Rodríguez Azuero:

Es posible constituir la garantía sobre cualquier clase de bienes, muebles e inmuebles, materiales o inmateriales, para seguir la determinación del Código Civil, no hay allí restricción alguna, aunque en el pasado y para los efectos que en cada momento se invocaron, rigieron varias limitaciones cuyo fundamento jurídico – económico era evidente, sobre las que habremos de volver (2005, p. 465).

En virtud de lo anterior es claro que existe una gran gama de posibilidades para utilizar bienes o derechos como garantía en un contrato de fideicomiso, solo se debe cumplir con lo indicado en el Código de Comercio, artículo 634: “Pueden ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes o derechos que legalmente estén dentro del comercio. Los bienes fideicomitados constituirán un patrimonio autónomo apartado para los propósitos del fideicomiso”.

2.8. Causas por las que se da la terminación de un fideicomiso

La terminación de un fideicomiso se da con el vencimiento del plazo y objetivos por los cuales se celebró el contrato o bien se cumplió con la condición del contrato,

esas son las formas normales de terminación; sin embargo, también se puede terminar cuando se enfrenta la disolución anticipada por obra de las circunstancias, lo cual puede significar la frustración de dichos objetivos.

El artículo 659 del Código de Comercio indica las formas en las cuales se termina o extingue el fideicomiso, se indica textualmente lo siguiente:

ARTÍCULO 659.- El fideicomiso se extinguirá: a) Por la realización del fin que éste fue constituido, o por hacerse este imposible; b) Por el cumplimiento de la condición resolutoria a que está sujeto; c) Por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario. En este caso el fiduciario podrá oponerse cuando queden sin garantía derechos de terceras personas nacidos durante la gestión del fideicomiso; d) Por revocación que haga el fideicomitente, cuando se haya reservado ese derecho. En este caso deberán quedar garantizados los derechos de terceros adquiridos durante la gestión del fideicomiso; y e) Por falta de fiduciario cuando existe imposibilidad de sustitución...

Todas las modalidades que existen en los contratos de fideicomisos se ajustan a sus propias conveniencias, de ahí que se le ha comparado como un “traje a la medida”; sin embargo, como todo contrato no quiere decir que se dé una terminación anticipada, ya sea por acuerdo de las partes o por alguna situación económica que le impida continuar con su administración, como bien se indicó en el artículo del código de Comercio supra citado.

En virtud de lo anterior se puede decir que las causales de extinción del fideicomiso son las que surgen cuando se cumple el fin del contrato, cuando este ha servido a los propósitos de las partes y debe entrar en liquidación, además se extingue cuando ha transcurrido el tiempo previsto, esto sin exceder el plazo máximo de duración fijado por ley que es por 30 años, cuando se designe como fideicomisario a una persona jurídica, salvo si esta fuere estatal o una institución de beneficencia, científica, cultural o artística, constituida con fines no lucrativos.

2.9. Ejecución de la garantía

Las relaciones comerciales modernas requieren una respuesta rápida por parte de los oferentes a las necesidades de sus clientes, no obstante, es indispensable no solo contar con mecanismos que permitan garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por parte del deudor, sino que resulta necesario que estas refuercen la confianza, por lo que se busca algún tipo de preferencia en la ejecución que efectivice los derechos del acreedor. El acreedor enfrenta lo que en doctrina se denomina la Teoría de los riesgos de la contratación, en la cual se pueden distinguir tres tipos de riesgos: Riesgo de incumplimiento, Riesgo de insolvencia, Riesgo de ejecución de la garantía (Iturbide, 2007, p.34).

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 981 del Código Civil consagra y establece claramente el principio de responsabilidad patrimonial universal mediante el cual todos los bienes que constituyen el patrimonio de una persona responden al pago de sus deudas. Sin embargo, las cláusulas de inembargabilidad son válidas cuando hubieren sido impuestas en los términos y condiciones del artículo 292 del Código Civil de Costa Rica (Vega, 2013, p. 20).

Si bien existe un principio de que el patrimonio es prenda común de acreedores, este resulta de alguna manera ser insuficiente para asegurar las obligaciones contraídas por alguna de las partes, así surgen las garantías contractuales, las cuales nacen de la búsqueda de protección específica del acreedor frente al deudor, a fin de reforzar y garantizar el eventual pago de una o varias deudas y así prevenir la posible insolvencia (Vega, 2013, p.20).

En Costa Rica, el proceso de ejecución de la garantía fiduciaria extrajudicialmente se celebra en las mismas instalaciones del fiduciario, como por ejemplo Banco Improsa, Banco BCT S.A.; entre otros; además en algunos casos se prefiere llevar a cabo el procedimiento en las oficinas de los abogados a quienes les encargan ejecutar esas garantías, situaciones que han sido reclamadas en los tribunales por parte de los fideicomisarios por considerarlo ilegal ya que se encuentran contrarias al derecho constitucional y sus principios.

En virtud de lo anterior se ha resuelto vía jurisprudencia que la ejecución de los bienes fideicometidos en garantía se realiza en estricto apego a las instrucciones estipuladas por las partes al momento de celebrarse el contrato.

2.9.1. Concepto de pacto comisorio

El pacto comisorio se puede dar en dos variantes, una maximalista, que es cuando se faculta directamente al acreedor para apropiarse de la cosa en caso de incumplimiento, y la minimalista que le facultaría para ejecutar la garantía en forma privada y no controlada por la autoridad a fin de cobrar con el importe de lo obtenido en la ejecución, ambas no deberían ser admitidas para evitar la posibilidad de empobrecimiento injusto del deudor con el correlativo enriquecimiento también injusto del acreedor, al poder ser enajenada la cosa apropiada por un valor inferior al real, riesgo que el deudor se podría haber visto obligado a aceptar por encontrarse en una situación angustiosa (Rodríguez, 2005, párr.1-2).

Según y como indica el M.Sc. Alejandro Vásquez Rodríguez en el Boletín de la Facultad de Derecho de ULACIT, el concepto de pacto comisorio es el siguiente:

El concepto de “pacto comisorio” tiene variantes; en primer lugar, se conoce en nuestra legislación el “pacto comisorio tácito”, contemplado en el artículo 692 del Código Civil, que consiste propiamente en la posibilidad de que una de las partes le ponga fin a un contrato bilateral (con obligaciones recíprocas para las partes), por el incumplimiento de la otra parte. Normalmente, dicha resolución contractual deberá hacerse por medio de un juez o tribunal arbitral. Se denomina “tácito”, por cuanto viene incorporado por defecto en los contratos bilaterales, aunque los contratantes no lo mencionen. El pacto comisorio expreso es el mismo caso, pero pactado expresamente por las partes del convenio (Vásquez, 2014, p.1).

Siguiendo la misma línea de análisis del M.Sc. Alejandro Vásquez Rodríguez sobre pacto comisorio, continúa exponiendo lo siguiente:

Dentro del comisorio expreso podemos situar el concepto de pacto comisorio en garantía, que típicamente es un acuerdo o convenio entre un acreedor y su deudor para que, en caso de incumplimiento de la deuda u obligación principal, el acreedor se apropie directamente de los bienes dados en garantía por el deudor. En Costa Rica, el pacto comisorio en garantía se encuentra prohibido en el caso de hipotecas (artículo 412 del Código Civil) y prendas (artículo 536 del Código de Comercio, es decir, cuando un bien inmueble en el primer caso y un mueble en el segundo son dados en garantía de una obligación. En esos casos, el acreedor está inhibido de apoderarse de los bienes directamente, por lo que debe realizarse todo un procedimiento de remate dentro del cual podría participar el acreedor para obtener los bienes. No existe propiamente otra prohibición del pacto comisorio en garantía dentro de la legislación costarricense (Vásquez, 2014, p.1).

2.9.2. Remates en fideicomisos de garantía

Según señala la Sala Constitucional en la resolución número 2010-007090, cuando existe un incumpliendo por parte del fideicomitente el fiduciario tiene la facultad y la obligación de hacer cumplir el contrato firmado por las partes y así proceder a convocar el remate extrajudicial de los bienes dados en garantía; con fundamento en la disposición del artículo 648 del Código de Comercio, que en lo conducente dice:

... puede constituirse un fideicomiso sobre bienes o derechos en garantía de una obligación del fideicomitente con el fideicomisario. En tal caso, el fiduciario puede proceder a la venta o remate de los bienes en caso de incumplimiento, todo de acuerdo con lo dispuesto en el contrato (Sala Constitucional, 2010, párr.18).

2.9.3. Participación del Notario Público

La Dirección Nacional de Notariado emitió un documento, consulta 27-2009, en relación a la participación de los notarios en remates, el cual en lo que interesa indica lo siguiente:

... En cuanto a la celebración del remate, la publicación del edicto, recibir postores, ofertas, pujas, declarar la adjudicación de bienes, realizar la protocolización de la adjudicación de éstos a la persona adjudicada, cuando se trata de fideicomisos de garantía, en primer término debe tenerse presente que en este caso, si se trata de actos realizados en un REMATE PRIVADO, donde la actuación de los notarios en este tipo de CONTRATOS PRIVADOS, está limitada a dar fe en un acta notarial de lo acontecido en su presencia, acto para el cual sí está legalmente facultado. Como puede apreciarse, tanto en la venta pública o privada, lo que realiza el notario es un acta notarial... (Dirección Nacional de Notariado, 2009, párr.4).

Lo que indica la DNN en el párrafo anterior define con claridad cuál es la participación que debe dársele al Notario dentro de las cláusulas contractuales de remate, para los Fideicomisos de Garantía. Nótese también que el artículo 643 del Código de Comercio establece que el fiduciario no podrá delegar sus funciones, pero sí designar, bajo su responsabilidad, a los auxiliares y apoderados que demande la ejecución de determinados actos del fideicomiso.

Por ello, para el caso de Notario, no se está delegando la labor del Fiduciario, sino que simplemente se contrata a un profesional para participar del proceso de remate o ejecución del Fideicomiso, siempre como un Auxiliar del Fiduciario, para que en razón de la Fe Pública con la que está investido, asiente en un Acta Notarial la diligencia del remate.

Lo anterior es importante señalarlo porque más que una sanción para el notario por si celebra un remate como notario, puede dar pie a que el fideicomitente

alegue algún vicio en el acto de remate por no cumplirse con las normas establecidas por parte de la persona que debe celebrar el remate.

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

3.1. Paradigma – enfoque metodológico, método seleccionado y tipo de investigación

En la presente investigación se seleccionó el paradigma, enfoque metodológico, tipo de investigación y método de investigación descritos infra.

3.1.1. Paradigma – enfoque metodológico

El paradigma o modelo de una investigación describe cómo se obtiene la información; en virtud de lo anterior el modelo utilizado en el presente trabajo de investigación es de tipo cualitativo, este tipo de paradigma se escogió por las características propias, para desarrollar de forma eficiente y completa un trabajo de investigación que cumpla con los objetivos indicados anteriormente.

Hernández, Fernández y Baptista indican que este tipo de paradigma o enfoque metodológico responde a:

Un plan de exploración (entendimiento emergente) y resulta apropiado cuando el investigador se interesa en el significado de las experiencias y los valores humanos, el punto de vista interno e individual de las personas y el ambiente natural en que ocurre el fenómeno estudiado, así como cuando buscamos una perspectiva cercana de los participantes (2010, p.364).

En virtud de lo anterior indican: "... los investigadores e investigadoras sociales trabajando con comunidades y con personas empezaron a darse cuenta que la subjetividad, la esencia de lo humano, difícilmente se encasillaba en los números y las cifras" (Hernández, Fernández y Baptista, 2010, p.587).

Por ello el paradigma que mejor se ajusta para el desarrollo del presente trabajo de investigación es el cualitativo, por tratarse de temas de las ciencias sociales.

3.1.2. Método seleccionado

El método que se utilizará para el presente trabajo de investigación es el método científico, lo anterior por sus características y pasos que se ajustan a un trabajo de investigación ordenado y eficiente para obtener al final un material útil que sea para beneficio del lector.

Según Cabanellas en su diccionario jurídico, el método es el modo de hacer algo según un orden conveniente para alcanzar la claridad y comprensión de lo que se quiere exponer o presentar (Cabanellas, 2008, p.243). En virtud de lo anterior se puede decir que el método es la ruta que se debe tomar para realizar un trabajo lógicos y rigurosos para obtener conocimiento sobre lo que se estudia y analiza (Pérez y Gardey, 2012, párr.1).

3.1.3. Tipo de investigación

En el presente trabajo la investigación que se va a realizar es de tipo cualitativa, exploratoria y descriptiva según se detalla a continuación.

3.1.3.1. Cualitativa

El método de investigación cualitativa busca recolectar información basada en la observación de comportamientos naturales, discursos, y/o respuestas abiertas para la posterior interpretación de significados y cotejo de las cualidades subjetivas recogidas por medio del instrumento de recolección de datos utilizado. Siendo que lo que busca la indagación cualitativa es la profundidad de elementos subjetivos (Hernández, Fernández y Baptista, 2010, p.384).

En virtud de lo anterior, la investigación que se va a realizar tendrá un camino investigativo cualitativo, toda vez que la información que se pretende recolectar es de material literario, jurisprudencia, expedientes judiciales así como entrevistas a funcionarios bancarios que vean tema de fideicomisos como abogados directores de los procesos resueltos o en curso, ya sea en estrados judiciales o en sede administrativa, para posteriormente comparar sus puntos de vista respecto al tema

específico, el cual es sobre si existe un “aparente” pacto comisorio en la cláusula de ejecución en fideicomisos de garantía y así poder determinar si el procedimiento actual necesita de mejoras para evitar que se den futuros litigios sobre estos temas.

3.1.3.2. Exploratoria

La investigación exploratoria es aquella que se realiza con el objetivo de ampliar el conocimiento de un tema que sea muy nuevo o bien del que no exista mucha información, además este tipo de investigación sirve para aportar material para que posteriormente existan nuevos estudios con más detalles sobre el mismo tema (Hernández, Fernández y Baptista, 2010, p.87).

La investigación exploratoria es utilizada para estudiar un problema que no está claramente definido, por lo que se lleva a cabo para comprenderlo mejor, pero sin proporcionar resultados concluyentes. Estas muestras por conveniencia se pueden utilizar en las etapas exploratorias de la investigación como base para generar hipótesis y para estudios concluyentes en los cuales el investigador desea aceptar el riesgo de que los resultados del estudio tengan grandes inexactitudes (Tamayo, 2001, p.13).

Se considera la presente investigación de tipo exploratoria, toda vez que se van a analizar resoluciones judiciales y entrevistas a varios profesionales en Derecho, lo cual va a generar resultados varios que deben ser valorados para concluir qué es lo que está ocasionando que se presenten procesos judiciales y administrativos en el tema de aparente pacto comisorio en los contratos de fideicomiso de garantía.

3.1.3.3. Descriptiva

Una investigación descriptiva busca especificar de forma ordenada las propiedades, características y rasgos significativos que posee un fenómeno determinado, es decir, busca analizar cómo es y cómo se manifiesta una situación en particular y los componentes que lo acompañan (Hernández, Fernández y Baptista, 2010, p.87).

En virtud de lo anterior, la presente investigación es de tipo descriptiva, ya que busca comparar los diferentes criterios que existen actualmente sobre el tema de la ejecución en los contratos de fideicomisos de garantía y así tener un consenso en cuanto a la forma de aplicar la normativa para este tipo de procesos y así evitar que se den futuros litigios entre las partes.

3.2. Descripción del sitio dónde se lleva a cabo el estudio

La investigación se realiza en el territorio costarricense, abarca específicamente la provincia de San José, donde se encuentra ubicada la Sala Primera y Sala Constitucional, lugares donde se analizarán resoluciones dictadas que traten el tema en investigación; además la Dirección Jurídica del Banco Nacional de Costa Rica, sitio donde se van a realizar las entrevistas a los funcionarios bancarios expertos y encargados del tema de investigación.

3.2.1. Zona y ubicación geográfica

La zona donde se realizará la investigación es una zona urbana, ubicada en San José centro, contiguo a Correos de Costa Rica; propiamente en el quinto piso del edificio principal del Banco Nacional de Costa Rica, la Sala Primera ubicada en Avenida 6 y 8, calle 19 y 21, barrio González Lahmann y la Sala Constitucional ubicada en San José, calle Morenos.

3.3. Características de la población y fuentes de información

La población de la cual se obtendrá información son abogados y abogadas del Banco Nacional de Costa Rica, especialistas en materia fiduciaria, con una amplia experiencia y trayectoria bancaria y abogados litigantes que ejercen su profesión libremente y que poseen conocimientos básicos en materia fiduciaria, lo anterior para determinar algunas variantes que se puedan dar en la muestra, además las fuentes de donde se extraerá la información corresponde a diferentes libros que tratan el tema fiduciario, tesis de grado y resoluciones judiciales.

3.3.1. Características de la población de estudio

La población que va a formar parte de esta investigación son tanto los abogados especialistas en materia fiduciaria, como abogados con conocimientos básicos que han utilizado esta figura jurídica o tuvieron algún acercamiento con algún contrato de fideicomiso de garantía. En virtud de lo anterior y tomando en cuenta las partes de un fideicomiso, la población que participará en este trabajo son: el fiduciario, fideicomisario y el fideicomitente, así como los abogados que los representan en los diferentes procesos que se revisen para aportar material a este trabajo.

3.3.1.1. Criterios de inclusión

La idea principal de este trabajo es incorporar en la investigación los criterios y puntos de vista de las partes que participan en el negocio fiduciario (fideicomitente, fiduciario, fideicomisario), no solo en el área bancaria que es donde laboro diariamente, sino conocer sus puntos de vista e interpretación del fideicomitente por medio de sus abogados y fiduciario, quien es el administrador del fideicomiso; en esa virtud se tomarán en cuenta los criterios de todas las partes para llegar a tener una mejor claridad de esta figura jurídica y su ejecución en caso de incumplimiento.

Todo lo anterior se realizará mediante la revisión de jurisprudencia y entrevistas por medio de un cuestionario tanto a abogados especialistas en el tema como abogados con conocimientos básicos del tema, lo que va a reflejar cuánto se sabe del tema a nivel general y así poder aportar mejoras ya sea en la parte de capacitación de los profesionales o cambios a nivel del contrato que limiten que se den malas interpretaciones que generen litigios en el futuro.

Finalmente, se reitera que el fin que se busca con la realización de este trabajo de investigación es tomar en cuenta las opiniones de todas las partes para lograr generar de manera objetiva alguna herramienta o propuesta a los entes o instituciones encargadas de mejorar este tipo de contratos a nivel nacional, logrando así un beneficio para todas las partes.

3.3.1.2. Criterios de exclusión

Se excluirán del presente trabajo de investigación las resoluciones judiciales que no traten el tema fiduciario, entrevistas incompletas y los contratos de fideicomiso (administración, custodia de valores, testamentario, de obra pública, entre otros) que se tramitan o revisan en el Banco Nacional de Costa Rica; así como los otros contratos bancarios que se confeccionan y celebran en la Institución.

3.3.2. Sujetos y fuentes de información

A continuación, se describirá los sujetos y fuentes de información utilizados en el presente trabajo de investigación.

3.3.2.1. Sujetos de información

Los sujetos de información de la presente investigación son los abogados especialistas en el tema de contratos de fideicomiso, funcionarios y exfuncionario del Banco Nacional de Costa Rica; además de abogados litigantes que ejercen su profesión libremente y que tienen conocimientos básicos en el tema de fideicomisos, por medio de entrevistas y un análisis de resoluciones judiciales que obtendré de los diferentes despachos judiciales.

3.3.2.2. Fuentes de información

Fuentes primarias

La fuente de información primaria son las entrevistas a los abogados y encargados de los temas fiduciarios tanto en el Banco Nacional de Costa Rica como en otras instituciones afines.

Fuentes secundarias

Las fuentes de información secundaria que se utilizaran son fuentes escritas, como, por ejemplo, bibliográfica, jurisprudencial judicial y administrativa y tesis de grado.

3.4. Técnicas e instrumentos para la recolección de datos

Las técnica utilizar para la recolección de datos será análisis documental, es decir, análisis de cuatro jurisprudencias de la Sala Constitucional y una de la Sala Primera en el instrumento denominado “Revisión de resoluciones judiciales donde se reclama que existe un pacto comisorio en los contratos de fideicomiso de garantía”.

Además se utilizará como técnica las entrevistas, siendo que para ellas se creó un instrumento llamado “Contrato de fideicomiso de garantía”, serán aplicadas a los encargados de revisión de contratos de fideicomisos de garantía de la Dirección Jurídica y jefaturas de la fiduciaria del Banco Nacional de Costa Rica, así como a abogados litigantes que ejercen su profesión libremente con conocimientos básicos en contratos de fideicomiso de garantía.

3.4.1. Consideraciones éticas para la privacidad y confidencialidad de la información

En el presente trabajo de investigación guardare la identificación de las partes externas al Banco Nacional de Costa Rica que participarán en la encuesta sobre si existe un pacto comisorio en el contrato de fideicomiso, así como toda la información sensible que encuentre en expedientes que proceda a revisar para la elaboración del presente trabajo.

3.5. Variables de investigación

3.5.1. Variable N°1. Causa que origina la confusión en el entendimiento de la cláusula de ejecución de un fideicomiso de garantía

Definición conceptual

Al existir una cláusula conocida como “cláusula de ejecución fiduciaria” que refiere al procedimiento de cómo realizar la ejecución de una garantía de forma extrajudicial, esta es confundida por algunos profesionales en Derecho con el pacto

comisorio, figura prohibida en Costa Rica; lo que genera la interposición por estos a una gran cantidad de procesos judiciales alegando que el fideicomisario se encuentra en una posición de poder frente al deudor al no poder tener la opción de defenderse o presentar los recursos ordinarios y extraordinarios que sí puede presentar en estrados judiciales.

Definición instrumental

Para recolectar información sobre esta variable se utilizarán los siguientes instrumentos:

1. Punto de vista sobre la legalidad del pacto de ejecución de garantía, a través de entrevista a los funcionarios del Banco Nacional de Costa Rica al Licenciado Ricardo Azofeifa Castillo, especialista en temas fiduciarios, el licenciado Carlos Azofeifa Duran, encargo de la revisión de contratos de fideicomisos, licenciada Carolina Villalobos Sancho, abogada especialista en la Dirección Jurídica del Banco Nacional de Costa Rica, la licenciada María Lourdes Fernández Quesada, directora de BN Fiduciaria, el licenciado Osvaldo Morales Chavarría, jefe de BN Fiduciaria y el señor Alejandro Gómez Picado abogado especialista y exfuncionario de la Dirección Jurídica.
2. Adicionalmente se agregaron a la entrevista 10 abogados litigantes que ejercen su profesión de manera privada.
3. Revisión de cinco resoluciones judiciales, en los cuales se encuentre se discute la presencia de un pacto comisorio en los contratos de fideicomiso de garantía.

Definición operacional

Los aspectos que se tomarán en cuenta para medir esta variable son:

1. Los criterios de los profesionales especialistas en temas fiduciarios de la Dirección Jurídica del Banco Nacional de Costa Rica y de BN Fiduciaria del Banco Nacional de Costa Rica, en los cuales externarán su experiencia en relación con los casos que han llevado respecto a litigios presentados por los

fideicomitentes en relación con la cláusula de ejecución de garantía fiduciaria, en los contratos de fideicomiso de garantía.

2. Análisis de las partes que figuran en un contrato de fideicomiso de garantía por medio de las entrevistas y las resoluciones judiciales, para poder comparar sus puntos de vista y línea jurisprudencial que existe actualmente.
3. Grado de conocimiento del componente formal, económico y social en el área jurídica que se desarrolla en una institución bancaria.

Para cumplir con esta variable no solo se describirán las formalidades que debe llevar un contrato de fideicomiso de garantía y los beneficios que tiene esta figura; sino que también se tratará de resolver de una forma más precisa cómo se debe utilizar la cláusula de ejecución fiduciaria, cumpliendo así los objetivos 1, 2 y 3.

3.6. Muestreo

En el presente trabajo de investigación no se utilizará ninguna técnica de muestreo clásica porque la investigación es de tipo cualitativo, según se indicó anteriormente en el punto 3.1.3. de este trabajo, siendo la muestra no probabilística; además se considera que es correcto revisar y analizar resoluciones judiciales que cumplan los criterios de inclusión, que tratan el tema de las cláusulas de ejecución fiduciaria donde se alegue en ellas un pacto comisorio oculto.

3.7. Unidad de análisis

La unidad de análisis del presente trabajo de investigación es si existe un pacto comisorio en los contratos de fideicomiso de garantía o en la cláusula de ejecución fiduciaria, además si existe alguna violación en su forma de ejecución.

3.8. Proceso análisis de datos – sistematización

En el presente trabajo de investigación, por ser de tipo cualitativo, según se indica en el punto 3.1.3 se procederá a incluir toda información importante de los diferentes criterios que se dan con respecto a si existe un pacto comisorio.

Después del análisis de las resoluciones judiciales y las entrevistas que se van a realizar a diferentes profesiones en Derecho -muestra que será extraída por medio de los instrumentos de recolección de información dentro del trabajo-, se realizarán diferentes gráficos que reflejarán los diferentes criterios, es decir, si existe un aparente pacto comisorio y si existe un pacto comisorio en los contratos de fideicomiso de garantía, esto para poder concluir cuál que es la más ajustada a nuestro ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

El presente capítulo, a partir de la muestra recolectada de resoluciones judiciales y entrevistas, refleja los resultados obtenidos para este trabajo de investigación.

4.1. Caracterización de la muestra

La muestra recolectada se basó en cinco resoluciones judiciales, las cuales cumplieron a cabalidad con lo que se necesitaba para un análisis completo, que se refleja en los fallos dictados en cada una de las resoluciones. En virtud de lo anterior las cinco resoluciones cumplen con los criterios de inclusión.

Tabla 1. Generalidades resoluciones analizados – Sala Constitucional / Sala Primera

Consecutivo	Resolución	Juzgado	Fallo
1	Resolución 2332-99 de las 13:18 del 26 de marzo de 1999	Sala Constitucional	No se viola el principio de igualdad contenido en el artículo 33 CP
2	Resolución 2000-10029 de las 09:00 del 10 de noviembre del 2000	Sala Constitucional	Recurso inadmisibles
3	Resolución 2001-09392 de las 14:54 del 19 de setiembre del 2001	Sala Constitucional	No viola el pacto comisorio

4	Resolución 384-2015, de las 10 horas 40 minutos del 25 de marzo de 2015	Sala Primera	Ejecución es prioritaria y simplificada en caso de incumplimiento
5	000686-F-S1-2021, diez horas veinticinco minutos del veinticinco de marzo de dos mil veintiuno.	Sala Primera	No hay violación al debido proceso
6	Resolución 005-F-2003 de las 15:10 del 15 de enero del 2003	Sala Primera	No existe pacto comisorio expreso contrario a derecho.
7	Resolución 7090 de las 15:46 horas del 20 de abril de 2010.	Sala Constitucional	No se violenta ningún derecho constitucional

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 2. Proveniencia de la muestra

PROVENIENCIA DE LA MUESTRA	
Juzgado	Cantidad
Resoluciones de la Sala Constitucional	4
Resoluciones de la Sala Primera	3
Gran total de la muestra	7 expedientes

Fuente: Elaboración propia.

4.2. Análisis

En cuanto al análisis y sistematización de los datos recolectados se realizan los siguientes gráficos y análisis.

Gráfico 1. Población que utiliza este tipo de contratos a nivel nacional

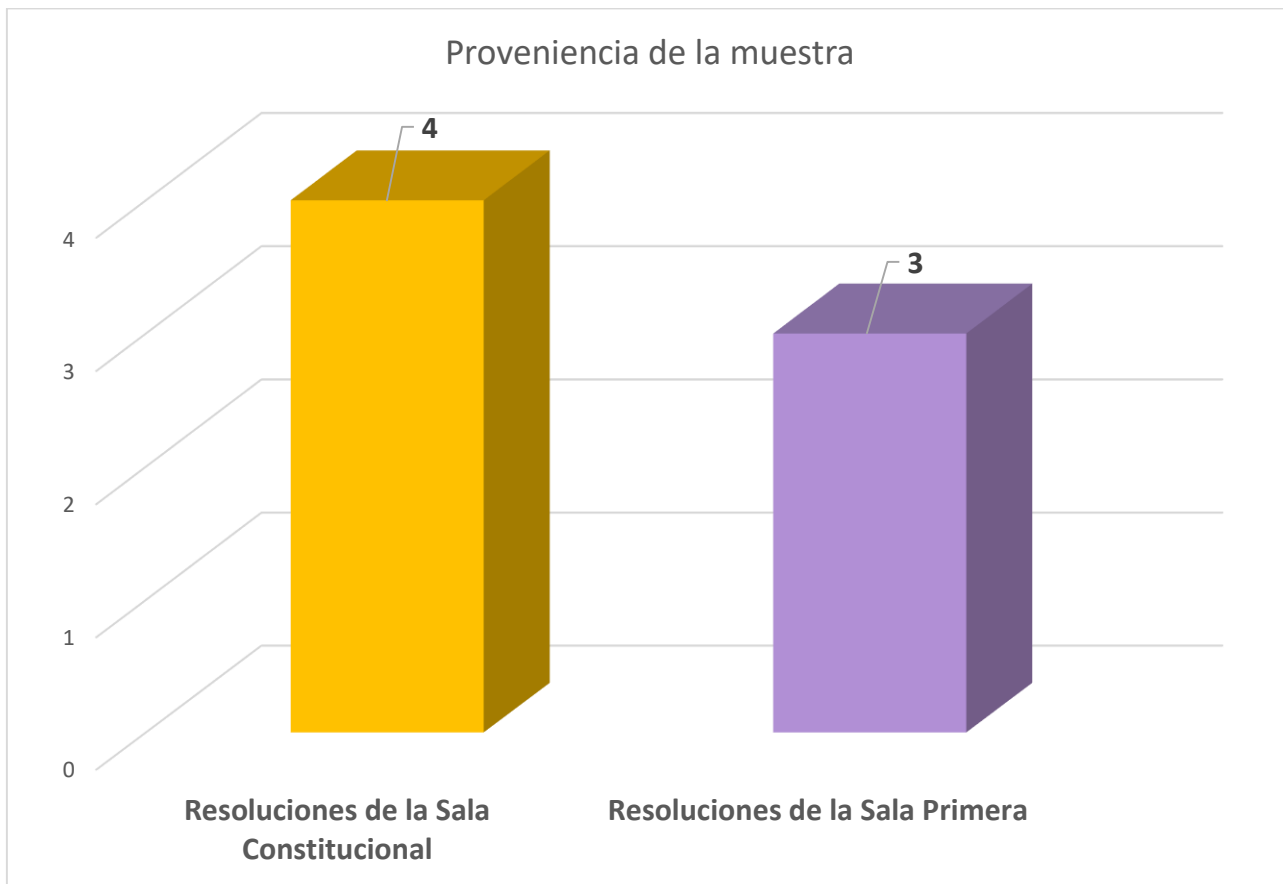


Fuente: Elaboración propia.

Respecto a los rangos de género de la muestra analizada, se establece de la siguiente manera; el 100% de las personas que utilizan esta figura son personas jurídicas, las cuales se encuentran conformadas por socios tanto masculinos como femeninos, lo que lleva a concluir que estos contratos los celebran ambos géneros y lo que prevalece en este gráfico es que el contrato de garantía es más utilizado por empresas que se encuentran constituidas por personas jurídicas.

El anterior resultado no significa que solo las personas jurídicas pueden ser parte en un fideicomiso de garantía, en Costa Rica es permitido que cualquiera de las partes pueda ser una persona física, sin embargo, en la muestra que tomamos solo venían personas jurídicas.

Gráfico 2. Despachos donde se obtuvieron las resoluciones judiciales en las que se alegó pacto comisorio y conculcación a los principios constitucionales y violación al debido proceso en los contratos de fideicomisos de garantía



Fuente: Elaboración propia.

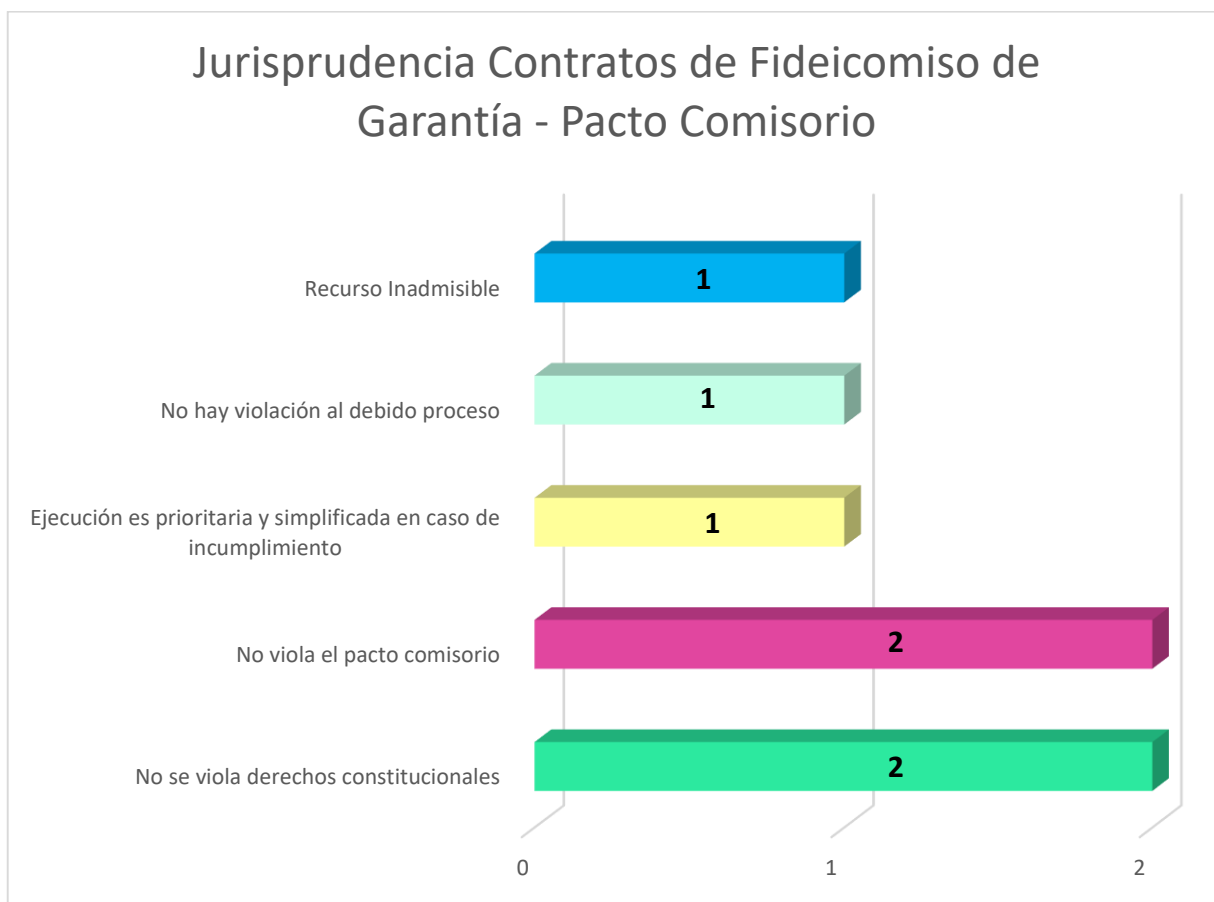
Según la muestra recolectada se observa que en la Sala Primera es donde más se presentan este tipo de procesos, con el fin de que se declaren inconstitucionales algunos artículos del Código de Comercio que regulan la figura del fideicomiso, además las partes alegan que existe una conculcación a los principios constitucionales, por ejemplo, que se vulnera el derecho reconocido en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, porque se faculta al fideicomisario acreedor a ordenar la venta, o bien, la adjudicación de los bienes dados en garantía.

Lo anterior es la razón por la que el fideicomitente interpone estos procesos, indicando que la ejecución del patrimonio se lleva a cabo sin que exista un

procedimiento que garantice el respeto mínimo de los derechos del ejecutado y principalmente indican que se viola el derecho reconocido en el artículo 45 de la Constitución Política, porque constituye lo que la doctrina del derecho privado llama pacto comisorio, tema principal de este trabajo de investigación.

Finalmente, es importante indicar que los resultados que refleja el Gráfico 2 no significan que solo en esos estrados se presenta este tipo de procesos, sino que también se presentan en los tribunales contenciosos cuando una de las partes es una institución del Estado; además de la vía extrajudicial como tribunales arbitrales.

Gráfico 3. Fallos a los procesos interpuestos al contrato de fideicomiso de garantía



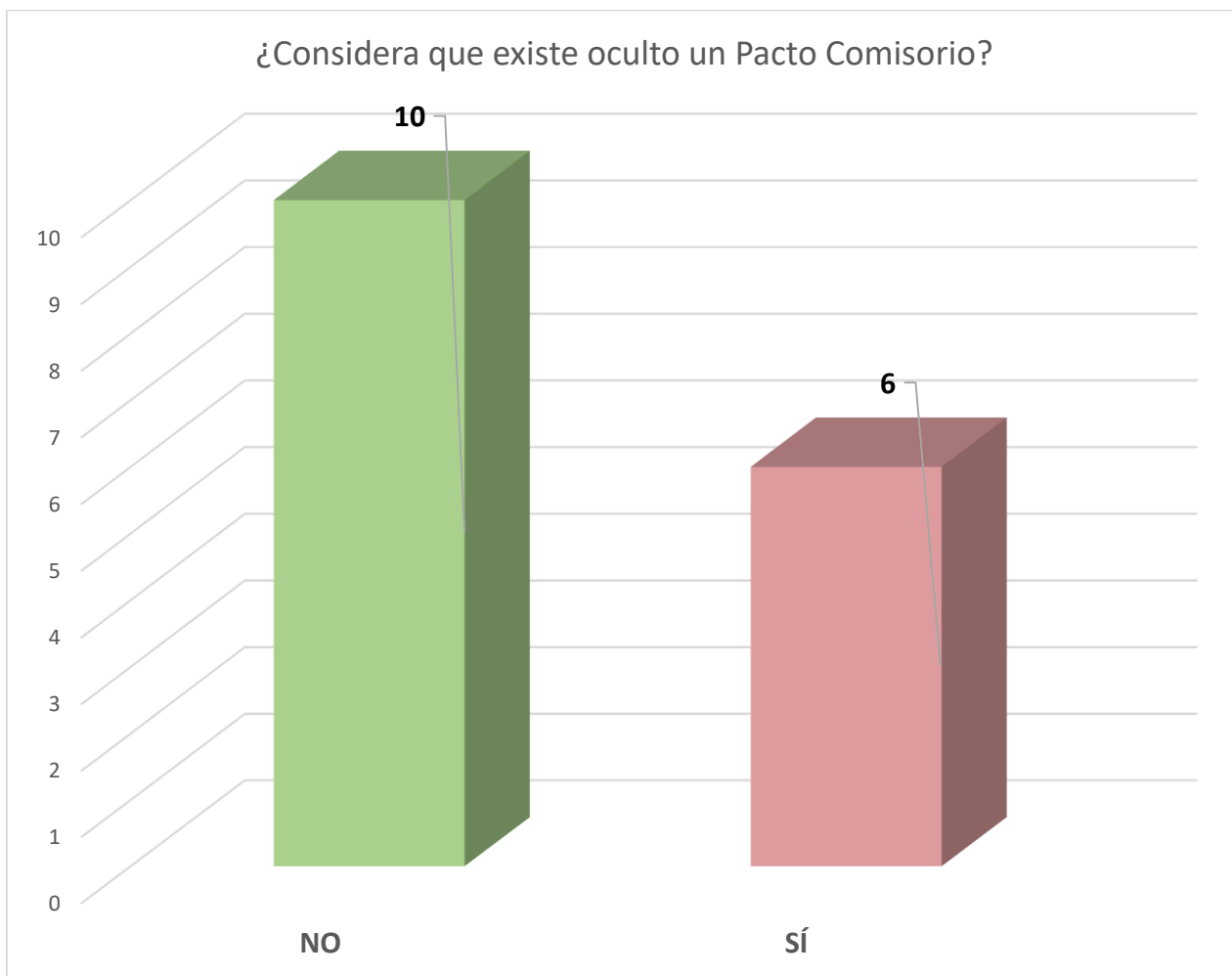
Fuente: Elaboración propia.

En cuanto a las sentencias dadas respecto a si existe o no un pacto comisorio en los contratos de fideicomiso de garantía, se puede ver claramente en el gráfico que la jurisprudencia es muy clara en que no existe un pacto comisorio aparente u oculto, como lo indican las partes que presentan este tipo de procesos, lo anterior por cuanto la ejecución de los bienes fideicomisitos en garantía se realiza en estricto apego a las instrucciones estipuladas por las partes al momento de celebrarse el contrato.

Además, de estar reflejado en el gráfico que efectivamente no existe un pacto comisorio oculto en los contratos de fideicomiso de garantía también se puede observar que no se están violando los derechos constitucionales y también se indica dentro de las resoluciones, específicamente de la Sala Primera, que señala uno de los atractivos y ventajas que tiene esta figura jurídica: la ejecución es prioritaria y simplificada en caso de incumplimiento, lo cual ratifica que no se está frente a ninguna actuación violatoria.

Lo anterior se encuentra respaldado no solo por la jurisprudencia, sino también por la normativa que regula la figura, que se encuentra en el Código de Comercio, la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, la Ley Reguladora del Mercado de Valores, y aunque se han interpuesto recursos de inconstitucionalidad a los artículos que los regulan, específicamente al artículo 648 párrafo segundo, estos no prosperaron y fueron declarados sin lugar.

Gráfico 4. Encuesta a abogados y funcionarios del Banco Nacional de Costa Rica y abogados litigantes que ejercen su profesión libremente, respecto a la existencia de un pacto comisorio oculto en los contratos de fideicomiso de garantía



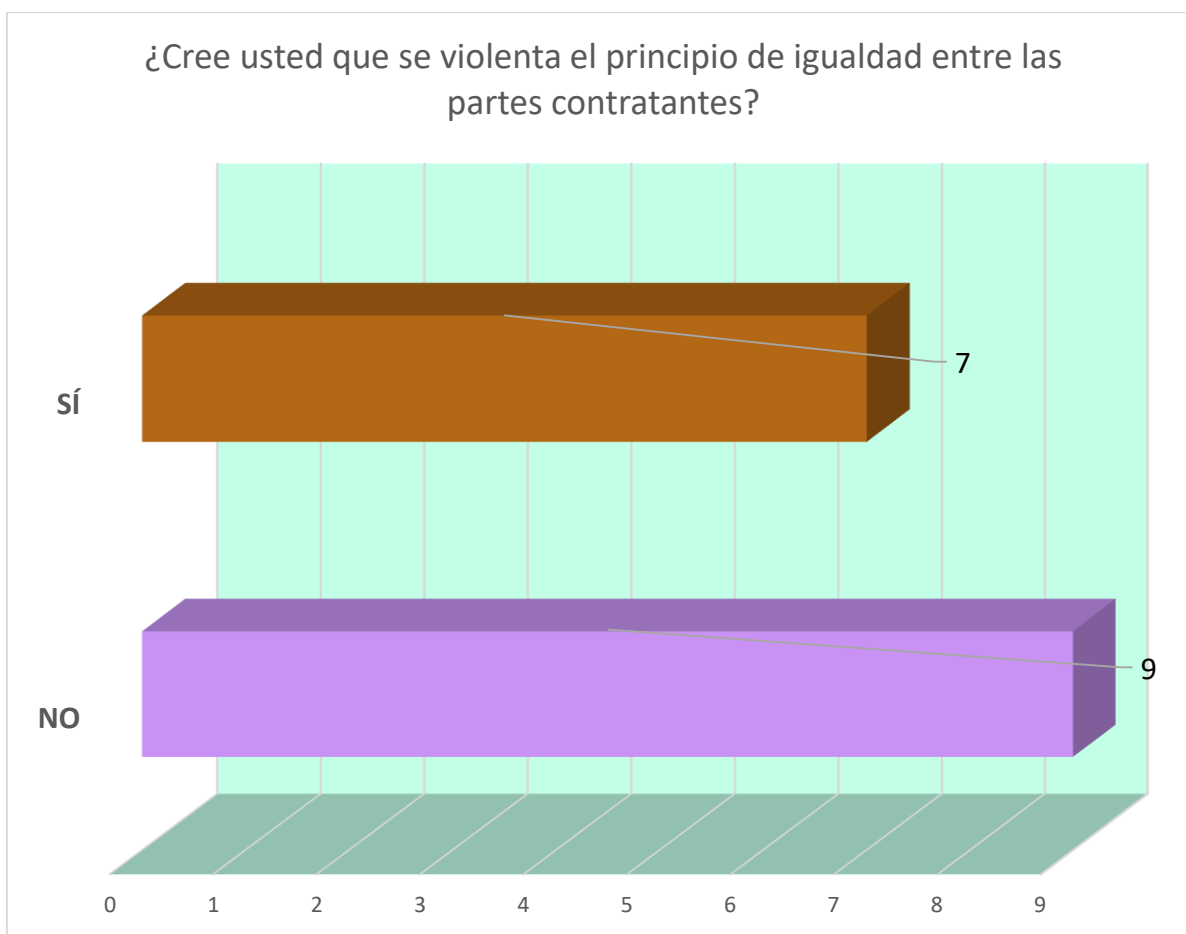
Fuente: Elaboración propia.

Realizada una encuesta con cinco preguntas, diez de los dieciséis participantes indicaron que no existe un pacto comisorio dentro de los contratos de fideicomiso de garantía.

Es importante señalar que inicialmente se realizó la encuesta a seis personas expertas en temas de fideicomiso, el cien por ciento indicó que no existía un pacto

comisorio. Después se integró en la encuesta a los otros diez abogados para poder medir los conocimientos con el tema y arrojó que seis de los diez abogados sí creen que existe un pacto comisorio oculto en los contratos de fideicomiso de garantía.

Gráfico 5. Encuesta a abogados y funcionarios del Banco Nacional de Costa Rica y abogados litigantes que ejercen su profesión libremente respecto a si se violenta el principio de igualdad entre las partes



Fuente: Elaboración propia.

En el Gráfico 5 se observa que la mayoría de los entrevistados está de acuerdo en que no se está violentando el principio de igualdad tutelado por el artículo 33 de la Constitución Política, tal y como se reclama en la mayoría de los procesos que se

presentan ante los Juzgados, este gráfico refleja lo que han dicho los juzgadores en cuanto a que al momento de celebrarse el contrato las partes se encuentran en igualdad de condiciones, ya que ambas firmaron por acuerdo de partes un contrato donde las cláusulas ya se encontraban establecidas, por lo que no es de recibo que aleguen desigualdad cuando no le pueden hacer frente a la obligación con el fin de que no les rematen sus bienes y procurar dilatar con este tipo de procesos su ejecución.

En virtud de todo lo anterior y señalando lo que ha indicado reiteradamente la jurisprudencia es que las partes se encuentran en igualdad de condiciones ya que al momento de celebrarse el contrato se estipula la forma que se realizará la ejecución de los bienes fideicometidos en garantía, en el caso de que el fideicomitente no satisfaga sus obligaciones, por ende las partes se encuentran en igualdad de condiciones, lo cual constituye un postulado elemental de las relaciones de derecho privado.

Gráfico 6. Encuesta a abogados y funcionarios del Banco Nacional de Costa Rica y abogados que ejercen su profesión libremente respecto a si la normativa que regula la figura del fideicomiso de garantía es suficiente

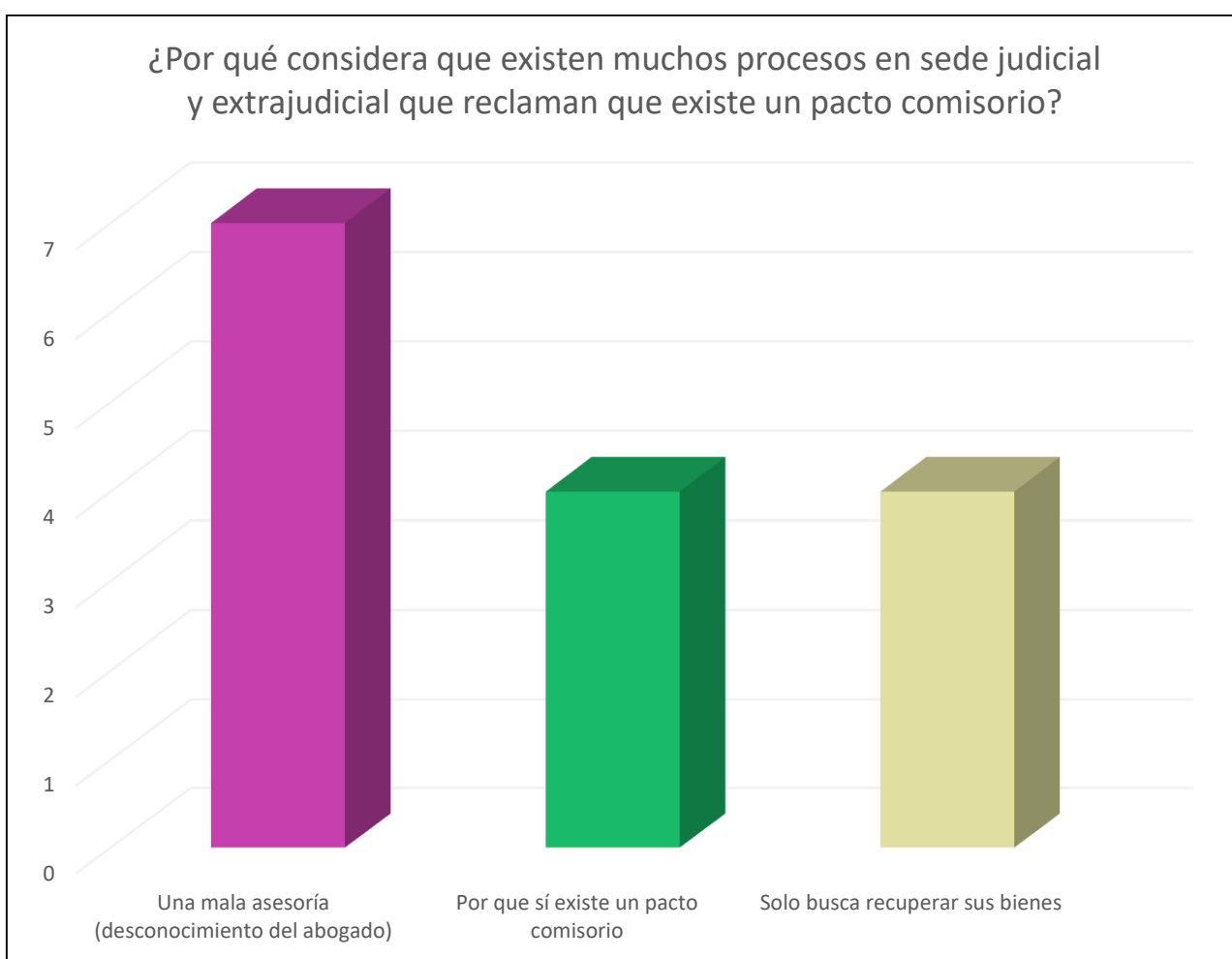


Fuente: Elaboración propia.

En el Gráfico 6 es claro que la mayoría de los encuestados indican que debe existir una mayor regulación, en Costa Rica la figura del fideicomiso es muy utilizada desde proyectos pequeños hasta proyectos sumamente grandes que generan muchos

beneficios a diferentes sectores, tanto públicos como privados, por lo que una mejor regulación ayudaría a tener más claro el tema del fideicomiso y así poder evitar que se sigan presentando procesos judiciales en su contra.

Gráfico 7. Encuesta a abogados y funcionarios del Banco Nacional de Costa Rica y abogados que ejercen su profesión libremente respecto a por qué existen tantos procesos en contra de esta figura, tanto en sede judicial como administrativa



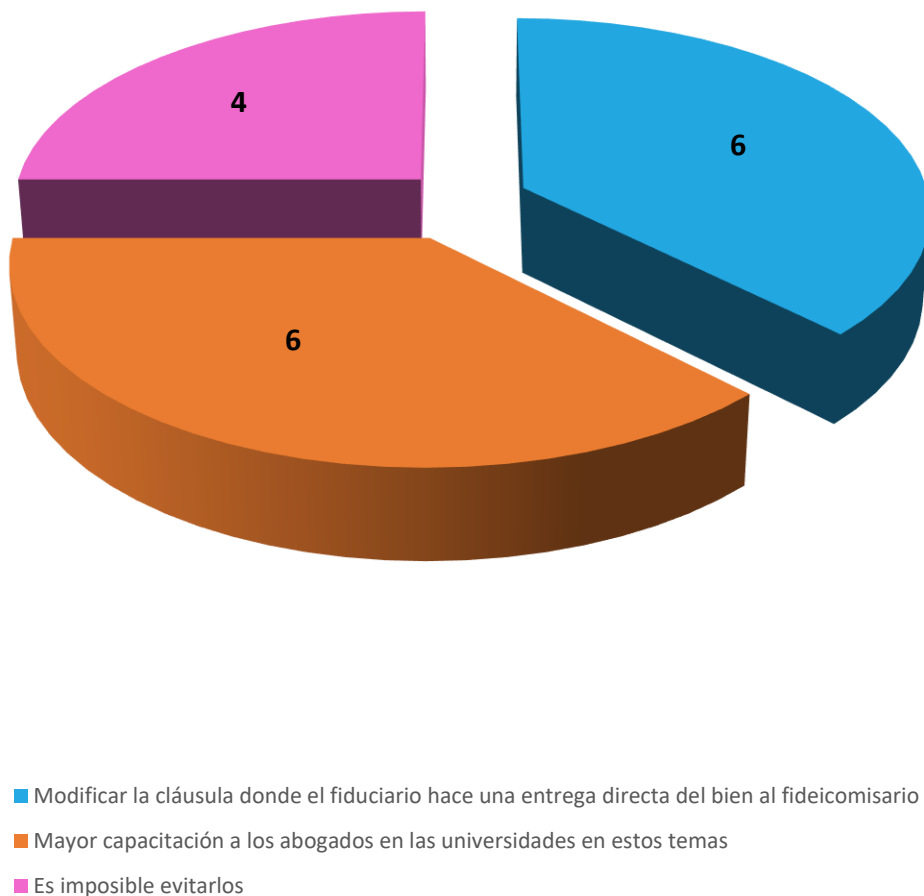
Fuente: Elaboración propia.

En el Gráfico 7 se observa diversos criterios respecto a por qué existen tantos procesos en contra de la figura del fideicomiso de garantía, tanto en vía judicial como extrajudicial.

Algunos porque creen realmente que sí existe un pacto comisorio, otros consideran que solo presentan este tipo de procesos para poder recuperar sus bienes; sin embargo, la mayoría coincide en que esto se da porque existe un desconocimiento de parte de los abogados en cuanto a lo que es el fideicomiso y cómo funciona, lo que lleva a asesorar mal a sus clientes y presentan los procesos judiciales por ambas vías, tanto la judicial como la extrajudicial, por medio de resolución alterna de conflictos.

Gráfico 8. Encuesta a abogados y funcionarios del Banco Nacional de Costa Rica y abogados litigantes que ejercen su profesión respecto a cuál sería una opción para evitar que se presenten estos procesos ante los juzgados

¿Cuál sería una opción para evitar que se sigan presentando procesos en contra de los contratos de Fideicomiso de Garantía?



Fuente: Elaboración propia.

El Gráfico 8 muestra distintas opiniones, desde que es imposible evitar que se sigan presentando estos procesos hasta que se debe capacitar más a los abogados en estos temas de fideicomiso; sin embargo, la mayoría se inclinó porque se modifique la cláusula de ejecución, que es cuando el fiduciario le hace entrega del bien o los bienes al fideicomisario en caso de que las subastas no prosperen; esta recomendación habría que analizarla en detalle para que verdaderamente pueda

cerrar de alguna manera la posibilidad de que se sigan presentando este tipo de discusiones y siga siendo esta figura atractiva para todas las partes.

Finalmente se agrega el dato de la cantidad de participantes y las fechas en las cuales se realizaron las entrevistas por medio de una encuesta:



Fuente: Elaboración propia.

4.3. Discusión de resultados

Revisando el resultado se desprende claramente que no existe pacto comisorio oculto o “aparente”, lo que no deja en desventaja a ninguna de las partes, ya que al celebrar el contrato privado las partes establecen cuál va a ser el proceso para llevar

a buen término el contrato y que este logre su fin, que es el de beneficiar a ambas partes.

A partir de los resultados encontrados, se acepta la hipótesis general, la cual establece como objeto principal analizar si existe un aparente pacto comisorio que violente el debido proceso, lo que reflejó claramente que no existe un pacto comisorio, primero, porque como bien se ha indicado esta figura se encuentra prohibida en Costa Rica, ya que se le prohíbe al acreedor apropiarse de los bienes garantizadores en caso de incumplimiento del deudor. Esta limitación se encuentra plasmada en el artículo 421 del Código Civil y en el artículo 536 del Código de Comercio.

En la actualidad, las legislaciones de diversos países u ordenamientos jurídicos regulan dicha figura de manera diferente. Algunas legislaciones permiten la aplicación del pacto comisorio sin limitación o restricción alguna, como las legislaciones de derecho anglosajón, como Estados Unidos, Inglaterra y otros países europeos de la misma tradición jurídica que se caracteriza por tener un fenómeno jurisprudencial que desarrolla esta figura y donde es perfectamente válida y común la apropiación extrajudicial de bienes dados en garantía.

Por su parte, otras legislaciones ven dicha figura con recelo, prohibiéndola tajantemente, como por ejemplo España, Italia y Francia, países que plasmaran la prohibición de la figura del pacto comisorio (Bejarano, 2011, p. 327)

En Costa Rica, los tribunales han tenido varios criterios respecto al concepto de pacto comisorio, por ejemplo en el Tribunal Segundo Civil Sección Extraordinaria, en Sentencia número 162-06 de las ocho horas con veinticinco minutos del día siete de julio del dos mil seis define el pacto comisorio como: "... El pacto comisorio, ha sido definido por la jurisprudencia nacional como aquella convención entre acreedor y deudor, donde el segundo da un bien en garantía, bajo la cláusula de que el primero podrá apropiársela directamente, si el obligado incumple".

Mientras tanto, en el mismo Tribunal, Sección Segunda, en la sentencia número 65 de las quince horas cuarenta y cinco minutos del veintiocho de abril del dos mil seis,

se indicó que el pacto comisorio es lo mismo que apropiarse de los bienes dados en garantía en caso de incumplimiento sin acudir al mecanismo de remate.

Analizando la jurisprudencia nacional que existe en relación con el tema, se puede ver que en Costa Rica no se tiene totalmente clara la definición de pacto comisorio, o al menos no se tiene una definición uniforme de dicho término. Se sabe que dicha figura está prohibida por ley (a través de los artículos 421 del Código Civil y 536 del Código de Comercio), pero las diferentes sentencias que se refieren a dicha figura le dan definiciones un tanto distintas.

Sin embargo, contrario a lo indicado, es importante tener claro que la Sala Primera ha afirmado que en el contrato de fideicomiso de garantía, en el cual un acreedor, en virtud del incumplimiento del deudor, se puede adjudicar un bien dado en garantía a través de un remate privado o extrajudicial cuyo procedimiento y reglas hayan sido previa y claramente establecidos en el contrato, no hay pacto comisorio. En el mismo sentido, la Sala Constitucional ha dicho lo siguiente refiriéndose al contrato de fideicomiso:

Ahora bien, al analizarse lo dispuesto por el artículo 648 párrafos 2° y 3° del Código de Comercio, la Sala estima que su contenido no viola el Derecho de la Constitución. En este sentido, no lleva razón el accionante cuando afirma que esta figura se asimila, por sí misma, al pacto comisorio, por cuanto la ejecución de los bienes fideicometidos en garantía se realiza en estricto apego a las instrucciones estipuladas por las partes al momento de celebrarse el contrato. Es, precisamente, el estudio de las cláusulas pactadas por las partes, lo que determinará si el contenido del contrato constituye un abuso de derecho, o un pacto leonino, y, por tanto, ilegítimo. (Bejarano, p. 64)

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

- Al finalizar este trabajo de investigación se puede indicar que siempre es necesaria más normativa que regule esta figura jurídica para que pueda llenar los vacíos que existen actualmente; además de una mejor preparación de parte de los profesionales en Derecho para que puedan brindar un mejor asesoramiento a sus clientes y poder así evitar que se sigan presentando procesos judiciales en temas que ya se encuentran claros a nivel judicial.
- Además, se considera necesario indicar que el fideicomiso, al estar basado desde sus antecedentes en la confianza y la buena fe, su fin primordial es que se cumpla a cabalidad lo pactado en el contrato y por ende se desarrolle de forma correcta, encaminado al fin pactado por las partes, tanto que el fideicomitente - deudor cumpla con su obligación pecuniaria como que el patrimonio fideicometido va a ser cuidado por el fiduciario como un buen padre de familia y no se va a afectar su valor y que el fideicomisario – acreedor va a respetar las cláusulas acordadas sin que pueda apropiarse de los bienes dados en garantía hasta el tanto el fideicomitente honre la deuda adquirida. Si eventualmente variara la cláusula de ejecución de garantía para indicar que se lleva tal resolución en la vía judicial, la figura del fideicomiso se estaría desnaturalizando y perdería su atractivo principal que es la ejecución extrajudicial.
- En nuestro ordenamiento, el contrato de fideicomiso es una figura jurídica que se rige por el derecho común, muy utilizada en la actualidad por todos los beneficios y ventajas que ofrece, como que es una garantía exclusiva, no se comparte con otros acreedores, considerando que el patrimonio no responde por las deudas del fideicomitente, fideicomisario o fiduciario, el patrimonio es inembargable y se encuentra fuera de la masa concursal, es una herramienta flexible, la cual permite tener diferentes tipos de bienes, facilita el acceso al

crédito, ya que con el fideicomiso se mitigan riesgos en la operación y en una eventual ejecución, la ejecución no requiere de un proceso judicial, por lo tanto, la recuperación de financiamientos es más rápida y eficaz, el fideicomiso no entorpece los procesos operativos del fideicomitente.

- La presente investigación tuvo como objetivo principal analizar mediante doctrina, jurisprudencia y entrevistas realizadas, si existe un vacío legal en el proceso de ejecución de la garantía fiduciaria, que tiende a generar diferencias de criterios de si existe o no un pacto comisorio “aparente” u “oculto” en los contratos que violente el debido proceso, o exista alguna violación a los derechos constitucionales y legales en este caso para el fiduciante o fideicomitente (deudor); sin embargo, aun y cuando existen criterios de diferentes doctrinarios que así lo manifiestan, lo cierto es que la naturaleza jurídica de esta figura es meramente privada, regida por el Derecho Comercial y dentro del contrato no existe un pacto comisorio.
- En virtud de lo anterior, se pudo determinar claramente tanto en las resoluciones judiciales como en las entrevistas, que la principal causa que da origen a estas discusiones es la falta de conocimiento de parte de los profesionales en Derecho; lo anterior fue evidente en las entrevistas, donde la mayoría de los abogados que ejercen su profesión libremente indicaron que sí existe un pacto comisorio, figura prohibida en Costa Rica y tema que se encuentra ya resuelto en reiterada jurisprudencia dictada a lo largo de los años. Es importante además indicar que somos uno de los países donde los jueces tienen claro cómo funciona esta figura jurídica; sin embargo existe una falencia en cuanto al conocimiento de los abogados que asesoran a sus clientes erróneamente.
- Finalmente, se concluye que el Fideicomiso de Garantía no viola la prohibición de Pacto Comisorio establecida en el artículo 421 del Código Civil, y esto es así por cuanto los bienes fideicometidos, transmitidos al fiduciario y afectados en un patrimonio separado en cabeza del último, ya no pertenecen al patrimonio del deudor y por ende, quedan fuera del principio por el cual están

comprendidos en la prenda común o general de los acreedores presentes y futuros.

El acreedor garantizado, al satisfacerse por medio de fideicomiso, nada recibe proveniente del patrimonio del deudor sino del fiduciario. Lo contrario sería confundir el fideicomiso de garantía con las garantías reales. En estas últimas (prenda e hipoteca) el deudor grava bienes que conserva en propiedad y por ello resulta aplicable la prohibición del pacto comisorio.

En el fideicomiso de garantía, no hay apropiación del acreedor, porque los bienes no son del deudor. Tal y como lo indican los juristas Claudio Marcelo Kiper y Silvio Lisoprawski en su obra El Tratado del Fideicomiso, los bienes se transmiten al fiduciario y se afectan en un patrimonio separado en cabeza del último, de modo que ya no pertenecen al patrimonio del deudor y por ende, quedan fuera del principio por el cual están comprendidos en la prenda común o general de los acreedores presentes y futuros.

El acreedor garantizado, al satisfacerse por medio de fideicomiso, nada recibe proveniente del patrimonio del deudor sino del fiduciario. Lo contrario sería confundir el fideicomiso de garantía con las garantías reales. En estas últimas (prenda e hipoteca) el deudor grava bienes que conserva en propiedad y por ello resulta aplicable la prohibición del pacto comisorio. En el fideicomiso de garantía no hay apropiación del acreedor, porque los bienes no son del deudor.

5.2. Recomendaciones

A las instituciones bancarias

Se recomienda a las instituciones bancarias que figuran como fideicomisarios, e incluso a las mismas fiduciarias, que puedan confeccionar en conjunto un manual de procedimientos, en el cual se pueda utilizar la cláusula de ejecución de garantía, de forma tal que no se deje en desventaja al acreedor, dándole tranquilidad y seguridad

de que ante un eventual incumplimiento se le va a dar el trámite apegado a la legalidad, sin que se desvalorice su bien o se adjudique a un precio irrisorio.

Además, es importante que a la hora de realizar el negocio fiduciario se revisen, valoren y discutan todas las cláusulas, en especial la discutida en el presente trabajo de investigación; lo anterior para evitar futuros litigios en los cuales se pueda manifestar desconocimiento o abusos por algunas de las partes.

Finalmente, se recomienda redactar dentro del contrato una cláusula donde no se realice una entrega directa de los bienes dados en garantía que administra el fiduciario al fideicomisario-acreedor, lo anterior cuando exista voluntad de una dación en pago. Lo que se haría es una devolución al fideicomitente del bien y en el mismo acto, este hace la dación en pago. Lo anterior evitaría en gran manera la discusión sobre el tema del pacto comisorio o pacto marciano (doctrina italiana).

A las universidades públicas y privadas de Costa Rica

Mejorar su temario de estudios, en cuanto al concepto y cómo funciona la figura del fideicomiso y no solo al de garantía, sino todas las clases de fideicomiso que existen, este tipo de contratos son muy importantes y necesarios para sectores tanto privados como públicos, que aportan grandes beneficios a la economía del país, por lo que sería de gran beneficio que desde las universidades se capacite a estos futuros profesionales y así puedan brindar una buena asesoría a sus clientes.

CAPÍTULO VI: PROPUESTA

Se aporta una propuesta al temario de las universidades, tanto públicas como privadas, para que puedan preparar mejor a los futuros profesionales en Derecho en temas comerciales como los son los contratos y principalmente el de fideicomiso, que es actualmente uno de los contratos más utilizados y que ha generado grandes beneficios para el país y que puede generar mucho más beneficio si se capacita mejor a las personas que desean convertirse en futuros abogados y abogadas de este país.

En las universidades a nivel de pregrado se imparten en diferentes cuatrimestres las materias que corresponden a Derecho Comercial I, II, III; en ese sentido hay una gran oportunidad de incluir en el temario de esas materias temas de contratación fiduciaria que ayudarán a los estudiantes de Derecho a tener conocimientos amplios sobre el tema y no quedarse con lo básico o con lo que se lee en el Código de Comercio,

La propuesta indicada anteriormente es la más acertada porque también se puede proponer crear una materia más que incluya solo contratos, donde se le dé mayor tiempo de estudio al fideicomiso; sin embargo, agregar una materia más al programa de estudios generaría mayor costo económico al estudiante y mayor tramitología a la universidad que tendría que acudir al CONESUP para que le aprueben esa nueva materia.

En virtud de todo lo indicado anterior se exponen los siguientes temas por incluir en esas tres materias:

1. Antecedentes del contrato de fideicomiso.
2. Concepto, partes y clases de fideicomisos.
3. ¿Cómo y por qué nació esta figura jurídica?
4. ¿Cómo funciona el contrato de fideicomiso, cuáles son sus ventajas?
5. Normativa que lo regula.
6. Análisis jurisprudencial de los contratos de fideicomiso.
7. ¿Cómo se redacta y qué hay que revisar en un contrato?
8. ¿Cuándo se extingue y cómo se ejecuta?

9. Tipos de responsabilidades del fiduciario.

10. Riesgo y mejores prácticas fiduciarias.

Con los puntos anteriores se podría tener un conocimiento más amplio de cómo funciona el contrato de fideicomiso; estos temas podrían ser distribuidos en las 3 materias de Derecho Comercial que se imparten en las universidades.

Lo anterior traería un beneficio muy grande no solo a los fideicomisos de garantía que fueron objeto de investigación del presente trabajo de investigación, sino también en los negocios de empresas privadas, por ejemplo proyectos inmobiliarios que funcionan con la figura del fideicomiso y trae muchas ventajas tanto a los dueños del proyecto como a sus compradores, porque se tiene que despreocupar del pago de impuestos municipales, entre otros trámites que realiza el fiduciario por ser el administrador del proyecto; además, traería grandes aportes y beneficios a los proyectos públicos de construcción de inmuebles como escuelas, colegios y la construcción de carreteras, entre otros proyectos.

En virtud de todo lo anterior con el conocimiento más especializado de los abogados se pueden llegar a realizar grandes proyectos y se evitaría que estos fracasen.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Avendaño, F. (1997). *El Fideicomiso*. Perú: Editorial Grupo peruano de la Asociación Henri Capitant.
- Barbier, E. (2007). *Contratación bancaria 2: Empresas*. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Bauzá De Pina, et al. (2004). *Tratado teórico práctico de fideicomisos*. 1° ed. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc S.R.L.
- Bejarano Rodríguez, A. et González Roesch, P. (2011). *Análisis del pacto comisorio en los contratos de garantía real y otros contratos*. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.
- Brenes, A. (2001). *Tratado de los bienes*. 7 ed. San José: Editorial Juricentro.
- Cabanellas, G. (2008). *El fideicomiso de garantía*. Argentina. Editorial: Heliasta. Congreso Constitucional de la República de Costa Rica.
- Carregal, M. (1982). *El Fideicomiso: regulación jurídica y posibilidades prácticas*. Editorial Universidad.
- Constitución Política de Costa Rica. (2007). Publicaciones Jurídicas.
- Código Civil de Costa Rica. Ley No. 63 del 28 de julio de 1887. (2004). Editorial Investigaciones Jurídicas S. A.
- Código de Comercio de Costa Rica. Ley No. 3284 del 30 de abril de 1964. (2004). Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.
- Diez, L. (1970). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid. Editorial Tecnos. 1ª Edición. Volumen I.
- Hernández, A. Gutiérrez, G. y Foti, F. (2004). *Fideicomiso Aspectos Legales, Tributarios y Contables*. Editorial Jurídica Amalio M Fernández.

- Iturbide, G. (2007). *El fideicomiso de garantía*. 1° ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Jiménez Fallas, A. et López López, D. (2011). *Consecuencias jurídicas que surgen dentro de un fideicomiso de garantía cuando el fiduciario y fideicomisario pertenecen a un mismo grupo de interés económico*. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.
- González Fallas, J. (1997). *Curso de Legislación Mercantil*. Costa Rica: Editorial Universidad Estatal a Distancia.
- Kiper, C. & Lisoprawski, S. (2002). *Teoría y práctica del fideicomiso*. 2° ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Láscale, J. (2005). *Práctica del fideicomiso*. 1° reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Mena Valverde, O. (2000). *Violación de derechos en la ejecución del fideicomiso en garantía*. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.
- Mendoza, E. (s.f). *Fideicomiso Mercantil. Concepto y Breves Antecedentes Históricos*. Extraído el 25 de febrero del 2020 desde: https://www.revistajuridicaonline.com/wpcontent/uploads/2011/12/30_235_a_270_fideicomiso.pdf.
- Procuraduría General de la República. (2001). *Dictamen N°. C-241-2001 del 05 de setiembre de 2001*. San José, Costa Rica.
- Procuraduría General de la República. (2000). *Dictamen C-261-2000 del 23 de octubre del 2000*. San José, Costa Rica.
- Procuraduría General de la República. (2005). *Opinión Jurídica N° OJ-077-2005 del 14 de junio de 2005*. San José, Costa Rica.

- Rodríguez Azuero, S. (2009). *Contratos Bancarios: Su significación en América Latina*. 6 ed. Colombia: Legis Editores S.A.
- Rodríguez Azuero, S. (2005). *Negocios fiduciarios: Su significación en América Latina*. 1 ed. Colombia: Legis Editores S.A.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2001). *Resolución N° 2001-9392 de las 14:54 horas del 19 de setiembre de 2001*.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2000). *Resolución N° 10029-2000 de las 09:00 del 10 de noviembre del 2000*.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (1999). *Resolución N° 2332-1999 de las 13:18 del 26 de marzo de 1999*.
- Sala Primera (2015). *Resolución N° 384-2015 de las 10 horas 40 minutos del 25 de marzo de 2015*.
- Sala Primera (2021). *Resolución N° 000686-F-S1-2021 de las 10 horas 25 minutos del 25 de marzo de 2021*.
- Sala Primera (2021). *Resolución N° 005-F-2003 de las 15:10 del 15 de enero del 2003*.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (1995). *Sentencia No. 87 de las 14:20 del once de agosto de mil 1995*.
- Torrealba Navas, F. (2011). *Responsabilidad Civil*. 1 ed. San José: Editorial Juricentro.
- Torrealba Navas, F. (2008). *Lecciones de Contratos, Primera Parte: Elementos del Contrato*. San José: Ediciones Chico.
- Urbano Salerno, M. (2000). *Negocios Inmobiliarios*. Buenos Aires: La Ley.
- Ureta, R. (2009). *Fideicomiso de Garantía*. Extraído el 15 de febrero del 2020 desde: <https://www.ellitoral.com/index.php/diarios/2009/03/14/nosotros/NOS-17.html>.
- Vásquez Rodríguez A. (2014). El pacto Comisorio. *Boletín N°2-2014. Facultad de Derecho de Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología*.

Vega Carvajal, N. (2013). *La Patología en la Ejecución del Contrato de Fideicomiso de Garantía*. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Anexo 2. Proveniencia de la muestra y cantidad de resoluciones analizadas

PROVENIENCIA DE LA MUESTRA	
Juzgado	Cantidad
Gran total de la muestra	

Anexo 3. Encuesta abogados BNCR y abogados litigantes

Encuesta aplicada a abogados de los cuales seis son funcionarios del Banco Nacional de Costa Rica, expertos en materia fiduciaria y diez abogados litigantes que ejercen su profesión libremente, con conocimientos básicos del tema de fideicomiso.

Con respecto a los contratos de **fideicomiso de garantía** se procede a realizar las siguientes preguntas:

1. ¿Considera que existe oculto un pacto comisorio?
 - a) Sí
 - b) No

2. ¿Cree usted que se violenta el principio de igualdad entre las partes contratantes?
 - a. Sí
 - b. No

3. ¿Considera que debería existir más normativa que regule la figura del fideicomiso?
 - a. Sí
 - b. No

4. ¿Por qué considera que existen muchos procesos en sede judicial y extrajudicial reclamando que existe un pacto comisorio?
 - a. Porque sí existe un pacto comisorio
 - b. Una mala asesoría
 - c. Solo buscan recuperar el bien

5. ¿Cuál sería una opción para evitar que se sigan presentando procesos en contra de los contratos de fideicomiso de garantía?

- a. Modificar la cláusula donde el fiduciario hace una entrega directa del bien al fideicomisario.
- b. Que se capacite más a los abogados en las universidades en temas de contratos de fideicomiso.
- c. Es imposible evitarlos.